ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN ÇIKARILIR

ADALET DERGİSİ

YIL : 40

SAYI : 2

169

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 göndereceklerdir, 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.

170

DALET
DERGİSİ

Yıl : 40 | Şubat 1949 | Sayı : 2

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER :		Sahife
Dr. ÂMİL ARTUS	Harp sonrası garp mevzuatından örnekler	167—176
HİKMET SONEL	Türkiyede Savcılığın Kuruluşu	177—198
ÂKİL ÖNDER	Şimalî Karolina İçtimaî Araştırmalar serisinden : Çocuk Mahkemeleri	199—218
NECMETTİN GÜCER	Tasarlama (Taammüt)	219—232
Prof. ZİYAETTİN F. FINDIKOĞLU	Konferans : Tedvin ve Sosyoloji.....	233—250
	BİBLİYOGRAFYA	251—257
	İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARI.	258—276
	YARGITAY HUKUK KARARLARI	277—286
	YARGITAY CEZA KARARLARI	287—295
	TERFİ CETVELİ	246—298

171

DALET
DERGİSİ

HARPTE İŞGAL EDİLMİŞ MEMLEKETLERDEN GASBEDİLEN MALLARIN İSTİRDADI HAKKINDA İSVİÇREDE YENİ MEVZUAT

Yazan : **Dr. Âmil ARTUS**
Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Umum Müdürü.

PLÂN

I. Giriş :
II. İsviçrede yeni mevzuat : 10 Aralık 1945 tarihli Kararnamenin hükümleri :
1. Davacı.
2. İade edilecek şey.
3. Davalı.
4. Fariğa rücu.
5. Salâhiyetli mahkeme.
6. Usul.
7. Deliller; iade; tazminat.
8. Dava ikamesi için müddet.

III. Kararnamedeki hükümlerle umumi hükümlerin mukayesesi :
IV. İçtihatlar : (3 Haziran 1948 tarihli mahkeme kararının tetkiki) :
1. Maddî hâdisenin izahı (ve Almanyanın Musevi mallarına elkoyarken ileri sürdüğü gerekçeler).
2. Hukukî sebeplerin tetkiki.
a) Federal mahkeme özel dairesinin hasrî yetkisi.
b) muteber bir surette teessüs etmiş olan hususî hakların kararname ile makabline şâmil bir surette ihlâl edilmiş olup olmadığı meselesi.
c) İade borcunun şartları (ve Almanyanın Müsevi mallarına elkoyarken hukukî sebep diye ileri sürdüğü iddiaların münakaşa ve reddi).

I. Giriş :

İkinci Dünya harbi bitince Avrupa devletleri bir çok harp sonrası meselelerile karşı karşıya kalmışlardır. Bunlardan biri de harpte Alman veya İtalyan orduları tarafından işgal edilen memleketlerden gasbedilmiş olan malların meşru maliklerine iadesi meselesidir. Filhakika İkinci Cihan harbinde Alman ordularının işgal ettikleri birçok Avrupa memleketlerinden sanat kıymeti olan eşyayı yüksek kumanda makamlarının emrile ve sistemli bir şekilde toplayarak Almanyaya sevkettiklerini harpten sonra müttefiklerin eline geçen vesikalar isbat etmiş bulunmaktadır. Yağma edilen bu eşyalar bilhassa kıymetli tablolar, heykeller gibi daha ziyade güzel sanatlara ait eserlerle tarihi kıymeti haiz eşyaya taallûk ediyordu. Nürenberg mahkemesinde bu mevzua ait çok meraklı tafsilât ifşa edilmiştir. Bu eşyanın mühim bir kısmı işgal edilen yerlerdeki Musevilere aitti. Bir kısmı da, işgal edilen memleketlerde Devlet, Vilâyet, Belediye gibi kamu hükmî şahıslarına ait bulunuyordu. Bütün bunlar muhtelif suretlerle Alman ordusu tarafından ele geçiriliyor, ambalaj yapılıyor ve muntazam listeleri yapılarak Berline gönderiliyordu .Bunların bir kısmı başta Hitler ve Göring olmak üzere Nazi ileri gelenlerinin hususî köşklerini süslemeğe tahsis ediliyor, bir kısmı Alman millî müzesine ayrılıyor, nihayet küçük bir kısmı da — okadar kıymetli görülmediği için — açık arttırma ile veya pazarlık veya trampa suretile Alman resmî makamları tarafından Berlinde tüccarlara satılıyordu.

Harp sona erip Alman Nazi idaresi mağlûp olunca; malları haksız yere gasp ve yağma edilmiş olan hususî veya hükmî şahıslar mallarının peşine düştüler. Bu kıymetli şeylerin bir kısmı Alman müzelerinde, bir kısmı Führer'in köşkünde, diğer bir kısmı başta Göring olmak üzere, diğer Alman ricalinin ikametgâhlarında veya mahzenlerinde zuhur etti. İşgal makamları bu eşyanın sahiplerine iadesi hususunda gayet emniyetli usuller ihdas ettiler. Fakat eski Alman devletinin veya Alman Nazilerinin elinde bulunmıyan, satış veya trampa suretile Alman devletinden veya Alman Nazi şeflerinden üçüncü şahıslara intikal eden eşyanın akibeti ne olacak? Yani hak sahpileri bu eşyayı nasıl geri alacaklar? İşte bu mevzu hukukçuları esaslı surette meşgul etmeğe başladı. Bu yazıda İsviçrede bu meselenin nasıl halledildiğini göreceğiz.

II. İsviçrede yeni mevzuat :

Bu eşyanın mühim bir kısmı harpte bitaraf kalmış olan ve Almanya'ya komşu bir memleket olan İsviçredeki tacirlerin eline geçmiş olduğu için İsviçre konfederasyonu da bu meseleye tatmin edici bir hal şekli bulmağa mecbur kaldı. Bu sebeple federal Hükümete olağanüstü mahdut yetkiler sağlayan 6 Aralık 1945 tarihli Kararnamenin verdiği salâhiyetle-

re müsteniden federal Hükümet (Harpte işgal edilmiş arazide gasbedilen mallar hakkında istihkak davaları) na ait 10 Aralık 1945 tarihli bir kararname çıkardı (1). Bu kararname, bu kabil davalar için federal mahkemeyi (İsviçre Temyiz Mahkemesini) yegâne kaza mercii olarak kabul etmiştir. Bu kazaî salâhiyetin şartları ve hudutları şunlardır :

1. Davacı. — Kararnamenin birinci maddesine göre yukarıda izah ettiğimiz hâdiselerde dava hakkı şu kimselere aittir :

a) Harpte işgal edilen bir arazide işgal eden devletin askeri veya sivil makamları veya silâhlı kuvvetleri tarafından, Devletlerarası hukuka aykırı bir şekilde, zorla veya zabıt yahut müsadere suretile, yahut bunlara benzer şekillerle menkul şeyleri veya kıymetli evrakı elinden alınan veya soyulan kimseler,

b) Menkul şeylerini veya kıymetli evrakını iradî bir surette fakat işgal eden devletin veya askerî veya sivil şahıslarının sorumlu bulundukları bir hile veya esaslı bir korkunun tesiri altında terkeden kimseler (madde 1, fıkra 2).

2. İade edilecek şey. — İstihkak iddiası yalnız İsviçrede bulunan ve 1 Eylül 1939 tarihi ile 8 Mayıs 1945 tarihleri (Almanyanın teslimi tarihi) arasında çalınan menkul şeylerle kıymetli evraka matuf olabilir (madde 1, fıkra 1, 2; madde 2 ve 8).

3. Davalı . — Davanın, iyi veya kötü niyet sahibi, halihazır zilyede karşı tevcih edilmesi lâzımdır (madde 1).

4. Fariğa rücu . — Sözü geçen menkul şeyleri veya kıymetli evrakı iadeye mecbur olan davalı ödediği fiatın iadesini kendi bayiinden isteyebilir. Fakat bu fiat bahsi geçen eşyanın rayiç fiatından veya kıymetlerin borsada kayıtlı rayicinden fazla ise ancak rayiç fiat ödenir. Eğer bayi hüsnüniyet sahibi ise o da kendi bayiine rücu edebilir. Böylece kötüniyet sahibi bayie kadar gider. Eğer kötüniyet sahibi fariğ borç ödemekten aciz halinde ise veya İsviçrede takip edilemiyorsa hakim, zarar gören hüsnüniyet sahibi müktesibe hakkaniyete uygun bir tazminat hükmeder ve bu tazminatı İsviçre Konfederasyonu öder (madde 4). Fakat İsviçre hukukuna veya tatbiki lâzımgelen yabancı devlet hukukuna göre bu müktesip fiatın ödenmesini isteyebilmelidir. Eğer konfederasyon müktesibe tazminat verirse onun hukukuna halef olur.

5. Salâhiyetli mahkeme . — Bütün bu davalar. (birinci madde de zikredilen mallar hakkındaki istihkak davaları, bayilere karşı rücular, tazminatın tesbiti) federal mahkemede bu maksatla teşkil edilen bir hususî dairenin salâhiyetine dahildir. Bu daire Alman, Fransız, İtalyan İs-

(1) Recueil ifficiel des lois fêdêrales (ROLF) 1945 P. 1030 et s.

viçresinden gelen üç federal hâkimden müteşekkildir. Bu daire federal makemenin en meşhur ve nüfuzlu üç hâkiminden kurulmuştur. Bunlarda reis Bolla (Tessinli), ikinci reis Leuch (Bernli) ve Rais (Neuchâtelli) den ibarettir.

6. Usul . — Bu mahkeme Leuch tarafından hazırlanmış ve bir komisyon tarafından gözden geçirilmiş olan yeni federal usule ait bir ön tasarıdan alınan kaideleri tatbik edecektir (madde 10).

7. Deliller; iade; tazminat. — Bu suretle teşekkül eden mahkemenin huzurunda yukarıda 1 numara altında ifade edilen fiillerin kurbanı olan davacı, istihkak iddia ettiği malların meşru maliki veya evvelki zilyedi olduğunu ve o malların elinden zorla veya hile yahut ikrah ile alındığını kabule şayan bir surette izah etmeğe mecburdur. Davalı davacının vaktile o şeye kötüniyetle zilyet bulunduğunu ileri sürmek suretile kendisini müdafaa edebilir (madde 8).

Dava konusu olan şeyleri iadeye mecbur tutulan davalının duruşmada kendi bayiine ödediği fiatın iadesi hakkındaki talebini mahkemeye arzetmesi lâzımgelir. Eğer bu parayı hali acizde olması veya İsviçrede bulunmaması sebebile bayiinden alamazsa altı aylık bir mühlet zarfında konfederasyondan isteyebilir (madde 12).

8. Dava ikamesi için müddet (normal kaza mercii). — Federal mahkemenin bu hususî dairesi huzurunda dava ikamesi ancak 31 Aralık 1947 tarihine kadar mümkündür. Bu tarihten sonraki davalar İsviçre Medenî Kanununun 933 ve müteakip maddelerine (bizde 901 ve müteakip) göre (çalınmış veya bulunmuş şeyler hakkında istihkak davası) normal kaza merciinde ikame olunur (madde 11).

III. Kararnamedeki hükümlerin umumî hükümlerle mukayesesi:

Federal hükümetin kararnamesi Medeni Kanundaki hükümlere istisna teşkil eden hükümleri ihtiva etmektedir :

1. İlk istisna iradesine muhalif surette veya hile ve ikrahla elde edilmiş olan zahirî rızasına müsteniden malı elinden alınmış olan meşru malik veya zilyedin hak iddia ettiği şeyleri mutlak surette iade mecburiyetinde tecelli ediyor. Halbuki Medenî Kanuna göre para ve hamile muharrer senetler zilyedin elinden rızası hilâfına alınmış olsalar bile istihkak davası açılamaz (madde 935 bizde 903).

2. İkinci istisna, alenî müzayedelerde veya pazarda veya mümasil eşya satan (meselâ nama muharrer senetler veya sanat eşyası gibi) bir tacirden iktisap edilen şeylerin iadesini temin için davacının bir bedel

ödemeğe mecbur olmasıdır. Filhakika Medenî Kanunun İsviçrede 934 üncü bizde 902 nci maddesine göre bu gibi ahvalde davacı ancak semenin iadesi suretile istihkak davası açabilir. Halbuki kararnameye nazaran davacının yukarıda 1 numarada izah edilen şartlar bulunduğu takdirde böyle bir mecburiyeti yoktur. Davalı kendi bayiine rücu zorunda bırakılmıştır.

3. Davalının fariği suiniyet sahibi olup da borç ödemekten aciz halinde ise veya İsviçrede değilse devletin vereceği tazminat da mutlak surette satış bedeline müsavi değildir. Eğer satış bedeli cari fiattan veya borsada kayıtlı rayiçten aşağı ise bu fiat ödenmektedir.

4. Dördüncü istisna alelâde istihkak davalarında istinaf ve temyiz yolları açık olduğu halde bahis konusu mallar hakkında birtek kaza mercii kabul edilmiştir. O da federal mahkemenin yukarıda işaret ettiğimiz hususî dairesinden ibarettir.

IV. İçtihatlar :

Federal mahkemenin hususî dairesi yukarıda 6 numarada işaret edilen usulü 15 Ocak 1946 da tesbit etti (2). O tarihten sonra bu mahkemeye birçok müracaatlar oldu. Adı geçen mahkeme ilk kararını 3 Haziran 1948 tarihinde verdi. Bu karar Paul Rosenberg tarafından Theodor Fischer ve onunla birlikte taraf olanlar aleyhine açılmış olan davaya aittir.

Bu karar hakkında Alman ve Fransız İsviçresi gazete ve mecmualarında birçok yazılar çıktı. Ehemmiyetine binaen sözü geçen karardan kısaca bahsedeceğiz :

1. Maddî hâdise :

Evvelâ hâdiseyi anlatalım : Musevi bir Fransız vatandaşı olan Paul Rosenberg Pariste sanat kıymeti olan tablolar ve tarihi eşya satıyordu. Hususî bir koleksiyonu da vardı. 1939 da, İkinci Dünya harbinin başında mağazasını kapatmış ve tablo ve resimlerinin büyük kısmını Tours şehrine nakletmişti. 1940 Mayısında Fransanın istilâsından sonra bu eserlerin mühim bir kısmını Gironde da kiraladığı Floirac şatosuna nakletti. Bilahara bunların bir kısmını da Libourne Millî Ticaret ve Sanayi Bankasındaki kasaya koydu ve 22 Haziran 1940 da Nevyorka müteveccihan hareket etti. Rosenberg halen Nevyorkta mukimdir.

Bunu müteakip Alman sivil ve askerî makamları hususî şahıslara ve

(2) ROLF 1946 P. 230.

bilhassa Yahudilere ve bu meyanda Rosenberg'e ait olan birçok kıymetli sanat eşyasını zaptettiler. Alman ve Fransız sivil memurlarının refakat ettiği subay ve erler Floirac şatosuna konmuş olan tabloları kamyonlarla alıp götürdükleri gibi Alman resmî memurları ticaret ve sanayi bankasındaki kasayı da zorla açtırdılar. Bordeaux güzel sanatlar mektebi müdürü tarafından bir müfredat cetveli yapıldıktan sonra tablolar Fransız döviz koruma komutanlığı ve nazi şeflerinden Rosenberg (3) tarafından vazifelendirilmiş bir Alman sivil şahsiyetine teslim edildiler.

Bu eşyanın kaldırılması Hitlerin emrile olmuştu. Ezcümle 1 Temmuz 1940 da Alman büyük elçisi Abetz Paris askerî kumandanı vasıtasile B. ordusu reisine atideki talimatı ulaştırdı :

«Führer'in emrile, Dışişleri Bakanı beni askerî şekilde işgal edilen arazide devlet ve vilâyetlerin elinde bulunan Fransız sanat eşyasına, Paris ve taşra müzelerinde elkoymağa; bundan başka işgal edilen arazide Yahudilerin zilyet bulundukları sanat eşyasını tahrir ve haciz etmeğe memur etti. En kıymetli eşya Alman sefaretine devredilmelidir.».

Ribbendrop'un ordu kumandanına gönderdiği 3 Ağustos 1940 tarihli bir notası büyük elçi Abetz'e bu vazifenin tevdi edildiğini tasdik ediyordu. Borçlandırma şefi Rosenberg'in metotlu hareketleri 1940 son baharında başladı. 1943 de Rosenberg'in Führer'e verdiği bir raporda şu satırlar okunuyordu :

«2775 sandık ihtiva eden 92 vagon on seferde Almanyadaki masun yerlere müteveccihen sevkedildi. Bu sandıklar; tablolar, heykeller, tarihi mobilyeler, Goblenler, biblolar, ilâh... ihtiva ediyordu. Bu irsalâtın haricinde 53 sanat eseri Führer'in Münich'deki evine sureti hususiyede gönderilmiş ve diğer 594 sandık (tablolar, heykeller, mobilyeler, kumaşlar) Mareşal Göring'e teslim olunmuştur.».

