ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN ÇIKARILIR

ADALET DERGİSİ

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

YIL : 39 SAYI: 10

383

Adalet Dergisine abone olma ve kitap alma şartları

1 — Adalet Dergisine abone olmak ve Adalet Bakanlığı tarafından bastırılan kitaplardan satın almak istiyenler:

a) Yayım Müdürlüğüne bir mektupla adreslerini ve abone veya kitap isteklerini bildireceklerdir.

b) Kitap veya abone bedelini bulundukları yer mal sandığına yatıracaklar ve karşılığında alacakları (hasılatı müteferrika) makbuzunu ya mektuplarına bağlı olarak gönderecekler, yahut ta oturdukları yer C. Savcılığına teslim edeceklerdir.

c) C. Savcılığı teslim aldığı makbuzu ve istenilen kitap veya aboneyi ve alıcının adresini Adalet Bakanlığına gönderecektir.

d) Kitap ve dergiler ayrıca posta ücreti istenilmeksizin Bakanlık Yayım Müdürlüğünden alıcının adresine yollanacaktır.

e) Adalet Dergisinin kapağında gösterilen kitaplardan başkasını almak istiyenler o kitabın mevcudu olup olmadığını daha önce Yayım Müdürlüğünden sormaları ve ona göre istemeleri lâzımdır.

Dergiye konulması istenilen yazılar doğrudan doğruya Bakanlığa gönderilir. Yazıların Dergiye konulup konulmayacağı bildirilmez ve konulmıyan yazılar geri verilmez. Dergideki yazılarda öne sürülen düşünce ve inanlar yazarların düşünce ve inanlarıdır.

ADALET
DERGİSİ

ADALET BAKANLIĞINCA HER AY ÇIKARILIR

Yıl : 38 | Ekim 1947 | Sayı : 10

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER : Sahife

Dr. HÂDİ TAN — Suçlu ve Suçlulukla Savaş ilmi (suç politikası) (1)..... 919—927

Dr. CEMİL HALİT BENGÜ — Kabahatlerde Suçlu iradenin rolü..... 928—953

İSMAİL DOĞANAY — Devlet Demiryolları İşletme Genel Müdürlüğü Ceza Kanununun 483 ncü maddesinden faydalanabilir mi?..... 954—965

İSMAİL DOĞU — Askeri Ceza Kanununa göre az vahim hal..... 966—969

BİBLİYOGRAFYA : ..... 970—981

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEME KARARLARI..... 982—996

246

Suç ve Suçlulukla Savaş ilmi
(Suç Politikası) [1]

Yazan : Dr. Hâdi TAN

Bibliyoğrafya

Achäf fenburg. Das verbrechan und seine bekämpfung. Berlin (1933)
Sauer kriminal soziologie, Marburg. (1933)
Schinhart. Kriminaltaktık, Bonn (1940)
V. Liszt, Kriminalpolitik, Marburg (1914)
E. Mayer, Geschichte des Altertums. 1.Bd.2.H.3113—931
Mezger, Kriminalpolitik. Berlin (1933)
Ferri, Positive schule (Notizen(1938)
Hippel, Strafrecht Berlin (1933)
Gross, Archiv für Kriminalantropologie Leipzig (1926)
Merkel, die Lehre Von verbrechen und strafe Berlin (1927)
Mezger, Moderne Strafrechts probleme, Roma (1940)
Dr. Hâdi Tan, Grundriss des türkischen strafrecht. Marburg (1939)
Briefs H. der soziologie (1931)
Drucker H. der Kriminologie, Leipzig (1933—936)
Erzen, Suçlar, ve suçlular, Ankara (1939)
Tabhen, die bedeutung des K. Biologie (Bla. für gefangniskunde. Band. 70—1939)
Dr Kunter, Kriminologi: makale. Ad.D. 1942
Dr. Bengü. Suç politikası. Makale. Ad.D. 1942
Sebük, Kriminoloji, Ankara (1942)

Giriş:

Suç politikası ilmi, (suçlu ve suçlulukla savaş) 19. ncu yüz yılın ilk başlarında tekevvün etmiş olan yeni bir ilimdir. Bu ilim, ceza hukukunun tesirini, maksat ve amaca uygun olup olmadığını tetkik ve mütalaa eder.

Ceza kanununun ve cezalı kanunlardaki müeyyidelerin, suçun işlenmesinden evvelki ve sonraki vaziyetler için tesirli olup olmadığını, diğer ilimlerin (K. Antropoloji, K.Biyoloji, K. Sosyoloji, Kriminoloji, K. İstatistik) [2] ianesile ve realist bir görüşle meydana çıkarır.

---

[1] Kriminal Politik.
[2] Cinai antropoloji ve ilah...(Kriminal antropoloji)

Kanun koyucu tarafından çok evvel tertip ve tanzim edilerek yürülüğe konup uygunlanmakta olan cezalı kanunların zamanla tesirlerini kayıp edeceği tabiidir. Bundan başka müsbet ilimlerdeki modern esasların ve metodların ceza hukuku alanına da ithali gerektir. Ezcümle, Devlet tarafından kamu güveni mülâhazasiyle ve sosyal topluluğun bakası ve korunması için konulan müeyyidelerin ve alınan tedbirlerih zaman zaman yine aynı otorite tarafından kontrol edilmesi ve devrin ihtiyaçlarına tetabuk edip etmediğinin araştırılması gereklidir. Netekim dirayetli bir tüccar, sene sonunda bir planço yaparak o seneye ait tüccarî faaliyetlerini kontrol edip kazancını ve zararını tespit eyler, neticeye göre: zarar mevcut ise onu tevlit eden ve sebep olan keyfiyetleri yok etmeğe çalışır, kazanç temin etmiş ise bu sahaya matuf faaliyetlerini artırır ve genişletir, İşte topluluğu ve mevcut düzeni koruma görevile ödevli olan devlet otoritesinde de, topluluğu suçdan ve suçludan korumak için gerekli tedbirleri, zamanın ihtiyaçlarına ve mevcut inkişaflara göre, ittihaz etmesi için çok lüzumludur.

Suç İçtimai Sosyal bir hâdisedir. Bu hadisenin tetkiki sırasında suçlunun ferdi ve sosyal durumunun da göz önünde bulnduru lması gerektir. Suç ***fıtrî*** (istidat ve kabiliyet) ve ***Sosyal*** olmak üzere iki mühim faktörün tesirile işlenir. Yani suçun ika ve irtikâbına sebep ve âmil olan aslî ve tâli faktörlerin neden ibaret olduğunu suç politikası ilmi tamamile tespit etmiş ve mücadele araçlarını da göstermiştir.

Cezalı kanunların ve suça karşılık olarak ittihaz edilen ağır müeyyidelerin mevcudiyetlerine ve yürülükte bulunmalarına rağmen, suç yine işlenmektedir. Binaenaleyh temelden sızan bir suyun sızıntılarını temizlemekle iktifa etmeyip suyun mecrasını değiştirmek veya menbaını kurutmak lâzımdır. Kanun koyucuları yalınız suç ile değil aynı zamanda suçlu ile ve suçun işlenmesi sebeplerile de ilgilenmeli, önleyici ve tenkili mahiyette tedbirler almalıdır. İşte 19 ncı yüz yılın ilk başlarında vücut bulan ve bugün artık tamamile müsbet bir ilim halinde tekevvün etmiş olan suç politikası ilminin esaslarından, kültürel cemiyetler asla uzak kalamaz. Aynı zamanda bu ilim, kriminal antropoloji, kriminal bioloji, kriminal sosyoloji, kriminaloji ve kriminal istatistikle ilgili bulunduğundan bunların da tetkik ve etüdü şarttır.

Suç politikası: tarihi tekâmülü ve amacı;

Suç politikası, suçlu ve suçlulukla müessir bir surette savaşmak amacile, ceza hukukunun tesir sahasının ve derecesinin tet-

kiki ve ele alınmasıdır. Daha geniş manasile suç politikası, suçtan korunma ve onunla savaşma amacile devletçe gösterilen faaliyet demektir. Bu görüşe dayanılarak ele alındığı takdirde, hudutsuz bir sahayı işgal etmiş olur. Bu sebepten suç politikası mefhumunun, makul bir snrette sınırlandırılması icap eder. Cezalı kanunları tatbik eden kukukçu eleman ile suç politikası ile meşgul olan elemanın (kriminalist) faaliyetleri arasında geniş bir fark mevcuttur. Zira hukukçu kelimenin tam manasile kanun metinlerine ve ruhuna bağlıdır. Halbuki kriminalist suç ve suçlu ile mücadele ve ona karşı korunma bakımından ceza hukukunun *amaca uygun olmadığını* görürse tenkit yapmak ve amaca daha uygun bir şekil talep etmek yetkisini haizdir. Psikolejik ve sosyolojik tecrübelere istinaden gelecek için daha iyi daha müessir bir şekil düşünmek ve yaratmak görevile ödevlidir.

Suç politıkası (kriminal politik) tabiri, profesör Von Hippel'in verdiği malûmata göre [1], 1800 senesinden beri kullanılmaktadır. Feerbach ders kitabının son basılarında (kriminal politik) namı altında « kanun koyan devlet ilmini» anlamaktadır. Bundan sonra kriminal politik, ceza hukukuna yardımcı bir ilim olarak telakki edilmiştir. Şu ciheti de kayıt etmek gerekirki, Henke, antropoliji ve sosyaliji, Abegg ise kriminal istatistiği, suç politikası alanındaki faaliyetler için yardımcı araç olarak zikretmektedirler. Son zamanlarda «kriminal politik» [2] tabirinin tahdidi için bâzı fikirler ileri sürülmüş isede bunlar hakiki ve asli mananın kayıp olmasına ve kriminal politik sahası dahilinde mutalaa edilen muaayyen görüşlere fazla ehemmiyet verilmesine sebep oldukları için bugün red edilmiş bulunmaktadırlar.

Suçlu ve suçluluk ile savaşta yapılan veya yapılması gereken bilcümle hususat «suç politikası» mefhumuna ithal edilecek olursa bu takdirde saha tahdit edilemiyecek ve binnetice kavranmasına imkân olamıyacak derecede genişletilmiş olur. *Sauer*, bu görüşe dayanıp, suç politikasının mahiyetini ve amacını kayıp edeceğini haklı olarak iddia etmekte, gerek İtalyan hukukçusu Ferri'nin ve gerekse Alman sosyolajik ceza okulu kurucusu sayılan Von Lizt'in sosyal politiki, kriminal politikin fevkinde tuttuklarından dolayı bunları tenkit etmektedir. Son yllarda Peters, kriminal politik sahâsının tahdidi yolunda verimli çalışmalarda bulunmuştur.

[1] Prof Von Hippel D. Strafrecht. 1932.

[2] Milletlerarası bir terim olarak (kriminal politik) tabiri kullanılmakta batı ve doğu litratörlerinde bu terime aynen rastlanmaktadır.

789

V. Lizt, 1889 yılında yayınladığı «kriminal politik vazifeleri» adlı kitabında, kriminal politik sahasının tahdit edilmesi lüzumunu sebepler göstererek izah etmekte ve suçlu üzerinde ferdi mahiyette tesir yopmak suretile suçla savaşmanın suç politikası konusuna ithal edilmesini ileri sürmektedir. Bu itibarla suç politikası ilmi hakiki mahiyetini 19 uncu yüz yılın başında ıktisap etmiş oluyor demektir. Mahaza, topluluğun ve onun başındaki otoritenin suç ve suçlu ile savaşma ve ona karşı korunma tedbirlerini ittihaz ettiği andanberi kriminal politik mevcut sayılmaktadır. Binnetice kriminal politiğe ait mülâkaza ve faaliyetlerin istikametini teşkil eden ve ceza hukuku hududu dahilinde bulunan suç ve suçlu ile savaşın amacı, ceza hukuku ile olan münasebeti bakımından ters tarafa doğru tesir icra eylemektedir. Savaşılması gereken suç her şeyden evvel sosyal bir hadisedir. Yani suç, insanlardan mürekkep sosyal hayatta vücut bulur. Yalınız kendisinin iskân ettiği kimsesiz adada Robenson ahlâk ve dine muğayir harekette bulunmuş olabilir ve fakat suç mefhumuna dahil herhangi bir fiil ve harakette bulunamaz. Çünkü suç yalnız sosyal topluluk içerisinde işlenir. Matufuda ya topluluğun bünyesi veya topluluğu teşkil eden ferdlerdir. Binaenaleyh topluluğun bünyesine matuf olan kötü fiil ve hareketler kamu dözenini ilgilendireceği cihetle suç politikasının bu düzenin korunmasına yarar şekilde tedbirler alması ve araçlara baş vurması gerekir. Diğer taraftan toplulukta mevcut olan kötü tamayüllere ve hareketlere karşı koymak ve yerinde tedbir almak lüzumuda aşikârdır. İşte suç politikasının bu nevi faaliyetine (*genel korunma*) adı verilmektedir.

Aynı zamanda suç, ferdi bir olaydır. Yani suç nasılki insanın toplum hayatında tecelli eden bir olay ise, tek kişilerin şahsi hayatlarında da vukubulan bir olay mahiyetinde kabul edilmelidir. Genel manada ancak insanlar suç faili olabildikleri cihetle işledikleri yasak eylemeden dolayı mes'uliyet de onlara racidir. Suç işlendiği zaman bilcümle husumet suçu işleyen ferde teveccüh ader. Bu itibarla kriminal politik konusuna girmiş bulunan ferdin terbiye ve ıslah edilmesi ve gelecekte tekrar suç işlememesi için gerekli tedbirlerin alınması mümkün olmadığı takdirde topluluğun, ferdin suçsal temayülatından korunması icap ederki, bu hususat ile suç politikası meşgul olur. İşte ferdlere tevcih edilmiş olan bu nevi faaliyete (*özel korunma, ferdi korunma*) denir.

Suç politikasının, gerek genel ve gerek özel korunma bakımından ittihaz ettgi tedbirlerin ve gösterdiği faaliyetin kâffesi suç ve

290

suçlu ile savaşa matufdur. Bu itibarla yürürlükte bulunan cezalı kanunlarda bu manada değişiklikler yapılması kat'i bir zarurettir. Ezcümle, cezalı kanunlarda kabul edilen müeyyidelerden ayrı olarak önleyici mahiyette tedbirlerde bulunmalıdır. Bu tedbirlerin esasını evvel emirde insanlık ve adalet duyguları teşkil etmelidirki bu sayede devlet, cezalı kanunların tesirini daimi kılmak imkânını sağlamış olur. Bu itibarla amacı sağlayan suç politikası faaliyetinin kısa bir etüde tabi kılınması gerekir. Şöyleki: suç, herşeyden evvel toplum hayatta yaşayan insana ait hakiki ve vakiavi bir tezahürdür. Suçu vakıa olarak kabul etmek ve gerekli tetkikatı bu noktadan yapmak lazımdır.

Modern ceza hukuku, kriminal politiğin amacı olarak suç ve suçlu ile mücadelede, onun sebep ve amillerini araştırdıktan sonra yapacağı savaşın ana hatlarını çizmiş ise bu takdirde modern psikoloji ve sosyolojidende faydalanmak zorundadır. Suçun hakiki seyri, sebep ve amilleri ve bir nizam altında vukuu izah olunduğunda, onun ile savaşa salim ve tesirli araçlara dikkat nazarı celb olunmuş ve en az cinai faaliyete sahne olabilecek adil ve sosyal bir hayat şekli tesbit edilmiş olur.

Suçun hakiki sebep ve amillerine ve bunların bir nizam altında vukuuna mütedair bulunan görüş ve düşünüşlerde suç politikası yukarda yapıldığı gibi genel ve özel korunma diye iki kısma ayrılır.

Genel Korunma mahiyetinde olan kriminal politik, suçu, bilhassa kriminal istatistik metodlarının yardımile, sosyal bir hadise, bir toplum vakıası olarak göz önünde bulundurur.

Özel korunma mahiyetinde olan kriminal politik ise, suçu, ferdi bir hadise, münferit suçluların şahıslarından doğan bir vakıa olarak nazarı itibare alacak ve bunun gerek psikolojik ve gerek biyolojik metodlardanda faydalanarak etüdünü sağlayacaktır. Bu itibarla kriminal politik ilmi bir çok branşlara ayrılmış bulunmaktadır. Ezcümle, kriminoloji, kriminal biyoloji, kriminal sosyoloji, kriminal antropoloji ve kriminal istatistik, suç politikası ilminin belli başlı branşlarından sayılmaktadır.

Suçlu insanın şahsındaki özellikleri tayin ve tesbit etmek ve ruhi — batni hayatına nüfuz edebilmek için kriminal psikoloji ve antropolojiye genel bir deyimle insan iç hayatınının araştırılmasını amaç sayan bütün bilgilere ihtiyaç vardır.

Mücrim ve hasta tiplerin çok defa hir arada bulunmaları sebebile, hasta bir ruhun tanınması, ancak psikopatalojinin, psihiatrinin ve adlî psihiatri, nin ianesile mümkündür.

Sosyolojik hadiselerin tam olarak araştırılıp tesbiti için kriminal istatistike, müracaat edilir.

Kriminal politik, yukarda maruz bilgi şubelerinden faydalanmak suretile zuçu ve sebeplerini ve onun bir nizam altında işlenip işlenmediğini tayin ve tesbit etmekle görevinin yalınız bir tarafını sağlamış oluyor. Halbuki sosyal kurullar üzerine tesir etmek ve onlara suçtan korunmayı temin edecek mahiyette en iyi bir şekil vermek sosyal kurulların haldeki ve geçmişteki durumlarının kavranması ve bilinmesi lâzımdı.

Genel Korunma mahiyetindeki suç politikası:

Genel Korunma mahiyetinde olan kriminal politiğin amacı, toplumdaki suçluluğu azaltacak derecede sosyal (ceza hukukuna ait) münasebetlere bir şekil vermektir. Çünkü suçluluğu temamen ortadan kaldırmak yani cürüm ve cinayetten temamen masun bir toplum yaratmak amacı, muhal bir keyfiyettirki, böyle bir keyfiyetin temini toplum halde yaşayan insan münasebetlerinde mümkün olmadığı kati'yetle anlaşılmıştır.

İnsanların batıni hayatında mevcut olan suç işleme temayülü (kelimenin geniş münasebetile ifade edilmiştir) nin mevcudiyeti tarihten elde edilen mevcudiyeti ile anlaşılmaktadır. Ezcümle harp içinde veya harp sonnnda işlenilen cürümlerin tetkiki, bize, evvelce cürümlerden uzak kalmış muhitlerin ağır şartlar altında değişen vasat içerisinde cinai eylemlere sahne olduğunu şüpheden ari ve bariz bir surette göotermektedir. Netekim toplumda yaşayan muayyen grupların işledikleri suçların (kadınlar ve çocuklar) adedi bazı ahvalde (harp ve benzerleri) baş döndürücü bir şekilde artmakta ve toplumda ki yaşama şartları değişmeden önce suç işlemeyen gruplar veya ferdler toplumdaki yaşama şartlarının değişmesile suçluluk çevresine katilmaktadırlar.

Binaenaleyh toplumda yaşayan insanların bir kısmında suç işleme istidadı esasen mevcut olup bunun kuvveden fiile çıkması için ancak bir vesileye lüzum ve ihtiyaç vardır. İşte genel korunma tedbirleri mahiyetinde olarak insanların şuuru üzerine, onları suç işlemekten men edici tesirlerin icrası gerekmektedir. Suç işlemeğe temayülü ve istidadı olan bir kimsenin mevcut ceza teh-

ditlerini göz önüne getirerek suç işlemekten çekinmesini düşünmek doğru olamaz. Zira suç, akıl ve mantıkından ayrı olarak insanın ruhi ve bâtıni hayatının pirimitiv ve derin tabakalarından menşeini almaktadır. [1] Buna binaen ceza hukuku, insan şuurunun pirimitiv ve derin tabakalarına, istikametini tevcih etmelidir. Genel korunma tedbirleri, sosyal pisikolojik ve sosyal pedagojik mahiyette bir araç olup bu aracın akıl ve idrakle, kıyasetle ve yüz yıllardan elde edilen tecrübelere dayanılarak kullanıması icap eder. Ceza hukuku, kamu şuurunu açıkca ve plân gereğince toplumun menfaatlerine uygun ve yararlı hareketlere teşvik edici mahiyet taşımalı, ve ceza tehdidi altında bulundurmak suretile kamu şuuruna suçtan içtinap edecek tarzda tesir etmek ve yaratmak has salarını da haiz olmalıdır.

Netekim adalet görüşüne dayanmıyan ağır ve şiddetli cezalar ve tatbik kabiliyeti olmıyan ve toplumun ihtiyaçlarına karşılık teşkil etmiyen müeyyideler suçu ve suçluluğu önlemekten ziyade teşvik edici mahiyet almaktadırlar. Bu sebepten her hangi bir cezanın kanun araçlığı vasfı ile, hakkaniyete uygunluğunu belirtmek için cezanın adalet ve nasafet kaidelerine uygun bulunması, muhik olmsı, idraklı ve mantıklı bu insanın görüşüne göre topluluğa bağlı şahsiyet sağlamak amacile asıl hedefe doğru istikamet almış olması lazımdır. Bu itibarla suç politikasının faaliyeti, kakkaniyete uygun adil bir cezanın teminine matufdur. Binnetice, genel korunma mahiyetinde faaliyette bulunan suç politikasının belli başlı amaçlarından biride madern ceza hukukunun tekâmülünü sağlamaktır.

Özel korunma mahiyetindeki suç politikas

Özel korunma mahiyetinde olan suç politikası, münferid suçlular üzerine olan tesirlerile suç ve suçludan korunmaya ve savaşa ya. rayan tedbirleri almakla ödevlidir. Bu bakımdan gerek cezanın ve gerek çektirilmesinin amacı, suçlu üzerine terbiyevi ve islah edici bir tesir yaparak suçluyu topluluğa iyi bir insan olarak geri çevirmek ve bu mümkün olmadığı takdirde topluluğu onun cinai temayüllerinden korumak olacaktır.

Bu görüşe esas, suçlunun psikolojik ve biyolojik vasfile suçun ferdi bir hadise olarak araştırılmasından ibarettir.

[1] Hakikatte suçun menşeini, iptidai ve müphem tabii sevk ile husule gelen ruhi hadiseler teşkil etmektedir.

Suçun ferdi bir hadise olarak araştırılması, modern ceza hukuku mekteplerinin çalışma konusuna dahil olmuştur. 19 ncu yüz yılın son yıllarında bu mekteplerin faaliyetleri ve tesirleri had dereceye yükselmiş bulunmaktadır. Bu alanda ilk çığırı açan ve müsbet neticeler aldığını beyan eden İtalyan kriminal antropolojik (pozitivist mektep) mektepdir. Bu okulun akidesi olan (doğuşta mücrim) prensibi bilhassa Lombroso, Ferri ve Garofalo taraflarından kabul olunmaktadır.

İtalyan pozitivist mektebi adiyle anılan bu okulnn temsilcilerinden olan Turim üniversitesi adlî tıp profesörü Dr. Ceasore Lombrose, suçun sebep ve amillerini araştırarak (doğuşta mücrim) tiplerini ilmi bir etüde tabi kılarak tesbite başladı. Teşrihi (Biolojik) ve psikolojik vasıfları tayin ederek mücrim tiplerini tefrik edilmesi keyfiyeti de aynî şekilde ve tarzda ilerledi.

Klâsik cezacılar, suçludan ziyade suç ile ilgili idiler. Asıl olan genel ve geniş manasile suç idi. Suç, mücerret hukukî bir mefhum ad edilirdi. Halbuki pozitivist mektep mensupları, suçun sebep ve âmillerini araştırarak cezanın tesirli ve faideli olmaaı hususunda ısrarla durdular. Evvelâ İtalyan cezacısı Ferri bu ciheti hususi metodile tesbit ederek açıkladı. Ferri diyor ki "klâsiklerin ileri sürdükleri gibi, suçun mücerret hukuki bir mefhum olarak etüdü şüphesizki faidesiz ad edilemez. Ben dahi aynı kanaati taşıysrum. Fakat failin bulunduğu ve suçun işlendiği vasat ve zeminin diger tabirle muhitin müsbet araçlarla araştırılması gereklidir. Çünkü bu sayede, işlenmiş olan suçu bizatihi ve mücerred bir mefhum olarak değil, bunun aksine mücrimin bünye ve karekterini (harici, dahili) meydana çıkaran bir araz olarak ele almak ve hukuki cihet tenetektdki imkânı hâsıl olmuş olur.„

Ferri, suç ve suçluluk ile savaş problemini konu ittihaz eden bu yeni ilme "suçlu sosyolojisi„ Yargıç Garofalo, 1884 senesinde "kriminoloji„ adlarını vermişlerdir. [1]

İnsanın bir nevinde "doğuşta mücrim„ prensibini kabul eden bu mektep suçun işlenmesi hususunda irsen geçen bir istidadın mühim rol oynadığını göstermek suretile suç politikası ilminin inkişafında çok mühim fayda sağlamış bulunmaktadır. Aynı zamanda mücrim fertlerin psikolojik özelliklerini araştırmak suretile de suç politipası için esas ittihaz etmek istenilen düşüncelere keza tarihî bir zemin hazırlamış olmaktadır.

[1] Özel koruma mahiyetinde suç politikası

394

Bu metot ile elde edilen sonuçların bir kısmı isabetsiz ise de suç ve suçluluk ile savaş konusunda suç politikasının esası olan hakiki sebepleri ve âmilleri araştırma hususunda adı geçen mektebin müsbet tesiri inkâr edilemez. Zamanımızda bu bapta elde edilen sonuçlar Lombroso'nun görüşlerine uymamaktadır. Yanlış görüşe dayanan "mücrim tipinin„ suç politikası bakımından tetkiki yerine mücrimler arasında rastlanan muhtelif insan tiplerinin kriminal biyolojik ve veraset biyolojisi ve teşekkülât biyolojisi yönünden etüdü kaim olmatadır. Buğün modern ceza hukuku mücrimler üzerinde biyolojik tetkik ve tesbitleri kabul etmiş bulunmakta vegelecekteki suç politikası için müsbet esaslar üzerine kurulmuş zengin ve verimli bir tecrübe aracının vücut bulmasını sağlamaktadır. Suçlu insanın gerek bedenen ve gerek ruhen noksanlık arz ettiği bu nevi araştırmalar sonucundan elde edilen tecrübelerle sabit olmuştur. Bilhassa ikinci dünya savaşından sonra Amerikada bu bapta dikkate değer inkişaflar elde edilmiş ve suç işleyen insan hakkında hakikate mutabık araştırmalar yapılabilmesi için suçlunun psikopatoloji bakımındanda etüt edilmesi lüzumu belirmiş bulunmaktadır.

Bugün suç politikası sahasına, suçun, ferdi ve sosyal sebep ve âmillerinin layıkile tetkik edilmesi ve elde edilen sonuçlara dayanarak savaşılması esası ithal edilmiştir.

Kriminal biyoloji, K. Antropoloji K. sosyoloji ve K. İstatistik ianesile suçun gerek ferdi [1] ve gerek genel sebep ve âmilleri [2] araştırılmata ve binnetice cürmün işlenmesinde âmil olan ferdi ve sosyal faktörlerle tâli faktörler meydana çıkarılarak savaşın ana hatları tâyin ve tesbit edilmektedir.

devam edecek

---

[1] Ferdin ruhunda mevcut kötü temayüller istidat ve kabiliyet: Aile, terbiye, tenevvür derecesi, yaş, cinsiyet, aile durumu, vücut teşekkülü, ruhi teşekkül, Akıl hastalığı ve zaifliği.

[2] Genel sebepler: topluluk, harici vasat: ırk, din, memleket, şehir, köy, meslek, içki, uyuşturucu ve keyif verici zehirler, fuhuş, kumar, bayram günleri, sinema, müstehcen neşriyat, efsane veya bâtil itikatlar, malî durum, harb, malî krizler.

