ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN ÇIKARILIR

ADALET DERGİSİ

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

YIL : 38

SAYI : 9

278

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.

276

ADALET
DERGİSİ

ADALET BAKANLIĞINCA HER AY ÇIKARILIR

Yıl : 38 Eylûl 1947 Sayı : 9

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER : Sahife

Dr. K. FİKRET ARIK — İsviçre ve Alman Hukukunda Mahkemede delillerin ikamesi 813—829

Dr. HÂDİ TAN — Adlî Zabıta — Cinaî Polis (Adalet Polisi ..... 830—834

D. REŞAT D. TESAL — Memurların hukukî vaziyeti 835—858

MUHSİN TUĞSAVUL — Orman suçları ve mahiyeti hakkında bir inceleme ..... 859—873

K. D, — Vesayet ..... 874—879

SAHİR ERMAN — Adli Sicil ..... 880—911

BİBLİYOGRAFYA : ..... 912—914

TÜRK HUKUK KURUMU MÜSABAKASI ..... 915—916

277

BİLDİRİ

C. Savcı ve Abonelerin Dikkat Nazarlarına

Şimdiye kadar Beher sayısı 30 kuruşa satılan ve senelik abone bedeli üç lira olan "Adalet Dergisi"nin son yıllarda kâğıt ve baskı ücretlerinin haylı yükselmiş ve ayrıca posta ücretlerine de zam yapılmış bulunmaktadır.

Bu zarurî sebepler dolayisiyle "Adalet Dergisi"nin 1948 yılından itibaren beher sayısı (1) lira ve senelik abonesi de (10) lira olarak artırılmıştır.

Yeni yıl için abone kayıt olmak isteyenlerin bu miktarı muhtevi maliye makbuzu göndermeleri lüzumu rica olunur.

278

İsviçre ve Alman hukukunda Mahkemede delillerin ikamesi

Yazan
Dr. K. Fikret ARIK

I. — Giriş.
II. — Delillerin taksimi.
III. — Alâmetler, Karineler, ıkrar.
IV. — Hakikî deliller:
1. Keşif.
2. Vukuf ehli: a) nasıl karar verilir? b) sayısı, c) bilir kişi olma mükellefiyeti, d) bilir kişinin yemini.
3. Yazılı delil: a) Kavram, b) senetlerin tefriki, c) yabancı memlekette tanzim edilen senetler, d) senetlerrin ibrazı meselesi, e) istiktap.
4. Tanıklık: a) umumiyetle, b) nasıl dinlenir? c) tanıklık mükellefiyeti, d) Şahidin sorgusu, e) Şahadetin şifahiliği, f) Şahadetin mevzuu, g) Şahitlerin tasnifi, h) Şahidiu yemini, i) Şahadetten çekinme.
5. Yemin, tarafların isticvabı.
V. — Neticeler.

I
GİRİŞ

Profesör *Logoz'a* göre usul ve bilhassa mahkemeler teşkilâtı kanunları diğer kanunlara nazaran çok daha millî ve mahallî bir mahiyet arzeder. Bununla beraber, tek bir dünyaya doğru gidiş, pek yavaş ta olsa, hukuk alanında hatta adliye hukuku alanında da neticelerini hissettirmeğe başlıyor. Dün Milletler Cemiyetinin, bu gün Birleşmiş Milletler Derneğinin siyaset alanında gerçekleştirmeğe çalıştığı birlik fikri, kanunlar alanında da birliğe, yeknesaklığa doğru bir yönelme ve gelişme hareketi uyandırıyor. Hukukun çeşitli meselelerine ait muhtelif muvzuat, mukayeseli bir gözle inceleniyor. Tesbit edilen müşterek hükümlere milletler arası toplantılarda yeknesak bir kanun tasarısı hüviyeti vermek icin, resmî veya hususî gayretler sarfediliyor.

Hukuk muhakemeleri usulüne ait pek mahdut bir konuyu ele alan bu yazı, muayyen bâzı kanunların mevzu ile ilgili hükümlerinin ana hatlarını mukayeseli bir metotla vermek ve müşahede edilen temayül ve neticeleri mümkün olduğu kadar kısa bir kaç formüle bağlamak maksadı güdülmüştür [1].

(1) Bk. *Lench; Stränli*, in usul şerhleri; *Sehnizler:* La production des prenres. Bulletv de l'inotitut du droit comparé.

279

İsviçrede kukuk muhakemeleri usulü alanı bütün isviçreye şâmil, federal mahiyette bir kanunla düzenlenmemiştir. Bu alanı tanzim etmek salâhiyeti, millî savunma, dışişleri .. gibi mahdut bâzı sahalar dışında hâkimiyeti bulunan kantonların kanunlarına bırakılmıştır. Bu itibarla İsviçrede yirmi beş kanton için ayrı, ayrı yirmi beş muhakeme usulü vardır. Kantonlar arasındaki bu ayrılığın hem zararları hem faydalı tarafları vardır [2]. Bir kere bu ayrılık hukuk muhakemeleri usulü ilminin gelişmesine engel olmuştur. *Leuch*, Sträuli'nin eserleri bir tarafa bırakılırsa bu alanda kılavuzlık edebilecek değerde eserler pek azdır. Buna makabil, kanton kanunlarının çok ve çeşitli olması mukayeseli hukuk bakımından çok alâka vericidir. Bu incelemenin amacı da yukarda belirttiğimiz gibi, zaten bir mukayeseli hukuk karşılaştırması yapmaktan ibarettir.

İsviçre kantonlarında bugün yürülükte bulunan kanunlar eski müşterek (pandekt) hukukundan, bu günkü Alman ve Avusturya hukukundan müteessir olmuşlardır [3].

Bu itibarla İsviçre' de muhakeme usulü hukuku insicamsız, yer yer değişen bir manzara arzetmektedir.

Almanyada bunun büsbütün aksi bir durum görüyoruz. 17 ocak 1877 tarihli umumî bir kanunun kabulü üzerine Alman imparatorluğuna dâhil devletlerin herbirine has usul kanunları ilga edilmiştir. En son 1933 tatilinde re'sen yemin ve katî yemin yerine tarafların—yeminli veya yeminsiz—isticvabı kaim olmutşur.

Pek çok davalarda bahis mevzuu olan yalnız bir hukuk meselesinin halli değildir. Fakat ihtilâfa sebep olan, münazaalı olayların aydınlanması gerektir. Bu hususta genel kaide şudur: Bir olayı ileri süren kimse, bu olayın varlığını ispat etmelidir.

Bu incelemede beyyineler hukukunun dayandıgı temellerin tetkiki bahis mevzuu etmeğeceğiz. Yalnız şu noktayı belirtelim : İspat, binnetice beyyine, bahis mevzuu olmak için ortada ihtilâflı ve hukukî bakımdan önemli bir olay mevcut olmalıdır. Şu halde herkesçe bilinen bir olayı ispata hacet yoktur. Beyyineler hukuku;beyyine külfeti, beyyinelerin iradı ve beyyinelerin takdiri meselelerini içine alır. Bu meselelerin sınırları her zaman aynı değildir. Ne olursa olsun delillerin iradı meselesinin bir taraftan ispatı gereken hususa, diğer taraftan irat edilecek delilin takdirine bağlı olması tabiîdir. Bu meseleler sümulü daha geniş olan şu meselenin çerçevesi içinde mutalâa edilmelidir. Usulü muhakeme ne dereceye kadar tarafların iradesi tarafından veya re'sen düzenlenmiştir, ve bir

beyyinenin belli bir şekilde takdirini emreden kanun hükümleriyle yargıç ne dereceye kadar bağlıdır, yargıç ne dereceye kadar delilleri serbestçe takdir edebilir ?

Bu incelemede sözü geçen meselelere ancak pek sathî olarek temas edilecek, esas itibarile kanton kanunlarının delillerin iradı hakkında uyduğu çeşitli hükümlere seri bir nazar atfedilecektir.

II

DELİLLERİN TAKSİMİ

Bütün kanton kanunlarında mevcut deliller şunlardır:

1. *Yazılı delil,*
2. *tanık,*
3. *bilirkişi,*

4. *Yemin*. Bâzı kantonlarda hâlâ mevcuttur. Fakat onun yerine gittikçe tarafların sorgusu geçmektedir.

5. *Delillerin tesbiti* (preuve in future). Bu, bâzı kanton kanunlarına özel usulü muhakeme, bâzı kanton kanunlarında deliller bahsinde yer almıştır.

Ikrar, karineler ve alâmetler bilhassa eski usul kanunlarında delil olarak tanzim edilmişlerdir. Öteki kanunlar bunlara beyyineye ait genel hükümler arasında yer vermişlerdir.

III

ALÂMETLER, KARİNELER, IKRAR.

Şimdi bu son grup kanunları, yani adı geçen müesseseleri, beyyineye ait genel hükümler arasında tanzim eden kaunnları kısaca gözden geçirdikten sonra asıl deliller bahsine gecelim:

Yalnız Appenzel ve Sen Gal kantonlarında alâmetlerin delil olarak kabul edildiğini görüyoruz. Alâmetler öyle sabit durum ve münasebetlerdir ki ihtilâflı ve hukukan önemli diğer durum ve münasebetler hakkında sonuç çıkarmağa hizmet ederler veya bu karineyi vârit gösterirler. Alâmetler, yargıcın serbestçe takdirine bırakılmıştır. Bundan başka Sengal kantonu kanuna göre duymağa müstenit (de auditu) şahadet, duruma ve kaynakların şağlamlığına göre alâmet olarak takdir olunabilir (madde 158 f.2).

Karineler, ***fiilî*** ve ***hukukî*** olmak üzere iki kısımdır. Hukukî karineler de mutlak karineler (presomptio de juris et de jure) ve hilâfı ispat edilebilir karineler (presomptio juris) olarak iki kısma ayrılır. Kanunun tesbit etmediği karineler yargıç tarafından vakıaların mantıkî bir tarzda takdir edilmesinden istihraç edilir.

Şu halde karineler delillerin iradı alanına değil, yargıcın takdir yetkisi bahsine dâhildir (Friburg kanunu 2265), Tessin kanunu, Fransız (madde 1353) ve eski İtalyan (madde 1354) kanunlarına uyarak yalnız ağır, sarih ve birbirine tutkun karineleri kabul ediyorlar (m 253). Kanunun koyduğu karineler umumiyetle hilâfı ispat edilebilen karinelerdir. Mamafih kanun bunun hilâfını da açıklamış olabilir. Şu halde karineler meselesi, bir delilin iradından ziyade beyyine külfetinin düzenlenmesi bahsile ilgilidir.

Alâmetler ve karineier gibi ıkrar da hakiki bir delil sayılamaz. Çünkü ıkrar edilen bir olay ihtilâflı olmaktan çıkar. Binaenaleyh ispatına hacet kalmaz. Bununla beraber ıkrarı bir delil olarak mütalâa etmeyen bir takım kanunlar bu meseleyi hiç olmazsa delile ait kısmın genel bölümüne koymaktadırlar. Bunun sebebi mahkeme harici ıkrarla mahkeme dahili ıkrarın başka başka tarzlarda mütalâa edilmekte olmasıdır.

Hulâsa, ıkrar bakımından üç sistem vardır:

a) Ikrarı bir delil olarak kabul eden sistem: Fransız kanunundan mülhem olan bu kanunlar içinde Argovi (madde 144—154), Appenzel (64—66), Glarıs (madde 171—172), Tessin (madde 151) ve Unterwal (madde 75—76) vardır.

b) Ikrarı bir delil olarak kabul etmeyen, fakat delillere ait genel bahiste mütalâa eden kanunlar ezcümle Cenevre (madde 161), Bern (madde 215—217) Nöşatel (madce 210), Sengal (madde 141) böyledir.

c) Alman kanunu ıkrarı deliller bahsinde değil, usulü muhakeme bahsinde mütalâa ediyor (madde 288 ve sonrakiler).

Diğer taraftan, mahkeme harici ıkrarla mahkeme önünde ıkrar arasındaki sınır her zaman bir değildir. Alman kanununda mahkeme önünde, yani adlî ıkrar, yargıç önünde yapılan ıkrardır (madde 288). Bern, Avusturya, kanunlarına göre bir lâyıhada yazılan ıkrar mahkeme önünde yapılmış, yani adli ıkrar mahiyetindedir.

282

Genel olarak mahkeme harici ıkrar yargıcın takdir hakkına bırakılmıştır (bak Friburg madde 2121). Bâzı kanunlar açık bir şekilde ve ıkrar edilen olaylar üzerinde ki şüpheyi bertaraf etmek maksadile yapıldığı takdirde bu ıkrarı adli ıkrara kıyas eder (Fransız hukukunda şahit beyyinesinin caiz olmadığı ahvalde sırf şifahî ıkrar faydasızdır, madde 1355. Fakat eski İtalya kanunu diğer tarafa ve temsilcisine yapılan mahkeme dışı ıkrarı mahkeme için ıkrarın aynı mahiyette saymaktadır (madde 1358). Mahkeme içi ıkrar, ıkrarda bulunan kimse aleyhine delil teşkil eder (Cenevre kanunu madde 163). Alman hukukunda bir hatanın veya ıkrarın yanlışlığının, doğru olmadığının ispatı caizdır (madde 290). Bern kanununda hatanın inanılır bir tarzda ileri sürülmesi kâfidir (madde 217)· Avusturya kanunu (madde 266) ıkrardan rücuu kabul ediyor. Bâzı kanuularda sükût ıkrar sayılmıştır (bak ezcümle Zürich kanunu madde 233). Diğer bâzı kanunlar bu noktada takdir yetkisini yargıça bırakmışlardır (bak Bern kanunu madde 208, Avusturya kanunu madde 369, Almanyada eğer dava kâfi derecede aydınlanmışsa diğer taraf gıyabî hüküm yerine vicahî hüküm isteyebilir). Bir tarafın giyabı halinde, hazır tarafın ifadeleri kabul olunur (Alman, Avusturya, Fransız, Bern, Cenevre, Nöşatel. . Kanunları bu mealdedir).

IV
HAKİK DELİLLER.

Şimdi hakiki isbat vasıtaları, yani delilleri inceleyelim.

Her kanunda yer alan başlıca ispat vasıtaları şunlardır:

1. ***Keşif***
2. ***Ehli vukuf tetkikatı,***
3. ***Yazılı delil;***
4. ***Şahit***

Yalnız Bâle—ville kantonunun usul kanunu keşif ve ehli vukuf tetkikatını delil olarak nazarı itibara almaz. Bu iki usulün, yargıcın olayları aydınlatmak görevine dâhil olduğunu kabul eder (madde) 148). Vakıa delillerin ikamesi, her tarafta tarafların talebi olmaksızın yargıç tarafından karar altına alınabilir. Fakat bu mesele delillerin ikamesi meselesinden ziyade bir usulü muhakeme kaidesi (maxime de la procédur) meselesidir· Unutmamalı ki yargıcın, senetlerin ibrazına karar verdiği haller de vardır (Alman kanunu madde 142, 272). Esasen keşif, nede ehlivukuf tetkikatı ortaya güç meseleler koymaz.

283

1. Keşif (descente sur les lieux),

a) Mahkeme heyetince, yahut bir naip marifetile yapılır. Sengal kanununa göre keşfin mahkeme heyeti veya bir naip heyeti yahut başkan tarafmdan yapılmasına taraflar karar verir. Şafuz kantonunda bir naip heyeti gider. Bir çok kantonlar bu hususta yetkiyi mahkemeye bırakmışlardır (Nöşatel, Bern, Friburg).

2. *Ehli vukuf tetkikatile ispat (Preuve par expertise).*

a) Ya re'sen, yahut tarafların talebi üzerine vâkı olur.

b)*Sayısı*: İtalyan kanununa göre taraflar bir veya üç kişi tâyinde anlaşmalıdırlar. Alman kanununa göre taraflar anlaşırlarsa bir, anlaşamazlarsa mahkeme tarafından müteaddit bilir kişi tâyin olunur. Mahkeme bağlıdır. Fakat bilir kişi sayısını tahdit edebilir. Friburg, Cenevre, Sengal üc bilir kişi tâyinini emreder. Fakat taraflar anlaşırlarsa ve işin önemi azsa bir bilir kisi yeter. Nöşatel kanunu en az bir, en çok üçkişi isteyor.

c) *Bilir kişi olma mükellefiyeti*:

Bilir kişi sıfatile hareket etmek mükellefiyeti kanton kanunlarında birbirinden çok farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Zürich kanununa göre devlet tarafından bilir kişi olarak istihdam edilmeyen bir kimse bilir kişi olmamalıdır· Buna mukabil Bern kanununa göre, 60 yaşını doldurmayan her kes için bilir kişi olmak bir âmme borcudur. Diğer kanunlar bu mükellefiyeti, alenen bir ilim, sanat ve fen ile uğraşanlara hasretmektedir. (Alman kanunu madde 407, Tessin kanunu madde 238). Bâle—ville kanununa göre ret için ciddi bir sebep yoksa herkes bilir kişiliği kabule mecburdur. URİ, ve Schwitz kanunlarına göre, şahit olmağı ret edebilen herkes vukuf ehli olmağı ret edebilir.

d)Bilir kişinin yemini:

Yemini delil olarak kabul eden kantonların mevzuatına göre bilirkişi daha önce bu sıfatla genel olarak yemin etmemişse bilirkişi tâyin edilen kimsenin yemin etmesi lâzımdır.

Mahkeme yeniden vukuf ehli tetkikatı yaptırabilir (Cenevre 272, Alman 412, eski İtalyan kanunu madde 290).

3. Yazılı Delil,

a) Kavram:

Bu delil nevi kanunların hemen hepsinde etraflı bir surette tanzim edilmiştir. Yazılı delil kavramı nazarî bakımdan her tarafta aynı değildir. Bazan bu delil bir fikrin yazı ile maddî surette tecessüm ettirilmesine tahsis edilmiştir. Diğer eşya ancak keşif konusu olabilir. Fakat bu tefriki yapan kanunlar diğer bâzı eşyayı da yazılı delillere kıyas ettiklerinden bu farkın amelî önemi azalmaktadır. (Meselâ Lüsern kantonunda sınırlar, anıtlar, damga ve işaretler, pilân ve resimler yazılı delile kıyas edilmşitir).

b) Resmî senet, âdî senet tefriki:

Resmî senet ile âdi senet arasındaki fark olduğu genel olarak kabul edilmektedir.

Resmî senedi tanzim eden memurun kendi önünde cereyan ettiğine şahadet ettiği veya kanunun bu memurun muhakkak surette vâkıf olduğunu kabul eylediği olaylar hakkında bir delil teşkil eder, (Bak: Friburg kanunu, Bern kanunu, Alman kanunu madde 415, eski İtalyan kanunu madde 1317).

Alelâde senedin doğruluğu inkâr olunursa onu ileri süren kimse bu ciheti ispat etmek durumuna girer.

c) yabancı memlekette tanzim edilen senetler:

Genel olarak yabancı senetlerin tasdiki lâzımdır. Meselâ Nöşatel kanununa göre senedi ibraz eden kimsenin yaptırdığı tercüme diğer tarafça kabul olunmazsa senedin resmen tercümesine karar verilir, (bak madde 262). Lüsern ve Uride de böyledir. Mamafih devletler arasında yapılan muahedelerle bu takyidat ve merasim kaldırılabilinir (bak İsviçre —Almanya andlaşması).

d) Senetlerin ibrazı meselesi:

Senetlerin ibrazı meselesi bu bahiste önemli bir konu teşkil eder. Senetleri ibraz mükellefiyeti iki esasa istinat eder: Bu senetleri ibraz mükellefiyeti ya maddî hukuk kaidesinin bir icabıdır, yahut usul hukukunun koyduğu bir mecburiyettir. Zurich, Alman, Avusturya kanunları birinci sistemi kabul etmişlerdir. Bununla beraber Zürich kanununa göre senedi ibraz mecburiyeti, bir senedin

mevcut olduğunu iddia etmesi üzerine doğar (Alman kanunu da böyledir) (bak madde 432). Diğer kanunlar maddî hukuktan doğan bir ibraz mükellefiyeti yanında bir de usul hukukundan doğan bir ibraz mükellefiyeti kabul etmektedirler. Sulh hukukunun emri olan ibraz mükellefiyeti genel bir mahiyet taşıyacağı gibi yalnız bâzı muayyen hallere de inhisar edebilir. Bern kanunu (madde 235) senedi ibraz mükellefiyetinin genel bir âmme hukuku vazifesi teşkil etmesine bir misaldir.

Senedi ibraz mükellefiyetine mesnet teşkil eden sebepler senedin her iki tarafın menfaatine olması, ispat bakımından mühim olması taraflardan birisi tarafından iddia edilmesi (ezcümle bak Barn kanunu madde 92, Zürich kanunu madde 141, Lüsern kanunu madde 132). Taraflar arasında senet bakımından müşterek veye iştirak halinde mülkiyet münasebeti bulunmasıdır. Bu suretle 19 kantonda senetlerin ibrazı mecburiyeti amelî bakımdan büyük bir önem taşır. Buna mukabil Zürich vé Şafuz kantonlarında bu mükellefiyet pek tahdit edilmiştir. Nöşatel ve bir kaç kanun ortalama bir sistem kabul etmişlerdir. Bu kantonlarda senetleri ibraz mecburiyeti, senedin ibrazini isteyen tarafın, senedin maliki veya hissedarı olmasına bağlıdır.

Federal hukuk yalnız ticaret (muhasebe, hesap) defterlerinin ibrazına dair üküm koymuştur. Yeni İsviçre borçlar kanununun 963 maddesin göre: defter tutmakla mükellef olan herkes, ticari teşebbüsü ilgilendiren işlere dair ihtilâflar vukuunda, meşru bir menfaatin vücudu sabit olduğu ve yargıç ta ispat bakımından senedin ibrazını zarurî gördüğü takdirde, defter ve mektupları ibraza mecburdur. (Alman ticaret hanunu madde 45, fransız ticaret kanunu madde 14 ve sonrakiler).

Kanton kanunlarında bu defterlerin ispat kuvveti hakkında bir takım hükümler vardır. Bu defterlerin ispat kuvveti onların düzgün tutulmuş olmasına bağlıdır. (bak: Nöşatel kaununu madde 264, 265: defterlere mutabik surette tasdikli suretler, Yargıç, fotoğraların ibrazını isteyebilir). Bu defterler bâzı kantonlarda tam bir delil teşkil ederler. Başka kantonlarda yargıcın serbest takdirine bırakılmışlardır (ezcümle Vaud kantonu kanunu madde 160).

Senetlerin ve ticaret defterlerinin temamen ibrazına her zaman hacet yoktur. Yalnız dava ile ilgili kısmın ibrazı kâfidir. Senet veya defterin diğer kısımlarını tetkik ve muayeneden hariç tutmak

986

için usuller vardır (bak Bern kantonu kanunu madde 239, diğer kısımlar mühürlenebilir, ihtilâf halinde yargıç karar verir). (Zürch kantonu kanunu madde 235).

Senedi ibraz ile mükellef olan taraf bu borcunu yerine getirmezse umumiyetle diğer tarafın ibraz ettiği suret aslına uygun sayılır. Bundan başka bir çok kantonlarda senedin hasım tarafından iddia ve teyit edilen muhtevası doğru sayılır. Diğer kantonlarda yargıç, senet veya defterin ibraz edilmesi halinde durumu serbesçe takdir eder (Bern, Cenevre, Nöşatel kantonlarında böyledir). Friburg kantonu kanuna göre yargıç, her türlü araştırmayı yapmak hattâ kasayı cebren açtırmak veya hasım tarafın iddiasını doğru olarak kabul etmek salâhiyetine sahiptir (madde 377).

Bahis mevzuu taraf, senedin elinde bulunduğunu inkâr ederse yapılacak muamele kantondan kantona göre değişir. Eski yemin usulü bir çok kantonlarda hâlâ, caridir. Yani senedin elinde bulunmadığını iddia eden tarafa, senedin elinde bulunmadığına, onu asla elinden çıkarmadığına, senedin zilyedliğini kasden başkasına nakletmediğine dair yemin ettirilir (bak: Vaud kantonu kanunu madde 267), Friburg kantonu kanunu madde 380). Yemin verilen taraf yemin etmezse, muayyen şekilde beyan ve vaitte bulunmaz veya makbul bir sebep olmaksızın gelmezse, ekser kanununda mevcut hükme göre senedin ibrazını isteyen tarafın iddiası doğru sayılır. Buna mukabil Bern kantonunda taraf, senedin zilyedliği meselesinde isticvap edilir. Alman usulü kanunu 1933 tadiline kadar senedin ibrazı bahsinde yemin usulünü muhafaza etmiştir. Bu tarihten beri yemin yerine tarafların isticvabı usulü kaim olmuştur. Mamafih isticvap edilen kimseye yemin verdirilebilir (madde 427).

Senetlerin üçüncü şahıslar tarafından ibraz meselesi ayrı bir önem taşır. Bu meselenin hal sureti, bizzat taraf hakkında kabul edilen usulle sıkı sıkıya ilgilidir. Bern kantonunda olduğu gibi taraf için ibraz mükellefiyeti çok geniş bir surette kabul edilmişse üçüncü şahıs için de ibraz mükellefiyeti geniş ölçüde mevcut demektir (bak: Bern kantonu usul kanunu madde 236). Buna mukabil bir çok kanunlarda üçüncü şahsın ibraz mükellefiyeti şahit olarak beyanda bulunması mükellefiyetinin tâbi olduğu tahditlere tâbidir. Bu takdirde ibrazdan kaçınan üçüncü kişi makbul sebep olmaksızın şahadetten kaçınan kimse gibi muamele görür (bak: Nöşatel kantonu usul kanunu madde 272, Tessin kantonu usul kanunu madde 181)

Diğer bâzı kantonlar üçüncü kişi için de yemin etmek mükellefiyetini idame etmişlerdir.

Senetlerin ibrazı ve bâzı malûmatın verilmesi hususunda devlete düşen mükellefiyet bakımından bâzı hususî hükümler vardır (ezcümle posta, telgraf memurları hakkında 5 nisan 1910 tarihli federal kanunun 10, 11 maddeleri ve 14 ekim 1922 tarihli kanunun 6—7 madeleri, konfederasyon memurları, departaman şefinin muvafakati olmaksızın, Bakanlar heyetinin muvafakati olmaksızın tanıklık edemezler. Devletin veya âmme hizmetinin menfaati icap ettirildigi zaman muvafakat verilmez.

Kanton hukukuna gelince, Bern kantonunda hükümetin bu bapta geniş salâhiyetleri vardır (Bern kantou usul kanunu madde 240). Hususî hukuk alanına giren işler için umumiyetle malûmat verilir. Uri kantonunda özel hukuk işlerine ait malûmat doğrudan doğruya verilir, Diğer işlemler hakkında hükümetin müsaadesini almak lâzımdır (Uri kantonu usul kanunu madde 182).

Evrakta sahtakârlık meslesini burada incelemeyeceğiz. Bu mesele delillerin ikamesi alanına değil, usulü muhakeme alanına girer.

İstiktap:

Çok kere taraflardan birisine mahkeme önünde yazı yazdırılır ve böylece istiktap yapılır (Bak: Cenevre kantonu usul kanunu madde 293, Nöşatel kanunu madde 276, Alman hukukunda kimse yazı yazmağa icbar edilmez. Bern ve Schwyz yazı yazmaktan imtina keyfiyetini yargıç serbestçe takdir eder. Zürich te aksi doğru sayılır. İstiktaptan kaçınan üçüncü şahıs, şahadetten imtina etmiş şahit gibi muamele görür (meselâ bak: Zürich kantonu usul kanunu madde 236).

Federal Mahkemeye ait usulü muhakeme kanununda şöylece özel bir hüküm vardır. Kırk yıl önce tanzim edilmiş ve on yıldan fazla bir zamandanberi devlet evrak hazinesinde saklanmakta bulunmuş olan senetlerin doğruluğu kabul olunur. Bâzı şartlar altında âdi senetler hakkında resmiyet yani mevsukiyet karinesi cereyan eder- Meselâ Glaris şeklen düzgün ve usulen imzalanmış hususî sentler lehinde bu karineyi kabul eder (Federal mahkemede usulü muhakeme hakkında kanun madde 176/3. Alman kanunu imzanın mevsukiyeti muhakkak olduğu zaman metnin mevsukiyetini de kabul eder.

188

4. Tanık

a) *Umumiyetle* diğer deliller gibi kabul olunmuştur. Fransız ve italyan kanunlarına uyarak bâzı fransızca konuşan kantonlar kıymeti muayyen bir mitarı geçen bağıtlar için tanık (şahit) beyyinesini kabul etmişlerdir. Fakat başlangıç babında 10. madde bu hükümleri ilga etmiştir.

b) Nasıl dinlenir?

Şahitler bütün kantonlarda ayrı ayrı dinlenir. İcabında yüzleştirilir. Taraflar. oturumda hazır bulunmak hakkını haizdir. Sorgunun konusu tanığa bâzı yerde etraflı, bâzı yerde kısaca bildirilir.

c) *Tanıklık etme Mükellefiyeti*

Şahitlik etme mükellefiyeti, kantonun mülkî egemenliğine dayanan ve kamu hukukundan doğan bir mükellefiyettir. Bu sebepten dolayı yalnız kanton tebaasına değil, kanton tabiiyeţinde olmayanlar da tanıklık etmekle mükelleftirler. Diplometik muafiyetten faydalananlar bu mükellefiyetten müstesnadırlar. (bak Nöşatel kantonu usül kanunu madde228, Cenevre kantonu usül kanunu madde 222, Zürich kantonu usül kanunu madde 184..).

d) Şahidin sorgusu: Kanunlar şahitleri iyice himaye etmiştir. Tanığın sözünü kesmek onu, sorguya çekmek veya hakaret etmek para cezasını, tekerrürü halinde bunu işleyen tarafın oturumdan çıkarılmasını intaç eder (bak Nöşatel kantonu usul kanunu madde 240, Cenevre kantonu usul kanunu madde 225, kantonu usul kanunu madde 196, Zürich kantonu madde 201).

Şahitlerin taraflara canibinden vicahî sorğusunu tercih eden İngiliz sistemi yerine şahitler yargıç tarafından sorguya çekilir. Taraflar ancak yargıca hitap ederek bâzı mütemmim sualler sormasını isteyebilirler. Fakat yargıç serbest takdirine göre bunları kabul veya rette serbesttir (Argovie kantonu usul kanunu madde 1999, Tessin kantonu usul kanunu madee 211, Zug kantonu usul kanunu madde 64, Zürich kantonu usul kanunu tarafların mütemmim suallar sormasını kabul ediyor. Alman kanunu şahide doğrudan doğruya sual sormak hakkını avukata tanımaktadır. Nöşatel kanunu madde 239 a da bak).

e) Şahitliğin şifahiliği:

Şahit şifahen yani sözle cevap vermelidir. Ancak rakam, tarih vesaire bahis mevzuu olduğu zaman şahit notlarına bakabilir. Alman hukuk usulü kanunu şahidin ifadesini yazılı olarak getirilmesini kabul ediyor. Şahadet defterlere veya notlara taalûk ediyor veya taraflar şahidin yazılı olarak şahadet etmesine razı oluyorlarsa, şahit bizzat geleceği yerde doğruluğunu yeminle temin ettiğini bildirerek yazılı ifadesini yollamakla ikdifa edebilir. Umumiyetle yarğıç şahidin ifadesini bizzat dikte ettirir. Ve şahidin kullandığı kelime ve ibareleri kullanmaz. Fakat bu usulde şahidin ifadesi değişikliğe uğrayabilir. Bu mahzuru önlemek için Tessin kantonu hukuk muhakemeleri usulü kanunu şu hükmü ihtiva ediyor: Şahit ifadesini bizzat yazdırmadığı taktirde ifadesi, onun kullandığı kelimelere ve lehçeye uygun olarak yazılmalıdır.

Şahit umumiyetle mahkemede dinlenir. Hastalık veya mâlûliyet halinde evinde dinlenir. Kanton dışında ise istinabe suretile ifadesi alınır.

f) Şahadetin mevzuu:

Şahidin şahadeti doğrudan doğruya idrak suretile, bizzat öğrendiği şeylere taallûk eder. (propriis sensibus). Bakınız: Argovi kantonu hukuk muhakemeleri usulü kanunu madde 196, Friburg kantonu hukuk muhakemeleri usulû kanunu madde 360). Glaris kantonu usul kanunu şu hükmü ilâve ediyor: İdarkın vâkı olduğu yaşın ehemmiyeti yoktur.)

Eski usul kanunları şu noktayı belirtiyorlar: Bir şahidin başkasından duyma suratile (de auditu) edindiği bilgi kâfi değildir. Meğerki bir geleneği ispat etmek matlup olsun (Şafuz kantonu usul kanunu madde 234, Nidwald kantonu usul kanunu madde 85. Sengal kantonu böyle bir ifadeyi alâmet olarak hâkimin takdirine bırakıyor). Yani kanunlarda böyle bir hüküm yoktur (Noşatel, Cenevre.. kantonları kanunları gibi).

g) Şahitlerin tasnifleri:

Fransız hukukunda, ehliyetsiz, gayrı lâyık, kendisine ta'n edilebilen şahitler olmak üzere muhtelif şahit zümreleri görüyoruz. Kanton hukukları da muhtelif şahit zümreleri tefrik etmektedirler. Alman ve Argovi kantonu kanunları şahitlik ehliyetini ref eden bir hüküm ihtiva etmiyor. Diğer kanunlarda bilhassa iki grup ehem-

290

miyetsiz şahit vardır: Temyiz kudretine ehil olmıyanlar veya asgarî bir yaştan küçük olanlar. Bâzı cezalara mahkûm edilenler veya taraflara muayyen derecede akraba olanlar da bazen şahadete ehliyetsiz kimseler bu gruba katılmaktadır.

h) Şahidin yemini:

Şahide yemin ettireleceğini kabul eden bir takım usul kanunları bâzı şahitlerin bu mükellefiyetten istisna edileceğini gösteren hükümler koymuşlardır. Alman kanununa göre 16 yaşından küçük olanlar, şahadetten imtina edebilecek olanlar davanın neticesinde bir hukuki alâkası olanlar şahadette yeminden muaftırlar (madde 393). İsviçrede fransızca ve italyanca konuşan kanton kanunlarında da bu usul kabul edilmiştir.

i) Şahadetten çekinme:

Şahadetten imtina edebilecek kimselere gelince bunlar hısım ve sıhri hısımlar, meslekî sırrı muhafaza etmeleri gereken kimseler, cevap verme halinde şeref ve haysiyeti haleldar olacak olan kimselerdir. Sıhrî hısımlığa şebep olan evlenme zeval bulmuş olsa bile imtina hakkı bakidir. Şahadetten imtinaa hak veren hısımlık derecesi kantondan kantona değişmektedir. Meslekî sırra temas eden suallere cevap vermekten imtina edebilecek olan kimseler de kantondan kantona değişmektedir. (Umumiyetle avukat, hekim, din adamları, bazen noter, memur, gazete redaktörü).

Şahadet kendisine veya hısımlarına zarar verebileceğinden dolayı şahadetten imtina edebilecek kimselere gelince, şahadetin kendilerine zarar verecek hısımlar şahadetten imtina edebilecek olan hısımlardır.

5. YEMİN

Yemin (taraf yemini, mütemmim yemin) bir çok kantonların kanunlarında delil olarak muhafaza edilmiştir. Fakat fedaral anayasanın 49 maddesine göre bir kimse yemin edeceği yerde doğruyu söyleyeceğine dair resmen ve alenen bir beyan ve ifadede bulunabilir. Yemin veya yemin yerini tutan beyanı kabul eden kanunlar, yemin veya yeminden imtinaın neticesini bizzat tâyin etmişlordir. Yemin, bununla teyit edilen hususun doğruluğunu gösterir. Yeminden çekinme bahis mevzuu hususun aksini ispat eder. Yargıç serbest takdirini kullanmaz (Fransız hukukunda bidayet

291

mahkemesinde yapılan yemin istinaf mahkemesince serbestçe takdir olunur. Alman hukukunda buna imkân yoktur. Fakat bu kanun tarafların yemin tahtında isticvabı ususlünü kabul ettikten sonra yargıcın serbest takdire malik olduğunu kabul eylemiştir. Madde 449) Taraflar başka delillerle bu delilin tesirini bertaraf edemezler. Bu usulün mahzurları: Elâstikî olmaması, davaları uzatan ihtilâflara sebep olmasıdır. Bu yüzden daha elâstiki, hakikatin tetkikine daha elverişli usuller yeminin yerini almaktadır. Tarafların isticvabı bu usullerin başında gelmektedir.