Vichy'deki Fransız hükümeti Yahudilere ait sanat eserleri kolleksi-

(3) Nasyonal Sosyalist idaresi, Yahudilere servetleri nisbetinde ve kış yardımı namı altında muayyen miktarda vergi tarh ederdi. Bu verginin tarhı ile ödevli kılınan heyetin başındaki zat Rosenberg idi. Ona Einsatzstab (borçlandırma şefi) deniyordu. İşgal altındaki yerlerde Yahudi mallarını müsadere vazifesi de ona verilmişti.... Bu zat aynı zamanda Reichleiter yani parti ve devlet işlerini idare etmek üzere Führer tarafından tavzif edilen kimselerdendi. Bundan başka Nasyonal Sosyalit Alman amele partisi mensuplarının uhrevî ve dünyevî terbiyelerini ifa zımnında Führer tarafından vazifelendirilmişti. Rosenberg'in Nürenberg Mahkemesi tarafından yargılanarak asılmak suretile ölüme mahkûm edildiği ve cezasının infaz olunduğu hatırlardadır.

yonlarına Alman makamları tarafından elkonmasını protesto etti. Fakat borçlandırma şefi Rosenberg'in tasvip ettiği 3 Kasım 1941 tarihli ve bu elkoymaların istinat ettiği prensibi izah eden bir nota ile protestoya cevap verildi. Bu cevapta ileri sürülen tez şu idi :

«Şimdiye kadar cihanşümul Yahudiliğe karşı yalnız büyük Almanya devleti muvaffakiyetle müsmir bir mücadele yapmıştır. Onun ordusunun silâhlı müdahalesile Avrupa milletleri Yahudi hâkimiyetinden kurtarılmışlardır. Yahudilerin zilyet bulundukları sanat eserlerinin «emniyet altına konması» aynı zamanda Almanyanın Yahudiliğe karşı giriştiği mücadelede de Avrupa milletleri lehine tahammül ettiği ağır külfetler ve yaptığı büyük fedakârlıklara mukabil zaif bir tazminat olarak telâkki edilmelidir.».

Bu eşyanın büyük bir kısmı Almanyadaki sanat müzelerine kondu, diğer bir kısmı Almanyayı idare eden şahsiyetlerin hususî apartımanlarına tezyinat olarak alındı. O kadar değerli telâkki edilmiyen bir kısım eşya da daha kıymetli eşya ile mübadele edildi. Bu suretle büyük miktarda sanat eşyası İsviçreye geçiyor. İsviçrenin Lucerne şehrinde oturan ve sanat eşyası satan Thêodor Fischer Almanyadan Musevi Rosenberge ait olan müteaddit tablolar alıyor ve bunları hususî şahıslara satıyor. Diğer tabloları İsviçrede oturan münferit şahıslar satın alıyorlar. Harbin bidayetinde Nevyorka kaçmış olan Müsevi Rosenberg harpten sonra tablolarının nerede bulunduklarını keşfediyor ve federal mahkemenin hususî dairesinde yukarıda gördüğümüz hükümlere müsteniden bunlar aleyhine istihkak davası açıyor. Dava kabul ediliyor. Davalılar kendilerinden istenen tablo ve resimleri Rosenberge iade etmeğe mahkûm oluyorlar. Dava konusu olan 37 kıymetli tablodan 22 sini Fischer, mütebakisini diğer davalılar iadeye mecbur tutuluyorlar. Davacı kendi tablolarını elde edemediği takdirde Almanyadaki müttefik kontrol konseyinin 59 numaralı Kanununa göre kendi tablolarının yerine Almanyaya verilmiş olan tabloları istemek hakkına da sahipti. Fakat hâdisede Rosenberg kendi tablolarını elde etmiş olduğundan trampa suretile Almanyaya verilmiş olan tabloları istemek hakkını davalı Fischer'e temlik etmiştir. Bu suretle Fischer de yukarıda işaret ettiğimiz müttefik kontrol konseyinin kanunu gereğince Almanyaya trampa suretile verdiği kendi tablolarını alabilecektir.

2. Hukukî sebepler :

Hâdiseyi bu şekilde hülâsa ettikten sonra Federal mahkemenin hususî dairesi tarafından verilmiş olan kararın gerekçesini gözden geçire-

lim. İlâmda üç esaslı nokta tetkik ve münakaşa edilmiştir. Bunları sırasile arzedelim :

a) Federal mahkeme özel dairesinin hasrî yetkisi . — Federal hükümetin olağanüstü salâhiyetlerini tahdit etmekle beraber onun muvakkat mahiyette acele teşriî tedbirler almasına müsaade eden 6 Aralık 1945 tarihli Kararnameye müsteniden çıkartılan 10 Aralık 1945 tarihli Kararnamenin 9 uncu maddesi hâdisede yalnız federal mahkemenin yetkili olduğunu kabul etmiştir. Davalılara göre acele teşriî tedbirler almak zarureti bulunmadığından 10 Aralık 945 tarihli Kararname hüküm ifade etmez ve davalılar Anayasanın 59 uncu maddesine göre kendi tabiî hâkimlerinin huzuruna sevkedilmelidirler. Yine onlara göre mahkeme bu meseleyi tetkik edebilir ve etmelidir. Fakat mahkeme bu noktainazara iştirak etmemiştir. Mahkemeye göre 1914 - 1918 Dünya harbindeki içtihadı teyit eden Soleure ticaret bankasile Cenevre devleti arasındaki davada (JDT. 1943 I 175) verilen karara göre de federal hükümetin harpte haiz olduğu salâhiyeti tammeye tevfikan çıkardığı kararnameleri federal mahkeme tetkik edemez. Zaten federal hükümet de parlementoya verdiği raporda 6 Aralık 1945 tarihli Kararnameden bahsetmiş ve her iki meclis bu raporu tasvip etmiştir. Bu bakımdan da kararname kanun kuvvetini iktisap etmiş bulunmaktadır. Mahkemede 15 Ocak 1946 da usule ait nizamnameyi ısdar etmek suretile sözü geçen kararnameyi zımnen tanımıştır (yukarıda IV e bakınız).

b) Muteber bir surette teessüs etmiş olan hususî hakların kararname ile makabline şâmil bir şekilde ihlâl edilmiş olup olmadığı meselesi .— «Davalılar muteber bir surette teessüs etmiş olan hususî haklarına makabline şâmil bir şekilde bir tecavüz mevcut olduğunu beyhude yere ileri sürüyorlar. Zira mahkeme, kararnameyi bir kanunmuş gibi tatbik ile mükelleftir. Kaldıki âmme menfaatı mevcut odluğu ve zarar gören şahsın zararı tazmin edildiği takdirde müktesep haklara teşriî yoldan yapılan bir tecavüz haklı görülebilir. Hâdisede bu şartlar tahakkuk etmiştir. Filhakika 1945 tarihli Kararname harp içinde Devletlerarası hukuka aykırı bir tarzda mülkiyet hakları nezedilmiş olan kimselerin haklarının iadesi hususunda İsviçrenin payına düşeni yapması gayesile ısdar edilmiştir. Bundan başka bu kararnamede umumî hükümlere nazaran istisna teşkil eden hükümler dar bir surette tahdit edilmişlerdir. Çalınmış malı suiniyetle iktisap eden kimse umumî hükümlere göre de onu iade etmeğe mecburdur. (Medenî Kanun madde 904, İsviçrede 936). Zilyedin elinden Devletlerarası hukuka aykırı bir şekilde alınan şeyler de (çalınmış veya kaybedilmiş) şeyler hükmünde olduklarından hüsnüniyet sahibi zilyet de, zamanaşımı olmadıkça, Medenî Kanunun 902 nci (İsviçrede 934)

maddesine göre bunları iadeye mecburdur. Hüsnüniyet sahibi zilyet Medenî Kanuna göre, dava edilen şeyin bedelini istemek hakkını haizdir. Fakat kararname ona bu hakkı vermemiştir. O ancak fariğine ödediği bedeli ondan talep edebilir. Bu suretle de hakkını alamazsa mahkeme ona hakkaniyete uygun bir tazminat hükmedebilir. Mahkemenin kanaatına göre mübayaa veya trampa sırasında tamamen hüsnüniyet sahibi olan kimsenin bütün zararı tazmin edilmelidir. (Hakkaniyete uygun) tabirinden maksat, eğer malı iktisap eden kimseye suiniyet atfedilememekle beraber iktisapta bulunurken az çok tedbirsizce hareket etmiş ise ancak bu takdirde tazminat miktarını azaltmak hususunda yargıç'a imkân vermektir.

c) İade borcunun bütün kanunî şartları mevcuttur. Davacı, dava konusu olan tabloların maliki veya hiç olmazsa meşru zilyedi idi. Bu tabloların Alman makamlarının Floirac şatosundan ve bankadan alıp götürdükleri tablolardan oldukları kabul edilmiştir. Floirac ve bankanın bulunduğu Libourne kasabaları o tarihte Alman işgal bölgesine dahil bulunuyorlardı. Tablolar halen İsviçrede ve davalıların zilyetliğindedirler. Nihayet davacı, Devletlerarası hukuka aykırı bir muamelenin kurbanıdır.

Bu son noktayı mahkeme şöyle tahlil ediyor :

Almanya 18 Ekim 1908 tarihli kara harbine ait kanu nve teamüller hakkındaki La Haye anlaşmasile bağlı idi. Bu anlaşmaya merbut olan nizamnamenin 23 üncü maddesinin g. harfinde «harp zaruretlerinin kaçınılmaz bir şekilde gerekli kıldığı haller müstesna olmak üzere düşman mallarını tahrip veya bunlara elkoymanın» memnu bulunduğu yazılıdır. 46 ncı maddenin 2 nci fıkrası hususî mülkiyet mevzuu olan şeyleri müsadere etmeyi menediyor. 52 nci maddeye göre de :

«Komünlerden ve ahaliden mal veya hizmet müsaderesi ancak işgal ordusunun ihtiyaçları için yapılabilir. Bu müsadereler memleketin menbaları ile münasebetli olmalı ve o mahiyette bulunmalı ki halkın kendi vatanı aleyhine harp hareketlerine iştirâkini tazammun etmemelidir.

«Bu mal ve hizmet müsaderesi ancak işgal edilmiş olan mahaldeki komutanlığın müsaadesile yapılabilir. Alınan şeylerin bedelleri mümkün olduğu kadar peşin ödenecek ve makbuzla tesbit edilecek ve borçlanılan miktarlar en kısa zamanda tesviye edilecektir».

Floirac şatosunda ve Libourne Bankasında cereyan eden şey Führer'in büyük elçi Abetzi vazifelendirdiği tedbirlerden biri veya borçlandır-

181

ma şefi Rosenberg'in faaliyetidir. Her iki halde de harp zaruretleri hiçbir suretle âmir bulunmadıkları halde hususî mülkiyet mevzuu olan düşman mallarına elkonmuştur. İleri sürülen ırkî mülâhaza Devletlerarası anlaşmada (La Heye anlaşması) mevcut değildir. Zaten Alman mesul makamları Devlelterarası hukukun kaidelerini açıkça reddediyorlardı. Vichy nin protestolarına cevap olan yazıda :

«Hususî mallara elkonmasını selb eden La Heye anlaşmasını tatbik etmek bahis konusu olamaz... Yahudi, bütün mallarile her türlü hukukun dışındadır, zira o, yahudi olmıyan herkesi binlerce senedenberi her türlü haktan mahrum telâkki etmiştir». deniyordu.

Davacının zilyetliğinin refedilmiş olması kâfidir. Davalıların iddia ettikleri gibi Vişi Hükümetinin de Yahudi mallarına elkoymuş olması ve işgal makamlarının tabloların bedelini Vişi Hükümetine ödemiş bulunması bir tesiri haiz değildir. Sanat eserlerine haksız surette elkonduktan sonra cereyan eden şeyler eski zilyedi istihkak davasından mahrum etmez. Bundan başka Almanların Fransız Hükümeti tarafından kurulmuş olan Yahudi mallarını idare memurluğuna tabloların bedelini ödedikleri de isbat edilmiş değildir. Vişi Hükümeti Almanların bunlara elkoymasını tasdik etmemişti. Ve borçlandırma şefinin elkoyma hususunda ileri sürdüğü gerekçeler Fransız Devletine bir tazminat verilmesi fikrini selbediyordu, çünkü bu gerekçeye göre «Sanat eserlerinin emniyet altına alınması Almanyanın Yahudiliğe karşı giriştiği mücadelede Avrupa milletleri lehine tahammül ettiği ağır külfetler ve yaptığı büyük fedakârlıklara mukabil zaif bir tazminat olarak» telâkki edilmesi lâzım geliyordu. Bundan başka bu sanat hazineleri kısmen Hitler ve Goeringe'in şahıslarına, kısmen de Alman müzelerine tahsis edilmişlerdi, bunların Fransız idaresine veya hattâ borçlandırma şefine bir tazminat ödediklerini isbat eden hiçbir delil yoktur.

Davalıların ileri sürdükleri Alman - Fransız mütarekesine gelince : Mütarekenin Compiêgne'de imza edilen metni Almanlara Fransadaki Musevilerin mallarını müsadere etmek hakkını bahşetmiyordu. Mütarekenin bu hususta gizli bir hükmü haiz bulunduğu da isbat edilmiş değildir. Eğer Vişi Hükümeti böyle gizli bir hükmile Fransadan kaçacak Yahudilerin mallarına Almanyanın vaziyet etmesini kabul etmiş bulunsaydı Fransız millî hükümeti bu şartı ilân etmek ve o zamanki hükümet âzasının yargılanmaları sırasında bundan bir silâh olarak istifade eylemek fırsatını kaçırmazdı. Bundan başka eğer böyle bir şart olsaydı, Vişi Hükümeti Almanlar nezdinde hâdiseyi protesto etmez ve Almanlar da Yahudi malarına elkoymanın istinat ettiği prensipleri izah eden 3 Kasım 1941 tarihli yazıyı kaleme almak zahmetine girmezlerdi.

TÜRKİYEDE SAVCILIĞIN KURULUŞU

Hikmet SONEL
Edirne C. Savcısı

Giriş :
I — Savcılık lüzumunun duyulması.
II — Savcılığın belirmesi.
III — Savcılığın kurulması .

Türkiyede Savcılık müessesesinin 1293 (1876) tarihli (Kanun-i Esasî) ile kabul edildiği ve 1295 tarihli Teşkilât ve Usul Kanunları ile kurularak görevlendirildiği söylenir. Bu tarihler, Savcılığın sistemli bir varlık kazandığı zamanı göstermekle beraber; ilk belirti şeklindeki görünüş daha öncelere rastlar.

Zaten, Savcılık, öteki milletlerde de olgun ve şümullü bir varlıkla birdenbire ortaya konamamıştır. Sözgelimi; örnek birer sistem kurma başarısı gösteren milletlerden Fransızlar (Ministêr Publis) lerini beşyüz yılı (1302 - 1808) aşan bir sürede çeşitli olumlara döktükten ve hele büyük inkılâbın ilk yıllarında sık sık ad ve durum değiştirdikten ve bir aralık ikiye bölerek ortadan kaldırılmış gibi bir şekle düşürdükten sonra (Procureur de la republigue = cumhuriyet Savcısı) haline getirebilmişlerdir. Almanlar; ellerinde kendi denemeleri ve önlerinde Fransız örneği ve hattâ Fransızlara da ilham veren İngiliz kaynağı bulunmasına rağmen, Savcılığı 1879 yılında olgunca bir şekil ile yürütmiye başlıyabilmişlerdir.

Biz, Fransızlardan geri kalmış ve onların örneğinden faydalanmış bulunsak bile, Almanlarla müessesemiz yaşıt ve örneğimiz eşittir. Şu kadarki, biz Fransız örneğine üstün bir başkalık katmadığımız halde, Almanlar, bir başka sistem dedirtecek ayrıntılar peydahlamışlardır. Zira, Almanların uzun bir denemeleri vardı. Biz; ihbar safhasından kıt bir deneme ile Savcılık derecesine geçiyorduk. Şer'î zehniyet ve mutlâkî idare içindeydik. Böyle olmakla beraber, kendimizi İngiliz ve Fransızlar gibi ayrıksılar dışında, öteki milletlerden daha geç kalmış saymıyabiliriz.

Savcılık; hukukun genç müesseselerindendir.

Sanırız ki, ceza hukuku inkişaf ederken, önde ceza kuralları ve ondan sonra yargılama usulleri gelmek üzere bir gelişme sırası tutmuştur. Savcı; yargı yerinin en geç kalan elemanı olmuştur. Bunun sebebini, kamu haklarının sosyal ve siyasal olumlarında ve kamu temsilciliğinin yalnız yargılama şekline değil, ceza prensiplerine de bağlı bulunuşunda aramak gerekir.

Bu gecikme yüzünden olacak ki; Savcılık tam bir olgunluğa yeni yaklaşmaktadır. Gün geçtikçe, kamu hak ve faydalarından söz edilen her kurulda — Sayıştay ve Danıştay ile il ve ilce idare kurullarında ve askerî mahkemelerle diğer özel mahkemelerde — yer edinerek genişlemekte ve yetkisi bir yandan kamu hukuku kesimlerine uyarak kollara ayrılırken bir yandan da kuvvetlenmektedir.

Savcılığın bizdeki gelişme yolu :

I — Savcılık lüzumunun duyulması.

II — Savcılığın belirmesi.

III — Savcılığın kurulması.

Diye adlanabilecek üç dönemeç gösterir.

I — Savcılık lüzumunun duyulması :

Savcı; Kamu haklarının koruyucusudur. Gerçi; Savcılık hiç bir zaman bu anlatış derecesinde şâmil ve mutlak yetkili ve tek görevli olmamıştır. Lâkin; bu mutad tarif, kök durum bakımından bir gerçek taşır. Savcı, madem ki kısa bir deyimle; kamu haklarının koruyucusudur, bu haklara tanınan hakikî değer ve önem ölçüsünde kendisine ihtiyaç duyulur.

Türkiye devletinin kuruluşuyla kendiliğinden başlayan yürürülgü altıyüz yıldan fazla devam eden İslâm hukuku (Fıkıh) camianın nizam ve emniyetini önemsiz telâkki etmemiştir. Hattâ, kamu haklarını Tanrıya nisbet ederek kutsallaştırmıştır (1). Kişilik haklara üstün tutmuştur. Bu iki bölümdeki haklara karşı işlenecek eylemler için ceza kuralları (Ukubat) belirtilmiştir.