395

Kabahatlerde suçlu iradenin rolü

Yazan: Dr. Cemil Halit BENGÜ

Pilân

Konu

I. Kabahatlerde suçlu iradenin rolü ne olmalıdır?

II. Muhtelif sistemler:

A. Türk ceza Kanununun sistemi.

B. İsveçr eceza kanununun sistemi,

C. Ortacı sistem.

III. Hangi sistem ve ne için tercih edilmelidir?

A. Türk ceza kanununun sistemi iyi ve doğrumudur?

B. Ortacı sisteme ne kıymet vermelidirr?

C. İsveçre ceza kanununun sistemi ne için tercih edilmelidi?

Netic.

Konu:

Bu tetkikimizin amacı kabahatlerdede cünha ve cüfümlerde oldugu gibi fiilin iradî olmasından başka suçlu bir irade mâni kasd veya taksir mefhunlarının da aranması gerekip gerekmeyecegini incelemektir. Bir cürmü işleyen kimsenin cezalanlandırılması için her şeyden evvel bu cürmün kast veya taksir ile işlenmiş bulunduğunu yani herhangi bir iradeden maade suçlu bir iradenin de mahsulü bulunduğunu ispat etmek lâzım geldiği gibi kabahati işleyen kimsenin mesuliyeti içinde de böyle bir saçlu iradenin mevcudiyetini aramak lâzımdır, yani buradada bir cezaî mesuliyet mi yoksa başka türlü bir mesuliyet mi kabul etmelidir?

I: Kabahatlarda suçlu iradenin rolü ne olmalıdır?

Kabahatlarda, kabahatı işleyen kimsenin cezalanması için yalnız iradenin değil bir suçlu iradenin yani kast veya taksirin mevcudiyetini aramak lazım gelip gelmediği meselesi, bir kabahat-fiilinin işlenmesinden doğan mesuliyetin, cezaî bir mesuliyet mi, yoksa başka türlü bir mesuliyet mi olarak telâkki edilmesi lâzım geldiğin iaramaktan başka birşey değildir.

Bu itirbarla bu mesele cezaî mesuliyetin esası meselesine sımsıkı bağlı bulunmaktadır. Eğer cezaî mesuliyetin esasını suçlu iradeye istinat ettirmek icap ediyorsa bir kabahat fiilinin iş-

lenmesinden doğan mesuliyetin de cezaî bir mesnliyet olabilmesi için suçlu iradeye yani kast veya taksire istinat etmesi zaruridir. Etmeyorsa ortada cezaî mesuliyet değil başka türlü bir mesuliyet bulunmak gerektir.

Biliyoruzki bir suçun işlenmesinden bir çok neticeler doğabilir. Mesuliyet bakımından, hukukî mesuliyet bir tarafa, bu neticeleri bu gün umumiyetle ikiye irca edebiliriz: Cezaî mesuliyet, İçtimaî mesuliyet.

Bu gün suçlu irade esasına dayanan cezaî mesuliyet yanında bir de içtimaî mesuliyet mefhumu yer almıştır. Suçlunun tehlikeli hali ve içtimaî müdafaa zaruretine dayanan bu içtimaî mesuliyet fikri cezaî mesuliyet mefhumunu tamamen ortadan kaldırıp cezanın yerine emniyet tedbirlerini koymak iddiasıle ortaya atılmış [1], evvelâ şüphe ve ihtirazla karşılanmış , sonra şiddetli hücumlere mâruz kalmış ve nihayet yavaş yavaş yerleşmiş, kanunlara sokulmaya başlamış, bu gün artık ehemmiyetli bir mevki kazanmışsa da, mutlak irade «libre arbitre" mefhumuna şiddetle yapılah hücum ve herşeyin katî bir determinizme tabi olduğunu ispata çalışan gayretlere rağmen, ceza ve cezaî mesuliyet mefhumlarını tamamen söküp atmıya muvaffak olamamıştır.[2]

Bu gün ne iradeye mutlak bir iktidar tanınmakta ne de irade ve dolayisile suçlu irade ve cezaî mes'uliyet tamamile ret edilmektedir.

Filhakika ferdin iradesine tamamen hâkim olduğu, yani istediği şekilde hareket etmek kudretine mutlak surette sahip olduğu iddia edilemez de, tam bir determinizme tabi olduğu da söylenemez. [3] Hareket ve isteklerimizdeki tezahürlerile ancak müşahede edilebilen ve irade denen bu pisikolojik hâdisenin biyolojik şartları itibarile tabiî (Aklî ve bünyevî sıhhâti yerinde, temyiz kudretine sahip) olan ve muayyen bir çağa gelmiş (Rüste varmış) bulunan, bir insanda nispî bir hareket serbestliği temin edtiği bu gün ekseriyetle kabul olunmaktadır. Hürriyetimiz bir çok sebep-

[1] Ferri'nin riyaset ettigi bir komisiyon tarafından hazırlanan 1921 tarihli İtalyan Ceza kanunu projesi Cezü mesuliyeti ve cezanın faydasını tamamen inkâr etmişti.

[2] Küba ve Soviyet Rusya hariç

[3] Bengüç: La responsabiliti penale des groupements de parsonnes. Thése, Geneve 1941, s.50, 100.

397

lerle (İrsiyet, terbiye, içtimaî ve fiziki muhit, gelenek, ahlâk, hukuk) Tahdit edilmiş olsa bile son kararı verirken nispî bir serbestliğe sahip olduğumuz görülmektedir [4].

İrade nispî de olsa cezaî mesuliyetin esasını teşkil etmekte devam etmekte ancak iradenin nispî olarak dahi rol oynamadığı yerlerde (Anormal: Deli, aklen zayıf, hasta, mâlûl, mükerrir, alkolik, tenbel—serseri, dilençi—ve küçük suçlular) cemiyet müdafaası zaruri kılıyorsa, suçlunun tehlikeli hali esasına dayanan, içtimaî mesuliyet ve emniyet tedbirleri kabul olunmaktadır [5].

Suçun bu iki neticesi dışında her hangi bir suçlu irade ve suçlunun tehlikeli hali mefhumlarından azade, yalnız suçu teşkil eden fiilin maddeten failine izafesini kâfi gören maddi, objektif bir mesuliyet veya suçun failini bile aramıyan kollektif bir mesuliyet bugün artık ilmi terakkiye, umumi hukuk esasları.

Ferdin ve cemiyetin esaslı menfeat ve telâkkilerine aykırı ve tehlikeli olarak görülmekte ve haklı olarak reddedilmektedir.

Bu gün « Suçluluk dışında ceza yoktur » Pirensibi ceza hukukunun en geniş tatbikat gören ve uzun tekamül ve mücadelelerin eseri olarak medeni dünyanın büyük bir kazancını teskil eden bir esas olmuştur. Bu gün artık ne yalnız neticeye, fiilin maddiyetine dayanan mesuliyet ne de suçluların yanı sıra suçsuzların da cezalanmalarından ibaret olan kolektif bir mesuliyet kabul olunabilir. Demek oluyor ki herhangi bir suçun neticesi bugün ya bir cezaî mesuliyet veya bir içtimaî mesuliyettir.

Bir kabahat fiilinin neticesi de ancak bu iki neticeden biri veya diğeri olabilir. Başka birşey olamaz. Bir kabahat fiilinin ortaya bir içtimaî mesuliyet koymasına bu fiili işleyen kimseye, içtimaî müdefaa bakımından suçlunun tehlikeli hali icap ettiriyorsa, bir emniyet tedbiri tatbikine, bilhassa suçlu bir kabahat mükerriri ise, hiç mâni yoktur. Fakat bu hal daha ziyade nazaridir. Her gün görülen ise kabahat fiillerinin ceza tatbikile karşılanmasıdır. O halde mevzu bahis olanın bir cezaî mesuliyet « olabilirmi? Öyle bir cezaî mes'uliyetki suçlu irade, kart veya taksir mefhumundan azade bulunsun, yani objektif, münhasıran fiilin maddiyetine dayanan bir cezaî mesuliyet olsun kabahal fiilinin maddeten

[4] Bengüç : La responsabilité Penale des groupemnets de Personnes, Thése, Geneve 1941, 5. 50, 100.

[5] Ceza hukukunun birleştirilmesi için Bürükselde toplanan birinci milletler arası Konferansın zabıtları, Rouxdın. Canris de droit criminel français, 2, bası, cild I, Paris 1937.

mevcut olması ve bu fiilin maddi bir illiyet bağile bir kimseye bağlanması o kimsenin cezalanması için kâfi gelsin, bundan fazla olarak suçlu bir irade, mânevi bir unsur ve mânevi bir illiyet bağı aranması. Fakat bunu, böyle bir mesuliyeti cezaî diye vasıflandırmıya imkân yoktur. Bu tamamen objektif maddi bir mesuliyetir ve tarihte yer bulmuş olsa bile bugün cezaî mesuliyet mefhumu içine sokulmaması gerekir [6].

Bir kimesenin cezaî mesuliyeti ancak suçlu olduğu için mevcut olabilir. Ve bu suçluluğun esasını failin kast veya taksir şeklinde tezahür eden suçlu iradesi teşkil eder. Bunun dışında her hangi bir sebeple bir ceza tatbik ediliyorsa bu ortada bir cezaî mesuliyet var denmek olamaz. İradesi herhangi bir suçluluk lekesi taşımıyan bir kimsenin kendi, veya başkasının fiilinden dolayı cezalandırılmasını kabul etmek onun cezaî mesuliyetini değil maddi ve objektif mesuliyetini istemek olur. Cezaî mesuliyetin kıstası münhasıran ceza tatbiki değil suçlu irade dolayisile ceza tatbikidir.

Cezaî mesuliyetin esasını suçlu bir irade, kast veya taksir teşkil ettiğine göre herhangi bir suçun binaenaleyh bir kabahatın neticesi, eğer suçlunun tehlikeli hali içtimaî mesuliyetini ortaya koyup hakkında emniyet tetbirleri tatbikini icap ettirir miyorsa, aynı olmak gereki. Nasılki bir cürüm veya cünhadan dolayi bir kimsenin cezalanması için kast veya taksiri yani suçlu iradesi aranıyorsa, bir kabahat işleyen kimsenin cezaî mesuliyetini kabul edebilmek, cezalanmasını isteyebilmek için de suçlu iradesini kast veya taksirini bulmak iktlza eder. Fakat bunun için kabahatların diğer suçlardan farklı olmaması, onlarla ayni mahiyeti haiz bulunması lâzımdır. Acaba böylemidir?

Suç esas ve mahiyeti itibarile daima bir ve aynimidir? Suç teşkil eden muhtelif fiillerin, ancak ihlal ettikleri hukuki kıymetlerin (Ferdi: can, mal, şeref ve namus... ve maşeri: hukuki düzen) Cins ve nevilerine ve bu ihlalin ağırlık derecesine göre bir tasnif ve taksimi yapılabilir. Bu tasnif ve taksimleri adlî teşkilat (Mahkemelerin vazife ve selahiyetlerini tayinde) ve muhakeme usulü (Ağır ve hafif suçlar için ayrı) bakımından elde edilen pratik kolaylıklar meşru göstermiş olsa bile, o taksim ve tasniflere mevzu olan fiillerin, suç olmaları itbarile, aralarında hiç bir mahiyet ve esas farkı mevcut olmadığını unutturmamalıdır. Böylece bâzı kanunlar tarafından cürüm, cünha ve kabahat ve diğer bâzı kanun-

[6] Erfalzshaftung: Responsabilités sans faute.

399

lar tarafında cürüm ve kabahat diye ve bilhassa tatbik edilen cezalar ve ait oldukları adlî merciler bakımından tasnif edilen suçlar arasında mahiyet ve esas farkı aramamak lâzımdır. Bu fiillerin hepsi hukuka cem'iyetin devam ve bakasını temin eden esas kaidelere, cemiyet düzenine aykırı oldukları için kanun tarafından cezalandırılan fiillerdir. Aralarında her hangi bir keyfiyet, esas, mahiyet farkı değil yalnız kemmiyet, ağırlık derecesi farkı vardır. [7] Aralarında mahiyet farkı olmıyan bu suçlar hakkında bahsettiğimiz pratik kolaylıkları muhafaza etmekle beraber, ayni umumi esasları tatbik etmek şüphesiz doğru olur. «Kanun dışında suç ve ceza yoktur» prensibinde olduğu gibi «Suçluluk dışında ceza yoktur» prensibinde de kabahatlarla diğer suçlar arasnda bir fark gözetmeyi haklı gösterecek bir sebep mevcut olmadığı gibi böyle bir tefrikin bu prensiplerin samimiyet ve selâhiyetini sarsacağı, bir takım adaletsizliklere ve keyfi haraketlere meydan vereceği de düşünülebilir.

O halde suçlar arasında esas ve mahiyet farkı mevcut olmadığını, yani kabahatların da diğer suçlarla ve meselâ cürümlerle esasta birleştiğini kabul edince bu suçların en mühim unsurunu ve cezai mes'uliyetin esaslı şartını teşkil eden suçlu irade mefhumunun, şekil ve derecesini değiştirmekle beraber, kabahatlar için de ayni kıymet ve ehemmiyeti haiz olması elbette lâzımdır. Yani kabahatlera da suçlu iradenin oynıyacağı rol diğer suçlarda oynadığı rolden farklı ve daha az ehemmiyetli olmamak icap eder.

II. Muhtelif sistemler

Mantiki ve doğru netice bu olmakla beraber tatbikatta kanun koyanlar muhtelif, bu neticeye uyan ve uymıyan hal tarzları, sistemler kabul etmişler ve ilmî içtihatlar da bu muhtelif sistemler arasında bölünmüşlerdir. Bu muhtelif hal tarzları arasında biribirine zıt iki sistemi, Türk ve İsviçre ceza kanunları sistemlerini tetkik etmek ve bu iki kutup arasındaki ortacı bir hal tarzını münakaşa etmek doğru ve salim neticenin tezahürü için faydalı olur kanaatındayız.

---

[7] Hafter E: Lehrbuchdes sanveizerisehen strafrechte, saq, toil, 1426, ş. 14; 11, 66 Logoz, : Commentaire du cose jenal suisse s.34, 35, 36, 387—388, 391; zürcher·

Exposê du motifs de l'av, projet du code jénal Suisse, 1908, s. 425; RouX, y. A: covrs de droit criminel français, 2. Bası, cilt 1. Paris, 1427 s, 89: prins, A, jaspar, H: congris penitentiaire, 1896 nın Birinci setrion raporu. s, 342.

200

A. Türk ceza kanununun sistemi:

Kast ve taksiri tarif etmemiş olmakla beraber ceza kanunumuz bir cürmün cezalandırılabilmesi için bu cürmü teşkil eden icraî veya selbî hareketin, fiilin kast veya taksirile işlenmiş olmasını şart koşmaktadır. Filhakika kanunumuz pek de iyi olmıyan bir ifade tarzı ile «cürümlerde kastın bulunmaması cezayı kaldırır» demektedir (mad.45,Fık.1). Bu suretle cürümde kast esastır. Fakat kanunumuz serahaten tayin edeceği bazı hallerde, cürmü teşkil eden icraî veya selbî hareketin cezaladırılması için, taksirin mevcudiyetini kâfi görmüş ve bunu da yine bozuk bir şekilde şöylece ifade etmiştir: «Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır.» Şu halde suçun manevi unsuru ve cezai mes' uliyetin manevi şartı olan suçlu iradenin, kast veya taksirin tezahürü icrai veya selbi bir hareketin cürüm teşkil edebilmesi ve bu itibarla cezalandırılabilmesi için kanunumuz tarafından kat'i surette istenmiştir.

Buna mukabil kabahatlar için kanunumuz bunun tamamile tersi bir sistem kabul etmiştir. Kanunumuz bir hareketin kabahat teşkil edebilmesi ve bu sıfatla cezalandırılabilmesi için, esas itibarile, suçlu bir iradenin mevcudiyetini şart koşmamıştır. Bu itibarla denebilirki kanunumuz cürümlerle kabahatlar arasında bir esas ve mahiyet farkı vazetmekte ve şeklî suç yani suçlu irade mefhumundan azace(dedit formel) Suç mefhumunu kabul etmiş bulumaktadır. Kanunumuzun «kabahatlarda kast sabit olmasa bile herkes kendi fiil veya ihmalinden mes'uldür diyen sarih ifadesini bu suretle anlamak zaureti vardır. [8] Bu anlayış 1899 tarihli İtalyan ceza kanununun bu maddeye esas olan 45. inci maddesinin 2. inci fıkrası ifakesine de uygundur. [9] Tatbikatta bu hüküm mah kemelerimiz tarafından bu şekil ve anlamda tefsir ve tatbik edilmiştir. Temyiz mahkemesi ikinci ceza dairesinin 28/mart/929 tarih ve 1976 sayılı kararı bu husustaki tereddütleri izale edecek şekilde «kaqahatlarda kastın vücucu meşrut olmadığı» nı bildirmektedir[10].

Gerçi 45 inci maddenin kast unsurunun lüzumuna ancak cürü-

[8] Türk Ceza Kanunu mad. 45 fık. 2.

[9] Code Pènal İtalien: Edmon Turrol tarafından Fransızcaya tercümesi, Paris, 1890, s. 37.

[10] Temyiz kararları, cilt 7, 1929, s. 218.

401

mlerden bahsederken işaret etmiş olmakla beraber bu nnsurun kabahatlarda da aranmasının zaruri olduğu; çünki ancak kastî olan bir fiilin failine isnat olunabileceği aksini kabulün 45 inci maddenin esasına muhalif olacağı ileri sürülmüş [11] ve, suçlu bir iradenin, sübjektif bir unsurun rolü etrafında, suçlu kabahat fiillerinde de cürümlerde olduğu gibi kast unsurunun bulunması lâzımdir denmiştir. Fakat acaba, bu anlayış kanunumuzun kabul ettiği sisteme ve anlayışa uygunmudur? Bu sualin cevebı bizim için menfidir. Kanunumuz kabahatlarda suçlu bir iradenin, kastın mevcudiyetini aramamakta, bununla meşkul bile olamamaktadır. Bu kastın mevcut olması veya olmaması onun için birdir. Her iki haldede kabahatı teşkil eden icraî veya selbi hareket cezalanacaktır. Bu fiil "kast sabit olması bile„ cezalanacaktır demek, bu fiil kast unsuru aranmaksızın, şart koşulmaksızın cezalanacaktır demektir. Bu anlayışımızı takviye için evvelâ yukarıda zikrettiğimiz noktai nazara müraacat edecegiz. Bu rada kasttan iki farklı manada bahsedimekte fakat elde edilen neticede bu iki farklı kast anlamı ayni manada alınmaktadır. Filhakika , andak kasti olan bir fiil failine isnat olunabilir aksini kabul 45inci maddenin esasına muhaliftir ve kabahat fiillerinde de cürümlerde olduğu gibi kast unsurunun bulunması lâzımdır denmektedir.

Ancak kasti olan bir fiilin failine isnat olunabileceğini söylerken «kast» cezai mes'uliyetin manevi şartını teşkil eden suçlu iradenin tezahür şekillerinden biri olan kastınbirunsuru parçası olarak alınmaktadır. Filhakika suçlu iradeyi tezahür ettiren bu kasti tetkik edersek görüyoruzki bu kast suçun bütün unsurlarını ve bilhassa suçu teşkil eden icraî veya selbi hareketle bu hareketin neticelerini ihtiva eder. Bir suçta kast vardır diyebilmek için bu suçu teşkil eden fiilin istenerek yapılmış. yani bir cebir ve tazyika değil failinin iradesine dayanmış olması lâzım geldiği kadar (bu o hareketin yalnız iradeye dayandığını gösterir) failin bu hareketin muayyen, gayrı muayyen veya muhtemel neticelerinide iste mesi ve arzu etmiş olması (neticenin taahakuku ayrı bir meseledir) yani bu neticelerinde failin iradesine mevzu olması lâzımdır (bu o hareketin suçlu bir iradeye dayandıgını gösterir). Daha kısa bir tabirle suçu teşkil eden fiilin yalnız suçlunun iradesini değil bundan fazla olarak suçlu iradesini göstemesi lâzımdır. Görüyoruzki suçu teşkil eden fiilin istenmiş, iradeli olması, «kasdi» olması

[11] Kantar. B, : Ceza hukuku, s. 105. Temyiz mahkemesinin yeni bazı kararları bu ikirdedir. Bak.

asıl kasdin yalnız bir unsurunu, bir parçasını teşkiletmekte temamını ifadeden uzak kalmaktadır. Suçu teşkil eden fiilin istenerek işlenmiş olması manasında kast şüphesiz herhangi bir fiilin suç (cürüm veya kabahat) teşkil edebilmesi için lâzımdır. Bu hususta kabahatlar için ayrılık gözetilmemiştir. Bu manada «ancak kasdi olan bir fiilin failine isnat» olunabileceğini ve aksini kabulün «45 inci maddenin esasına muhalif» olacağını söylemek çok doğrudur . Çünki bildiğimiz gibi ve umumiyetle kabul olunduğu veçhile bir suçun (kabahatlar dahil) herhangi bir kimseye isnat olunabilmesi için o suçu teşkil eden fiilin o kimse tarafından serbest olarak ve istenerek yapılmış olması her şeyden evvel lâzım ve zaruridir. Bu herhangi bir suçu bir kimseye isnat edebilmenin ilk şartıdır. Sayın profesör Tahir Taner her ne kadar kabahatlarda kast aranmamakta isede her halde iradenin yahut temyiz kudretinin bulunmaması hallerinde kabahat faillerinin mesul edilmesi mümkün değildir. Mesela yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı cürümler gibi kabahatlardada mesuliyeti kaldıran sebeblerdendir» demekle bunu anlatmak istemektedir [12].

Fakat kabahat fiillerindede cürümlerde olduğu gibi kast unsurunun bulunması lâzimdır denirse "kast„ yokarıda gösterdiğimiz manada almış olmaz. Buradaki "kast„ kasdin yalnız fiile mütevccih olan kısmına inhisar ettirilmemiş neticelerde teşmil edilmiş (cürümlerde olduğu gibi) yani fiilin yalnız iradeye değil ayni zamanda suçlu bir iradeye dayandığını göstermesi lâzım gelen kastin tam kendisini ifade etmiştir. Halbuki bu "kast„ yani suçlu irade, kabahatlarda "sabit olmasa bile„ failin mesul olacağını, fiilin yalnız iradeye dayanması kâfi görülerek, cezalanacağını kanun sarih olarak söylenmektedir ve bu hal tarzının "45 inci maddenin esasına muhalif" olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Çünkü suç teşkil eden her hareketin bir zor ve cebir neticesi değil serbest bir irade mahsulû olması şeklinde kabul edilmesi lâzım gelen bu esasın kabahatlar içinde muteber olması, cürümlerde aranan ve suçlu iradenin tezahür şekillerinden biri olan kasdin aynen kabahatlardada aranması demek değildir. Yani ayni zamanda fiil ve neticelerine şâmil bir kastın yalnız bazı suçlara (cürümlere) inhisar ettirilmesi, yalnız fiile taallûk eden iradenin bütün suçlar için zaruri bir şart teşkil

[12] Taner, T. : Ceza hukuku, İstanbul, 1934, S, 225; 1930 tarihli İtalyan Ceza kanunu mad. 42 Fık. 1:ci şuur ve irade ile işlenmiş olmadıkça hiç bir kimse kanunun suç saydığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz" Codı penal du Royanme a'İtalie, P. de Casabiranca'nın fıransızca tercümesi; Adliye Cedsi, sayı 9,1941, s.(T, C. 642 K. Purojesi mad. 53, fık„ 1.

etmesi yolundaki esasla kat'i bir uyuşmazlık göstermemektedir. Bütün suçlar için hem hareket hemde neticelerine şâmil bir kasdin yani suçlu bir iradenin esas olması, cezai mesuliyet mefhumunun tabii ve mantıki neticesi olarak, arzu edilir; fakat kanun koyan bunu yapmamışda bu kasdi yalnız bazı suçlara tahsis etmişse, bu, suç teşkil eden her fiilin iradeli olması şeklinede ifade edilen prensibe muhaliftir denemez. Kanun koyanımız tarafından fiil ve neticeye şâmil kasdin arandığı suçlar meyanına sokulmıyan, binaenaleh suçlu irade mefhumundan azade tutulan suçlar (kabahatlar) için dahi bu prensip mahfuz kalmaktadır. Kanunun bu hususta kabul etmiş olduğu sistemine 45 inci maddenin ifadesine ve nede bu maddenin dayandığı umumî esasa muhaliftir [13].

Kabahatlarda kanunumuzun kast veya taksir şeklinde tezahür edebilen herhangi bir suçlu iradeyi yani manevî bir unsuru şart koşmadığı, istisnai olarak bu manevî unsurun, sarahatan tâyin edilen bazı kabahatlarda, arandığını gösteren maddelerin mevcudiyetilede anlaşılmaktadır. Filhakika ceze kanunumuz, istisnai olarak, adetleri pek az olan bazı kabahatlarda failin cezalandırılması için kast unsurunun vücudunu şart koşmakta (mad. 545: dilencilik ettirir,... dilenmesine veya bir kimsenin... Dilencilikte kullanılmasına müsaade ederse...) Ve diğer bazı hallerde de kasti ancak kabahat filiinin cezasını arttırmak için kabul etmektedir (mad. 537: ...resmi daireyi istihfaf zımanında...; 540 fık. 2: ... Mene muhalif olarak işlemiş... 541 fık.2, 3: tekerrürü halinde... ruhsat talebinin red olunmasına rağmen...; 543 fık. 3: ... Vuku bulan memnuiyete karşı icra olunusa...).

Yine kanunumuz diğer mahdut bazı hallerde kabahatin cezalandırılması için taksiri şart koşmuştur, yani kabahatı teşkiledn fiilin iradeliği yanında ayrıca, bu fiilin neticelerini istememekle beraber bu neticeleri önceden görmek kabilken (dikkatsızlık, kayıtsızlık) görmemek veya görüpte müsamaha, ihtiyata riayetsizlik, tecrübesizlik, küstahlık gibi sebeblerden dolayı husulünü önlememek hallerini aramaktadır (mad. 542:... Dikkatsızlık, maharetsizlik; 553:... Tehlikeyi gidermek icin lâzım gelen tedbirleri almamak...; 554: 555: 559: Lâzım olan ihtiyatı ifa etmemek.. .; 563, 564, 566: Dikkatsızlık veya tecrübesizlik neticesi ..).

Eğer kanunumuz 45 inci maddesinde kabahatlar için kast veya taksir şekillerinden birile tezahür edebilecek herhangi bir suçlu irade unsurunu esas olarak kabul etmiş olsaydı, kabahatlarda da

[18] Kabahatlarda da fiilin iradeli olması lâzım geleceği aşikârdır. Münakaşa edilen neticèlerin istenmiş veya önceden görülmüş olmasının aranıp aranmıyacağıdır.

cezai mesuliyetin esasını mânevî bir şartın husulüne talik etmiş olsaydı, kast ve taksire ait bu istisnaların kabulüne lüzum kalmazdı. Kabahatlarda kast veya taksir unsurlarının mevcut olduğunu farzetmekte bunların hakikatte şart koşulmadığını söylemekten başka birşey olamaz. Kanunumuzun böyle bir fıraziyeyi kabul ettiğini "kast sabit olmasa bile„ tarzındâki menfi ifadesinden çıkarmıya çalışmak netice üzerinde hiçbir tesiri olmıyan bir cihette bulunmak olur. Herhangi bir suçta kastın mevcuduyetini farz etmek o suça şekli bir mahiyet vermekten, o suç için suçlu irade mefhumunun ehemmiyeti haiz olmadıgını ifadeden başka bir şeye yaramaz. Esasen kanuuumuz böyle bir faraziyeyi kabul ettiğine dair hiçbir işareti ihtiva etmemektedir. Demekki kanunumuzun kabahatlar için kabul ettiği sistem herhanği bir mânevî, suçlu irade (taksir veya kast) mefhumundan ari, şekli, objektif bir suç mefhumu ve objektif bir mesuliyet sistemidir.