İşin aydınlatılması için *tarafların isticvabı* fransız hukukunca kabul edilmiştir. Kanton ve Alman kanunları da ayni usulü kabul etmişlerdir. Bilhassa fransızca konuşan kantonlar fransız usulünü takip etmişlerdir. Bâzı kantonlarda yeminle birlikte isticvap ta vardır.

Fakat yemini kaldıran kantonlarda tarafların isticvabı büyük bir önem almıştır. (Bern, Zürich, Vaud kantonlarında böyledir). Bu kantonlarda isticvap, olanlara aydınlatılması için alalâde bir vasıta olmaktan çıkmıs, bir ispat vasıtası, bir delil olmuştur. İngiltere ve Abusturyada tarafların isticvabı uzun zamandan beri delil sayılmaktadır. 1933 reformundan sonra Almanya da bu örneuymuştur. Tarafların isticvabı da tamamlayıcı yedek mahiyette delil vazifesi görür (Avusturya hukuk muhakemeleri usulü kanunu madde 371/2 Argovi hukuk muhakemeleri usulü kanunu madde 223 gibi). Yahut diğer delillerle ayni derecede bulunan bir delildir Bern hukuk muhakemeleri usulü kanunu madde 212). Bu delile ait hükümler bilhassa Bern ve Zükrich antonları hukuk muhakemeleri usulü kanunlarında eyi bir tanzim tarzına nail olmuşlardır. Zürich kanununa göre sorguya cevap vermemek, sorulan hususun aksinin sabit olması demektir. Davayı uzatan inkâr halinde disiplin cezası verilebilir. Yargıç vasıtasile mütemmim sualler sorulabilir. Bern'de iki türlü isticvap vardır: tarafların alelâde isticvabı, delil yerini tutan beyan (Beweisaussage). Alelâde isticvapta da, doğruyu söylemek mükellefiyeti mevcuttur. Şeref ve haysyieti alâkadar eden hususlara dair isticvapta cevaptan çekilmek hakkı tanınmıştır. (Bern hukuk muhakemeleri usulü kanunu madde 275). İsticvap tarafların huzurunda yapılır (Bern Hukuk muhakemeleri usulü kanunu madde 276). Ticarî bir sır bahis mevzuu olursa bir taraf isticvap edilirken diğer taraf huzurdan çıkarılır.

292

Kanunî temsilciler, hükmî şahısların temsilcileri, iflâsta sendik, müflis dinlenebilirler (Bern hukuk muhakemeleri usulü kanunu madde 277). Kanton dışında ikamet eden taraflar istinabe yoluyla dinlenir.

Delil yerini tutan beyan (Beweisaussage) hakikî hir delildir. Delillerin iradı sona erdikten sonra şüpheli bir nokta kalırsa yargıç tarfların isticvabına karar verir. Taraf, sorulan suallere cevap vermekle tarafın şerefini ilgilendiren sualler bundan müstesnadır. Taraf gelmez veya gelip te cevap vermezse, aleyhinde bir tesbit muamelesi yapılır, yalan yere beyanlar cezayı muciptir.

Alman kanunu 1933 reformu ile tarafların isticvabını delil olarak kabul eylemiştir. Tarafların isticvabına yargıç re'sen (madde 448) veya ispat külfeti kendisine düşen taraf olayları tamamile ispat edemediği takdirde onun dileği ile veya başka delil olmadığı takdirde (madde 445) karar verebilir. Kanunen beyyine külfeti kendisine düşen tarafta kendi talebi ile veya diğer tarafın talebi üzerine (madde 447) isticvap edilebilir. Cevap vermekten imtina keyfiyetinin neticesini yargıç serbestçe takdir eder (madde 446). Hakikate ulaşmak için faydalı görülürse isticvap edilen tarafa yemin verdirilebilir (452).

Yeminden imtina keyfiyetinin neticesini Yargıç serbestçe takdir edebilir (madde 453). Hakîkate ulaşmak için icap ederse 16 yaşından küçük olanlarla aklı zaif olanlara da yemin verdirilebilir. (455). Beyyine külfeti kanunen kendisine teveccüh eden kimse ilk derece mahkemesinde yemin etmişse, istinaf mahkemesi hasım tarafın yemin etmesine karar verebilir. Bu takdirde diğer tarafın beyanları, yemin verdirilmiş olması keyfiyeti de nazarı itibare alınmaksızın takdir olunur. Yani bu beyanların yeminsiz yapılan beyanlardan fazla bir ehemmiyetleri olamaz. Bu yeni Hükümler eski hükümlerin dayandığı formalite prensipten esaslı surette ayrılmaktadır. Taraf yemini ve mütemmim yemin kaldırılmıştır. Yeminin ispat kuvveti azalmış, cevaptan imtina veya isticvaptan sonra yeminden imtina keyfiyetlerinin neticeleri yargıcın takdirine bırakılmıştır.

Bu ıslahat neticesinde tarafların beyanları bir çok kanunlarda esaslı bir önem kazanmıştır. Bu itibarla tarafların beyanının doğruluğunu tarafların isticvabını sadece olayların aydınlatmasına

293

yarayan bir vasıta sayan kanunlarda mevcut olmayan esaslı müeyyidelerle teyit etmek lâzımdır. Tarafların doğru cevap vermesini temin için kanton kanunları inzibtî hattâ cezaî mahiyette para cezaları derpiş etmişlerdir. Yeni İsviçre ceza kanunu hakikate uygun cevaplar elde etmek amacını sağlamak için özel hükümler koymuştur. Bu kanunun 336 maddesi şöyle diyor: (bir hukuk davasında taraf durumunda bulunan kimse, yargıç tarafından sarih surette hakikati söylemeğe davet edildikten ve cezaî müeyyidelere dikkati çekildikten sonra davaya ait olaylar hakkında delil teşkil edecek bir yalan beyanda bulunursa üç yılı geçmemek üzere ağır hapis veya hapis ile cezalandırılır,) . Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre (beyanda bulunan kimse yemin etmiş veya hakikati söyleyeceğine dair resmen ve muayyen şekil ve merasimle vaitte bulunmuşsa ceza üç yılı geçmemek üzere ağır hapis veya üç ayı geçmemek üzere hapistir.) Demek oluyor ki yargıcın ihtarından sonra tarafın yalan beyanda bulunması, bu beyanın doğruluğu yemin veya yemin yerini tutan bir vait ile teyit edilmemiş olsa bile cezayı müstelzimdir.

6. DELİLLERİN TESBİTİ,

Delillerin tesbitine gelince, bu mesele bazen deliller bahsinde bazen özel usulü muhakemeye ait bahiste yer almaktadır. Bütün deliller hakkında kabul edilebileceği gibi (meselâ bak: Nöşatel kanunu) yalnız şahit ehli vukuf, keşif için de kabul olunur. Hangi şartlar hakkında delillerin tesbiti isteneceği meselesinde kanunlar arasında birlik yoktur. Bazan kaybolma tehlikesine mâruz bulunması şart olmalıdır deniyor, bazan delilin iradı bilâhara güçleşecek ise yine kabul olunuyor. Genel olarak bu tehlikenin (yani kaybolma veya güçleşme tehlikesinin) vücudu hakkında karineler göstermek lâzımdır. Fakat Bern kanunu bu hususu zarurî görmeyor.

IV. NETİCELER.

İsviçre hukuk muhakemeleri usulünde görülen gelişmeleri şu suretle hulâsa etmek kabildir:

Eski müşterek hukukun daha ziyade formel olan hükümlerinin inhitata yüz tuttuğunu açıkca görülüyor. Meselâ bâzı hususların ancak muayyen bâzı deliller ile ispat edilmesi mecburiyeti kaldırılmıştır (muayyen bir meblâğı aşan davalarda şahit denilemiyeceği usulünün ilgası),

296

b) belli bir işlemin, taraflardan birisinin cevabından veya cevaptan imtinaının, yeminin veya yeminden imtinaın tesirinin tâyini hususunda hâkime serbest takdir hakkı verilmiştir.

c) Her delil eşit surette muamele görecektir ve yargıç tarafından serbestçe takdir edilecektir.

d) Şahit ve taraf yemini ehemmiyetini çok kaybetmiştir. bâzı yerlerde dinî mahiyette yemin yerine hakikati söylemek hususunda özel bir beyan ve vait kaim olmuştur.

e) Münazaalı hususun yemin veya onun yerini tutan ve muayyen şekilde yapılan bir beyan ve vait ile teyit edilmesi yerine daha elâstiki bir usul olan (tarfların isticvabı usulü kaim olmuştur). Önce yalnız vakıaları aydınlatmağa yarayan bu usul şimdi hakiki bir ispat vasıtası, bir delil mahiyetini almıştır. Bunun için tarafların beyanı bir düzene bağlanmıştır. Yalan beyan, yemin veya onun yerini tutan bir vait altında yapılmamış olsa bile, cezayı müstelzim bir suç sayılmıştır.

295

Adli Zabıta = Cinaî Polis [1]

(Adalet Polisi)

Yazan: Dr. Hâdi TAN

Suç ve suçluluk içtimaî hayatın icaplarından olup Bio — Sosyal bir hâdisedir. Evvelden ittihaz edilmiş olan ağır müeyyidelere ve önleme tedbirlerine rağmen suç yine işlenmekte ve binnetice bir suçlu tipi cemiyet içerisinde her zaman yaşamaktadır. Binaenaleyh suç ve suçluluk içtinabı gayri kabil keyfiyetlerden madut olduğu cihetle işlenen suçların faillerini takip ederek meydana çıkarıp elde etmek ve suçun maddî delillerini tesbit eylemek ve mücrimleri cezalandırmakla yetkili mahkemeler huzuruna sevketmek için hususî bir teşkilâta ezcümle ihtisaslaştırılmış bir taazzuva lüzum ve ihtiyaç vardır. İşbu ihtiyaç toplulûğun ilk zamanlarında dahi hisedilmiş olduğundan ta o zamanlar cemiyet içersinde meydana getirilen hususî teşekküller kaza organlarile birlikte ve onlara müvazi olarak çalışmışlardır. Bu nevi faaliyetlerin Sıklet merkezini, cemiyetin düzen ve intizamını, emniyetini ihlal edici mahiyette bir yasak eylem işlemiş olan kimselerin takibi ve yakalanması, fiile müteallik maddî delâilin tesbiti ve mücrimin cezalandırma organlarına tevdii gibi aslî faaliyetler teşkil etmiştir.

Bu teşkil, tarih boyunca pek çok safha ve istihaleler geçirdikten sonra bugünkü mânada müstakil (zabıta) taşkilâtı halinde taazzuv ve teşekkül etmiş bulunmaktadır. Zabıta teşkilâtı, bilindiği üzere umumî bir teşkilâttır. Bu teşkilât, kanun hükümlerini ve hükümetin emirlerini İcra ve infaz için asayişi, düzeni ve güveni temin, ve muhafaza ile mükelleftir. Aynı zamanda kanun ve nizamlarda yazılı olan hususatı ifa ve icra eyler.

Medeniyetin inkişafı, teknik vasıtaların istimali ve teaddüdü sebeplerile, işlenen suçların gerek katagorisinde ve gerek ika tarzında vakı olan tahavvüller ve bilhassa yenilikler dolayısile mücrimleri takip ederek maydana çıkarma ve yakalama ve aynı zamanda sübut vasıtalarını ve maddî delilleri elde etmek hususlarında müşkilât başgöstermiştir. Ezcümle mücrim, suçu, teknik va-

[1] Kiriminal polizei, Organisation und Meldedienst der. Reichskriminal polizei (1942), Staatspolizei, Sicherheitpolizei, Die Entwicklungder Kriminal polizeli, prof. Hippel. Kriminal politik, Kriminal polizei, Revue Enternationale de police Criminale (1947), Blätter für Kriminal polizei.

sıtalardan istifade ederek işlemekte ve bununla beraber suç delillerini, gerek fiili ve gerek faili zahire çıkaracak emareleri, izleri yok etmek veya saklamak suretile takipten ve cezadan masun kalmak imkânlarına malik bulunmaktadır. Binnetice ustalıkla ve devrin teknik vasıtalarından faydalanarak tasvir ve tasammum ile işlenilen fiillerin failleri ekseri ahvalde meçhul kalma tehlikesine mâruzdur. İşte kamu düzenini muhafaza eylemek ve Devlet otoritesini ve cezalandırma yetkisini zaafa uğratmamak, suç ve suçlu ile mücadele edebilmek amaçlarını temin zımnında, umumî olan zabıta teşkilâtından ayrı ve fakat tavzif edildiği iş için ihtisaslandırılmış bir (adli zabıta) teşkilâtının lüzumu belirdi. Bununla beraber adaletin matlup şekilde tecelli edebilmesi ve hakikatin tezahürü ancak, fiilin hakiki failinin meydana çıkarılıp onun süratle tecziye edilmesine bağlıdır.

Nitekim, maddî izleri örtülerek işlenmiş olan bir cürmün hakiki faili yerine suçsuz bir kimsenin itham edilmesi ve onun aleyhinde kanunî soruşturma ve kovuşturmaya tevessül olunması binnetice mahkûmiyeti cihetine gidilmesi adalet kaideleriyle telifi kabil olmayan, insanlık duygularını ve genel güveni sarsan çok tehlikeli ve vahim âkibetli bir olaydır. Bununla beraber mücrimin, fiili işler işlemez yakalanarak hakiki ve taze suç delillerinin tesbiti ve hakkındaki cezanın süratle tâyini müsbet amacın tahakkukunu temin eden belli başlı âmillerdendir.

Bundan başka belediye polisinin diğer tâbirle genel zabıtanın görev ve yetkisi yalnız mensup olduğu İl hududu dahiline inhisar etmektedir. Halbuki bir fiilin faili, cürmü işledikten sonra suç mahallini terkederek firar imkânlarını arar, bu firar ya yurt içinde veya yurt dışında olabilir. Binaenaleyh mücrimi takip işile vazifeli olan elemanların böyle bir mahdudiyete mâruz kalmaksızın onu elde edinceye kadar takip yetkilerini kabul etmek zarurî bir keyfiyettir.

Bu itibarla, (adli zabıta) ismi altında vücut bulmuş olan teşkilât, cürüm ve cinayetlerin faillerini takibederek yakalamak ve maddî sübut delillerini tesbit ve failleri cezalandırmakla ödevli mahkemelere tevdi eylemekle muvazzaf kılınmıştır.

Adli zabıta memurlarının, hususi şekilde yetiştirilmeleri lüzumu, teşkilâtın kurulmasında güdülen amaca dayanır. Zira, bu teşkilât elemanlarının mücrimi takip edip yakalayacak ve fiilin maddî izlerini tecziyeye yeter derecede tesbit edebilecek vasıf ve kabiliyette

297

olmaları şarttır. Bunun için de adli zabıta memur ve âmirlerinin tavzif edildikleri görevin icabatı nisbetinde ihtisas sahibi olmaları lûzumu aşikârdır.

(Adli zabıta) tâbirini dar mânada almak lâzımdır. Zira, bir çok medeni devletler, yeniden kurdukları bu teşkilâta (cinaî zabıta) veya (cinaî polis) ismini vermektedirler. Haddi zatında bu tâbir yerinde bir tâbirdir. Çünkü (adli zabita) yalnız cinayet ve cürüm mevaddile uğraşır. Cemiyet hayatının günlük icaplarından olarak işlenen basit ve ehemmiyetsiz suçların ezcümle kabahat efalinin takibi işi bu teşkilâtı ilgilendirmemelidir. Belediye zabıtası, diğer vazifeleri meyanında, bu nevi suçları tahkik ve faillerini takip ederek adalet cihazına veya diğer yetkili mercilere tevdi eyliyebilir. Zira, alelâde kabahat efali için, ihtisaslandırılmış ve devrin teknik vasıtalarile techiz edilmiş bir teşkilâtı meşgul etmek amaçtan ayrılmaya sebep olur. Binaenaleyh kurulacak adli zabıtayı bilûmum suçların tahkik ve faillerinin takip ve delillerin tesbiti işile tavzif etmekten ziyade bunların mesaisini cinayet ve cürüm efalile birlikte sosyal bünyeyi sarsacak mahiyet almış olan bâzı suçların takibine tahsis etme memleketin ihtiyaçlarına daha uygun düşer.

Adli zabıta, herşeyden evvel suç ve suçlulukla mücadelede bir ihtisas kolu olmalıdır. Bunun için bu teşkilâtta çalışmak üzere tefrik edilecek elemanların evvel emirde meslekî sitaj görmeleri ve aynı zamanda adli bilgiyle mücehhez kılınmaları gerekir.

Adli zabıtaya (cinaî polis) lâyık olduğu değeri vermiş olan Almanya ve Belçikada [1] adli polis memurları ile âmirlerinin mes-

[1] Adli polis teşkilâtı ilk olarak Belçikada 7 Nisan 1910 tarihli kanunla meydana gelmiştir.

İdarî ve beledi polis, adlî işleri lâyikıle göremedikleri gibi suçluları takip ve tenkilde de kendilerinden beklenilen ödevi yirine getirememekte idiler. Bu itibarla Belçikada, Adlî polis teşkilâtı hakkında bir çok tasarılar hazırlanmış isede 1910 yılından evvel kanuniyet kesbedememiştir.

Cihan harbinde Belçika topraklarının yabancı devlet orduları tarafından işgali ve ecnebi haydutların, milletler arası mücrimlerin bu toprakları kendilerine melce ittihaz eylemeleri üzerine *Adlî Polis* teşkilâtının lûzumu bir kat daha belirmiş bulundu. Aynı zamanda harb içinde ve harb sonunda memlekette işlenilen cinayetlerin artması, keyfiyet ve kemiyyetini değiştirmesi Belçika hükümetini böyle bir teşkilât kurmağa zorlamıştır.

Adlî polis teşkilâtı, bidayette en küçük bucak merkezlerinde dahi kurulduğu halde, bilâhara suç ve suçluluğun azalması ve mühim cürümlerin büyük ve kalabalık merkezlerde işlenmesi dolayısiyle yalnız büyük merkezlere inhisar ettirilmiş oldu.

Adlî polis âmirlerinin tâyini krala ait bulunmakta, memurlarınki ise Adalet Bakanı tarafından icra edilmektedir.

298

leke kabulü ancak muayyen sınavların başarılmasına bağlıdır. Adli polis imtihanına girebilmek için otuz yaşını bitirmiş ve orta okuldan şehadetname almış olmak lâzımdır. Tam teşekküllü bir hastahanede sîhhî muayeneye tâbi tutularak durumu tesbit edildikten sonra koşma ve atlama müsabakasında muvaffak olması şarttır. Sınav sözlü ve yazılıdır. (Tahrir, Çoğrafya, hukuk bilgisi, Anayasa, adli teşkilât, ceza ve usul hukuku, infaz hukuku, ticaret hukuku, tabiat bilgisi, Fotagrafcılık, adli tıp) adli polis âmiri olabilmek için 35 yaşında bulunmak ve adlî polis memurluğunda en az beş sene hizmet etmiş olmak lâzımdır. Evvel emirde sihhî muayeneye, koşma ve atlama müsabakasına, sonra yazılı ve sözlü sınava tâbi tutulur. (Zabıt varakası tanzimi, anayasa, adli teşkilât, ceza ve usul hukuku, infaz hukuku, ceza ve usulü tatbikatı, adli tıp, Psikoloji, Antrpoloji, polis fenni, Fotağrafcılık, ticaret hukuku, tabiat bilgisi, genel ve özel coğrafya,)adli polis memur ve âmirlerinin kadrolarının tesbit ve tâyini ihtiyaca göre yapılır.

Belçikadaki adli polis mertebe silselesi şöyledir:

I—Adli polis memurları: Memur, adli Polis müfettişi, adli polis baş müfattişi.

Şefler, yalnız dört büyük merkezde vazife görürler. (Bürüksel, Gan, Anvers ve Liyej). Diğer merkezlerdekî şefliğin vazifesi başkomiserler tarafından ifa olunur.

Adlî polis memurları iyi fiş ve sicil aldıkları taktirde iki sene nihayetinde, adlî polis âmirleri ise aynı şekilde dört senenin ikmalile terfi edebillrler.

Adlî polis meslekine sınavla girilir. Adlî polis olmak için ayrı adlî âmir olmak için ayrı sınav yapılır.

Sınav Adalet Bakanlığının bir temsilcisi ile Savcılık heyetinden bir zat ve adliye polis şefi tarafından icra ve muvaffak olanlar Kral tarafından adlî polis âmirliğine nasp ve tâyin olunur

Görevleri: Savcıların, sorgu yargıçlarının, İstinaf savcılarının ve cinayet mahkemeleri başkanı ile istinaf reisinin tevdi etmiş oldukları bilûmum adlî görevleri ifa eylerler. Adliyenin sağ kolu ve faal unsurudur.

Şikâyetleri dinlemek ve istida kabul etmek hak ve yetkisini haiz değildirlar. Adlî polis diğer deyimle adalet cihazının icra kuvvetidir. Adlî polis *her hangi basit bir suçun delillerini toplamak ve suç faillerini elde etmekle mükellef değildir.*

Esaslı görevleri, İhtisasa müteallik işlerdir. Adi bir hakaret veya adi yaralama suçuna ait soruşturmayı belediye polisi yapabilir. Fakat ağır bir suçun veya faili belli olmıyacak şekilde maharetle işlenen bir cinayetin tahkık ve takip işini savcı veya sorgu yargıcının verdiği emre istinaden adlî polis takip ve tahkik eyler. Bu vazifeyi görürken bilûmum memurlar ve diğer polis organları ve belediye başkanları kendilerine yardım etmekle mükelleftirler.

Adlî otoritenin haiz oldukları bilûmum hak ve yetkilere sahiptirler. İdareten emniyet genel müdürlüğüne bağlı iselerde görev dolayısiyle direktman savcının emri altındadırlar.

299

b) Adli polis âmirleri: Adli polis komiseri, adli polis baş komiseri, adli polis şefi.

Adli polisin çalışabilmesi lüzumlu teknik bürolarının kurulmasına bağlıdır. (parmak izi, Fotoğraf, kim yevî ve fizikî tahlil laboratuvarları, mükerrirler bürosu, milletler arası suçlular bürosu, genel teknik büro, özel teknik büro) Adli polis işbu teknik vasıtalarla çalışmak mecburiyetindedir ve teknik vasıtalardan istifade ettiği nisbette bu teşkilâttan beklenilen faide elde edilmiş olur.

Adli zabıtanın hangi otoriteye tabi kılınacağı meselesine gelince: Garp memleketlerinde muhteliftir, Almanlar İç İşleri Bakanlığına, Belçikalılar, Holandalılar ve Fransızlar doğrudan doğruya savcılık ve mahkemeler emrine vermişlerdir.

Esasen adli polis İl merkezlerindeki adalet dairelerinin yanı başında ve onlarla birlikte vazife göreceklerdir. Bu itibarla ve muvazzaf kılındıkları işin mahiyeti icabı savcılık ve mahkemeler emrine verilmesi daha doğru ve amaca uygun olur.

300

Memurların Hukukî Vaziyeti

Dr. Reşat D.TESAL

(Bütün medenî dünyada olduğu gibi, memleketimizde de memur meslesi günün en mühim hukukî mevzularından birini teşkil eylemektedir. Devletin, memleketi geliştirme yolunda, işlenmemiş bir çok sahalara el atarak çeşitli faaliyetlere girişmesi, ortaya yeni memuriyet nevileri ve memur sınıfları çıkarmış, bu yüzden memurların devlet karşısındaki hukukî durumlarının tetkiki esaslı ve çetin bir mesele haline gelmiştir. Bu itibarla, bu konuda etraflı bir tetkike girişmeyi faydadan hâli görmeyerek, memleketimizdeki durumu bir ikinci yazı mevzuu yapmak üzere, evvelâ mevcut nazariyeler ve diğer memleketler mevzuatı hakkında bâzı malûmat sunmayı uygun bulduk ve tanınmış idare hukukçularından hocamız R. Secretan' ın bu mevzu üzerinde İsviçre Hukukçular Cemiyetine vermiş olduğu raporu, bâzı ufak ilâvelerle, aşağıdaki şekilde türkçeye çevirdik. Son harb felâketinden birkaç sene evvel hazırlanmış olmasına rağmen, ihtiva ettiği değerli tahliller ve mevzuata ve içtihatlara müteallik bol örnekler sayesinde tazelik ve değerini muhafaza etmiş bulunan yazının maksadı temin eyleyeceğini ümit ediyoruz.)

Memuru devlete bağlayan münasebetin hukukî mahiyeti, bugün de devam eder şiddetli ihtilâflara yol açmış bir meseledir. Bu meselenin doğmatik faydası aşikâr bulunduğu gibi, tatbikat bakımından ehemmiyeti de küçük değildir. Filhakika, bahse mevzu olan husus, mevzuatın ve mahkeme içtihatlarının tetkikinden istihraç olunan müşahhas olayları, mevcut nazariyelerden hangisinin en tatmin edici şekilde izah ettiğini bulmaktır. Hukukçunun vazifesi, memurlara müteallik ahkâmın dağınık ve ekseriya birbirine uymayan tezahürlerini, müşahede ve tahlil sayesinde, müşterek bir prensibe bağlamağa çalışmaktır. Bu suretle varılacak prensip, mevzu hukuk kaidelerini aydınlatıp canlandırmağa yarayarak, salim bir surette tefsirlerine imkân verecek ve böylece, fikirler gelişerek günün ihtiyaçlarının gerektirdiği yeni hükümlerin hazırlanması kolaylaşmış bulunacaktır.

Bu kısa mukaddimeden sonra memurların hukukî vaziyeti hakkında ortaya atılan belli başlı nazariyelerinin tahliline geçelim:

I — Hukukî mukavele nazariyesi

Bu nazariyenin ehemmiyeti tamamen tarihî bakımdandır. Bâzı muharrirler memurun vaziyeti ile ücretli hususî şahısların vaziyeti arasında bir benzerlik bulmak istemişlerdir. Onlara göre memur tâyini sırasında cereyan eden muamele hususî mukavele akdine tamamen benzemektedir. Burada da anlaşmaya girişen iki taraf vardır. Bunlardan biri memuriyete tâlip olmak ve vazifeyi kabul etmekle, diğeri de tâyini yapmak suretile mukavele şartlarından olan irade izharında, icap ve kabul teatisinde bulunmuş olurlar. Doğan mukaveleye nazaran memur, görevinin vecibelerini yerine getirmeyi, devlet te mukabilinde bir ücret vermeyi ve sair menfaatler temin eylemeyi taahhüt eymiş bulunurlar. [1]

Böyle bir nazariye ancak derebeylik zamanından eski rejimin sukutuna kadar uzanan devrenin siyasî realitesine tevafuk edebilir. Filhakika, feodalite devrinde âmme vazifeleri babadan evlâda intikal eden birer hak vasfını haizdirler. Bugün âmme servisi diye tavsir edilen işler o zamanlar prensip veya tevabiinin hususî işleri mahiyetinde olup bu hizmetleri görenleri ise şahsî hizmetkârlardan ayırt etmeğe imkân yoktur. Sonradan devlet mefhumu doğarak hükümranlığı inhisarı altına almağa muvaffak olunca âmme görevi fikri de meydana çıkmış ve fakat memur, daha uzun müddet kollektifi temin emrinde addedilemeyip eskisi gibi hükümdarın hizmetinde sayılagelmiştir. Bu itibarla, mukavele nazariyesi bu çeşit münasebetlere ve bu devredeki vaziyete oldukça uygun bir şekilde tatbik edilebilir bir nazariye teşkil eylemektedir.

Bu nazariyenin izlerine bugünkü ingiliz hukukunda raslamak mümkündür. Filhakika, İngiterede devlet bir dereceye kadar tahtla birleşmiş sayılmaktadır. Bu itibarla, bütün bir sınıf memurlar kralın hizmetkârları meyanına dâhildirler ve« Servants of the Crowr»-namını alırlar. Hattâ, eski bir ingiliz hukuk kaidesine göre, iş mukavelesi işçi kullananın ölümü ile hükmen mefsuh addedilmekle, bir müddet evveline kadar, kralın ölümü ile memurları salâhiyetlerinin de yenilenmesine lüzum olduğu kabul edilmekte idi. Bu teamüle ancak yedinci Edvard'ın tahta çıktığı sırada neşrolunan hususî bir kanun ile son verilmiştir.

Geleneğe daha az bağlı bulunan diğer Avrupa memleketlerinde memurun sırf hukukî mahiyette böyle bir mukavele ile merbutiyeti

[1] Perrignet—Devletin yaptığı mukaveleler, s 144, N⁰ 473, 909 v.s, Dareste —İdarî adalet, 2. tapu, s: 388

302

fikri, hükümdarın şahsî kudretinin ortadan kalkmasile iflâs etmiştir. Milletin hükümranlığına ve kanun otoritesine dayanan modern devlet sisteminin teessüsile birlikte, memurlarda umumun hizmetkârı, âmme görevinin mükellefi haline geldiler. Bugün eğer hâlâ bir mukavelenin mevcudiyetini kabul etmek lâzımgelirse bunun, umumun menfaati için çalışan devletle akdedilmiş saymak gerektir. Hususî hukuka giren mukaveleye artık her halde yer yoktur. Mevzu tamamamen âmme hukukunun kapalı sahasında cereyan etmektedir. (İsviçre hakkında, bakınız: borçlar K. mad. 362, Federal mah. 18/2/915, resmî karer dergisi, 41, II s: 181, 21/9/924, reşmî karar dergisi, 50, I. s: 69 ve müteaktp, 502)

Mesele böylece âmme hukuku sahasına intikal ve inhisar etmekle beraber, münakaşa ve ihtilâf mevzuu henüz kapanmış değildir. Hususî mukaveleler yanında (âmme hizmeti imtiyazları, âmme işleri mukaveleleri, devlet ihale ve taahhüt işleri v. s. gibi) idarî mukaveleler de bulunduğuna göre ortada halli icabeden noktalar bugün de mevcuttur. Memurun tâyini ve vazifeyi kabulü bu çeşit idarî mukavelelerden birini mi teşkil eder? Ve böyle olduğu takdirde, memurun vaziyeti bir akde mi dayanıyor, yoksa tâyin keyfiyitini idarenin memuru, umumî ve gayri şahsî olup kanunlar ve nizamlar tarafından tesis edilmiş bulunan bir vaziyete ithal etmesi şeklindemi kabul etmek lâzımdır. Meselenin, ara yerine bir çok tâli derecede konbinezonlar sığdırılabilecek iki kutbu, iki nihaî hal şekli işte bunlardır.

Ne olursa olsun, memurun hukukî vaziyetinde iki unsurun mevcudidetini kabul etmek şarttır: Biri akdî unsur—mukavele demeyoruz—diğeri de kanunî ve nizamî unsur.

Akde dayanan unsur—nadir istisnalar hariç — memuru devlete bağlayan rabıtanın ihtiyarî oluşunda mündemiçtir. Bugün kimse memur olmak mecburiyetinde değildir. Memur idare hizmetine ancak kendi isteğile girmiş bulunur. Bunun gibi, tâyin keyfiyeti de tamamen ihtiyarî olup memuriyet şartlarını her bakımdan haiz olan bir namzedin bile tâyininde idare için mecburiyet yoktur.

Fakat memurun vaziyetinde, bu akdî unsurun yanında, ondan daha az kuvvetli olmayan bir nizamî unsur da vardır ki, daha ilk nazarda göze çarpar. Filhakika memurun hak ve vecibeleri kanun ve nizamlardan doğmaktadır. Bu kanun ve nizamlar değişmez değildirler. İcabına göre, bütün mevzuat gibi, hattâ memurun taahhüdünün devamı esnasında, değişebilirler. Bu takdirde memur, ancak

303

mer'yetteki hükümlerin bahşettiği imtiyazlardan faydalanabilir. Diğer taraftan, memur idare ile müsavi şartlar dairesinde münasebette değildir. İdarenin inzibatî tazyik ve tesiri altında bulunup, keyfi istediği zaman vazifesini terketmek hakkından da mahrumdur.

2—Âmme hukuku mukavelesi nazariyesi

Tamamen hususî mahiyette mukavele nazariyesi bir tarafa bırakıldıktan beri, bu tezi müdafaa edenler, bahsettikleri mukavelenin âmme hukukunun tesiri altında olup bir takım hususî kaidelere tabi bulunan (âmme hukuku, âmme hizmeti, âmme görevi, âmme hükümranlığı mukaveleleri) şeklinde, nev'î şahsına münhasır bir akit olduğunu kabul etmek zaruretinde kalmış bulunuyorlar. [2] Bu çerçeve dairesinde birbirine yakın fakat farklı birçok nazariyeler teessüs etmiştir. Ana hatlarına indirildikte bunları şöyle hulâsa edebiliriz:

Memurun vazife taahhüdü ile alelâde mukavele arasında müşterek nokta şudurki her ikisinde de vecibe ve hakları bir icap ve kabul teatisinden doğmaktadır. Bâzı muharirler kabulün rolünü lüzumundan fazla küçültmektedirler. Halbuki memur tâbiri, dar mânasında alındığı ve bu suretle askerler, jüri âzası, şahitler memur çerçevesine sokulmadığı takdirde, halen kimsenin idarî kadrolara girmek mükellefiytinde bulunmadığını kabul ekmek zarurî olur. [3] Yani, memuriyete tâlip olan bir kimsenin tâyini, hemen de umumiyetle, ancak vazifenin kabulünden sonra tesirini gösterecektir. [4] Bu itibarla, memuriyetin kabulünü tek taraflı yapılmış bir hizmet teklifine delâlet şeklinde anlamak imkânsızdır. [5] Çünkü, kabul mecburî olmayan ve zorla yerine getirilmeyecek bulunan bir teklif, uyulması mecburî bir hareket teşkil eyleyemez.

Memuriyetin teklif ve kabulü, hukukî mukavele gibi, bir icap ve kabul teatisini icap ettirmekle beraber, neticeleri bakımından bu mukaveleden farklıdır. Hususî hukukta iradelerin birbirine uygun olarak izhârı, âmme nizamına mütedair hükümler dairesinde tarafların hak ve vecibelerini serbestçe tâyin eyler. Halbuki, me-

[2]—Laband —Âmme hukuku, Kammerer—Alman mevzuatına göre âmme vazsfesi, s, 76 ve müteakip. Nezard— âmme görevinin hukukî nazariyesi, Laferriere—İdarî kaza, 2. tabı, C.1,S. 618 ve mü., Demartial — memurların statüsü, Combothecra—, medenî dünyanın amme hukuku el kitabı, No 500.

[3]—Roma İmpratorluğunun son devrinde „Curials„ler, babadan oğula olmak üzere vazifelerine mecburen bağlı idiler.

[4]—Bakınız, Not: 19.

[5]—Hauriou—Muhtasar idare ve âmme hukuku, 11. tabı. c. 2. S. 592

murun vazife ve imtiyazları tâyin ve kabulden neşet etmez. Bunlar önceden, umumî ve gayri şahsî olarak memuriyeti tanzim eden kanun ve nizamlarla tesbit edilmişlerdir. İdare, prensip itibarile, memura bu kanun ve nizamların tâyin ettiğinden farklı bir durum ihdas edemez. Tâyin edilen kimse, kendisine tevcih olunan bu kanunî ve nizamî mevkii ancak kabul veya ret etmek hakkına maliktir. Hattâ idare, vazifeye müteallik kanunu tadil yolu ile memurun hukukî vaziyetini değiştirmek iktidarına da malikir. Binaenalyh burada, tevcih olunan vazifenin kabulü, önceden tanzim edilmiş kanunî bir rejimi yeni alınan memura teşmil etmekten başka bir tesir göstermeyor.