Fakat; adam öldürme ve yol kesme gibi bir kaç eylemin suç olduğunu açıklamakla ve kısas, diyet, had cezalarını belirtmekle yetinerek; üst ta-

(1) İslâm hukuku (hukuk - ullah) ve (Nas hukuku) diye iki kök kola ayrılır. Takip yönünden mahiyetleri itibariyle, kişi hakları üçe bölünebilir. Sekiz nevi olan tanrı hakları ise ibadet ve ukubata mütaalllik olarak ikiye ayrılır. Bu bölümlerinde zümreleri var : İbadete ait hakların ilâhî oluşu aşikârdır. Lâkin ukubata taallûk eden, sözgelimi, zina ve hırsızlık gibi eylemlerin kamu faydasına suç sayıldığı meydandadır. Halis hukuk - ullaha yani ferde özel bir zarar vermeksizin yalnız kamuyu ızrar eden fiillerin tecziyesindeki fayda tanrıya değil, kamuya matuf olduğu süphesizdir. Böyle iken Tanrıya izafe edilmesi önemli tutulmasından ileri gelmiştir (Fıkıh dersleri — Büyük Haydar efendi — Sa. 333 ve 495).

rafını (Ta'zir) ve (siyaset) yetkileriyle (Ülilemir = Sultan) a bırakmıştır (2).

Gerçi; kamu haklarını daima gelişen ve değişen halin icaplarına en uygun şekillerde koruma endişesiyle, kendilerine bu haklar tanınmış bulunan sultanların kamu faydasını gözetmeleri ve hükümlerinde yeter delillere dayanmaları ve âdil olmaları gibi sekiz on husus şart koşulmuşsa da; bu bağların sultanları kamu faydasına ne kadar bağlayabildiğine koca bir tarih şahittir.

Ta'zir ve siyaset yetkilerine dayanan sultan, öyle bir kanuncudur ki; şer'in belirttiği mahdut suçlara daha ne gibi eylemlerin birer suç olarak katılması gerekeceğini tâyin edebilir. Bu işte şerî esaslara aykırı gitmemek bir şartsada, bu şart sultanları, en yakınlarını bile öldürtmekten alakoyamamıştır.

Sultan, suç saydığı eylemlere hangi şekillerde ve ne derecede ceza uygulanacağını da tespit edebilir. Gerçi, şer'in had adı altındaki cezalandırma derecseini geçememesi bir şarttır. Bu şart belki deynek cezasını şer'in tâyin ettiği miktardan bir noksan sayıda tesbit hususuna saik olmuştur. Lâkin, sultanların idamdan tevbihe kadarki cezaları tatbik ettirmesini önliyememiştir.

Sultanın cezalandırma yetkisi, yalnız şer'in ilgilenmediği hususlara münhasır olmadığı da söylenebilir. Şer'in suç sayarak belli cezalara bağladığı eylemlerin cezalarını ağırlaştırma suretiyle bunlara da el atabilir.

Söz gelimi, çağdaş ceza hukukundan daha insaflı bulunan İslâm Hukuku, yalnız yaralayıcı aletle kasten adam öldürme — Amid — halinde kısas yani öldürenin de öldürülmesini istemiye cevaz vermişken, sultan yaralayıcı olmayan sopa, tokat, ses gibi araçlarla kasten adam öldürme — Şibih amid — halinde dahi suçluyu siyaseten idam ettirebilir (3).

(2) Ta'ziri, şer'in belirttiği cezalar arasında saymak mutatdır. Halbuki, tazir belli bir ceza nevi göstermediği gibi hangi fiillerin suç teşkil edeceğini sayarak ve unsurlarını bilirterek bildirmez. Ülilemire verilmiş bir cezalandırma ve suçlandırma yetkisidir. Gerçi sonradan bazı fetvalarla durumun tesbiti cihetine gidilmiştir. Fakat 1267 tarihli Ceza Kanununun ikinci faslının ikinci maddesinde yazılı olduğu üzere tazir (herkesin hal ve şanına göre) uygulanır. Kulların işlerini iyi yürütebilmek ve ahlâklarını düzeltmek amaciyle sultana tanınan bu yetki saltanat hakkı, Tanrı hakkı, şerait hakkı ve nihayet kamu hakkı sayılır. Kocanın karı ve velinin küçük üzerinde tazir hakkı vardır. Tazir lügatta tazib ve tedib mânalarına gelir.

Siyaset ise, özel ve genel olarak ikiye ayrılır. Kullara dünya ve ahirette kurtarıcı yolu göstermek için tanınmış ibadet ve ukubata şâmil yetkidir. Lügatta önleme ve tedib anlamındadır.

(3) Miyar-i Adalet — Ömer Hilmi : Sa: 8; Mes'ele : 23.

Suda veya iple boğma şer'an diyeti müstelzimdir. Sultan bu şekilde adam öldürmeyi itiyat eden yani iki kere işlemiş bulunan suçluyu siyaseten katlettirebilir (4).

Yine sultan, şer'in suç saydığı ancak takibi özlük davaya bırakdığı bir eylemin mağdur veya mriasçısı dava açmasa yahut davadan vazgeçse bile (bir münkiri işliyen ta'zir olunur) kaidesine dayanarak suçluyu cezalandırabilir.

Böylece bir takipçi bulunan sultan, mecburî takip esasına da bağlanmamıştır. İsterse cezalandırır. Dilerse bağışlar (5). Şu kadar ki özlük haklara dokunamaz.

Sultana cezalandırma ve suçlandırma alanında sonsuz denecek kadar yetki tanındıktan ve takip hususu da takdirine bırakıldıktan sonra, kamu faydasına hareket etmek ve yeter delillere dayanmak gibi her biri birer takdir meselesi olan şartlar, o sonsuz takdir yetkisi içinde erir gider.

Bunlarla beraber sultan yalnız bir kanuncu değildir. Aynı zamanda bir yargıçtır. Kaza erki kendisine aittir. Zaten, camiayı tutan ve yürüten gerçek güç, millet ve din ve hükümdardan hangisi ise kaza hakkını kendi elinde bulundurmamış mıdır?

Asıl yargıç Tanrıdır. Sultan onun adına yargılar. Bu sebeple yalnız Tanrıya ve vicdanına karşı sorumludur.

Tarihin ilk yargıçları olan hükümdarlar; Mısır firavunları gibi saraylarının önünde veya ötekiler gibi saraylarının içinde divan kurarak yahut yurt gezisine çıkarak davalara bakarlarken; yanlarında devletin bir kaç ileri gelenini bulundurmuş olsalar ve değiştirmek istemedikleri veya değiştiremedikleri bazı gelenek ve dinî kaideleri gözönüne getirmiş bulunsalar bile; hükümlerini verirlerken, kendi irade ve faydalarından üstün bir varlık tanımak istememişlerdir ki, karşılarında kamu faydasına istem ve düşünceler belirtecek bir Savcı bulunması lüzumunu akıllarından geçirmiş olsunlar.

Yargılama işinde Sultandan daha geniş ve sürekli yer alan (Kadı)

(4) Miyar-i Adalet — Sa: 14 ve 17; Mes'ele : 40 ve 50.

(5) 17 Mayıs 1327 tarihli irade-i seniye, Sultanın bağışlama ve icraya tevkil haklarına bir misaldir. Bu iradede hak - ullah olan ve affı sultanın reyine bağlı bulunan (ta'zirin icrasında maslâhat-ı âmme görülmeyip siyaseten terki hükümetçe esvep ve elzem görüldüğü takdirde muhaberat ile vakit geçirilmemek üzere bu kabil ta'zirin) şerî ilâmlar mücebince idamdan maadasının sultan adına bağışlanabilmesi için Yemen valisine mezuniyet itası lüzumunu havi Şeyh-ül-islâm tezkeresi (Meclis-i vükelâ = Bakanlar kurulu) tarafından da uygun görüldüğünden tasvip ve irade edildiği beyan olunmuştur (Düstur = tertip : 2, cilt: 2, sa : 290).

lara gelince; belli bir süre için kiraladıkları adalet dağıtımı işinde yetkileri ölçüsünde çalışan ve azil olunabilen ve görülmesi yasaklanmış davalara bakamayan ve bu gibi bağlar dışında bağımsızca şer'î kaideleri uygulayan birer Sultan vekili (6) oldukları gibi; vezir ve valiler dahi sultanın kendilerine tanıdığı yetki ölçüsünde birer sultan vekili bulunduklarından, yanlarında savcıya yer kalmamıştır.

Bununla beraber savcılık, hukukun ek ve tâli bir unsuru olmayıp, aslî bir müessesesi bulunduğundan dolayı, şer'in kamuyu ülilemre emanet etmesine rağmen kendisine olan ihtiyacı duyurmaktan uzak kalmadığını görmek için, yargılama usulüne kısa bir bakış yeter.

İslâmi yargılama usulü kök bakımdan (Accusation = ittiham = sebk-i dava) sistemine dayanır. Yargıç bir ihbar ve dava yokken kendiliğinden hâdiselere el atarak hükme bağlayamaz. Fakat bu esas yalnız kişilik haklar ve onlara dokunan eylemler hakkında kesindir. Diğer suçların doğrudan doğruya yani yargıcın kendi nefsinde yargıçlık ve davacılık ve müdafilik sıfatlarını toplayarak sanıkları resen takip ve tecziye etmesine — ki Inquistion sistemine gitmesine — engel yoktur (7).

Böylece akküzasyon ve engizisyon usullerini yanyana yürüten İslâm hukuku, kişilik haklara karşı işlenen suçların takibini mağdur veya mirasçısının özlük öçalma yahut öç yerine (Diyet = altın, gümüş, deve) alarak uzlaşma isteğine bıraktığı ve sultana belli yetkiyi verdiği halde; bu suçlar arasında bulunan adam öldürme eyleminin ağırlığı dolayısiyla bir ayrıksı yaparak, sultana bir çeşit savcılık ödevi vermek zorunda kalmıştır. Öldürülenin özlük dava açmaya yetkili derecelerden akrabası bulunmıyorsa sultan davacı yerine geçerek suçlunun kısasını yani öldürülmesini (Kanlık) talep etmeye ve şayet suçlu ile uyuşabilirse kısas yerine hazineye (Beyt-ül-mal)e bir miktar diyet ödemesini istemiye mecburdur. Bağışlayamaz. İşte sultanı velisi bulunmayanların velisi sayan Fıkıh ona savcılığa benziyen bir davacılık ödevi vermiştir (8). Sultan böyle suçlar karşısında mecburî takip kaidesine bağlıdır. Çünkü, raiyye yani uyruk üzerine tasarruf maslâhata manuttur (9).

Kamu haklarına dokunan eylemlerin takibine gelince; bunlardan ibadete taallûk edenlerinin kovuşturmasında cezalandırmaktan ziyade

(6) Mecelle, madde : 1800 ve sonrakiler.
(7) Mecelle, madde : 1829 ve 1696.
(8) Miyar-i - Adalet, sa: 29; Me'sele : 84.
(9) Mecelle, madde : 58.

kamu haklarına dokunan eylemlerin takibine gelince; bunlardan ibadete taallûk edenlerinin kovuşturmasında cezalandırmaktan ziyade sanığı tövbe ve nedamete sevkederek doğru yola getirmek amacı güdüldüğünü hatırlatmakla beraber diyebiliriz ki; ihbar ve ıttılâğ üzerine resen takip ve tecziye mümkün bulunduğundan bu bakımla savcılık lüzumu duyulmamıştır. Ancak bütün suçların bizzat öğrenilmesindeki imkânsızlık yüzünden olacak ki müslümanlara ihbar yetkisi tanınmıştır.

Demek ki; İslâm hukuku kamu hak ve faydalarının korunmasını esas itibariyle sultana ve onun vekillerine (Ülilemir)e bıraktığı için pek nadir hallerde bir savcıya ihtiyaç duyulmuştur.

Sivil ceza hukukuna gelince; ta'zir yetkisinin bir faydası varsa, ukubat yanında sivil bir ceza hukukunun filizlenmesine meydan vermesidir. Ta'zir hakkına dayanılarak ve yavaş yavaş şer'i çevre dışına çıkılarak tedvin edilen ve artık mektup bir hale getirilmiye başlanılan ceza hükümlerini iki bölümde inceleyebiliriz.

İlk devrede Fatih tarafından, yurdun iç nizamından ziyade yeni ele geçmiş memleketlerde tutunma yönü gözetilerek ve bir başlangıç ibtidailiği ile çıkarılan ve kanunî ile savcı taraflarından biraz daha ceza kanunu şekline yaklaştırılan ilk eserler savcılık bakımından önemsizdir.

Tanzimatla başlayıp Türk Ceza Kanununun yürürlüğüne kadar devam eden ikinci devre de çıkarılmış üç kanun, batı Avrupa hukukuna yaklaşma ve şer'i çerçeveden sıyrılma hamleleri taşır.

Bunlardan 1256 tarihli Ceza Kanunu; çeşitli hükümler arasında cezaya ve usule ve mahkeme teşkilâtına ait kaideler ihtiva eder. Doğrudan doğruya takip edilecek suç sayısını biraz çoğalttığı ve yeni yargı yerleri kurduğu halde, savcılık müessesesini kurmamış ve takibi hükümet elinde bırakmıştır. Şu kadar ki; sultanın (doğrusu pek güzel ve etraflı kaleme alınmış) diye övdüğü bu karışık ve noksan kanunun korunması mahkemelere tevdi edilmiştir.

Bununla beraber; kanunun hatimesinde; bu kanunun uygulanması, yalnız hükümet memurlarının dikkat ve nazaretine bırakılmadığı ve bütün yurddaşların (hukuk-i müştereke) iktizasınca, suçları araştırıp gözetleyebilecekleri ve öğrenince hükümete haber verebilecekleri ve mahallî hükümet takipte bulunmazsa, keyfiyeti sultana (ihbarla ihkak-ı hak olunmasını istemeye herkesin hakkı) olacağı beyan edilmek suretinde bir genel kamu gözetimi kurulmak istenmiştir (10).

1267 tarihli Kanun-i Cedid ise; suç sayısını bir miktar daha artırmıştır. Önceki kanunun adam öldürme suçları hakkındaki hükmünü geniş-

(10) Mirat-ı Adalet - Ahmet Lütfi, sa: 146.

leterek, mirasçılar bağışlamış veya uzlaşmış olsalar bile, sanığın resen takip ve tecziyesi lâzım geleceğini beyan etmiştir. Ancak, diğer bazı suçlar hakkında olduğu gibi, bu suç için de İstanbul ve taşrada işlenmiş olmasına göre ayrı ayrı cezalar tâyin etmek garabetini göstermiştir. (Fasıl : I, madde : 11). Fikhın önce sözünü ettiğimiz kaidesini açıklayarak, gurbette öldürülen ve mirasçısı başka yerlerde bulunan maktüllerin mirasçıları çıkıncaya kadar sanığın hapis edilmesini ve mirasçısı yoksa davacılık sultana düşeceğinden, sanığın kısas veya diyetle cezalandırılması ülilemrin isteğine bağlı olacağını (fa : I madde : 12) bildirmek gibi bazı ekler yapmışsa da, kamu gözetiminden söz etmemiştir. Zaten, bu kanun bir ilerlemeden ziyade duraksama eseridir.

1274 tarihli Ceza Kanunu ise; bir takım hükümlerini şimdiki kanunumuza aktarmış ve şerî esaslardan büsbütün sıyrılamamakla beraber, resen takip sahasını çok genişletmiş bulunmasına rağmen; takibi yine hükümet elinde bırakmıştır.

Şu halde; ceza kanunları tedvin edilirken, kamu faydasını korumak için duyulan lüzum derecesi, halka ihbar hakkı tanımaktan ileri gitmemiştir.

Şübhesizdir ki; Fıkhın müslümanlara ve kanunun bütün vatandaşlara tanıdığı ihbar yetkisi, Romalıların ilk çağlarda yurddaşlara ve Cermenlerin şehir temsilcisi seçme üyelere tanıdığı kamu faydasına dava açmak ve kovuşturmak hakları derceesinde olmadığı gibi, Fransızların şikâyetname kuvvetindeki imzalı vatanî ihbar hakkı benzerinde de değildir.

Şerî ihbar, hâdiseyi mahkemeye bildirmek ve nihayet bir de tanıklık yapmaktan ibarettir. Kanunî ihbar ise, olayı hükümete arzetmek ve dinletemezse ihbarını bir başka hükümet kapısında tekrarlamaktan başka bir şey değildir.

İhbar, bir yurddaşlık hakkıdır. Önemli bir gözetimdir. Çok eski bir müessesedir. Mahkemelerin resen takip yetkilerinin devamı süresince ehemmiyetini muhafaza etmiştir. Fakat usul hukukunda ihbar yolu açılırken, ceza hukukunda da müf'terileri tecziye hükümleri bulundurma zoru duyulmuştur. Yine de ihbarı tezvirden ve iftiradan temizleme mümkün olamamıştır. Bununla beraber, bir kişinin kamu faydası gayretiyle de olsa, sırf kendi görüş ve duygusuna kapılarak bir başka vatandaşı kontrolsuz bir dava ile mahkemeye düşürebilmesindeki mahzurlar aşikârdır. Hem de, kamu haklarının korunmasını kişilerin takip isteğine ve ferdî güçlerine bırakmaktaki yersizlik ve yetersizlik meydandadır.

Cezalandırma; kişinin veya camianın suçludan öç alması gibi telâkkilere tabi olarak istihalelere uğrarken, savcılık fikri doğuda belirmiş ve Yunan yoluyla batıya geçerek İngiliz Hukukunda en yüce katına ermiştir.