B. İsvçire ceza kanununun sistemi:

İsviçre ceza kanunu suçları ağırlık dereceleri bakımından cürüm, cünha, kabahat diye üçlü bir taksime tabi tuttuğu halde mahiyetlri itibarile bu suçlar arasında esaslı bir fark gözetlememiştir. Stooss'un hazırladığı 1918 tarihli İsviçre federal ceza kanunu projesi (muhtelif kanton kanunlarında ve ecnebi kanunlar da olduğu gibi) [14] suçları cünhalar (geniş mânada, cürümler dâhil) ve kabahatler diye ikili (delit: Vergğehen, contrevantion: Übertretug) bir taksime tabi tutmuştu [15]. Federal meclisler projenin bu husustaki sistemini yalnız şekil bakımından değiştirdi İ. C. K mad. 9. 101). Cürüm ve dar mânada cünha arasında, cürüm tâbirini pek ağır suçlara tahsis etmek suretile, bir fark gözeten halk hissiyatına ve taammüm etmiş dile ve yine 1810 tarihli Fransız ceza kanununun 1 inci maddesi misaline uymak maksadile kanun koyan projenin hükümlerinde «cünha « kelimesini» cürüm ve cünha» tâbirile değiştirdi [16]. Fazla olarak kanun koyan kanuna cürüm, cünha veya kabahat sayılacak suçların kanuni bir tarifinide ilâve etti (İ. C. K. mad. 9. 101). Bu suretle gözetilen tefrikin ehemmiyeti ancak şeklidir (muhakeme usulü kolaylıkları bakımından). Bu tef-

[14] 1884 Tarihli vaud kantonu 1866 tarihli Danimarka, 1364 tarihli İsveç, 1881 tarihli Felemenk, 1885 tarihli İtalyan, 1891 tarihli Nevratıl kantonu, 1926 tarihli Türk, 1930 tarihli yeni İtalyan (mad. 39) Ceza kanunları.

[15] Dozoz, P.: Commentaire du code pénal Suıs, partie Général, Paris, Nevhatıl, 1932—1941, ». 35.

[16] Tholmann: Code pènal mine, Prais — verban de lası commission dikpers, 1912 1920—, T. 1. s. 10.

605

rik cürüm ve cünhalarla kabahatlara tatbiki lâzım hükümler arasında esaslı hiç bir ayrılık icabettirmemektedir. Bu üç türlü suçun her üçünde bir mânevî, sübjektif, suçlu iadeye dayanan bir suçluluk unsurunu, bu suçları işleyenlerin cezaî mesuliyetleri için belli başlı bir şart olarak kabul etmekle, kabahatlerde suçlu iradenin rolü meselesinde, İsviçre ceza kanunu, Türk ceza kanunun kabul ettiği sistemin tamamile zıddı bir neticeye varmıştır. Bu kanun snçluluk dışında ceza yoktur «diye sarih bir hükmü ihtiva etmekle beraber bu prensipten pek geniş mıkyasta mülham olmakta, modern ilmî içtihatlara uygun olarak adaletsiz olan, yalnız fiillerin maddiyeti üzerine, başka bir deyimle, çok defa tesadüfe müstenit objektif mesulyet «Erfolgohaftung» sisteminden uzaklaşıp mânevî mesuliyet «Schuldshaftung» sistemini kabul etmektedir [17].

Bu kanunun «mahalif ve hususi bir kanun hükmü bulunmadıkca yalnız kast ile bir cürüm veya cünha işleyen kimse cezalandırılabilir. Cürüm ve cünhayı bilerek ve isteyerek (idrak ve irade ile) işleyen himse kast ile işlemiştir. Suçlu bir öngermezlikle (parune imprévoyance coupable) hareketinin neticelerini kestirmeksizin veya nazarı itibara almaksızın hareket eden kimse cürüm veya cünhayı taksir ile işlemiştir. Fail içinde bulunduğu şartların ve şahsi durumunun gerektiği tedbirleri almamışsa öngörmezlik suçludur; diyen 18 inci maddesinden anlaşılmaktadırki, umumi olarak, yalnız gayri mesul olmıyan (normal) bir kimse değil fakat bilfiil suçlu olarak (kast veya taksir ile) haraket eden bir kimse cezalandırılabilir. Yine bu kanun hususi kısmında «suçluluk dışında ceza yoktur» prensibinin, bazan bir suçu tavsik eden ağır neticelerde sistemli bir surette tatbik etmektedir. Meselâ, müessir fiillerde, mağdurun fail tarafından istenmiyen ölümü halinde olduğu gibi. Hususi kısım hükümlerine göre bu kabil neticeler, ancak eğer fail bunları önceden kestirmeğe muktedir olabilmiş idi ise, cezanın artırılmasını istemeatedir (bakınız: İ. C. K. mad. 122 fık 2; 123 fık. 3; 134, i, f, 195 fık. 2—3, 124). Yalnız fiillerin maddiyetine dayanan tenkil sisteminin bakiyelerin ancak 133 üncü (Kavgaya katılma) ve 263 üncü (Kendi kusuruile mes'uliyeti kaldıran bir hale gelenin fiilleri) maddeler gibi pek mahdut hallerde kalmıştır. İsviçre ceza kanunu esas itibarile, kabahatlerle daha ağır olan cünha ve cürümler arasında bir mahiyet farkı gözetmediği içindirki, cünha ve cürümler için vazedilmiş olan umumi hükümlerin bazı ehemmiyetsiz değişmelerle (Madde. 103—109), kabahatlere de

[17] Hafter, E. dehrlnde des seri rc'zerisuvn srafredıts, Alls. Tinl, 1926, 21.

tatbik edileceğini 102 inci maddesinde tasrih etmektedir. 102 inci maddenin bu hükmü iktizasınca teşebbüs (Madd. 21), iştirak (Mad. 67), içtima (Mad. 68), ve saireye mütedair hükümlerle [18] birlikte bilhassa 18. inci maddenin suçluğ tâyin eden hükmü cürüm ve cünhalara olduğu kadar kabahatlulare de tatbik olunacaktır [19].

Esasen 102 inci maddenin kabahatlar için mahfuz tuttuğu 103—109 uncu maddelerdeki değişmeler tetkik edilince görülmektedirki bunlar yalnız, suçu itiyat edinenlere tatbik olunacak tedbirlere, siyasi haklara (Mad. 103), teşebbuse (Mad.104), tecile (Mad.105), para cezasına (Mad.106), cezanın tahfifine (Mad.107), tekerrüre (Mad.108), mürürü zamana (Mad.109), aittirler. Böylece" suçluluk dışında ceza yoktur" pirensibi kabahatlara da tam olarak teşmil olunmuş bulunmaktadır. Binanaleyh cürüm ve cünha sahasında olduğu ğibi kabahatlar sahasında da İsviçre ceza kanunu artık "şekli" denen suçların mevcudiyetini, yani suçluluk dışında mahkûmiyeti imkânsız kılmıyan suç mefhumunu, reddetmiş bulunmaktadır [20].

"Suçluluk dışında ceza yoktur" kaidesini, hiç olmassa taksir şeklinde, kabahatlara da tatbik hususundaki temayül İsviçre kanununa tekaddüm eden kanton mevzuatında da kendini, her ğün daha açık bir surtte göstermiş bulunuyordu [21].

C. Ortacı sistem

Bu iki belli başlı sistem arasında müellifler ortacı sistemlerde teklif etmişlerdir. Bu meyanda bilhassa İtalyan müellifleri tarafından müdafaa edilen sistem zikre değer.

Bu sisteme göre de, ilmî temayüllere ve İsviçre ceza kanununun fikrine uygun olarak, kabahatlarda da mânevi unsuru (Kast veya taksir), bu fiilleri işliyenleri cezalandırmak için, şart olarak aramak lâzımdır. Türk ceza kanununun kabul ettiği gibi, her tür-

18 İsviçre ceza K. mad, 1: kanun dışında ceza yoktur! 2—8, 10, 13 ve 5.: mesuliyet; 18—20: suçluluk, hukuki ve füzulî hata; 27, 322: matbuat mesuliyeti; 28—31 126, 146, 140' 205, 207, ve s.: mağdurun şikayeti; cezalar ve emniyet tedbirleri ve tetkik edilecektir (bilhassa mad' 39, 63, 103 ve sa); çocuklar ve erginlere ait hükümlere gelince bunlar kabahatlar ve diğer suçlar arasında hiç bir fark gözetilmeksizin tatbik edileceklerdir (mad'82 — 59).

[19] Logaz' p.: Commentaire du cade ylnal suine partie géneral paris, Neudiâ] tıl 1439—1941' o. 36, 60, 391, 342 ve Başlangıçı: X III'

[20] Bengü,c.: kaumonsayilite pénalı dıs gronpemants de gersonnes,gınıve,1441, s. 46—47 (not'4).

[21) 2üridn, gtn, pro.§327; Bale—ville, cade dekolice §10;duarne, vde de po ice §32, Fribaurz, code pénal, mad' 192.

lü suçluluk mefhumu dışında, failin cezalandırılması için kanunun ihlal edilmiş olması kâfi değildir. Cürüm ve cünhalarda olduğu gibi kabahatlarda da muayyen bir suçluluk ifade eden sübjektif bir unsurun mevcudiyeti şarttır. Ancak cürüm ve cunhalarda suçluluğun mevcudiyetini ispat etmek icap ederken ve bu ispatı âmme davacısının yapması lâzım gelirken kabahatlarda böyle bir ispata lüzum yoktur. Kabahat fiilini işliyan kimsenin bu fiili kast ile işlemiş olduğunu farz ve kabul etmek icap eder. Yalnız bu suretle mevcudiyeti farz ve kabul edilen kastin bilfiil mevcut olmadığı hallerde, faili her türlü suçluluk dışında cezalandırmış olmak vaziyetine düşmemek için, maznuna bu suçluluğun yani kastın mevcut olmadığını ispat imkânının, bu müelliflerin deyimile" Hakkını", tanımak lâzımdır. Şayet bu ispat muvaffak olurse faile hiç bir ceza verilmiyecektir. [22]. Bu fikrin esasını incelemeyi tetkikimizin sonuna bırakarak burada bizzat bu fikri ileri süren müelliflerin maznuna tahmil edilen ispat külfetinin muhtevasını tâyin hususundaki anlaşmazlıklarını görelim.

Bu mükelleflerden bazıları maznunun yalnız kendisine isnat olunan kabahati teşkil eden fiili işlemekte iradesi olmadığını isbat etmesi lazım geldiği kanaatındadırlar (Tuozzi ve İmpallomeni) [23]. Sayın profösörümüz Baha Kantarın terviç ettikleri bu fikri canlandırmak için, kendilerinin ceza kanunumuzun 541 inci maddesine tatbik ettikleri, şu misali aynen alalım: «Merciinden ruhsat almaksızın şehir içinde kanuna göre memnu olmıyan silahları taşımak bir kabahat fillidir. Böyle bir halde tutulan kimse silâhı iradesile taşımış addedilir ve cezalandırılır. Fakat kendisi silah taşıdığını bilmediğini yani silâhın hiç haberi olmaksızın başkası tarafından cebine konmuş olduğunu hülâsa silâh taşımakta kasti bulunmadığını ispat ederse mes'ul edilemez. «Ceza kanunumuzun sistemini tatbik ederken gördüğümüz veçhile, iradeli olmıyan bir fiilin suç teşkil edemiyeceği tabii olduğuna göre bunu kabahatlarda maznuna tanınmış bir «İspat hakkı» şekline sokmakla ne bir şey değişmiş olur ne de kabahatlara suçlu irade mefhumu sokulmuş bulunur (aşağıda s. 28 m).

[22] Florian: Trattato di dritto penale, 1.part.I, no.230; Bu sistem için bilhassa sayın profösörümüz Baha Kantarın "ceza hukuku„ adlı eserinden faydalandık: s. 104, 105.

[23] Kantar, B.: Ceza hukuku, s.105, not. 1.

[24] passima, E.: İl musvo cadice penale 1890, s. 86; Kantar,B.: Ceza hukuku, s. 105, not 2.

Bâzıları da maznunun, fiili işlediğini ıkrar etse bile, kanuna muhalif bir fiil irtikâp eylemek niyetinde olmadığını ispat eylemesi lâzımgeldiği kanaatındadırlar [24] .Sayın profesörümüz Baha Kantar böyle bir ispat hakkını maznunun çok lehinde ve kanun bilmemek mazeret sayılmaz kaidesine aykırı bulunmaktadır [25]. 44 üncü maddesinde açık olarak «kanunu bilmemek mazeret sayılmaz» diyen kanunumuz bakımından bu görüş doğru ise de umumî ceza telakkileri bakımından eskimiştir. Filhakika yeni ceza kanunları (1930 tarihli İtalyan, 1937 tarihli İsviçre ceze kanunları) böyle sarih bir hüküm koymaktan çekindikleri gibi fiili ve hukukî hata mefhumlarını da kabul etmektedirler. Bngün umumî olarak denebilirki suçlunun yaptığı hareketin kanunda yazılı bir suş olduğunu bilmesi değil genel olarak hukuka aykırı bir hareket olduğunu anlaması aranmak gerektir. Bu hususta sayın profösörümüz Paul Loğoz aynen şöyle demektedir: «Yaptığı hareketin suç teşkil ettiğini bilmek kastın teşekkülü için ehemmiyetli değildir, Fakat umumiyetle bu hareketin hukuka aykırı olduğunu bilmesi lâzım geldiği kabul edilmektedir [26]. Herkesin kanunda yazılı her suçu bilmesine maddeten imkân olmadığı halde herkesin sağduyu sevkile bile olsa yaptığı hareketin hukuka aykırı oldnğunu anlaması mümkündür. Fakat bâzan bu imkânın da husül bulmadığını kabul etmek lâzımdır. Kanunda yazılı bir suçu işlediğini iddia ederek bir kimsenin mes'uliyetten kurtulması nekadar tehlikeli olursa yaptığı hareketin hukuka aykırılığı hususunda fiilî veya hukukî bir hataya düşen kimsenin mes'uliyetini kendi anlamına göre. yâni hatasını nazarı dikkate alarak, tâyin etmemekte okadar adaletsiz olur; Bilhassa hukuka aykırılıkları bâriz olmıyan binaenaleyh hataya düşmenin daha fazla mümkün olduğu kabahat fiillerinde. Ancak İsvicre ceza kanununun (madde. 18—20) yaptığı gibi bütün suçlar için kabul edilmesi lâzımgelen böyle bir esasın [27] . yalnız kabahat fiillerende maznuna tanınmış bir ispat hakkı şekline sokulması kabahat fiillerinde de suçlu irade unsurunu aramak temayüllerini tatminden uzak kalacaktır.

Diger bazıları da maznunun fiili iyi bir niyetle işlediğini isbat etmesi lâzım geldiği fikrindedirler (Stoppato) [28]. Suçun iyi bir niyetle işlenip işlenmediğini aramak suçun sahibini aramak-

[25] Kantar, B.: Ceza huknku, s.107—108.

[26] Lozoz , P.:Commentaire du code pénal Suisse, partie Sénérale, Paris, Neuchâtil, 1939—1941, s. 62.

[27] Yukarda s. 18 not 18.

[28] Kantar, B: Ceza hukuku, s. 105. not 3, 107.

409

tan başka bir şey değildir. Faile işlediği suçu iyi bir niyetle işlediğini yani suçunun iyi saikini isbat etmek hakkını vermekte kabahatlarda suçlu irade mefhumunun arasını temin edemez. Çünkü suçlu irade mefhumu suç iyi veya kötü saikle işlenmiş olsun suçu teşkil eden fiilin ve neticelerinin istenmiş veya yalnız fiilin istenmiş neticelerinin men edilmemiş olmasını, kısa bir deyimle kast veya taksiri tazammun eder.

III. Hangi sistem ve niçin tercih edilmelidir?

Şimdi izah ettiğimiz bu sistemlerden hangisini ve niçin tercih etmemiz lâzım geldiğini araştıralım.

A. Acaba Türk ceza kanununun sistemi iyi ve doğrumudur?

Bu sistemin en mühim noksanı şüphesiz artık bugün ilmi içtihatlara, modern temayyüllere uymayan, eskimiş bir sistem oluşudur. Bugün artık suçlar arasında mahiyet farkı gözetilmeksizin hepsine „ suçluluk dışında ceza yoktur " prensibi tatbik edilmek istenmektedir. Cezai mesuliyetin objektiflikten sübjektifliğe doğru takib ettiği tekamül seyrine uygun olan bu temayül bugün artık, bilhassa cezai mesuliyet mefhumunun yanında birde içtimai mesuliyet mefhumu yer aldıktan sonra, büsbütün kuvvetlenmiştir. Yalnız normal şuçlular için kabul edilen ve bu suretle sahası oldukça darlaşmış bulunan cezai mesuliyetin artık herhangi bir objektiflik izi taşıması ne bugünün ilmi telakkilerine nede içinde bulunduğumuz medeni dünyanın adalet hislerine uygun düşer. Kanunumuza 1859 tarihli italyan ceza kanununda geçen bu sistem artık bizim ne hislerimize nede ilmi telâkkilerimize tekabül etmektedir. iradesi herhangi bir suçluluk lekesi taşımıyan bir kimsenin sırf muayyen bir fiili, velev isteyerek, irade ile işledi diye cezalandırılmasını hiç bir vicdan artık kabul edemez. Meselâ kanunumuzun " halkın gelip geçeceği yerlere veya birkaç ailenin müşterek avlusuna insanı yaralıyacak veya üstünü kirletecek bir şey atan veya döken kimse... cezalandırılır " diyen 558 inci maddesini, köyündeki evinin baçeye bakan pencersinden kirli suları ve süprüntleri dışarıya atmıya alışkan, saf bir köylü kızı olan Ayşeye tatbik ederek, çalışmak için geldiği şehir evinin penceresinden, sırf bu alışkanlık neticesi olarak ve çalışmaya yeni başladığı sıralarda, bulaşık sularını sokağa atmasından dolayı, onu cezalandırmak doğrumudur? Ayşe reşit ve mümeyyizdir. Yaptığı hareket iradidir, yani bulaşık suyunu pençereden atmak hareketini kendisi iştemiş ve yapmıştır. Ayşenin bu hareketinde hiç bir

suçluluk lekesi aranmaksızın onu cezalandıracakmıyız? Ayşenin kasdi varmıdır? Yani yaptığı hareketi ve neticelerini istemişmidir? Veya kasdi yoksa taksiri varmıdır? Yani yaptığı hareketi istemiş ve neticelerini istememiş olsa bile mümkün ve muhtemel olarak nazarı dikkate almışmıdır? Hiç değilse isteyerek yaptığı bu haraketin muhtemel neticelerini görmesi, kestirmesi imkânı varken görmemiş ve kesdirmemişdir, yani bu hareketi, hiç değilse taksirin en hafif derecesi olan öngörümsüz bir taksirle, en hafif bir suçlulukla lekelenmişmidir? Bu en ufak suçluluğun bulunması bildiğimiz gibi içinde bulunduğu şartların ve şahsî durumunun icap ettirdiği tedbirleri almamaya bağlıdır. Misalimize bunu tatbik edersek görüyoruzki Ayşe henüz içinde bulunduğu şartlara intibak etmiş değildir. İçinde bulunduğu bu yeni şartlar kendisine henüz eski ve köklü alışkanlıklarını unutturacak derecede şuuruna nüfuz etmemiştir. O halde kendisini içinde bulunduğu şartların icabettirdiği ihtimamı göstermemiştir töhmeti altına sokmak mümkün değildir. Şahsi durumunun içabettirdiği tedbirleri almamışmıdır? Buradada vaziyet daha bariz olarak suçsuzluğunu meydana koymaktadır, Ayşenin şahsi durumu hanği tetbirlerin alınmasını icabettirir? Akli melekeleri ve bünyevi gelişmesi itibarile normal olan ve kendi işlerini normal bir dikkatle yapan kimsenin alması icabeden tedbirler değilmi? Ayşenin akil melekeleri ve bünyevi gelişmesi normaldır ve kendi işlerinde kendisinin ve benzerlerinin sarf etmeğe alışkın oldukları dikkatle harekt etmiştir. Görüyoruzki Ayşeye en ufak olsa dahi bir suçluluk isnat etmek kabil değildir. Bunun ötesinde, kanunumuz istediği gibi, Ayşeyi cezalandırmak suçlu olmıyan bir kimseyi cezalandırmaktan başka bir şey olamaz. Bu neticenin adalet duygularımızı rençide ettiği ve edeceği muhakkaktır.

Fakat, adalet hislerimize ve ilmi telâkkilerimize aykırı olan, böyle sırf objektif bir ceza sistemi acaba ihtiyaçlarımızın bir icabımıdır?

Kast veya taksirin ispatının güç veya imkânsız olduğunun ve hattâ ispatı mümkün olsa bile ihmal edilmelerinde hiçbir mahzur olmadığını iddia ettikleri bâzı hafif suçlar için, âmme düzeninin korunması bakımından, böyle otomatik bir ceza sisteminin zaruri oıduğunu kabul edenler vardır. Fakat duyguları incelmiş, adalet mefhumları tekemmül etmiş bir cemiyette suçluluk dışında, suçluluğun mevcut olup olmadığını aramağa lüzum görmeyen, bunu ihmal eden bir ceza sistemi, zâhiren koruyor farz ettiği âmme dü-

zenini, hisleri rencide ederek ve saygılı kanaatlere saygısızlık göstererek, gerçekte daha fazla bozmazmı? Filhakika böyle bir sistemin adalet cihazını adaletsizlik töhmeti altında bulundurması ve halkın bu cihaza olan itimadını sarsması mümkündür. Diğer taraftan bu töhmeti hisseden hâkimin, herhangi bir suçluluğun aranmasına lüzum olmaması karşısında ve suçsuz bir kimseyi cezalandırmak ihtimali önünde, sık sık beraet yoluna gitmesi de mümkündür. Bir çok yerlerde hâkimlerin bu kabil aksülamelleri görülmüştür. Meselâ, klâsik nazariyelerinin tesiri altında ceza ile suçluluk derecesi arasında çok sıkı bir nisbet arayan kanunların cezaları çok parçalayarak en ufak bir dereceden yukarı doğru sıralamış ve bu suretle pek kısa müddetli hapis cezaları ihdas etmiş olmaları hiç bir yerde hâkimin tasvibini kazanmamıştır. Kısa müddetli hapis cezalarının faideden çok zararları olduğunu tecrübelerine dayanarak anlayan ve bilen hâkimler hafif bir suçluluk karşısında birkaç günlük hafif bir hapis cezası hükmetmektense, cemiyetin en iyi anlaşılmış menfaatlerini korumak için, suç ve suçluluğun sübutuna kanaat getirdikleri halde, suçluyu beraet ettirmeyi tercih etmişlerdir. Yine bir çok defalar hâkimler kanaatlerine uymayan kanun maddelerini tatbikten kaçınmak zorunda kalmışlar ve bunun için fevkalâde esbabı muhaffefe ve tecil gibi müessesler doğmuştur. Bir cemiyette adalet ihtiyacının tatminine ve adalet duygusunun kuvvetlenmesine yardım etmekten daha iyi bir emniyet düzeni ve havası yaratmak çaresi olmaz.

Böyle otomatik bir ceza sisteminin bilhassa bu kabil hafif suçlarda kast veya taksiri ispatın güç veya imkânsız olması dolayisile kabulü lâzım geldiği fikrine gelince, bu güçlüğün izam edildiğini zannediyoruz. Zira, ekseriya, basit olan ve gerek âmme emniyetini korumak ve ihlâli mevzuubahis kanun ve nizamları tatbik etmekle mükellef, gerek alâkadar, mutazarrır veya mutazarrır olabilecek, kimselerin gözleri önünde cereyan eden bu hareketlerde faillerinin kast veya taksirleri açık surette görülüp kolaylıkla tesbit olunabilir. Hattâ bu gibi hallerde, içinde bulunduğu şartların ve şahsi durumunun gerektirdigi tedbirleri almamaktan doğan taksir ve kastini gizleyemiyeceğini gören veya gizlemekte faide olmıyacağını anlayan, fail çok defa bu taksir veya kasdi itiraf da eder. Basit bir muhakeme usulile halledilecek olan ve çok defa kolaylıkla tesbit olunabilecek durumda bulunan kast veya taksirin bâzı hallerde ispatında görülen güçlük yüzünden, bu çokluk halleri de nazarı itibara almıyarak, bütün bu hafif suçlarda

suçluluk unsurundan azade, objektif bir ceza sistemi kabul etmek doğru olamaz. Suçluluğu ispat için katlanılacak külfet hâkimde hâsıl olacak. Vicdani itminan, adalet hislerinin tatmini, ve âmme düzeninin daha iyi temini suretile karşılanacaktır. Suçluluğun mahdut bâzı hallerde ispatının güç olması veya hiç mümkün olmaması diğer bir çok hallerde mümkün olan bu ispattan vaz geçilmesini haklı gösteremez. Bilâkis bu mahdut hallerde dahi suçluluk dışında cezalandırmaktansa herhangi bir ceza tatbikinden faragat etmek daha doğru ve âmme düzeni bakımından daha faidelidir.

Demekki kanunumuzun kabul ettiği bu sistemi âmme düzenini korumak ve ispat güçlügü düşücenleri yani ihtiyaçlarımızda meşru göstermemektedir. Buna mukabil adalet ve insaniyet duygularımız ve ceza hukukunun en önemli, medeniyet için bir kazanç teşkil eden «suçluluk dışında ceza yoktur» perensibi bu sistemi ret etmektedir.

B. Ortacı sisteme ne kıymet vermelidir?

Ne telâkki ve hislerimize ne de ihtiyaçlarımıza uymıyan bu sistemi ret ettikten sonra bunun yerine ne koymalıdır, İsviçre ceza kanununun sistemini mi yoksa ortacı bir hal çaresini mi kabul etmelidir?