Mukavele tezinin taraftarı müellifler, kabul ettikleri bu müteaddit cepheli akdi"âmme hukuku, âmme görev veya âmme hizmeti mukavelesi" diye adlandırmaktadırlar. Bu sahada ortaya çok ve çeşitli nazariyeler atılmıştır bir kısım muharrirlere göre (Laferrière, Combothêcra), devletin; hükümranlık vasfı, memurun başlangıçtaki vaziyetini tadil etme hakkını meşru kılmağa kâfidir.

Demartial, memurluk müessesesinin karakteristik noktasını, bir taraftan bir icap ve kabul teatisine dayanmak bakımından mukavele vasfını haiz bulunmakla beraber, diğer taraftan da mukavele şartlarının tek taraflı bir idare hareketile tesbit edilmiş olması noktasındrn idarî ve nizamî bir cephesi dahi olmasında görmektedir. Şu hale göre, mukavelenin elemanları iradelerin tetabukundan değil, kanun ve nizamdan neşet ediyor, icap ve kabul ise taraflara, sadece mevcut mevzuata uymak mecburiyeti müşterekesini yükleyor demektir. [6] Alman müelliflere gelince, (Laband, Kammerer), memurun tâyinini tahlil etmek hususunda onlar, ferde memurluk sıfatını takan ve devletin, maaş ve tekaüdiye vermek v.s. gibi vecibelerini tesis eden âmme hizmeti mukavelesi ile idare tarafından memura muayyen bir vazifenin ifası hususunda tek taraflı olarak salâhiyet verilmesi cihetlerini birbirinden ayırmak lüzumunu ileri sürüyorlar.

Memurun bir âmme hukuku mukavelesine müsteniden tâyini yolundaki nazariye, bugün mahakim içtihatlarında değilse bile, müelliflerin eserlerinde hemen de tamamen bir tarafa bırakılmıştır.

Muharrirler bu nazariyeyi reddetmek hususunda müttefik olup onun aleyhinde bir çok hücumlarda bulunmaktadırlar; şöyleki:

[6] Fransız Devlet Şûrası kararları: Winkell işinde Tardieu'nün vardığı netice (7/8/1909), Desrumeaux işinde Corneilles'in vardığı netice (5/5/911)

Duguit, [7]" mukavele, hudutları tamamen muayyen olan bir hukukî müessesedir.

Mukavele mevcut olduğu zaman muayyen bir netice husule gelir. Ve bu netice ancak mukavelenin mevcudiyeti halinde, bu takdirde de muhakkak olarak tahassül eder. Halbuki, memurların vaziyetinde böyle bir neticeye rastlamıyoruz. Kaldıki, âmme hizmeti fikri mukavele fikrini ifna etmektedir. » diyor.

Rolland, [8] mevcut hukukî ikilik üzerinde ısrarla durmakta ve memurun tâyininde gözetilen maksat hizmetin görülmesi, yani umumi menfaat olduğuna göre, mukaveleden bahs etmeğe imkân bulunmadığını, aksi takdirde umumî menfaat şahsın menfaatine tabi kılınmış olacağını söylemektedir.

Umumi mahiyetteki bu tenkidler devletin mânevî şahsiyetini hudutsuz kabul etmeyen müellifler için daha mutlak hale gelmektedir. Filhakika, muharrirlerin büyük bir kısmı devletin mânevî şahşihsiyetinin sadece hususi hakların kullanılmasında mevzuubahis edilbileceğini, âmme işlerinde bu şahsiyetin kullanılamayacağını ve bu itibarla, âmme kudretinin icrasına müteallik bir hareket olan memur tâyini keyfiyetinde, memurun karşısında mukavele akdine yetkili kimse bulunamayacağına göre, bir mukavele mevzuu görmeğe imkân olamayacağını ileri sürmektedirler.

Memurluk sıfatının verilmesini bir mukaveleye bağlamış olması bakımından, bizzat Laband'ın yukarda izah olunan muhtelit nazariyesi de [9] tenkide uğramakta ve ayrı devirlerde yaşamış bulunan derebeylik telâkkisi ile hükümranlığı, hukukî muamelâtın dışında kabul eden ve verilmez, devredilmez ve fertlerle mukavele akdine mevzu teşkil edemez mahiyette anlayan modern telâkkiyi birbirine karıştırmak ve birleştirmekle ittiham edilmektedir.

Diğer bir tenkide geçelim. [10] Bunda her mukavelede anlaşmaya varma uğrunda bir müzakere yapılabildiği halde memurun vazife ye alınması sırasında böyle bir imkânın bulunmadığına işaret edilmektedir. Gerçi bâzı hususî mukaveleler önceden her hangi bir müzakere yapılmaksızın akdedilirler. Ve mukavelede esaslı nokta, müzakere olsun veya olmasın, neticede âkit taraflar arasında icap

[7]— Esasiye Hukuku, 2 tabı, c 3,s 118

[8]—Muhtasar İdare Hukuku, 2.tabı, s. 58

[9]—Duguit, adı geçen eser, c.3,s. 121

[10] Rolland—Muhtasar İdare Hukuku, 2. tabı, S, 58, Sirey' de Hauriou, nun yazısı 1907, ε, 49)

ve kabul teatisinin cereyan etmiş olmasındadır. Bununla beraber, mukavele tezine karşı, her anlaşma halinin mutlaka bir mukaveleye müncer olmadığı ve bu itibarla tâyin keyfiyeti ile memurun vazifeyi kabulü cihetinin yekdiğerinin tabiî birer neticesi sayılamayacağı ileri sürülerek, bunlarda akdî bir muvafakat mübadelesi görmemek icabeder denilmektedir. [11] İdarenin tâyin kararı namzedin memuriyeti istemesi veya kabulü ile ilgili bulunmayıp, âmme hizmetini karşılamak zaruretile mukayyettir. Sadece personelinin iyi seçimini temin içindir ki idare, tâyin emrinin icrasını seçilen memurnn vazifeyi kabul etmesine bağlamaktadır. Bu itibarla bu kabul, memur tarafından bir mukavele teklifinin nazara alınması mânasını ifade etmeyip idarenin tek taraflı bir tedbirine iştirakten ibarettir. Gerçi memur tâyin kararını kabul eder. Hattâ ekseriya o, bu vazifeyi kendisi istemiştir. Fakat bu kabul, bir mukaveledeki kabul mahiyetinde olmayıp bir kanuna veya bir idarî emre icabet nevinden bir harekettir. [12]

Bu istidlâl bize zayıf görünmektedir. Netekim Fransız hukuk ilminin bâzı salâhiyetli üstatları halen icap ve kabul mübadelesini (tabiî memur tâyini keyfiyetinde) inkârdan sarfınazar etmişlerdir. [13] Bu suretle de mukavele nazariyesi aleyhtarları arasında bu cihet hakkında bir ayrılık belirmiş bulunmaktadır.

Buna mukabil, mukavele nazariyesi aleyhtarlarının hepsi, bir irade mütabakatı, bir icap ve kabul teatisi teşkil etseler bile, vazife teklifile tâyin ve kabülün bir mukavelenin doğmasına sebebiyet vermediklerini, çünkü tarafların karşılıklı hak ve vecibelerini tesbit eden noktanın bunlarda mündemiç bulunmadığını söylemekte birleşiyorlar. Bu mütalâa, mukavele mahiyetini haiz olmadığı söylenen tâyin ve kabul keyfiyetinde esaslı bir mukavele unsnrunun , mevzunn tâyin edilmiş olması hususunu eksik bulnduğu kanaatine dayanmaktadır.

Hususî hukukta, ilgililer yekdiğerine tanıdıkları hak ve vecibeleri, âmme nizamı çerçevesi içinde kalmak şartile, serbestçe tesbit ederler. Halbuki memur tâyini, tarafların hak ve vazifelerinin müşahhas olarak tesbitine imkân vermez. Bu hak ve vazifeler umu-

[11] Haurion – Sireyde çıkan yazısı (1899, 3, 105 ve197, 3, 49). Muhtasar İdare Hukuku, c' 2' S' 592.

[12] Bakınız İmhof S. 254a dan 256 a' ya kadar.

[13] Duguit , adı geçen eser , c' 3, S 116, Jeze – Âmme Hukuk dersleri, âmme görevinin umumî nazariyesi , 1927, S, 140 Aynı muharririn : İdare Hukukunun umumî Pirensipleri, S. 424, Bonnard — Muhtasar İdare Hukuku, S. 226.

307

mî olarak kanun ve nizamlar vasıtasile ve önceden tâyin olunmuştur. Tarafların iradesi memuriyet şartlarının ihdasına tamamen yabancı olup bu şartların mümasil memuriyetler şeraitinden farklı bir suretette leh veya aleyhte tebdil ve tadiline imkân veremez. [14] İki tarafça kabul edilen vecibelerin menbaı ilğililerin iradesinde değil, âmma kuvvetinden sâdır olan mevzuatta mündemiçtir ki, bu da mukavele fikrini bertaraf etmektedir.

Bundan başka, hususî hukuktaki mukavele, taraflar arasında kanun mesabesinde olup bunun tadili cihetine ancak müştereken gidilebilir. Halbuki memurun vaziyeti mutlaka sabit kalmaz. Şeraiti tâyin eden kanun ve nizamlarda sonradan yapılan değişikliklerden müteessir olur. İstifasını vermedikçe memur, haklarını tahdit veya vecibelerini arttırma yolunda vukubulacak hertürlü değişikliğe katlanmak zaruretindedir. Buna mukabil, kanun ve nizamlar tarafından kabul edilen lehteki hükümlerden derhal istifade edecektir. İdare için, muayyen bir müddetle tâyin edilmiş memurlar hakkındaki evvelî şartlarda değişiklik yapma hakkının bir derece tahdit edilmiş bulunduğu söylenebilir. İsviçre' de federal hükümet memurları bu nevidendir. (Imhof, s. 277—279 a). Fakat , gayri muayyen bir zaman için tâyin edilmiş memurlar hakkında idarenin bu bakımdan salâhiyeti hudutsuzdur. [15] Federal Mahkeme de, umumî perensipler sahasında bu neticeye varmakta ve yeni bâzı kararlarında, bir kısım kanton anayasalarınca kabul edilmiş bulunan mülkiyete (ve binnetice müktesep haklara)ilişilmezlik prensibinin âmme hukuku mevzuunda kabili tatbik olmadığını ve bu itibarla memurlara maaşlarının idamesini temin etmediğini mütalâa eylemektedir· [16] Keza ayni mahkeme, federal anayasanın 4. maddesinin, memurlar statüsünün tadiline, prensip itibarile mâni teşkil etmediğini de beyan eylemektedir. [17]

[14] Imhof —S, 262a No III. Ayni mealde, Fıransa lçin bakınız: Uzlaşmazlık mahkemesi (Güidet işi, 21/12/1879, Berğeon 4/7/1896) Danıştay: (Pingal işi, 4/8/916 Bourdeix işi 26 3/923, Pnilichini işi 19/11/924), Hauriou—Muh. idare, s, 59.

[15] Fransa hakkında bakınız: Hauriou, Bennard ve rolland, ın eserleri, Tardieu' nun yukarda mézkûr mütalâası, Jéze ve Duguit, nin eserleri.

[16] Cenevre kantonu—Polis mütekaitler cemiyeti davası kararı (Res. K. dergsi 501. s. 69)

[17] Ayni davanın 4/11/927 gün]ü kararından: „... memura, tâyini sırasıda kanunî rejimin memuriyetin devamı müddetince değişmeden kalmasını istemek hakkı tanınamaz· Memur statüsünün günün umumî şartlarına göre degiştirile bilecegini ve değiştirilmesi gerektiği ve bu tadilât yüzünden devletin âmme namına yüklenebilecek yeni vecibeleri tazminle tutulamayacağı tabîîdir. Federal anayasa 4 maddesinde bu gibi tadillerin hakikaten lüzumlu ve zarurî olmasını ve bu yüzden memurların meşru manfaatlarının hadden fazla çığnenmemesini teminat altına almaktadır.„

908

Bu tenkidleri hulâsa edelim:

Memur tâyininin bir âmme mukavelesine dayandığını kabul eden nazariye, bugün aşağıdaki sebeplerden biri veya diğeri yüzünden müelliflerin çoğu tarafından terkedilmiş bulunmaktadır: Âmme hizmeti fikri, mukavele fikrile telif olunabilecek mahiyette değildir.- Tâyin, mânevî şahsiyetine dayanan devlet tarafından değil, âmme kudreti devlet tarafından yapıldığına ve bu itibarla, ortada akde muktedir bir kimse bulunmadığına nazaren, mukavele imkânsızdır.- Memur tâyininde mukavelenin, müzakere imkânı, icap ve kabul teatisi ve tarafların hak ve vecibelerinin kendi aralarında serbestçe tesbiti gibi esaslı unsurlarından hiç birine rastlamak mümkün değildir. İlgililer burada kendilerinin tâyin etmedikleri ve vazıı kanunun her an değiştirebileceği kaidelerle bağlıdırlar. Halbuki mukaveleye dayanan bir münasebetin mevzuu, tarifi muktazası, ancak âkidlerin rızası ile değişebilir.

Kabul etmek lâzımdır ki bu itirazlar, mukavelenin hukukî mânasından hareket edildiği takdirde, ikna edicidirler. İleride, memurların hukukî vaziyetinin, mukavele mefhumunun, içtimaî gelişmenin ortaya çıkardığı ve son mahkeme içtihatlarının da temayül eder göründüğü yeni ve uysal bir telâkkısine istinat ettirilmesine imkân olup olmadığını araştıracağız. Bundan evvel, yukardaki nazariyenin mukabili nazariyeyi hulâsa edelim.

3—Kanunî, nizamî vaziyet nazariyesi

Fransada olsun, Almanya veya İtalyada olsun, birçok nazariyeciler [18] beyninde revaçta olan bir üçüncü telâkkiye göre, memurun

Yukarda zikri geçen 4/11/927 günlü kararden :"...Devletin bir kanunu tadil etmek salâhiyeti âmme hukukunun müraakaşa götürmez bir prensibidir. Federal olsun kantonal olson hiç bir anayasa metni bir kanuna niahî ve gayri kabili tadil bir mahiyet atfedemez' Kanun vazıı, ister âmme menfaatinden, ister kanuuun kabulüne sa-ik olan sabeplerin değişmiş olmasından, isterse yeni bir iktisadî veya malî vaziyetin husulünden tevellüt etsin, ciddî sebepler tahtında oldukça bir kanunu her an tekrar gözden geçirebilir'''„

[18] Otto Mayer—Alman İdare Hukuku, 3. tabı, c.II,s, 147 ve müteakip, leiner—Alman İdare Hukukunun müessesatı, 8. tabı, s.192 ve müteakip, Rollanu—adı geçen eser, s. 59, Bonnard—adı geçen eser, s. 225 ve müteakıp, Duguit— Essiye Hukuku, 2. tabı, c.IIII , s. 96. 105 ve müteakip, Devlet, objektif Hukuk ve pozitif kanun, c-II, s.409 ve müteakip, jéze—Umumî prensipler. s. 424 ve müteakip, Haurion—Muh-

309

tâyini (veya intihabı), tek taraflı bir âmme hareketi olup sadece tâyin olunan bu hususu zımnen veya sarahatan kabulü şartına bağlıdır [19].

Memurun hukukî vaziyetini tâyin eden ne kendisinin vazifeyi kabul yolunda izhar ettiği irade nede idarenin bu tek taraflı tâyin hareketidir. Tâyin keyfiyeti memura, vazifenin kanunlar ve nizamlarla önceden tesbit olunmuş hususatının tatbikini intac eder. Yani vazifeye giren kimseyi, hazırlanmasında — veya hiç olmazsa tatbikinde— kendi iradesini hiç bir iştiraki bulunmayan bir nizama tabi tutar. Gerçekten, memurun bütün hak ve vazifeleri önceden ve tek taraflı olarak teşriî ve idarî makamlar tarafından tâyin edilmiştir. Bu itibarla, bundan doğan vaziyet te tamamen kanunî ve nizamî olup mukaveleye dayanan bir vasıf arzetmez. Tâyinini kabul etmekle memur, nikâh akdeden bir kadının, tabiiyete girmek isteğinde bulunan bir yabancının veya seçilişini ve ödevini kabul eden bir milletvekilinin vaziyetlerine benzer bir vaziyete girmiş olur. Bu kimselerde onun gibi. mukavelelerle sonradan degişmesine imkân olmayan bir nizama tabi kılınmıştırlar (Kadının getirdigi malların koca tarafından idaresi, tabiiyete giren kimsenin askerlik mükelleftiyeti, milletvekilinin teşriî masuniyetten istifadesi gibi).

Memurun tabi bulunduğu şartlar tâyin ve vazifenin kabulü ile meydana gelmediği gibi şahsa bağlı şartlarda değildirler. Falan veya filân kimse için bir memuriyet ihdas edilemez. Bir memura tevcih olunan hak ve vecibeler, kanun ve nizamların ayni derecedeki bütün memurlar hakkında kabul ettikleri hak ve ve-

tasar Âmme ve İdare Hukuku, II. tabı, c. II, s. 597, ve müteakip, Sirey' de not (1892, 17, 3, 1894, 3, 33. 1899, 3. 105), Milletler cemiyetinin resmî gazetesi, 6.sene, No. 10, s. s. 1441 ve müteakip.

İsviçrede Federarl Mahkeme şimdiye kadar âmme mukavelesi ve kanunî ve nizamî vaziyet sistemlerinden biri veya diğerini açıkça terviç eylememekle beraber' ikinci hal şekline daha ziyade temayül eder görünmektedir (R. K. D50, I s. 69 ve müteakip). Fleurier komünü—Hottemberg davasıua mütallik 29/1/927 günlü neşredilmemiş kararda âmme Hukuku Dairesi şöyle diyor: "Ferdin memur sıfatını haiz oluP olmadığına karar vermek için bilhassa şu noktaları gözden geçirmek lâzımdır: a) Vazife, tamamen hukukî mahiyette olan ve hukukan müsavi şartlar altında bulunan kimseler tarafından görüşülerek imzalanmış bir mukaveleye müstenidenmi verilmiştir, yoksa tâyin devletin hükümranlık haklarını icra eden bir makam tarafından mı yapılmış'ır. b)..„

[19] Bu şart talikî bir şartmıdır, yoksa tâyini bozar m ı ? Federal mevzuat birinci şıkkı tercih ediyor gibidir (bakınız: Imhof, S. 255 a). Fakat Fransada, tâyin, kabulden evvel bâzı hukukî neticeler doğurduğuna göre bu, memlekette memurun mtiuanın bir fesih şartı olabileceğini kabul etmek lâzımgelecektir.

310

cibelerden hiç bir veçhile farklı olamaz. Ve bütün bir sınıf memurlar için şerait ayni olduğu cihetlerdir ki, yeni bir tâyin sırasında bu şartlar üzerinde tadil yollu münakaşalar yapılmasına imkân yoktur (14 Nolu nota bak).

Hulâsa etmekte olduğumuz nazariyenin tarftarları, bu nazariyenin hakikî vaziyete mukavele prensibinden çok daha uygun olduğuna işaret etmektedirler. Memurun vaziyeti tamamen kanunî ve nizamî kabul olundukta bu vaziyette herhangi bir tadil, mevzuatta bir tebeddülle mümkündür. Ve memur tabi tutulduğu şartların değiştirilmesini, sadece diğer vatandaşların kanun ve nizamların tadilini isteyebilme hakları dairesinde talep etme hakkına da maliktir [20]. İdare her zaman için memurun isteği hilâfına bile olsa, vazettiği nizamı tadilde serbesttir. Ve bir sınıf memurun şeraitinde lehte veya aleyhte değişiklik yapan her kanun ve nizam o sınıftaki memurların istisnasız hepsine tatbik edilecektir. Bütün avrupa devletleri mevzuatında vaziyet hemen de tamamen bu merkezdedir (15 Nolu nota bakınız). Diğer bir tâbirle memur, tamamen şahsını ilgilendirecek bir vaziyetin tatbikini ileri süremez. Mevcut rejimin idamesini istemek husunda da müktesep bir hakkı yoktur (16 ve 17 Nolu notlara bak). Bununla beraber, kanun ve nizamnamelerde memurların vaziyetinde aleyhte değişiklik yapılmayacagına (Federal statü, madde 41, 45/5, 71/3, veya ancak muayyen hallerde yapılabileceğine (ayni statünün 55. maddesi) dair teminat kaydi bulunması pekâlâ mümkündür. Bu teminata rağmen aleyhine gidilmiş olursamemur hakkını arayabilir. Lâkin bu müracaatının mesnedi bizzat teminatı tesis eden kanun hükmünde mündemiç bulunup, bir akde veya umumi prensiplere göre ileri sürülebilecek müktesep haklara muhalefetten doğma bir şikâyet hakkı yoktur.

İdarenin tek taraflı tâyin hareketi ve kanunî ve nizamî vaziyet nazariyesinden diğer bir takım şayanı dikkat neticeler doğmaktadır, şöyle ki:

---

[20] "Hakikat şudur ki memur idare hukuku tarafından, prensip itibarile, kendisile hiç bir hukukî müzakere (negotium juris)yapılmamış bir vatandaş olarak kabul edilmektedir. Bu vatandaş hususi nizamlara tabidir ve lehteki bu gibi nizamlardan da istifade edebilir. Bununla beraber, o yine alelâde bir vatandaştan farklı değildir ve onunla şu müşterek noktayı haizdir ki, kendisini kullanan devlete karşı memur da, kanun ve nizamların bahşettiği haklardan gayri hiç bir hak iddiasında bulunmaz.„ (Hauriou, Sirey'de çıkan not, 1894, 3, 33)

Bu nazariyeye göre memurun hak ve vazifeleri, kendi şahsî menfaati değil, fakat umumî menfaat, idarenin işletmek mecburiyetinde olduğu hizmetlerin iyi çalışması hususu gözetilerek ihdas edilmişlerdir.

Bu umumî menfaat düşüncesi, idareye verilen hâkim mevkii ve memurlara karşı ona tanınan mafevklik, ceza verme ve hizmete müteallik kanunları değiştirebilme hakları,) memuriyeti lâğvetme salâhiyeti (muhtemelen tazminat şartile gibi hususî hakları izaha ve meşru göstermeğe kâfidir.

Kanunî vaziyet nazariyesi diğer taraftan salâhiyetlerin vekâleten tevdii ihtimalini tamamen ortadan kaldırır. Memur, bu nazariyeye göre, vazifeye müteallik salâhiyeti kendisini tâyin eden idarî makamdan değil, doğrudan doğruya kanundan almaktadır. Bu itibarla, bu salâhiyet memurun bir üçüncü şahıs nam ve nef'ine kullanacağı mamelek nevinden bir şey veya şahsi bir hak mahiyetini haiz olmayıp memuriyete bağlı ve ondan neşet eden hak ve vecibelerdir. Kanunî salâhiyetler hiç bir suretle vekâleten verilemez. Hattâ bir memurun şu veya bu vazife arkadaşına ve kâleti halinde de tevkil vaziyeti yoktur. Çünkü memurların vazifede yekdiğerine yardımları kanuni bir mecburiyettir [21]. Binaenaleyh, arkadaşına vekâlet eden bir memurun salâhiyeti dahi kanunî olup akde müstenit herhangi bir tevkilden neşet etmez.

Kaldı ki eğer memurun ve idarenin hak ve vazifeleri bir mukaveleden neşet etmiş olsaydı sadece onlara izafe edilebilecek ve yalnız onları bağlıyacaktı. Kanunî vaziyet nazariyesi, bilâkis, umuma karşı hükmü olan mükellefiyet ve imtiyazlar kabul etmektedir. Ve böylece, bu nazariye, memurun mesleğine ait vecibelere riayet etmediği takdirde neden sadece idareye karşı değil fakat efrada karşı da mesul kılınılabileceğini anlatmış olmaktadır.

Hulâsa, nazariyemize göre, memurlar idare ile bir mukavele akdetmezler. Âdi bir iş mukavelesi ile bağlı alelâde işçilere ise hiç te benzetilemezler. Bu itibarla, cemiyet kurmak ve grev yapmak hakları onlar için meşru olarak tahdit ve hattâ menolunabilir. Bittabi yalnız kendi şahsî menfaati gözönünde bulundurulursa memur için akdî ve subjektif bir vaziyet, bâzı noktalardan şayanı tercih görülebilir. Böyle bir vaziyet memura idare ile müzakereye girişmek ve icabında grev tahdidile lehinde tadilât elde etmek imkânlarını temin edebileceği gibi, istisnaî kıymette fertle-

[21] Federal statü, madde 21, ikinci fıkra.

312

re hususî faydalar da sağlanmış olabilir. Ve memurun vaziyeti burada ancak kendi muvafakati ile değiştirilebileceğine göre, daha müstakar bir hal dahi alabilir. [22] Fakat, memurun meşru hakkı uzun müddet ihmal edilmiş olsa bile, yine âmmenin menfaatlerindan üstün tutulmamak lâzımgelir. Mukavele usulüne dayanan bir rejim, işte bu bakımdan hizmetin iyi işlemesine zararlı neticeler verebilir. Hizmete başlarken veya vazifenin devamı sıarasında mukavelenin unsurları üzerinde hususî ve memur lehinde bir vaziyetin ihdası veya umumî tadilâta kalkışılması hususunda müzakere etme hakkının memura tanınması idarede karışıklıklara sebebiyet verebilir. Müsavatsızlıklar ve imtiyazlı ve iltimaslı olma imkânları da bu yüzden çoğalmış bulunur. Nihayet, hizmette umumî menfaatin ve tecrübenin icapettirdiği tadilâtı yapabilmek için idarenin önceden memurların muvafakatini alması icabeder ki, bu da şayanı kabul bir şey değildir.

Tarafları, bu nazariyenin iki cepheli bir meziyeti daha olduğunu ve buna göre, bu nazariyeye dayanan bir sistemde bir taraftan âmme hizmetlerinin güzel işlemesi temin edildiği gibi, diğer taraftnn da müşahhas ve maddî vakıaların, yürürlükteki mevzuattan doğdukları şekilde müşahede ve tesbitine herhangı diğer bir sistemden daha muvaffak olduğunu söylemektedirler.

Birbirine tamamen zıt nazariyeleri böylece hulâsa etmiş bulunuyoruz

Bunlardan her birinin kuvvetli ve zayıf tarafları vardır. Halen kanunî ve nizamî vaziyet nazariyesi mukavele sistemini geride bırakmış vaziyettedir. Fakat bu nazariyenin kayıtsız ve şartsız olarak kabulü için daha çok şey lâzımdır. Filhakika hukukçular, her iki nazariyenin de hakikî vaziyette bir çok aykırılıklar olduğunu söylemektedirler. Şimdi, tevlit ettikleri ikinci derecedeki nazariyeleri de göz önünde bulundurarak, bu tenkidlerin tetkikine girişeceğiz.

4—*Telifçi (eclectique) nazariye*

(Devlet hükümranlığının icrasına ve yürütülmesine doğrudan doğruya iştirak eden memurlarla fer'î mahiyette işler gören memurların tefriki)

Bâzı fransız muharrirleri, [23] klâsik nazariyelerin esasında doğru olmakla beraber, ifrata vardıklarını, bütün devlet memurlarına

[22] Bakınız. Bonnard, adı geçen eser, s.228

[23] H Berthélémy mnhtasar idare hukuku, onuncu tabı, S. 46 ve müteakip, Nézard—Âmme hizmetinin hukukî nazariyesi.

513

oldukları gibi tatbiklerine imkân bulunmadığını ve neticede meselenin bir tefrik yapmak suretile halledilebileceğini ileri sürmektedirler. Bu muharrirlere göre, bir takım memuriyetler vardır ki, devletin hükümranlığına, emir ve komuta iktidarına doğrudan dogruya bir iştirak teşkil eylerler. Bir vali, bir hâkim veya bir zabıta memuru devlet hükmranlığının bir cüzünü doğrudan doğruya ellerinde tutan memurlardır. Bu itibarla, bu gibi nemurların sıfat ve salâhiyetlerinin akdî ve ahdî bir mesnede dayaudığı söylenemez. Çünkü bu kimseler, bu sıfat ve salâhiyetleri âmme kudretinden almaktadırlar. Bu kudret ise, karşılıklı görüşmelere girişerek mukavele akdine yetkili olmayıp ancak tek taraflı hareket edebilir. Bu İtibarla, yukarda sayılan neviden memuriyetler kanunî şerait dairesinde ve idare tarafından re'sen tevcih edilebilir memuriyetler olup kanunî vaziyet nazariyesi sadece bu kısım memurlara kabili tatbiktir.

Fakat buna mukabil, memurların diğer büyük kısmı vatandaşlar üzerinde hiçbir otorite hakkına malik değildirler. Devlet hizmetindeki mühendisler, profesörler, demir yollar personeli ve bürolarda çalışan sayısız kâtip, mümeyyiz ve daktilografiar pu nevi memurlardandırr. Bu kimseler—bütün faydalarına rağmen—devlet hükümranlığını doğrudan doğruya icraya ve emir ve komuta salâhiyetine malik değildirler. Devletin mânevî şahsiyeti namına yaptıkları iş, fertlerin hususî ve şahsî işlerini tedvir yolunda hergün icra edegeldikleri hukukî neticeli hareketlerden tamamen farksızdır.

Berthélémy ve Nézard, bu iki çeşit idarî harekâta dayanarak memurları, devlet hükümranlığının yürütülmesine re'sen iştirak edenlerle alelâde idare hareketleri yapanlar diye ikiye ayrılmışlardır. Birinci sınıfa giren memurlar, âmme kudretinin tek taraflı bir tâyin emrile kanunî bir sıfata bürünmüş olurlar. İkinciler, devletin mânevî şahsiyetile alelâde bir hususî hukuk mukavelesi imzalanmış memurlardır. Filhakika, diyor Berthélémy (adı geçen eser, s. 48), «hususî bir demir yolu kumpanyasının müstahdem tutması sırasında taraflar arasında cereyan eden muamele ile devlet demir yolları için memur alınması sırasında yapılan muamele beyninde bir fark varmıdır ? Maden ocakları işletmelerine, serbest tedrisat yapan ilim müesseselerine alınan mühendisler, pofesör ve yardımcı hocalar dahi bu nevi devlet müesseselerine yapılan tâyinlerdeki gibi iş ve ücret üzerinde hiçbir müzakere cereyan etmeksizin seçilmeyorlarmı ? Bu gibi hususî müesseseler mensubininin işe alınmaları akde dayanan bir mahiyet arzederken, dev-

letin aynı neviden müesseselerine alınanların tâyini neden sadece kaknuna dayansın ? Devlet elindeki telefon idaresi memurlarının vazifelerinin hukukî mahiyeti ile telefon işletmek bir âmme hizmeti olmadan evvelki görevin mahiyeti arasında ne fark vardır? Tabiî ki hiç bir fark yoktur. »

Bu mütalâayı, Eichenberger'in «İsviçre Hukukçular Gazetesi— Sehweizerische Juristen Zeitung» [24] nde intişar eden mütalâaları ile ilgili görmekten kendimizi alamıyacağız. Bu muharrir, bâzı memurların hukukî vaziyetile muhtelif hususî müessese müstahdemlerinin (banka veznedarı, şömendöfer kumpanyası müfettiş veya şefi, ekonomik bir teşekkül kâtibi gibi) vaziyetleri arasındaki açık benzerlik ve yakınlığa işaret etmekte ve bu benzerlikten şu neticeyi çıkarmaktadır: Esasında âmme hukuku mukavelesi, hususî hukuk mukavelesinden farklı değildir. Böyle olunca da, rejimin tevhidine ve bilhassa her iki grup müesseselerin, hukukî anlaşmazlıkların rüyeti bakımından, birleştirilmelerine doğru gidilmesi lâzımdır.

Eichenberger, bir kısım ücretlileri « hususî memurlar » gibi kabul etmektedir. «Eclectique» nazariyenin müdafileri ise bilâkis, bütün bir memur kategorisini müstahdem olarak telâkki etmekte ve bunlar hakkında iş mukavelesi hükümlerinin tatbikini istemektedirler. Bu iki noktai nazarın izahı, hukukî münasebetleri, hukuku âmme ve hukuku hususiye diye ayrımak itiyadında bulunduğumuz iki büyük sınıftan herbirinin derecelere ayrıldığını ve hudutlarında bu tâlî kısımların bazen temas halinde bulunduklarını göstermeğe kâfidir. Mamafih, Eichenberger'in, vardığı neticelerde hareket noktasını aşmış bulunduğunu söylemek lâzımdır. Çünkü, bâzı müstahdemlerin vaziyeti, hakikaten memurlarınkine yaklaşmakta ise de, hususî iş ücretlilerinin büyük bir ekseriyeti tamamen farklı kaidelere tabi bulunurlar. Netekim işlerinden muayyen zamanlarda ayrılmak hakkına maliktirler. Hiç bir inzibatî idareye tabi değildirler. Mukavele müddetince ücretlerinin indirilmesine imkân yoktur. Bununla beraber, bu muharririn yaptığı mukayese yine de cazip olup telifçi nazariyenin bir nevi (antitez)i mesabesindedir. Biz yine nazariyemize dönelim.

Berthélémy ne derse desin, avkıalar memurlarınıddia olunduğu şekilde ikiye ayrılamıyacağını göstermektedir. Gerçi, fransız ceza kanununun 222 ve 224. maddeleri ile matbuat hakkındaki 29/7/1881 tarihli kanunun 31. maddesi «bir âmme hizmetinin idaresile tavzif

[24] 26. sene " 1929—1930 " NO. 3, s. 37 ve müteakip.

319

edilmiş vatandaşlar»a karşı işlenmiş hakaret ve şiddet suçlarını cezalandırmaya müteallik bulnnup burada âmme kudretini ellerinde tutan memurların maksut olduğu ve bahis mevzuu kanun müeyyidesinin bütün memurlara teşmil edilmediği görülmektedir. Fakat bu tahsis ve tahdidin mânssını anlamak kolaydır. Vazıi kanun bu suretle sadece memurları bu kabil tehlikelerden korumak hususunu kolaylaştırmak istemiştir. Yoksa bundan memurların, nazariyedeki gibi bir taksime tabi tutulduğu ve bir kısım memurların kendilerini tâyin eden devlete karşı diğerlerinden farklı bir hukukî mevkide bulundurulduğu neticesini çıkarmağa imkân yoktur. Buna mukabil, ayni ceza kanununun «âmme kudretinin bir kısmını ellerinde tutan efrat veya teşekküller» arasındaki birleşmeleri cezalandırmağa matuf bulunan 123 ve 126. maddelerinde nazariyedeki tefriki hakikaten teyide yarar bir mâna sezmek kabil isede, bu maddeler bugün hiç bir mahalli tatbik bulmamaktadırlar. Diğer taraftan, amele tekaüdiyelerine müteallik 1910 tarihli fransız kanununun ayni zamanda devletin, vilâyetlerin ve nahiyelerin emrinde çalışan ücretlilere tatbik olunabilmesi keyfiyeti dahi nazariyedeki taksimi teyide yarar görülemez. Çünkü kanunun metni ile buna müteallik olarak verilmiş hükümlerin esbabı mucibelerinden, mevzuu bahis ücretlerin bir iş mukavelesi ile âmme hizmetine alınmış kimselerden ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Devletin, muvakkat veya daimî olarak hizmetinde bulunan bu gibi kimselerle hukukî mukaveleler akdetmek salâhiyet ve iktidarında olduğunu ise kimse inkâr eyleyemez (Bakınız, Federal statü, madde62). Bu nevi müstahdemler memur vasfını haiz olamıyacakları cihetle, 1910 kanunundan, fransız vazii kanununun, medenî hukuk hükümlerini, telifçi nazariyenin idare memurları diye ayırdığı memur kısmına teşmil ettiği nsticesi çıkarılamaz. Netekim Fransada devlet demiryolları müstahdeminini iş mukavelesi rejimine tabi tutabilmek için mevcut hükümlerden istifade edilmemiş, hususî bir kanun yapılmasına lüzum hâsıl olmuştur (21/3/905 tarihli kanun).