II — Savcılığın belirmesi :

Savcılık; nizamî mahkemeler içinde belirmiştir. Nizamî mahkemeler 1840 - 1256 yılında kurulmuştur (11).

---

(11) Nizamî mahkemeler 1256 tarihli Ceza Kanununa serpiştirilen noksan hükümlerle İstanbulda (Meclis-i-ahkâm-ı-adliye)ve taşrada ise (Memleket meşveret meclisi) ve sadece (Memleket Meclisi) adlarıyla kurulmuş ve 1267 tarihli Ceza Kanunuyla biraz değiştirilmiş ve bunlara sonradan bir de (Cinayet Divanı) katılmıştır. Çeyrek asır kadar bu basit durumda kalan nizamî mahkemeler 1284, 1286, 1288 tarihli tüzüklerle yeni bir şekil almıştır. Konumuzu ilgilendiren istihale devresindeki karakter ön plânda tutularak bu mahkemeler ceza bakımından incelenirse görülür ki :

1 — Nizamî mahkemeler, genel bir yargı yeri değildir. Çeşitli yargı yerleri arasında mahdut bir yetki ve görevle kurulmuştur. Hıristiyanların ruhanî meclisleri (Kilise Mahkemeleri) ve capitulationlara dayanan konsolosluk mahkemeleri ve bir süre ayrı tutulan (Ticaret mahkemeleri - Meclisleri) bir yana bırakılsa bile; (Şer'iye mahkemeleri) devamlı ve güçlü bir rakip ve engel olmuştur.

2 — Nizamî mahkemeler kendilerine ayrılan yetki ve görevlere hiç bir zaman lâyıkıyla sahip olmamışlardır. Hükümet önemli bulduğu sanıklara doğrudan doğruya ceza çektirmiş veya bir komisyonda yargılatmış yahut bağlı bulunduğu mahkemeden başka bir mahkemeye yollamıştır. Şer'iye mahkemeleri kendi velâyetlerinin âm olduğunu ileri sürerek nizamî mahkemelerin işlerine el atmışlardır. Bu müdahaleyi önleme gayretiyle (tef'rik-i-vazaif) nizamnamesi gibi, kanun gibi araçlara başvurulmuşsa da durum bütün saltanat süresince sürüp gitmiştir. (Yusuf Ziya Özer - Adalet teşkilâtının tarihî tekâmülü - Adalet Dergisi, sayı : 936 : 20).

3 — Nizamî mahkemelere yarım asır kadar sırf şerî zihniyet hâkim olmuştur. Yargıçlar şeriye kadı ve naipleridir. Gerçi, yanlarında halkın seçtiği kimseler arasından hükümetin ayırdığı veya doğrudan tâyin ettiği üye (mümeyyiz) ler varsa da, hukuku bilmeyen ve kendi paye ve faydalarından başka endişeleri bulunmayan bu üyeler kadıların tesirinden kurtulacak durum alamamışlardır. Üyeler mahkemede hangi sıra ile oturacaklarını münakaşa etmişlerse de, davalarda nasıl bir oy ve karar verilmesi gerekeceğine dair tartışmalar yapmış bulundukları umulmaz (Düstur, te: 1, Ci: 1, Sa: 719) Bu hal hukuk mektebinin geç açılmasından doğma bir zaruret olsa dahi, nizamî mahkeme ve kanunlara rağmen elemanın ihmali, şerî zihniyetin baskısından ileri gelmiş bulunmasına göre saik değişmez.

4 — Nizamî mahkemelerde bir kaç esastan başka şerî usul uygulanmıştır. Hukuk ve ceza davalarına bakmakta olan bu mahkemeler, mecellenin usule müteallik kitapları tedvin edilince teşettütten kurtularak bu şerî kaidelere dört elle sarılmışlardır (Mir'at - i Adalet - sa: 177, 181).

5 — Nizamî mahkemeler bidayet, istinaf, Temyiz derecelerine göre vazifelendirilmişse de,dereceler bir birine karıştırılmış ve bir mahkeme de iki,

84 yılda üç safha geçirerek yerlerini şimdiki genel mahkemelere bırakmışlardır. İlk 28 yıllık başlangıç safhasında yargı yerinden ziyade karma bir kurulu andırmışlardır. Son safha 1295 yılında başlamıştır.

Konumuzu ilgilendiren ikinci istihale safhasında ise; sık sık değişikliklere uğrayarak mahkeme şekline yaklaşmışlardır.

İstihale devresinin ilk tüzüğü olan (Vilâyet Nizamnamesi) ile vilâyet merkezlerinde istinaf derecesiyle (Temyiz Divanı) ve buna bağlı bir (Cinayet Meclisi); Liva merkezlerinde bidayet ve istinaf derecelerile (Temyiz Meclisi — Temyiz Hukuk Meclisi); kaza merkezlerinde bidayet derecesiyle (Deavî Meclisi) kurulmakla beraber, köylerde kurulan (İhtiyar Meclisleri) ne de bazı önemsiz işlerde uzlaştırma yetkisi verilmiştir (12).

Vilâyet nizamnamesinin 19 ve 39 uncu maddelerinde temyiz divan ve meclislerinin birer başkanla altışar üyeden mürekkep olacağı beyan edildikten sonra; her iki yargı yerinde mahkeme heyetinden başka birde (Umur-ı-hukukiye ve kanuniyeye vakıf ve taraf-ı- devletten mansup bir memur-ı mahsus bulunacaktır) denilerek; taşra vilâyet ve livâ merkez-

---

hattâ üç görev toplanmıştır. Ancak zamanla derecelerin ayrılması yoluna gidilmiştir.

6 — Nizamî mahkemeler, İstanbul ve taşra ve özel idareye tâbi Tuna ve Girit ve Yemen gibi vilâyetler ve hattâ Edirne için hususiyetler gözetilerek kurulmuş ve yürütülmüştür.

7 — Nizamî mahkemeler, o kadar çekingen bir ilerleme isteğiyle meydana getirilmiştir ki, kendilerine toplu ad olarak mahkeme denildiği halde, her birine Divan veMeclis yerine mahkeme diyebilmek için aradan kırk yıl kadar zaman geçmesi gerekmiştir (Düs; Te: 1, Ci: 4, Sa: 703). Yine bu tesirle Nizamî mahkemelerin hükümlerine (Mazbata) ve üyelerine de Mümeyyiz adı verilmiştir. Bu hal üçüncü safhada düzelmiştir.

8 — Nizamî mahkemelerde duruşmalar açık ve yazılı olarak yapılmıştır. Müdafi kabul edilmiştir.

9 — Nizamî mahkemelere davacılar hukuk ve cezada doğrudan müracaat edememiştir. Davalar, idarenin ve Havale ve tefrik cemiyetlerinin tavassut ve tasvibiyle açılabilmiştir. İnfaz da aynı şekle bağlı olarak üçüncü safhaya kadar idarenin ve üst mahkemenin kontroluna tâbi tutulmuştur.

10 — Nizamî mahkemeler; Hükümetin avucu içinde kurulmuştur.

(12) Vilâyet nizamnamesi, birinci tertip düsturun birinci cildi 608 - 624 cü sayfalarında tarihsiz olarak basılıdır. Bu tüzüğün idarî ve Beledî hükümlerini tamamlayan o cildin müteakip sayfalarında yazılı (İdare -i - umumiye - yi - vilâyet) nizamnamesinin mükaddimesinde vilâyetlerin esas teşkilâtı 7 - Cumada - 1 - âhire 1281 tarihiyle müverrehan ilân kılınan nizamname ile tâyin edildiği beyan olunmuş ve bizde ilk vilâyet teşkilâtı vilâyet nizamnamesiyle icra kılınmış olduğundan, bu nizamnamenin 1281 tarihli olduğu zehabi hasıl olmaktadır. Halbuki, tarihini incelemekte olduğumuz tüzük, ilkin (Tuna Vilâyeti nizamnamesi) olarak Silistire eyaletinin Tuna Vilâyeti haline getirilmesi için uygulanmış ve bu tecrübeden üç yıl sonra biraz değiştirilerek ve adı (vilâyet nizam-

lerinin temyiz divan ve meclislerinde devletin özel birer memur bulunduracağı bildirilmiştir.

Böylece 1281 yılında Tuna vilâyetinde ve 1284 yılında anayurd vilâyetlerinde beliren savcılık, o çağda başkent olan İstanbulda ancak 1286 yılında gözükebilmiştir. Şu kadar ki, bu görünüşle unvan ve durumu az çok açıklanabilmiştir.

21 Zilkade 1286 tarihli (Dersaadet ve mülhakatı idare-i zabıta ve mülkiye ve mahakim-i nizamiyesine mütedair nizamname)nin 61 inci maddesinde (Divan-ı Temyizde erbab-ı cinayet aleyhinde müddei sıfatında bulunmak üzere devlet namına umur-u hukukiye ve kanuniyeye vakıf bir memur bulunacaktır.) denildiği gibi, 69 uncu maddesinde ise 61 inci madde hükmünün temyiz meclislerinde de cari olacağı beyan edilerek, bu özel devlet memurunun görevi belli edilmekle beraber, ünvanı birdenbire açıklanamamış ve nihayet 71 inci maddesinde (Deavî meclislerinde daimî suretle birer müddei umumî bulunmayıp meclis maiyetinde bulunan teftiş memurlarından (13) biri meclisin tensibi üzerine ledelicap bu vazifeyi ifa edecektir) denilmek şeklinde, bu özel devlet memurunun adı savcı olduğu kendisinin bulunmayacağı meclisten bahsolunurken ağza alınabilmiştir (14).

---

namesi) ne çevrilerek hükümleri anayurda teşmil ve tatbik edilmiş bulunduğu (Mir'at - ı - adalet) in 179 uncu sayfasındaki açıklamalardan öğrenilmektedir. Demek ki 1281 (1868) tarihli Tuna Vilâyeti Nizamnamesine aittir. Bu tüzük vilâyet nizamnamesi şeklini 1284 yılında almıştır.

Nitekim, nizamî mahkemelere ikinci devreyi açan öteki tüzüklerin çıkarılmasına da 1284 yılında başlanmıştır.Bu arada vilâyet nizamnamesi de taşra mahkemelerine yeni şekillerini vermiştir.

Adlî ve idarî tarihlerimizde mühim bir yer tutan bu tüzüğün tarihinde yanılmanın sebebi, o çağda tarih ve adlara lâyıkıyle itina edilmemesidir. Birinci tertip düsturda hususiyle savcılığı ilgilendiren belgelerin çoğu tarihsiz olarak matbudur.

(13) Teftiş memurları bir çeşit polistir. Gizli ve açık soruşturmalar yapar. Halkın neler konuştuklarını ve temayüllerini öğrenip hükümete bildirmek yani hafiyelik en önemli ödevleridir. İhdaslarından kısa bir zaman sonra kaldırılarak görevleri zabtiye askerlerine verilmiştir. (Düstur, Te: 1; Ci: 2; Sa: 748). Zabtiye askerleri ise (mülkiye memurin ve hademesinden olup) mülkiye amirlerinin verecekleri işleri görürler köy ve kasabaların iç ve dışında suç işliyenleri meydana çıkarmak ve yakalayarak hükümete teslim etmek ve cezaevlerini muhafaza ve hükümlüleri nakil etmek ve cinayet dairesi işlerinde çalışmak gibi adlî ve idarî vazifeleri ve ayrıca askerî sıfatları vardır (Asakir-i Zabtiyenin Mülkiye Vazifeleri Hakkındaki Talimat-ı Umumiye, Düstur, Te. I, Ci: 2, Sa: 740) ve (Adliye teşkilâtı Tarihçesi; Sâdi, Adliye ceridesi : 932).

(14) Bu tüzükte birinci tertip düsturun birinci cild 688 - 702 nci sayfalarında tarihsiz olarak basılıdır. Lâkin, zikrettiğimiz tarih o cildin 357 - 361 inci sayfalarında yazılı (Dersaadet hukuk-ı Adiye ve cezaiye mahakkim-i nizamiyesinin teşkilât ve vezaifine dair nizamname) nin sonuncu maddesinden anlaşılıyor.

Fakat, en büyük mahkeme ve kanunların hâmisi sayılarak İstanbulda kurulan (Divan-i Ahkâm-ı Adliye) bu adı taşıdığı müddetçe savcısız bırakılmıştır.

Görülüyor ki, savcılık, Nizamî mahkemelerin kuruluşundan çeyrek asır sonra, ta uzaklardan başlayarak yer yer belirmiştir. Yalnız orta derece divan ve meclislerde yer bulabilmiştir. Mahkeme içerisine maksur olan görevi, devlet adına, cinayet erbabının yalnız aleyhinde, davacılık yapmaktan ibarettir.

Halbuki; gerek batı Avrupa hukukuna yönelme ve uyma amacıyla Nizamî mahkemeleri kuran Gülhane hattında, gerekse bu gayreti tazeleme ve berkitme isteğinden dem vuran 1272 tarihli islâhat fermanında (15) bundan sonra yurddaşlar arasında ayrıksı gözetilmeksizin; kamu haklarının lâyıkıyla siyanet edileceğinden söz edilmiştir. 1274 tarihli Ceza Kanunu, doğrudan doğruya ve özlük davacı ile birlikte takip edilecek suç sayısını hayli artırmıştır. 1284 tarihli Divan-ı ahkâm-ı Adliye esas nizamnamesinde (16) (umur-ı hukukiyyenin hükümet-i icraiyyeden külliyen tefrikiyle) muhakeme ve mürafaalarda (kul haklarının) bir kat daha muhafazasını sağlamak (yani bu maküle umur da hükümet-i icraiyyenin müdahaleye salâhiyetinden) adalete ârız olabilecek engelleri ortadan kaldırmak için, bu divanın kurulduğu (17) ve mahkemelerin baskısız ve tarafsız çalıştırılacağı beyan edilmesine rağmen, bütün ilerleme adımları mutlakî ve şerî zincirlere bağlı kalmıştır.

Gerçi; bir tefrik yapılmıştır. (Her memlekette hükümet üç nevi olup birisi hâkim efendilerdir ki umur-ı şeriyye ve kanuniyyenin emin muha-

(15) Düstur : Te: I, Ci : I, Sa : 7.

(16) Düstur : Te : I, Ci : I, Sa : 325.

(17) Divan, hükümdarların devlet işlerini gördükleri kuruldur. Bir davacı köylü (Şevketlu Hünkâr gangınüz) diye soruncaya kadar sultanların divanlara başkanlık ettikleri ve ondan sonra perde arkasına çekildikleri ve oradan da kaip oldukları malûmdur. Divan-ı Ahkâm-ı Adliye yeni peydahlanmış değildi. Selim III ün meclis-i has-ül-has)ı tanzimattan sonra (Meclis-i ahkâm-ı adliye) adını almıştır. 1270 (1854) tarihinde islâhatı hazırlamak üzere (Tanzimat meclisi) ve davalara bakmak ve temyiz mercii olmak üzere (divan-ı ahkâm-ı adliye) adlarıyla ikiye ayrılmıştır. 6 Muharrem 1278 tarihli fermanla bu iki müessese tekrar meclis-i ahkâm-ı adliyye adı altında birleştirilerek; Mülkî idareye ve kanunlarla tüzükleri tanzime ve kurulmak üzere bulunan (cinayet Divanları) nın nizamı iktizasınca havale olunacak davalara memur olmak üzerede üç kısma ayrılmıştır (Düstur, Te : 2, Ci : I, mükaddime).

1284 yılında (Divan-ı ahkâm-ı adliyye) ve (Devlet Şûrası) olarak ikiye bölünmüş, ve divan en yüksek mahkeme vasfıyla görevlendirilmekle beraber, yalnız Yargıtay olarak değil, istinaf ve bidayet mahkemeleri gibi de çalıştırılacak şekle getirilmiştir. (Düstur, Te : I, Ci : I; Sa : 325 ve 703).

1286 yılında daha mütekâmil bir şekle getirilirken adına nazaret ve başkanına da Nazır denilmiştir. (O cild, Sa : 328).

fızlarıdır.) denilerek (18) hâkim efendilerin hükümeti, öteki iki hükümet sayılan (Mülkiye) ve (Maliye) memurlarının hükümetlerinden ayırt edilmiştir. (Locke) ın fikrini billurlaştırarak devlet kuvvetini tırtıllı iki çizgiyle üçe ayıran (Montesquieu) nın tefrikiyle ilgisi bulunmayan bu bölüş devlet kuvvetine değil, mahallî memurlara matuf bulunmakla beraber, bu kadarı bile kâğıt üstünde kalmıştır.

Gerçi, Nizamî mahkemeler meydana getirilmiştir. Fakat; bu yargı yerlerinin en üstü olan ve kanunlara hâmî ve nizamî mahkemelere müracıp sayılan (Meclis-i Ahkâm-ı Adliye) nin başkanlığına bir (Paşa) memur edilmiştir (19). Bu müessese inkişaf ederek divan adını alınca başkanlığına yine (vükelâdan bir zat) getirilmiştir ki, azsonra yani 1286 tarihli İç Tüzükle divanın adına Divan-ı Ahkâm-ı adliye nazareti) ve başkanına da kısaca (Adliye Nazırı) denilmiştir. O sırada başkent olan İstanbuldaki diğer nizamî ceza mahkemeleri (Zabtiye Müşürlüğü Nazareti) inde ve ona bağlı mutasarrıflıklarla kaymakamlıklar da kurulmuştur (20).