Şunu evvelâ kaydedelimki ortacı sistemler çok defa tehlikelidir. Zira iki zıt sistemin zararlarını atıp faidelerini mezc ettiklerini iddia eden bu sistemler ekseriya bunun temamen tersi neticeye varırlar, . Bir şeyin hem iyiliği hem kötülüğü o şeyden ayrılamıyacak surette ona bağlıdır. Bunun kötülüğünü atarak iyiliğini yine kötülükten tecrit edilmiş başka bir şeyin iyliğine eklemek mümkün dğeildir. Her sistem bir kül teşkil eder, onu olduğu gibi ya iyi ve faideli oldugu için, kabul veya, kötü ve zararlı olduğu için, red etmek lazımdır. Faidesini alıp ta zararını ve tehlikesini atmıya imkân yoktur. İtalyan müelliflerinin teklif ettikleri ortacı sistemde bu tehlikeyi hâmil bulunmaktadır. Filhakika hem «suçluluk dışında ceza yoktur» prensibini kabahatlarede teşmil etmek istiyen modern ceza telâkkilerine ayak uydurmak, hem de ötedenberi alışılmış bulunan şekli yani suçluluk dışı suç mefhumunun temin ettiği, ispat külfetinden azade, takip ve tenkil kolaylığını elden kaçırmamak arzusudur ki bu sistemin doğmasına sebeb olmuştur. Bu sihirli neticeyi elde etmek için İtalyan müellifleri kabahatlarde de «suçluluk dışında ceza yoktur» prensibinin tatbik edileceğini, yani kabahatlarde de kasit veya taksir ara-

nacağını kabul etmişler; fakat tenkildeki güçlükleri iktiham etmemek için de bu kast veya taksirin mevcut olduğunu farz, mevcut olmadığının isbatı külfetini maznuna yükletmişlerdir. Kabahat fiilini işlemekten maznun olan kimse kast veya taksiri dışında cezalandırılmıyacaktır, fakat bu kast veya taksirin mevcudiyeti asıldır, aksini ispat maznuna aittir. Bu ne demektir? Bu tehlikeli bir kelime oyunudur. Kabahatlardede cezaî mesuliyeti suçluluğa istinat ettirmek iddiasında bulunan bu sistemin bu iddiası zâhiri olmakla, yani bir kelime oyunundan ibaret bulunmakla, kalmıyor ayni zamanda esaslı bir usul ve âmme düzeni kaidesi, fert hürriyetinin, uzun mücadelelerle kazanılmış, önemli bir desteği olan bir prensibi de ihlal ederek bu hürriyeti ve bu düzeni de tehlikeye düşürüyor. Filhakika bu sistemin dayandığı fikir kast veya taksirin mevcudiyetini farz edip bunun aksini isbatı maznuna tahmil etmektir. Halbuki muhakeme usulünün en mühim bir kaidesi böyle bir yükün maznuna yükletemiyeceğini âmirdir. Umumi kaide olarak beyyine külfeti davacıya, yani müddei umumiye ve onun yanında mutazarrır sıfatile davaya müdahele eden kimseye tahmil edilir. Müddei umumi ve müdahil ve zararın mevcudiyetini olduğu kadar maznunun medeni ve cezaî suçluluğunu da isbat etmekle mükelleftirler. Bu suçluluk isbat edilmedikçe maznun mâsum sayılır [29]. Esas olan maznunun mâsumiyetidir. Suçluluğu isbat edilmek lazımdır. Mademki maznun mâsum farz edilmiştir kendisine isnat olunan suçu veya suçlulugu red ettiği taktirde bu ret ona hiçbir isbat külfeti tahIil edemez. Maznun hattâ kendisine isnat olunan suçu ve suçluluğu ret için kendi lehine olarak ileri sürdüğü, suçu veya cezayı ortadan kaldıran veya cezayı hafifleten sebebler gibi, hususları bile ispatla mükellef değildir. Medeni ve tüccari hukuk sahasında cari olan «Excipiendo reus firt actor» kaidesi ceza hukuku sahasında yer bulamamıştır.

Ceza sahasında her şeyi(suçun mevcudiyetini, suçluluğu, suçu veya cezayı ortadan kaldıran veya cezayı hafifleten sebeplerin mevcut olmadığını) yalnız müdde umumi ispatla mükelleftir [30]

Demekki ceza hukuku sahasında suçluluk farz olunamaz. Bir suçun unsuru olarak kast veya taksir mevcut farz edilemez. Bu kast veya taksirin müddei umumi tarafından ispat edilmesi lâzımdır. Bu ispat yapılıncıya kadar maznunun mâsumiyetine izafe olunan vaziyetten istifadeye devam etmesi en tabiî hakkıdır. Kendisinden bu

[30] Vidal, S.: Cours de droit criminal et de science pénitenteaire, 8 . ed, parir, 1935, s. 826.

hakkı selp etmek kanun koyanın bile, esas teşkilât kanunlarının ferdî hürriyet ve hakların mahfuziyeti hakkındaki ana prensiplerini ihlaletmeksizin ve ferdin masuniyet ve emniyetini esaslı bir tehlikeye mâruz bırakmaksızın, yapamıyacağı bir iştir.

Bu ortacı sistemin, maznunun suçluluğu sabit oluncaya kadar âmsumiyeti esastır, kaidesini bir kalem darbesile tersine çevirip, kabahatlerde bile olsa, maznunun suçluluğunu yani kast veya taksirinin mevcudiyetini esas olarak alması, ferdin ve cemiyetin emyet ve menfaatlerini muvazene halinde tutan, koruyan ve teminleri insaniyete uznn mücadele ve fedakârlıklara mal olan, esaslar mevzuubahs olunca gösterilmesi lâzım gelen dikkat ve ihtimama aykırı düşmektedir.

Tabiî düzenin bu tersine çevrilmesi, yani esas olarak maznunun mâsumiyeti yerine suçluluğunun kabul ve farz edilmesi, beyyine külfetinin de yerini değiştirmiş burada da tabiî düzene aykırı bir vaziyet meydana koymuştur. Bu vaziyette müddeiumumi maznunun suçluluğunu, kast veya taksiri, ispata mecbur değildir; bilâkis maznunun kast veya taksiri olmadığını, yani suçlu olmadığını, ispat etmesi lâzımdır. Şayet bu ispat vakı olmazsa maznun suçlu olarak cezalanacaktır.

Maznuna böyle bir külfet tahmil etmek onu altından kalkamıyacağı bir yük altında bırakmak olur. Bir suçun delillerini toplamak ve bu delilleri kullanmak için bütün vasıtalara malik olan müddei umumi, ispat etmek külfetinden kurtulduğu, suçluluğa ait hiç bir delille meşgul olmıyacak, onlara dikkat bile etmiyecektir. Gerçi müddei umumi maznunun lehine ve aleyhine bütün delilleri toplamakla mükelleftir; fakat bu maznunun aleyhine olanla toplanırken lehine olanlar da ihmal edilmiyecektir şeklinde anlaşılmakta ve tatbik edilmektedir. Ya müddei umumi suçluluğu ispat ile mükellef olmadığı için aleyhe olan delilerle de meşgul olmazsa ne olacak? O zaman evleviyetle lehe olan delillere de el sürmiyecek, onları maznunun toplamasını bekliyecektir. Maznun bu delilleri toplıyabilecekmidir? Bunun için maznunun elinde müddei umuminin elinde bulunan vasıtalardan hiç biri yoktur. Ne polise emredebilir, ne şahitleri kendi arzusuna göre elde tutabilir ne de, malî vaziyeti müsait değilse, ehlihibreye müracaat edebilir; hulâsa her hususta karşısına aşamıyacağı engeller dikilmiş bulunmaktadır.

Diğer taraftan, bu vasıtalar kendi emrine verilse bile, herkes bu vasıtaları kullanmayı bilecek ve mâsumiyetini gösterecek delillerin

hangileri olduğunu kestirip bunların toplanmasında o vasıtalardan istifade edebilecekmidir? Bilhassa seyyal, derhal kaybolması mümkün olduğu kadar ehemmiyetleri katî olan delillerin tesbiti için nasıl hareket edebilecektir? Ve nihayet kabahat fiilinden maznun ve masumiyetinden emin olan bir kimsenin bu fiili işlediği anda bir kabahat fiili işlediğinin farkında olması, ve ilerde mâsumiyetini ispat etmek için icabeden delilleri derhal toplaması mümkünmüdür [31]?

Bütün bu vaziyetler, kendisine kast veya taksiri olmadığının isratı külfeti tahmil edilen, maznunun bunu, belki her zaman değil fakat ekseriya, yapamıyacağını ve hakikatte mâsum olsa bile suçlu sayılarak cezalanacağını göstermektedir.

Kabahatlerde suçlu iradeye yani kast ve taksire ehemmiyet verdiğini iddia eden, bu ortacı sistemin, maznunun suçluluğunu esas olarak alıp aksinin isratını maznuna bırakmak suretile, vardığı bu netice, kabahatlerde suçlu iradenin hiç bir rolü olmadığını kabul eden ve kast veya taksirin aranmasına lüzum görmiyen, Türk ceza kanununun sisteminden farklı değildir. Kast veya taksirin mevcudiyetini farz etmek, bunların mevcudiyetini aramaktan sarfınazar etmekten daha çok, suçlu iradeye ehemmiyet vermek demek değildir. Türk ceza kanununun eskimiş sistemi bile bu, zâhiren suçlu iradeci, ortacı sisteme üstündür. Çünkü neticeleri aynı olmakla beraber, hiç değilse, Türk ceza kanununun sistemi esaslı usul kaidelerini alt üst etmek gibi bir tehlike belirmekten uzaktır.

C. *İsviçre ceza kanununun sistemi niçin tercih edilmelidir?*

Kabahatlerde de suçlu irade unsurunu, yani suçluluğu teşkil eden kast veya taksiri, cezaî mesuliyetin esaslı şartı olarak aramak hususundaki temayülleri, ilk ve en iyi gerçekleştiren teşriî vesikayı İsviçre ceza kanunu teşkil etmektedir.

Uzun ve devamlı ilmî çalışmaların mahsulü olan bu kanun, bir çok diğer sahalarda olduğu gibi bu sahada da, bugün ceza telâkkilerinin erişmeğe muvaffak oldukları ciddi tekâmülün en ileri şeklini temsil etmektedir.

Kabahatlerde suçlu iradenin yani suçluluğun rolü bakımından bu kanunun kabul ettiği sistem cezaî mesuliyet mefhumunun umumi tekâmülüne, suçlar arasında mahiyet farkı olmadığı hususun-

[31] Hususi adalet sisteminin tekrar canlanması demek olacak bu sistem arzu edilir bir şey değildir.

daki ilmi müşahedelere, adalet duygularımıza ve ihtiyaçlarımıza ve nihayet muhakeme usulü kaidelerine temamen uygunluğu bakımlarından diğer bütün sistemlere tercih edilmelidir.

Cezaî mesuliyetin esaslı şartı olan suçlu iradenin, yani taksir veya kast şeklinde tezahür eden suçluluğun, cürüm ve cünhalarda olduğu kadar kabahatlerdede aranmasını kabul eden bu sistem, cürüm ve cünhalara dair umumi hükümlerin ve bunlar arasında bilhassa cezaî mesuliyette suçluluğu esas olarak arayan hükmün (İ.C.K. mad. 18), kabahatlerde tatbik edilmesi (İ.C.K. mad. 102) gibi, faraziye ve tasnilerden azade, basit bir şekille gerçekleştirilmiş olmak hasletine de sahiptir.

Bu sistem cezaî mesuliyet mefhumunun umumi tekâmülüne uygundur. Cezaî mesuliyet objektiflikten sübjektifliğe, maddilikten mânveiliğe doğru tekâmül etmiş ve etmektedir. Bugün, kabahat denen mahdut bâzı suçlar için hâlâ yaşamakta olan, objektif mesuliyet yani kast ve taksirden tecrit edilmiş, yalnız fiilin maddiyetine ve neticenin ehemmiyetine istinat ettirilmiş olan, cezaî mesuliyet yerine, bu sahada, suçlu iradeyi, arayan, kast veya taksir şeklinde tezahür eden suçluluğa dayanan sübjektif, mânevi bir cezaî mesuliyetin geçirilmesi, umumi tekâmülün icaplarını gerçekleştirmeğe, bu tekâmülün hedefine varmasına yardım etmek olmuştur.

Bu sistem suçlar arasında mahiyet farkı olmadığı yolundaki ilmî maşhadelere de uygundur. Filhakika suçlar arasında, objektif ve sübjektif iki ayrı ceza sistemine tâbi tutularak, gözetilmek istenen mahiyet farkı sunîdir. Cemiyetin esaslı menfaatlarini koruyan kaidelerin (normes) ceza kanunlarında emir veya nehiy şeklinde ifade edilmiş icaplarına aykırı oldukları için faillerini cezaya çarptıran, yani cemiyetin muayyen bir aksülamelîne mâruz bırakan, bu hareketler bu esaslarında ayrılmaz bir birlik göstermektedirler. Ağırlık dereceleri itibarile bazan cürüm ve kabahat bazanda cürüm, cünha ve kabahat diye tasnif edilen bu fiilerin, takip ve tenkillerindeki kolaylıklar ve sürat bakımından, ayrı mercilere ve teşkilâta izafe edilmeleri ve prensipleri ayni olmakla beraber şekil ve sürat farkları gösteren, muayyen usul kaidelerine tûbi tutulmaları doğru olsa bile, bu muayyen maksatların haklı göstereceği, bu tasnifi bu suçlar arasında bir mahiyet farkı

117

mevcut olduğu mânasına almak doğru değildir. Böyle yanlış bir telâkkiye dayanarak, kabahatlerde kast ve taksir aramaksızın tezliye yoluna gidilmesine nihayet veren, İsviçre ceza kanunu, bütün suçlara ayni umumi hükümleri tatbik etmek suretile, bu suçlar arasındaki mahiyet birliğini bir kere daha tebarüz ettirmiş ve şeklî suç mefhumuna katî darbeyi vurmuştur.

Bu sistem adalet duygularımıza ve ihtiyaçlarımızada uygundur. Suçlu olmıyan yani herhangi bir suçta kast veya taksiri sabit olmayan hiçbir kimsenin cezalanmamasını temin edecek olan bu sistem adalet duygularımıza cevap vermektedir.

Hiçbir kimsenin haksız olarak cezalandırılmaması, şeklinde ifade edilen bu duygularımızın tatmin edilebilmesi, yalnız böyle «suçluluk dışında ceza yoktur» prensibini bütün suçlara tatbik eden bir sistemle mümkün olabilir. Ayni zamanda, suçsuz yere kimsenin cealandırılmasına meydan vermiyecek olan, bu sistem, mahdut hallerde kast veya taksirin isbat edilememesi yüzünden tecziye yoluna gidilmeyerek, âmme düzeninin sarsıntıya maruz bırakılacağı zan ve korkusile, hiçbir halde kast ve taksiri aramadan tecziye yolune giden sistemden daha ziyade âmme düzenini temine muvaffak olacaktır. Bir kimsnin suçluluğu sabit olmadan cezalandırılmasının cemiyette hasıl edeceği huzursuzluk bir suçlunun kast veya taksıri isbat edilmediği için cezasız kalmasından hasıl olacak huzursuzluktan çok daha büyüktür. Kaldıki kast veya taksirin isbat edilemiyeceği haller pek mahdut olduğu halde, kast veya taksir hiç aranmadığı takdirde, kendisine hiçbir kast veya taksirin isnat edilemiyeceği kimselerin tecziye halleri daha çoktur. Kast ve taksirin isbatında uğranılacak güçlükler ise cemiyete daha büyük bir huzur ve emniyet temin etmek için kabul edilmek zaruridir. İki sisteminde iyi ve kötü taraflarını mülâhaza etfiğinde şüphe olmıyan İsviçre kanun koyanın tuttuğu yol âmme düzeni bakımından doğru olan yoldur.

Nihayet bu sistem mühakeme usulü kaidelerinde tamamen uygundur. Bilhassa beyyine külfeti bakımından ortacı sistemin yarattığı çapraşık ve tehlikeli neticeden tamamen uzaktır. Bütün suçlarda olduğu gibi kabahatlarda da (suçun diğer unsurlarile birlikte) kast veya taksiri isbat etmek âmme davacısına aittir. Bu isbat vaki olmadıdğı müddetce ve olmadığı takdide maznunun masumiyeti esastır.

NETİCE

Suçlunun tehlikeli hali ve cemiyetin müdafaasını fikirleri üzerine müstenit, içtimai mesuliyet ve emniyet tedbirleri mefhumlarının kabulü ve tatbikata girmesile, cezai mesliyet ve cezanın tatbik sahası darlaşmış ve normal denen suçlulara inhisar etmiş olmakla beraber temamen ortadan kaldırlmamıştır. Cezai mesuliyetin esasını, umumi tekâmülede uygun olarak, suçlu irade teşkil etmekte ve bu suçlu irade dışında herhangi bir ceza tatbikini mümkün kılan objektif veya kollektif bir mesuliyet, umumi olarak red olumaktadır. O halde bir kabahat fiilinden doğan mesuliyetinde, objektif maddi bir mesuliyet değil, cezai bir mesuliyet olduğunu kabul edebilmek için bu mesuliyetinde suçlu iradeye istinad ettirilmesi zaruridir. Aksi halde bu bir cezai mesuliyet olmıyacaktır.

Suçlar arasında müşahede edilen ve bugün umumiyetle kabul olunan mahiyet birliğide kabahat fiillerinin diğer suçların, yani cürüm ve cünhaların, tabi oldukları umumi prnsiplere tabi olmalarını iktiza ettirmektedir. Muayyen bir cemiyetin yaşayabilmesi için riayeti zaruri sayılan kaidelere aykırı hareket diye tarif edebileceğimiz suç mefhumuna hiç şüphesiz, daha az ehemmiyetli olmakla beraber, kabahatlarda dahildir ve bunlar için suçlu irade mefhumundan ari bir mesuliyet kabulünü haklı gösterecek bir sebep mevcut değildir. « Suçluluk dışında ceza yoktur » prensibini bütün suçlara, cürüm ve cünhalara olduğu gibi kabahatlarda tatbik ederek onlarda da kast veya taksiri aramak gerektir. Yani kabahatlardan doğan mesuliyetinde tam manasile bir cezai mesuliyet olması lazımdır,

Bu neticeye zıd olduğu için, kabahatlar hakkında bir cezai mesuliyet değil objektif, sırf maddi bir mesuliyet sistemi kabul ettiği için, Türk ceza kanununun sistemi sakat olduğu kadar, bu neticeye zahiren varmak istediği halde, maznunun masumiyetini yerine suçluluğunu yani kast veya taksirini mevcut farz edüp aksini ispatı maznuna tahmil etmek suretile, Türk ceza kanununun maddi mesuliyet sistemine müncer olan ve fazla olarak maznunun suçluluğu sabit oluncaya kadar masumiyeti esastır kaidesinide bozmak suretile, fert hürriyeti ve cemiyet düzeni için bir tehlike arz eden, ortacı sistemde maluldur. Tabii ve mantıki neticeye uygun olarak kabahatlarda « suçluluk dışında ceza yoktur » prensibini tatbik etmek suretile bir kabahat fiilinden doğan me-

suliyeninde fiilin suçlu iradesine, kast veya taksirine dayanan tam bir cezai mesuliyet olduğunu kabul eden İsviçre ceza kanununun sistemi doğru ve iyi olanıdır.

Her bakımdan diğer sistemlere tercih ettiğimiz bu sistemin Türk ceza kanununada girmesini temenni etmek, bilhassa ceza kanunumuzun tadili hatta yeni bir ceza kanununu yapılması mevzuubahs edildiği şu sırada, yerinde olur sanıyoruz.

Şükranla kayd etmek icap ederki, 1930 tarihli yeni İtalyan Ceza kanununun 42 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına tekabül eden, adliye vekâleti tarafından hazırlanan, Türk ceza kanunu projesinin 53 üncü maddesinin 4 üncü fıkrası, ceza kanunumuzun objektif sisteminden ayrılarak [32] İtalyan kanununun sübjektif sistemini kabul etmiştir [33]. Filhakika bu fıkra « kabahatlarda her şahıs ister kasdi ister taksirli olsun kendi şuurlu veya iradi icra veya ihmalinden mesuldur » demekle şuurlu ye idrakli yani iradeli olmakla beraber kastı veya taksirli olmayan icrai veya selbi bir hareketten dolayı kimsenin mesul olamıyacağını bildirmektedir. Ancak bu ifade çok karışık ve iltibasa çok elverişlidir. Bir defa, fıkradaki « ister kasdi ister taksirli olsun » ifadesi, bunun dışında başka bir ihtimal depiş edilmediği zehabını vermekle, kast ve taksirden yani suçluluktan azade hallerin hariç tutulmak istendiği yolundaki anlayışı şüpheye düşürmektedir. Bu ifade yerini : ancak kastli veya taksirli, ifadesini koymak daha iyi olurdu. Yine fıkradaki « kendi şuurlu veya iradi icra veya ihmalinden » ifadesinde « kendi şuurlu veya iradi » sözüne ihtiyaç yoktur. Çünki, esasen projenin 54 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında « şuur ve irade ile işlenmiş olmadıkça hiç bir kimse kanunun suç saydığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz » demekle bu sözün temin etmek istediği maksadı umumi olarak temin etmiş bulunmaktadır. Yine ayni ifadede « icra veya ihmalinden » sözü, « ihmalinden » kelimesini umumiyetle taksir mefhumunu ifade için de kullanılan « ihmal » (négligence) kelimesile karıştırmamak için, « icrai veya selbi hareketinden » veya « hareket veya hareketsizliğinden » veya daha kısa olarak « fiilinden » şekline sokmak faydalı olur. Filhakika kast veya taksir icrai bir harektte bulnnabileceği gibi selbi, projrnin deyimile « ihmali » bir harektte de, ya-

[32] Code pénal du royanme d İtalie, P, cosabianca'nın fransızca tercümesi, Paris, 1932, mad. 42, fk.4.

[33] Adliye ceridesi, sayı 9, 1441, s. 633–668.

ni bir hareketsizlikte de bulunabilir. O halde bu fıkrayı şu şekle sokmak arzuya şayandır: Kabahatlarda her şahıs ancak kastlı veya taksirli fiilinden mesuldur ».

Bu açık ve kısa ifade ile dahi projenin sistemi İsviçre ceza kanununun basitliğini elde etmekten uzak kalacaktır. Filhakika İsviçre ceza kanununun 18 inci maddesi gibi projenin 53 üncü maddeside (fık. 2) bir cürümden dolayı bir kimsenin, ancak kast veya taksir halinde cezalandırılabileceğini tasrih etmekte iken aynı prensibi kabahatlara da tatbik için ayrı bir 4 üncü fıkraya lüzum yoktur. Ya 2 inci fıkrada « cürüm » kelimesi yanında « kabahat » kelimesinide ilave etmek suretile « cürüm veya kabahat » demek vaya, İsviçre ceza kanununu 102 inci maddesi gibi, kabahatlar faslının başına bir madde koyarak, cürümler hakkındaki umumi hükümlerin kabahatlara da tatbik olunacağını tesbit etmek maksadı daha basit şekilde ve pek daha iyi temin ederdi.

Devlet Demir Yolları İşletme Genel Müdürlüğü Ceza kanununun 483 cü maddsinden faydalanabilirmi ?

Yazan: İsmail DOĞANAY

I—Giriş ve meselenin Vaz'ı.

II—Devlet demir yolları işletme genel müdürlüğünün hukukî mahiyeti.

1—Devlet demir yolları işletme genel müdürlüğü bir hususî hukukhükmî şahsımı, yoksa bir âmme hukuku hükmî şahsımıdır?

2—Devlet demir yolları işletme genel müdürlüğü ticari mahiyette âmme vazifesi gören bir müessesedir.

III—Devlet demir yolları işletme genel müdürlüğü menafiî umumiyeye hadim bir müessesemidir?

IV—Netice.

—I—

Giriş ve meselenin vaz'i

Ceza Kanunumuzun dokuzuncu babının yedinci faslı" Hakaret ve sövme cürümlerinden bahseder. Bu fasılda kanunumuz, yalnız hakikî şahısların yani insanların şeref ve haysiyeti gibi mânevî varlıklarına tesir icra eden tecavüz ve hakaretleri cezalandırmakla kalmamış, ayni zamanda hakikî şahıslar gibi bir çok haklara sahip ve vazifelere malik olan hükmî şahısların mânevî şahsiyetlerine vakı tecavüzleri de cezalandırmıştır. Bu husus, ceza kanunumuzun 483 cü maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde tesbit olunmuştur: «Adlî veya siyasî veya mülkî veya askerî bir heyet veya siyasi bir parti yahut âmme menfaatine hadim bir cemiyet veya müesseseye tecavüz ve hakarette bulunanlar, fiillerinin mahiyetine göre 480 veya 482 inci maddelerde yazlı cezalarla cezalandırılırlar.» denmektedir.

Devlet demir yolları işletme umum müdürleğü bu madde metnindeki, «âmme memfaatine hadim bir cemiyet veya müesseseye, ...«mefhumundan istiîade ederek mânevî şahsiyetine tecavüz ve hakarette bulunanlar hakkında dava ikame edebilirmi? Başka bir şekilde ifade etmek icap ederse; yani, Devlet demir yolları işletletme umum müdürlüğü menafii umumuyeye hâdim bir cemiyet veya müessesemidir yoksa ticari bir mahiyet ve karekter arzeden bir âmme müessesesimidir ?

II

Devlet demir yolları işletme umum müdürlüğünün hukukî mahiyeti

Cumhuriyetin ilânından evvel memleketimizde mevcut bütün demir yolu inşaatı ve bunların işletilmesi işleri ecnebi sermayesi le kurulmuş olan imtiyazlı şirketlere bırakılmıştı. Türk millî menfaatlerinden ziyade, mensup oldukları milletin siyasî emellerine, ve kendi şahsî ihtiras ve menfaatlerinin tahakkukuna hizmet eden bu şirketlerin inhisarından demiryollarını kurtarmaya ancak Cumhuriyetin ilânından sonra başlanılmıştır. Bir kısmının imtiyazı hükümet tarafından satın alınmak suretiyle tasfiyeye başlanılınca, satın alınanların idare ve işletilmesi meselesi bir Devlet teşkilâtının kurulmasını mümkün kıldı. Bu işin bir âmme müessesesi tarafından idare edilmesi zarureti, Devlet demir yolları işletme umummüdürlüğünün kurulmasını icap ettirmişiir. Bu müessese; Teşkilâtı Esasiye kanunumuzun ikinci maddesindeki devletçilik prensibinin demiryolları sahasında tatbikindan ve bu işlerin devletleştirilmesinden başka bir şey değildir.

evlet demir yolları teşkilâtı, ilk defa 23 Mayıs 1927 tarih ve 1042 numarılı Devlet demir yolları ve limanları idarei umumiyesinin teşkilât ve vazaifine dair kanun»a istinat eder. Bu kanunun bir çok maddelerini tadil eden; 30 Kânunsani 1929 tarih ve 1483 numaralı ikinci bir kanunla, müessesenin ilk kanunla tesbit edilmiş olan mahiyet ve hususiyetleri muhafazada devam olunmuştur. 1483 numaralı ikinci kanun; müessesenin ticarî mahiyet ve muhtariyetini azaltma temayülünü göstermiş—1042 numaralı kanunun ikinci maddesinde yazılı olduğu gibi—mülhak bütçe ile idare olunur bir devlet müessesesine yaklaştırılmaya çalışılmış ise de müessesenin iktisâdî ve ticarî yani kazanç gayesi takibi karekterini muhafazada devam etmiştir.

Devlet demir yolları işletme umum müdürlüğü evvelce Nafia vekâletine bağlı olup adı da, Devlet demir yolları umum müdürlüğü» olduğu halde; bilâhara, 27 Mayıs 1939 tarih ve 3613 numaralı kanunla adına işletme ilâvesile yeni teşekkül etmiş olan Münakâlat vekâletine bağlanmıştır. Müessese bu Vekâlete bağlı olmakla beraber hükmî şahsiyeti haiz bir âmme müessesesidir.

423

—I—

Devlet demir yolları işletme umum müdürlüğü bir hususî hukuk hükmî şahsımı yoksa bir âmme hukuku hükmî şahsımıdır?

Memleketimizde de diğer bir çok devletlerde olduğu gibi, hükmî şahısların âmme hukuku hükmî şahısları ve hususî hukuk hükmî şahısları diye ikiye ayrılması prensibi kabul edilmiş bir vaziyettedir. Medeni kanunumuzun 52 inci maddesinde: «hukuku âmme müesseseleri, hukuku âmme hanunlarına tabidir" denilmek suretiyle âmme hukuku hükmî şahıslarının mevcudiyeti ve bunların âmme hukuku kaidelerine tabi olacağı kabul ve tasrih edilmiştir.

âmme hukuku hükmî şahıslarını, hususî hukuk hükmî şahıslarından ayıran başlıca mümeyyiz vasıfların nelerden ibaret olduğu hususunda müellifler başka başka kıstaslar ileri sürmektedirler. Bir kısım müelliflere göre; âmme hukuku hükmî şahısların mümeyyiz vasısları topluluğu karşı mükellef oldukları vecibelerle teşkilâtlarının âmme hukuku kaidelerine göre tânzim edilmiş olmalarıdır. Diğer bir kısım müellifler, gerek âmme hukuku hükmî şahıslarını ve gerekse hususî hukuk hükmî şahıslarını birbirinden tefrik edebilmek için en mühim kıstas olarak; müesseselerin umumî maksat ve gayelerin tahsisi cihetiyle ve bu müesseselerin teşekküllerinde tatbik edilen kanunların mahiyetlerinin nazarı dikkate alınmasının zaruri olduğu fikrindedirler.