Bunula beraber, Berthélémy'nin nazariyesinin tesirini, Milletler Cemiyeti memurlarının diplomatik ilişilmezliği ve diğer imtiyazları hususunda Devletler Hukuku Enstitüsünde, 1924 senesinde ileri sürülen fikirlerde görebiliriz. Filhakika bu müessese, masuniyetlerinin şümulü bakımından, idare işleri ile uğraşan memurlarla Cemiyet namına veya onun kontrolü zımmında idarî ve siyasî mahiyette faaliyetlerde bulunan memurlar arasında bir tefrik yapılmasını teklif etmişti(1924 Yıllığı, s. 101, 113, 179). Bu formülde

—toplantı sırasında yapılan telmihler bu hususta şüphe bırakmıyor— eclectique nazariyenin gecikmiş bir aksisadası duyulmaktadır. [25]

Gecikmiş diyoruz, çünkü bahsettiğimiz nazriye bir müddet oldukça rağbet gördükten sonra hemen de tamamen bir kenara bırakılmış, mevzuat ve mahkemeler ise onu hiç bir zaman benimsememişlerdir. Bugün de nazariye, ancak vazıinin Paris Hukuk fakültesi Dekanı oluşu sayesinde yaşamaktadır. Bu nazariyeye yapılan itirazlar nelerdir? [26]

İlk itiraz, tâyinin, fer'î idare işleri yapan memurlar hakkında olsun, âmme kudretini doğrudan doğruya yürütenler hususunda olsun, daima aynı şekilde yapıldığı ileri sürülerek serdedilmekte ve bu suretle bütün memurlar hakkında daima aynı şekilde cereyan eden tâyin keyfiyetinin nasıl olur da kısmen ahdî, kısmen de kanunî olmak üzere farklı vaziyetler ihdas edebileceği sorulmaktadır.

Nazariyenin ikinci hatası, âmme görevinin, otorite hareketleri ve idare hareketleri diye ikiye ayrılmasında görülmekte ve mâna ve şümulü bakımından, böyle bir tefrikin memurların da müvazi olarak iki sınıfa ayrılmasını intaç etmesi lâzımgeldiğine işaret olunmaktadır.

Kaldı ki memurlar arasında, Devlet hükümranlık ve otoritesini doğrudan doğruya icra ve tatbik edenlerle alelâde idare işleri görenler diye bir tefrikin yapılması da ekseriya pek güçtür. Filhakika, devlet idaresine yakınen iştirak eden bir çok memurlar vardırki aynı zamanda ikinci derecede kalan idarî vazifeler de görürler. İsviçreden bir misal alalım: Bir kaza kaymakamı veya nahiye müdürü, ki ekseri hallerde bir otorite sahibidirler, aynı zamanda idare namına alelâde kira veya satış mukaveleleri de aktederler. Buna mukabil, idare memuru addolunan gümrükçü icabında zabıt varakası dahi tanzim edebilir. Bu sebeple, bu noktadan hareketle memurların vaziyetini tâyin etmek çok güç olur.

Tatbikî mahiyetteki bu itiraz çok mühimdir. Çünkü resmî bir kimse, idare edilenlere karşı bazen bir idare âmiri, bazen de alelâde bir memur gibi görünebilirse de, devlete karşı bu sıfatlardan

[25] Milletler Cemiyeti personelinin meslekten memur ve idare memuru diye ayrılması keyfiyeti, cemiyetin İsviçre ile olan münasebetlerinde kabul edilen tefrikle aynı neticeyi vermez. Bu son tefrik işin ehemmiyetine göre yapılmıştır.

[26] Bakınız, Esmein Esasiye hukukunun ana hatları, 7. tabı, c.II, s. 120 ve müt. Duguit Esasiye Hukuku, 2 tabı, c. III, s 10—14, Rolland—Muhtasar İdare Hukuku, 2, tabı, s. 58, Larnaude—Ceza, dergisinde, (Haziran 1906).

317

ancak birini haiz olabilir. Hak ve vecibeleri, gayet tabiî olarak, bazen bir mukaveleden, bazen de bir kanun hükmünden neşet edemez. Binaenaleyh, memurun galip vasfını araştırmak icabedecektir.

Halbuki, yaptıkları işler ne olursa olsun bütün memurlar şu müşterek mümeyyiz vasfı haizdirler: Hepsi devlet namına ve umumun nef'ine çalışırlar. «Yapılan mukayesede memurla hususî eşhas hizmetindekilerin gördükleri işin zâhirî benzerliğini nazara almamalıdır. Bir tarafta hükümranlığı mutlak bir efendi, yani Devlet, diğer tarafta da kendisile müsavî şartlar dairesinde münakaşa olunabilir bir ferd olan hususî efendi vardır. Mukayese sırasında bu vasıfları göz önünde bulundurmak lâzımdır. «(Esmein, adı geçen eser) Devlet tarafından verilen vazife daima umumun nef'ine yapılmak şarttır. Bu itibarla, görünüşte biribirine benzemesi muhtemel olan âmme hizmeti ile hususî hizmet hakikatte, gayeleri bakımından çok derin farklar gösterirler. Diğer taraftan, takip ettikleri gaye ve tatminine çalıştıkları menfaatin ayni olması, biribirinden çok ayrı servislerde çalışan memurlara müşterek bir vasıf vermektedir. Bir vilâyet veya belediye mühendisinin bir plân çizmesi bir âmme hizmeti görmek olduğu gibi, bir valinin tehlike arzeden bir fabrikanın durdurulması hakkında emir vermesi dahi ayni mahiyette bir vazifenin icrasıdır. Bu memurlardan herbiri kendi sahasında bir âmme ihtiyacının tatminine çalışmaktadırlar. İdare makinasının birer organı bulunmak itibarile, salâhiyetlerini kanundan aldıkları gibi, vazifelerinin bu mahiyeti yüzünden, hususi iş müstahdemininden de farklıdırlar. Bu esaslı fark karşısında ise, yapılan işlerdeki şeklî benzerliğe dayanılarak her hangi bir sun'î yaklaştırma yapmak imkânı yoktur.

Nihayet, tatbikat bakımından ileri sürülebilecek bir diğer mühim itiraz da şudur ki, fer'î idare işleri gören memurlar iş mukavelesi rejimine tabi tutuldukları takdirde, büyük bir memur grubu hususî iş müstahdem ve amelesi mevkiine düşecekler ve bu takdirde ise, bu memurlara sendika teşkil etmek ve mukaveleyi tadil etme hususunda müzakereye girişebilmek haklarını kayıtsız, şartsız tanımak icabedecektir. Halbuki, âmme hizmetlerinin devamlı işlemesi ve sarsıntılara mâruz kalmaması esaslı ve münakaşa götürmez bir şarttır. Tetkik sahamıza girmeyen bu mesele üzerinde fazla durmayacağız.

5 — Diğer bâzı nazariyeler

Otorite memurlarile idare memurları tefriki bu suretle tahlil olunduktan sonra acaba kanunî ve nizamî vaziyet ve tek taraflı tâyin prensibine mi dönmek lâzımgelecektir? Eğer bu nazariye ile, umumî mânada mukavele üzerine tesis edildikte mahzurları daha ziyade tebarüz eden mukavele nazariyesi arasında bir tercih yapmak lâzımgelirse, şüpbesiz ki evet. Bununla beraber, memur tâyinini âmme kudretinin tek taraflı bir tezahürü olarak kabul eden nazariye, vakıalara daha ziyade uygun bulunup hukukî bakımdan mukavele nazariyesinden daha doğru görünmesine rağmen, tatbikatta memura karşı idareye lüzumundan fazla bir hâkimiyet verebilecek mahiyette olduğunu da kabul etmek lâzımdır. Şimdi diğer bâzı nazariyelerden bahsedelim:

a) İdarenin salâhiyetleri üzerinde ısrarla duran bâzı Alman müeklifler, devletin âmme hizmetini mecburî kılmak hakkından (Zwwangsdienst) bahsetmektedirler. Bu hakkın şümulü bugün tamamen nazarî mahiyette olup bir muarız bu hususta, bir az da haklı olarak: «Bu hukukçuları okudukça insan zanneder ki idare, hizmetine bir ferdi almak zaruretinde olduğu zaman ona sadece hizmeti kabul etmesi hususunda bir emir tebliğ etmekle iktifa eder. Ve, kabul vâkı olsun veya olmasın, onu vazifeye başlatarak kendi fantazisine göre değiştirebileceği kaidelere bağlar. Bu usulde ferdin münakaşa hakkı olmayacak ve devlet cömertlik gösterip memura bir takım faydalar sağlamış elsa bile, vaziyetin mutlak hâkimi kalacaktır. Âmme hizmetini bir mükellefiyet haline sokan böyle bir usul kırbaç ve çizme kokmaktadır" diyor.

İltimasa, yolsuzluklara ve keyfî idareye karşı teminat vermek mecburiyeti, demokratik fikirler yer kazandıkça ve sendikalist hareket geliştikçe, daha kuvvetle kendini hissettirmeğe başlamış bulunmaktadır. Bugünkü âmme vazifesi telâkkisi de bu mecburiyeti kuvvetlendirecek şekilde gelişmektedir. Evvelce prensin şahsî hizmetinde şerefli bir vazife gibi telâkki olunan memuriyet şimdi bir sanat, görevini sadakatle başarmak şartile memurun bütün varlığını bağlamaya haklı bulunduğu bir meslek haline gelmiştir. (Federal mahkemenin, sicillin 54, 1, 445 te çıkan 30/11/928 günlü kararı, Federal memurlar yardım sandığı nizamnamesinin 41. maddesi).

Mahkemelerin ve kanunların memurlar gittikçe genişleyen bir şekilde bahşetmekte oldukları çeşitli teminattan burada bahsedecek değiliz. Sadece şunu kaydetmekle iktifa edelim: Memur-

319

lara bitaraf bir yargı imkânı temin eylemek maksadile İsviçrede bir çok kantonlar ve bizzat federal mahkeme, maaşlara müteallik ihtilâflarin ve haksız azillerden mütevellit tazminat isteklerinin muayyen hallerde hukukî mahiyette davalar addolunabileceğini kabul etmişlerdir [27]. Bir kısım muharrirler, bu temayülü meşru göstermek maksadile, umumun nef'ine yapılmış olması bakımından memurun tâyininin âmme hukuku mevzuuna girmesi icabeden bir hareket olduğunu kabul etmekle beraber maaş, tekaüdiye ve tazminat gibi ekonomik hususlarrın, memurun özel menfaatlerine taallük eylemesine binaen, hususî hukuk sahasına girmesi lâzımgeldiğini ileri sürmüşlerdir [28]. Mamafih, Federal mahkeme bu kadar ileri gitmekte ve kendi içtihadının icabı hale dayandığını

---

[27] Federal mahkemenin 7/2/920 tarihli kararı (R Ka. D, 46, I, S, 149 ve müteakip Federal mahkeme (âmme hukuku lairesi) nin 29/1/927 günlü kararı. Fleurie komünü—Hottenberg davası münasebetile verilmiş ve neşredilmemiştir.): „İhtilâfın maddeten kanton hukukunu alâkadar edip hususî hukuku ilgilendirmemesi keyfiyeti, meselenin mutlaka hukuk mahkemelerinin salâhiyeti haricinde kalacağına delil teşkil etmez. 7/2/920 tarihli kararında Federal mahkeme, hukuk mahkemelerinin salâhiyetinin, prensip itibarile, hususî hukuk ihtilâflarına münhasır kaldığına işaret etmektedir. Gerek kanun hükümlerine, gerekse usulün ana hatlarını tâyin eden tarihî bir teamüle dayanarak—diyor Federal mahkeme—umumî hükümlere giren mevzulara bakan hâkimin salâhiyetleri, nazarî bakımdan idare hukukunu ilgilendirmesi gereken ihtilâflara da pek âlâ teşmil edilebilir. Binaenaleyh, böyle bir dava bir hukuk mahkemesinde açıldığı taktirde, idarî makamat dışında müstakil ve hususî bir mahkeme bulunmadıkça, Federal mahkeme, federal anayasanın 4 ve 58. maddelerine dayanarak bir müdahalede bulunamıyacaktır. Nihaî bir kararla bizzat Federal mahkeme, federal adlî teşkilât kanununun 48. maddesinde zikredilen (medenî hukuk ihtilâfı) formülünün geniş bir tefsirini bugüne kadar muhafaza etmiş ve kanton memurları ve yafederal memurlar tarfından, haksız yere işten çıkarılma iddiasile açılmış bir seri ücret tediyesi ve tazminat davalarına, velev kısmen olsun, bakmağa başlamıştır. (Bakınız: R. Ka. D, 4, S, 319, 9 S, 212, 12, S, 713, 13, S, 347, ve 535, 40, II, S 84, 41, II, S, 183, Friburg kantonu—Erath davasına müteallik 31/mayıs 919 G Lü ilâm) bununla beraber, Federal mahkeme âmme hukuku ile hususi hukuk davaları arasındaki tefrik hattının halen yer değiştirmek ve idare hukukunu, evvelce hususî hukuk sahasına girer. Bâzi meselelerin kendi sahasına almak tamaülünde olduğunu ilâve etmektedir.„ Bu vaziyette federal mahkemenin bir kantonu, bünyesi itibarile âmme hukukunun tatbikini icap ettiren davaları idarî kaza ve makamata sevk etmekten ne suretle alıkoyabileceği bilinememektedir.

[28] Bakınız, Rehn—Âmme hizmetlerinin hukukî bünyesi, Alman hukuk yıllığı) da 1885, s. 194, C. MeyER—Âmme hukuku, S 116, Memurlara müteallik modern âmme hukuku üzerinde medenî hukuk müesseselerinin bıraktığı izler hakkında bakınız: Fleiner—enstitüsiyonlar, 8. tab', S. 55

ve ilmî her hangi bir temeli olmadığını kabul etmektedir [29]. Bu yüzden halen maaşlar—hattâ tekaüdiyeler —[30] âmme hukukuna tabi addedilmekte, bu hususlara müteallik davalar, sadece salâhiyet bakımından, oda doğrudan doğruya federal mahkemede açılmış olmak şartı ile, kukuki mahiyette kabul olunmaktadır.

b) Mevcut pek çok nazariyeler içinde burada kısaca gözden geçirmek istedigimiz diğer bir muhtelit nazariye vardır. Bu, Hauriou' nun nazariyesidir. [31] Toulouse ünüversitesinin müteveffa profesörü, görüldügü gibi, kanuni vaziyet prensibinin inanmış bir taraftarıdır. Mukavele nazariyelerini ve memurların emir ve idare kudretini haiz olup olmıyanlar diye ayrılmasını kuvvetle redetmektedir. Memurlara, mâruz kalacakları hahsızlıklara karşı teminat verilmesini de doğru bulmamaktadır. Bu profesörün nazariyesinin ori-

[29] Federal mahkeme (birinci hukuk dairesi) 27/aralık/1927 tarihli neşredilmemiş ilâm (Fleurier—omürü—Hottenberg davası): "temyiz eder, federal mahkemenin federal adlî teşkilât kanununun 48 maddesini geniş bir şekilde tefsir eftiğini ileri süremez. Filhakika bu içtihat, idare hukukunun bu günkü telânnülüne henüz erişmedigi bir zamandan kalma bâzı ananevi telâkkilere dayanmaktadır. gayesi, idarenin bundan böyle sık sık bizzat yargıcı bulunacagı mevzularda dava edilenlere bitaraf ve müstakil bir yargı temin etmektedir.(R.Ka.D.46.Ils.150, 49 II S. 416) bunun içindirki federal mahkeme bu hususta, tek merci olarak kendisine tevdi olunan ihtilâflarla ıslahen gönderilen davalar arasında dikkatli bir tefrik yapmaktadır.(R.Ka. D, 40, II, s.86) federal adlî teşkilât kanunun 56 cı maddesi hususunda federal mahkeme dar mânasında" hukukî mahiyet" mefhumuna bağlı kalmaktadır..."

Federal mahkeme (âmme hukuku dairesi) nin, Cenevre kantonuna karşı Aubert, Burdet, Loup davasının 6/ekim/928 tarihli neşredilmemiş ilâmından: ihtilâflı münasibetlerin mümeyyiz olarak görülen âmme hukuku vasfına rağmen federal mahkeme, zaruretlerinin içrası ile, talebin paraya müteallik kısmı üzerinde vardığı hükümde, memur müstahdemlerinin maaşlarına dair açılan davaların federal adlî teşkilât kanunun 48 maddesi mefhununca, hukukî mahiyette ihtilâflar oldugunu kabul eylemişti.

[30] Yukarda mezkür 6/Ekim tarihli ilâm: Davacılarla Cenevre kantonu arasındaki hukukî münasebet bir âmme hukuku vasfını haizdir. Memurların ücretleri ve devletle olan hizmet ve munasebetleri noktasından bu vasıf Federal mahkeme içtihadınca daha önceden kabul edilmiştir... Bundan maada federal mevzuatın bu hükümlerinden şu netice de çıkıyorki, maaş ve tekaüdiye ile kanunen teşekkül etmiş yardım sandıgı tediyatı arasında bir tefrik yapmak esasen kabul edilmiş olmayıp mantıkan bu hususlara müteallik ihtilâfların memurun devletle olan münasebetlerini tanzim eden mevzuata tabi tutulmaları lâzım gelmektedir."maaşlar, her şeye rağmen, memurla devlet arasında mevcut bulunan ve devletin bünyesine giren hukukî münasebetlere sıkı bir surette tabidirler," federal mahkeme bu umumi prensibin kanton memurları ile bu kantonlar arasındaki münasebetlere tatbik edilmemesi için ortada esaslı bir sebep olmadıgını da ilâve etmektedir.

[31] Sirey'de Not.1892, 3, 17—muhtasar idare hukuku,II.tabı cilt 2 S.600 ve mütaakip.

321

jinal tarafı, âmme görevine aynî hak fikrini ithal etmesindedir. Hauriou, görevin muayyen bâzı elemanları üzerinde bir nevi mülkiyet hakları bulunan imtiyazlı memurların mevcudiyetini kabul etmektedir. Bu hak, hudutsuz bir vasfa malik olmayıp ticaret harici bulunmakta ve bir profesörün muayyen bir makama ve muayyen bir tedris salâhiyetine sahip olması gibi, vazifenin ancak bâzı hususlarına inhisar etmektedir· İdare, memuriyete hâkim kalmakta ve bilhassa tâyin hakkını, terfii tanzim eyleme veya hizmeti tadil ve lâğvetme salâhiyetlerini muhafaza eylemektedir.

c)Vaktin gecikmiş ve mütalâalarımızı telhis etmege bizi mecbur kılmış olmasına rağmen, mukavele nazariyesinin yeni bir canlanışını kaydetmeden sözlerimize son veremiyecegiz:

1927 de matmazel Bichoffe, Nacy Ünüversitesi hukuk fakültesinde (âmme görevi ve mukavele) adlı çok değerli bir tez müdafaa etmiştir. Telifçi nazariyeyi ret etmesine ve kanunî vaziyet sistemine hücum eyleyip Fransız mahakim içtihadında mukavele doktrinine hiç olmazsa kısmî bir içtihat bulunduğunu kaydederek memurun vaziyetinde muhtelif akdî kararlar muşahede eylemesine rağmen bu müellifin mksadı, âmme hukuku veya hususî hukuk mukavelesi fikirlerini müdafaa etmek değildir. [32] Matmazel Bichoffe' un eserindeki enteressan taraf, idarî sahada mukaveleler hakkında yeni bir nazariyeye dayanan tevhitçi bir (construction) kurmağa çalışmasındadır.

Henüz müteredddit ve çekingen olan bu nazariye, memurun vaziyeti [33] ile âmme hizmetinin ihalesi arasında yapılan bir yaklaştırmaya dayanmaktadır. Kısaca izah edelim: Nazariye âmme hizmetinin ihalesinde iki esas görmektedir. Birincisi efrattan birinin önceden tanzim edilmiş bir hususî münakaşasız iltihakı. Filhakika, idare, hizmetin hangi şartlar dairesinde tanzim edilip işleyeceğini ve bilhassa halka temin edilecek faydanın hududunu tek taraflı olarak önceden tesbit eder. Böyle bir hal memurun vaziyetinde de mevcuttur. Bundan başka, ihalede, gayesi imtiyazı alanın menfaatini — temin etmek olan ve tamamen ekonomik mahiyette bulunan bir mukavele tarafı dahi mevcuttur. Bu mukavele ile idare, girişi-

[32] Bu son iki nokta hakkında muharririn fikirlerini ihtiyatla karşılarız.

[33] Bu mevzuda şu eserleri tetkikde fayda vardır: Duguit—Âmme hukukunun tahavvülâtı, S, 133 ve müteakip, Jèze—İdare hukukunun umumî prensipleri, âmme hizmetlerinin işlemesi, 3. Tabı, S, 350, Bonaard muhtasar idare hukuku, S. 340 ve müteakip, Haurion — muhtasar idare ve âmme hukuku II ci tabı, C. II S. 793 ve müteakip

322

lecek işin malî bakımdan muvazenesini tesis ederek imtiyaz sahibine bu muvazenenin devamını, bir dereceye kadar temin eylemiş olur. Fakat ihaleye—memuriyet hakkında da ayni şey söylenebilir. hizmetin devamı ve iyi işlemesi prensibi hâkimdir. Hizmetin her hangi bir inkıtaa tahammülü olmadığı gibi, mütemadiyen gelişmesi de zarurîdir. Bu itibarla, biri nizamî digeri akdî olmak üzere iki elamanı ihtiva eden ve bu yüzden mürekkep bir vasıfta bulunan idarî mukavele telâkkisi, idareyi imtiyaz sahibi tarafından kabulü zarurî bulunan bir takım tek taraflı tedbirler yolu ile hizmeti tekemmül ettirmek hüsusunda tamamen serbest bırakmaktadır. Bu nazariye ayni zamanda imtiyaz sahibine hizmeti, şerait ne olursa olsun, devam ettirmek mecburiyetini de yüklemektedir. Hizmetin devamını ve mümkün olan en iyi şartlar içinde durmadan işlemesini isteyen âmme menfaati bu suretle tatmin edilmiş bulunur. Fakat diğer taraftan idare, îmtiyazı alenen işin malî muvazenesini; yani yapılan hizmetin aşağı yukarı muadili sayılabilecek bir faydayı temin eylemek zaruretindedir. Bu itibarla, umulmadık hâdiseler (meselâ paranın sukutu gibi) veya bizzat devletin müdahalesi neticesinde muvazene bozularak imtiyaz sahibine hissedilir yeni yükler tahmil edildikte, kurulmuş bulunan denklemin bir tarafı zorlanmış olacağından, devlet tazmine mecbur kalacak ve böylece ferdin menfaati [34] korunmuş bulunacaktır. Umulmadık halleri karşılayan bu idarî nazariye böylece medenî hukukun zarurî hallere mütedair olan sert kaidelerinin yerini almış olur. Diğer taraftan, ihale olunan hizmete müteallik hükümlerin idare tarafından re'sen değiştirilebileceği fikri, mukavelelerin ancak tarafların rızası ile tadil olunabileceği yolundaki prensibi aşmış bulunur. Burada mukavelenin yeni bir telâkki tarzı karşısında bulunmaktayız. Bu anlama göre gaye (hizmetin görülmesi), anlaşmayı yapan tarafların iradelerine üstün tutulmaktadır.

Ämme görevi nazariyesinin bu gibi fikirlerden ne büyük faydalar temin edebileceğini anlamak zor değildir. Bu yeni fikirler, idarenin serbestîsine ilişmemek şartile memurlara, bilhassa hayat pahalılığının çok arttığı zamanlarda, hakları olan iktisadî teminatı sağlamayı hedef edinen bir sistemin kurulmasına esas teşkil edebilirler.

[34] Bakınız: L. Jacquemard—(Beklenmedik haller) nazariyesi ve ihale edilen âmme hizmetlerinin idaresi. Tez, Cezayir.

Vardığımız netice:

Birinci kısımda gözden geçirilen hususî hukuk mukavelesi fikrini tereddütsüz bir tarafa bırakacağımız gibi, ikinci kısmın mevzuunu teşkil eden nazariyenin anladığı mânada bir âmme hukuku mukavelesinin mevcudiyetini de kabul edemiyeceğiz. Kanunî vaziyet nazariyesine gelince, hakikî duruma en uygun gelen bu sistemin, tarafların karşılıklı taahhütleri arasında tam bir muvazene ve eşitlik tesis etmek suretile tadil ve tashihi lâzımgeldiğini söyleyebiliriz (5. kısma bakınız). Mevzu hukuk sahasında ise, vazifenin teklif ve kabulünün memura, kanun ve nizamlarla tâyin edilmiş objektif ve uyulması zarurî bir vaziyet tesis ve temin ettiği yolundaki prensibe bağlı kalmaktayız.

326

Orman suçları ve mahiyeti hakkında bir inceleme

Muhsin TUGSAVUL
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Y. Raportörü

1—Orman suçlarının sebepleri ve azalma çareleri
a—Hangi sahalara orman denir?
b—Orman kanununun menettiği f i i l l e r
2—Orman idaresinin âmme davasına müdahelesi
3—Mahkemece yapılacak tahkikat
4—Tazminatın miktarının tâyin ve tesbiti
5—Nakil vasıtalarının müsaderesi meselesi
6—Orman davalarında vazifeli mahkeme hangi mahkemedir?
Ve bu mahkemenin takib edeceği usul nedir?
7—Kaçak emvalin ve vasıtaların yeddi emine teslimi meselesi.
8—Orman davalarında zamanaşımı.
9—Hukuk mahkemesinde tazminat davası açılması
a—İdare ceza davasına müdahele etmemiştir.
b—İdare ceza davasına müdahele etmiştir.
10—Tarla açmaları ve orman yangınları
11—Orman idaresinin damga vurmamak suretile haksız muamelesi
12—Orman idaresinin mahkemelerde temsili meselesi

1—Orman suçlarının sebepleri ve azalma çareleri

Memleketimizin ormanlık mıntakalarındakı ceza ve hukuk ihtilâflarının mühim bir kısmını orman davaları teşkil etmektedir. Orman kanuunun neşrile köylülerimiz arasında yerleşmiş olan sakim düşünceleri bertaraf etmek ve ormanların tahribine matuf hareketleri önliyerek âmmenin malı olan ve memlekete iktisadî, sıhhî, ve sınaî bakımlardan bir çok faydalar sağlıyan ormanların gelişme ve zenginleşmesi temin edilmek istenmiştir.

Kanaatimizce, köylü kesif bir şekilde ormanlık mıntakada iskân edilmiş bulundukça, köylünün agaç ve kereste hususundaki ihtiyaçları vakit ve zamanında temin edilmeaikçe, ormanlık mıntakada yaşayan köylülerimize hayatlarını kazanmıya yetecek iş bulunmadıkça, köylü kâfi refaha kavuşmadıkça ormanın mahiyet ve ehemmiyeti ona kâfi derecede duyurulmadıkça ve nihayet orman teşkilâtı rasyonel bir şekilde ıslah edilerek vukufla çalışılmadıkça bu suçların gereği gibi önlenmesine ve azalmasına imkân bulunamaz,

329

Bundan başka orman kanununda gerek temsil, gerek zamanaşımı gerekse cezaların âzami ve asgarî hadleri arasında icap eden değişmelerin yapılması ve bu mıntakalardaki iş hacmi göz önüne alınarak mahkemeler kadrosunun diğer vilâyet ve kazalara nazaran hususi surette takviye edilmesi ve hattâ, bâzı vilâyetlerde ihdas edilmiş olan ahkâmı şahsiye mahkemeleri gibi, orman suçlarına ve tazminat davalarına bakmak üzere, ayrı mahkemeler tahsis edilmesi lâzımdır.

Orman suçlarının mahiyeti ve bu suçların orman kanunu ile T. ceza kanunu yönünden tetkiki:

a— Hangi sahalara orman denir?

Orman kanunu hususi bir ceza kanunudur. 3116 sayılı olan bu kanun 9/7/945 T. ve 4785 sayılı kanunla değiştirilen birinci maddesi (... kendi kendine yetişmiş veya emekle yetiştirilmiş olup ta her hang ibir çeşit orman hasılatı veren ağaç ve ağaççıkların toplu halleri yerlerile beraber orman ...) sayılır demekte ve sazlıkların hususî mahlyeti itibarile orman yapılmıyan yerlerin, her çeşit dikenlik ve fundalıklarla parkların ormanlardan sayılmıyacağını kabul etmiş bulunmaktadır.

Ceza mahkemelerince orman suçlarından dolayı bir şahsın mahkûm edilebilmesi, veya hukuk mahkemesinde tazminata hükmedilebilmesi için kesildiği veya tahrip edildiği iddia edilen mahsulün orman mahsulü olduğunun sübutu şarttır. Ancak, bu maddedeki orman tarifi çok müphem ve oldukça geniş bir tariftir. Bu tarifin tatbikatta bir çok anlaşmazlılara yol açtığı ve açmakta devam ettiği de muhakkaktır. Ormanların sınır haritalarının henüz tamamlanmamış olduğunu göz önünde tutan kanun vazıi aynı maddenin son fıkrasında, orman kanununun 1 inci madeesi hükmüne göre, bir yerin orman sayılıp sayılmayacağını Tarım Bakanlığının belli edeceğini tesbit etmiştir. Fikrimizce, bu husus, Tarım Bakanlığından sorulmıyarak maddenin eski şeklinde olduğu gibi, muayyen ilmî kıstaslar konmuş olsa idi hukuk emniyeti yönüden daha doğru bir hüküm sevkedilmiş olurdu. Çüukü; orman itilâflarında bir yerın orman olup olmadığını bildirecek olan makam yani Tarım Bakanlığı dolayisile o davanın taraflarından birini teşkil eder. Bütün bu ihtilâfların katî şekilde tasfiye ve halledilmesi orman sınırların n tesbit edilerek haritalrrının yapılmasile mümkün olur. Şüphe yokturki, bu haritaların ikmalı oldukça uzun zamana bağlı buluumaktadır.

326

b—Orman kanununun menettiği fiiller:

Orman kanunu ormanın hayatiyet kudretini azaltan, geleceğine zarar veren ve bu serveti baltalayan bütün fiilleri menetmiş, hilâfına hareket edenleri hem ceza ve hem de maddî tazminatla sorumlu tutmuştur. [1]

Ağaç kesilmesi orman idaresinin iznine bağlı olan yerlerdeki ağaçları izinsiz kesenler, sökenler veya bu ağaçların kurumasını mucip olan fiilleri yapanlar C.K.nun 516 ıncı maddesinin 1 inci fıkrasında yazılı ceza ile cezalandırılacağı ve bu fiilleri ağaçların sahiplerinin yapmaları halinde bir aya kadar hafif hapis veya yirmi liradan 100 liraya kadar hafif para cezasile mahkûm edileceği orman kanununun 103 üncü maddesinde yazılıdır. Bu maddede yazılı fiilleri işleyenler hakkında orman idaresinin bir tazminat davası ikame etmeye hakkı bulunamaz. Çünkü; bu maddenin matufu olan 2 inci maddeye bakılırsa, orman idaresinin mamelekinde bir tenakus veya Devlet ormanında bir tahrip mevcut değildir.Bu sadeece ceza mahkemesini ilgilendiren ve cezeyı davet eden bir hükümdür.

Kendisine zatî ihtiyaç için verilen kerestelik ağaç ve mahrukatını başkalarına satanlar aleyhine idarenin zarar, ziyan davası ikamesine hakkı bulunmamak lâzımdır. Yalnız, orman kanununun 105 inci mandesinde yazılı fiilleri ika edenler, bu maddeye göre, bir haftadan altı aya kadar hapis ve 5 liradan 500 liraya kadar ağır para cezasile cezalandırılır ve çıkarılan ağaç ve mahsullerin müsaderesine de karar verilir. Orman kanununun 105 inci maddesinde tahdidî olarak tadat edilen suçlardan, tatbikatta bilhassa yaş ağaç kesme suçuna rastlanmaktadır. Köylü veya kötü niyet sahibi müteahhitler kanun veya mukavele hilâfına ormanlardaki yaş ağaçları ruhsatsız olarak kesmektedirler.

2 — Orman idaresinin âmme davasına müdahalesi :

Devlet ormanından izinsiz ağaç kemek suçları mahiyeti itibarile ceza muhakemeleri U.K.nun 344 üncü maddesinde gösterilen suçlardan değildir. [2] yani, C. savcısının âmme davasına iştirakini tahrike hacet kalmadan orman idaresinin ceza mahkemesine şahsî dava açmaya yetkisi yoktur. Takarrür eden yargıtay içtihat-

[1] 3116 sayılı K.nun 103—127 Maddeleri

[2] Y 2.C,D.24/3/939—83/62, Y.C.H U.24/3/930 T. Karar 62, Y C.H.U 22/2/930 T. Karar 1405

327

larına göre, orman suçlarının takibinde âmme menfaati mülâhaza edildiğine nazaran her orman suçu merciinden C. Savcılığına ihbar edilir edilmez C. Savcısı kâfi delil gördüğü takdirde, âmme davasını açmak mecburiyetindedir. İdare bundan sonra usulüne uygun şekilde mahkemeye müdahale edecek hakkı şahsî isteyecektir. İdarenin C. Savcılığına verdiği şahsî hak talebini nâtık dilekçe Y.içtihat birleştirme genel kurulunun 16/5/945 tarih ve 27/10 sayılı kararile bütün şahsî hak taleplerinde olduğu gibi orman snçlarında da müdahale için kâfi görülmemiş ve müdahale dilekçesinin mahkemeye verilmesi ve mahkemece müdahalenin kabulü hakkında bir karar verilmesi icap ettiği tesbit edilmiştir. Yalnız Devletin bir cüz'ü olan orman idaresinin ceza mahkemesine müdahalesinin kabulünden sonra davayı kaybetmesi veya takip etmemesi halinde harçla mahkûm edilmesine kanunen imkân yoktur. [3]

3—Mahkemece yapılacak tahkikat:

Ceza mahkemesi suç zabıt varakasının doğru olup olmadığını tahkik ededecek ve mücerret zabıt varakasındaki ıkrarı muteber saymıyarak bu ıkrarın muteber bir ıkrar olup olmadığını tesbit edecektir. Çünkü tatbikatta ekseriya orman memurları ve bilhassa, koruma teşkilâtı ilga edilmeden evvel orman erleri sanığın hiç bir ıkrarı mevcut olmadığı halde, ıkrardan bahisle zabıt varakalarını imza ettirmişler hattâ hakikate uymayan sahte zabıt varakalari tanzim etmişlerdir. Bir çok ahvalde mahallen yaptığımız keşiflerde zabıt varakasını tanzim eden erlerin ve hattâ memurların suç mahallini yargıca gösteremedikleri görülmüştür. Bu sebeple, zabıt varakalarının esaslı bir tetkik ve tahkika tâbi tutulması zarureti bir kat daha artmaktadır. Nitekim, Y.3.C.D. si 18/4/-942 tarih ve 2860/3221 sayılı kararında (suçluların zabıt varakasında imzaları bulunmadığına göre, varakalardaki ıkrarın ne suretle elde edildiğinin ve suçluların ne için imzadan imtina ettiklerinin tahkiki cihetine gidilmemesi ...) sebebini bozma sebebi saymış ve yine aynı daire 20/4/942 tarih ve 3620 sayılı kararında, (failin ifadesi kendisine okunduktan ve zabıt varakasında yazılı şekilde ifadede bulunup bulunmadığı şahitlerden sorularak teyit ve tesbitten sonra kendisini ilzam... edebileceğini) ve bunun aksine olan hâdiselerde suçlunun ilzamının muvafık olamıyacağını açıklamıştır.