Taşra Nizamî mahkemeleri de aynı durumdadır. Kurucu kanun, üç nev'e ayırdığı hükümet memurlarına; işleri memleket meclisinde, garazsızca ve kardeşçe toplanarak yürütmelerini tavsiye etmiştir. İslâhat fermanında (Muhtelif meclislerde vali ve kadı-ı memleket hazır olduğu halde) davalara bakılması emir edilmiştir. (Vilâyet) ve (İdare-i umumiyye-i vilâyet) nizamnamelerinin hükümlerini açıklayan (idare-i umumiyye-i vilâyet hakkında talimat) namede ise teşekkül-i devlet ve hükümet-i mutlaka hukuk-i âmmenin muhafazası içindür) denilerek Monarşinin, kamu haklarını muhafaza uğrunda tercih ve tesis edildiği ileri sürülmekten çekinilmemiştir. Bu muhafızlığa, bütün varlıklarıyla sultanın buyruğuna bağlı idare âmirleri uygun görülmüştür. Valiler bu vikayeyi sağlasın diye (umur-ı zabıtada her türlü tedabiri icraya mezun) kılınarak, kendilerine yalnız Sultanın arzusuyla hudutlu bir salâhiyet tanınmıştır.

Suçları araştırmak ve soruşturmak ve sanıkları yakalamak ve bab-ı ali (hükümet) in verdiği ve nizamların tesbit ettiği yetki ölçüsünde nizamî mahkemelerin hüküm (mazbata) larını tasdik ve infaz etmek hususları valilere ve mutasarrıflara ve kaymakamlara aittir.

Demek oluyor ki; Nizamî mahkemelerin işi, mülkiye âmirlerinin

---

Nihayet 1295 yılında son defa ikiye bölünerek, (Adalet Bakanlığı) ile (Yargıtay) ya temel olmuştur.

(18) 1256 tarihli Ceza Kanunu, fasıl : 8, madde : 1 ve bu hükmü açıklayan 1267 tarihli kanun-i cedid, fasıl : 3, madde 6 Mirat-ı adalet; Sa : 141 ve 166.

(19) Mirat-ı adalet - Ahmed Lütfi - Sa : 147.

(20) Dersaadet ve mülhakatı idare-i zabıta ve mülkiye ve mahakim-i nizamiyesine dair nizamname (Düs. Te : I; Ci : I, Sa : 688.

yakalayıp yollamayı uygun gördükleri sanıkların davalarına bakarak bir mazbata mühürlemekten ileri gitmemiştir.

Gerçi, sivil ceza hukuku gelişmiye başlamıştır. Lâkin, 1274 tarihli Ceza Kanununa Fransızların 1810 tarihli Ceza Kanununları örnek tutulduğu halde, sıra savcılığa gelince, Fransızların 1670 tarihli Kral Emirnamesi dahi ele alınamıyarak (Procereur de roi) benzeri bir sultan vekilliğinden bile sakınılmıştır.

Mutlakiyetin tabiatından doğan ve şerî baskıyla da kösteklenen bu ilerleme, daha, sırf kamu hak ve faydalarını gözeterek hareket edecek bir müessesenin çalışmasına müsait olgunluğa gelemediğinden, savcılık, ancak bir belirti şeklini alabilmiştir.

Bizim belirtilerin mahkeme dışına çıkamayışlarıyla Prokürör dö ruvaların mahkeme içerisine girmeyip istem ve düşüncelerini yazılı olarak kapalı zarfla mahkemeye sunuşları nasıl bir usul tezadı ise, kısaca incelediğimiz belgelere ve bunlardaki Avrupadan yalnız kılışesi alınmış bazı deyimlere takılarak, icra kuvvetinin kaza kuvvetine hâkim bulunduğunu söylemek de bir görüş tezadı olur. Zira devlet kuvvelteri henüz ayrılmamıştır ki, bunlardan birinin diğerine tesir ettiğinden bahis caiz olabilsin.

Nizamî mahkemeler belki bağımsızlıkta şeriye mahkemeleri mertebesine varamamışlardır. Fakat, bir emir kulu gibi çalıştıklarını ve kaydın görüp kârın tamam edesiz) yollu fermanlarla karşılaştıklarını tasavvur etmek istemeyiz. Hem de; böyle iradeler, o çağda Sultanın haiz olduğu şeri yetkiler bakımından hukukî sayılamaz mıdı?.

Şurası kesin bir gerçektir ki, o devrin nisbeten en bağımsız müessesesi mahkemelerdi. Nizamî mahkemeler kaza kuvvetini her ilerleme hamlesiyle icra memurlarının sultasından biraz daha uzaklaştırmışlardır.

III — Savcılığın Kuruluşu .

Şeriye mahkemelerinde hiç bir zaman yeri bulamıyan savcılık, Nizamî mahkemeler 39 yıllık bir gelişme ile mahkeme haline gelince, artık belli ve sürekli bir duruma kavuşmuştur.

Ceza hukuku bakımından, Gülhane hattıyla ıslâhat fermanı birer adım sayılırsa, 1292 (1875) tarihli (Islâhat-ı umumiyye) fermanını da daha olgun ve ileri bir adım saymak gerekir. Dış ve iç tepkilerden doğan bu fermanla, Türkiyede dahi öteki medenî memleketlerde olduğu gibi kamu haklarının ön sırada ve önemle gözetileceği bir kere daha yayınlandıktan sonra (kuvve-i adliyeye kuvve-i icraiyenin müdahale etmemesi

195

ve ahkâm-ı kanuniyenin her türlü süistimalâttan masun bulunması) amacıyla mahkemelerin açık ve tarafsız olarak çalıştırılacağı ve Divan-ı ahkâm-ı Adliyenin (vesâit-i idareden) ayırt edilerek, Adalet Bakanlığı ve Yargıtay olarak ikiye bölüneceği ve (Mahkeme-i temyiz riyaseti vazifesi umur-ı adliyemiz nazırı uhdesinden alınarak) bu müesseseye birinci ve ikinci başkanlar tâyin olunacağı bildirilmiştir (21).

Bu fermana dayanılarak ve Belçikanın 45 yıl önce kabul ettiği 1831 tarihli Anayasası örnek tutularak, fakat iş devlet kuvvetlerine gelince, yine Belçikanın bu Anayasasına göre tedvin edilmiş bulunan 1850 tarihli Prusya Anayasasına sapılarak, bütün kuvvetler bir noktaya düğümlenip Sultanın avucuna sunulmak suretiyle meydana getirilen ve öteki hükümleri uzun zaman güneş yüzü görmeksizin sayfaları arasında gömülü kalmışsa da, adlî hükümleri yürürlük imkânı bulan 1293 tarihli (Kanun-i esasî) ile Yargı yerleri ve yargıçlar hakkında bazı hükümler belirtilmiş ve 91 inci maddesinde (Umur-i cezaiyede hukuk-i ammeyi vikayeye memur müddei umumiler bulunacak ve bunların vezaif ve derecatı kanunla tâyin olunacaktır) denilerek savcılık müessesesi açıkca kabul edilmiştir.

Kanun-i esasiden iki yıl sonra çıkarılan 5 Haziran 1295 tarihli (Mahakim-i Nizamiye Teşkilâtı) Kanunun 56 ncı maddesinde ise (Müddei umumiler umur-i adliyede hukuk-i âmmeyi vikaye) için sultan tarafından mansup memurlar olduğu ve (Bunların vezaif-i asliyesi asayiş ve hukuk-i umumiyenin mühafazası için ahkâm-ı kanuniyenin hüsn-i cereyanına dikkat etmekten ibaret) bulunduğu tesbit edilerek, kanun-i esasının ceza işlerine hasrettiği görev Adliye işlerine teşmil edilip savcıya hukuk davalarında da geniş yetki ve görev yükletilmiştir ,madde : 65 den 73 kadar).

12/Haziran/1295 tarihli (Usul-i muhakemat-i cezaiyye) kanunun ilk maddesinde ise (Alel'itlâk mücazat-ı kanuniye icrasını dava etmek hukuk-i umumiyedendir. Binaenaleyh bu makûle deaviyi ikame mücerret kanunun tâyin ettiği memura aittir) denilerek kamu davacılığı savcının (tekel) ine verilmiştir.

Bu hükümlerle kök durumu tesbit edilen savcılığın ilk kuruluş şeklini incelemeden önce söyliyelim ki; müessesenin kurulmasına başlamak için teşkilât ve usul kanunlarının yürürlüğe girmesi beklenmemiştir. Bu kanunlar henüz proje halinde iken Yargıtaya bir başsavcı ve İstanbul İstinaf Mahkemesine bir savcı ile bir yardımcı ve İstanbul Bidayet Mahkemelerine birer savcı yardımcısı tâyin olunmuştur. Adalet Bakanlığından Yargıtay Başsavcılığına gönderilen bir tezkere (22) ile bu tâyinler

(21) Düstur, Te : I, Ci : 3, Sa : I.
(22) Düstur, Te : I, Ci : 4, Sa : 705.

belirtilmiş ve tasarı halindeki teşkilât ve usul kanunlarının hükümlerine uygun talimat verilerek müessesenin İstanbulda biran önce yürütülmesi yoluna gidilmiştir.

Bu tezkerede başmüddeiumumî ünvanı kullanılmakla beraber, bir yerinde (başmüddeilik memuriyeti) denildiği göze çarpmaktadır. O çağda lâkab ve ünvanların pek üstün bir değeri olduğundan bunları yerliyerinde kullanmıya aşırı bir titizlik gösterilmesi mütat ve zarurî iken, Nizamî mahkemelerin ve kanunlarla nizamların adlarında kayıtsızca kısaltma ve değiştirmeler yapmak bir adet halini almıştır.

İstanbul teşkilâtından az sonra, Vilâyet İstinaf Mahkemelerine birer savcı ve vilâyet ve liva ve kaza Bidayet mahkemelerine birer savcı yardımcısı tâyin edilmiştir. Bazı kaza bidayet mahkemelerine savcı yardımcısı tâyin edilememiş ve görev (teftiş memurları) ona ve o da yoksa (zabtiye zabiti) ne bırakılmıştır. Bu durum yıllarca devam etmiştir. Ancak 1331 tarihinde bu vazifenin mahkeme başkâtipleri tarafından ifa edilebileceği beyan olunmuştur (Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye, madde 134 zeyli).

Savcının manii halinde Başkanın emriyle mahkeme âzasından veya mümeyyizlerinden birinin savcılık görevini yapacağı tasrih olunmuştur (Usul : madde : 24). Çünkü ilk kuruluş sıralarında Başkâtip yoktu.

Teşkilât noksanı Bidayet savcılıklarına münhasır kalmamış ve bazı yerlerin üst mahkemeleri de savcısız bırakılmıştır (23).

Teşkilât ve Usul Kanunlarıyla ve müteaddit talimat ve tezkerelerle savcılık müessesesine verilen ilk şekle gelince :

Türkiyede bütün savcılar bir heyet (Parquet) teşkil eder. Her savcı bu parkenin bir uzvudur. Hepsi devletin — İcra kuvvetinin — Mahkemeler — Kaza kuvveti — Nezdinde birer temsilcisidir, memurudur. Bu heyet üç mertebelidir :

I — Yargıtay Başsavcısı.

II — İstinaf savcıları (İstinaf mahkemeleri kaldırılınca bu sırayı cinayet ve sonradan ağırceza savcıları almıştır).

III — Bidayet savcı yardımcıları (şimdi bu sırada ağırceza davalarına bakmaya yetkisi bulunmıyan asliye ceza mahkemeleri nezdindeki savcılar ve yardımcılar bulunmaktadır).

Görülüyor ki, savcılık (Hierarchie) sı şimdikinin aynıdır. Hiyerarşinin başında Yargıtay Başsavcısı gelmektedir. Hey'etin âmiridir. İstinaf savcıları doğrudan doğruya, Bidayet savcı yardımcıları ise bölgelerinde bulundukları ve bağlı oldukları İstinaf savcısı araçıyla başsavcıya bağlanırlar. Fakat, bütün Parke, idarî işlerle kazaya sarî mahdut işlerde

(23) Düstur, Te : I Ci : 5, Sa : 33.

Adalet Bakanının emrindedir.

Savcılığın niteliklerine gelince :

1 — Savcılar, Adalet Bakanının takriri üzerine sultan tarafından tâyin olunur ve azil olunabilir.

2 — Savcılar, yargıçlık için aranılan bütün vasıf ve şartları haiz olmalıdır.

3 — Savcı, yargıç değildir. Bu itibarla, savcı aleyhinde hâkim retti yoluna gidilemez. Rey ihsas ettiğinden bahsolunamaz. Buna sebep olarak; savcının taraflardan olduğunu ve davacı mevkiinde bulunduğunu söylemek mutaddır. Şimdiki durum böyle olmadığı halde, eskiden kalma bu telâkkiyi hâlâ devam ettirenler vardır.

4 — Savcı, özlük bir davacı değildir. Suçları kişilik bir ilgisi bulunmaksızın, kamu fayda ve alâkası bakımından kovuşturur. Bunun için :

A — İstem ve düşünceleri bir ikrar veya inkâr sayılamaz.

B — İleri sürdüğü istem ve düşüncelerle bağlanamaz. Yersizliğine veya eksikliğine inanç getirince, önceki iddia ve mütalâalarına uygun kararların dahi kaldırılmasını istiyebilir.

C — Dava açıp açmamakta ve kararlara karşı kanun yollarına gidip gitmemekte muhtar olmadığı gibi davadan da vazgeçemez. Çünkü, dava onun değil kamunundur. Ancak kanununda yazılı sebeplerle davanın düşmesini ve ortadan kaldırılmasını istiyebilir.

Mecburî takip kaidesi savcıyı o kadar bağlamıştır ki; kamu davasını açarken, bundan kamunun fayda mı, yoksa faydadan çok zarar mı göreceği yönünden incelemeler yapamaz.

D — Kendisinden teminat ve mahkeme masrafı istenemez. Zira bunları, temsilcisi bulunduğu devlet sağlamıştır.

5 — Her savcı, savcılık heyetinin bir uzvu olduğundan, birinin başladığı soruşturmayı ve açtığı davayı bir başkası ikmal ve takip edebileceği gibi, birinin aldığı ilâmı diğeri infaz ettirebilir. Halbuki, yargıç değişince mahkemenin tekrarı (tekrir) iktiza eder.

6 — Savcının ödevi, öteki adlî makam ve memurlar gibi, tahkik ve takibin belli bir safhasıyla mukayyet ve mahdut değildir. Hâdise bir karara bağlanıncaya ve kararın icabı yerine getirilin-

ceye ve hattâ muhakemenin yenilenmesi gibi hallerde iktıza eden işlemler bitinceye ve belki zamanaşımına kadar ilgisi devam eder.

Bu esaslar; savcılık müessesesinin temel taşlarıdır.

Savcılığın yetki ve görevleri ise; idarî ve hukukî ve cezaî olmak üzere üç kök kola ayrılır :

1 — İdarî görev : Kuruluş sırasında tezkere ve genelgelerle tesbit edilen idarî durum, şimdi pek az farkla teamül halini almış ve devam etmekte bulunmuştur :

A — Savcılar, Bakanlığın mahkemelere yapacağı tebliğlerde vasıtadır. Adalet Bakanlığı, Yargıtay başsavcı araçıyla ve istinaf ve bidayet mahkemelerine de istinaf savcısı aracıyla tebliğlerde bulunur. İstinaf savcısı nezdinde bulunduğu mahkemeye ait tebliğleri bizzat ve bölgesindeki mahkemelere ait tebliğleri de o mahkemeler nezdinki yardımcıları vasıtasıyla icra eder (24).

B — Savcılar, görevlerinin yürütülmesine gereken muharebeye yetkilidirler. İdare ve zabıta memurlariyle doğrudan doğruya muhabere edebilirler. Bunlardan başka mahaller yani merkezdeki yüksek makamlara ve saireye taallûk eden işlerde Adalet Bakanlığına müracaata mecburdurlar. Savcı yardımcılarının bakanlıkla muhaberelerine bağlı bulundukları istinaf savcısı tavassut eder(25).

C — Savcılar, Adalet dairelerinin idarî işlerinde âmir ve sorumlu sayılırlar.

D — Savcılar, Adalet dairelerinin ve mensuplarının malî işlerinde sorumlu âmirdirler (26).

E — İstinaf savcıları Adalet Bakanlığını temsil ederler.

II — Hukukî görev : Kişilik haklara dokunan haller karşısında, dava açıp açmamak ferdî istem ve telâkkiye bırakılır. Zira böyle hakları doğrudan doğruya himaye ve takibe kalkışmakla kamuya fayda verecek yerde, ferde ve ailesine zarar verilmiş olabilir. Fakat, kişiler arasındaki hukukî kaidelerin ihlâli, umumî efkârda şiddetli bir tepki uyandırmış ve genel bir heyecan

(24) Adliye Nazaretinin 11 Temmuz 1295 tarihli genelgesi; Düstur, Te : I; Ci : 4, Sa : 723.

(25) Adliye Nazaretinin 28 Temmuz 1295 tarihli genelgesi; Düstur; Te : I, Ci : 4, Sa : 727. Ve (Mahakim-i Nizamiye Teşkilâtı Kanunu, madde : 60).

(26) Vilâyet adliye dairelerinin hesap ve maliye usulü talimatnamesi; Düstur; Te : I, Ci : 5, Sa : 33.

ve endişe doğurmuşsa, câmia az çok sarsıntıya uğrayacağı ve dolayısile kamu zarar göreceği için, bozulan hukukî kaidenin düzeltilmesi gerekir. Bu bakımdan, savcıya bazı hukuk davalarının açılması yolunda salâhiyet tanınır.

Lâkin, savcılığın ilk kuruluşunda Mahakim-i Nizamiye Teşkilâtı Kanununun 65 den 73 e kadarki maddelerinde yazılı hükümlerle yükletilen hukukî ödev o kadar şümullüdür ki, savcılar, hemen hemen bütün hukuk davalarına karışma ve katışma mükellefiyetindedir.