Haurio âmme hukuku hükmî şahıslarının mümeyyiz vasıflarını ve hususi hukuk hükmî şahısları ile aralarındaki ümumi farkları dört noktada toplamaya çalışıyor. [1]

1—Teşekkülleri bakımından: Hususi hukuk hükmî şahısları Cemiyetler kanunu ile Medeni kanun veya ticaret kanunu hükümlerine tevfikan teşekkül ederler. Bu kanunlara göre bizde hususî hukuk hükmî şahısları umumiyetle idarenin bir müsaade ve müdahalesine lüzüm kalmaksızın teşekkül ederler. Bazı şirketlerin teşekkülünde tescil ve müsaade istihsali zarureti kanunen mecburî kılınmıştır. Meselâ, Ticaret kanunumuzun 151 inci maddesi mucibince; kollektif bir şirket, şirket mukavelesinin akdinden on beş gün sonra bu mukavelenin ticaret siciline kayıt ve ilânını yaptırmaya

[1] Ord. Frof. Siddık Sami ONAR, İdare Hukuku, Istanbul 1942, S. 456

mecburdur. Aksi halde şerikler, üçüncü şahıslar aleyhine şirket mukavelesini istimalde bulunamazlar.

Memleketimizde anonim bir şirketin kurulabilmesi için, Ticaret kanunumuzun 280 inci maddesi mucubince Vekiller Heyetinin müasadesi şarttır. Yani idari bir tasarrufa lüzum vardır. Vekiller Heyeti müsaade verip vermemekte veya ne gibi kayıt ve şartlar altında verileceği hususunda mutlak bir takdir selâhiyetine sahiptir. Bu müsaade alma mecburiyetinin, Ekonomi politikasında devletçilik yolunu tutmuş olan bir devlet olmamızdan ileri geldiğini zannediyoruz.

Âmme hukuku hükmî şahısları bir kanunla ya doğrudan doğruya, veya bir kanun müsaadesiylemi teşekkül ederler.

2—Devam müddetleri bakımından: Hususi hukuk hükmî şahıslarını devam müddetlerini müessisler serbestçe tâyin eder ve arzu ettikleri zaman hükmî şahsa nihayet verebilirler. Habuki, âmme hukuku hükmî şahisları ise ancak yine bir âmme hukuku tasarrufuyla yani bir kanunla kaldırılabilinir. Alâkadarlar fesih ve zevale mütedair bir karar vermek sâlahiyetinden mahrumdurlar.

3—Esas vazife ve faaliyetleri bakımından: Hususi hukuk hükmî şahısları âmme kudretinin ve idare makamlarının yardım ve müdahaleleri olmaksızın faaliyette bulunurlar. Halbuki, âmme hukuku hükmî şahısları idare makamlarının yardım ve faaliyetiyle çalışırlar.

4—Ehliyetleri bakımından: Hususi hukuk hükmî şahısları kendi faaliyet sahaları haricindeki her türlü muameleleri ifa hususunda akit yapmalarına umumiyetle kanunî bir mâni olmadığı halde, âmme hukuku hükmî şahısları ancak kendi faaliyet mevzularına ait muameler ifasına mecburdurlar.

Bu kıstaslar muvacehesinde Devlet demir yolları işletme umum müdürlüğü, bir hususi hukuk hükmî şahsımı, yoksa bir âmme hukuku hükmî şahsımıdır?

Devlet demir yolları ve limanları idarei umumiyesinin teşkilât ve vazaifine dair 23 Mayıs 1927 tarih ve 1042 numaralı kanunun 6 ıncı maddesinde: " İdarei umumiye muamelâtı dahiliyesinde, eşhas ve müessesat ile münasebatında hususî münasebet ahkâm ve kavaidine tabidir. Memurin ve müstahdemini hakkında da aynı ahkâm ca-

ridir. Ancak idarei mezküreye ait emval, nukut ve eşyayı sirkat, ihtilâs veya her ne suretle olursa olsun suistimal edenler veya zimmetine geçirenler aynen sair emvali devlet hakkında ika olunan bu gibi ceraime mürettep cezalarla cezalandırılırlar. „ denmektedir. Bu maddedeki " idarei umumiye muamelâtı dahiliyesinde, eşhas ve müessesat ile münasebatında hususi münasebat ahkâm ve kavaidine tabidir „ ibaresinden Devlet demir yolları işletme umum müdürlüğünün hususi hukuk hükmî şahsı olduğunu kabule kâfi bir sebep olmadığı kanatındeyiz. Kanunun yalnız bu maddesini lâfzi bir şekilde tefsire kalktığımız zaman müessesenin hususi hukuk hükmî şahsı olduğunu kabule mecburuz. Fakat mezkûr kanunun ve onun bir çok maddelerini tadil eden 1929 tarihli ve 1483 numaralı kanunun heyeti umumiyesi ruhi olarak tetkik edildiği zaman müessesenin teşekkül tarzı, bazı icrai kararlar alışı, ve bilhassa faaliyet mevzunun umumî mahiyette oluşu kendisinin âmme hukuku hükmi şahsı olduğunu kabule sevkediyor. Gerek müessesenin yukarda tarih ve numaralarını zikretdiğimiz hususi kanunla kurulmuş olması ve gerekse bu kanunun hükümlerine tevfikan kurulan umumî idare encümeninin bazı icrai kararlar verebilmesi ve aynı zamanda mülhâk bütçesinin Divanı Muhasabatın mürakabesine tabi oluşu müessesenin âmme hukuku hükmî şahsı oluşunu bize kabule sevkte mühim rol oynamaktadırlar.

Diğer taraftan Devlet demir yolları teşkilâtı ve faaliyet mevzuunda göze çarpan ehemmiyetli bir nokta da; Devlet bu idareyi, Sümer Bank, Eti Bank, Ziraat Bankası, Devlet ziraat işletmeleri kurumu ile Toprak mahsulleri ofisi yani İktisadî devlet teşekküllerinde olduğu gibi, medeni ve ticarî hukuk hükümlerine ve usullerine göre faaliyette bulunan bır müessese şeklinde tanzim ve idare etmeğe temayül etmemiş, bilâkis ona günden güne bir Devlet müessesesi şekli vermeğe çalışmıştır.

Gönül çok arzu ederdi ki; müessesenin Türk içtihatlarına göre âmme hukuku hükmî şahsımı, yoksa hususî hukuk hükmî şhasımı olduğunu gösteren bir iki Yargıtay kararını zikrederek fikrimizi izah edelim. Şimdiye kadar neşredilmiş olan Yargıtay kararlarında bu hususa dair bir karara tesadüf edemedik.

Fedaral Mahkeme demiryolu işletmesine müteallik bir kararında. [2] Demiryolu işletilmesinin alelâde bir hususi hukuk teşeb-

[2] Commne de Bolligen ile worblenthalbahn arasındaki dava; 22 Eylûl 925; j. T. 1926, 114, Sıddık Sami Onar, adl geçen eser; S. 460

büsü olmadığını, bilâkis geniş bir surette bir âmme teşebbüsü karekterini haiz olduğuna, müessesenin takip ettiği gayeyi nazarı itibare alarak karar vermiştir.

Devlet demir yolları işletme umum müdürlüğü ticarî mahiyette âmme vazifesi gören bir müessesedir.

Ceza kanunumuz âmme vazifesiyle amme hizmeti tâbirlerini izah ve tarif etmemiştir. Bu tâbirlerin izah ve tarifi doktrine ve mahkeme içtihatlarına bırakılmıştır. Umumiyetle, gerek bazı hukukçular ve gerekse bir kısım mahkeme kararları, " amme hizmeti» ile " âmme vazifesi„ tabirleri arasında bir fark olmadığını ve bu kelimelerin müteradif olduğunu kabul ediyorlar.

Yargıtay Hususî Ceza Dairesi bir kararında [3] âmme vazifesile âmme hizmetini birbirinden ayıran bazı kıstaslar göstermiştir. Hususi Ceza Dairesine göre; " amme vazifesi Devlet tarafından âmme menfaatları için tahakkuk ettirilmesi zaruri görülen faaliyetlerdir. Devletin, devlet olarak tahakkuk ettirmek mecburiyetinde olduğu işlere taallûk etmeyen ve bunlara fer'i olarak da bağlı bulunmayan faaliyetler âmme hizmeti olarak kabul edilmiştir. Âmme vazifesi Devletin nüvesini teşkil eder. En bariz vasfı zaruri oluşu yani Devletin bu vazifeyi zaruri olarak yerine getirmek ödevinde olmasıdır. Âmme hizmetleri ise Devlet tarafından ihtiyari olarak kendi faaliyet sahasına alınan işlerdir. Bunlarda öbürlerinde mevcut olan zaruret vasfı yoktur. Devlet bunları cemiyetin refahı için kendi sahasına alır. Devletin faraza Eğitim, Sağlık, Ulaştırma ve Posta Telgraf bakımlarından sarfettiği faaliyetler âmme vazifesi zümresine dâhildir. Devletin âmme hizmetlerine misâl olarak yetimlere, fakirlere yardım için vücude getirdiği teşkilât resmî iş bulma teşkilâtı, tımarhaneler ve talebe yurtları gösterilebilir. „ Denmektedir. Bu kararda da sarahaten belirtildiği gibi, Devlet demir yolları işletme umum müdürlüğünün faaliyet mevzu olan memleket nakliyatı, devlet tarafından âmme menfaati için ifası zaruri vazifelerdendir. Bu zaruretin kendisini en fazla hissettirdiği zamanlar bilhassa seferberlik ilânı günlerile harb zamanıdır. Birinci cihan harbi ve onu takip eden İstiklâl harbi müddetince, bir kısmı hususi şirketler elinde bulunan yerlerdeki demiryollarının şahsi emel ve menfaatler peşinde koşanların arzularına göre işletilmesinin memleket müdafaası bakımından bize ne elim neticelere mal olduğu hemen herkesin malûmudur. Bu hakikatlar karşısında Devlet de-

[3] 4/3/1947 tarih, E as 173, Karar 116, Tebliğname 7/15

miryollarının bir âmme vazifesi yaptığı neticesi kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Devlet demir yolları işletme umum müdürlüğünün faaliyet mevzuuun bir âmme vazifesi olduğu göz önünde bulundurulmakla beraber, bu vazifesini ifada iktisadî bir mahiyetin âmme hizmetiyle birlikte hemen hemen muvazi bir şekilde yürütüldüğünü zannediyoruz.

Bu gün bizde olduğu gibi, demiryollarının devletçilik prensibi dahilinde Devlet tarafından işletildiği zaman Devletin ticarî bir teşebbüs işlettiği ve bu teşebbüsün yolcular veya nakliyecilerle kendi arasındaki münasebetin hususî hukuk yani ticaret kanunun nakliyeciliğe müteallik hükümlerine tabi olacağı kabul edilmiştir. Yolcu ve eşya nakliyatı tamamen muamelâtı ticariyeden olduğu için (Ticaret kanunu M. 21) ticaret kanunu hükümlerine tabidir. Yani; müesseseyle yolcu ve nakliyeciler arasındaki münasebet tamamen akdî mahsiyettedir. Bu akdin hukukdaki adı da " Nakliye Mukavelesi „nden başka bir şey değildir. Fakat, demiryolları idaresinin yolcu ve nakliyecilerle aktettiği „ Nakliye Mukavalesinin „ Borçlar Hukukundaki diğer akit nevilerine benzemiyen bâzı hususiyetleri olduğu görülmektedir. Gerek yolcu ve gerekse eşya nakliyatındaki " Nakliye Mukavelesi " nev'i şahsına münhasır " Sui generis " bir akit olup, mürsil ve yolcular tarafından tetkik ve oknaması zor ve uzun zamana mütevakkıf olan ve umumiyetle küçük harflerle yazılı " Umumî Şartnameler " diye vasıflandırabileceğimiz bazı emir ve nehy edici mahiyette bir çok hükümleri ihtiva ettikleri görülmektedir. Bu akdî münasebet neticesinde nakliyeci ve yolcular tarafından ödenen nakliye bedelleri de, müessesece tek taraflı tanzim edilmiş bir tarifeye müstenit olmasına rağmen akdi mahiyette bir ücret kabul edilmektedir.

Yüksek Yargıtayımız, demiryollarının ticarî mahiyetini şu [4] Kararıyla göstermiş bulunmaktadır: " Demiryolları Devlet tarafından işletildiği vakit Devletin ticarî bir teşebbüs yapmış olacağı, yolcular ve nakliyecilerle demiryolları idaresi arasındaki münasebetin hususî hukuk kaidelerine tabi bulunacağı ve bunun neticesi olarak bu nevi nakliye işleri karşısında ferdin vaziyetinin tamamen akdî mahiyette bulunduğunu ve bu mukavelenin bir nakliye mukavelesinden başka bir şey olmadığını kabul etmek icap eder.

[4] T. İ K. Esas 4, Karar 12, G. 5/4/1944, Ord. Prof. E. HİRŞ, Notlu ticaret kanunu, 1946, S. 12

Fertle demiryolları arasındaki münasebet akdî sayılınca fert tarafından ödenen nakliye bedelleri de bir tarife ile tesbit edilmiş olmasına rağmen akdî mahiyette bir ücret addedilir.„ denmektedir.

Devlet demir yolları idaresi, ticarî mahiyetini sadece nakliye işleriyle uğraşmasından almayıp, adını ve numarasını yukarda zikrettiğimiz; " Devlet demir yolları ve limanları idarei umumiyesinin teşkilât ve vezaifine dair „ 1042 numaralı kanunun 6 ıncı maddesinden de almaktadır. Nitekim Yargıtay İcra İflâs dairesi bir kararında, [5] " 1042 numaralı kanunun 6 ıncı maddesinin birinci fıkrası hükmünce, bu idarenin banka vesair yerlerde mevcut paralarının haczi câizdir. " demek suretiyle hiç bir zaman İcra İflâs kanunu hükümlerine göre haczi caiz olmayan Devlet emvali muamelesine tabi tutmayıp, ticarî bir müessese mahiyeti gösterdiğinden mallarının haczi cihetine gidildiğini zannediyoruz.

— III —

Devlet demir yolları işletme umum müdürlüğü menafii umumiyeye hadim bir müessesemidir?

Bu kısmın tetkikine girişmeden evvel, Türk mevzuatında "menafii umumiyeye hadim,, müessesesini ifade etmek üzere kullanılan ıstılâhlardaki istikrarsızlığa temas etmek istiyoruz. Bu istikrarsızlığın sebeplerinden en mühimi, Şüphesiz ki, zaman zaman ortaya çıkarılan dilde türkçeleşme cereyanıdır. Bu istikrarsızlık sadece bir iki ıstılaha inhisar etmeyip muhtelif kanunlarımızda da kendisini göstermektedir. Terminoloji bakımından kanunlarımızda hükümferma olan bu karışıklık, hiç şüphesiz ki hukukun tatbik ve inkişafını ihlâl etmektedir.

Meselâ; Ceza kanunumuzun 483 üncü maddesinde «âmme menfaatına hadim bir cemiyet veya müessese» ıstılahı kullanıldığı halde, 3 ağustos 1325 tarihli cemiyetler kanununun 17 nci maddesinde «menafii umumiyeye hadim» tâbiri kullanılmıştır. Diğer taraftan 1938 tarihli ve 3512 numaralı cemiyetler kanununun 37 nci maddesinde «umumî menfaatlara hadim cemiyetler» ifadesi tercih edilmiştir. Bazan da 1833 numaralı Arazi Vergisi kanununun 2 nci maddesinde olduğu gibi «umumun menfaatına hizmet eden cemiyetler» denmiştir. 4753 numaralı « Çifçiyi Topraklandırma Kanun« nda, son türkçeleşme cereyanının bir eseri olarak » kamu fayda-

[5] İc. İf. D. 7/12/1944, K. 3640, Esas 8550. HİRŞ, adı geçen eser, S. 13

629

sına yarayan dernekler» ibaresi kullanılmıştır. Bu en son kanunî ıstılâh da hoşa gitmemiş olacak ki, Samsun Veremle Mücadele Derneği ile Bursa Darülâcazeye yardım derneğinin bu nevi müessese veya cemiyetlerden sayılması hakkındaki kararnamelerde « Genel menfaatlere yarar derenekler » tabiri kullanılmıştır. [6]

Devlet demir yolları işletme umum müdürlüğünün menafiî umumiyeye hadim bir müessese olup olmadığını iyice tetkik edebilmek için bâzı kıstaslara baş vurmak icap etmektedir.

Menafii umumiyeye hadim cemiyet veya müesseselerle âmme müesseselerinin gayeleri bakımından bâzı faaliyet sahalarında bir birine çok yaklaşan ve hattâ benzeyen tarafları mevcuttur. Meselâ, hamiyet sahibi bir şahsın medeni kanun hükümleri dahilinde kurduğu ve gayesi meccani bir hastahane işletmekten ibaret olan bir tesisi — İstanbuldaki Guraba hastahanesnin bir kısmı gibi — faaliyet mevzuu böyle içtimaî yardımdan ibaret olan bir âmme müessesesine çok benzer.

Şu kısım izahattan da anlaşılacağı gibi, âmme müesseseleriyle menafii umumiyeye hadim cemiyet veya müesseseler gayeleri itibarile birbirlerine çok benzemekle beraber, menşe bakımından tamamen ayrı mahiyettedirler. Âmme müesseseleri devlet tarafından bir kanunla, veya bir kanunun müsaadesine istinaden idarî bir asarrufla ihdas edilmiş birer devlet müessessleri oldukları halde menafii umumiyeye hadim cemiyet veya müesseseler menşeleri bakımından hususî ve şekilleri bakımından da birer cemiyet veya tesisten ibarettirler.

Menafii umumiyeye hadim cemiyetn veya müesseseleri âmme müesseselerinde ayıran başlıca kıstaslar şunlardır:

1 — Müessesenin ifa ettiği hizmet veya faaliyet mevzuu Devletin faaliyeti arasına girmediği yani müessese faaliyetini tâtil ettiği takdirde bu faaliyet devlete bir vazife olarak terettüp etmediği takdirde bu müessese bir âmme müessesesi sayılmayıp menafii umumiyeye hadim cemiyet veya müessese sayılır. [7] Meselâ,memleketimizdeki menafii umumiyeye hadim cemiyet veya müesseselerden; Türk Hava Kurumu, Türkiye Kızılay Derneği, Türk Hukuk Kurumu, Yeşilay Derneği, Yardım Sevenler Derneği, Türk Tarih Kurumu, çocuk Esirgeme Kurumu, Veremle Mücadele Derneği, İs-

[6] Resmî gazete numara: 6061, 6164

[7] Sıddık Sami ONAR, Adı geçen eser, s.487

tanbulda Darülâcazeye Yardım Derneği, Samsun veremle Mücadele Derneği, Bursa Darülâcazeye Yardım Derneği... gibi cemiyet veya müesseselerin faaliyetleri devleti doğrudan doğruya değil dolayısile alâkadar etmektedir. Bu cemiyet veya müesseseler faaliyetlerini tatil ettikleri takdirde yeni kurulacak veya mevcut bir devlet teşkilâtı bu faaliyet mevzularını üzerine almağa ve aynı faaliyetleri temadi ettirmeğe mecbur değildir. Halbuki; makalemizin «Devlet demir yolları işletme umum müdürlüğünün hukukî mahiyeti» kısmında tafsilen izah ettiğimiz veçhile; bir âmme vazifesi ifa eden devlet demir yolları faaliyetinin tatili, bir an için dahi mevzuubahsedilemez. Âmme hizmetlerinin pek kısa bir müddet için dahi olsa inkıta'a uğramasının memleketin iktisadî ve içtimaî bünyesinde doğuracağı aksaklıklar tahayyül edilirse, Devlet demir yolları için bu ehemmiyet bir kat daha kendisini hissettirir. Yâni, bilhassa şu hususu belirtmek isterim ki; Devlet demir yolları, herhangi bir sebeple faaliyetini tatil ettiği anda, derhal diğer bir Devlet teşkilâtı bu vazifeyi üzerine alarak devam ettirmek mecburiyetindedir.

2 — Menafii umumiyeye hadim cemiyet veya müesseseler, faaliyet mevzuu olarak intihap ettikleri hizmetleri ifa ederlerken âmme müesseselerinin faaliyetlerini icrada sahip bulundukları şahıs veya eşya, malî kaynak ve vasıtalardan tamamen mahrum olarak, bir kısım hamiyyet erbabının hizmet ve ianesile vazifelerini ifaya çalışırlar. Yani, 23 teşrinisani 1331 tarihli Cem'i İanat nizamnamesinin [8] bilhassa şu hükmünden istifade ederek faaliyetlerini ifa için zaruri olan varidatı temine çalışırlar.

«Umuma mahsus mahallerde ve vesaiti nakliye derumunda kutu dolaştırarak iane cem'i yalnız Müdafaai Milliye ve Donanma ve Hilâlıahmer gibi menafii umumiyeye hadim ve nızamnameleri ba iradei seniye musaddak cemiyetler menfaatine olmak üzere Ramazan ve Kurban bayramlarının ilk günleri ile Velâdeti Peygamberî ve cülûsu hümayuna ve 1 Temmuz tarihine müsadif günlerde caizdir. Eyyamı mezkûrede bahsolunan cemiyetlerden hangisinin menfaatine iane toplanacağını hükümeti mahalliyenin en büyük mülkiye memuru eyyamı mezkûrenin hulûlünden mukaddem tâyin ve tebliğ eder.» denmektedir.

Menafii umumiyeye hadim cemiyet veya müesseseler Cem'i İanat nizamnamesinin bu hükmünden başka diğer bâzı kanunu ve nimname hükümlerinden de istifade ederler. Meselâ; Verase ve İnti-

Cem'i İanat nizamnamesi, Sicilli Kavanin C.16, s.700

kal Vergisi Kanunu hükümlerine göre, menafii umumiyeye hadim müesseselere vâkı intikaller vergiden muaftır. 2395 numaralı Kazanç Vergisi Kanunun 3 üncü maddesine göre, « menafii umumiye hadim veya meslekî cemiyetlerin duhuliye ve aidatı ve bunlara yapılan teberruler ve müsamereleri hasılatı» kazanç vergisinden muafiır. Ayrıca 4429 nnmaralı kanunun ikinci maddesine göre « umumî menfaatlere hadim cemiyetlerin, okulların ve hastanelerin münhasıran kendi ihtiyaçlarına sarfedilmek üzere yetişirdikleri mahsüller » Topak Mahsülleri Vergisinden muaftırlar denilmektedir.

Umumî olarak menafiî umumiyeye hadim müessese ve cemiyetlere fayda temin eden, ve ancak bir kısmını zikredebildiğimiz bu umumî mahiyette kanunî hükümlerden başka ayrıca cemiyet veya müesseselere münhasıran bahşedilmiş imtiyaz veya muafiyetler de vardır. Meselâ 22 Eylûl 1941 tarih ve 4119 numaralı kanuna göre; «Kızılay derneği namına yabancı memleketlerden gelecek olan ve 1 inci maddenin a,b,c fıkralarında yazılı olan eşya gümrük vergisinden muaftır denilmektedir. Ayrıca, Dinî ve Millî bayram günlerinde istimal edilecek Hilâlıahmer şefkat ve hâtıra pulları hakkındaki kanun hükümleerine göre, "Dinî ve millî bayramlarla bunlara tekaddüm eden arife günlerinde posta ve telgraf ücretlerinden ayrı olarak posta ve telgraf idarelerinde kartvizitlere, kartpostallara; âdi, taahhütlü ve kıymetli mektuplara ve telgrafnamelere Hilâlıahmer şefkat ve hâtıra pulu yapıştırılır. » denmektedir.

Türk Hava Kurumunun da faydalandığı bâzı hususî kanunlar meyanında; 10 Haziran 1926 tarih ve 988numaralı K. un 1 inci maddesine göre; « Türk Tayyare Cemiyeti tarafından mübayaa edilecek tayyare, hangar, tayyare ve hangar levazımı, teslihat ve teçhizatı ile Türk Tayyare cemiyetince tertip ve idare olunack balo, konser ve saireye ait bilet satışları umumî istihlâk vergilerinden muaftır.» denmektedir.

Çocuk Esirgeme Kurumunun faydalandığı hususî kanunlardan bir tanesini zikretmekle iktifa edeceğiz. Bu kanun 11 Nisan 1932 tarih ve 1947 numaralıdır. Mezkûr kanunda; «çocuk bayramı münasebetile Nisanın 20 inci gününden 30 uncu günü akşamına kadar postahanelere tevdi olunacak kart, telgrafname; âdi taahhütlü ve kıymetli mektuplardan posta ve telgraf üçretlerinden başka kanunda tasrih edilen miktarlarda şefkat ücreti alınır. Bu maksatla yapıştırılacak pullar Himayei Etfal Cemiyetince tedarik edilir.» denmektedir.

432

Develet demir yolları işletme umum müdürlüğü bir âmme müessesesi olduğundan, yukarda zikredilen ve menafii umumiyeye hadim cemiyet ve müesseselerin faydaiandlğı hususî kanunlardan istifade ederek varidat temin etmesi hususiyeti mevzubahis değildir.

3 — 3 Ağustos 1325 tarihli Cemiyetler kanununun 17 nci maddesinde; «Bir cemiyetin menafii umumiyeye hadim addolunması Şurâyı Devlet kararile devletçe tasdik olunmasına mütevekkıftır.» denmektedir. O zamanın yeni ihtiyaçlarına göre tekrar gözden geçirilerek hazırlanan 1938 tarih ve 3512 numaralı yeni «Cemiyetler kanunu» nun 37 nci maddesinde bâzı lâfzî değişikliğe rağmen, «Bir cemiyetin umumî menfaatlere hadim cemiyetlerden sayılması, Devlet Şûrâsı kararıle İcra vekilleri heyetince tasdik olunmasına bağlıdır». demek suretiyle eski hükmün tekrarlandığını görüyoruz.

Bugüne kadar Devlet demir yolları işletme umum müdürlüğünün menafii umumiyeye hadim bir müessese olduğuna dair Devlet Şûrâsı tarafından verilmiş ne bir istişarî mahiyette bir karar ve ne de bu kararın icra vekilleri heyetince tasdikini mutazammın bir kararnamenin neşrine raslanamamıştır.

— IV —

NETİCE

11/6/1936 tarihinde 3038 numaralı kanunla değiştirlen Ceza Kanumnzun 483 üncü maddesinin ikinci fıkrasına ilâve edilen «âmme menfaatine hadim bir cemiyet veya müesseeeye tecavüz ve hakarette bulunanlar . . . » mefhumuna Devlet demir yollarl işletme umum müdürlüğünün girmesine, makalemizde tarih ve numaraları nı zikrettiğimiz ne umumî ve ne de hususî kanunların mahiyeti müsait değildir.

Devlet demir yolları işletme umum müdürlüğü yazımızın diğer kısımlarında genişce izah edilen sebeplerle bir âmme müessesesi oluşu, ve kendisine menafii umumiyeye hadim cemiyet veya müesselerde mevcut olması icap eden hususivetlerin heman hiç birisinin bulunmaması karşısında ceza kanunumuzun 483 üncü maddesinden istifade ederek şahsiyeti maneviyesine tecavüz ve hakarette bulunanlar hakkıida bu maddeden istifade ederek dava açamıyacağı kanaatindeyiz.

433

Askerî Ceza Kanununa göre az vahim hal.

Yazan: İsmail DOĞU.

Plan:

1) Giriş

2) Az vahim hal ne demektir.

3) Askerî ceza kanununda kabul edilen az vahim halin, Türk Ceza Kanunun 522. maddesi hükmü ile münasebet derecesi.

4) Az vahim halin tayin ve takdirinde bir ölçü varmıdır?

5) Sonuç

1) Giriş günlerde Askeî Yargıtayca ısrarla üzerinde durulan bazı içtihatların belirmekte bulunduğunu görmekteyiz. Bu içtihatlar Askerlik Adaletinde yeni bir çığır açmakta ve diyebilirizki bu Adalet alanında görevli bulunan bütün Askerî Adlî Yargıçlar arasında çetin tartışma konusu olmaktadır.