Sanığın mahkemede zabıt varakasını kabul etmemesi ve tanıkların beyanları arasında mübayenet bnlunması halinde sulh ceza

[3] Y.C.H.U, 2/12/955—3/36

328

mahkemesi elde edilen orman mahsulünün yaşmı kurumu olduğunu, adet, cins ve eb'at itibarile suç zabıt varakasına tevafuk edip etmediğini tâyin için mahallen orman mahsulü üzerinde tarafsız bilirkişilerle keşif ve tetkikat icra edecek ve kararını bu keşiften ve diğer delillerin aldığı neticeye göre verecektir. Nitekim, Y.3.C. D. 11/4/944 tarih ve 2861/2957 sayılı kararında (suçlular ve şahitlerden bir kısmı ağaçların kuru olduğunu ifade etmelerine göre ağaçların nahallinde keşif ve ehli vukufa muayene ve hakiki evsafının tesbit ettirilmeden karar verilmesinin....) yolsuz olduğunu tebarüz ettirmiş bulunmaktadır. [4]

Kesilen ve tahrip edilen orman mahsulünün kuru olması halinde orman kanununun 106 ıncı maddesi tatbik edilecektir. Bu maddeye göre, ceza mikdarı bir ay kadar hafif hapis, 300 liraya kadar hafif para cezasıdır.

4—Tazminat miktarının tâyin ve tesbiti:

Orman iaaresi ceza mahkemesine müdahale dilekçesini verirken suç zabıt varakasında tesbit edilen orman mahsulünün tarife bedeline göre, değerini hesaplıyarak azminat raporunu hazırlar. Ekseri tazminat raporlarında ağaçların değerinden maada kesilmiş olan orman mahsulü yerine gençliğin yeiiştirilmesi için teşcir masraflarının da bu rapora ithal edildiği görülmüştür. İstikbale muzaf ve ihtiyar edilip edilmediği meşkûk olan bu mevhum masrafın hükmedilip edilmemesi hususunda vukubulan içtihat ihtilâfı Y. içtihat birleştirme genel kurulunun **19/12/945** tarih ve 16/17 sayılı kararile hâl edilerek teşcir masraflarına hükmedilemiyeceğine karar verilmiştir.

Kaçak orman mahsullerinin müsaderesi halinde, bilhassa ormanlardan izinsiz yaş ağaç kesme suçunda bu mahsullerin müsadere edilmssi, ayrıca tarifeye göre, tazminata hükmedilmesine mâni teşkil etmiyeceği de yine içtihat birleştirme genel kurulunun 9/1/946 tarih ve 35/1 sayılı kararile halledilmiştir.

Orman kanunun 107nci maddesinde, bu kanunun 23 üncü maddesinde kuru ağaç kesenlerin veya buna benzer bu maddede tahdidî olarak sayılan suçları ika edenlerin bir aya kadar kafif hapis veya 30 liraya kadar hafif para cezasile cezalandırılacağı ve mahsullerin de müsaderesine hükmedileceği yazılıdır. Bundan başka

[4] Y. 3. C. D. 31/7/944—3663 K.

329

orman sınırları dışında bu sınırlardan 500 metre mesafeye kadar olan yerlerde yapılacak kireç, kömür, katran, terabantin ve daha başka buna benzer ocakların yapılması orman idaresinin iznine bağlıdır. (Orman kanunu M. 28) Bu maddeye muhalif hareket edenler T. C. K. nun 526 ıncı maddesinin 1 ci fıkrasına göre cezalandırılır ve ocakları kapatılır. Demek oluyor ki, Devlet ormanından ruhsatla kesilen ağaçlarla dahi olsa ruhsatsız ocakta kömür imali suçtur.(21)

Ruhsatsız olarak kömür naklini meneden bir madde bulunmadığına göre, ruhsatsız kömür nakli suç değildir. [5] Kaçak kömürler ormanda imal edilmiş olsa bile, ayrıca suçlunun tazminatla mahkûmiyetine karar verilmek lâzımdır. [6]

Halen mevcut olmamakla beraber, eskiden hususî orman sahiplerinin kendi ormanlarından kestikleri veya bu orman sahiplerile muamelelerde bulunarak onlardan orman emvalini satın alan kimselerin aldıkları bu emval, bidayette mahkemelerce müsadere edilmediği halde, sonradan çıkarılan 19/12/945 tarih ve 16 sayılı içtihat birleştirme kararına göre, bu gibi malların da Dəvlet ormanlarında olduğu gibi müsaderesi gerekli bulunduğu tesbit edilmiştir.

Tatbikatta mahkemelerce en çok uygulanan hükümlerden biri de orman kanununun 120 inci maddesidir. Bu maddeye göre, orman kanununun 105, 106, 107, 112 ve 113 üncü maddelerine nazaran müsaderesine karar verilecek malları bilerek satın alanlar, taşıyanlar, işleyenler, kabul eden ve gizleyenlerin bu malların miktarına göre, 5 liradan 200 liraya kadar ağır para cezasile cezalandırılır. Ve bu malları taşıyan vasıtaları da suçta methali olmıyan kimselere ait olmamak şartile zabıt ve müsadere olunur.

5—Nakil vasıtalarının müsaderesi meselesi:

Kaçak mahsulü nakle yarayan hayvan, kağnı, araba, kamyon ve saire gibi her nevi nakil vasıtaları orman kanununun yukarda zikredilen 120 inci maddesine göre, sanığa ait olmak şartiyle müsaderesine karar verilir. Köylünün veya kaçakçılık yapan kimsenin maişetini teminde esaslı âmil olan vasıtalarının kötü niyet erbabının habersiz hareketlerile heder olmamasını temine matuf insanî ve hukukî bir mülâhazaya istinat ederek sevkedilmiş olan bu hüküm tatbikatta çok kere hakkın suiistimaline sebebiyet vermektedir.

[5] Y.3.C.D 31/7/944 —3868

[6] Y 3,C.D. 27/9/938 — 2702/5904

Yargıtayın müstekar olan içtihadına ve maddenin sarahatına göre, nakil vasıtasının müsaderesine karar verilebilmek için vasıtanın aidiyet cihetini tahkik şarttır. Tatbikatta hemen ekseri hallerde sanığın iki yalancı şahit ikame etmesi suretile, vasıta kendisine ait olduğu halde, başka kimseye ait olduğu tesbit ve mahkemelerce de, bu şahadete istinat edilerek bizzarur vasıtanın sanığa aidiyeti hakkında bir delil elde edilemediğinden, müsadere hükmünden hariç tutulmakta ve bu suretle kanunun âmir hükmü yerine getirilememektedir.

6 — Orman davalarında vazifeli mahkeme hangi mahkemedir? Bu mahkemenin takip edeceği usul nedir?

Orman kanununa muhalif hareketlerden dolayı açılacak ceza davalarının hal mercii sulh ceza mahkemeleridir. Bu davalar acele mevaddan olduğu için süratle bir karara raptedilmesi icap eder. Orman kanunu madde (126) itiraf ve teslim etmek lâzım gelirki, işi sadece orman davalarından ibaret olmıyan sulh ceza mahkemelerimiz mevcut iş hacminin ve elemanlarının verdiği imkân derecesinde bu davalara tercihan bakmakta olmalarına rağmen kanunun bu hükmü yerine getilememektedir. Bu davaların acele görülmesinin tabiî ve zarurî bir sonucu da adli tatil esnasında bu davaların rüyet edilebileceği ve bunun neticesi olarak da tatil içinde temyiz müddetinin cereyan edeceğidir. [7]

7 — Kaçak emvalin ve vasıtaların yeddi emine teslimi:

Orman kanunun 3445 sayılı kanununla değişen 127 inci maddesi, kaçak mahsullerin ve nakil vasıtalarının yeddi emin olarak en yakın beldiyelere veya köy muhtarlarına yahut vekiline oda yoksa ihtiyar heyeti âzasından birine makbuz bukabilinde teslim edileceği ve bunlardan çürüyecek ve bozulacak olanlarla muhafazası müşkül ve masraflı olanların sulh yargıcı kararile ve idarenin satış komisyonu marifetile artırma ile satılacağı ve muhakeme neticesine göre, muamele yapılacağı yazılıdır.

Bu hükümde tatbikatta bir çok müşkilâtı, idarî ve kazaî bir sürü ihtilâfları davet etmektedir. Bir kere orman memurları ekseriya, yakalanan kaçak mahsülünün köy muhtarları, âzaları veya belediyeler tarafından muhafaza edilip edilmiyeceğini yerleri olup olmadığını tâyin ve tesbit etmeden ve yeddi eminin muhalefetine ve müsait yeri bulunmadığını söylemesine rağmen, kaçak mahsul

[7] Y. 4. C. D. 4/10/935—7174/5245, Y. 3. C. D. 7/4/935—1799/1500

331

ve vasıtalar suç yerinde bırakılarak zabıt varakasına (yeddi emine teslim edilmiştir)denmekte ve muhafazadan âciz olan yeddi eminde ya bu mahsulü suçluya teslim veyahut kendi evi civarına götürüp bırakmaktadır. Neticede mahkemece keşfe gidildiği zaman mahsul ve vasıtaların elde edilerek tetkik edilmesi mümkün olmamaktadır. Mahkemece mahsulün kazaya nakledilmesi istendiği zaman yeddi emin ve orman idaresi bunları nakletmek için vasıtaları bulmadığından bahsetmekte ve çok kere miktarı az olan odun veya kereste için yargıç kaza merkezinden 5—10 saatlik köye gitmesine rağmen, mahsulü orada bulamamaktadır.

Hulâsa, 127 nci madde tanzim tarzı itibarile, memleketin bünyesine orman ve köy teşkilâtının durumuna uymamakta ve neticeten hem idarenin hem de vatandaşların hukukunun ziyana sebebiyet vermektedir.

Adalet Bakanlığı, ceza işleri genel müdürlüğünün 1/6/939 tarih ve 72 sayılı genelgesinde işaret edildiği üzere, 127 inci maddede zikredilen mahsullerin satılıp satılmaması hususunda C. M. U. K. nun 29 uncu maddesinin sarahatı veçhile, hak sahiplerinin, mahkemenin satış hakkındaki kararlarına itiraz hakları mevcuttur. Mahkeme bu itirazı katî olarak halletmek suretile, bu mahsulün satışına veya satışın durdurulmasına karar verir. Kaçak mahsullerle nakil vasıtaları için 127 inci maddenin uygulanması bahsinde Adalet Bakanlığı (..... Hâkim mahalli hususiyetleri ve iktisadî icapları ve bilhassa, muhafazası lâzımgelen nakil vasıtasının kıymetile duruşma neticesine kadar emaneten muhafazasının istilzam edeceği masraflar göz önünde tutularak iktiza ettiği surette mezkûr hayvanların kanun hükümleri dairesinde satılması ve bu suretle idare ve hayvan sahiplerinin zarardan korunmalarının.....)teminini tamim etmiştir. Bu tamimlerin sarahatına reğmen, tatbikatta 127 inci maddenin uyğulanmasındaki zorluklar bertaraf edilmiş değildir.

8—Orman davalarında zaman aşımı:

Orman kanununun 132 inci maddesi, orman suçlarında dava zaman aşımının bir sene, ceza zaman aşımının iki sene olduğunu tesbit etmiştir. Dava zaman aşımı suçun işlendiği tarihten başlar Binaenaleyh orman suçlarında dava zaman aşımının başlangıcını tâyin ederken suç zabıt varakasının tarihini değil, fiilin vukuu tarihini tayin ve tesbit etmek lâzımdır. Bu sebepledir ki, matbu olan orman suç zabıt varakalarında suçun işlendiği tarih için ayrı

bir hane bırakılmıştır. Suçun işlendiği tarihten itibaren bir sene içinde şu veya bu sebeple, âmme davası açılmazsa, artık bu hak sâkıt olur. Eğer fiilin vukuu tarihinden itibaren bir sene geçmeden âmme davası açılır. Veya sanık hakkında zaman aşımını kesen usulî muameleler yapılırsa, T. C.K. nun 104 üncü maddesine göre, yeniden zaman aşımı başlar. Ancak, bu maddenin 2 inci fıkrasına nazaran evvelki zaman aşımı müddetine ilâve edilecek yeni müddetlerle dava zaman aşımının baliğ olacağı mecmu hiç bir zaman kanunda yazılı dava zaman aşımının bir buçuk mislini geçemez. Buna göre, orman davalarında dava zaman aşımı netice itibarile bir buçuk senedir. Şu halde, her ne sebeple olursa olsun orman ceza davaları bir buçuk sene içinde karara bağlanmazsa âmme davası mahkemece zaman aşımından dolayı düşürülür. [8]

Esasen, ekseri orman davalarının âkibeti bu neticeye varmaktadır. Bunun belli başlı sebepleri, idarece sanığın hüviyetinin iyi tesbit edilememesi tanıkların muhtelif yerlerde bulunması, mahkemelerin iş hacmi, jandarmanın veya polisin, idarî, adli ve askerî vazifelerinin ağırlığı sebeplerile, ihzarların gününde infaz edilememesi ve nihayet köy ihtiyar heyetlerince sanık veya şahitlerin iltizam edilerek hasta olduğundan veya köyü terkettiğinden bahsile, hakikat hilâfına mazbatalar verilmesi ve bu yüzden muhtelif talikler yapılması keşif için vasıta tedarikinde imkânsızlık bulunması ve hattâ orman idaresi dahi, mevcut olan vasıtalarını imkân olduğu halde, idarî sebeplerle mahkeme emrine tahsis etmekten imtina etmesi ve binnetice keşfin vaktinde yapılmamaı.... gibi, âmillerdir.

Bu sebepler bertaraf edilmedikçe, ve dava zaman aşımı uzatılmadıkça orman kanununun istihdaf etttiği gayeye varmak çok müşkül, hattâ imkânsızdır.

Bir çok ahvalde, orman ceza davası, mahkemelerce intaç edilse bile, Savcı veya taraflar canibinden vuku bulan temyiz üzerine, Yargıtay'da dosyanın tetkiki içln geçen zaman zarfında, zaman aşımı dolmakta ve bir çok kereler esas hakkında temyiz tetkikatı yapılamadan dava Yargıtay tarafından, re'sen zaman aşımı sebebile düşürülek dosya mahalli mahkemesine iade edilmektedir.

Eğer, mahkemece verilen ceza, kesinleşirse, bu takdirde, orman kanununun 132 inci maddesinde yazılı iki sene zarfında cezanın infazı lâzımdır. Aksi halde, ceza zaman aşımı sebebile, suçlu cezayı çekmez.

[8] İştihat birleştirme genel kurulu 22/3/940 T.29/44... ,S.lı K.

9 — Hukuk Mahkemesinde tazminat davası açılması:

İdarenin talep ettiği tazminat miktarı 300 liraya kadar ise, tazminat davasının sulh hukuk, 300 liradan yukarı ise davanın asliye hukuk mahkemesinde görülmesi lâzımdır. (H.U.M.K. nun M, 8)

Ceza mahkemesinde, âmme davasının zaman aşımı sebebile düşürülmesi şahsî hak davasına halel vermez. (T.C.k. 110) bu gibi hallerde idare, hukuk mahkemesine müracaat hakkını muhafaza eder. Bu meseleyi esaslı bir tafsile tâbi tutmak için iki kısma ayıralım.

a— İdare, ceza davasına müdahale etmemiştir. Bu takdirde, zaman aşımı müddeti ne olacaktır? Bu gibi hallerde, hukuk Yargıcı fiilin mahîyetini tetkik ederek suç vasfını haiz olup olmadığını B.K. nun 53 üncü maddesine göre, serbestçe tetkik ve takdir eder. Eğer, fiilde suç vasfı görürse, B.K. nun 60/2 ci maddesine göre hâdiseye ceza zaman aşısımını tatbik eder.

b—İdare, ceza davasına usulüne göre müdahale etmiştir: İdare ceza davasına usulen müdahale etmiş ve ceza mahkemesince birbuçuk sene geçmesine rağmen ceza hususu karara bağlanmamışsa, mahkeme müstakillen hakkı şahsî davasına bakamaz. [9]Ceza mahkemesi davayı zaman aşımından düşürürken, idarenin hukuk mahkemesine müracaatta muhtariyetine karar verir. [10]Bu karar verilmese bile, idarenin şahsî hakkı haleldar olmaz. [11] T.C.K.nun 111 inci madesi hangi hallerde hukuk mahkemesine şahsi hak yönünden müracaat edilemiyeceğini tahdidî olarak tesbit etmiş bulunmaktadır. Hukuk mahkemesince davanın kabuluden itibaren zaman aşımı kesilmiş olur.

Orman kanununun suç saydığı her fiil zararı müstelzim olmıyaabilir Hukuk mahkemesi, orman idaresinin zararına hükmetmesi icap edeceğine göre, evvel emirde idarenin bu zararı ispat etmesi lâzımdır. Delillerini irat eden idare, hukuk mahkemesinde ceza dosyasına istinat edebilir. Hukuk mahkemesi, oradaki şahitlerin şahadetini kâfi görebilir. Ancak, hukuk yargıcı, ceza yargıcının yaptığı tahkikat ve keşifle bağlı olmadığından, icabında tanıkları ve yedi emini yeniden dinler. Gerekirse mahallinde bilirkişilerle zararın miktarını tâyin için keşif yapar ve elde ettiği neticeye göre hükmünü verir.

[9] Y. 3. C. D. 9/11/938 — 6068 K.,
[10] Y. C. H. U. 13/12/937 — 282/332
[11] Y. 4. H. D.

Sarf ve istihlâk edilen emvalin kesildiği tarihle yapılacak keşif tarihi arasında uzun müddet geçtiği takdirde, damga ve sair işaretlerin görülmesi imkânsız olduğu gibi, bilirkişi tarafından da ağacın kesildiği tarihin tesbit edilmesi imkânsızlaşır. Bir çok hallerde orman memurleri suç mahallini belirtmek için ayrıca (makta muayene zabıt varakaları) tanzim ederler. Yargıç icabında bu mıntakaya giderek ağaçların kesildiği yerde bulunan kökleri muayene etmek suretile, bu köklerin istihlâk veya kesilen ağaçlara cins ve ebat itibarile, uygun olup olmadığını tesbit etmeye mecburdur. Yargıç, icabında (... Damgalı kerestelerin imalinden sonra damgalarının silinmesi ve kaybolması mümküu olup olmadığını bilirkişilerin bilgilerine başvurarak tetkik ve hal ...) etmelidir. [12]

10—Tarla açmaları Ve orman yangınları:

Orman suçlarından mühim bir kısmını ormanda bulunan ağaçların yakılması teşkil eder. Orman yangınlarının çoğu, arazisi dar olan veya hiç arazisi bulunmıyan köylünün tarla yapmak kasdile (açmalar) meydana getirmesidir. Bunun için köylü, ateşin ormanın umumî heyetine sirayetini önlemek kasdile tarla yapacağı sahanın sınırında bulunan ağaçları keserek bu sahanın ortasına getirir ve buradaki agaçlarla birlikte yakar. Bâzı hallerde, ateş etrafa sirayet ederek müessif orman yangınları meydana gelir. Bundan başka dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonunda, köy halkının veya çobanların ormanda ateş yakması yahut sigara içmeleri yüzünden yangın çıkabilir. Pek nadir hallerde kasden orman yakıldığı vâkıdır.

Orman yangınlarının faillerini bulmak imkânsız denecek derecede müşküldür. Zayıf emmarelerle ve şüphelerle sanıkların mesuliyatleri cihetine gitmek adalet ve kanun icaplarına uymaz. Kasden orman yakmak T. C. K. nun 370 inci maddesine göre, ağır cezalı bir suçtur. Tarla açmak suretile, ağaç yakmak ise, orman kanununun maddesi şümulüne giren. bir suçtur.

Orman mahsulleri, idare tarafından verilmiş olan nakliye tezkeresine göre, taşınacaktır. (Orman kanunu madde 23) bu madde hilâfına hareket edenler 107 inci maddeye göre cezalandırılırlar. Ancak, mevcut nakliye tezkeresi mücbir sebeplerle değiştirilemediği takdirde orman idaresinin bu keresteleri kaçak saymıya hakkı yoktur. Çünkü; nakliye tezkeresiz emval başka, nakliye tezkeresinin değiştirilmemesi başka şeydir. Ezcümle, Y. 4. H. dairesi 14/-2/946 tarih ve 566/586 sayılı kararile (davacının orman idaresince

[12] Y. 4. H. D. 12/5/945 — 1854/1834

müsadere edilmiş olan ve ormandan Sarıkamışa nakliye tezkeresile naklolunan kerestelerin Sarıkamışta nakliye tezkeresi almak için, teşebbüs etmiş olduğu halde, trenin hareketi dolayisile, nakliye tezkeresi alamadığı dinlenen şahitlerin şahadetile sabit bulunmuş ve mahkemece şahadet takdir edilerek bu suretle kanaat getirilmiş ve sözü geçen kerestelerin Sarıkamıştan verilen nakliye tezkeresinde yazılı miktara uygun olmadığından değil, tezkeresiz nakledildiğinden ötürü müsadere edilmiş bulunmasına göre, kerestelerin Sarıkamıştan tezkeresiz nakledildiğine ve müsadere edilen kerestelerin evsafı nakil tezkeresindeki kerestelerin evsafına uygun olmadığına dair ileri sürülen itirazlar yerinde görülmediğinden) bahsile, mahallî mahkemenin, idarenin kerestelere vâkı muarazasının men'ine dair verdiği hükmü onaylamıştır.

11 — Orman idaresinin damga vurmamak suretile haksız muamelesi:

Bâzı yerlerde vâkı olan ihtilâflardan biri de şudur; Davacı, orman idaresinin müdahele ettiği kerestelerin kendisine ait olduğunu ve kaçak bulunmadığını iddia ve bu iddiasını mahkemede ispat etmek suretile ilâm istihsal etmiş olmasına rağmen, idarece nakliye tezkeresi verilmemesi veya damga vurulmaması dolayisile, kaçak olmadığı hükmen tahakkuk eden bir malın bu defa idarenin nakliye vermemesi ve damga vurmaması sebebile, nakledilmesi gayri mümkün bir hale gelmektedir. İdare, hangi hallerde orman mahsullerine damga vurulacağının kanunla muayyen olduğundan bahisle, bu gibi emvali damgalamaktan îmtina etmektedir. Halbuki, aidiyeti hükmen tahakkuk eden emvale damga vurulmasını mâni bir hüküm de yoktur. Bu, kanunu dar mânasile anlamak ve tatbik etmek demektir. Bu husus, Yargıtayca gereği gibi halledilmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 15/5/945 tarih ve 1984/-1879 sayılı kararında (..... Sulh ceza mahkemesince davacılardan Hakkı aleyhine açılan davada Devlet ormanından kesidiği iddia olunan tapulu ağaçların tapulu orman dahilinden kesildiğinin sübut bulması üzerine, mumaileyhin beraetine ve ağaçların kendisine iadesine karar verilmiş ve bu karar Y. 3. C. D. since onanarak kesinlenmiş bulunmasına ve bu davanın mahiyeti de aynı kerestelerin imrarına müdahale edilmemesi ve nakil tezkeresi verilmesi talebinden ibaret olup, davaya bakmak mahkemeye ait bulunmasına ve bu gibi anlaşmazlıklara bakmak idarî makama ait olduğu hakkında orman kanununda bir kayıt mevcut olmadığına

376

binaen, davanın kabulü ile ..) bir karar verilmesi icap ettiğine işaret etmiştir. Fikrimizce, hükmen kaçak olmadığı tahakkuk eden emvale orman idaresinin damga vurmaması sebebile, mal sahibinin zarara uğraması halinde, hem Devlet aleyhine, hem de zarara sebebiyet veren memurlar aleyhine şahsen tazminat davası açmaya bakkı vardır.

Öğrendiğimize göre, Orman Genel Müdürlüğü bugibi, suç mevzuu olmayan ağaçlara damga vurulması hususunda bir prensip kararı ittihaz etmiştir. Bu karar, vatandaşların ve idarenin sık sık çatışmalarını, zaman sarfetmek ve masraf yapmak suretile, mahkemelerde uğraşmalarını önliyecek ve her iki taraf için de hayırlı olacaktır.

12 — Orman idaresinin mahkemelerde temsili meselesi:

Orman idaresinin mahkemelerde temsil edilmesi, bir çok ihtilâflara sebebiyet vermekte ve bir kısım mahkeme kararlarının Yargıtay tarafından sırf temsil yönünden bozulmasını mucip olmaktadır.

3204 sayılı Orman Umum Müdürlüğü teşkiâlt kanununun 11 inci maddesine göre, hazırlanan nizamnamenin 3 üncü bölümünün 23 üncü maddesinde -orman idaresi teşkilâtının memleketin orman durumu nazara alınarak kurulduğu ve 34 üncü maddesinde de (Orman idaresini temsile salâhiyetli memurlar, bulundukları yerlerde orman çevirge Müdürleri, Revir Âmirleri ve bölge şefleri olup, bunların bulunmadıkları zamanlarda, gösterecekleri madunlarının bu nizamname hükümlerine göre idareyi temsil edecekleri) yazılıdır. 3904 sayılı orman umum müdürlüğü teşkilât kanununa ek kanunun 2 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında (orman avukatı veya dava vekili bulunmayan yerlerde ve zamanlarda bunlara ait vazifeleri o yerin en yüksek dereceli orman memuru bulunmadığı takdirde onun namına imzaya salâhiyetli orman memuru yapar) aynı maddenin 4 üncü fıkrasında da (orman avukatı ve dava vekili veya teşkilâtı bulunmayan yerlerde tahaddüs edecek orman davalarında hazine Avukatı, Hazine avukatı da yoksa orman Umum Müdürlüğünü mahallî mal memuru temsil eder) demek suretile asıl ihtilâfa konu olan hükmü vazetmiş bulunmaktadır.

Bir de Orman Umum Müdürlüğüne müteallik dava ve icra işlerinin takip ve intacı hakkındaki talimatnamenin müteferrik hükümler kısmında ve 64 üncü mddesinde orman avukatı bulunmıyan yer ve

337

zamanlarda bunlara ait vazifeler o yerin en yüksek dereceli orman memuru bulunmadığı takdirde onun namına imzaya salâhiyeli orman memuru tarafından yapılır. Bu maddelerde yazılı esaslar göz önüne alınırsa, orman idaresinin temsili şu şekilde olur:

I — Davanın rüyet edildiği mahalde, Revir âmiri işletme Müdürü veya bölge şefi, avukat veya dava vekili varsa 3904 sayılı kanunun 2 inci maddesine göre, idare âmiri veya avukat yahut dava vekili,

II — Revir âmiri işletme müdürü veya bölge şefi mevcut ve fakat avukat veya dava vekili vazife ile başka mahalde veyahut mezun ise, aynı kanunun 2 inci maddesinin 3 ünch fıkrasına göre, revir âmiri veya bölge şefi,

III — Bir yerde revir âmiri veya bölge şefi mevcut olup, o yerde avukat veya dava vekili yoksa, bu takdirde yine en yüksek dereceli orman memuru,

IV — Bir yerde esasen avukat veya dava vekili mevcut olmaz. Revir âmiri veya bölge şefi de vazife ile veyahut başka sebeplerle o mahalden ayrılmışsa, bu takdirde orman idaresini revir âmiri veya bölge şefi namına imzaya yetkili olan orman memuru temsil eder. (3904 sayılı kanunun 2 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının son kısmı)

V — İdarî taksimat itibarile bölge şefi veya revir âmiri, birden fazla kaza dahilinde orman idaresini temsil ediyorsa, bu takdirde 13/10/938 tarihli orman teşkilât nizamnamesinin 23 üncü maddesine göre, bir kazada bölge merkezi mevcut iken, diğer kazlarda merkezle irtibat temin etmek üzere, (ayrım) lar ihdas edilir. Oralara mesaha memurları gönderilir. Veyahut ayrımla alâkası olmıyan bir orman kâtibi gönderilir. Bu gibi hallerde idareyi kendi sahası dahilinde bütün kazalarda orman bölge şefi veya revir âmiri temsil edecekiir. Çünkü; bu kazaları kendi mıntakası olarak kabul eden ve içine alan bir bölge şefliğinde, bölge şefi bu kazaların hududu dışında bulunmadıkca namına başkasına imza etmek salâhiyetini veremiyeceği gibi, idareyi temsil hususunda hiç bir sıfatı olmıyan mesaha memuruna veya orman kâtibine temsil hususunda yetki tanımak kanunun ruh ve maksadına tamamen aykırı düşer. Esasen nizamnamenin bu gibi tâli memurlara vazifeleri arsında sarahatla temsil hakkını tanıdığı hususunda bir kayıt ve işarete de rastlanmamaktadır.

338

VI — Orman teşkilâtı bulunmıyan yerlerde 3904 sayılı kanunun 2 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına göre, idareyi maliye temsil eder. Kanaatimizce bu fıkraya nazaran maliyenin orman idaresini temsil edebilmesi için, o yerin idarî teşkilât bakımından orman idaresinin kabul ettiği kendi sınırları dışında bir yer olması ve buranın hiç bir revir âmirliğine veya bölge şefliğine bağlı bulunmaması lâzımdır.

339

VESAYET

Yazan: K. D.

Vesayet müessesesi; 1926 yılında yürürlüğe giren Kanunu Medenimizin en önemli ve geniş izahatı havi bir bölümüüü ihtiva etmektedir. Medeni Kanunumuzun kabulünden evvel dağınık bulunan vesayet işleri ancak yenî kanunumuzun kesin hükümleri karşısında yeknasak ve ilgililerin haklarını mazbut olarak koruyacak bir halde görülmeğe ve neticelenmeğe başlamıştır. Bu suretle de vesayet altında bulunan kimselerin şahsî ve malî vaziyetleri daha esaslı ve daha açık bir şekilde teminat altına alınmıştır.

Vesayet; ehliyetsiz bir şahsın iş ve vazifelerinin kanunla tâyin olunan diğer ehil olan bir kimse tarafından idare edilmesi keyfiyetidir. Diğer bir söyleyişle: vesayet; kanunî olan belirli sebepler tahtında işlerini normal bir halde idareden âciz ve kendisine bakanı tarafından da istenilen şekilde görülemiyen vazifelerini ifa ve haklarının kounmasını ve melhuz zararların önlenmesini temin eden kanunî bir teşekküldür.

Vesayet bir kamu hukuku müessesesidir. Bu müesseseyi idare eden şahsa, yani ehil olmıyan kimsenin idaresi verilen şahsa vasi denir. Vesayet şahsi bir vazifedir. Vasinin ölümünden sonra vazife ve salâhiyetleri veresesine intikal edemiyeceği şahsına verilmiş olan vasilğe müteallik işleri vekâletname ile tevkil edeceği diğer bir kimseye de gördüremez. Vasinin tâyin ve azli, işlerinin kontrolü Devlete ait hak ve görevlerden bulunmaktadır.

Vesayet umumî ve hususî olmak üzere iki nevidir. Asıl olan umumî ve resmî vesayettir. Hususî vesayet istisnaîdir.

Medeni Kanunumuza göre vesayeti müstelzim hal dahi iki türlüdür: A — Küçüklük, B — Hacır.

I — Küçüklük; 18 yaşını ikmal etmiyen, evlenme veya yargıç iznile rüştü kaznmamış kimsenin halidir. Her memlekette olduğu gibi küçükleri koruyucu kaideler yurdumuzda da Türk Ceza Kanunumuzun 473, 476, 477, 479 uncu, Medeni kanunumuzun 14, 15, 264, 265, 266, 267, 319 ve 389 ncu maddelerile konulmuştur.

Küçüklere: hem ana ve hem baba vefat ettiği takdirde hakkı velâyeti haiz kimse bulunmadığı; Ana ve babanın gaipliklerine

karar verildiği veya bunlardan birinin vefat etmiş ve velâyet hakkı nez' edilmiş ve diğerinin de gâipliğine karar verildiği; evlilik haricinde doğan çocuğun ana ve babanın velâyeti altına bırakılması faydalı görülmediği hallerde vasi nasp ve tâyin olunur.

Ehil olmıyan şahsa vasi tâyini hakkında sulh mahkemesince verilen kararın itiraz, temyiz ve sair müddetlerin geçmesinden ve kararın kat'îleşmesinden sonra vasi yine sulh mahkemesi tarafından işe başlatılır. Vasinin işe başlamasile sulh yargıcı veya tâyin edeceği bir temsilcisi önünde vesayet altına alınan şahsın mallarının defteri yapılır. Vesayet altına giren kimsenin malî vaziyetini göstermeğe yarayacak olan bu deftere menkul mallar vasıf, teferruat ve değerlerile kayıt olunur, borç ve alacaklar gösterilir. Gayrimenkul mallar da tapu senetlerindeki yazılı bedellerle gösterilir. Küçük veya kasır defterin tanzimi esnasında temyiz kudretini haiz ve imkân mevcutsa hazır bulundurulur. Olmazsa gıyabında yapılır.

Vasi işe başlayınca göreceği vazifeler medeni kanunumuzun ayarladığı esasa göre: 1 — Küçük veya mahcurun mallarının idaresi; 2 — Bunların şahıslarına takayyüt; 3 — Medeni tasarruflarında onları temsil etmektir. Vasi; vesayet dairelerinin müdahale hakları mahfuz kalmak şartile ana ve babaya ait yetkileri kullanır.

II — Hacir iki türlüdür: 1— Cebrî hacır; 2— İhtiyarî hacir. İhtiyarî hacir bir de doğuşune göre ikiye ayrılır: a) Asli hacir, b) Ârizî hacir.

Cebri Hacir üç esasta toplanamaktadır: 1— Akıl hastalığı veya akıl zaifliği; 2— İsraf, ayyaşlık, sui hal ve sui idare; 3—Hapis. (mdedni Kanunumuzun 357 nci maddesine göre beş seneye kadar (beş sene dâhil) ağır hapse, bir seneden veya daha fazla hafif hapse mahkûmiyet ârizî hacirdir.

Vesayet altına alınan şahsa ait bulunan kıymetli eşya, mühim vesaik ve senetler sulh yargıcının murakabe edebileceği emin bir yerde bulundurulur. İcabında teminat alınmak suretile vasiye verilir.

Küçüklere, gaiplere ait olan kira sözleşmeleri, kuponlar, tahvilât, tasarruf cüzdanı, poliçe ve sair kıymetli evrak, altın ve gümüşten mamul eşya mahkeme kasasında veya bankada muhafaza olunur.

Vesayet altında bulunan şahsın servetini teşkil eden malları vasi tarafından aynen muhafaza olunması esas isede bâzı ahvalde bunlardan bâzıları vesayet altında bulunan kimsenin menfaati bakımından faydalı görülürse sulh yargıcının talimatı dairesinde açık artırma ve tarafların rızasıyle ve pazarlık suretile satılır ve bedelleri faizinden faydanılmak üzere emlâk ve kredi bankasına yatırılır. Küçük veya mahcur veya ailesi için hususî emniyeti haiz soyun resimlerini havi kıymetli albüm, yahut bir madalyon veya pul kolleksiyonu veya kıymeti haiz eşyalar mecburiyet omadıkça satılamaz. Şukadarki bunların muhafazasında müşkilât çekiliyorsa veya satılmasında mahcur için bir fayda bulunuyorsa sulh mahkemesinin takdirile satılabilir. Ancak bu karara asliye mahkemesi nezdinde itiraz olunabilir.

Vasi mahcura ait eline geçen ve kiralardan ve saireden aldığı bütün paraları yanında bir aydan fazla tutmayarak emlâk ve kredi bankasına veya şubesine, bulunmadığı yerlerde ziraat bankasında bulunan bu banka hesabı carisine faizinden istifade olunmak üzere yatıracaktır. Bir aydan fazla geçen süre için vasi faizden mahrum kalan paranın faizinden mesuldür. Vasi yeter teminatı olmıyan alacakların sağlamlaştırılmasını vesayet altındaki kimsenin menfaatine en uygun göreceği bir zamanda göstereceği gerekli tedbirlerin alınmasını sulh yargıcından isteyecek ve sulh yargıcı da icap eden tedbirleri ittihaz edecektir.