Bu ödevin, yalnız butlân ve neseb ve nüfus gibi işlere inhisarı nasıl tenkid edilebilirse; o zamanki mevzuatın savcıya lüzumlu lüzumsuz hukuk işleri yükletmiş olması da öylece tenkid olunabilir. Nitekim, bu mükellefiyetten fayda sağlanamamış ve aksine olarak zararları görülmüş olduğundan, 1340 (1924) tarihli Tesri-i Muhakemat Kanunuyla değişiklik yapılarak, savcıların mükellefiyeti, görevleri ile ilgili bir yön bulunup bulunmadığını anlamak üzere hukuk dosyalarını gözden geçirmek ve hukuk ilâmlarının icrasına nazaret etmek hususlarına hasredilmiştir.

II — Cezai görev : Savcılığın esaslı ve önemli görevidir. Bu görev icabı olarak :

1 — Kamu davası açmak savcının tekelindedir : Ceza mahkemelerinin kamu davası açılmaksızın kendiliklerinden davalara bakamamaları esasdır. Lâkin :

A — Her kazada savcı yardımcısı bulundurulamadığından olacak ki, sulh işlerinde iddianame şart koşulmamıştır. Kabahat derecesindeki suçlardan dolayı, savcılık vazifesini gören memurun ve özlük davacının istidası üzerine sanığa ve varsa mesul-i-bil-male celpname yollanarak davaya bakılabilir. — Usul. M. 135 —

B — Cünha nevinden suçlar dolayısıyla mağdur tarafından doğrudan doğruya cünha mahkemesine şahsî dava açılabilir. — Usul. M. 166 —

C — Orman davalarına yetkili orman memurlarının istidası üzerine bakılabilir. — Usul. M. 166 —

2 — Savcı, devletin ve mahkemenin ve kişilerin nazaretine tabidir. Bakanlığın emiri ve mahkemenin kararı ve mağdurun şahsi davası karşısında kamu davasını açmak zorundadır. Fakat, davayı açtıktan sonra kendi inanış ve görüşüne uyarak takipte

serbesttir. Bugün de bir kaç bağlayıcı hüküm mevcut olmakla beraber; artık mahkeme nezareti yoktur. Mahkemelerin takibat yapılmak üzere dosyanın tevdii veya müzakkere yazılması yolundaki kararları C. Savcılarını kamu davası açmıya icbar edemez.

Şahsî davacının dilekçesi üzerine savcının kamu davasını açmakla mükellef tutulmasına gerekçe olarak, müştekinin mahkeme masraflarını ve akibetini göze almış bulunması ileri sürülürdü. Bu yüzden bir çok yüksek kamu davalarının açıldığı görülerek 1340 tarihli Tesri-i Muhakemat Kanununa ait tasarıda savcının kamu davası açmak hususunda serbest bırakılması ve şayet yanılır da, açılması gereken bir davayı açmazsa, müştekinin üst savcıya ve o da ret ederse Adalet Bakanlığına baş vurabilmesi teklif edilmişse de, Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunca, kamu davasının tahrik suretinde böyle bir değişiklik yapılması pek mühim ve mahzurlu sayılarak iş sonraya bırakılmıştır.

Fransız ve Alman sistemlerinin esaslı ayrılış noktalarından birini teşkil eden bu kaide, şimdi bizde Alman usulüne yakın bir şekil almıştır.

3 — Savcı, her suç karşısında hemen kamu davası açmak durumunda değildir. Kanun, usul ve hattâ (Capitulation) larla tesbit ve tahdit olunan hal ve şartları gözetir.

4 — Savcı, kamu davasını mahkeme huzuruna götürerek ve bir dava mevzuu olmayacak işlerde istem ve düşünceler ileri sürerek, kamu hak ve faydalarını korur.

5 — Savcı; mahkeme kararlarına karşı gerektikçe kanun yollarına gider. Özlük davacı, cinayet davalarında beraet ve ademî mesuliyet = sorumsuzluk kararlarının, ceza bakımından bozulmasını isteyemiyeceğinden, savcı, böyle hükümlerde kanuna aykırılık görürse, sanık aleyhine tesir etmemek ve yalnız mahkemeyi kanunun lâyıkıyla uygulanması hususunda ikaz etmek üzere (ilâmın muamelât ve tahkikatı) nın nakzı için Yargıtaya müracaat edebilir; — Usul : M. 315 ve 318 —

Başsavcı, Adalet Bakanlığının (yazılı emir) lerini, kendiliğinden bir şey katmaksızın ve değiştirmeksizin Yargıtaya bildirir.

6 — Savcı hazırlık soruşturması safhasında, şimdiki durumundan çok uzaktır. 1274 tarihli Ceza Kanunun cinayet ve cünha ve kabahat diye üçe ayırdığı suçlardan, cinayet ve cünhaların

701

araştırma ve soruşturmalarında ve meşhut suçlarda oldukça faal durumda ise de, kabahat fiilleriyle pek ilgisi yoktur.

Adlî zabıtanın başında, İstanbulda, Şehremini ve Zabtiye Nazırı ve taşrada valiler ile mutasarrıflar bulunur. Savcı, Adlî zabıtanın âmiri değil, orta derece bir memurudur. Hattâ, istinaf savcısı adlî zabıtadan hariçtir.

Savcı, hele ilk zamanlardaki tatbikatta, büsbütün sakıt kalmıştır. İdare eskisi gibi harekette devam etmiştir. Adliye nazırlığı, bütün valilere ve bu arada, Adliye müfettişleriyle savcılara 24 Eylül 1295 tarihli bir genelge (27) göndererek ceza davalarında kişilerin yapacakları ihbar ve şikâyetler üzerine adlî zabıta memurlarının bir zabıt varakası tutup savcıya vermeleri ve savcıların da hemen bir iddianame ile evrakı müstantiğe havale etmeleri usul kanunu hükümleri iktizasından iken, eskiden olduğu gibi; dilekçe ve jurnalların (28) hükümete sunulmakta ve onlar tarafından da (şuraya buraya) havale edilmekte ve aradan günler geçtikten sonra savcılara gelmekte olduğu görüldüğünden ve hükümetin bu müdahalesi kanuna aykırı bulunduğundan bahsile; ihbar ve şikâyetnamelerin ve zabıt varakalarının doğruca savcılara verilmesi ve ağır cezalı meşhut suçların hemen savcılara bildirilmesi hususlarının önemle tebliğine zaruret duyulmuştur.

Gerçi; Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu bütün memurları, memuriyetleri dolayısıyla öğrenecekleri cünha ve cinayet suçlarını savcıya haber vermekle ödevli tutduğu gibi; bütün halkı da, mal ve can aleyhine işlendiğini gördükleri suçları yine savcıya ihbarla mükellef tutmuş - madde : 26, 27 - ise de, Adlî zabıtanın başında icra (idare) memurları bulunduğu ve diğer zabıta memurları da onların emirine bağlı oldukları ve kendilerinde soruşturma ve yakalama yetkileri mevcut bulunduğu için, savcı tabiatiyle kenarda kalmıştır.

(27) Düstur, Te : I, Ci : 4, Sa : 747.

(28) Jurnal; Zabıtanın adlî suçlar hakkında tanzim ettikleri zabıt varakası benzeri bir yazıdır. İstanbulda zabtiye nezaretine ve taşrada mülkiye âmirlerine sunulurdu. Zabtiye nazaretinde sonradan kurulan (tefrik cemiyeti) tarafından incelenir. Sanık dinlenir, tevkifini gerektirici bir sebeb görülmezse şahsi veya nakti bir kefalete bağlanarak salverilir. Bidayet mahkemelerine yollanmaları icabediyorsa gönderilirdi. (Bab-ı Zabtiyede teşkil olunan tefrik cemiyeti talimatı (Düstur, Te: I, Ci: 5, Sa: 185). Bir de havale cemiyeti vardı. Bunlar savcı incelemesine benzer bir tetkik yaparlardı. Fakat, hâdiseleri hükümetin temayülleri bakımından tetkik ettikleri şüphesizdir. Kişilerin hak ve hürriyetlerini koruma ikinci derecededir.

7 — Savcı yardımcıları, mahkeme hükümlerinin yerine getirilmesi hususunda, yalnız ilâmların infazının istemek ve infaza nazaret etmek derecesinde ilgilidir. İnfaz hükümete aittir. Cezaevleri idareye bağlıdır. Savcıların bu kadarcık işi de yürütebilmeleri çok zor olmuştur.

Çünkü, 1295 teşkilâtından önce; nizamî mahkemeler ilâmlarını mazbata şeklinde yazarlar ve heyetçe mühürlerlerdi. Türkçe yazılan bu mazbatalara yerine göre Arap, Rum, Bulgar, Boşnak ve Ermeni dillerine çevrilmiş bir örnek eklenirdi (29). Divan-ı ahkâm-ı adliyenin veya meşihatın — ki buradaki anlamıyla şerî mahkemeler yargıtayının — tetkik ve tasdikine bağlı olanlar bu mercilere ve diğer mazbatalarsa mahallî en büyük mülkiye âmirine sunulurdu. Mülkiye âmirleri hükümetin kendilerine tanıdığı ve nizamların tesbit ettiği yetki ölçüsünde, mazbataları bulundukları yerin üst mahkemesine tetkik ettirdikten sonra, tasdik ve infaz muamelesini uygun gördükleri surette ceryan ettirirlerdi. Yetkileri dışında kalan veya önemli bulunan mazbataları üstlerine sunarlardı. Şu kadar ki, acele hallerde merkezden sormaksızın infaz cihetine gitmekle beraber, hemen bab-ı aliye bilgi verirlerdi. Yani; infaz, hükümetin tasdik ve tatbikine bağlıydı. İdam ve rütbe ve memuriyetten mahrumiyet ve kısasa dair cezaların infazı ve affı ve hafifletilmesi sultanın fermanıyla mümkündü.

Savcılık müessesesi kurulduktan ve mahkemelere savcılar tâyinine başlandıktan sonra, yine eski itiyattan vazgeçilmediği ve hattâ Yargıtay Ceza Dairesinin bile hükümlerini mazbata şeklinde ve işin taallûk ettiği makama hitaben yazmakta devam eylediği görüldü. Müteaddit genelgeler (30) ile tebliğler yapılarak; adı geçen ceza dairesinden hiç bir makama hitap etmeksizin yazılacak ilâmların Adalet Bakanlığına sunulması sağlandı. İstanbul ve taşradaki diğer ceza mahkemelerine de bu yolda hareket etmeleri lüzumu bildirildi.

Temyiz dosyalarının yargıtaya yollanmasında, eskisi gibi, idarenin tavsid edilmemesi, evrakın savcılar tarafından doğruca bakanlığa gönderilmesi tebliğ olundu. Yargıtayca tasdik

(29) İdare-i umumiye-i vilâyet hakkında talimat, Düstur, Te : I, Ci : 3, Sa : 30.

(30) Düstur : Te : I, Ci : 4; Sa : 719, 721, 723.

207

ve nakız olunan hükümlere ait dosyaların Adalet Bakanlığına sunulması ve (makam-ı nazaretten başmüddeiumumilik kalemi marifetiyle tasdiri lâzım gelen) bir yazı ile istinaf savcılıklarına yollanacağı iş'ar edildi.

Bu iş'arlar, belki valileri aradan çıkardı. Lâkin bakanlığın araçlığı devam etti.

İnfaz safhasına gelince; (ahkâm-ı kanuniyenin infazı kuve-i icraiyeye ait olduğundan) zabtiye nazaretinin ve valilerin mucibince gibi bir ibare ile tasdik işareti bulunmaksızın, ilâmların infaz edilmemesi yolundaki adette devam ediyordu. Halbuki, (kanunen kuvve-i adliyenin umur-ı idareden ayrı olması) dolayısıyla savcıların işaretleri infaza yeteceği bildirildi. Fakat; savcı yardımcılarının yapacakları iş, infazı istemek ve uzaktan denetlemeye uğraşmaktan ibaret kaldı.

Bütün bu haller gösteriyor ki, ilk savcılık müessesesi, tahkik ve takip ve tenfiz hususlarında, şimdi bulunduğu durumdan çok uzaktadır. İşlerde, icra (hükümet) memurlarına önemli bir pay ayrılmıştır.

İşte, böylece belirmiş ve kurulmuş bulunan savcılık, ancak (Cumhuriyet Savcılığı) mevkiini aldıktan sonra, kamu hak ve faydalarını koruma yolunda bir gelişme imkânı bulabilmiştir.

Sözü bitirirken, şu yönü de hatırlara getirelim ki; kuruluş zamanı saltanat devrine rastlamış iken, savcılık sultana bağlanmamıştır. O çağda hemen her yeni tesisi padişaha nisbet ederek, şahane, sultanî, seniye gibi bir izafe mutat bulunduğu ve Avrupada kral veya imparator savcısı demek devamlı bir adet olduğu halde, Türk savcısı böyle bir nisbete maruz kalmamıştır.

Bu durum; sanmayız ki, sultanların kamu haklarına saygı duyuşlarından doğmuş olsun. Şeriiye Mahkemelerinin rakibi bulunan Nizaî Mahkemelere Sultanî mahkeme demekten çekinen Sultan, bu mahkemelere mensup ve kamu haklarını korumaya memur savcıları, kendi adamı olarak göstermekten kaçınmış olsa gerektir.

ÇOCUK MAHKEMELERİ

Plân

Şimali Karolina Üniversitesi
İçtimai araştırmalar serisinden.

Yaazn : **Felsefe Dr. Herbert H. LOU**
Çeviren : **Ankara Yargıcı Akil ÖNDER**

1 — Çocuk Mahkemeleri hareketinin yayılması;

2 — Teşkilât ve teknikteki inkişaf;

3 — Çocuk Mahkemelerinde siyaset;

4 — Çocuk Mahkemelerinde kaydolunan en son terakki ve inkişaflar;

5 — Çocuk Mahkemeleri sistemi;

6 — Çocuk Mahkemelerinin tasnifi;

7 — Çocuklara ait davalarda kendilerine hakkı kaza verilmiş olan mahkemeler;

8 — Yargı çevresi;

9 — Yargı yetkisinin şekil ve mahiyeti;

10 — Çocuk Mahkemesinin diğer mahkemelerle olan münasebeti.

1 — Çocuk Mahkemeleri hareketinin yayılması :

Çocuk Mahkemeleri hareketinin yayılması, son çeyrek asırda hukuk sahasında vukubulan dikkate şayan inkişaflardan birini teşkil eder. Şikagoda başlamış olan bu hareket, bütün memlekete ve dünyanın bir çok kısımlarına yayılmıştır. Her yerde hiç değilse prensip olarak çocuk, eski Ceza Kanununun sertliğinden ve kendisine uygulanmasından kurtulmuştur.

Amerika Çocuk Mahkemesi sistemi, Amerika dışı yabancı devletler komisyonları tarafından inceden inceye tetkik olundu ve çocuk mahkemesinin tatbikatı, yargılama usulü ve teşkilâtı hakkında tavsiyelerde bulunulması için yabancı bir çok devletler iltimasta bulundular. Amerika Çocuk Mahkemesini karakterize eden prensip ve bazı esaslar, bütün dünyada mücrim çocuklarla meşgul olan ajanlarla mahkemelerin

tatbikatında ve kanun veya tüzüklerde yer almış bulunmaktadır. Bunlar bu müessesenin kıymetinin ve onu en iyi bir şekilde inkişaf ettirmek hususunda sarfolunan gayretlerin her yerde anlaşıldığını göstermektedir (1).

Şikagoda ilk çocuk mahkemesinin kurulduğu tarihten itibaren geçen 28 sene zarfında birleşik devletler dahilinde bu mahkemenin tekamül ve inkişafı dikkati çekecek derecede artmıştır. Atalet ve muhalefete rağmen hükümetler birbiri ardı sıra benzeri kanunları kabul ettiler ve çocukları ilgilendiren davalara bakmak üzere ya müstakil mahkemeler kurdular yahut mevcut mahkemelerin sırf bu iş için hususi celse akdetmelerini sağladılar. Hemen hemen her yıl çocuk mahkemelerile ilgili yeni yeni kakanunlar kabul olundu ve eski kanunlar da bu mevzua ait en yeni fikir ve cereyanları ifade edecek şekilde tadil olundu. Muhtelif hükümetlerde çocuk mahkemeleri kanunlarına ait vakıalar ve tecrübeler bir çok bakımlardan yekdiğerinin aynidir. Bunları tafsilâtlı bir şekilde burada nakil ve hikâye etmek çok sıkıcı olur. 1904 yılına kadar 10 hükümet dahilinde çocuk mahkemesi kurulduğunu söylemek kifayet eder. İlk on sene zarfında yirmiden fazla hükümetle Kolombiya hükümeti merkezinde biraz benzeri müesseseler mevcuttu.