Biz yazımızda bu konuyu inceleyerek özel düşüncelerimizi bildirmek ve beliren bu içtihatların kanunun metnine, ruh ve maksadina ne dereceye kadar uygun olduğunu araştıracağız.

İlk bakışta ve uygulama alanında basit görülebilen ve fakat poğarduğu neticelerin önemi itibarile tetkike değer bulduğumuz konuyu izaha çalışmakla meslek arkadaşlarına bir faide sağlıyacağı ümüdini beslemekteyiz.

2) Az vahim hal ne demektir. 930 yılındanberi hükümleri yürürlükte olan 1632 sayılı Askerî ceza kanunumuzda az vahim halin tarif edilmediğini ve esasen bu kanunun Büyük Millet Meclisindeki tutanaklarında da buna dair bir açıklamaya raslanamamaktadır.

Askerî ceza kanununda mallara karşı işlenilen cürümler adlî VIII. Faslının 131. Maddesinin 1. Fıkrasının son bendi hükmü üzerine okuyucularımızın dikkat nazarlarını çekmek isteriz.

Bu hükümden kolayca anlaşılıyorki kanun yapıcısı suçun işleniş tarzına, mahiyetine ve suçtan doğan Devlet Zararının mikdarının dikkate alarak sanık lehinde tayin edilmesi lâzım gelen cezanın adını (Ağır hapis) den (Hapse çevirmektedir.

Acaba kanun yapıcısı buna neden lüzum görmüştür? Şu bir gerçektirki ayni suçu herkes ayni tarzda ve şekilde işlemez. Kul-

landıkları araçlara, sağlamak istedikleri faidelere ve nihayet bulundukları zemin ve zamanın elverişli olan şekline göre suçun işleniş tarzı ve mahiyeti de tabii olarak kendiliğinden değişir.

Binaenaleyh bugibi hallerin daima göz önünde tutularak ayni suçu işleyen herkese karşı ayni cezanın tayin ve tertip edilmesi elbetteki Adalet Makanizması içinde Adalet dağıtımı hususunda bik ölçüsüzlük yaratır.

Bu izahtan anlıyoruzki kanuncu Az vahim halin tarifini açıklamaktan kaçınmış ve bu husuta büyük kıskançlik göstermiştir. Bunda isabet bulunup bulunmadığı münakaşa edecek değiliz. Yalnız şu var ki bu halin tayin ve takdirini, sınırını tesbit etmeyi Askerî Adlî yargıcın veya Askerî Mahkemenin takdirine bırakmış olmakla Anayasanın esaslı prensiplerine sadık kalınmıştır.

Şu halde böyle bir olay karşısında kalan Askerî Adlî yargıç veya Askerî Mahkeme, yaşadığı cemiyetin yaşama şartlarını, suçun işleniş tarz ve mahiyetini, bulunduğu zemin ve zamanın önemini etraflı surette dikkate alarak suçun (Vahim) veya (Az vahim) hallerinden hangisine girebileceğini kesin olarak tayin ve takdir etmek gibi çok zor ve sorumlu bir görevle karşı karşıya bulunmadır.

Görüş ve inanışımıza nazaran Yargıç sıfatına haiz ve Adalet dağıtımı ile görevli bir vatandaşın da en mühim kuvvet ve meziyetinin bu esas üzerinde toplandığını gururla belirtmek isteriz.

3)Askerî ceza kanunnuda kabul edilen Az vahim halin Türk ceza kanunun 522. Maddesi hükmü ile münasebet derecesi.

Askerî yargıtay çeşitli inançlarında Askerî ceza kanununun değişik 131. Maddesi hükmünün uygulanmasında T. C. K. nun 522. Maddesi hükmünün de uygulanmasını ısrarla ileri sürmekte ve aksi hali resen Bozma sebebi olarak kabul etmektedir.

Bu durum karşısında T. C. K. nun 522. Maddesini incelemek ve bu maddenin hükmü etrafındaki özel düşüncemizi açıklamak isteriz.

T. C. K. nun 522. Maddesinin baş cümlesi (*onuncu bapta*) ibaresini ihtiva etmektedir. Bu ibare ile ayni kanunun birinci faslında yazılı —Mal aleyhine işlenen hırsızlık ve buna mümasil suçlara atıf yapıldığını görmekteyiz.

635

Esasen Askerî ceza kanununun 130. Ve bundan sonra gelen maddeler hükümleri de Mala taalluk eden suçlardan bahsetmektedir.

T. C. K. nun 522. Maddesinin metninden, yazılış tarzından anladığımıza göre kanuncu suçu işlemiş tarz ve mahiyeti her nasıl olursa olsun mutlaka çalınan malın değerininde dikkate alınarak tayın kılınacak cezada sanık lehine bir azaltma yapılması yolunda Âmir hükmü taşıyan bir madde olduğu inancındayız.

O halde kanun metnini bu şekilde anlamakta olduğumuza göre Askerî ceza kanununda (Az vahim hal) diye bir hukukî müessesenin mevcudiyeti karşısında yine kanaatimizce Askerî ceza kanununda mallara taalluk eden suçlarda mutlaka T. C. K. nun 522. Maddenin de Askerî yargıtayca uygulanmasında ısrar edişin ve aksi halin bozma sebebi kabul edilmesinin gerçek manasını anlamağa imkân görmemekteyiz.

Bunun böyle devamı halinde sonuçta doğacak neticelerin tamamen kamu hakları aleyhine ve bütün çıplaklığı ile sanık lehine bir hal yarattığını müşahede eylemekteyiz.

Okuyucularımıza bir misal durumu daha etraflı şekilde belirtmek yerinde bir hareket olacaktır. Meselâ bir sanık Ordu malı eşya çalmıştır. Hareketi As. C. K. nun değişik 131. Maddesinin 1. Fıkrasının son bendine göre Az vahim hal kabul edilmiştir. Bu takdirde tayin edilecek ceza üç gün hapisten ibarettir. Şimdi Askerî yargıtayın içtihatına uyularak T. C. K. nun 522. Maddesi hükmünün bu olaya uygulanması halinde cezada birmiktar daha azaltma yapılacak ve sonuçta sanık için tayin edilecek cezanın en azı Bir gün, en çoğu iki gün hapisten ibaret olacaktır.

Bu misali As. C. K. nun değişik 131. Maddesinin 1. Fıkrasının birinci bendine göre mütalâa ettiğimiz takdirde tâyin edilecek cezanın en az dört ay, en çok sekiz ay arasında ***Ağır hapisten*** ibaret olacaktır.

Ceza kanunlarımızda hapis ve ağır hapis cezalarının çektirilme şekillerinde büyük farklar mevcuttur. Kaldıki tâyin edilen cezalar arasında mahiyet itibarile fark olduğu gibi miktar bakımından da nisbet kabul edemiyecek surette bir adaletsizlik vardır.

Bu izahtan görülüyorki Ordu malı bir hırsızlık eylemenin az vahim hale girip giremiyeceği hususunda Askerî Adlî yargıçlara ve Askerî Mahkemelere kanuncu sınırsız takdir hak ve yetkisi ta-

nımış bulunmaktadır. İşte üzerinde durmak istediğimiz nokta burasıdır. Bu kadar geniş ölçüde hak ve yetkinin kötüye kullanılması bugüne kadar geçen meslekî hayatımızda kamu hakları aleyhine ve diğer taraftan da Adalet makanizmasına karşı acı tenkitleri mucip olduğunu istemiyerek beyan etmek zorundayız.

4) Az vahim halin tâyin ve takdirinde bir ölçü varmıdır?

Buraya kadar olan izahatımızdan çıkan netice gösteriyorki Askerî ceza kanununda kabul edilmiş olan az vahim halin tâyin ve takdirinde bir ölçü bulunmamakta ve bunun tayin ve takdirini askerî adlî yargıçlara veya Askerî Mahkemelerin görüş, anlayış ve takdirlerine bırakıldığıdır. Binaenaleyh bu halin tâyin vakî takdiri zemin ve zamana, olay üzerindeki ilgi ve titizliğe göre degişmekte ve bunun sınırını çizen bır ölçüye rastlanmamaktadır,

Şu gerçeği de ilâve edelimki bugünkü duruma göre Askerî Mahkemelerimizin kuruluş şekilleri mahiyet itibarile Jüri sistemini andırmaktadır. Bunun için az vahim halin olayda mevcut olup olmadığı hususu o suçu işleyenin kimlik ve özelliğinin de tesiri altında kalmakta olduğunu acı misallerile görmüş bulunmaktayız.

5) Sonuç: bütün kamu hakları aleyhine doğan mahzurları kaldırmak ve bu yönden Askerlik Adaleti makanizmasına çevrilen acı tenkitleri yok etmek için kanundan anladığımıza göre Askerî Ceza kanununda az vahim hal diye bir müessese mevcut iken ayrıca T. C. K. nun 522. Madesinin uygulanmasında ısrar edilişin lüzumuna kani bulunmuyoruz.

Gelecekte mahzurların ağırlık derecesinin Askerî Yargıtayca da geniş bir kavrayışla anlaşılacağına ve bundan böyle bu içtihatlarından tamamen vaz geçmek yolunda Askerlik Adaletinde yeni bir çığır açacağını ümit ve temenni edelim.

637

Bibliyografya

AKİL ÖNDER. *Avukatlık Kanunu Şerhi Ve İzahı*. kayseri Sümer Matbaası: 1947, sayfa: 371. Lira: 5.

Ankara Yargıçlarından AKİL ÖNDER'in bundan evvelki yayınlanan ve tatbikatta büyük fayda sağlayan " Vasiyet Hukuku " adli eserinde sonra bn kere çıkardığı " *Avukatlık Kanunu Şerhi ve İzahı*" adlı kitabı da aynı değer ve mükemmeliyette olup konusu itibarile Avukat ve davavekillerile hukukçularımıza ve aydınlalarımıza her zaman aradıklarını vermiş bulunmaktadır.

Avukat ve Avukatlık meslekinin önemi aşağıda bir kaçının sözleri ile birlikte isimlerini verdiğimiz yerli ve yabancı hukukçu ve âlimler tarafından belirtilmekte olduğundan Avukatlık Kanunumuzun şerh edilmesinde, izahladırılmasında ve incelenmesinde ki ehemmiyet ve isabet kendiliğinden anlaşılmaktadır.

HANRİ ROBER: „ Mahkemelerde aleni ve samiin müvacehesinde bulnnmak, her meseleden bahsetmek, her işi kavrayıp benimsemek, cevaplar bulup vermek, icap ettiği vakit şiddet ve zekâ ile hasmını ilzam edebilmek gibi rüçhanlar yalnız Avukatlarda mevcuttur."

RFFİK Ş. İNCE: „ Avukatın kuvvetini, şöhretini şahsında değil, meslekinde aramak lâzımdır. " ;

DUPİN: „ Parlemento kürsüsü avukata müdafaa edilecek bir iş daha vermiyormu? o iş, işlerin en güzelidir; Memleket işi. " ;

DUFAUR: „ İster yol göstermek ve nasihatlerile aydınlatmak, ister sözleri ve yazılarile müdafaa etmek suretile olsun, avukatın vazifesi müşterilerine yardım etmektir. " ;

Kıymetli hukukçumuzun kitabı; Avukatlık Kanunumuzun bugün bütün milletlerce kabul edilmiş olan kanunların en mükemmeli bulunduğu ve kanunun halen Adalet Bakanlığını tam bir vukuf ve bilgi ile ifa etmekte olan mümtaz hukukçu Dr. Şinasi Z. Devrin'in uzun ve yorucu tetkik ve çalışmaları sonunda kaleme alınmış ve avukatlar kongresinde uzun müzekere ve münakaşa konusu ittihaz edilmiş ve Büyük Meclisce üzerinde önemle durulmuş muhteşem bir hukuk abidesi olduğu ve kitabın mutevası hakkındaki

güzel bir önsözü ile başlamaktadır. Daha sonra başlangıç yazısında Avukat kime denir, Avukatlığın bir meslek bulunduğu ve Avukatlığın âmme hizmeti mahiyetinde bir meslek olduğu hakkında izahat verilmektedir. Bundan sonra son şekle göre Avukatlık Kanunumuz metin ve izahları, Yargıtay ve Haysiyet divanlarınca verilen kararlar, 4353 sayılı kanuna göre yapılacak staj ve hazine Avukatları hakkında disipline müteallik hükümler ve yeni baştan tanzim olunan ücret tarifesi, davavekilleri hakkındaki geçici maddeler ve ruhsatnamesiz vekâlet edenler hakkındaki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 61 nci maddesi ve izahları gelmektedir.

Kıymetli eseri bütün hukukçularımıza tavsiye eder, sahibini faydalı bir eser yayınlamasından dolayı tebrik ederiz.

Bizde işçi hukuku. EDİB ÜNAL ERZEN. Bursa Yeni Basımevi: 946, Kr: 125.

Bursa Asliye Hukuk Yargıcı EDİP ÜNAL ERZEN'İN İşçi ile iş verenleri ilgilendiren «B***izde İşçi Hukuku***» adlı kitabı münderecatı itibarile iki bölüme ayrılmıştır: Birinci bölümde Önsözden sonra İşçi Hukuku mevzuatı hakkında izahat verilmiş ve işyerleri gösterilmiştir. İkinci Bölümde ise iş kazalarile meslek hastalıkları ve analık sigortaları hakkındaki 4772 sayılı kanunun metnini ihtiva etmektedir.

Eser işçi ve işverenlerin istifadelerini sağlayacak kiymettedir. Sahibinden istenebilir.

ENVER KIRKER. ***Halk'a Hukuk Bilgisi.*** Adana Türksözü Basımevi: 1947, Sayfa: 180, Kr: 300.

İncesu Yargıcı ENVER KIRKER'İN büyük emek ve maddî fedakârlık sarfile yayınladığı «***Halk'a Hukuk Bilgisi***» adlı eseri; Halkın dava açmak ve hakkını elde etmek için hem tatbikî ve hem de nazarî olarak cezaî ve Hukukî sahada bilgi sahibi olmasını temin edecek kıymettedir.

Kitap; ayrıca: Borçlunun, müsrif'ün, köylü, işçi, çocuk ve hükümlüler gibi himayeye muhtaç olanların mevzuatımızdaki koruyucu hükümlerini de içine alması ve mahiyetlerini açıkça belirtmesi dolayısiyle daha da değerlendirilmiştir.

Eser, ENVER KIRKER'İN «Halkın haklarına sahip olmaları, kanlarını ve hayatları pahasına mal olmuştur.

439

Halkın sesi, hakikatın ifadesi, hakkın tecellisidir.

Onun içindirki, Halkı güçlükle kazandığı haklara, saygı gösterildiği, yerine getirildiği nisbette kişiyi ve halkı saadete kavuşturacak olan hukuk bilgisine ihtiyaç vardır. „vecizesi ve kitabın yayın maksadını pek güzel belirten Önsözüle başlamaktadır. Münderacat 5 bölüme ayrılmıştır:

1. cni Bölümde: Adalet, hukuk ve ahlâk hakkında umumî ve nazari bilgileri, adaletin tarifi, nisbi ideal (kesin) adalet, hukukun tarifi ve anlamı ve çeşitli mekteplerin izahları, hukukun önemi, millî hukuk, hukuk ve ahlâk hukukun bölümleri; hukukun kaynakları anlatılmıştır.

2. nci bölümde: Genel esasları, hak ve dava yolları, görev, yetki, merci tayini, dava nakli ve yargıcın reddi izah olunmuştur.

3. ncü bölümde: Mahkemeler, Yargıç, C. Savcısı, Zabıt kâtibi, Noter, Avukat, Avukat stajyerleri, davavekilleri ve barolar hakkında bilgi verilmiştir.

4. ncü bölümde: Zaman aşımı, sukutu hak, Kanunî müddetler (mehil) gösterilmişir.

5. nci son bölüm: Çocuklar ve zayıfların, köylü, işçilerin hakları, sorumluluğu ve korunması hakkında mufassal bilgiyi ihtiva etmektedir. Daha sonra son söz yazısı gelmekte ve kısaltmalar ve yanlış doğru listelerile son bulunmaktadır.

Çok zaman ve emek mahsulü olan ve halka yerinde bir hizmet maksadile hazırlanıp büyük masrafla bastırılan kıymetli eseri her aydına ve hukukçulara hararetle tavsiye eder, sahibinden tedarik edilebileceğini ilâve ederiz.

AVUKAT DR. NECMETTİN BERKİN: Notlu ***İcra ve İflâs Kanunu ve Tatbikatı.*** İstanbul güven Basımevi: 947, Sayfa: 377, Lira:3.

İstanbul Üniversitesi Hukuk ve İktisat Fakülteleri Usul ve İcra ve iflâs hukuku Asistanı Avukat: Dr. NECMEDDİN BERKİN'İN pek mükemmel olarak hazırlayıp «***Notlu İcra ve İflâs Kanunu ve Tatbikatı***» adı altında yayınladığı kitabı; son şekle göre tadilli ve yanlışsız İcra ve İflâs Kanunumuzun tam metnini, İcra ve İflâs işlerinin görülme ve İcra ve iflâs kanununa göre tanzim olunan numunelerin kullanma tarzına dair talimatname ile İcra ve İflâs kanununun tatbikine dair nizamnameyi kapsamaktadır.

Kıymetli esere ayrıca Yargıtay İcra ve iflâs dairesinin en yeni seçme va kısmen bugüne kadar neşrolunmamış 800 ze yakın kararı ile takip hukukunu ilg lendiren tevhidi içtihat Kararlarının hemen hepsi ilâve olunmuştur.

Mânası pek açık görülmiyen hükümler de şerh notları ile aydınlatılmak suretile esere ayrı bir pratik değer verilmiştir.

Eser; kanunu tetkik edeceklere olduğu kadar tatbik edenlerde büyük kolaylık ve fayda sağlayacak kıymet ve değerde görülmüştür.

Kitap sahibini hukuk kütüphanemize yeni faydalı eserler kazandırmasından dolayı tebrik eder, kitabın istanbul Üniversite kitap evinden tedarik olunabileceğini bütün hukukçularımıza hatırlatırız.

Boşanma ve ayrılık. GALİP BİLGE. Kayseri Sümer Matbaası: 1947, lira: 2, 5.

Medeni Kanunamuzun önemli bölümlerinden birisi de ***Aile Hukukudur.*** Bu bölümün incelenmesi de bu sahadaki mühim bir boşluğu doldurmak demektir. Bu konudaki neşriyat ne yazık ki pek mahdut bulunmaktadır. İşte bu hususu nazara alan Arapsun Yargıcı GALİP BİLGE; Medenî Kanunumuzun ***Aile Hukuku*** Bölümü hakkındaki 20 küsur yıldır yerli ve yabancı hukukçular tarafından yazılmış ve söylenmiş bütün eser, yazı ve fikirlerle konu ile ilgili bütün Yargıtay kararlarını inceliyerek «**Boşanma ve Ayrılık**» adı altında mükemmel bir eser yayınlamıştır.

Kitap; kısaltmalar, bibliyografya ve ön söz ile başlamakta ve daha sonra aşağıdaki münderecatla bitmektedir:

Boşanma ve Önemi; Boşanmanın Tarihçesi; Boşanma sebeblerinin hukukî mesnedi; Yabancı mevzuatta boşanma sebebleri; Devletler Hususî Hukukunda Boşanma ve Ayrılığa dair kanun ihtilâfları ve bu sahadaki Yargıtay kararları; Medeni kanunumuzdaki ***Boşanma sebebleri;*** Medeni kanunumuzun 129 ve 150 nci maddeleri şerhi ve bu hususta her maddeye ait en son ***Yargıtay Kararları;*** Boşanma hükümleri tadil edilmelimidir?.

Eser yalnız hukukçularımızın değil herkesin istifade edebileceği bir kıymettedir. Sahibinden tedarik olunabilir.

İleri Hukuk Deogisi. Ekim: 947, Sayı 28 Kr. 50.

Titiz bir itina ile her ay muntazaman İstanbul 3 ncü Sorgu Yargıcı KÂMİL BORAN Tarafından çıkarılmakta olan derginin bu sayısı da aşağıdaki kıymetli yazı ve seçme kararlarla yayınlanmıştır:

Doçent Dr. HIFSI TİMUR: Avukatların mahkemelerin derecelerine göre tasnife tâbi tutulması meselesi; Dr. NECMEDDİN M. BERKİN: Alman Usul Hukukunda hususî senetlerin ispatı kuveti (terceme); HÂMİT SELEKLER: Kira Arttırma suçlarında *Zaman Aşımı*; DÜNDAR AKÜNAL: Sulh Ceza Kararnamelerinin şumulü ve kesinliği meselesi; «cevap lâyıhasında bildirilmiyen zaman aşımı defi yargılama sırasında ileri sürülebilir mi?» hakkındaki Yargıtay *Hukuk genel Kurulu Kararı*; «Maaşlı devlet memuru rıza ve muvafakatı alınmaksızın ücretli göreve geçirilemiyeceği ve yerine yapılan tayinin hükümsüzlüğü"ne dar Danıştay Dâva daireleri *Genel Kurulu Kararı*; Ticaret Kanununun 64, 65 ve Alâmeti Farika Tüzüğü 14 ncü maddeleri, Alâmeti Farikanın taklidi ve açılan dava„ şekli hakkında Yargıtay III. ncü *Ceza Dairesi Kararı*; «Borçlunun haczedilen arsadaki ortaklığının iştirak halinde olmaması„ İhtiyati haciz kararına dayanarak deposunda haczedilen aletlerin başka yere kaldırılması»; «Tehirinde zarar umulan ve mahkemece lüzum görülen adlî tebliğlerin yazılması»; Posta ile gönderilen nafaka alacağının teberru olduğu iddiasının ispatı»; «İkinci kiracı aleyhine alınan tahliye kararı, birincinin kiracısı olan ikinciden isticar edip evin şagili 3 ncü. kiracının durumu» hakkında Yargıtay İcra ve İflâs dairesi Kararları ; «İmâl proğramına ithâl edilmemiş olan inşaat,»; «İlerde yeşil saha olacağı düşüncesiyle inşaatın men'i yoluna gidilemez»; «Gayrimenkulün âmmeye tahsisi meselesi ve tasarruf hakkı» hakkında Danıştay 5 inci Daire kararları; «İntifa hakkını tercih eden mirasçının gayrimenkuldeki rolü» hakkında Yargıtay 2 nci Hukuk dairesi kararı V. S..

AYNI DERGİ. Kasım: 947, Sayı: 29, Kr. 50.

AVNİ GİVDA: İngiliz Hukukunun Kaynakları (terceme); Dr. NECMEDDİN BERKİN: Alman Prosedüründe resmî senetlerin tanzimi ve delil kuvveti (terceme); «Sözleşme dışı ve fazla inşaatta yapılan masraflar»; «Dâvanın gıyapta görülmesi ve davalının defilerinin tetkiki, gaip tarafa iltihakı isteyen müdahailin istemi»; «Kâr ve zararın ortaklar arasında taksim şekli»; «Eşya ve eşhasın naklinî ârızi olarak taahhüt edenler hakkındaki hükümler ve zaman aşı-

mı»; «Taahhüdün kat'iyen nakzında ihtar ve zarar ziyan»; «Ticarî alacaklarda yetki»; «Tamirattan dolayı tahliye»; «Ticarî davalarda beyyine»; «İhtiyaç sebebile dükkân tahliyesi»; «Mecurun kullanma şeklinin değiştirilmesi„ hakkında Yargıtay Ticaret Dairesi kararları; «İkna ve icbar suretile irtikâp halleri ve cezaları»; «Kira suçlarında zaman aşımı»na dair Yargıtay Özel Daire Kararları; «İhtiyar Kurulu yerine yalnız Muhtarın verdiği yokluk Kâğıd «hakkında Yargıtay III. ncü ceza dairesi kararı; «Batan vapur için ödenen sigorta ve satılan vapur bedelleri üzerinden vergi tarh edilmesi»; «Kazanç vergisinde mükellefin hataen beyannamede noksan matrah göstermesi ve ilgili memura bildiriş süresi»; «Murisin süresinde ödemediği nakliye resim cezası vereseden istenmesi»; *İdarî dâva süresi*»ne dair Danıştay 4 ve 5 nci daire kararları. V. S.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ.
C: III, 1946; Sayı: 2,3,4; Kr. 250.

Kıymetli Hukukçularımızın değerli yazılariyle çıkan derginin son üç sayısını teşkil eden nushanın münderecatını şöylece sıralıyabiliriz:

Ord. Prof. Dr. ŞEVKET AZİZ KANSU: Ankara Üniversitesinin ilk öğretim yılını (1946—1947) açış söylevi;Prof. ZEKİ MES'UT ALSAN: Ankara Üniversitesi ilk öğretim yılını açış dersi «Devletler Hukukunda kişilerin durumu ve bu hukuk bakımından hak ve hürriyetleri».

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ: Ord. Prof. Dr. E. HİRŞ: KANT'IN ebedî barış üzerindeki felsefi denemesi II; Ord. Prof. ESAT ARSEBÜK: Kanun karşısında Hukukun Rolü; Prof. SÜHEYP DERBİL: Kural Bilimleri ve Hukuk;

ÂMME HUKUKU: Prof. Dr. NİHAT ERİM: Milletler arası Daimî Adalet Divanı ve Türkiye (Musul meselesi); Doçent Dr. MUVAFFAK AKBAY: Demokrasi ve müfrit sendikalizm cereyanları; Doçent Dr. FARUK EREM: Cezayı azaltıcı takdirî sebepler; Doçent Dr. COŞKUN ÜÇOK: Osmanlı Kararnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna aykırı hükümler: II; MUAMMER KURTAY: İşçi sigortaları;

HUSUSİ HUKUK: Doçent Dr. HİKMET BELBEZ: Nakil sözleşmesi ve nakliyecinin sorumu; Doçent Dr. OSMAN FAZIL BERKİ: Ecnebilerin Hukuk ve vazifeleri hakkındaki muvakkat kanunda teminat; Asistan Dr. ŞAKİR BERKİ: Türk Hukukunda evlilik dışı doğan çocukların tabiiyeti (uyrukluğu); Asistan HÂMİDE UZBARK: Doğma-

tik ve sosyolojik bakımdan hususî hukukta iltihakî âkitler meselesi; Asistan HALÛK TANDOĞAN: Velâyetten doğan Kanun İhtilâfları: Cilt: III Arama cetvelleri. V. S.

SİYASÎ İLİMLER MECMUASI. EYLÛL 947, Sayı: 198, Kr. 50.

Her ay muntazaman yayınlanmakta olan derginin bu son sayısında yer alan yazılar şunlardır:

Prof. Dr. Nihat ERİM: Anayasa meselelerimiz (devam); Audré Geraud (Pertinax) Fransanın yeni anayasası (terceme); Sami NEVEKLİ: Abdülmecit Devrinde Malî ıslahat (devam), Ord.Prof. H. S. BABAN: Para kıymetinin iadesi tecrübesi; Hasan Refik ERTUĞ: Bir ankete verilen cevaplar; Gelir verğisi Kanunu tasarısı ve akisleri: Ahmet Şükrü Esmer: Bu ayın olayları; Muhtar Yazır: «Yaşayan İnkılâp» adlı kitap bibliyografyası: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası aylık hesap vaziyetleri. V.S.

İşçi ve işveren sendikalar ve sendika birlikleri kanunu..., Ankara, Başbakanlık Devlet B., 1947, 54 s. (Çalışm B.yayınları: 9).

James Peter WARBASSE,

Kooparatif demokrasisi. Çev. Âkil Koyuncu. Cilt II .... İzmir, Ahenk B., 1947, 195-348+9 s. (İzmir İncir ve Üzüm Tarım Satış Kooperatifleri Birliği yayımları: 4). F. 150 K.

Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay.

Hukuk bilimine başlangıç. İkinci bası.... Ankara, Yeni Cezaevi B., 1947, 168 s. Kr. 400

Prof. Dr. Recai G. OKANDAN.

7 Zilhicce 1293 Kannnu Esasisine ve bunun muaddel şekillerine göre icra ve teşri fonksiyonlariyle bunları ifa edecek organlar arasındaki münasebetler .... İst., İsmail Akgün B., 1947, 22 s., Ay.: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mec. Cilt XIII, sayı: 1.

Naci Şensoy.

Osmanlı impartorluğunun sıkı yönetime müteallik mevzuatı üzerinde sentetik bir deneme.... İst., İsmail Akgün B., 1947, 95-

114 s., Ay.: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mec. Cilt XIII, sayı: 1.

Ceza infazında sistemler ve İmralı Cezaevi.... Ankara, Yeni Cezaevi B., 1947, 36 s. (Ord. Prof. Baha Kantara ikinci sınıf öğrencilerinin armağanı: 2).

Dr. Nurullah Kunter.

Suç ortaklığında sorum ve ceza.... İst., İsmail Akgün B., 1947, (24 X 17), 65—94 s., Ay.: İstanbul üniversitesi Hukuk Fakültesi mec. Cilt XIII, sayı: 1.

Necati Volkan ve Necmettin Arvas.

Ceza ve usul hükümlerini taşıyan hususî kanun ve nizamnameler. Cilt II.... İst., Cumhuriyet B., 1947, s 661 3 şekil. (son içtihatlar dergisi yayınları). F. 750 K.

---

prof. DR. Fındıkoğlu.

İslâm ve Türk hukukunda eksogami.... ist., İsmail Akgün B., 1947, 219—238s., Ay.: İstanbul ünivesitesi Hukuk Fakültesi mec. Cilt X III, sayı: 1.

Dr. Ferit H. Saymen.

Resmî vasiyetnamede şahitlerin vereceği şerhin kendi el yazıları olması mecburî değildir. —Kanun hükümlerinin gayelerine göre tefsiri. —Mehaz Kanununun nazara alınması.... İst., İsmail Akgün B., 1947, 26 s., Ay.: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mec. Cilt XIII, sayı: 1.

Dr. Halil, Arslanlı.

Ticarî hükümlere göre bey'in muhtelif nevileri.... İst., İsmail Akgün B., 1947, 175—192 s., Ay.: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesf mec. Cilt XIII, sayı: 1.

İcra usulleri. kitap I, İcra.... Ankara, Doğuş B., 1947, 119 s. Dr. H. Oser ve Dr. w. Schönenbergen. Borçlar hukuku. Kısım 1. Çev. Recai Seçkin. ...Ankara, Yeni Ceza Evi B,. 1947, VIII+×CIV +338 s (Adalet B. Yayınları). F. 300 K.

Ord. prof. Mustafa Reşit BELGESAY.

Hukuk usulü muhakemeleri kanununda yapılması gereken tadilalât. ... İst., İsmail Akgün B., 1947, 157—174 s., Ay.: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mec. Cilt XIII, sayı: 1.

Dr. Rabi KORAL. Yeni ve eski hukukumuzda tahkim. ... İst., İsmail Akgün B., 1947, 26 s., Ay.: İstanbul Üniversitesi Huknk Fakültesi mec. Cilt XIII, sayı: 1.

Dr. w. A. ROBSAN. Britanya hükümet sistemi. Çev. NECDET S. YELMER. ... İst. Çituri Biraderler B., 1947, 32 s. F. 100 K.

Ragıp SARICA. Fransada ajan ve memurlar aleyhinde açılan tazminat davalarında şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur mu yoksa bir hizmet kusuru mu teşkil ettiğini tâyin işinin ihtilâf mahkemesine ait bulunduğu hususunda ihtilâf mahkemesinin Pelletier kararındanberi şaşmaz içtikadı ve buna karşı serdedilen bâzı tenkidler. ... İst., İSMAİL AKGÜN B, 1947, 23—64 s., Ay.: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mec. Cilt XIII, sayı: 1.

F. E. LOUWAGE. Kriminel polis taktiği. Çev. EMİN GÜVEN. ... ANKARA, ÇANKAYA B., 1947, 63 s. F. 125 K.

SAGLIK VE SOSYAL YARDIM B. Saglık ve Sosyal Yardım Bakanlığı müfettişleri tarafından yapılacak tahkikata dair talimat. ... Ankara, Akın B., 1947, 97 s. (*Sağlık ve Sosyal Yardım B. yayınları* 127). F. 450 K.

Dr. Suat SEREN. Çolışma Bakanlığı. Kuruluşundan bu güne kadar. ... *Ankara, T. C. Ziraat Bankası* B. 1947, 160 s. F. 300 K.

İŞ. Cilt: XIII. Sayı: 71, Krş: 50.

Aylık Felsefe, Ahlâkve İçtimaiyat Mecmuasının bu sayısı aşağıda ki yazılarla çıkmıştır:

FINDIKOĞLU: Demekki, Hatipoğlu Ali: Deli Petro vasiyetnamesi ve bugünkü Rus Jeopolitiği ile alâkası, Prof. FINDIKOĞLU; Yabancı Dil meselesi, Muhittin SART: Türkiye dışındaki Türkler, Olup Bitenler, V. S.

AYNI DERGİ. Cilt: XIII, Sayı: 72.

Dergi: Konuşma (*Mugalata Nümuneleri*); W. Röpke: Mülkiyet meselesi etrafında yeni düşünceler; Türk Maarifçiliğinde uyanıklık

hareketleri; Kumehmetoğlu NACİ: Türkmen Baraklar; Soyadlarında millîleşme hareketi; Bilmece, Anket. V. S.

AYNI DERGİ, Cilt: XIII, Sayı: 73.

Mustafa ÇİNGİR: Öğretmen'e (*Şiir*), A. H: Shakespeare hakkında bir yazı ve iki cevap, Von FLÜGGE'den çeviren Dr. Ekmel ZÂDİL —Safa ERKÜN: Türk Demir Endüstrisinin Kuruluşu üzerinde düşüncəler, Cumhuriyet'ten: Orta öğretime dair alâka uyandıran bir açık mektup, bildirmeler, olup bitenler, Bibliyografya. V.S.

MEMUR VE MUHASİP DERGİSİ. Mayıs: 947, Sayı: 65, krş: 50. 6. ncı yıl yayınlarına devam eden Maliye, Hukuk, Kanun dergisinin bu sayısında yer alan yazılar şunlardır:

«Posta maddelerile telgraf ücretlerinin peşin ödenmesini gösterir yönetmelik„ ; «Kıtalarıyle birlikte hareket eden subayların harcırahları " ; " Subay ve askerî memurların geçici görevleri" ; «Memurun ölümünde yardımın kime yapılacağı" ; "Komisyonların gayri muvazzaf üyelerine ve ehli vukuflara verilecek yevmiyeler" hakkında maliye tamimleri V. S.

AYNI DERGİ. Haziran 947, Sayı: 66

« Mücbir sebeplerle muayyen seyahat müddeti içinde memuriyet mahalline muvasalat edemiyenlerin maaşlarının verilmesi »; «E. cedveline bağlı masraf tertiplerinden ücret alanlara vekâlet ücreti verilmesi» hakkında Sayıştay kararları; «Asgari kazanç vergisi »; » Kazanç vergisi taksitlerinin 1 Temmuz ve 31 Aralık aylarında ödenmesi »;«Kazanç vergisinden muaf tutulacak özel okullar»; «Gayri safi irat üzerinde vergi veren mükelleflerin icar bedelleri» hakkında Maliye tamimleri « 4598 Sayılı kanunun vaizlerede uygulanması »(no: su: 5064) 4178 sayılı Olağanüstü zammın vaizlere de uygulanması» (No: su: 5070); «Genel muhasebe kanununun 83 üncü maddesinin değiştirilmesi »(No: su: 5077); «3659 sayılı kanunda değişilik yapan 4621 sayılı kanunun 6 ıncı fıkrasının değiştirilmesi» (No: su: 5079); « D. D. Y. Memur ve hizmetlilerine ait 4620 ve 5000 sayılı kanuların bâzı hükümlerinin değiştirilmesi » (No: su: 5080); «Kazanç, iktisadî buhran ve muvazene vergisi kanunlarının bâzı hükümlerinin değiştirilmesi» (No: su: 5088); «Şaraplık üzüm bağı yetiştireceklere yapılacak ikraz» (No: su: 5089);« As. Fab. Tekaüt ve muavenet sandığı kanununda bâzı değişiklikler yapılması»(No:su:5094) sayılı kanunlar V. S.

AYNI DERGİ. Temmuz: 947, Sayı: 67.

DERGİ: Yeni tekaüt kanunu hazırlanırken duyduklarımız»; «Veraset ve intikal vergisi kanunu bâzı maddelerinin uygulanması »; «Tahsildara pul aidatı verilmesi»; «Teminat karşılığında tahsili geri bırakılan alacaklara ait gecikme zammı alınması »; «Tahsilat komisyonlarına iştirak edecek belediye üyelerine huzur ücreti verilmesi»; « Para cezasının süre aşımı »; «İtiraz komisyonlarına seçilecek gayri muvazzaf ehli vukuflara verilecek yevmiyeler »; «Hayvan yoklamasında çalışanlara verileck ikramiye»; «Borçlanma suretile ayrıca kesilen % 5 emekli aidatından vergi kesilmemesi » hakkındaki Maliye tamimleri; « Emekli, dul ve yetim aylıklarına zam yapılması hakkındaki 4992 sayılı kanuna ek » (No: su: 5107); « Maden ocaklarında yer altında işçi ücretlerinin kazanç, buhran, muvazene ve hava kuvvetlerine yardım vergilerile damga resminden bağışık tutulması (No: su: 5109) sayılı kanunlar V. S.

AYNI DERGİ. Ağustos, 947, sayılı: 68.

DERGİ: Duyduğumuz küçük haberler ve « Kazanç, buhran, muvazene, Hava kuvvetlerine yardım, Hayvanlar ve Veraset vergilerinde mükellefler tarafından vukua getirilen maddî hatalar » hakkında (No: su: 309); «Köy hizmetlilerinin yeni köy bekçi ve korucularile, telafon, hat ve sağlık korucu ve bekçilerin vergilerinden muaf tutulması» hakkında (No: su: 310); «Asgarî Kazanç vergisi nisbeti: Kazanç vergisi tatbikatında kullanılan defterlerden bâzılarında yapılan değişiklikler » hakkında (No: su: 312); « Belediyelerin işlettikleri otobüs ve kamyon ticarî işlerinin vergilendirilmesi » hakkında (No: su: 313); « Gazete ve Mecmuaların vergi muafiyetinden faydalanamıyacağı » hakkında (No: su: 314) Maliye Bakanlığı Tamimleri, Bibliyografya ve Derginin bundan böyle « Maliye ve Hukuk » adile yayınlanmasına dair Anket yazısı...

ASKERÎ ADALET DERGİSİ. Yıl: I, Sayı: 2.

3. Ayda bir yayınlanan Derginin Nisan 947 de çıkan nüshasındaki yazılar şunlardır.

DERGİ: Askerî Adalet ve Ordunun Genel Ahlâkı; Tuğg. Mu. As. Ad. Yargıç A. TOKSÖZ: Teftiş ve Tenkit Konusu; As. Yargıtaydan bir Komisyon: Usule ait kısım (Tenkid); Tatbikata ait kısım(Tenkid); Genel kurul İnanları; İnançları birleştirme; Kısa Kanun Bilgileri..

İDARE DERGİSİ. SAYI: 188, Krş. 100.

İçişleri Bakanlığınca iki ayda bir yayınlanan Derginin 947 yılı Eylûl—Ekim aylarına ait nüshasında çıkan yazılar aşağıda görülenlerdir:

TETKİKLER:

İlhami ERTEM: Uyuşmazlık mahkemesinin bir kararı üzerinde düşünceler; Taki GÜRKÖK: Köylerin Ekonomik faaliyetleri; Vâlâ KURTİZ: Amerika'da gezi notları; Ziya OĞUZ: Kuzey Anadolu Gezisi; Rağıp ÖĞEL: Memurlukta Tâyin, Tahvil ve ayrılma; Fahri TOKMAKÇIOĞLU: İmece Nedir?;

TERCÜMELER:

İzzettin ERAYDIN: Amerika Birleşik Devletlerinde memleket idaresi ve Particilik; İzzettin ERAYDIN: İngiltere'de (Common Law) a göre polis yetkileri;

FİKİR HAREKETLERİ:

H. BERKSUN: Muhtelif Memleketlerde Âmme menfaatleri namına istimlâk; Kemal VARINCA: İdarî Coğrafya Nedir?

YABANCI MEVZUAT:

İtalya Seçim Kanunu; İsviçre Memurları Yargılama Usulü Kanunu;

İDARÎ COĞRAFYA:

Şükrü YARIMOĞLU: Alaca İlcesi...

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ. Sayı: 11, Kr. 50.

Kıymetli Hukuk Dergisinin 947 yılı Kasım ayına ait bu nüshası da aşağıda yazılar ve seçme karar ve sair ile yayınlanmıştır.

Avukat FrikŞevket RUMELLİ. Defi' ve katı davası; Avukat Volf ÇERNİS: 4727 Sayılı kanunun şümulüne giren çocuklar hakkında; Bedi KARAORMAN: Mesuliyeti Tekâmülü (Terceme); Avukat Dr. Necmeddin BERKİN: Usul Hukukunda senetlerin delil kuvveti; İçtihatlar, Yargıtay genel ve özel Kararları; Meslek Haberi;..

Kâzım DERELİ.

İsviçre Federal Mahkeme Kararları

SATIM. ALICININ TEMERRÜDÜ.

Satış bağıtında satılan malın bir itibar mektubunun verilmesine mukabil teslim edileceği şart edilmiştir. Müşteri kendi borcunu ifade temerrüt etmiştir.— Satıcı bağıtın yerine getirilmemesinden doğan zarar ve ziyandan dolayı müşteri aleyhine icra takibine girişmiştir.— Müşteri bu takibe itiraz etmiştir.— Satıcının talebi, bağıtı feshettiğini derhal müşteri bildirmediğinden dolayı mahkemece bertaraf edilmiştir. — Federal Mahkeme satıcı tarafından yapılan müracaatı kabul eylemiştir.— Çünkü takip talebi hem müşteriye ihtarı, satıcının bağıttan rücu eylediğini tazammun eder.

IBK 214, *TBK* 211

1. *Bir satış bağıtında satılan malın ancak semen ödendikten sonra veya semenin ödenmesi ile aynı zamanda teslim edileceği şart edilmişse daha önce ihtarda bulunarak müşteriyi mütemerrit hale koymuş olan satıcı onu derhal haberdar etmek suretile bağıtı feshedebilir (bir itibar mektubunun verilmesi tediye hükmündedir.)*

Satıcının akdi derhal feshetmek hususundaki bu selâhiyetinden istifade etmemesi şu neticeyi doğurur: satıcı müşteriye yeniden ihtarda bulunmak ve akitten rücu ettiğini derhal müşteriye ihbar etmekle mükellef olur. Meğerki bağıtın ifasını talep eylesin ve gecikmeden dolayı zarar ve ziyan istesin.

2. *Bağıtın yerine getirilmemesinden doğan zarar ve ziyanın ödenmesi için tebliğ edilen bir ödeme emri, hem müşteriye karşı borcunu yerine getirmesi için bir ihtarı, hem de satışın feshi hususunda bir ihbarı tazammun eder.*

Schweizerische Strohhandelgesellschaft— Holsstein, 27 *Eylûl* 93.

JDT 1919 *s.* 184

Bernde Stohhandel gesellschaft (budan böyle S. harfi ile gösterilecektir). Almanyada Weissenfels' de Hollstein ticarethanesine

beş vagon sepetli ve üç vagon sandık portakalı satmıştır. Müşteri üç vagon sandık portakalının bedelini ödememiştir. Şöyleki, satıcı şirket, bağıtın icra mahalli olan İsviçrede Bal şahrinde üç vagon portakalı müşterinin emrine tahsis ettiği halde müşteri itibar mektubunu mukavelede kararlaştığı gibi satıcıya göndermemiştir. Satıcı bu mektubu müteaddit defalar talep etmiştir. Gerçekten satıcı daha 13 ocak 1917 tarihli posta kartında, vaki gecikmeden doğabilecek bütün zararlardan müşterinin mesul olacağını da bildirerek tediye talebinde bulunmuştur. Davalı müşteri, Frankfort mahreçli ve 18 Ocak tarihli cevap telgrafında, Alman hükümetinin aldığı yeni bir kararla Almanyaya portakal it'halının men edildiğini ve daha evvelce ithal edilen 5 vagon portakalın da müsadere edildiğini bildirmiştir. Satıcı aynı günde mahkemeye müracaatla müşterinin İsviçrede Şafuz'da ikamet eden bir kimsedeki alacağı üzerine ihtiyati haciz koydurmuştur. İhtiyatî haciz, müşterinin borcunu ifa etmemesinden satıcı için doğabilecek muhtemel zarar miktarı olan 2000 frank için vaz edilmiştir. İhtiyati haczi takiben yapılan icra takibine karşı müşteri itirazda bulunduğundan, satıcı işbu davayı açmış ve ihtiyati haczin devamını ve müşterinin 2000 frank tediyesine mahkûm edilmesini talep etmiştir. Dava arzuhalinda davacı, uğradığı zararın 6600 frank tuttuğunu, çünkü sandık portakallarında her sandık başına 5,5 frank kazançtan mahrum kaldığını, bununla beraber kendi satıcısına karşı borçlu olduğu tazminat miktarını talep etmekle iktifa ettiğini bildirmiştir.

Davalı müdafaası zımnında şu iddiaları serdetmiştir: portakal ithal edilmesini men eden karar, bağıtın ifasını, yani malların kabzını imkânsız kılmıştır. Bundan başka, daha önce teslim edilen portakallar çürümüştür. Bu itibarla davalı yeni teslimatı kabulden imtina edebilmelidir. Esasen davacı hiç bir zarara uğramamıştır. Gerçekten bir zarara uğramışsa bunun sebebi doğrudan doğruya kendi kusurudur. Nihayet, davacı bağıtı ifa etmesi için kendisine bir mehil vermemiştir.

B. Şafuz ilce mahkemesi, davacının davasını Borçlar kanununun 107 (T.C.K) ve 106 214 (211) maddeleri hükümlerine uygun hareket etmemiş olmasından dolayı reddetmistir. Şafuz istinaf mahkemesi 12 nisan 1918 tarihli kararı ile bu ilâmı teyit etmiştir. İstinaf mahkemesinin gerekçesi şudur: davacı 1917 yılı 11 ocak tarihinde portakalları gereği gibi davalıya teslim teklifinde bulunmnştur. Davalı malı teslim almaktan sebepsiz yere imtina etmiştir. Almanyaya porta-

631

kal ithalini men eden karar, bu bağıt hükmünü yerine getirmeği imkânsız bir hale koymamıştır. Çünkü malın İsviçrede Bal şehrinde teslimi şart edilmişti. IBK 214 (211) maddesine göre, artık 107 [106] maddeye göre bir mühlet verilmesine hacet yoktur. Buna mukabil davacı 214. madde (211) nin 2. fıkrasına riayet etmemiştir, yani bağıtı feshetmek hakkını kullanmak niyetinde olduğunu davalıya ihbar etmemiştir. Bu sebepten dava reddolunmakdır.

C.—S. şirketi bu karar aleyhine Federal mahkemeye baş vurmuştur. Davacı kanton mahkemesi önünde ileri sürdüğü iddiaları tekrarlamış, BK. 214 (211) maddenin ikinci fıkrasında derpiş edilen ihbarın yapılmaması keyfiyetinin sadece diğer akide tazminat vermek mükellefiyetini doğurduğunu (Fick, Borçlar kanunu şerhi mad. 214 N. 14), lâkin bağıttan rücu etmek hakkının sukutunu mucip olmadığını ifade etmiştir. Davacıya göre müşterinin 18 ocak 1917 tarihli ret cevabı akdi fesh için bir ihbarda bulunmaktan kendisini esasen azade kılmıştır.

Davalı, müracaatnı reddini ve kanton mahkemesi kararının tasdikini istemiştir. Federal mahkeme kanton mahkemesi kararını iptal ederek yeniden karar vermesi için dosyayı mahallî mahkemeye iade etmiştir.

Karar:

1. Davalı müşteri, münazaalı portakalları tesellüm etmekten kaçınmasını makbul bir sebebe istinat ettiremez. Hususuile Alman hükümeti tarafından alınan idhalâtın men'i kararını ileri süremez. Bağıt hükmüne göre müşteri satılan malı Bal şehrinde tesellüm etmesi lâzımdı. Bu itibarla memnuniyet kararına rağmen borcunu yerine getire bilirdi. Demek oliyor ki portakalları sebepsiz olarak kabulden imtina etmiştir. Davacı tarafından bedeli ödemesi için kendisine yapılan ihtar onu mütemerrit duruma düşürmüştür.

Bundan başka, itibar mektubunu vermesi hususunda davalıya yapılan ihtar, semenin ödenmesi bakımından kendisini mütemerrit duruma koymuştur. Vakia itibar mektubunu (lettre de crédit — Akkreditiv) ve semen kavramları birbirini tamamile tenavül eden terimler değildir. —zaten semen tamamile tesbitte edilmiş değildi.— Fakat itibar mektubunun karşılığı, semene mahsup edilecekti. Bu bakımdan itibar mektubunun verilmesi, bir taksitin ödenmesine muadildi. Davalının bu itibar mektubunu yollamamış olması ve davacının bu hususta bir ihtarda bulunmuş olması, davacıya BK. 107,

106 ve 214. (211) maddelerde yazılı hakları bahşetmiştir. Davacı, borcun yerine getirilmesi hususunda davalıya bir mühlet vermeğe mecbur olmaksızın, 214, (211) maddenin kendisine verdiği intihap hakkına malik bulunuyordu. Buna mukabil, bağıttan rücu etmek niyetinde idise — ki tuttuğu yol bu niyetini açıklamaktadır— bu niyetini derhal müşteriye haber vermesi lâzımdı. Şu halde davacının bağıtı feshetmek iradesini izhar edip etmediğini, etmişse ne zaman ettiğini araştırmak lâzımdır.

Kanton istinaf mahkemesi 13 Ocak 1917 tarihli postakartının bir fesih beyanını ihtiva etmediğine haklı olarak kanaat getirmiştir.: Davacı, bilâkis bu kartta bağıtın yerine getirilmesini talep ediyor ve gecikme sebebile zarar ve ziyan istemek hakkını mahfuz tutuyordu. Buna mukabil, ihtiyatî haciz talebinin feshi ihbar mahiyetinde olup olmadığının düşünülmesi lâzımdır. Bununle beraber bu mesele muallakta bırakılabilir. Çünkü (bağıtın icra edilmemesi) sebebile doğan zarar ve ziyanın ödenmesi için takip talebinde bulunması, satıcının bağıtı fesheylediği hususunda aıu bir ihbar teşkil eder.

Fakat bu ihbar beyanının muteber olması için, müşterinin temerrüt haline konmasından veya borcunu yerine getirmesi hususunda kendisine yapılan ihtardan sonra derhal vâkı olması lâzımdır. İtibar mektubunun gönderilmesi için çekilen telgraflar ve 15 Ocak tarihli posta kartı bu şartı haiz değildi. Bununla beraber akdi feshetmek hususundaki ihbarın ihtarlardan sonra derhal yapılmamış olması, davacının sonradan bağıtı feshetmek salâhiyetini ref etmez. kanton mahkemesine göre 214 (211) maddenin 2. fıkrasındaki hükmün gayesi, satıcının müşteri aleyhine spkülasyonda bulunmasını önlemektir. Bu görüş doğrudur. Fakat bundan, satıcı ilk ihtardan sonra müşteriye akdi feshetmek niyetinde olduğunu bildirmediği takdirde fesih hakkını tamamile kaybettiği neticesi çıkarılmamalıdır. Satıcı borcunu yerine getirmesi hususunda müteriye ihtarda bulunduktan sonra akdi feshedeceğini ona derhal bildirmezse bunun neticesi basittir: Satıcı, bir seçim hakkına maliktir: Ya akdin ifasını talepetmek ve gecikme sebebile zarar ve ziyan istemk yahut müşteriye yeniden ihtarda bulunmak ve 214 (211) maddenin kendisine verildiği salâhiyeti kullanmak hususunda serbesttir. Bu hal sureti kanunun vaz'ı hikmetine (yani ratioleğis'e) uygundur. Borcu ifa etmesi hususunda kendisine yeniden yapılan ihtar; müşteriye, borcunu ifa suretile, satıcının mühtemel bir spekülasyonuna mâni olmak imkânını verir.

Zaten hakkaniyete uygun düşen hal sureti de budur. Aksi takdirde basit bir merasimin yerine getirilmemesine, bağıta riayetsizliği sebebile kendi kendisini kötü duruma düşüren âkidin lehine olarak, hakkın sukutu gibi pek vahim bir netice izafe edilmiş olurdu. Yine aksi hal suretini kabul etmkle, daha bir müddet sabretmesi mümkün olan satıcı, ilk ihtardan sonra hakkını bütün şiddetile kullanmağa zorlanmış olurdu.

Bu davada davacı akdi fesih hususundaki ilk fırsatı ihmal ettikten konra ihtarını yenilemiştir. Müşteriye tebliğ ettirdiği takip talebinin yeni bir ihtar teşkil ettiğine şüphe yoktur. satıcı akdi feshettiğini aynı zamanda, yahut kanunu ifadesile (derhal) beyan etmiştir. Çünkü—daha önce de belirttiğimiz gibi—bir bağıtın yerine getirilmemesi yüzünden hasıl olan zararın tahsili için yapılan takip, takipte bulunan alacaklının akdi feshetme ihbarını tazammun eder.

2. Bu mülâhazalardan anlaşıldığı gibi bir zarar ve ziyan davasının şartları, şekli bakımdan mevcuttur. Esas şartlara gelince davanın bu safhasında bu şartlarında tahakkuk ettiğine hükmetmek mümkün değildir. Davalı, davanın esasına itiras etmiştir: bir zararın vucudunu inkâr etmiş ve ilk teslim edilen portakalların bozuk olması keyfiyetine dayanarak bazı mühtemel iddialarda bulunmuştur. Fakat kanton mahkemesi bu müdafaa sebeplerini incelememiştir. Şu halde tahkikatı tamamlaması ve henüz münazaalı hususlar hakkında hüküm vermesi için dosyayı kendisine iade eylemek lâzımdır.

Hizmet Akdi

Bir ticarethane işlerinin kötü gitmesi yüzünden işçilerinden birisine yol vermiştir. — Bu hal hizmet bağıtının feshi için haklı bir sebep sayılmıştır. — Fakat işçinin bu yüzden uğradığı zararın âkitler arasında taksimine hükmolunmuştur.

İBK. 352, 353, TBK (344, 345)

Bir ticarethanenin servislerinden birisi iktisadi durum yüzünden zararına çalışmak vaziyetinde kalırsa bu hal, o servisi idare etmek üzere tutulan işçi ile hizmet akdi yapıldığı sırada işlerin kötü gideceğini tahmin edemeyen iş veren için akdi fesih hususunda haklı bir sebep teşkileder.

Böyle bir halde her iki taraf, hizmet akdinin sona ermesi için muayyen zamandan önce akdin feshinden doğan zarara tahammül etmelidir. Lâkin işveren, fesih sebebi kendisine ait şahsî olaydan ileri geldiği takdirde bu zararın en büyük kısmını üzerine almalıdır.