Vasi vesayeti altında bulunan şahsın servetini teşkil eden gayrimenkulleri dahi mahcurun menfaatini gördüğü takdirde sulh yargıcından izin talep ederek satmak isterse yargıç gayrimenkullerin satılmasında fayda olup olmadığını inceledikten sonra satışa müsaade edecektir.

Gayrimenkulün satışı Medeni Kanunumuzun 388 nci maddesi gereğince sulh mahkemesinin iznile ve alenî müzayede ile satılacak ve ihale kararı sulh yargıcı tarafından tasdik olunacaktır. Sulh yargıcı ihale kararını tasdik ederken yalınız şartnamenin mevcudiyetini ve müddetlere riayet olnnup olunmadığını, bedelin mutedil bulunup bulunmadığını tetkikten başka, noksanlar olup olmadığını, kıymet hakkında evvelce verilen talimata uyulup uyulmadığını inceleyecek ve muamele tamamsa ihaleyi onaylayacak, noksansa sebepleri kendiliğinden nazara alarak bozacaktır. Bozulan ihale kararı yüzünden satılacak gayrimenkulün alıcısına tescili yapılamaz. Açık arttırma ile satılan gayrimenkulün müşteri namı-

na tescili yapılamaz. Açık arttırma ile satılan gayrimenkulün müş. teri namına tescili ihale kararını sulh yargıcı tarafından onaylanması ile kabildir. Satış velâyet ve vesayet talimatnamesinin 26 ncı maddesi sarahatine göre istisnaî hallerde aleni müzayede usulüne uyulmadan asliye mahkemesinin tarafların rızasiyle yapılması hakkındaki tasvibile de yapılabilir. İhale kararı sulh yargıcının onaylamasiyle tekemmûl edecektir.

Satış, sulh yargıcı idaresi altında tereke kâtibi tarafınaan açık arttırm usulile yapılır. Küçüğe, mahcura ve gaibe ait paralar hemen emlâk ve kredi bankasına, olmadığı halde mal sandığına yatırılır. Gecikmelerden sulh yargıçları ve mahallî mal memurları mesuldürler. Yargıç her vakada vesayet altındaki kimsenin menfaatine uygun satış ilânlarının nasıl yayınlanacağı ve satış şartlarını tesbit eder. Gayrimenkulün şatış bedellerini ehli hibreye takdir ettirir. Vasi vesayet işini idare ederken mahcur veya küçüğün mallarından elde ettiği gelirleri ve yaptığı masrafları gösterir muntazam bir hesap defteri tutacaktır. Büyük masrafları icap ettiren teşebbüsler için mahkemeden karar alınacaktır. Diğer küçük sarfiyat için de sarf evrakı bulunacaktır. Yargıç her yönden noksansız gördüğü takdirde tasdik edeceği hesaplarda eksiklik ve karışıklık olduğunu anlayınca vasiye düzeltmesini emreder. Ayrıca vasinin hesaplarını, raporlarını muayyen zamanlarda inceler ve vesayet altındaki kimse temyiz kudretini haiz ise düşüncelerini dinler.

Vesayet kaideten dört yıl süre ile tevcih olunur. Vasinin bu süre sonunda itiraz hakkı vardır.

Medeni Kanunumuznn 400 ncü maddesi sarahatile sulh mahkemesince vasiye: 1 — çalışılan zamana, 2 — sarf edilen emeğe, 3) vesayet altındaki kimsenin gelirine göre her bir hesap devresi için ücret tâyin olunur ve bu ücret vesayet altında bulunan kimsenin mallarından ödenir.

Vasi, vesayet işlerini idare ederken işin icabı olan bütün işlemleri yapmağa yetkilidir. Kira bedellerini alma, münazaalı olan borçları ödeme, tamirat yapma, mahsul toplama ve vesayet altındaki şahıs adına tahsil ettiği paralar için makbuz vermek gibi işler yetkileri arasındadır.

Vasi kanunen yasak olan tasarrufları yapamaz. Vesayet altındaki şahsın mallarını hibe ve vakfedemez. Kefalette bulunamaz.

Sulh mahkemesinin vesayet müessesesindeki önemli görevle-

343

rinden birisi de icabında vasiyi azletmek, ihtarda bulunmak, para cezasına mahkûm etmek veya iktiza eden tedbirleri almaktır.

Medeni kanunumuzun 423 ve 432 nci maddelerine göre vasilik; a) vasinin medeni haklarını kullanmasının men'ile veya vefatile, b) dört yıllık sürenin bitmesile (sürenin uzatılmaması ile), c) vasiliğe yakışmayan veya görevîni yaparken görülen sui istimal ve fâhiş bir ihmal sonucu işine nihayet verilmesi sebebile, ç) Küçüğün rüşt yaşına varması veya rüşt kararı verilmesi, d) Hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olanın mahkûmiyetini bitirmesi ve hacrin mahkeme kararile kaldırılması ile sona erer.

Azil, usul ve sebepleri ile bölümlere ayrılır; usule ait olanlar: 1 — Medeni Kanunumuzun 428 ve 432 nci maddelerine göre temyiz kudretini haiz vesayet altındaki şahsın; 2 — Vesayt işile ilgili (mahcurun karısı, kocası, çocukları, ana ve babası veya hısımları)olanların sulh yargıcına yaptıkları müracaat; 3— Azli mucip sebep olduğuna kani olan sulh yargıcı talebidir. Bunun üzerine asliye mahkemesi mahkemeye bildirilen azil sebeplerinin değru olup olmadığını inceleyecek ve vasinin savunmasına müracaat edecektir. Bu işlem bitirilince de vasi hakkında müsbet, menfi bir karar verilecektir. Bu karara itiraz olunamaz. Ayrıca vasinin azlini mucip sebep olduğuna kani olan sulh yargıcı bu alandaki diğer yetkilerinden olan ve Medeni Kanuumuzun 429 ucu maddesine göre hafif yolsuzluklarda vasiye azline tevessül olunduğunu ihtar ve 25 liraya kadâr para cezasına mahkûm edebilir. 430 ncu madde sarahatile de gecikmede tehlike varsa vasiye geçici olarak işten el çektirmek veya tevkif ettirmek, mallarına haciz koydurmak yetkileri de vardır. Sulh yargıçlarının alabilecekleri bu kararlara karşı asliye mahkemesinde itiraz hakkı bulunmaktadır. Azli müteakip vasi, yargıç veya tâyin edeceği memur önünde defter gereğince aldığı malları ehliyet kazanmış olan şahsa veya bunun mirasçılarına veya yeni vasiye teslim eder. Teslim olunan bu malların vaziyeti ve müfredatı tutanağa geçirlir ve deftere göre eksikleri tesbit olunur. Buna göre vasinin mesuliyetine kani olunursa sulh yargıcının tebligatı üzerine yeni vasi eski vasi aleyhinde dava açar.

Vasinin azlini mucip sebepleri de şöylece belirtebilriz: 1— vasinin vasi olmağa gayrilâyık bir hali olduğunun anlaşılması, 2 — vasinin görevini ifa esnasında sui istimal ve fâhiş ihmali. Azilde sui istimal küçükte olsa kâfi bir sebeptir. İhmalin ise azil için fâhiş olması lâzımdır. Vasinin vasi olmağa gayri lâyık bir hali oldu-

ğunun anlâşılması sui istimalin azli mucip olup olmıyacağını ve ihmalin fâhişliğinin takdir ve tahkiki asliye mahkemesine ait bulunmaktadır. 3 — Borcunu ödemekte aciz göstermesi. Sulh yargıcı Medeni Kanunumuzun 427 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre «vesayet altındaki kimsenin menfaatlerini tehlikede gördüğü anda vazifesini gereği gibi ifa edemiyen vasinin başka bir kusuru olmasa bile azlini» talep edecektir. Bu hususta çok titiz davranması lâzımdır.

Medeni Kanunumuzun pek geniş ve önemli bir kısmını ihtiva eden vesayet müessesesi hakkındaki toplu ve fakat muhtasar olan bu yazımız; değerli hukukçularımızın bu hayırlı mevzuu daha etraflı tetkik eden tatbikî yazılar kaleme almalarını sağlarsa bizim için sevinç ve istediğimiz maksat temin edilmiş olacaktır...

Adlî Sicil [1]

Yazan: Sahir ERMAN
İstanbul Üniversitesi ceza hukuku ve usulü asistanı

Bu fişler, mahkûm öldüğü veya 80 yaşına geldiği yahut sadece hapis, para cezası veya adlî tevbihe mahkûm edilmiş olupta başka bir mahkûmiyete duçar olmaksızın onbeş sene geçtiği takdirde, evrakı müspitelerile birlikte imha olunur (Emirn., m. 14).

c) Adlî sicil kayıtlarının sureti ancak adlî veya idari mercilerin talepleri üzerine bu makamlara mahallî adlî sicil dairelerince verilir. Hususî şahıslar yalnız kendi kayıtları hakkında bir suretin verilmesini isteyebilirler. Bu suretlere terkin edilmiş mahkûmiyetler yazılmaz (C. K., m. 363, Emirn., m. 16, 17).

E) *Belçika'da*: Bu memlekette adlî sicil teşkilâtı esaslı olarak 31 aralık 1888 tarihli bir tamimle kurulmuş ve o zamandan beri hep tamimlerle tanzim olunmuştur.

a) İdarî taşkilât bakımından, Belçika'da, sadece merkezî bir adlî sicil dairesi bulunup, Adalet Bakanlığı nezdinde vazife görmektedir: Krallığın az olan mesaha ve nüfusu tek bir dairede bütün sicillerin temerküzünü mümkün kılmıştır.

Hükmün kesinleştiği tarihten itibaren nihayet 3 gün içinde, hükmü vermiş olan mahkeme zabıt kâtibi bir bülten tanzim edip Başkanlığa göndermekle mükelleftir.

Merkezde o şahıs hakkında evvelce bir dosya varsa, yeni bülten o dosyaya konulur, aksi halde yeni bir dosya açılır ve hükümlü hakkında bir fiş tanzim olunur. Bu fişler soy adı sırasına göre tasnif edilir: soy adları aynı olan bir kaç mahkûm varsa, sırasile, öz adlanın ve doğum yerlerinin alfabe sıralarına itibar olunur.

b) Adlî sicile, orman suçları hariç olmak şartile, umumî ve askerî mahkemelerce verilen mahkûmiyet kararları; hususî af ve şartla salıverme kararları kaydedilir.

c) Adlî sicil kayıtlarının suretleri ancak adlî makamlara verilir. Hattâ her dava dosyasında böyle bir suretin bulunması lâzımdır.

ç) Nihayet serseriler ve dilencilere mahsus olmak üzere özel bir sicil mevcuttur [46].

---

[46] Bütün bu söylediklerimiz için bk.: Le Poittevin, *S.g.e.*, sah. 178—189; Brianceau, *S.g.e.*, sah. 124—126. Tafsilât için bk: Ziya Balkuvvar, *Belçika. Adlî sicil teşkilâtı*, Adalet Dergisi, 1946, 12, sah. 126, ve son

[1] Bu yazının baştarafı 1947 yılı 8 sayılı Adalet Dergisindedir.

F) İngiltere'de: Bu memlekette bizim anladığımız mânada bir adli sicil teşkilâtı yoktur. Yalnız 1869 dan beri, Londra polis müdürlüğü (*NeWscotland Yard*) nezdinde suçlulara ait bir sicil tutulmakta ve bu işle mahsus bir büro (*Criminal Record Office*) meşgul olmaktadır. Şurasına da işaret edelim ki, bu sicile ağır hapis cezasına mahkûm olanlarla, bâzı cünhalardan dolayı hüküm giyenler kaydedilir. Bu cünhalar meyanında bilhassa umumhane işletmek, gayri tabiî cinsî mukarenette bulunmak, yedinde hırsızlık alât ve edevatı bulundurmak, müstehcen neşriyat tedarik etmek, aracılık, tehlikeli surette serserilik suçları mevcuttur [47].

7. Memleketimizde adlî sabıkaların tesbiti hususunda başvurulan usuller.

İslâm hukukunda tekerrür fikrine tesadüf edilmediği cihetle, adlî sabıkaların tesbitinin eski hukukumuzda bir önem arzetmiş olduğunu zannetmiyoruz [48]. Her ne kadar halk dilimize «benim alnım açık» «senin alnın lekeli» gibi tâbirler mevcutsa da, fikrimizce, bunlara bakarak eskiden memleketimizde de mahkûmların alınlarına damga vurmak usulünün cari bulunduğu neticesine varmak doğru olmaz [49].

Bunun gibi her ne kadar bâzı suçları işleyenlerin kısasen veya hududu şer'iyenin tatbiki neticesinde bâzı uzuvları kesilmekte ve bu keyfiyetin evvelce suç işlemiş olanları teşhise medar olabildiği akla gelmekte isede, cezanın âzadan birinin kesilmesinden başka olması veya kısasın diyete inkılâp eylemesi dolayisile bir çok suçluların teşhisine imkân bulunmadığı gibi, bâzı âzaları kazaen veya başka bir suretle kesilmiş olan kimselerin de — bu mantıkla — suçlu sayılabilmelerine imkân hâsıl olabilirdi. Bu itibarla, eski hukukumuzda evvelce suç işlemiş olanları doğrudan doğruya veya dolayısile teşhise yarıyacak her hangi bir müessesenin mevcut olmadığını fikri bize daha mülayim gelmektedir.

[47] Erich kelz, *Adlî sicil* (Ferc. H.B.), Adliye ceridesi, 1941, sah. 562 ve son.

[48] Bununla beraber, Çin'de yaşamış olan Türklere ait kanunları bir araya toplamış olan Li kanunu 360 cı maddesinde şöyle bir hüküm sevketmektedir: "(her kim) ilk defa hırsızlık edip tutulursa, onun sağ el bileğine — hırsız — deyip iki işaret oyulur. İkinci defa tutulur ise, sol el bileğine — hırsız — deyip iki işaret oyulur. Üçüncü defa tutulursa, boğulup öldürülür." (Hakkı A. Müftüoğlu, *Adlî sicil. ceza adaletini ilgilendiren yeni bir müessese.* İstanbul 1945, sah. 17).

[49] Aksi kanaatte, Ziya Balkuvvar, *S.g. Makale.*

8. *Usulü muhakematı cezaiye kanunumuzun sistemi.* —

1295 tarihli mülga usulü muhakematı cezaiye kanunumuz — mehazı 1808 fransız ceza muhakemeleri kanununda olduğu gibi — ceza mahkemeleri kâtiplernin mahkûmların isim, şöhret, yaş, sanat ve ikametgâhlarile mahkûmiyetlerini alfabe sırasile bir deftere yazmalarını ve bu defterlerin birer suretini her üç ayda bir Adliye ve Zaptiye nezaretlerine göndermelerini âmir bulunmakta idi [m.446]. Bu iki nezarette de, sözü geçen suretlere istinaden, «hurufu heca defterleri» denilen birer «umumî defter» tutulmak icap ederdi [m.447].

Fakat — tıpkı Fransa'da olduğu gibi — bizde de bu sistem kısa zamanda iflâs etti : bir kere bir çok mahkemeler bu defterleri tutmadılar; sonra isimler birbirine benzedi ği ve mahkûmlar da hüviyetlerini gizledikleri ve bilhassa merkeze gelen suretler fennî bir tasnife tâbi tutulmadığı cihétle, sözü geçen nezaretlerde toplanan suretlerle tanzim edilen defterler kendilerinden istifade olunmasına imkân bulunmayan birer yığın halinde geldiler [50].

9. *Sicilli adlî nizamnamesile kurulan sistem.* —

Denebilirki adlî sicil usulü memleketimizde ilk olarak 25 Nisan 1333 tarihli «sicilli adlî nizamnhmesi» ile bunun tatbiki hakkındaki 12 Mayıs 1333 tarihli talimatname ile kurulmuş ve tatbik edilmiştir.

Mülga Adliye Nezareti Umuru Cezaiye Müdürlüğünü ifa ettiği sırada muhterem Üstadımız Tahir Taner'le o vakit Müdür muavini olan Darulfünun eski profesörlerinden Cevdet Ferit Basman tarafından projeleri hazırlanmış bulunan bu nizamname ile talimatname memleketimizde bir müddet tatbik edilmişlersede 1914 umumî harbinde bâzı vilâyetlerimizin istilâya mâruz kalması adlî sicilin işleyişini sekteye uğratmıştı [51].

Şimdi — yeni adlî sicil kanununun yürürlüğe girmesine kadar mevkii mer'iyette bulunmuş olan — bu nizamnamenin hükümlerini telhis edelim.

a) İdarî teşkilât: Evvelemirde mahkûmun doğduğu yer savcılığı nezdinde mahallî bir adlî sicil dairesi mevcuttur. Mahkemece

[50] Tahir Taner, *S g e*, Ceza hukuku ve Türk ceza kanunu şerhi, sah. 492, not 1.

[51] Tahir Taner, *S.g.e.* sah. 493, No. 307.

iki nüsha olarak doldurulan ve resmî mühürle tevsik olunan adlî sicil fişleri, o mahkeme nezdindeki savcıya verilir. Mahkûm o savcının memuriyeti çevresinde doğmuşsa, fişlerin bir nüshası (ki 1 numaralı varaka adını alır) savcılıkta alıkonarak, ikinci nüsha (ki 2 numaralı varaka tesmiye olunur) merkeze gönderilir. Mahkûmun başka bir yerde doğduğu anlaşıldığ takdirde ise, savcı her iki nüshayı doğum yeri savcılığına yollar, o da 1 numaralı varakayı alıkoyarak, 2 numaralısını merkeze gönderir. Bu suretle mahkûmların doğum yerlerine göre mahallî birer adlî sicil dairesi teşkkül etmiş olur.

İkinci olarak, Adliye Vekâletinde, merkezî bir adlî sicil dairesi mevcuttur. Bu dairde 2 numaralı varakalar hıfz ve tasnif olunduğu gibi, doğdukları yer tesbit edilemeyen veya yabancı memlekette doğdukları anlaşılan hükümlülere ait fişler de muhafaza olunur. Bu gibi şahıslar hakkında tanzim olunan varakaların her iki nüshası savcılıklarca merkeze gönderilir.

b) Adlî sicil varakalarına yazılacak hususlar: Bu varakalarda iki kısım meşruhat bulunur. Birinci kısım meşruhat hüviyete mütallik olup, mahkûmun soy adını, adını, babasının adını, doğum mahal ve tarihini, ayırıcı şekil ve alâmetlerini, sanatını, ikametgâhını, medenî halini tesbit eden kayıtlardır ve bunlar meyanında doğum yeri — varakanın hangi mahallî adlî sicil dairesinde hıfzolunacağını tâyin bakımından — birinci derecede bir önemi haizdir.

İkinci kısım meşruhat hükme dair olup, suçun nev'ini, cezanın nev'i ve müddetini, tatbik olunan kanun maddesini, mahkûmiyet tarihini, hükmü veren mahkemeyi, ilâmın tarih ve numarasını, cezanın tecziline karar verilmişse bu ciheti irae eder.

c) Adlî sicil varakalarının tasnifi: Adlî sicilden hakkile istifade bakımından büyük bir önem arzeden varakaların tasnifi, Adlî sicil nizamnamesi mucibince, mahkûmun soy adı sırasına göre yapılır. Soy adlarının aynı olması halinde, öz adlara, bunlar da aynı ise, baba adlarına, bunlar da bir ise, doğum tarihlerine itibar olunur. Aynı şahıs hakkında müteaddit adlî sicil varakalarının tanzim edilmiş olması halinde, bütün mahkûmiyetler bir listeye dercedilip, savcılıkça tevsik olunduktan sonra, bu liste diğer adlî sicil varakalarile birlikte yine alfabe sırasına göre hıfzolunur.

ç) Adlî sicilden bilgi edinilmesi: Nizamname gizlilik esasını kabul etmiş olduğu cihetle, esas itibarile, ancak resmî makamlar-

369

la mahkeme ve savcılar, adlî sicil varakalarının suretlerini isteyebilirler. Yalnız nizamname bir şahsın kendisi hakkında tanzim edilmiş bir fiş olup olmadığını sorabilmesine ve bir suret alabilmesine de cevaz vermektedir. Bu suretler resmî mahiyeti haiz olup, evvelki mahkûmiyeti ispata kâfi bir delil sayılırlar.

d) Adlî sicil varakalarının iptal ve tasfiyesi: Adlî sicil varakaları mahkûm öldüğü, umumî affa mazhar olduğu, seksen yaşını geçtiği, muhakemenin iadesi üzerine hakkında beraet kararı verildiği, fişin yanlış doldurulduğunun anlaşıldığı, memnu hakların iade edildiği hallerde iptal olunur. Bu iptal muamelesi talimatnamenin 22 nci maddesi gereğince, mahkeme reisi ile savcının huzurunda yapılır [51].

10. Adlî sicil kanunu ile kurulan sistem.

Fakat, yukarda da söylediğimiz veçhile, bu nizamname birinci cihan harbi dolayısile tatbik edilememiş ve hükûmetin hazırlayıp 11/III/1933 tarihinde Büyük Millet Meclisine sunmuş olduğu bir adlî sicil kanun tasarısı da, teklifin ilerki devrelerde yenilenmemesi hasebile kanunlaşamamıştır [52].

Nihayet 6/IX/1944 tarihinde yeni adlî sicil kanunu kabul edilmiş ve 4664 sayılı olan bu kanun neşir tarihinde, ayni 12/IX/1944 gününde mer'iyet mevkiine girmiştir.

Şimdi biz de bu kanunla 27/IX/1944 tarihli adlî sicil talimatnamesine istinat ederek, bugünkü türk adlî sicil teşkilâtını inceleyeceğiz. Yalnız, evelemirde, bâzı noktaların belirtilmesini lüzumlu görmekteyiz.

Adlî sicil, daima ve her yerde, iki veçhe arzeden bir müessesedir: birinci veçhe, adlî sicilin mevzu ve muhtevasına taallûk eder; ikinci veçhe ise bu mevzuun tahakkuk vasıtalarını ilgilendirir. Diğer bir tâbirle, birincisi adlî sicil müessesesini hukukî teşkilât yönünden inceler, ikincisi idarî teşkilâtı nazarı itibare alır.

Adlî sicilin hukukî teşkilâtı da iki bakımdan tetkik edilmek lâzım gelir. bir kere sicile kaydedilecek hususların nelerden ibaret bulunduğu, yani bir kimsenin adlî mazisinin ne derece ve ne hadde kadar tespit edilebileceği meselesini halletmek icap eder. Bu me-

[51] Bütün bu söylediklerimiz için bk. Tahir Taner, *S g.e.* ,sah. 496—501

[52] Tahir Taner, *S.g.e.* ,sah, 494.

750

sele bizi — adlî sicil kanunumuzun kullandığı tâbirle — adlî sicil fiş ve bültenlerinin muhtevasının tetkikine götürecektir.

İkinci olarak ta adlî sicil kayıtlarının nasıl ve kimlere ifşa edileceğini görmemiz icap eder. Adlî sicil müessesesini kurmakla güdülen en esaslı gaye, bu sicile geçmiş olan kayıtlardan âmme idaresinin, adaletin ve vatandaşların istafade edebilmeleri olduduğuna göre, bu ikinci noktanın arzettiği önem kolaylıkla anlaşılabilir. Bu cihet te bizi — gene kanunumuzun tâbirile — adlî sicilden bilgi istenmesi meselesile karşılaştıracaktır.

Fakat, adlî sicil müessesesinin, şahısların adlî geçmişlerini tesbitle muhafaza eylemekten ve bu maziyi başkalarına bildirmekten ibaret olan bu fonksyonlarını ifa edebilmesi için, idarî bir teşkilâta da ihtiyacı olduğu aşikârdır. Bu itibarla adlî sicilin kuruluşunu, kimlerin bu işle muvazzaf olduklarını da gözden geçirmek iktiza edecek, bu da bizi merkezî ve mahallî adlî sicil teşkilâtını incelemeğe sevkedecektir.

Şimdi, ana hatlarını kısaca arzeyledığimiz bu esasları kendimize rehber ittihaz ederek, halihazır adlî sicil sistemimizi tetkik edelim.

A) Hukukî teşkilât.

a) Adlî sicile kaydedilecek hususlar : Yukarda işaret olunduğu veçhile, adlî sicil müessesesinin aslî gayesi, adlî sicile kaydedilmiş olan hususların bâzı makam veya şahıslara bildirilmesi olduğuna göre, adlî sicile ne gibi cihetlerin kaydedilecekleri meselesi, sicilden elde olunmak istenen bilgilerin mahiyetine göre değişir.

İzah edelim : şayet vazıı kanun bir kimsenin adlî mazisini yalnız tekerrür bakımından öğrenmek ve sadece tekerrür hükümlerinin tatbiki için bilgi edinmek istiyorsa, adlî sicile tekerrüre esas olmıyan hüküm ve kararlar kaydedilmiyecektir. Buna mukabil, adlî ve idarî muamelât bakımından bilgi edinmek maksadı takip edilmişse, adlî sicile daha bir çok noktalar yazılacaktır. [53] Meselâ İtalyan kanun koyucusu yalnız cezaî mahkûmiyetler hakkında değil, fakat bâzı ticarî ve hukukî kararlar hakkında da bilgi edinmek istediği içindir ki, hacre, iflâsa, iadeyi itibara ve sairreye müteallik kararların da adlî sicile kaydedilmesi sistemini kabul eylemiştir [54].

[53] Vico, *S.g. monografi*, sah. 698.
[54] Bk. yukarda No. 6, Ç, b.

Kanunumuzun adlî sicil müessesesile ulaşmak istediği başlıca gaye tekerrürün tesbiti olmakla beraber, bunun yanında adlî ve idarî diğer bir takım maksatlar da güdülmektedir. Bu itibarla adlî sicile tekerrür ahkâmının tatbiki için gereken kararlardan maada, diğer bâzı hükümler de dercedilmektedir. Şimdi bu hükümlerin nelerden ibaret bulunduklarını, hangi makamlardan verilmek lâzım geldiklerini, nihayet ne gibi bir vasıf taşımak icap eylediklerini görelim.

b) Adlî sicile geçirilecek kararlar sadece cezaî mahiyettedir. Bu itibarla hukukî veya ticarî sahada verilen kararlar adlî sicile kaydedilmez. Hattâ kanunî mahcuriyet, babalık ve kocalık haklarından mahrumiyet gibi fer'i ve mütemmim cezalar adlî sicile geçtiği halde, mucip oldukları mahrumiyetler aynı olan hacir ve velâyetin nez'i gibi hukuk mahkemesince verilen kararlar kaydedilmez. Çünkü kanun, adlî sicile ancak «mahkûmiyet» hükümlerinin yazılacağını tasrih etmekle, bir mahkûmiyet sayılmasına imkâd bulunmıyan hukukî ve ticarî kararları sahası dışında bırakmıştır.

Şimdi adlî sicile kaydedilecek hükümleri gözden geçirelim:

1) Bütün mahkûmiyet hükümlerile — fer'i cezalar dâhil — emniyet tedbirlerine müteallik kararlar (K. m. 2. A).

Bendin sevk suretinden de anlaşılacağı veçhile, mahkûmiyete esas teşkil eden suçun nev'i ve cezası bakımından hiç bir fark gözetilmemiş olduğu gibi umumî ceza kanununda yazılı bulunması da şart ittihaz edilmemiştir.

Fakat sözü geçen bent aşağıdaki noktaları da aydınlatmaktadır:

aa) Bir kere bilcümle aslî cezalara mahkûmiyet kararları sicile kaydedilecektir. Bu itibarla ceza kanununun 11 nci maddesinde yazılı cezalardan birile mahkûm olan her şahıs hakkında sicile kayıt düşülecektir. Bununla beraber, bu hususta bir mesele zuhur etmektedir: Şayet ceza ölüm cezası ise, cezanın infazı, bilindiği veçhile, Büyük Millet Meclisinin tasvibine vabestedir (Anayasa m. 26). Meclis kararı tasvip ve hüküm de infaz edilirse, Adlî sicil kanununun 18 nci maddesi gereğince, mahkûm hakkında tanzim edilmiş olan sicil varakası — mahkûmun ölmüş olması dolayısile — imha edilecektir. Fakat şayet Büyük Millet, Meclisi, Anayasanın kendisine tanımış olduğu salâhiyeti kullanarak, cezayı af, tahvil veya tahfif ederse vaziyet ne olacaktır? Adlî sicil kanununun 2 nci maddesinin A bendine «Türk mahkemelerinden verilen.... mahkûmiyet

hükümleri» dendiğine ve Büyük Millet Meclisi bir mahkeme olmadığına göre, bu kararlar adlî sicile kaydedilmiyecek ve hükümlü fiilen ölüm cezasına mahkûm olmadığı halde, adlî sicilde hep bu ceza mı görülecektir?

Fikrimizce, Büyük Millet Meclisince verilen af, tahvil ve tahfif kararlarının da sicile geçmesi iktiza eder. Çünkü Adlî sicil kanununun 3 üncü maddesinin Ç bendine göre, «umumî ve hususî af... gibi sebeplerle... cezanın... «ortadan kalkması, değiemesi veya azalması halleri» de adlî sicile kaydolunur. Ölüm cezasının infazı bakımından Anayasanın Meclise tanıdğı salâhiyet bir nevi af sayılabileceğine göre, adlî sicil kanunu, Büyük Millet Meclisince verilen bu gibi kararların da sicile geçmesini kabul etmiş demektir·

bb) Aynı bende göre, fer'i cezalara mahkûmiyet kararları da sicile kaydedilir.

Yalnız burada bir mesele ile karşılaşmaktayız. Bilindiği veçhile doktrinde cezalar, aralarındaki münasebetler bakımından, aslî ve munzam diye ikiye ayrılırlar. Munzam cezalar da ya fer'i veya mütemmim olurlar: birincileri kendiliğinden, ayrıca hükümde tasrihe hacet olmaksızın terettüp eden cezalardır; ikincileri ise ancak hükümde ayrıca sarahat bulunduğu ahvalde aslî cezaya eklenen cezalardır [56].

Şimdi adlî sicil kanununda yanlız fer'i cezaların sicile kaydedilecekleri söylenmekle, acaba mütemmim cezaların sicile geçmiyecekleri mi ifade edilmek istenmiştir? Şayet sözü geçen bent bu mânada anlaşılacak olursa, garip neticelerle karşılaşmamız mümkün olacaktır. Çünkü — âmme hizmetlerinden memnuiyet, muayyen bir meslek veya sanatın tatili icrası, emniyeti umumiye idaresinin nezareti mahsusası altında bulundurulmak gibi — bâzı haklardan mahrumiyeti müstelzim cezalar, bazen mütemmim bazen ise fer'i mahiyettedirler. Bu itibarla aynı bir ceza fer'i olduğu zaman sicile geçecek, mütemmim olduğu ahvalde kaydedilmiyecektir.

Fikrimizce gerek kanun gerekse talimatnamede (m. 8) kullanılmış olan «feri ceza» tâbirini, bilcümle munzam cezalara şâmil olacak bir tarzda anlamak lâzımdır; çünkü ceza kanunumuz doktrindeki

[56] Tahir Taner, *S.g.e*, sah. 585.

bu tefriki kabul etmemiş, fer'i ceza tâbirini munzam ceza terimi-nin müradifi olarak kullanmıştır [57].

cc) Nihayet aynı bentte emniyet tedbirlerine müteallik kararların da sicile kaydedilecekleri yazılmaktadır.

Ceza kanunumuzda »emniyet tedbiri» terimi kullanılmamış olduğu cihetle, bu tâbirden ne anlaşılmak lâzım geldiğini tavzih etmek lâzım gelirdi. Nitekim talimatnameuin 8 nci maddesinin ikinci fıkrası şöyle bir tarif vermektedir: «Adlî sicil bakımından emniyet tedbirleri, ceza mesuliyeti olmıyan suçlular hakkında ceza kanununun 53 ve 58/2 nci maddelerile ceza kanununun mevkii mer'iyete vaz'ına müteallik kanunun 13 üncü maddesine göre alınan tedbirlerdir».

Malûm olduğu veçhile, ceza kanununun 53 ve 58/2 nci maddeleri 11 yaşını bitirmemiş olan küçüklerle, 15 yaşını bitirmiş olmakla beraber, temyiz kudetini haiz olmıyan sağır — dilsizlerin işlemiş oldukları suçun bir seneden fazla hapis veya daha ağır bir cezayı müstelzim bir cürüm olması halinde alınacak tedbirlerden bâhistir ki, bu tedbirler küçük veya sağır — dilsizin ya bir ıslah müessesesine konulmasını veya ana baba veya vasiye — muayyen kayıtlar altında teslimine taallûk ederler.

Ancak talimatname yanlız 53 ve 58/2 nci maddeleri zikretmekle aynı tedbirlerin tatbik edilebileceklerini ifade eden 54 üncü maddenin birinci fıkrasını hariç bırakmış olduğu zannedilmemelidir; 54 üncü madde sarahatan zikredilmemekle beraber, bu maddenin birinci fıkrası 53 üncü maddeye atıfta bulunduğu cihetle, zımnen talimatnamenin 8 inci maddesine dâhil sayılmak lâzım gelir.

Ceza kanununun mevkii mer'iyete vaz'ına müteallik kanunun 3 üncü maddesi ise ceza kanununun 46 ve 58 nci maddeleri gereğince ceza mahkemesi tarafından muvakkaten zabıtaya teslim edilen akıl hastalarile, sağır, dilsizlerin hukuk hâkiminin kararile bir tımarhane veya ıslahaneye konulmalarından bahseder. Demek oluyor ki, hukuk hâkiminin bu kararı da emniyet tetbiri sıfatile sicile kaydedilecektir.

[57] Vico, S.g. monegrafisinde (sah. 706, No. 67, e), bir cihetin sicile kaydedilip edilmiyeceği hususunda şüphe edildiği takdirde, bu şüphenin kayıt lehine hallolunmak lâzım geleceğini — umumî bir kaide sıfatile — ileri sürmektedir. Böyle bir kaidenin mevcudiyeti kabûl edildiği takdirde de mütemmim cezaların sicile kaydolunacakları meydandadır.

354

2) Fakat bunlardan başka adlî sicile aşağıdaki kararları da kaydolunur:

aa) Şartla salıvermiye ve geri alınmasına dair kararlar;

bb) Tecil edilmiş cezanın C.K.m. 95 gereğince tenfizine müte-dair kararlar;

cc) memnu hakların iadesi hakkındaki kararlar;

çç) umumî ve hususî af, müruru zaman ve şikâyetten vazgeçme gibi sebsplerle aslî ve fer'i (ve mütemmim) cezanın ve emniyet tedbirinin ortadan kalkması, değişmesi veya azalması halleri;

dd) muhakemenin iadesine dair kararla bunun neticesinde verilen hüküm ve kararlar;

ee) Tashihi karar veya yazılı emir talebinin kabulüne dair olan kararlarla tashihi karar üzerine mahkemece verilen hüküm ve kararlar (bunlar beraete de taallûk edebilirler);

ff) C. M. U. K. ,m. 402 ve 403 e göre verilen ve eski hüküm ve kararlarda değlşiklik yapan kararlar (Ad. S. K. ,m. 3, bent A — F).

B) Bu hüküm ve kararlar, evvelemirde, «türk mahkemelerinden» verilmek iktiza eder (Ad. S. K. ,m. 2, bent A). Maddede kullanılan bu tâbirin mutlak ifadesinden anlaşılacağı veçhile, gerek umumî gerekse hususî mahknmelerde verilen hüküm ve kararlar sicile kaydedilecektir; buna mukabil, mahkeme sıfatını haiz olmıyan belediy encümenleri, ticaret ve sanayi odaları, vergi itiraz ve temyiz komisyonları gibi merci ve kurulların kararları sicile geçmez.