Otuzdan fazla hükümetin Çocuk Mahkemeleri Kanununa malik bulundukları 1914 yılında bu sistem çok iyi ve vasi bir şekilde tesis edilmiş bulunuyordu. 1920 yılında üç hükümetten başka bütün hükümetlerde bu kanunlar mevcuttu. Bu gün birleşik devletler dahilinde bütün hükümetler (Wyoming) hariç çocuklara mahsus yahut uygulanabilen genç mücrimleri tecrübe yoluyla islah usulü ve (Wyoming) ve (Maine) hükümetleri

(1) Çocuk Mahkemeleri Kanunları bilindiği veçhile yekdiğerinden farklı olarak aşağıdaki memleketler tarafından kabul olunmuştur : Büyük Britanya 1908, Kanada 1908, Cenevre (İsviçre) 1910, Fransa 1912, Belçika 1912, Macaristan 1913, Groatia 1918, Arjantin 1919, Avusturya 1919, Madras (Hindistan) 1920, Felemenk 1922, Madagaskar 1922, Bengal (Hindistan) 1922, Japonya 1922, Almanya 1923, Brezilya 1923, İspanya 1924, Meksika 1926; aşağıda adları geçen memleketlerde bu kanunların mevcut olduğu bilinmekte isede resmen kabul edildikleri tarih malûm değildir Avusturalya, Güney Afrika, Çekoslavakya, Mısır, Yeni Zelanda, Polonya, İsveç, Norveç, Danimarka, Finlandiya, Portekizde çocuk mahkemeleri yoksada buralarda çocuklara tatbik olunan hususi kanunlar vardır. Bu kanunlar vesayet meclisi yahut (küçüklerin terfihi komisyonu) tarafından tatbik, olunmakta ve muayyen yaş altında bulunan çocuklara ceza tertip olunmamaktadır. Rusyada bir çocuk mahkemesi vardır. Fakat 1922 tarihinden beri çocuğun terbiye ve tahsilide dahil olmak üzere mücrim çocuklara ait meseleler kollektif tahsilin bir branşı haline konulmuş ve genel okutma departmanına bağlı resmi okutma makamlarına (çocukları ilgilendiren olaylar hususi komitelerine) tevdi olunmuştur. Bu makamlar tamamile mahkemelerin yerine kaim olmuşlardır.

hariç Çocuk Mahkemeleri Kanunlarına maliktirler (2). (Maine) ve (Wyoming) hükümetlerinde Çocuk Mahkemesi Kanunları mevcut değilsede bu kanunlarla derpiş edilmiş olan himaye ve gözetme hususlarını büyük ölçüde mümkün kılabilecek olan kanunlara sahiptirler. (Maine) hükümeti analtı yaşından aşağı çocuklara mahsus olmak üzere genç mücrimleri tecrübe yoluyla ıslah usulü hakkında kanuni hükümler tedvin etmiş ve umumiyetle Çocuk Mahkemeleri Kanunlarında bulunabilen diğer hususları da muhtelif kanunlarla sağlamıştır (Wyoming) hükümeti, (suçlu. himayeye muhtaç, terkedilmiş çocuklar) mefhumlarını tarif etmekte ve bu mefhumların şümulü içine giren çocukların gözetilmesi hususunda müesseseler ve ajansları yetkili kılmaktadır. (Wyoming) hükümetinde genç mücrimleri tecrübe yoluyla islaha mütedair bir kanunun mevcut olmamasına rağmen bu şekilde islah işinin büyük bir kısmı (Wyoming insanlık derneği), (çocuk ve hayvanları himaye kurumu) taraflarından yapılmaktadır.

Genç mücrimleri tecrübe yoluyla ıslah «müşahede» müessesesi Çocuk Mahkemeleri K. neşet etmemiş bilâkis bu mahkemelerin teessüsünden evvel çocuklarla alâkalanmak suretile inkişaf etmiştir. Genç mücrimleri tecrübe yoluyla ıslah usulü (Massachusetts) hükümetinde iyi bir başarı sağlamasına rağmen ilk kanunun kabul edildiği tarihten yirmi bir sene sonra, ancak 1899 yılında bu sistem yalnız (Massachusetts) hükümetine ait bir müessese olmaktan kurtulabilmiştir. Bu tarihte (Rhode) adası hükümeti, hem genç çocuklara ve hemde murahiklere ait tecrübe yoluyla islah usulünü tazammun eden bir kanun kabul etmiş ve ayni sene içinde (Minnesota) ve (İllinois) hükümetleride çocukları tecrübe yoluyle islah usulü plânını sevketmişlerdir. 1899 tarihinde çocuk mahkemesinin doğuşu genç mücrimleri tecrübe yoluyla islah usulünün genişlemesi bakımından en büyük mânayı ifade ediyordu. Bu usul bilfiil geçen yirmisekiz sene içinde çocuk mahkemeleri hareketile eşit olarak inkişaf etmiştir. Bazı hükümetlerde, genç mücrimleri tecrübe yoluyla ıslah usulüne ait kanunlar, Çocuk Mahkemeleri Kanunlarına tekaddüm etmektedir. Çocuk mahkemelerini ihdas eden kanunlar kabul edildikleri zaman bunun neticesi olarak genç mücrimleri tecrübe yoluyla islah sistemi için de hükümler tesis olunmuştur.

Ta başlangıçtan beri çocuk mahkemelerine mahsus faaliyetlerdeki terakki, bilhassa bütün garpta seri olmuştur. Buda, kısmen, garbın sabit gelenek ve müesseselerle nisbeten bağlı olmaması ve kısmende daha eski

(2) 12 hükümet dahilinde genç mücrimleri tecrübe yoluyla islâh usulünün istimali yalnız çocuklara hasredilmiştir. Birleşik devletler arazisinde, içinde çocuk mahkemelerinin kurulmuş olduğu dört hükümet, Hawaii 1909, Alaska 1913, Partariko 1915, Filipinler 1923.

hükümetlerde umumiyetle eski kanunlara, çocukları bir nevi görüp gözetmeye mahsus hükümler konulalıdanberi bu müesseselere daha az ihtiyaç hissedilmesinden ielri gelmiştir. Esasen bir kısım doğu hükümetleri yeni kanunun bariz esaslarını eski Ceza Kanunlarına ilâve etmişler ve bu suretle bu hükümetler dahilindeki çocuk mahkemelerinde suç hâdiselerine ilişkin davalar yarı cezai bir mahiyet iktisap eylemiştir. Bu şekildeki kanunlar son zamanlarda ya değiştirildi veya mülayimleştirildi yahut büsbütün kaldırıldı. Bilhassa 1921 referandumu neticesi anayasada yapılan tadilât üzerine müesses bulunan 1922 tarihli Nevyork eyaleti Çocuk Mahkemesi Kanununda icra olunan değişiklikle çocuk mahkemesine Chancery yetkisi verilmiştir.

2 — Teşkilât ve teknikteki inkişaf :

Çocuk mahkemeleri prensipinin, bütün memleket tarafından kabul edilmiş olmasına rağmen iyice bilinmemekle beraber çocuk mahkemeleri faaliyetinin bidayetinde teşkilât ve teknik bakımından esaslı bir terakki kaydetmiş değildir. Geleneği pek azdı. Yetişkin personel ise hemen hemen hiç yoktu. Buna binaen ilk çocuk mahkemeleri yeni tip elemanları ve tevkif ve usulü muhakemeyi ve içtimai ve ruhi sahadaki vakaiyi toplamaya yarayacak tekniği ve davaları hal için kolaylıkları ve metodları meydana getirip inkişaf ettirmek mecburiyetindedir. Her hükümet dahilindeki çocuk mahkemesinin başka başka kanuni sistemler altında çalışmakta ve değişik mahalli şartlara tabi bulunmakta olmalarından dolayı teşkilât, metod ve usul bakımlarından büyük ölçüde farklar arzetmektedir, mamafih yirmi sene zarfında tedrici bir şekilde yapılan tecrübeler neticesinde usuller elden geçirildi ve başlıca fenni prensipler farmüle edildi.

Çocuk mahkemelerinin başarı ile çalışabilmeleri için ayni tip personele ihtiyaç vardır. Bu ihtiyaç her şeyden evvel ve kanundan ziyade beşeri âmillere istinat ediyordu. Yargıçlarla genç mücrimlerin ahlâklarını tecrübe yoluyla islah müessesesi memurlarının yetiştirilmeleri ve vasıfları kanun kadar tecrübede göz önünde tutularak nizamlandırılmıştır. Bu cümleden olarak tecrübeden alınan sonuca istinaden yargıçların muayyen müddetle tâyin edilmelerine dair eski sistemin fena netayicile birlikte terkedilerek yerine daha ziyade ihtisası sağlayacak olan uzun süreli tâyin sistemi kabul olunmuştur. Çocuk mahkemelerinin ihdasından evvel, genç mücrimlerin ahlâklarını tecrübe yoluyla islah müessesesi memurlarının görevleri hususi dernekler ve fertler tarafından ifa olunuyordu. Çocuk mahkemelerindeki inkişafa rağmen mahkeme hala büyük ölçüde gayri resmi yardımlara (gönüllü yardımcılara) muhtaçtır. Genç mücrimlerin ahlâklarını tecrübe yoluyla islah işinin önemi ve bir

âmme hizmeti vasıf ve karakterini haiz bulunduğu tedricen anlaşılmış olduğundan şimdi (gönüllü yardımcıların) gayri resmi yardımcıların yerini resmi memurlar almış bulunmaktadır. Kızlara mahsus hâdiselerin tedvirinde kadın memurların faydası keza ziyadesile anlaşılmış bulunmaktadır. İyi bir şekilde teşkilâtlandırılmış memurların, yetiştirilmiş elemanların çoğalmış olmaları hasebile teşkilât ve teknik bakımından mahkemenin işi aşağı yukarı standardize edilmiş ve eserin faydası büyük ölçüde artmıştır.

Çocukları suç işlenmekten men ve onları başarılı bir şekilde terbiye etmek için ilk şart olan mücrim çocukların tıb ruhiyatı sahasında fenni bir şekilde müşahedeye tabi tutulmaları ameliyesine ilk çocuk mahkemesinin kuruluşundan itibaren geçen ilk on senenin sonunda başlanmıştır. Mücrim çocuklara mahsus daimi bir servis halinde ve bir mahkeme nezdinde olmak üzere böyle bir müşahadeye 1909 senesinde iptidar olunmuştur. İşin bu safhadaki ehemmiyetini kavrayabilen mahkeme adedi pek mahduttu. Çocukları tetkik ve müşahede müesseselerinin kurulmasile bazı mahallerde gençleri suç işlemekten mene mahsus milli yardım programına tevfikan yapılan yardım ve teberrülarla akli muayene ve müşahedeye ilişkin durum son seneler zarfında büyük mikyasta gelişmeler kaydetmiştir. Faaliyetin henüz nüve halinde bulunmasına rağmen klinik çalışmalarla marazı teşhis fenni pek güzel ve iyi bir şekilde teessüs etmiş bulunmaktadır.

Bir çok on yıllar zarfında hususi mahiyette çocukları himaye cemiyetleri, çocukların tutukluğu işile meşgul olmuşlardır. Çocuklara mahsus ilk tutuklar evi 1880 tarihinde Massachusetts hükümetinde tesis oulnmuştur. Çocuk mahkemelerine mahsus faaliyetlerin inkişafı neticesinde bu işin hukuken bir hükümet vazifesi olduğu anlaşılmıştır. Çocuk mahkemesinin beşiği olan Şikago da halkın yardımı ile hususi teşekküller tarafından 1903 tarihinde çocuklara mahsus bir tutuklar evi tesis edilmiştir.

Danverde 1903 tarihinde, Sanfransisko da 1904 tarihinde tutuklar evi meselesini ilk olarak bir hükümet işi addolunmuştur. Şikago da tutuklar evi ancak 1907 tarihinde bir kanunla tesis edilmiştir. Bir çok tutuk evlerinin toplama kamplarından daha iyi bir durumda olmamasına rağmen bazı yerlerde bunların idari bakımdan biraz terakki kaydettikleri müşahede edilmiştir.

Hükümetlerin ekserisinde çocuk mahkemelerinin yetkisi, esas kanunlarında mevcut yaş hadleri üstünde olan çocuklara ve iptidaları hariç bırakılan hâdiselere de teşmil edilmek suretile genişletilmiştir. Bazı hükümetlerde kazai ehliyet yaş haddi 16 dan 17 ye yahut 18 e çıkarıl-

mıştır. Ekseri ahvalde kaza hakkı, suç işlemiş, terkedilmiş yahut himayeye muhtaç oldukları iddia olunan çocuklara maksurdu. Fakat bu mevzuda kanun sevketmiş olan hükümetlerin bir çoğunda iş bu kaza hakkı, çocukların suç işlemesine yahut himayeye muhtaç duruma düşmelerine sebeb olan murahiklere de teşmil olunmuştur. Bir kaç hükümet dahilinde bulunan ve umumiyetle aile meclisi şeklinde kurulmuş olan çocuk mahkemelerine vesayet işlerinide görmek yetkisi verilmiştir. Çocuk mahkemeleri büyük ölçüde idari vazifeleri bulunduğu kanaatındadırlar. Meselâ, analık tazminatına ve küçük yaştaki işçilere mahsus kanunda gösterilen yaş dununda bulunan çocuklara çalışmaya izin verilmesine, sakat çocuklara ait işlemlere, mecburi tahsil kanunlarına ve çocuğun bir aile nezdine yerleştirilmesine müteallik muameleler gibi...

3 — Çocuk mahkemelerinde siyaset :

Çocuk mahkemeleri siyasi hücumlardan masun kalamamıştır. Çocuk mahkemelerinin mahiyetinde parti siyaseti oyunlarını celbedecek bir şey bulunmadığı zannolunur. Bununla beraber yargıçlık görevi intihapla olan yerlerde, yargıçlar parti hileleri neticesi seçildikleri ve yargıçlar âmmeye ait mesailde kendilerine mahsus her hangi bir görüş sahibi bulundukları müddetçe mahalli politika müdahalelerinden tamamile sakınmak imkânsızdır. Danver de yargıç Lindsay, kendisinin (kuvvetli nüfuz) ve (görünmeyen emir) tabir ettiği hücumlara rağmen mevkiini 25 sene muhafaza etmiştir. Danver'deki ihtilât, büyük jüri, tahkikat komiteleri ve usuller mahkemesi önünde büyük hücumlar ve çok acı mücadeleler de dahil olmak üzere büyük seçim ihtilâflarına yol açtı. Keza 1911 ve 1912 yılları esnasında Cook eyaletinde de siyasi ihtilâflar zuhur etti. Eyalet otoritelerile mahkemenin, genç mücrimlerin ahlâklarını tecrübe yoluyla islâh müessesesi baş memuru arasındaki mücadele, başında Profesör Willard E. Hotchkisse bulunan ve hemşehrilerden mürekkep ve bitaraf ve raporunu 1912 tarihinde vermiş olan bir komite tahkikatını ve yüksek mahkemeninde, (genç mücrimlerin ahlâklarını tecrübe yoluyla islah müessesesi memurlarının eyalet valileri tarafından intihap edilceeğine dair hükümleri ihtiva eden kanunun, anayasadaki kuvvetlerin tefriki prensibinin ihlâlini tazammun etmiş olmasına binaen anayasaya muhalif olduğu ve bu memurların adli vazife görmeleri itibarile mahkemenin yardımcıları olduklarından bunların ancak halk oyu ile veyahut bizzat mahkeme tarafından seçilecekleri) yolunda bir karar verilmesini intaç etmiştir. Genç mücrimlerin ahlâklarını tecrübe yoluyla ıslah müessesesi memurlarının intihabına ilişkin beledi hizmet mefhumu hakkında umumi efkârda kaydedilen terakki ve çocuk mahkemesi yargıçlığı ile genç mücrimlerin ahlâklarını tecrübe yoluyla ıslah memurluğu karakterlerindeki gay-

ri siyasiliğin tedricen anlaşılması neticesi çocuk mahkemelerine karşı vaki siyasi hücumlarda azalma istidadı görülmüştür.

4 — Çocuk mahkemesinde kaydolunan en son terakki ve inkişaf :

Çocuk mahkemeleri hakkında yukarıdaki izahat, bu mahkemelerin hali hazır statüleri hakkında yanlış bir intiba verebilir. Zira dikkatimiz nüfusu kesif olan yerlerde iyi teşkilâtlandırılmış mahkemeler üzerinde tevakkuf etmiştir. Bir çocuk mahkemesi ihdasını tazammun eden ilk kanunun kabulünden itibaren bir çeyrek asırdan fazla zaman geçmiş olmasına rağmen memleketin büyük bir kısmında mücrim çocuklara uygulanabilecek metotlar henüz mevcut değildir. (Memnu bir fiil irtikap etmiş bir çocuk hükümete karşı suç işlemiş gibi aleyhinde takibat yapılması gereken bir mücrimdir, ve hükümet onu cezalandırmalıdır.) yolundaki eski nazariye bu gün bir çok mahkemeler tarafından uygulanmaktadır.

Birleşik devletler dahilindeki çocuk mahkemeleri statülerini anlamak ve vukua gelmiş olan terakki ve inkişafı gözden geçirmek maksadile Amerika iş dairesi çocuk bürosu namına Miss Evelina Belden tarafından 1918 yılında bir anket açıldı. Bu tetkikata esas olacak malûmat, çocuklara mahsus davalara bakmakta olupta kendilerine sual varakası gönderilmemiş olan 2391 mahkeme müstesna olmak üzere 2034 mahkemeden alınan cevaplarla temin olunmuştur. Bu tetkikat kesin olarak göstermiştir ki, maaşlı deneme memurluğu kadrolarile birlikte çocuk mahkemeleri umumiyetle ve bil fiil asla teessüs etmiş değildir. Eğer çocuklar için ayrı oturum yapılması, tecrübe yolula genç mücrimlerin ahlâklarını daimi ıslah memurluğu ve içtimaî malûmatın kaydı hususları alelâde asgari standartlar olarak kabul ediliyorsa nüfusu yüz bin veya daha fazla olan şehirlerin hususi bir şekilde teşkilâtlandırılmış çocuk mahkemesine sahip bulundukları anlaşılır.