Bayan Bessé —*Schweizer ve ortakları*, 11 *Ekim* 1918
JDT 1919 *s.* 189

Şimdi Zürich'te ikamet eden davacı bayan Berta Bessé, 1913 yılındanberi davalı Lüsern'de Schweizer ticarethanesinin hizmetinde dikiş ve şapka aiölyelerinin müdiresi sıfatile çalışmaktadır. 15 ocak 1918 tarihinden itibaren ayda 500 frank ücret almakta; bundan başka idare ettiği atölyelerin satışlarından yüzde yarım komisyon, ve atölyelerin safi kârından yüzde 5 almaktadır. Bu sözleşme 1915 yılı sonuna kadar devam edecek, taraflardan hiç birisi 31 aralık 1915 tarihinden altı ay önce feshi ihbar etmezse 2 yıl müddetle kendiliğinden yenilenmiş olacaktı.

Taraflardan hiç birisi akit dairesinde feshi ihbar etmemiştir. Ancak davalı ticarethane 30 kasım 1915 tarihinde hizmet akdini 30 mayıs 1915 tarihi için, ve 6 mart 1916 tarihinde müteakip gün için feshetmiştir. Davalı şirket, ilk fesihte mucip sebep olarak altı ay önce yapılmak şartile feshin her an ihbarına cevaz veren bir şifahi anlaşma yapıldığını iddia ediyordu. Akti ikinci defa fesherken BK 325 maddeye istinat etmiştir. Davacı, davalının müessesenin şeflerinden biri olan Bay S. gi tahkir ettiğini, bir çok defa işine geç geldiğini bâzı defa cumartesi öğleden sonra hiç gelmediğini, bir çok defalar telefonla uzun uzun hususi konuşmalar yaptığını ve bu esnada müstahdemleri bürodan çıkardığını ve nihayet malî durum dolayısile 25 Mayıs tarihinden itibaren dikiş ve şapka kısımlarını tasfiye zaruretinde kaldığını iddia etmiştir.

Davacı, 1917 aralık sonuna kadar ücret olarak 11000 frank buna ilâveten komisyon ve kâre iştirak hissesi olarak 2000 frank, maddi ve manevi zarar olarak 3000 frank talep etmiştir. Davalı 1 marttan 7 marta kadar üçret ve komisyon tutarı olarak 480 frank vermek teklifinde bulunmuş ve davanın reddini istemiştir.

İlk derece mahkemesi davalıyı 5480 frank, kanton mahkemesi ise 3480 frank ödemeğe mahkûm etmiştir.

Davacı Federal mahkemeye müracaatla hiç olmazsa ilk derece mahkemesi tarafından tesbit edilen miktara iblâğını istemiştir. Fe-

455

deral mahkeme müracaatı kısmen kabul ile tazminat miktarını 4480 frank'a iblâğ eylemiştir.

Karar.

1. Davalı, feshi haklı göstermek için şu üç sebebi ileri sürmüştür: istediği zaman akdi fesih hususunda haiz olduğu selâhiyet, davacının işlediği kusurlar ve nihayet işlerini daraltmak zorunda kalması.

a) Davalıya altı ay önce yapılacak bir ihbarla her hangi bir zamanda feshetmek selâhiyetini veren bir sözleşme ile ilk bağıtın 15 haziran 1915 tarihinde tadil edildiği sabit olmamıştır. Bu itibarla davalının 31 mayıs 1916 tarih için akdi feshetmek hakkı yoktu. Sözleşme iki yıl müddetle zımni olarak yenilendiğinden ancak 31 aralık 1917 tarihi için akdi feshedebilirdi.

b) Davacıya isnat edilen muhtelif mahiyette kusurlara gelince; ilk derece mahkemesi bunlara, bağıtı derhal feshetmek selâhiyetini veren haklı sebepler önem ve değerini izafe etmemiştir. Bu noktada mahallî mahkemelerin görüşüne iştirak etmek yerinde olur. Çünkü bahis mevzuu olan şeyler, münferit ve pek ehemmiyetsiz hâdiselerdir. Genel olarak dauacının vazifesini özenle yerine getirdiği kabul olunabilir.

c) Geri ve üçüncü sebep kalıyor:davalı, davacının idare ettiği iki kısmının artık gelir getirmez olduğunu ve ilerde de durumda bir düzelme ümidi bnlunmadığını ispat etmiştir. Diğer taraftan; akit yapıldığı sırada davalının, bu iktisadi durumu tahmin etse veya tahmin edebilseydi davacıyı işe almayacağını veya hiç olmazsa bu kadar uzun bir süre için işe almıyacağını kabul etmek lâzımdır. Akdin zımni olarak tecdidi hususunda da ayni şey söylenmelidir. Çünkü o tarihte 1915 yılının elverişsiz malî sonuçları henüz öğrenilmemişti. Şüphe yokki davalı, dikiş ve şapka kısımlarından kâr etmeği düşünüyordu. Kâr etmek imkânsızlaşınca bu gayede ortadan kalkıyordu. Şu halde davalı BK. 352 (344) maddesi hükümlerine göre bağıtı idame ettirmemek ve onu derhal feshetmek hususunda haklı bir sebebe istinat edebilir.

2. Fakat bu feshin hukuki sonuçlarını tayin etmek lâzımdır.

İşçinin kusurundan ileri gelen bir sebeple akit feshedildiği zaman, iş veren mesuliyetten tamamile sıyrılmaktadır. Fakat burada durum böyle değildir. Çünkü bağıtın devamını imkânsız kılan

durum; BK. 119 (117) maddedeki manasile davalının borcunu iskat eden ifade imkânsızlık değildir. Hizmetlerin bedelini ödemek imkânsızlaşmamıştır. Diğer taraftan, davacı akdin ifası halinde elde edemiyeceği menfaatı dava edemez. Çünkü bu takdirde akdi fesih hakkı tamamile hayali bir mahiyet alır. Nitekim 353 (345) madde ancak taraflardan birisi akdin şartlarına aykırı hareket ettiği zaman (zaman tamamile tazmini) nden bahsetmektedir. İsviçrenin temerrüdüne taallûk eden 322 (325) madde hükmü de burada tatbik edilemez· Çünkü bu hadisede temerrüt borcun ifasından kesin bir surette imtina halini almıştır. Bu hadise daha ziyade BK 352 (344) maddesinin 2. fıkrası bakımından mütalâa edilmelidir. Bu fıkraya göre yargıç vaktinden önce vâki feshin malî netieelerini tâyin ed erken durumu ve mahallî âdeti nazarı itibare alır. Şu halde taraflardan birisinin mahsus kusurnna isnat edilemediğine göre, zarar tarafların her ikisine de tahmil edilmeli ve aralarında paylaştırılmalıdır. Bununla beraber, zararın sebebi, iş verenin şahsına taallûk eden bir durumdan ileri geldiğinden, fesihten mütevellit zararlı neticelerin en büyük kısmını ona yüklemek lâzımdır.

Akdin sona ermesine daha 21 ay vardı. Bu sebepten davacı, komisyonlar hariç dahâ 11000 franklık bir kazanç elde edebilirdi. Fakat fesih sebebile serbest kaldığından çalışma gücünden istifade etmesi için elinden geleni yapması lâzım gelirdi. 1917 yılı sonuna kadar önemli meslekî kazançlar elde edememişse bunun bilhassa kendi hesabına yerleşmek niyetinde olmasından ileri geldiği anlaşılıyor. Bundan dolayı davacıyı tenkit etmek mümkün değildir. Çünkü Zürich'te hayatın pahalı olduğunu görerek Lüsern'de bir ticarethane açmak suretile hayatını daha eyi kazanacağını ummuştu. Fakat davacı bu tahmininde aldanmıştır. Bu şartlar altında ve başka bir hal suretini haklı gösteren mahallî bir âdet de bulunmamasına göre, kanton mahkemesinie yaptığı gibi, fesihten doğan zararın, yarısından ziyadesini davacıya bırakmak mümkün değilir. Bu itibarla hükmolunan tazminat hak ve nisafet dairesinide 1000 frank daha ilâve etmek ve bu suretle elne edilen 4480 frangın 24 mart 1916 tarihinden itıbaren yüzde beş faizile davalı aleyhi hükmetmek lâzımdır.

Gayrimenkul Satışı Şekil Meselesi

Bütün serveti bir gayrimenkulden ibaret olan bir anonim şirket, bütün hisse senetlerini (aksiyonlarını) satmak suretile bu gayri menkulü satmıştır. Gayrimenkul satışları için riayeti mecburî şekilde yapılmamış olmasına rağmen, bu satış muteber sayılmıştır.

İBK. 20, IMK 657 (IMK).

1. *Bir gayri menkulün maliki olan bir anonim şirketin; bizzat bu gayrîmenkulü satacağı yerde, malik olduğu bütün hisse senetlerini satmak suretile, bu gayri menkul mülkiyetini devretmekten ve bu devir muamelesi için kanunun derpiş ettiği intikal harcını vermekten kurtulması caizdir.*

Bir gayrimenkul satışının güttüğü aynı iktisadî amacı takip etmesine rağmen böyle bir satış muamelesi gayrimenkul satışı için konmuş şekil şartlarına tabi değildir.

Olaylar:

Davalı 19 arlık 1913 tarihinde Cenevrede müteahhit F. ,Astars gayrimlnkul şirketine ait binanın cam ve tahta pencere kapaklarını yaptırmak işini davacı müteahhit R. ye havale etmişti. Bu işlerin bedelinin yarısı nakden ödenecektir. Diğer yarısı için hususî bir tesviye tarzı kabul edilmiştir. Şöyleki: F., 3868 parsel sayılı gayrimenkule sahip olan Arbousier anonim şirketinin bütün hisse senetlerini 4500 frank mükabiliude R. ye satmağı taahhüt etmiştir. R. cam ve çerçeve işinden mütevellit alacak bakiyesini bu satış bedelinin ilk taksiti ile takas ederek, geri kalan kısmı 31 aralık 1919 tarihinden önce F. ye ödemeyi kabul etmişti. Satış bedelinin bütün taksitleri ödeninceye kadar F.,şirketin hisse sen etlerinin tek müdür ve maliki olarak kalacaktı. Kendi ifadesine göre F., sözü geçen gayrimenklün intikal harcını vermeden satabilmek için şirket hisse senetlerini bu gayrimenkulün değerine tekabül edecek miktarda ihraç etmiştir. Esasen anonim şirketin sahipleri F. ve ailesinden ibaretti. Hisse senetleri de yazı makinesile yazılmıştı.

Temmuz 1914 tarihinde F., mükerrer işi görmesi için gereken hazırlıkları yapmasını A. Ya ihtar etmiştir. 19 Eylûl 1914 de F. , Mükerrer işi görmesi hususunda R. Ye yeniden ihtarda bulunmuş,

aksi taktirde başka bir mütaahhide müraacat ededeceğini bildirmiştir. R. Zarar ve ziyan istemek hakkını ve 9 Eylûl 1913 tarihli bağıttan doğan haklarını, ezcümle Arbousier şirketinin hisse senetlerinin şirası ile ilgili haklarını mahfuz tutuğunu ilâve etmiştir.

B.—F. , 18 Ocak 1918 tarihli dava arzuhali ile R. Den:

1—31 Aralık 1914 den itibaren yüzde beş faizi ile birlikte A. Anonim şirketinin hisse senetlerinin bedeli olan 4500 frangı,

—Taahhüt ettiği işleri ifa etmemesi hasebile zarar ve ziyan olarak 6 Ocak 1917 tarihinden itibaren yüzde beş faiz ilâvesile 1000 franga mahkûm edilmesini istemiştir.

Davalı şu yolda müdâfaada bulunmuştur: Kendisi bâzı masraflardan dolayı 241 frank alacağının tahsilini mukabil dava olarak dava etmektedir. Mükerrer işlerin görülememesi kendisine isnat edilemiyen, harb durumendan ileri gelen sebeplerin neticesidir. Mücbir sebepten ileri gelen imkânsızlık hisse senetlerini satın alma borcunu da iskat eder. Bundan maada hakikatte bahis mevzuu olan hisse senedi satışı değil, bir gayrîmenkul satışıdır. Bu satış ise resmî şekilde yapılmadığı için hükümsüzdür (İMK 657 TMK).

C. Mahallî mahkeme:

1, Akdin icra edilmemesi sebebile davacının uğradığı zarar ve ziyanın tesbiti ,

2 — Tarafların hesaplarını tetkik etmek.

Maksadı ile ehli vukuf tâyin etmiştir. Vukuf ehli davacının zararını 9 frank ve davalının alacağını 282 frank olarak tesbit etmiştir.

Mahallî mahkeme R. yi 31 aralık tarihinden itibaren yüzde beş faizi ile birlikte 4200 frank ödmeğe, F. yi de 272 frank ödemeğe mahkûm eyledi ve 4400 f. franktan 272 frangı F. nin borcu olan 272 frank ile takas eyledi.

D. — Cenevre istinaf mahkemesi mahallî mahkemenin kararını tasdik eyledi. Ancak R. nin borçlu olduğu paranın şirket hisse senetleri kendisine teslim edilmek şartı ile ödeneceğini tavzih suretile sözü geçen hükmü tamamladı. İstinaf mahkemesinin kanaatince hâdise, alelâde bir hisse senedi satışıdır. Ve bu satışta müşteri bedeli ödemek borcundan başka olarak bâzı işleri görmeği taahhüt etmiştir. Mukarrer işleri görebilecek durumu hazırlayabil-

mek davalıya düşüyordu. Akdin kendisi için faydalı olan kısmından feragat etmekle akdin diğer kısmını ifa etmek mükellefiyetinden kurtulamaz.

R. bu karar aleyhine Federal mahkemeye müracaat etti. Federal mahkeme bu müracaatı ret etti.

Karar:

1. Federal mahkeme akdin ifasında imkânsızlık olduğu iddiasını ret etmiştir (hulâsa olarak kaydediyoruz).

2. Davalı hakikatte bir gayrimenkul satışı bahis mevzuu olduğunu, medeni kanununun 657, 634 maddesine göre gayrimenkul mülkiyetini nakle hadim mukavelelerin ise ancak resmî şekilde tanzim edildiği zaman muteber olacağını, hâdisede bu şekle riayet edilmediğinden satışın bâtıl olduğunu iddia etmektedir. Fakat bu iddiası nazarı itibara alınamaz.

Davacının, Konton hukukunda gayrimenkul mülkiyetinin devir ve intikalî için tesbit edilen harcı ödememek maksadile gayrımenkul mülkiyetinin devri için gerekli şekle riayet edeceği yerde A. anonim şirketinin bütün hisse senetlerini davalıya sattığı doğrudur. Fakat buna bakarak bu muameleyi, medenî kanuna karşı saymak hiyle istimal etmek için yapılmış muvazaalı bir gayrimenkulün satışı saymak doğru değildir. gayrimenkul mülkiyetini devri için tapu siciline tescil şart olduğuna göre (medeni kanun 656, Tın 634), bütün serveti bir tek gayrımenkulden ibaret olan bir anonim şirketin bütün hisse senetlerinin başka bir kimseye devredilmesi, bu gayrimenkul mülkiyetinin intikalı üzerine müessir değildir. Gayrimenkul, evvel ve âhir, şirketin malıdır. Şüphe yokki şirketin bütün aksiyonlarının (hisse senetlerinin) davalının elinde bulunması iktisadî bakımdan onu, tapuda gayrimenkul kendi adına tescil edilmesinden doğacak duruma benzer bir duruma koyar. Fakat bu, nihayet bir benzeyişten ibarettir. . Davalı, hisse senetlerini satın almakla gayrimenkul üzerinde bir aynî hak iktisap etmiş değildir. Davalı o şeyde serbetçe tasarruf edemez., Medeni kanun 641, 618 maddenin şeyin malikine tandığı himayeden faydalanamaz. gayrimenkul üzerinde ancak hissedar sıfatı ile (yani aksiyoner sıfatile) malik olduğu haklar mücibince ve ancak bu haklar nisbetinde tasarruf edebilir. Hissedar sıfatile, tapuda müseccel malikin mâruz bulunmadığı tehlike ve hasara mâruzdur. Demek oluyor ki gayrimenkulün iktisabı ile bu gayrimenkulün kıy-

metini temsil eden hisse senetlerinin, biribirinden farkı iki hukukî muameledir. Şu halde davalı, anonim şirket hisse senetlerinin iktisabı ile elde edeceği haklarla iktifa ettiği takdirde kendisine gayrimenkul satışına merbut merasim ve masraflardan kurtulmak imkânını veren bu yolu seçmekte serbesttir. Taraflar gayrimenkul mülkiyetinin devrinden vaz geçtiklerine göre, du devir muamelesi için gerekli şekil ve merasime riayet etmediklerinden dolayı kendilerini kınamak mümkün değildir. Hisse senetlerinin satışından doğan iktisadi neticenin benzerliği· hisse senetleri satışının, gayrımenkul satışının sıhhati için konmuş şekillere tabi olduğu neticesine isal edemez. Tarafların yanlış olarak (gayrimenkul mülkiyetini nakle hadim) ve gayrımenkulü almak mükellefiyetini doğuran bir muameleden bahsetmeleri önemi haiz değildir. Hisse senetleri satışının hedef ve şümulünü tâyın için tarafların kullandıkları yanlış tâbirler esas tutulamaz. Hisse senetleri satışının mevzuu elbette gayrımenkul mülkiyetinin nakli olamaz.

18 Şubat 1916 tarihli bağıt ile Almanyada Frankfurtta B. S Şirketi, İsviçrede Cossonay kasabasında A G. şirketine, ayda 30 ilâ 50 ton miktarında kurşun satmıştır. Akdin süresi altı aydır. Malın Cossonay istasyonunda masrafsız teslim edileceği şart edimiştir. Semen, teslimatı takip eden ayın sonunda verilecektir.

29 temmuz 1914 tarihinde Alman B. S Şirketi Belçikada muayyen bir maden ocağından yolladığı 202 kurşun somun ile birlikte bir fatura irsal etmiştir. Bu faturada matbu olarak şu ibare vardı: (Seden Ihnen für Ihre Rechnung und Gefahr=Sizin hesabınıza ve hasar size ait olmak üzere gönderilmiştir).

Satılan mal davalı İsviçre şirketine vasıl olmamıştır. Bu şirket, sözü geçen malın bir Alman şirketi tarafından gönderilmesi hasebile fransız askerî makamları tarafından Delle şehrinde müsadere edildiğini öğrenmiştir. Bu kurşunların İsviçreye ithal edilmesi için yapılan bütün teşebbüsler neticesiz kalmıştır. Bunun üzerine İsviçreli şirket 29 temmuz 1914 tarihli faturanın Alman şirketi tarafından talep edilen bedelini ödemekten imtina etmiştir.

Davacı 4820 frank tutan fatura bedelinin tahsilini dava etmiştir. Davacıya göre malın hasarı yollama anından itibaren müşteriye geçmiştir. Davacı bu hususta Alman medeni kanunun hükümlerine ve faturada yazılı (sizin hesabınıza ve hasarı size ait olmak üzere) matbu cümlesine dayanmaktadır.

Davalı şirket davnın reddini istemiş; bu talep hadiseye İsviçre kanununu tatbik eden kanton mahkemesinde kabul edilmiştir.

Davacı kanton mahkemesince Alman kanunun tatbik edilmemesinde isabet olmadığından, esasen İsviçre hukukuna göre de davasınıu haklı bulunduğundan bahisle işbu hüküm aleyhine Federal mahkemeye baş vurmuştur.

Federal mahkeme davacının bu müracaatını ret etmiştir.

Karar:

1.Hadiseye tatbik edilecek kanunu tayin meselesinde, Federal mahkeme şu esası kabul etmiştir: bir bağıtın, hususile bir satış bağıtının neticeleri, tarafların bu neticeleri, kendisine tabi kılmak istedikleri veya tatbik edilcceğini makul bir surette tahmin edebildikleri kanun ahkâmına tabidir. Şu halde tarafların hilâfını arzu ettiklerine dair bir alâmet olmadıkça akdi münasebetlerine esas olarak zımnen kabul ettikleri kanun, akdin ifa mahallinde cari kanundur. (Federal mahkemenin bu husustaki içtihadı müstakardır. Ezcümle şu kararlara bakınız: Resmi kararlar Dergisi ki bu dergi R O harfleri ile gösterilmek adetti. Almanca neşriyatta ise EBG ile gösterilir: RO 40 II S. 206, 41 II S. 594, 431 II 329). Şu halde Federal mahkemenin bu müstakar ve değiştirilmesi için bir sebepte olmıyan içtihadına göre, bu hadisede akdin ifa mahallinin neresi olduğunu tayin etmek lâzımdır. Davanın esası hakkında tatbik edilecek kanunu tayine müteallik olan bu meseleyi müste'hire, hâkimin kanunu (lex fori) olması itirile İsviçre kanuna göre halledilmelidir (aksi takdirde fasit bir daireye düşmek tehlikesi vardır). Akdin, malın teselim mahalli olan Cossonay, da ifa edileceğine şüphe yoktur. Başka bir mahalden vâkı satışta nakil masrafları satıcıya ait olsa bile akdin ifa mahalli malın varma yeri ile mutlaka aynı yer olmak icap etmez (ifa mahalli ile varma yeri, Erfüllungsort ile Bestimmungsort arasında fark için bak Oser: madde 74 şerhi N. III ve Becher madde 74 şerhı N. 2-6). Fakat bu hadisede tarafların müşterek maksadına göre Cossonay'ın sadece malın varma yeri olduğu ve akdin başka bir mahalden icra edileceğini kabul etmek imkânsızdır. Bir kere şu noktaya dikkat etmek lâzımdır. Bedel ancak malın Cossonay'da teslimini takip eden ay sonunda ödenecetir. Bu hal, aktin ancak teslim anında ve teslim mahallinde ifa edilmiş sayılacağı hissini uyandırıyor. diğer cihetten, aktin Cossonay, dan başka nerede icra edileceği de anlaşılamıyor. Akdin ifa mahalli her halde satıcının Almanyada Frank-

furtta ki ikâmetgâhı değildi. Çünkü Frankfurtta satılan kurşunun teslimi maksadile tesisat ve depolar yapılmış değildi. Nitekim faturadan anlaşıldığına göre, mal doğrudan doğruya madenden yollanmıştır. Diğer cihetten, akdin ifa mahalli kurşun madeninin bulunduğu yerde değildir. Zira satılan menşeini asla tavzih ve tayin etmiyen akit bu yere hiç bir atıf yapmamıştır. Bu şartlar altında Cossonay'ı akdin ifa mahalli olarak tarafların açıkça ifa de ettiği arzuya uygun görünüyor. Bunun neticesi olarak hadiseyi İsviçre kanunun uygulanması gerekir.

2.— Hukukun tatbiki hakkında verilen bu izahlar, esas meseleyi yani davalı şirketin, yolda müsadere edilmesine ve kendisine teslim edilmemesine rağmen malın bedelini ödemekle mükellef olup olmadığı meselesini de hal etmez. Çünkü hasarın, mülkiyetin intikal ettiği anda yani akdin inikat ettiği andan itibaren müşteriye geçeceğini kabul eden Fransız hukukunun (bak *Planiol* cilt II No. 1334 ve müteakip, bununla beraber ticari satışlar hakkında bak: Pandectes françaises vente coomerciale kelimesi altında No. 214 be sonrakiler) ve keza nef ve hasarı ve mülkiyetin intikalini esas itibarile malın müşteriye teslimi anında intikal ettirmek itibarile aynı anda intikal ettiren Alman hukukundan (bak Alman medeni kanunu madde 446—447) farklı olarak İsviçre hukuku muhtelit bir sistem seçmiştir. Bu sisteme göre mülkiyetin intikali için zilyetliğin nakli yani teslim şart olmakla beraber nef ve hasar esas itibarile akdin inikadı anında bak BK madde 185) hiç olmazsa başka mahalden vâki satışta (nakliyeci vasıtası ile mala zilyet olmakta devam etmesine (rağmen malın yollanmasına mübaşeret ettiği zaman müşteriye intikal eder. Şu halde mücerret malın Cossonay' da ifa edilmesi hadisesi mal Cossonay' da teslim edilmediği müddetçe hasarın satıcının uhdesinde kalmasını gerektirmez. Bilâkis 185 (183) maddede yazılı umumî kaidenin tatbiki malın nakliyeciye teslimi anından itibaren bu hasarın davalı şirkete intikal edeceğini kabule sevkederdi. Şu halde 185 (183) maddenin I. fıkrasında mahfuz tutulan (hal icabı ve hususi şartların) sözü geçen umumi kaideye bir istisnax koyup koymadığını araştırmalıdır. Kanton mahkemesi bu meseleyi haklı olarak müspet şekilde hal etmiştir. Malın İsviçrede Cossonay' da teslimi meşut olduğu gibi bütün nakil masraflarının satıcıya ait olduğu tasrih edilmiştir. Böyle bir şart, tarafların mal varma yerine ulaşıncıya kadar vukua gelecek hasarı satıcıya bırakmağı düşündükleri suretinde tefsir edilmelidir.

Tarafların iradesininbu yolda tefsiri eski Zürich medeni kanunun-

da açıkca belirtilmiştir. Bak madde 1444 fıkra 2(Bluntschli'nin bu madde hakkında yazdığı şerhin 2 sayılı notu). Bu tefsir tarzı borçlar kanunu tasarılarında kabul edilmişti. 1876 tasarısı madde 205 fıkra 2, 1879 tasarısı madde 220, bakınız: Munzinger: gerekçe sahife 258). Vakia bu hüküm kanunun son ve nihai metnine alınmamıştır. Fakat mahkemeler (bak: ***Handelsrechtliche Entshceiungen cilt II*** sahife 35, cilt 19 sahife 64, ***Semaine Juduciaire 1885 s. 414***) ve müellifler (bak ***Shcneider 2***. basım madde 204 No. 3 ***Haperstich 1 s. 299***, ***Fick*** madde 185 N. 13 ***Oser*** daha az kesindir bak sahife 468, ***Türkçeye çevirenin notu***: ***Oserin*** tanınmış şerhinin ikinci basımında Federal mahkemenin bu kararı tenkit edilmektedir. Okuyucularımızın dikkatini çekmek isteriz. Yeni basımda 185 madde şerhine müracat ediniz) nakil masraflarını kabul eden satıcının hasarı da üzerine aldığına dair ticarî bir teamülün mevcuduyetini daima kabul etmişlerdir. İsviçre hukuku için bir gelenek olan ve işbu davanın olaylarına göre mantık ve hakkaniyete bilhassa uygun düşen bu hal suretine federal mahkemenin de iltihak etmesi gerekir. Gerçekten mal bir Alman ticarethanesi tarafından yollanan ve bu sebepten Fransada müsadere edildiğine göre, nakil işi ile hiç bir alâkası olmayan İsviçreli şirketin, işbu nakliyat esnasında hasl olan ve davacının şahsi vaziyeti ile sıkı münasebeti bulunan sebeplerden yani onun tabiiyeti ve nakliyat için serbestçe seçmişolduğu yoldan ileri gelen hasardan mesul olması cidden adalete aykırı düşerdi.

Davacı şirketin nakil masraflarını üzerine almak hususundaki taahhüdü hasarıda üzerine almasını tazammun ettiğine göre, yolladığı mala ait fatura üzerine yazılı olan matbu(hesabı ve hasarı size ait olmak üzere) cümlesine dayanarak bu mesuliyetten kurtulamaz. Umumiyetle bir taraflı bir irade beyanın sarih bir anlaşmaya karşı ileri sürülememesinden sarfı nazar edilse bile, bu irade beyanı, nakil masraflarını davalıya yüklemeği hiç bir zaman iddia etmemiş olan davacının arzusuna da uygun değildir. Şu halde, davacının da ikrar ettiği gibi, faturaya konmuş olan bu matbu kayıt akdi masraflar bakımından tadil etmediğine göre hasar bakımından da akdi tadil edememiştir. Zira masraflar ve hasar meselesi, yukarıda izah edidiği gibi, birbirine sıkı sıkıya bağlıdır.

I Hukuk dairesi—Picot, Honegger, Affolter. weiss . Oser, Perrier ve Kirchhofer.

çeviren F. A.