Bununla beraber üzerinde durulması icap eden bir nokta vardır: işaret ettiğimiz veçhile, kanunda umumî ve hususî bütün türk mahkemelerine şâmil olacak bir ibare kullanılmış olduğu halde, talimatnamenin ne gibi hususların ceza fişile bildirileceğinden bâhis olan 8 nci maddesinde «*adli* mahkemelerden» verilip katîleşen.... kararlar ile *askerî* mahkemelerden verilip *infazı* *için* «*C. müddeiumumiliklerine tevdi edilen* mahkûmiyetlere müteallik hüküm ve kararlar... » denilmekte ve böylece askerî mahkemelerce verilen hükümlerden ancak infazı savcılıklara tevdi edilip umumî ceza evlerinde çektirilen cezaların sicile kaydedilecekleri, buna mukabil bizzat askerî mercilerce infaz olunan hükümlerin sicile geçmiyecekleri ifade edilmektedir.

355

Fikrimizce, talimatnamenin kanun hükmünü daraltan bu ibaresi, bir çok mahkûmiyet hükümlerinin sicile kaydedimemeleri neticesini doğuracak ve bu itibarla adlî sicilden beklenen gaye tam mânasile gerçekleşemiyecektir. Askerî mahkemelerce verilip gene askerî mercilerce infaz olunan hükümlerin hepsi disiplin cezalarına taalûk etmezler, bunlar meyanında askerî eşyayı satmak gibi oldukça ağır cezaları müstelzim suçlar da vardır. Ve idarî birtakım zorluklar bulunsa bile bunların da adlî sicile kaydedilmeleri lâzım gelir.

Bundan başka kanun yabancı mahkemelerden verilen kararların da —bâzı şartlar altında - sicile kaydedileceklerini beyan eylemektedir. Şimdi bu şartları gözden geçirelim.

Bu kararları adlî sicil kanunu ikiye tefrik etmektedir.

1) Yabancı mahkemelerce Türk vatandaşları hakkında verilen hükümler: her ne kadar Türk cezâ kanununun 87 nci maddesinin 4 üncü bendine göre yabancı memleket mahkemelerince verilen hükümler, kaideten tekerrüre esas teşkil edemezlerse de, adlî sicilin yegâne gayesi tekerrürü tesbitten ibaret bulunmadığı cihetle bu mahkûmiyetlerin de bilinmesinde, hiç değilse adlî istatislik ve Türk tabası olanların yabancı memleketlerdeki tavır ve hareketlerinin tesbiti bakımından fayda vardır. Kaldı ki, yabancı mahkeme kararı bâzı haklardan mahrumiyeti mucip bir cezayı müstelzim bulunduğu takdirde, bu mahrumiyetlerin Türkiye'de dahi cari olmaları için, savcılığın talebi üzerine, mahkemece karar verilmesi, ceza kanununun 8 inci maddesi muktezasındandır ve bu itibarla yabancı mahkeme kararının bilinmesine ihtiyaç vardır.

Bununla bereber, yabancı bir mahkemenin türk vatandaşlarına teallûk eden bir mahkûmiyet hükmünün adlî sicile kaydedilmesi için, şu şartları câmi bulunması iktiza eder:

aa) Hükme esas teşkil eden fiilin türk kanunlarına göre de suç sayılmış olması) «suçun nev'i ve cezası haizi ehemmiyet değildir»;

bb) Hükmün kaziyei muhakeme halini almış bulunması: bu bapta *lefor*'ye itibar olunmak, yani hükmü veren mahkemenin tâbi olduğu memleket kanunlarına bakmak icap edeceği şüphesizdir;

cc) Hükmü yabancı memleket tarafından türk hükümetine resmen—yani diploması tarikile—bildirilmiş olması.

2) Yabancı mahkemelerce yabancılar hakkında verilen hükümler. Adlî sicil kanunu bu hükümlerden ancak Türkiye Devletinin şahsiyetine karşı işlenen, yani ceza kanununun ikinci kitabının birinci babına giren curumlere taallûk edenlerle, kadın veya çocuk ticaretinin men'ine dair olan 18/V/1904 Paris, 30/IX/1921 Cenevre mukavelenamelerinin ve sahte para imalinin men'ine müteallik 20/IX/-1929 Cenevre mukavelesinin şümulüne giren kararların sicile kaydedilmelerini kabul etmiştir. Bu itibarla, sözü geçen mukavelenamelerde derpiş olunmıyan bir suçun mevzubahs bulunması halinde, bu suça mütedair mahkûmiyet hükmü sicile geçmiyecektir. Şurasını da ilâve edelim ki, ceza kanununun 6 ncı babının ilk iki faslında 1933 yılında yapılan tadilât dolayısile, 1929 Cenevre mukavelesinin vazettiği esaslar bizde de kabul edilmiş ve aynı tarihte tâdil olunan 87 nci madde bu iki fasla giren suçlardan dolayı yabancı mahkemelerce verilen mahkûmiyet hükümlerinin, istisnaen, tekerrüre esas teşkil edeceklerini beyan eylemiştir [58].

Bundan başka hükmü kesinleşmesi ve Türk hükümetine resmen bildirilmiş olması bu hükümler bakımından da meşruttur.

8) Nihayet adlî sicil kanunu (m. 2, A), «hüküm» ve «kararlardan» bahsetmekle, bu mahiyette sayılmıyan adlî ve usulî muamelelerin sicile kaydedilmiyeceklerini ifade eylemektedir. Hukuk dilimizde birbirlerinin müradifi olarak kullanılan «hüküm» ve «karar» terimleri, esas itibarile, mahkemenin davaya son veren, işten keffiyed etmesini mucip olan nihaî irade beyanlarını ifade ederler [59]. Bu itibarla, bu mahiyette olmıyan ve daima geri alınabilen kararlar — meselâ makbul mazereti olmaksızın şehadetten ve yeminden istinkâf eden kimseninin C.M.U.K. nun 63 üncü maddesinin 2 ve 3 ncü fıkraları gereğince hapsen tazyik edilmesi; celsenin inzibatını bozan kimse hakkında C.M.U.K. nun 379 uncu maddesi uyarınca verilecek ceza — adlî sicile kaydolunmazlar.

Bundan başka, sözü geçen hüküm ve kararların kat'ileşmiş olması, yani kaziyyei muhkeme halini almış bulunması da iktiza eder (m.2, A). Bir hüküm veya kararın başlıca iki surette, yani ya kanun yoluna müracaat edilerek neticede hüküm veya kararın

[58] Tahir Taner, *s.g.e.* sah. 489.

[59] Mustafa Reşit Belgesay, *1943 yılı doktora ihtisas kuru takrirlerinden.*

357

tasdik olunması veya kanun yoluna gitmek için muayyen olan müddetin müracaatsız geçmesi suretile, kesinleşeceği malûmdur [60].

b) Adlî sicile kaydedilmiş olan hususlar hakkında bilgi verilmesi.

Yukarda işaret eylediğimiz veçhile, bilgi verme fonksyonu adlî sicil müessesesinin en önemli görevini, hatta tesis gayesini teşkil eder. Şımdi bilginin kimlerin talebi üzerine, hangi mercice, nasıl istenip verileceğini ve bildirilen hususların hukukî değerini gözden geçirelim.

d) Kanunumuz ancak adlî makamlara bilgi vermek sistemini kabul etmiştir. Bu itibarla kanun ne idarî mercilere nede — evleviyetle — hususî şahıslara bilgi verilmesini tecviz eylememiştir. Fikrimizce bu büyük bir noksandır ve adli sicil kayıtlarının kısmen — yani ağır cezalı veya haysiyeti muhil suçlara münhasır olmak üzre — bilcümle resmî makam ve mercilere bildirilmesinde ve şayet böyle bir kayıt yoksa bu ciheti gösteren bir vesikanın keza bütün resmî makamlara ve ilgili şahsa verilmesinde içtimaî fayda vardır [61]. Kaldı ki başta Anayasa olmak üzre, bir çok kanunlar (meselâ Anayasa m. 12; Matbuat kanununun muaddel 12 nci maddesinin G bendi; Memurin kanunu, m. 4, C; Noter kanunu m. 7, VIII; Hâkimler kanunu, m. 3, 7), muayyen bir statüye girmek isteyen şahıslrrın bir takım suçlardan dolayı mahkûm edilmemiş olmalarını şart ittihaz etmişlerdir. Bütün mahkûmiyetler ise sadece adlî sicilde mukayyet olacaklarına göre, yalnız adlî mercilere bilgi verilmesi, sözü geçen kanunların bu hükümlerinin fiilen tatbik edilmemelerini mucip olacaktır. Bu itibarla biz kanunumuzun sistemini uygun bulmamakta ve yalnız adlî mercilere bilgi verilmesi usulünü yerinde görmemekteyiz.

Şurasını da ilâve edelim ki, kanunun bu mahzurunu bir dereceye kadar bertaraf etmek gayesile, Adalet Bakanlığı 18/V/1945 tarihinde adlî teşkilâta bir tâmim yollamıştır. Bu tâmimde «... bilgi istemek üzre C. Savcılıklarına «başvuran ilgili makamlara adlî sicil kayıtlarının adlî sicil kanununa göre» gizli olduğu ve istenilen bilginin bildirilmesinin yasak bulunduğu «cevabı verildiği anlaşılmaktadır» dendikten sonra, «eğer belli bir kanun» yalnız belli suçlardan dolayı veya belli cezalarla hükümlülük arıyorsa, var«dır veya yoktur diyerek cevap verilmeli ve eğer yüz kızartan,

[60] Tahir Taner, *Ceza muhakemeleri usulü*, İstanbul 1945, sah, 95—96.

358

şerefe dakunan» bir suçtan dolayı hükümlülük aranıyorsa, ilgili makamca takdir olunmak üzre «o kimsenin işlediği ve... yüz kızartıcı mefhumu içerisine girmediği muhakkak» olan. Suçlarından maada «diğer suçların» adları bildirilmelidir. Kısaca «burada göz önünde tutulacak nokta hükümlülük ve ceza hakkında her kanunun «aradığından fazla bilgi verilmemesidir» sözleri ilâve olunmaktadır.

Fikrimizce ortada bir tatbikat meselesi değil, bir prensip meselesi vardır ve bu itibarla tâmimle değil, kanunla tanzim cihetine gitmek icap eder. Bundan başka ilgili idarî makamlardan maada — muayyen kayıt ve şartlar altında hususî müessese ve şahıslara da bilgi istemek salâhiyetinin tanınması iktiza eder [61].

Kanunumuzun bilgi verilmesini kabul eylediği adlî merciler, savcılar, mahkemeler ve hâkimlerden ibarettir. Bununla beraber, 19 uncu maddenin 2 inci fıkrası yabancı Devletler tarafından resmen istenilen bilgilerin" mütekabiliyet şartile» verilebileceğini de beyan eylemektedir. Fikrimizce mütekabiliyetin fiilî olması kâfi olup, bilgi isteyen Devletle aramızda bir adlî müzaheret mukavelesinin bulunması şart değildir.

b) Bilginin hangi merci tarafından verileceği hususunda, adlî sicil talimatnamesinde şöyle bir tefrik yapılmıştır:

1) Şayet hakkında bilgi istenen kimse, bilgiyi talep eden mahkeme veya hâkimin nezdlerinde bulnnan savcının memuriyet bölgesinde doğmuş veya ora nüfusunda kayıtlı bulunmuşsa, yahut böyle bir şahıs hakkında bilgi edinmek isteyen bizzat savcı ise, bu takdirde sözü geçen savcıdan, yani mahallî adlî sicil dairsinden bilgi istenir.

2) Buna muakabil, hakkında bilgi istenen kimse, bilgiyi isteyen mahkeme veya hâkimin nezdlerinde bulunan savcının memuriyet çevresinde doğmamış veya ora nüfusuna kaydedilmemiş olur, yahut böyle bir kimse hakkında bizzat savcı bilgi istemek durumunda bulunursa, bilgi merkezi adlî sicilden istenir (Tal., m. 25).

Kanaatimizce, bilgilerin büyük bir ekseriyet itibarile merkezî adlî sicilden istenmesi doğru değildir. Bu usul merkezî adlî sicilin işini lüzumsuz yere çoğaltacak ve bilgilerin sür'atle verilebilmesine mânî olarak, ceza davalarının uzamasına sebebiyet verecektir. Bu itibarla bütün bilgilerin sanığın doğduğu yer adlî sicilinden

[61] Bu mebhaste yukarda 3 numarada vermiş olduğumuz izahatı hatırlatırız.

istenmesi daha muvafık ve mesahası geniş nüfusu da çok olan memleketimizin bünyesine daha uygun olur [62]. Bu noktaya ilerde avdet edeceğiz.

8) Bilgi ya tezkere ile veya - acele hallerde - telgrafla istenir. Tezkere ile bilgi istenildiği takdirde, Adalet Bakanlığınca örneği hazırlanmış olan (Talimatnameye merbut 7 numaralı adlî sicil örnegi)" bilgi isteme kâğıdı„ doldurulup merkezî veya mahallî adlî sicile gönderilir. Bu varakada, hakkında bilgi istenen kimsenin soy adı, adı, babasının ve anasının adları, doğum tarih ve yeri ve nüfusda kayıtlı-olduğu mahal yazılır. Telgrafla bilgi isteme halinde, 8 numaralı örnekte gösterildiği voçhile, bir telgraf çekilir (Ad. S. K., m. 20; Tal., m. 26 ve 27).

Bu talepler üzerine, gerek mahallî gerekse merkezî adlî sicil dairelerinden şu şekillerde bilgi verilir:

1) Bilgi bir savcılıkça istenmişse -ki bu ihtimal ancak merkezî adlî sicilden istenen bilgiler hakkında varit olabilir -ya« sorulan şahıs hakkında sicil varakası yoktur» veya - aksi halde— » sorulan şahıs hakkında adlî sicil bülteninde çıkmış olan son haberin sıra numarası (.....) dır» şeklinde cevap verilir Ad. S. K., m. 21; Tal. m. 28/2; 7 numaralı adlî sicil örneğinin arkası). Haber sıra numarasının bildirilmesi halinde, savcı bu numaralı haberi adlî sicil bülteninde arar ve her haberde bir evvelki haberin sıra numarası yazıldığı cihetle, bu numaraların delâletile sanığın adlî mazisini öğrenir (Tal., m. 28/3) [63].

2) Bilgi bir sorgu hâkimliği veya mahkemece mahallî adli sicilden, yani mahkeme veya yargıçlığın nezdlerinde bulunan savcılıktan istenmişse, savcılık gereken bilgiyi sözü geçen mercilere verir. Hâkim veya mahkemelerce merkezî adlî sicilden bilgi istenmesi halinde, ya « sorulan şahıs hakkında sicil varakası yoktur» şeklinde cevap verilir, veya, sicil varakası varsa, bakılır: bilgiyi isteyen mahkeme veya sorgu yargıcının bulnduğu mahalde savcılık teşkilâtı muvcutsa, en son münteşir haberin sıra numarası bildirilir ve bu numara vasıtasile savcılıktan lüzumlu bilgi elde edilir. Aksi halde sicil varakası münderecatı tamamile bildirilir Ad. S. K., m. 22; Tal. m. 28/4).

[62] Nitekim bilgi verme fonksyonunu yalnız merkezî adlî sicil dairesine inhisar ettiren Belçika ve Avusturya gibi memleketler mesaha itibarile küçük, nüfus itibarile de az kalabalık memleketlerdir (Bk.: yukarda, No. 6, C, E).

[63] Adlî sicil bülteninden, haberlerden ve haber sıra numaralarından idarî teşkilât kısmında bahsedeceğiz.

960

Bu izahattan anlaşılacağı veçhile, verilen bilgiler adlî sicil kayıtlarını tamamen aksettirirler: sicile geçmiş olan bütün mahkûmiyetler - tekerrüre esas teşkil etsin veya etmesin; tecil edilen cezalarda, intizar müddeti geçmiş olsun veya olmasın - bildirilmek iktiza eder.

Bu mebhaste diğer bir noktaya da işaret edelim. Adlî sicil kanununun 20 inci maddesinin son fıkrasında şöyle denilmektedir: «Acele hallerde bilgiler telgrafla dahi istenebilir. Ancak meşhut suçlarda âmme davasının açılşması bilginin gelmesine bağlı tutulmaz». Bu fıkranın ikinci cümlesinin mefhumu muhalifinden anlaşılacağı veçhile, meşhut olmıyan suçlarda - daha doğrusu 3005 sayılı Meşhut snçların muhakeme usulü kanununa tevfikan tâkip edilmiyen suçlarda - hukuku âmme davasını açmazdan önce savcı bilgi isteyecek ve cevap gelinceye kadar dava açamıyacaktır. Bundan şu üç netice çıkar:

I) Sorgu yargıçları tarafından bilgi istenebileceği adlî sicil kanununda yazılı olmasına rağmen, sorgu hâkimlerinin bilgi talep edebilmeleri imkânsızdır, çünkü:

aa) Sorgu hâkimleri ilk tahkikat safhasında böyle bir bilgi isteyebilirler ve ilk tahkikatın açılmasını ancak savcı talep edebilir: halbuki ilk tahkikatın açılmasını talep etmekle savcı hukuku âmme davasını açmış bulunur; bu davanın açılması ise bilginin evvelce gelmiş olmasına vabesteder;

bb) Meşhut suçların muhakeme usulü kanununa tevfikan haklarında takibat yapılan suçlarda ilk tahkikat zaten yapılmaz ve binaenaleyh bu halde de sorgu hâkimliğince bilgi istenebilmesi mümkün olamaz.

II) Mahkemeler yalnız meşhut suçların muhakeme usulü kanununa göre âmme davası açılmış olduğu takdirde bilgi isteyebilirler.

III) Adlî sicilden bilgi istenmesi —3005 sayılı kanuna göre takibat yapılmadığı bütün hallerde—hukuku âmme davasının açılmasına muvakkaten engel olan bir sebeptir.

Bütün bu mülâhazalar ve bilhassa bunlardan sonuncusu, adlî sicilden verilecek bilgilerin ceza davalarının devamı üzerinde nasıl müessir olduklarını ve bilgi verme görevinin merkezileştirilmesideki mahzurları bir kat daha tebarüz ettirmektedirler.

361

c) Verilen bilgilerin hukukî mahiyeti hakkında ne kanunda nede talimatnamede sarahat yoktur. Zaten merkezî adlî sicil—ahvalin büyük bir ekseriyetinde—sadece son münteşir haberin sıra numarasını vermekle iktifa edecek ve buna müsteniden savcı sanığın evvelki mahkûmiyetlerini bir liste helinde tesbit ederek dava dosyasına koyacaktır. Bu itibarla bilgilerin hukukî mahiyetinden çok, savcılıkca çıkarılan bu listenin ve ender hallerde merkezi adlî sicilce bildirilecek sicil varakası suretlerinin hukukî değerinden bahsetmek daha yerinde olur.

Dediğimiz gibi gerek kanun gerekse talimatname bu hususta sükût etmektedirler. Şimdi sanık dosyadaki bu malûmatın sahih olmadığını, kendisinin avvelce mahkûm edilmediğini ve buna benzer diğer bir takım iddiaları ilerisürecek olsa, vaziyet ne olacaktır? Diğer bir tâbirle sözü geçen malûmatın ispat kuvveti neden ibarettir?

Fikirimizce bu mebhaste şöyle bir tefrik yapmak icap eder: adlî sicil dairesinde hıfzolunan sicil varakasının resmî vesikalardan madût olduğu şüphesizdir. Bu itibarla bu varaka, taalûk ettiği kimsenin evvelce mahkûm edilmiş olduğunu kat'i surette ispat eder [64]. Fakat bu varakanın aksi her türlü delille ispat olunabilir ve bu hususta Medenî kanunun 7 nci maddesindeki umumî zabıta tatbik edilir. Ancak bildirilen sıra numarası üzerine çıkarılıp dava dosyasına eklenen listeye de aynı kuvveti tanımak—bir az sonra işaret edeceğimiz bir çok hata ihtimali dolayısile—doğru olmaz. Bu vaziyette sanık sözü geçen listeye itiraz ettiği takdirde, listenin bütün isbat kuvveti sakit olmak lâzım gelir (diğer bir tâbirle listede mevcut bilgi ancak sanığın ikrarına iktiran eylediği takdirde evvelki mahkûmiyetleri ispat eder); bu vaziyette önceki mahkûmiyetlere taallûk eden dosyalar ait oldukları mahkemelerden celbedilir (her haberde hüküm veya kararı vermiş olan merci ile bu hüküm veya kararın tarih ve numarası yazılı olduğu cihetle dosyaların celbi mümkün ve kolaydır); sanık bu dosyalar münderecatına da itiraz ediyorsa, kendisinin evvelki davaların şahitlerile, sanığı evvelce tevkif etmiş olan polis memurlarile, ceza veya tevkif evi idareci veya gardiyanlarile yüzleştirilmesi, velhasıl hüviyeti tesbit edilerek evvelki mahkûmüyetlere düçar olan kimsenin hakikaten kendisi olduğunun ispat olunması iktiza eder. Ancak bu suretledir ki adlî sicile yanlış malâmatın geçmesi veya doğru olmıyan bir haber sıra numarasının

[64] Tahir Taner, *S. g. Ceza muhakemeleri usulü*, sah. 219; Halit Kemal Elbir *Yeni "Adli Sicil kanunu" dolayısile*, Hukuk Dünyası, sene 1, sayı 1, sah. 26.

362

bildirilmesi, yahut savcının yanılarak bildirilenden başka bir numaraya bakması neticesinde, sanığın mağduriyetine imkân verilmiş olmaz. Fransa'daki sistem de böyledir [65].

B) İdari teşkilât.

a) ***Merkezi adlî sicil***: Kanunumuz—hem mahalî hemde merkezî adli sicil sistemini kabul etmiş olan diğer kanunlardan farklı olarak—merkezî adlî sicilce esasî bir önem vermiş ve mahallî adlî sicil dairesine daha ziyade tâlî bir mahiyet izafe eylemiştir. Bu keyfiyet yalnız bilğilerin merkezi adlî sicilce verilmesinden değil fakat adlî sicil dairelerinin teknik kuruluşundaki sıradan da anlaşılır; gerçekten kanuna göre önce merkezî ve bilâhara mahallî adlî sicil daireleri teşekkül eder.

Şimdi merkezî adlî sicilin hangi makama bağlı olduğunu, nasıl teşekkül edeceğini, ne suretle işleyeceğini, sicile geçmiş olan kuyudatın nasıl muhafaza edilip ledelhace imha olunacağını gözden geçirelim.

D) Merkezî adlî sicil bir müdürlük halinde teessüs etmiş olup, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Umum Müdürlüğüne bağlıdır (Ad.S.K., m. 1; Tal. m., 1). Bununla beraber, ilerde göreceğimiz bildirme fişlerinin gönderilmesine, bilgi istenmesine, adlî sicil bültenine ve ölümlerin bildirilmesine müteallik husustta savcılarla hâkim ve mahkemeler adlî sicil müdürlüğü ile doğrudan doğruya muhabere edebilirler. Hatta kaza savcılarının ağır ceza mahkemesi nezdindeki savcıyı ve hâkimlerle mahkemelerin nezdlerindeki müddeiumumiyi tavsit etmelerine bile lüzum yoktur (Tal., m. 31)

Halen şeflerile birlikte 35 personeli bulunan adlî sicil müdürlüğü dört küçük oda ile koridordan bölme bir odada çalışmakta ve bu sıkışık durum gerek sicil varakalarının muhafazası gerekse personelin mütemadî hareketi bakımından mahzurlar doğurmaktadır.

B) Merkezî adlî sicilin ne suretle teşekkül ettiğini anlayabilmek için, adlî sicile kaydedilecek hususatın merkezî adlî sicile nasıl bildirileceğini ve bu bildirmeyi müteakip ne gibi muamelelerin cereyan eyleyeceğini gözden geçirmek icap eder.

aa) Adlî sicile geçecek kuyudat "bildirme fişleri„ denilen vesikalarla merkeze bildirilir. Bu vesikalar, ceza fişi, tâli karar fişi ve infaz veya yerine getirme fişi olmak üzere üç nevidir.

[65] Le Poitte Vin, S.g. e. *sah. 315—316*

363

1) Ceza fişleri, erkek ve kadınlar için ayrı olmak üzere,Bakanlıkça hazırlanan örneklere göre doldurulur (1 ve 2 numaralı örnekler) ve Türk mahkemelerinden verilen bilcümle aslî ve **munzam** cezalara ve emniyet tedbirlerine müteallik mahkûmiyet hükümlerini ihtiva eder; diğer bir tâbirle sözü geçen hükümler ceza fişile bildirilir (Ad.S.K,m.5,A; Tal.,m. 3/2,8). bu fişler iki kısım olup, Adlî sicil müdürlüğüne gönderilecek olan birinci kısımda mahkûmun hüviyetine (soyadı, adı, babasının ve anasının adlar' doğum tarih ve yeri, nüfusta kayıtlı olduğu yer); işlediği suçla verilen hükme (şuçun işlendiği tarih, tatbik olunan kanun ve maddesi, hükmü veren merci, ceza, hükmün tarih ve numarası, kat'ileştiği tarih, cezanın tecil edilip edilmediği); medenî haline (tabiîyeti, dini, evli ve çocuğu olup olmadığı, mesleği, okuyup yazma derecesi);dava ve suça(takibatın meşhut sutçlar kanunua göre mi yapıldığı, suçun nerede ve nezaman—gece gündüz—işlendiği) taallûk eden malumat bulunur. Hükümlünün dosyasına konacak olan ikinci kısımda isehüviyetile işlenen suça ve verilen hükme müteallik bilgiler kaydedilir.

Ceza fişlerini doldurmak vazifesi savcılara verilmiştir. Bu fişler her mahkûm ve her mahkûmiyet için ayrı ayrı olmak üzre, okunaklı el yazısıyle ve kanun yoluna müracaat edilmemişse bu suretle hükmün kat'ileştiği, temyize müracaat olunmuşsa, müracaatın Yargıtayca reddi veya hükmün tasdiki üzerine evrakın mahkemeye geldiği, temyiz talebi mahkemece reddedilmişse bir haftalık müddetin müracaatsız geçtiği tarihte veya en geç bu tarihlerden itibaren üç gün içinde doldurulup adlî scil müdürlüğüne gönderilir (Ad.S.K.m. 5/2; 6/1; Tal., m.5/1; 9/1—4).

2) Tâlî karar fişleri de erkek ve kadınlar için ayrı olarak tertip edilmiş olan 3 ve 4 numaralı örneklere göre doldurulur.

Bir tâlî karar fişinin gönderilmesi için bu kararın taallûk ettiği suç hakkında evvelce bir ceza fişinin gönderilmiş bulunması şarttır, yani ancak ceza fişile bildirilmiş olan suçlar hakkında bilahara tâlî karar fişi doldurulabilir.

Tâli karar fişlerile bildirilecek hususlar şunlardır:

Şartla salıvermeye ve bunun geri alınmasına dair kararlar(K. m.3,A; Tal.m.10,bent 4);

Tecil edilmiş cezanın tenfizi hakkındaki kararlar (K.m.3,B;Tal., m.10, bent 3);

Memnu hakların iadesine veya iade talebinin reddine dair kararlar K,m.3,C;Tal,m.10, bent 5);

Umumî ve hususî af, müruru zaman, şikâyetten vazgeçme gibi sebeplerle aslî ve munzam cezanın ve emniyet tedbirlerinin ortadan kalkması, değişmesi veya azalması halleri (K.m.3,Ç; Tal.,m. 10,bent 10);

Muhakemenin iadesine müteallik kararlarla bunlar neticesinde verilen hüküm ve kararlar (K.m.3,D; Tal., m.10, bent 6);

Karar tashihi veya yazılı emir talebinin kabulüne mütedair kararlarla, karar tashihi üzerine mahkemelerce verilen kararlar (K.m.3, E; Tal.m.10,bent 7);

C.M.U.K., m.402 ve 403 e göre verilen ve eski hüküm ve kararlarda değişiklik yapan kararlar (K.m. 3, F; Tal., m.10, bent 2);

Katileşmemiş bir veya birden fazla hükümle verilen cezalarla emniyet tedbirlerinde değişiklik yapan içtimaa mütedair kararlar (Tal.m. 10, bent 1);

Kanun yoluna müracaat edilmemekle kesinleşip sicile bildirilmiş olan hükümler hakkında eski hale getirme talebinin kabulü üzerine verilen hükümler (Tal.m.10,bent 8);

C.M U.K.,m,325 e göre temylz etmiyen mahkûmun bozmadan istifade ettiği hallerde, bozma kararı(Tal.,m.10,bent 9);

Ceza kanununun mevkii mer'iyete vaz'ına müteallik kanunun 13 üncü maddesi gereğince akıl hastalariyle sağır—dilsizler hakkında alınan kararlar (Tal.,m.10,bent 11).;

Tâli karar fişleri de iki kısımdan ibaret olup, bildirilecek kararın mahiyetine göre değişen meşruhatı ihtiva eder.

Bu fişleri doldurmak vazifesi hühüm veya kararı veren mahkemeye aittir. (Tal.,m.4). bununla beraber, şartla salıvermeye ve bunun geri alınmasına dair kararlarla, ceza veya emniyet tedbirlerinin umumî veya hususî af, müruru zaman, şikâyetten vazgeçme gibi sebeplerle ortadan kalkmasına, değişmesine veya azalmasına mütedair kararlar hakkında tanzim edilecek tâli karar fişlerini yine savcı doldurur (Tal.,m.4). Mahkemeler de bu fişleri yukarıda sözü geçen mehiller zarfında doldurmakla mükelleftirler. Yalınız mahkemeler doldurdukları fişleri adlî sicil müdürlüğüne göndermeyip, savcıya tevdi ederler. Sacı fişleri kotrol ettikten ve

her iki kısmını da mühürledikten sonra, birinci kısmı müdüriyete gönderir, ikincisini ise dosyasına konmak üzere mahkemeye iade eder.

3) İnfaz veya yerine getirme fişleri: kadın ve erkek hükümlüler için ayrı ayrı örneklere göre (5 ve 6 numarlı örnekler) doldurulan bu fişlerin de tanzim edilebilmesi için, aynı mahkûm hakkında evvelce bir ceza fişinin doldurulup adlî sicil dairesine gönderilmiş bulunması lâzımdır.

İnfaz fişlerile şahsî hürriyeti bağlayıcı cezalarda, infazın bittiği tarih, para cezalarında tahsil tarihi veya , hapse tahvil halinde, infazın bittiği tarih; fer'i ve mütemmim cezalarla emniyet tedbirlerinde müddetin nihayete erdiği tarih bildirilir (K. m. 5,. C; Tal., m. 12).

Bu fişleri doldurmak vazifesi münhasıran savcınındır ve savcı aslî cezalardan her birinin infaz edildiği, munzam cezalarla emniyet tetbirlerinin her birinde müddetin bittiği makamına bildirildiği tarihte bunları doldurmakla mükelleftir.

İki kısımdan mürekkep bulunan infaz fişlerinin birinci kısmında mahkûmun hüviyetine, suça ve hükme taallûk eden meşruhattan maada, infaza müteallik kayıtlar da vardır. Hükmü veren mercie gönderilecek ve bu makamca hükümlünün dosyasına konulacak olan ikinci kısımda da bunlara mütenazır bulunan meşruhata tesadüf edilmektedir.

bb) Bu izahttan da anlaşılacağı veçhile, adlî sicile ilk olarak gelecek fiş, ceza fişidir ve talî karar fişile infaz fişinin irsali evvelce aynı mahkûm ve aynı suç hakkında bir ceza fişinin gelmiş bulunmasına bağlıdır.

Bu itibarla, bildirme fişlerinin merkezî adlî sicile gelmeleri üzerine cereyan edecek muameleleri incelemek istersek, işe ceza fişinden başlamamız icap eder.

Adlî sicil müdürlüğüne bir ceza fişi gelince, ilk iş olarak, fişin sağ yukarı köşesindeki mahsus haneye bir sıra numarası konur ve fiş tetkik edilmek üzre bir heyete sevkedilir. Heyet fişi iki bakımdan inceler: evvel emirde fişteki malûmatın adlî sicile geçebilecek mahiyette olup olmadığını tetkik eder ve müsbet neticeye varırsa, ikinci olarak, fişin doğru ve noksansız doldurulmuş olup olmadığını araştırır.

Fişin yanlış veya eksik doldurulduğu kanaatine varıldığı takdirde, fiş doldurmuş olan makama iade edilir. Bu makam ye-

766

ni baştan bir fiş tanzim ederek, eskisiyle birlikte ve üç gün içinde Müdürlüğe gönderir: yanlış veya eksik fiş Müdürlükçe imha olunur (K., m. 7; Tal., m. 7 [66].

Fişin doğru veya tamam olduğu anlaşılır yahut iade üzerine yeniden tanzim edilen fişte artık yanlışlık veya noksanlık görülmezse, yazı makinesile hülâsası çıkarılır: bu hülâsalara «haber» adı verilir.

Bu haberlerde, bir takım kısaltmalarla, sırasile, haber sıra numarası, mahkûmun soyadı ve adı, babasının ve anasının adları (birincisinden önce B: ikincisinden önce ise A: işaretleri konulur), doğum tarih ve yerile nüfusta kayıtlı olduğu yer (bu iki mahal aynı olduğu takdirde ikincisi aayrıca yazılmaz), aynı şahıs hakkında adlî sicil bülteninde çıkmış olan son haberin sıra numarası, suçun işlendiği tarih, cezanın istinat ettiği kanun ve maddeleri, hüküm veya kararı vermiş olan merci, ceza, hüküm veya kararın tarih ve numarasiyle kat'ileştiği tarih ve cezanın tecil edilip edilmediği gösterilir (K.m.9;Tal.,m.15),

Haberler hazırlandıktan sonra, asıllariyle karşılaştırılır ve varsa yanlışları düzeltilir. Bundan sonra basılmak üzre matbaaya verilir.

Matbaada bu haberler iki şekilde bastırılır: Birincisinde haberler iki taraflı, yâni aynı yaprağın hem üstüne hemde altına tabedildiği halde, ikincisinde yalnız yaprağın bir tarafına basılır ve arkası boş kalır. Bunlardan birincisine «iki taraflı adlî sicil bülteni» ikincisine ise «tek taraflı adlî sicil bülteni» denilir (K.,m.13).

Haberin basına—bunun bir ceza haberi olduğunu veya bir emniyet tedbirine taallûk ettiğini belirtmek için—C veya E harfi vazedilir (Tal.,m.17) ve şayet haber bir kadın hühümlüye ait ise, C veya E harfinden önce küçük bir yıldız işareti konulur [67]. Bundan başka her haber, birincisi sene başından itibaren sırasını, ikincisi ise neşredildiği yılı göşteren, iki rakamlı bir nnmara taşır (Tal.,m.14).

Bültenler neşredildikten sonra, bazı haberlerin yanlış basıldığı veya asıl ve esası olmadıkları anlaşılırsa, Adalet bakanlığı

[66] Her ne kadar kanundan bu fişlerin, onları doldurmuş olan makamca imha edilecekleri anlaşılmakta isede, talimatname sarahaten inhaameliyesinin Müdürlükçe yapılacağını beyan eylemekte ve tatbikat da bu merkezde bulunmaktadır.

[67] Her ne kadar talimatnamenin 20 inci maddesinde, bu vaziyette, C veya E harfinin altı çizileceği yazılı isede, tatbikat metinde izah ettiğimiz şekildedir.

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA

367

Müdürler Heyetinin kararile, haberin tashih veya iptali cihetine gidilir ve bu keyfiyet birinci halde bir «düzeltme haberi», ikinci halde ise bir« iptal haberi» ile bültende neşredilir. Düzeltme haberlerinin sol kenarlarında D harfi, iptal haberlerinin sol kenarlarında da iptal kelimesi bulunur ve her ikisine düzeltilen veya haberlerin sıra numaraları yazılır (K., m. 12; Tal. m. 21).

Bu suretle basılan bültenlerden iki taraflısı bütün savcılıklara, tek taraflısı ise yalnız ilgili savcılara ki bunların kim olduklarını ileride göreceğiz (Bk.: No. 10, B, aa) — gönderilir (K., m. 13). Merkezde de tek taraflı bültenlerdeki haberler kesilerek «sicil varakası» denilen sarı renkte bir kartona yapıştırılır: işte soy adı sırasına göre tasnif ve muhafaza olunan bu varakaların hey'eti mecmuası, merkezî adlî sicili teşkil eder (K.,m. 15, 17 ikinci cümle).

Bu varakaların üstüne mahkûmun hüviyeti, yani soy adı, doğum tarih ve yeri el yazısıyle ve sabit mürekkeple yazılır. Şayet bu noktalarda ayni olan iki ayrı mahkûm varsa, tefrik için, baba ve ana adları da varakaya ilâve edilir. Mahkûmiyete ait kısımın ise el veya daktilo yazısile doldurulması memnudr: Bu kısma ancak tek taraflı bültenlerden kesilen haber yapıştırılır. Ayni mahkûm hakkında intişar eden bilcümle haberler, alt alta bu varakalara ilsak olunur ve ceza haberlerinin sağ kenarındaki sütuna o haberi ilgilendiren ve ayni sicil varakasına yapıştırılmak lâzım gelen talî karar ve infaz haberlerinin sıra numaraları işaret edilir.

Tashihi karar, yazılı emir, muhakemenin iadesi ve eski hale getirme taleplerinin kabulü üzerine verilen yeni mahkûmiyet kararları hakkında gönderilen ceza fişlerine ait ceza haberleri de sicil Varakalarına yapıştırıldıktan sonra, tashih ve tadil edilen eski mahkûmiyetlere ait ceza haberi kırmızı kalemle, fakat yazının okumasını mümkün kılacak surette çizilir ve bu haberin sağ tarafındaki sütunda yazılı rakamlar yeni ceza haberinin yanına yazılır (K, m. 16; Tal. ,m. 22).

Bilâhara talî karar ve infaz fişleri gelince, bunlar da aynı kanallardan geçerek, haber şekline irca olunur ve basılır: Talî karar haberlerinin sol kenarlarına T; infaz haberlerinin sol kenarına ise İ veya Y harfleri konulur.

Ayni bültenlerde neşredilen bu haberler de kesilerek, evvelce ceza hâberinin ilsak edilmiş olduğu ayni sicil varkasına yapıştırılır. Böylece cezada vâkı tebeddülâtla, cezanın infaz edilip edilmediği varakanın tetkiki neticesinde derhal anlaşılır.

368

8) Bu sicil varaklarından teşekkül eden adlî sicilin kendisinden beklenilen fonksiyonu hakkiyle ifa edebilmesi, şüphe yok ki, sözü geçen varakaların ilmî ve fenni bir şekilde tasnif edilmelerine vabestedir.

Kanunumuzun kabul ettiği sisteme göre, sicil varakaları mahkûmların soy adlarına göre, alfabetik bir-arzda, tasnif olunur. Soy adlarının ayni olması halinde, öz adlara, bunlar da bir ise, doğum tarihlerine, onlar da ayni ise, doğum yerlerine itibar edilir. İsimler harf sırasına, tarihlerde tarih sırasına göre tasnife tâbi tutulur. Kadın ve erkek hükümlülere ait sicil varakları ayrı ayrı muhafaza olunur (K. ,m. 17; Tal. ,m, 23).

5) Kanun, sicil varkalarının lüzumsuz terakümünün önüne geçmek maksadı ile, bâzı hallerde bu varakaların adlî sicilden büsbütün çıkarılıp imha edileceklerini beyan eylemektedir.

Adli sicil varakalarının imhasını icap ettiren haller şunlardır:

aa) Mahkûmun ölümü: hükümlünün öldüğü adlî sicil Müdrlüğüne bildirilince, ölüm haberiyle tarihi mahkûmun sicil varakasına işaret edilir. Her üç senede bir yapılan araştırmalar neticesinde bu işaretten itibaren üzerinden üç sene geçmiş bulunanlar adli sicilden cıkarılır.

bb) Mahkûmun seksen yaşını ikmal etmiş olması: keza üç senede bir yapılacak araştımalar sonunda hükümlünün bu yaşı aşmış olduğu anlaşılırsa varaka sicilden çıkarılır.

cc) Haberin iptal edimesi: kanunun 12 nci maddesi gereğince, asıl ve esası olmadığı anlaşılarak neşredilen bir iptal haberiyle iptal olunan haberleri ihtiva eden varaka da sicilden çıkarılır.

çç) Mahkûmiyetlerin kararla kaldırılması: münhasıran muhakemenin iadesi, karar tashihi ve yazılı emir yollarile kaldırılmasına karar verilen mahkûmiyetleri ihtiva eden sicil varakaları da adlî sicilden derhal çıkarılır. (K. m. 18; Tal. ,m. 24).

b) *mahalli adlî sicil.*

x) Mahalli adli sicili teşkil etmek vazifesi savcınındır (K. , m. 23; Tal. ,m. 2). Bu itibarla türk sisteminde mahallî adlî siciller mahkemeye değil, savcılığa bağlıdırlar.

g) Savcılığın nezdinde bulunan bu adlî sicilin nasıl teşekkül edeceğine gelince, kanunun bu mebhaste kabul eylediği sistem nispeten basittir..

369

Yukarıda (No. 10,a ,bb) çift taraflı bültenlerin bütün savcılıklara, tek taraflı bültenlerin ise ylanız ilgili savcılara gönderileceklerini söylemiştik. İşte kekdilerine bu tek taraflı bültenlerden gönderilen savcılar, sözü geçen bültenleri tetkik ederler ve bunlar içinden, kendi memuriyet bölgeleri dahilinde doğmuş veya ora nüfusuna mukayyet bulunan şahıslaraa ait haberleri kesip adli sicil varakalarına yapıştırırlar (K. ,m. 23): bu varakaların hey'eti mecmuası mahalli adli sicili vücuda getirilir.

Bu sözlerimizden şu iki sonuç çıkarılabilir:

aa) Tek taraflı bültenler hem mahkûmun doğduğu hemde nüfusu kayıtlı bulunduğu yer savcılıklarına gönderilir ve bu savcılar tarafından sicile geçirilir;

bb) Her mahkûm hem doğduğu hemde nüfusuna kayıtlı olduğu yer adli siciline kaydedilir. Diğer bir tâbirle bir değil, iki mahallî adlî sicil dairesi mevcuttur. Meselâ bir kimse İstanbul'da doğmuş olduğu halde Bursa nüfusuna mukayyet bulunsa, kendisi hakkında hem İstanbul hemde Bursa adlî sicil daireleri salâhiyettar olacak, bu şahıs ber iki adlî sicile de kaydedilecektir.

Fikrimizce, böyle çift bir mahallî adlî sicil sistemi faydadan çok mazarratı muciptir. Çünkü kanunumuzun kabul ettiği usule göre, bilgi asıl merkezî adlî sicilden istenir. Bu itibarla mahallî adlî sicil dairelerini çoğaltmak merkezî adlî sicilin işini azaltmış olmaz Olsa olsa bir kaç savcılığın bilgi edinmek için merkeze başvurmayıp, kendi tuttukları sicillere müracaat eylemelerini temin eder (Tal., m. 25).

Buna mukabil aynı şahsın iki ayrı adlî sicile kaydedilmiş bulunması bir çok mübayenet ve yanlışlıklara sebebiyet verebilir. Bu itibarla bu iki mahalden birini ihtiyar etmek ve münhasıran ora savcılığına adlî sicili tesis salâhiyet ve vazifesini tanımak daha muvafık olur. Böyle bir seçme yapıldığı takdirde işe, doğum yerini tercih eylemek fikrimizce daha münasip olur.

8) Mahallî adlî sicil dairelerinde bu suretle vücude getirilen adlî sicil varakaları —merkezî adlî sicilde olduğu gibi ve aynı esaslar dairesinde — tasnif ve muhafaza olunur (K.,m.23).

5) Bunun gibi sicil varakalarının imhasını mucip hallerde, bu varakalar mahallî adlî sicilden çıkarılır (K.,m, 24). Bu hallerden biri olan mahkûmun ölümü, merkezî adlî sicilce öğrenilince, ölüm

370

haberi hükümlünün doğduğu ve nüfusunda kayıtlı bulunduğu mahal savcılıklarına adlî sicil Müdürlüğünce bildirilir (Tal.,m.29).

11. *Kanunnu tatbiki bakımından karşılaşılan idarî ve adlî güçlükler.*

Bununla beraber, aradan üç sene gibi bir zaman geçtiği halde adlî sicil teşkilâtı ne lâyiki veçhile kurulabilmiş, ne de kendisinden beklenilen ödevi yerine getirebilmiştir. Hatta adlî sicilin en önemlî gayesini ve en asaslı fonksyonunu teşkil eden „ bilgi verme" safhasına halâ girilemediği gibi gerek merkezî gerek mahallî adlî sicil daireleri iktihamı pek güç engellerle karşılaşmışlardır.

Adlî sicilin gereği gibi işlemesine mâni olan sebepleri idarî ve adlî olmak üzere iki grupta toplıyabiliriz. İdarî sebepler nüfus teşkilâtı, adlî sicil bültenlerinin basılması gibi adalet cihazının dışında kalan amillerdir; adlî sebepler ise bildirme fişlerini tanzim ve irsali gibi daha çok adlî makamlarca yerine getirilecek ödevlerdir. Şimdi bu sebepleri gözden geçirelim.

A) İdarî sebepler:

Bu sebeplerin başında adlî sicil bültenlerinin basılması işe gelir.

Gerek merkezî gerekse mahallî adlî sicil dairelerin tek taraflı bültenlerden kesilen haberlerden teşekkül edeceği ve çift taraflı bültenlerin de bilgi edinme bakımından ehemmiyeti haiz olacağı göz önünde tutulursa, bu bültenlerin basılmasının ne derecede bir rol oynıyacağı kolayca anlaşılır.

Adlî sicil bültenleri halen Ankara Yeni cezaevi matbaasında basılmaktadır. Fakat bu matbaa, gerek iş hacmi gerekse personel bakımından, ihtiyaca cevap vermekten çok uzaktır. Matbaanın faaliyeti hakkında bir fikir verebilmek için bir kaç rakam zikredelim:

Adlî sicilin ilk iş yılı zarfında — yani 12/IX/1944 tarihinde 12/IX/1945 tarihine kadar — 40891 haberi ihtiva eden 106 forma bülten matbaaya sekedilmiş ve fakat bunlardan ancak 15641 haberi havi 38 forma basılabilmiştir. 1947 şubatında adlî sicil müdürlüğünde incelemede bulunduğumuz sırada ise vaziyet daha fena idi çünkü yalnız 1945 senesine ait olan bültenler basılabilmiş ve ciltlenmiş olup, 1946 yılından ancak bir kaç forma tabedilebilmişti. Bu da gösteriyor ki bültenlerin basılması işi aşğı yukarı bir sene geri kalmış bulunmakta ve bu mesafe gün geçtikçe artmaktadır.

371

Bültenlerin vaktinde basılamaması mahallî adlî sicilin teşekkül ve işleyişine ve adlî sicilden bilgi istenilmesine engel olduğu gibi, merkezî adlî sicil bakımından da başka bir mahzurun meydana çıkmasına âmil olmaktadır, Filhakika, yukarda söylediğimiz veçhile, bültenden neşredilen her haber, aynı şahsı hakkında evvelce münteşir haberin sıra numarasını da ithtiva eder ve böylece yalnız son haberin sıra numarası bildirilmek suretile, o şahsın bütün adlî mazisini öğrenmek kabil olur. Bu haberler tabedilmiş ve kesilip sicil varakalarına yapıştırılmış ise, merkezî adlî sicil dairesine gelen bildirme fişi, " haber" halinde telhis edilirken, aynı şahıs hakkında evvelce münteşir bir haberin mevcut olmadığını anlamak için, o kimsenin sicil varakasına bakmak kifayet eder.

Ancak daktilo makinesile yazılan haberler henüz basılmamışsa ve bunlar — halihazırda olduğu gibi — teraküm etmişse, evvelce aynı şahıs hakkında başka bir haberin mevcut olup olmadığını anlamak için, bütün bu gayrı matbu bültenleri karıştırmak ve şayet tertip edilen bir infaz haberi ise, bunun taallûk eylediği ceza haberini de ayrıca bulmak gerekmektedir. Bu keyfiyetin ise adlî sicilin sürate ve yanlışsız işlemesini ne dereceye kadar aksattırdığı ve ne kadar fazla mesai sarfını mucip olduğu meydandadır.

Bu sebeplere, yer darlığı ile memurların toplu bir halda çalışamamalarını ve tek taraflı bültenlerin bilcümle ilgili savcılara gönderilmesinden, maliyeden kâğıt tedariki müşkilâtı karşısında vazgeçilip haberlerin bültenlerden merkezce kesilerek savcılara gönderilmesi usulünün kabulü [68] de eklenirse, mahdut bir kadro ile işleyen adlî sicilin kendisinden beklenen fonksyonu ifadan ne kadar geri kaldığını anlamak mümkün olur.

B) Adliye cihazına teferru eden sebepler.

Bu sebeplerin başında bildirme fişlerinin mahallerinde fena, noksan veya yanlış doldurulmaları gelir.

Adlî sicil kanunu, hata ihtimallerine mâni olmak düşüncesile, fişlerin elle doldurulmasını emretmektedir. Halbuki merkezî adlî sicile gelen fişlerden bir çoğu okunamamaktadır. Bu ise hem tetki-

[68] Bu usulün kabulüne bilhassa tasarruf düşüncsi âmil olmuştur. Çünkü tek taraflı bültenlerde bir çok savcılıkları ilgilendiren müteaddit haberler bulunduğu cihetle — belki de bültende münteşir bir tek haber yüzünden — bütün nüshanın gönderilmesi icap etmekte ve böylece hemen her savcılığa bu bültenlerden de gitmekte idi. Bunun önüne geçmek için haberler merkezde kesilip ilgili savcıya gönderilmekte ve bu suretle daha az tek taraflı bültenin basılması sağlanmaktadır.

372

katı güçleştirmekte, hemde fşlerin okunaklı yazı ile doldurulması için geri çevrilmelerini mucip olmaktadır. Bundan başka yazıların okunaklı olmaması başka bir mahzura ve binnetice fazla bir mesaiye de sebebiyet vermektedir. Gerçekten, kanun yapılırken, bildirme fişlerinin — tetkik edildikten ve harf sırasına konduktan sonra doğruca matbaaya gönderilmesi ve mürettiplerce telhis olunarak haberler şeklinde dizilip basılması düşünülmüştü. Halbuki fişlerin fena doldurulmaları bunu mümkün kılmamış ve evvelemirde haberlerin adlî sicil Müdürlüğünde daktilo makinesile yazılması zarureti karşısında kalınmıştır.

Fakat, bundan başka, fişlerin noksan veya yanlış doldurulmalarını da hesaba katmak icap eder.

Adlî sicil Müdürlüğüne gelen fişlerin bir çoğu ve vasatî üçte biri bu yüzden geri çevrilmektedir. Filhakika, gelen fişlerde ya cezalar yazılmamış veya cezanın nev'i gösterilmemiştir, yahut kesinleştikleri tarih işaret olunmamış veyahut birden fazla suçlu hakkında verilen mahkûmiyet kararlarile aynı suçlu hakkında içtima ettirilen hükümler ayrı fişlerle bildirilmemişti.

Bu fişlerdeki noksan ve yanlışlıkların çoğu fişlerin doldurulmasındaki ihmalden ve lâyiki veçhile kontrol edilmemesinden ileri gelmekte, nisbeten cüz'i bir kısmı da hükmün esasen yanlış olarak verilmiş bulunmasından tevellüt eylemektedir.

Fişlerin geri çevrilmeleri halinde, yeniden doldurulan fişlerin de aynı ihmal ve hatalarla dolu olarak gönderildikleri çok defa görülmektedir. Hatta bu keyfiyet bir çok yanlış anlaşılmalara da sebebiyet vermektedir. Meselâ bir cezada yanlışlık görülerek hükmün doğru olması, fakat fişin yanlış doldurulmuş olması ihtimalile, fişler geri çevrilmekte ve kararda da böyle olup olmadığı sorulmaktadır. Fakat yeniden doldurulan fişler de eskileri gibi olduğundan, hükmün yanlış verildiği zehabile, bir taraftan haber neşredilmekte, diğer taraftan da yanlış hükmün yazılı emirle düzeltilmesi için dosya istenmektedir. Ancak dosya gelince hükmün doğru olduğu ve müteaddit ihtarlara rağmen fişin gene yanlış doldurulmuş bulunduğu ve kontrol edilmediği anlaşılmakta, bunun üzerine bir düzeltme haberinin neşri cihetine gidilmektedir.

Bazı karışık ve içtimalı hükümlere ait ceza ve talî karar fişleri ise müteaddit geri çevirmelere rağmen bir türlü doğru olarak dol-

373

durulamadığından, ilâmın bir nüshası getirtilerek dairece kontrol edilmekte ve gereken tashihat resen yapılmaktadır.

Bütün bu işlerin icap ettirdiği muhaberatı, cevaplardaki gecikmeleri, tekitleri, tekrar iadeleri nazarı itibare alırsak, fişlerin fena, noksan veya yanlış doldurulmalarının adlî sicil makanizmasını ne dereceye kadar sekteye maruz bıraktıkları kolayca anlaşılır.

Gene fişlerin yanlış doldurulmalarına teferru eden diğer bir cihet de aynı şahıs hakkında evvelce gelmiş olan ceza fişile bilâhara gönderilen infaz fişinin birbirini tutmamasıdır. Bu mübayenet bilhassa hüviyet kısmında göze çarpmaktadır. Çünkü mahkemeler, sanığın sorğusu yapılırken verdiği ifadeyi nüfus cüzdanındaki kayıtlarla karşılaştırmaksızın aynen zapta geçirmekte ve ceza fişi de bu ifadeye göre doldurulmaktadır. Halbuki infaz fişlerini dolduran savcılar, mahkûmların hüviyet cüzdanlarına itibar ettikleri cihetle her iki fiş arasında büyük farklar husule gelmektedir.

Bu gibi fişlerin adlî sicile gelmeleri üzerine, bunların aynı şahsa ait olup olmadıkları ilgili savcılıktan sorulmakta ve aynı şahsa aitseler, işaret edilen ayrılıkların giderilmesi savcıdan istenmektedir Fakat bu suretle de aradaki farkların izale edilmemesi yahut mübayenetin hüviyete değil de cezaya taallûk eylemesi halinde, nüfus kaydının tastikli bir suretile ilâmın bir örneği alâkadar savcıdan talep olunmakta ve bu suretle farkın giderilmesi cihetine gidilmektedir. Bunun neticesinde infaz fişinin doğru ve fakat evvelce münteşir ceza haberinin yanlış olduğu anlaşılırsa gene bir düzeltme haberinin neşri zarurî bulunmaktadır.

Bu keyfiyetin ne kadar lüzumsuz yazışma ve mesaiye ve vakit kaydını müstelzim bulunduğu izahtan müstağnidir. Talî karar fişlerinde de aynı yanlış ve ayrılıkların görüldüğünü ve bunlardan bilhassa içtimaa ait olanların çok yanlış oldurulduklarını ilâve edersek, çizmek istediğimiz tablu gözlerimizin önünde kemalile tecessüm eder.

12 Adlî sicil teşkilâtını işler bir hale getirmek için yapılması gereken ıslâhat.

Yukarki maruzatımızdan da anlaşılacağı veçhile, üç senelik mazisi bulunan adlî sicil teşkilâtı, henüz teşekkülünü bile tam manasile sağlıyamamış ve en esaslı fonksyonu olan suçlunun adlî geçmişini bildirme görevini ifaya bir türlü başlıyamamıştır. Şimdi adlî sicili işler bir hale getirmek için yapılmasını gerekli gördüğümüz ıslâhatı nelerden ibaret olduğunu arzedelim.

376

Yalnız evvelemirde iki noktayı belirtmemiz icap eylemektedir. Bir kere adlî sicil kanunu ile kurulan sistemin esasına dokunmıyacağız: bu husustaki görüşlerimizi ve tenkidî mülâhazalarımızı, sistemin esasını izah ederken arzetmiş bulunuyoruz. Sonra yanlız merkezî adlî sicil bakımından yapılması icap eden ıslâhatı mütalaa eyleyeceğiz; çünkü, kanunun sisteminde merkezi adlî sicil hem daha önce teşekkül eder hemde bilgi verme fonksyonunu, esas itibarile, ifa eyler. Mahallî adlî sicil matbu haberlerin sicil varakalarına yapıştırılmalarından ibaret olduğu cihetle, bütün aksamalar ve binnetice ıslâhat hep merkezî adlî sicile teferru eder.

Şimdi adlî sicilin gereği gibi işlemesine engel teşkil eylediklerini söylediğimiz sebepleri tekrar ele alarak, bunların ne suretle izale edilebileceklerini görelim.

A) İdarî sebepler.

a) Adlî sicil bültenlerinin basılması: Matbaanın adlî sicilin ihtiyacını günü gününe tatmin edecek bir seviyeye getirilmesi şarttır. 1946 yılı içinde 177.442 fiş gelmiş ve aynı miktar haber vücude getirilmiş olduğu ve bir formanın ortalama 350 haberi ihtiva ettiği düşünülecek olursa, senede 507, ayda 42 formanın basılmasının lâzım geldiği anlaşılır. Bu ise asgarî iki dizgi makinesi bulunan bir matbaanın gece ve gündüz durmadan çalışmasına ve sadece bu işe hasredilmesine bağlıdır.

Bu itibarla, ya basım işini müteaddit matbaalara tevzi etmek, yahut Ankara Yeni Cezaevi matbaasının sadece bu işle iştigalini sağlamak lâzımdır. Birinci tedbir hem mahremîyeti hemde—hurufat ve dizmedeki farklar dolayisile—formalar arasındaki insicamı bozucu mahiyettedir. Binaenaleyh ikinci tedbirin ihtiyarı zarurîdir. Fakat en iyisi ve doğrusu adlî sicil Müdürlüğüne merbut yeni bir matbaa teşkil edip, ehil unsurlar yetiştimek ve kullanmak olacaktır. Ancak bu suretledir ki, adlî sicilin matbaa ihtiyacı devamlı bir şekilde ve tamamile tatmin olunabilir; aksi takdirde ve bugünkü durnmun devamı halinde ipin ucunun büsbütün kaçması ve girişilen bu adlî sicil teşebbüsünün iflas tehlikesile karşılaşması muhtemeldir.

b) Evvelce münteşir haber sıra numaralarının aranması: Bu kayfiyetin — bilhassa gayrı münteşir haberlerin terakümü halinde — ne gibi mahzurları tevlit eylediğini yukarda arzetmiştik. Matbaa işi kökünden halledilebildiği takdirde, bu mahzurun da ortadan

kalkacağı ve sözü geçen maraların bulunup habere dercedilebilmeleri için sicil varakasına bakmanın kâfi geleceği meydandadır. Fakat bugünkü durumun sürüp gitmesi halinde, yapılacak şey, en son habere bir evvelki hoberin sıra numarasını dercetmekten vazkeçmekten ibarettir. Bu vaziyette adlî sicil Müdürlüğü bilgi isteyen makama yalnız son haberin sıra numarasını bildirmekle iktifa etmeyip, o şahıs hakkında neşredilmiş olan bütün haberlerin sıra numarlarını bildirecektir.

c) Bundan başka adlî sicilde çalışan memurların hep bir arada iş görmelerinin sağlanması ve fişlerle sair evrakın masadan masaya dolaşarak bir ân evvel işlenmesinin temini de icap eder.

B) Adliye cihazına teferru eden sebepler.

a) Fişlerin fena, noksan veya yanlış doldurulmaları : Bu âmilin giderilmesi için, evvelemirde, fişlerin elle doldurulmaları usulünden vazgeçmek icap eder. Daktilo makinesile yazılan—hatta yazdırılan — muhakeme zabıtnamesine ve ilâma itibar edip te, bildirme fişinin elle doldnrulmasını istemek bir tenakuzu ifade eder. Fişler makine ile yazılınca, hem okunmamak sebebile fişlerin geri çevrilmesinin önüne geçilmiş hemde haberlerin doğrudan doğruya mürettiplerce tertibine imkân verilmiş olur.

Fişlerin noksan veya yanlış doldurulmaları halinde, ağır ihmal ve taksirleri görülen memur, savcı ve yargıçların cezalandırılmalarını sağlamak için kanuna cezaî müeyyidelerin ilâvesi lâzımdır. Ancak bu suretledir ki fişlerin gereken dikkat ve ihtimamla doldurulmaları temin edilmiş olur [69]. Hatta işi çok olan yerlerde bu işle iştigal edecek mahsus bir memurun istihdadamı bile düşünülebilir.

b) Ceza fişile infaz fişinin biribirini tutmaması : Bu vaziyette hüviyet kısmındaki mübayenetin giderilmesi için, mahkemenin suçlunun ifadesini aynen zapta geçirmekle iktifa eylemeyip, nüfus cüzdanını da istemesi, nüfus cüzdanı yoksa, kayıtlı olduğu

[69] Nitekim Hükûmetçe hazırlanan "Cezalılar sicilli kanunu" — ki sonradan adlî sicil kanunu adını almıştır—tasarsının 7 nci maddesiude bildirme fişlerini" yanlış veya eksik dolduranlar yahut müddetince cezalılar sicili Dairesine göndermiyenler T.C.K. nun 230 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında yazılı cezalarla cezalandırılır" denmekte idi. Bu madde Encümence "bildirme fişlerini müddetinde adlî sicil dairesine göndermekte kusur edenler T.C.K. nun 230 uncu maddesinde yazılı cezalarla cezalandırılır" şekline konulmuşsa da, sonradan Meclisce metinden çıkarılmıştır (Hakkı Müftüoğlu, s *g e.* sah. 36, not 50).

376

nüfus memurluğundan suçlunun kaydını celbetmesi ve bu suretle zapta geçen hüviyetin bu kayıtlara uygunlnğunu sağlanması icap eder. Bundan başka, kısa müddetli hürriyeti bağlayıcı cezalarla para cezalarına mahkûmiyet halinde, ceza fişinin infaz fişile birlikte gönderilmesi de düşünülebilir. Bu suretle, ceza fişinin gönderilmesi bir müddet gecikecekse de, her iki fişi birden gönderecek olan savcılık bunlar arasındeki muhtemel farkları da gidermiş olacaktır.

Nihayet mübayenetin vücude gelmesine ihmal ve taksirlerile sebebiyet vermiş olanların da cezalandırılmaları iktiza eder.

Görülüyor ki, adlî sicil teşkilâtımızı işler bir hale getirmek için, bir çok kanunî ve idarî ıslahâtın yapılması icap etmektedir. Gerek sistemin esasında yerine getirilmesini iltizam eylediğimiz değişikliklerin gerekse işaret eettiğimiz ıslâhatın bir ân evvel yapılmasını vebu suretle adlî sicilden beklenen istifadenin hakkile ve kısa zamanda sağlanmasını temnni ederiz.

377

Bibliyografya

MEŞRU MÜDAFAA. Avukat Dr. Necmeddin BERKİN. İstanbul Sühulet Basımevi 947, Krş. 125.

İstanbul Hukuk ve İktisat Fakülteleri Asistanı Avukat Dr. Necmeddin BERKİN'in İcra ve İflâs Kanunumuzun icraya taallûk eden hükümleri üzerinde teorik ve pratik bilgi veren ve ilgili mahkeme içtihatlarını gösteren ve kanunun tatbikatını aydınlatan"İcrada Hukuk" adlı kıymetli kitabından sonra bu kere "Meşru Müyafaa" adlı eseri de yayınlanmıştır.

Kitap evvelkisi gibi yine büyük dikkat ve itina ile küçük ebadda yanlışsız ve mükemmel bir fihrist ilâvesile basılmıştır.

Değerli eser önemli konusu itibarile 6 kısıma ayrılmış ve 1. nci kısımda: Giriş; 2 nci kısımda: Tecavüzlere karşı Malin müdafaası başlığı altında: Eski İslâm Hukuku, Roma Hukuku ve Modern positif hukuk tarafından kabul edilen esaslar; Hakkın himayesi sadedinde zor kullanma; İtalyan müelliflerinin görüşleri; Prof. İhreng'in noktai nazarı; Türk Caza Kanununun 461 nci maddesi ile Medeni Kauununun 894 ncü maddelerinin karşılaştırılması; Zilyetlik ve zilyedin müdafaa hakkı; 3. ncü kısımda: Şeref ve hayiyetin müdafaası; 4. ncü kısımda: Tecavüzlere karşı nefsin müdafaası başlığı altında: 1—Tarihçe ve genel düşünceler, 2—Meşru müdafaanın takdir ve isbatında yargıcın rolü, 3—Müdafaanın meşruiyetini kim takdir edecektir, Sorgu yargıçlığımı, yoksa yetkili ceza mahkemesimi, 4—Meşru müdafaanın esası ve hukukî müstenidatı (muhtelif teoriler), 5—Önceden tedbir alma ve mefruz müdafaa (putatevnotwhr), Meşru müdafaa ve kendiliğinden ihkakı hak, Mahkeme içtihatları, müelliflerin mütalâaları; 5 nci kısımda: meşru müdafaanın unsurları başlığı altında: Türk ceza kanununun 49 ncu maddesinin analizi ve Alman kanunu hükümlerile kararlaştırılması ammenin müdafaası (Staatsnotwhr), müfrid müdafaa (Notwahrexzesse), Meşru müdafaanın Taaddüdü ve mahkeme içtihatları, Teafüî ve tecavüzî meşru müdafaa; 6 ncı bölümde: Meselenin özeti anlatılmıştır.

Kıymetli kitap eser sahibinden tedarik olunabilecektir.

478

İNSAN HAKLARI. Ekim: 1947, Sayı: 10, Kr: 50.

Birleşmiş Milletler İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Sağlama ve Koruma Türk Grupu tarafından yayınlanan derginin bu sayısında: prof. Zeki Mesud ALSAN: Dünya Hükûmeti Problemi; Mukbil ÖZYÖRÜK: Milletlerarası Yolculuk Hürriyeti (İnsan hakları bakımından); Nâzım POROY: İnsan Hakları ve Nurenberg Muhakemesi; İlhan LÜTEM: Devletlerarası hukuk ve insan hakları (Rene Brunet'den) terceme yazılar bulunmaktadır.

İZMİR BAROSU DERGİSİ. 947, Sayı: 44, Krş. 120

İzmir Barosunca her üç ayda bir çıkarılan kıymetli derginin bu sayısı aşağıdaki seçme yazılarla yayınlanmıştır:

MAKALELER:

Yalçın DAĞLAR: Kamulaştırma esasları ve unsurları birleştirilemezmi? Ziya Diril: Kavuşturması şahsî şikâyete bağlı davalardan vaz geçmenin şümulü ve Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesinin 13014 sayılı kararı üzerinde bir inceleme; A. Ziya KAYAOĞLU: Yargıtayın iki kararı dolayısile;

TERCEMELER:

Hulusi SELEK: Tarihte Adalet Telâkkisi,

YARGITAY KARARLARI:

mran ÖKTEM: Yargıcın reddi, Yargıç ile taraflar arasında bir dava bulunması;

İÇTİHATLAR ve 38 ilâ 45 inci sayılar Fihristi.

SİYASÎ İLİMLER MECMUASI. Ağustos: 947, sayı:97, Kr: 50.

27 nci yıl yayımına devam eden Derginin bu sayısındaki yazılarıdır:

Prof. Dr. Nihat ERİM: Anayasa meselelerimiz; Faruk Kardam: Milletler arası çalışma konferansı; Adolphe DELİERNEUX: Cezaların insanileştirilmesi (terceme); Sami NEVEKLİ: Abdül—Mecit Devrinde Malî Islahat; Jules ROMAİNS: Tarihçi Andre Mourois (terceme);

YASAMA ÇALIŞMALARI: Namık Zeki ARAL: 1941—1942 Malî Yılının neticeleri;

379

FİKİR HAYATI: Ord. Prof. Ali Fuat BAŞGİL: Bir ankete verilen cevaplar;

EKONOMİK KRONİK: Gelirvergisi Kanunu Tasarısı ve Akisleri;

POLİTİK KRTNİK: A. Şükrü ESMER: Bu ayın Olayları; H. Refik ERTUĞ: «İdare Hukukunda Emprevizyon nazariyesi «adlı eser Bibliyoğrafyası; Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın hesap vaziyetleri V. S.

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ. Eylül 947, Sayı: 9, Krş. 50. 21 inci yıl yayımında devam eden kıymetli Hukuk Dergisinin bu sayısında şu önemli yazılarla çıkmıştır:

Volf ÇERNİS: 5020 Sayılı Kanununa göre Tahliye Sebepleri; Dr. Necmeddin BERKİN: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 290 ıncı maddesi üzerinde düşünceler; Nihat BARTU: Kollektif şirketlerde Teselsül; Reşat ATABEK: Zürih Şerhinden Borçlar Hukuku« Recai Seçkin Tercemesi Bibliyoğrafyası, İçtihatlar, Mevzuat V. S...

AYNI DERGİ. Ekim: 947, Sayı: 10, Krş 50.

Bu sayıda da şu yazılar bulunmaktadır:

Yargıtay Baş Bakanı Nuthu; Nihat BARTU: Noter tebliğlerinde ilân yolu; F. S. P.: Ölenlerimiz; Mevzuat, içtihatlar; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları; Meslek Haberleri, V. S.

Kâzım DERELİ

Türk Hukuk Kurumu Müsabakası

1—Türk Hukuk Kurumu, yıllardanberi yüksek öğretim öğrencileri arasında açmakta olduğu araştırmalar ve incelemeler müsabakasını daha fazla genişletmiş bulunmaktadır. Bu yarışmalara yurdun bütün hukukçularının ve bilhassa ilmî araştırma kabiliyetini haiz olanlarının katılmasını da sağlamak düşüncesi ile bu yılki yarışmaların aşağıdaki şekilde yapılması kararlaştırılmıştır:

A—Ceza hukukundan: Memleketimizde adam öldürme suçları en çok hangi yurt bölgelerinde ve muhitlerinde (Meselâ en çok büyük şehirlerde mi, köylerde mi) işlenmektedir?. Bu fiiller hangi sebep ve saikler altında işlenmektedir. Bu suçların sebeplerine göre, önlenmesi tedbirleri nelerdir? İdam cezasının bu suçlara mâni olma bakımından rolü ve tesir derecesi nedir? Yurdumuzda bir yıl zarfında işlenen katil suçlarından ne kadarı idam cezasıyla cezalandırılıyor.

B—Hususî hukuktan: Hasılât icarı ile zirai istihsalde rastlanan diğer iştirâkli icar ve ortaklık müesseselerinin mevzuat ve örf bakımından tetkiki:

C—Âmme hukukundan: Türk kamu hukukuna göre: memurluk garantilerinin ve bu garantileri sağlayıcı tedbirlerin ilim ve tatbikat ışığında incelenmesi;

2—Bu konular üzerinde yarışanlarca hazırlanarak kuruma tevdi edilecek eserler kurumca tâyin olunacak salâhiyetli bir jüri heyeti tarafından incelenerek değerleri belirtilecek birinci gelen eser sahiplerine kurumca biner liraya kadar para mükâfatı verilecektir.

3—Müsabakalara - Fakültelerde ve diğer müesseselerde hukuk öğretimiyle meşgul olan ordinaryüs profesör, profesör, ve öğretmenlerden maada - her hukukçu katılabilir.

4—Müsabakada birinci gelmekle beraber jüri heyetince muvaffak ve takdire lâyık görülen eserlerin telif hakları kurumca satın alınarak bastırılacaktır.

5—Yarışmalara katılacakların tevdi edecekleri eserlerin önceden yayımlanmamış, doçentlik veya doktora tezi olarak verilmemiş bulunmaları da şarttır.

6—Bu yarışmalara katılanların eserlerini en geç 1948 yılı Ekim ayı başına kadar kuruma tevdi etmiş olmaları lâzımdır.

TÜRK HUKUK KURUMU