Hususi şekilde organize edilmiş mahkemeler, nüfusları 25000-100,000 olan şehirlerde yüzde yetmiş beşine ve nüfusları 5000 - 25000 e kadar olan şehirlerde yüzde yirmi dokuzuna ve bucak ve köylerde yaşayanların yüzde onaltısına faideli olabilmişlerdir. Çocuklara mahsus davalara bakan mahkemelerin aşağı yukarı yüzde doksanı, 25000 den fazla nüfusu bulunmayan şehirlere malik eyaletlerde kaimdir. 2034 mahkemeden yalnız 321 i yani çocuk davalarına bakan mahkemelerden yüzde onaltısı yukarıda arzolunan asgari seviyeye çıkabilmişlerdir. 1918 senesinde birleşik devletlerde mahkemelere arzolunan 175,000 hâdiseden başka takriben 50,000 hâdise çocukları ilgilendirir mahiyette kabul edilmiyerek mezkür hâdiselere uygulanan hükümler bunlar hakkında tatbik olunmamıştır. Bir çocuk mahkemesi için lüzumlu olan bu küçücük standarlara

evvelce arzedilmiş bulunan insan faaliyetlerinin sosyal sahasını olduğu kadar fiziki ve aklî cephelerininde tetkikatını ilâve edecek olursak hususi şekilde teşkilatlandırılmış mahkemelerin adedi büyük ölçüde azalmış olacaktır. Nüfusu 5000 den fazla olmayan şehirlere malik eyaletlerdeki mahkemelerin yüzde biri aklî muayene yaptırmak imkânına maliktir. Nüfusu 5,000 - 25,000 e kadar olan şehirlere malik bulunan eyaletlerdeki mahkemelerin yüzde yedisi, nüfusu 25,000 den 100,000 e kadar olan şehirlere malik eyaletlerdeki mahkemelerin yüzde yetmiş yedisi bu kabil imkânları bulabilmektedir. Fakat birleşik Amerikada çocuklara ait davalara bakan bütün mahkemelerden bu imkânı bulabilenlerin adedi yüzde itibariyle yedi idi. Amerikeda yalnız 13 mahkeme kendisi ile birlikte ve mahkeme makanizmasının bir parçası gibi çalışan klinik teşkilâta maliktir. Daha küçük bir çok mahkemelerin çocuklar için ayrı oturum yapmadığı beyan edilmiştir. 18 hükümet dahilinde bulunan 27 mahkeme tarafından, cezaevlerinde küçüklerin büyük yaştaki hükümlülerden ayrı yerde tutulması hakkında hiç bir gayret sarfedilmediği bildirilmiştir. Bu tarihte bir hükümet müstesna birleşik devletler dahilindeki bütün hükümetlerde genç mücrimlerin ahlâklarını tecrübe yolu ile ıslah müessesesi kurulmasını tazammun eden kanunların mevcudiyetine rağmen çocuklara mahsus mesailde kaza yetkisini haiz mahkemelerin yarıdan azının (yüzde 45) nin genç mücrimlerin ahlâklarını tecrübe yolu ile ıslah seviyesine malik oldukları bilinmekte ve yalnız sekiz hükümet dahilinde her mahkeme için ıslah müessesesi memuru bulunmakta idi. Bucaklar ve köyler, şehirde yaşayanların çok gerisinde kalıyorlardı. Nüfusları 5,000 ile 25,000 arasındaki şehirlerdeki mahkemelerin yüzde 66 sı genç mücrimlerin ahlâklarını tecrübe yolu ile islah hizmetine malik iken tamamile taşrada bulunan mahkemelerin bir çoğunda sosyal kayıtlar kifayetsiz bir durumdadır. Bu inceleme sonunda tebellür etmiş olan vakıa, çocuk mahkemelerinin henüz teşekkül devresi içinde bulunduğunu göstermiş ve bu mahkemelerin gelecekteki inkişafları için ciddi ve lüzumlu ihtiyaçları belirtmiştir. Mezkûr vakıalar bilhassa şunu göstermiştir ki çocuk mahkemelerinin en fazla muhtaç olduğu şey mahkeme mekanizmasının ve fikrinin köy ve bucak mıntakalarına kadar teşmil edilmesidir. Mademki birleşik devletler nüfusunun yüzde 50 si bu mıntakalarda yaşamakta ve buralardaki çocuk nisbeti şehirlerinkinden fazladır o halde çocuk mahkemelerini buralardaki çocuklar için faideli bir hale koymamak ciddi bir mahzur teşkil eder.

Endişe verici bir çok vak'aların tezahürüne rağmen ilk çocuk mahkemesinin kuruluşundan beri mahkemenin terakki veya yayılması ile ilgili hareketlerin dikkati çekecek derecede fazlalaştığı bir hakikattır. Hattâ çocuk bürosu tarafından yapılan tetkikat sırasında 175,000 çocuk

hâdisesinden 125,000 kadarı bir dereceye kadar organize edilmiş mahkemeler tarafından görülmüştür. Mahkeme, bütün büyük şehirlere teşmil olunmuş ve bunun küçük kasabalara ve köylere kadar götürülmesi için adımlar atılmış ve bir çok plânlar hazırlanmıştır. 1918 tarihinde mahkemelerin yüzde 45 inin genç mücrimlerin ahlâklarını tecrübe yolu ile ıslah seviyesine malik olması zikre değer bir vakıadır. Bu vakıa çocuğun etüd edilmesine başlandığını gösteren ümit verici bir harekettir. Yine bu vakıa, miletin iş birliğinin büyük mikyasta sağlandığını ve metodlarda yeknesaklık vücude getirilmesi ve umumi prensiplerin sınırlandırılması işinin ilerlemekte olduğunu göstermekte ve 1918 tarihinde çocuk bürosu tarafından yapılmış olan anketten beri kaydedilmiş bulunan büyük terakkinin beliğ bir ifadesini teşkil etmektedir. 28 sene evvelisine ait kötü durum düşünülürse çocuk mahkemelerinin hali hazır statüsü hakkında kötümser olmakta haklı bir sebep bulunmadığı görülür.

Çocuk mahkemseinin, yüksek ideallerinin henüz tamamile tahakkuk etmemesine rağmen suçlu çocuklarla münasebetinde mahkemenin bu hususteki fenni araştırmalarının çeyrek asır içinde vücuda getirdiği netice azımsanmayacak kadar büyüktür. Temevvuç halinde bulunan muhalefete ve hattâ aksülâmellere rağmen çocuk mahkemeleri ideal ve metodları muvaffak olmuştur.

Mücrim çocukların muayyen bir suçu işlemek suretile kanunu ihlâl eden adi mücrimler gibi cezalandırılmalarından vaz geçilerek çocuk mahkemeleri kanunlarının bir çoğunda derpiş edildiği veçhile bu kabil çocukların âmme velâyetine tabi imişler gibi teşçi, muavenet ve himaye edilmeleri son çeyrek asır içinde yalnız prensiplerde kayda değer bir inkişaf olmayıp aynı zamanda bizzatihi medeniyette hasıl olan yükselişin bir ifadesidir. Hükümet intikam hisselerini izhar edeceği yerde muhti küçük vatandaşlardan mümkün görülenlerin ıslahını başlıca gaye olarak kabul ettiği zaman bu hal ceza hukuku sahasında cari batı ve sıkıcı seyr ve hareket noktasından ta uzakta çok aydınlık bir günün başlamak üzere olduğunu göstermiş bulunacaktır. Bu hareket, suçlunun fenni bir tetkike tabi tutulması lüzumundan daha hususi bir mâna taşımaktadır. Zira belkide bu, Ceza Kanunu tatbikatının bütün makanizmasında fenne muvazi ıslahat icrası için bir neşter vazifesini görecektir.

5— Çocuk mahkemeleri sistemi.

Çocuk mahkemelerinin ifade ettiği mâna :

Çocuk mahkemesi, isminden de anlaşılacağı veçhile hukuki yönden devletin adli sisteminin bir parçasıdır. Mahkemenin sosyal cephesi daha galip olmakla beraber o, devlet adalet makanizmasının bir branşı olarak

kaimdir. Halk hatta hukukçular bile çocuk mahkemesine melez bir müesesse ve bu mahkeme kanunlarına da, genel adalet sistemile irtibatı olmayan gayri mütecanis bir hukuk manzumesi nazarile bakmak temayülündedirler. Fiiliyatta çocuk mahkemesinin dar ve tazyikkâr adaletten ziyada içtimai adaletle sıkı ilgisi olmasına rağmen o hâlâ (şüuhesiz yeni bir statüye malik olarak) hükümetin adalet makanizmasile yakından irtibatı bulunan ve çocuğun serbest nezaret altına konması veya bir yere yerleştirilmesi gibi kanunun az çok istikrar peyda etmiş prensiplerini hakkaniyete uygun bir şekilde tatbik eden ve bir mahkemenin müdahalesi olmaksızın başka suretle hallin imkân olmayan hukuki mesail hakkında karar veren kanuni bir mahkemedir.

Ancak çocuk mahkemeleri ibaresile ne kastolunduğu keyfiyeti, halli müşkül bir meseledir. Zira terimin alelâde tarifi efradını cami ağyarını dafi bir şekilde tarifinden daha çok kolaydır. Bir (çocuk mahkemesi) nin çocuklara mahsus hâdiseler için ayrı bir mahkeme salonu, ayrı bir yargıç, ayrı bir oturum yahut müstakil bir kalem teşkilâtı mânasını tazammun eylediğini istidlâl etmek bir çok hükümetler bakımından hatalı olur. O, ne bir statüde bu suretle vasıflandırıldığından ne de ayrı bir mahkeme salonuna malik olduğundan dolayı bir çocuk mahkemesidir. Çocuklara mahsus davaların hepsinin veya bazısının yargılanması için iki hükümet hariç bütün hükümetler, kanunlarında hususi hükümler derpiş etmiş olmalarına rağmen bazı hükümetlerin statülerinde bu davalara bakan mahkeme oturumlarına (çocuk mahkemesi) itlak olunmamıştır.

Çocuk mahkemesi ne bir hak ve nasafet mahkemesi yahut Chancery'dir nede örf ve adet mahkemesidir. O, kanunla ihdas edilmiş bir mahkemedir. Bu sebeble hukuki tarifini, muhtelif hükümetlerin böyle bir mahkeme ihdasını tazammun eden kanunlarında bulmak mümkündür. Zira bir kanunla ihdas edilmiş olan mahkemelerle bunlara ait usul umumiyetle ve kaza hakkıda açık bir şekilde mezkûr kanunlarda tâyin ve tasrih olunmuştur. Umumiyetle, çocuk mahkemesi, terkedilmiş ve suç işlemiş çocuklar üzerinde ana babanınkine benzer mahiyette hususi bir nevi kaza hakkını haiz bir mahkemedir denilebilir. Eskiriya onun hakkında basit bir anlayış sahibi olanların düşündükleri gibi çocuk mahkemesi küçüklerle münasebette bulunan ve cemiyetin gençleri tarafından işlenmiş olan adi ve küçük suçlara bakan basit bir mahkeme değildir. O, daha ziyade muhti ve bedbaht çocukları himaye edecek olan bir ana baba hâkimiyeti ve bir Chancery mahkemesidir. Çocuk mahkemesi tabiri çocukları, tecrübe yoluyla islah müessesesinin nezareti altına koymak salâhiyeti ile mücehhez olarak onlara mahsus davaları görmek üzere ayrı oturum yapan ve Chancery yahut en az yarı Chancery mahiyetteki kaza yetkisini, müc-

rim, terkedilmiş ve bazı halerde himayeye muhtaç çocuklar üzerinde uygulayacak olan bir mahkemeyi tasvir edecek daha açık bir tabirin bulunamadığı ve en uygun bir tabir olacağı kanaatile umumi ve tasviri mahiyette bir tabir olmak üzere kullanılmıştır. Bunlar bir çocuk mahkemesinin en lüzumlu vasıflarındandır. Hattı zatında önemi haiz olupta mahkeme organizasyonu için okadar fazla zaruret arzetmeyen diğer vasıflar : Ayrı tutuklar evi, hususi sicil sistemi, ayrı mahkeme salonu ve akli ve bedeni müşahedat ve tetkikat için lüzumlu olan malzemelerden ibarettir. Mahaza cezai tipte ve iyi teşkilâtlandırılmış mahkemeler, mükerrer tadilât neticesinde yekdiğerinin o kadar çok benzeri usul ve metodlara malik olmuşlardır ki aradaki farkın mündemiç bulunduğu mahkeme usul ve metodlarından sonra bu yolda yapılanlardan ziyade ne yapılabileceğinin anlaşılabilmesi kalmıştır. Bu etüd dolayısiyle bir çok ahvalde bu farklar bizzarur nazara alınmayacaktır.

6 — Çocuk mahkemelerinin tasnifi :

Bizim alelâde çocuk mahkemesi olarak adlandırdığımız şey, ayrı yahut müstakil mahkemeler muhasses mahkemeler ve mensup oldukları mahkeme sistemine göre koordine edilmiş mahkemeler olmak üzere sınıflara ayrılabilir.

Bir kısım mahkemeler, ayrı mahkemelerdir. Diğer bir deyimle diğer mahkemelerden tamamile ayrı ve müstakildirler. Bir çok ahvalde bu mahkemeler eyaletlerde yahut şehirlerde hususi kanunlarla tesis olunmuştur (3). Çocuk Mahkemesi Kanununa tevfikan çalışmağa başladığı zaman umumiyetle çocuk mahkemesi tesmiye edilen bir çok mahkemeler (muhasses mahkemelerdir). Yani mevcut bazı mahkemeler çocuklara mahsus davalara bakmak üzere hususi oturumlar yaparlar yahut mahkeme, dairele-

(3) Bu mahkemelerin aşağıdaki şehir yahut eyaletlere mahsus olmak üzere teşkil olundukları ve bu şehirlerin mahkemenin merkez kazası bulunduğu malûmdur. Birmingham, Mobile, Montgomery, Alaks, Denver, Colo; Wilmington, Del.; Washington D. C.; Miami, Tampa, Orlando, Jacksonville, Fla.; Atlanta, Macon, Savannah, Ga.; İndianapolis, İnd.; New Orleans, Shreveport, La.; Baltimore, Cumberland, Hagerstown, Md.; Boston, Mass.; Jersey city, Newark, N. J., Buffalo, Newyork, N. Y.; Chat Yanooga, Knoxville, Memfhis, Nashville, Johnson city, Tenn.; Ogden, Salt lake city, Utah.; Şimali Karolina hükümeti nüfusu 10 bin kadar olan şehirlerde müstakil bir çocuk mahkemesinin teşkilini mecburi, nüfusu 5 binden 10 bine kadar olup eyalet mahkemesi bulunmayan ve Recorders court tesmiye olunan bir mahkemeye malik bulunan şehirlerde ihtiyari kılmaktadır. Buna nazaran şimdi 6 adet ayrı çocuk mahkemesi vardırki bunlar yüksek mahkeme sisteminden tamamile ayrı ve müstakildirler. 1922 tarihli Virginia Kanununa tevfikan yüz bin nüfuslu bir şehrin müstakil bir çocuk mahkemesi ile bir vesayet velâyet mahkemesine malik olması iktiza eder. Nüfusu 25 bin ile 100 bin arasında bulunan şehirler müstakil çocuk mahkemesine malik olabilirler, yahut hem polis mahkemesi ve hemde adi mahkemenin işlerini görmek üzere bir kimseyi yargıç seçebilirler.

rinden veya departmanlarından birini bu işe tahsis eder. Mezkür daire veya departman da vazife görecek bir veya bir kaç yargıç ya adı geçen mahkeme tarafından tensip olunur yahut çocuk davalarına bakmak üzere sureti mahsusada intihap edilir. Mamafih şu nokta iyice anlaşılmalıdır-ki bir çok hükümetlerde hususile çocuk mahkemelerinin diğer mahkemelerden tefriki işinin tamamlandığı ve yargıçların sureti mahsusada çocuklara ait davalara bakmak üzere seçildikleri yerlerde (muhasses mahkemeler) hukuken diğer mahkemelerin bir branşı olmalarına rağmen hakikat halde ve bütün maksat ve niyetlere uygun şekilde müstakil mahkemelerdir. Müstakil veya muhasses çocuk mahkemelerinden bazıları hem çocuklara ait aile münasebetleri işlerinde ve hemde bunları ilgilendiren davaları yargılama hususunda ayni derecede kaza hakkına maliktirler. Biz bu iki çeşit kaza yetkisinin, velâyet ve vesayet yahut aile mahkemesi tesmiye olunan bir mahkemede birleştirilmesine müteallik bütün faaliyet ve hareketlerden ve bu mahkemelerin kuruluşunda tabi tutuldukları muhtelif şekillerden ileride bahsedeceğiz.

Çocuk mahkemesinin müstakil yahut muhhasses veya koordine edilmiş mahkememi olması meselesi, muayyen bir hükümet dahilindeki mahalli şartlara, Anayasa hükümlerine, kaza dairesinin genişliğine ve o hükümet içindeki mahkemelerin tarihi tekâmülüne göre halledilmelidir. Alelâcele sarih ve kesin bir kaide konulamaz. Maksat umumiyetle ihtisasa olduğuna göre nüfusu kesif olan mahaller haricinde kalan yerlerde müstakil çocuk mahkemelerinin vücudu zaruri değildir. Eğer çocuk mahkemesinin hakiki gayesi sağlanmış ve lüzumlu olan hükümler kanuna ithal olunmuş ise büyük şehirlerde bir müstakil çocuk mahkemesine lüzum bulunmayabilir. Müstakil çocuk mahkemeleri küçük kasabalarla köy mıntakaları için pratik değildir. Zira buralarda iş hacmi ve masraf miktarı bütün vakitlerini çocuk mahkemesine tahsis edecek kimselerin istihdamını haklı kılacak durumda değildir. Ve bu sebepten dolayı mezkür mahaller mevcut ve müesses organlara bağlanmış çocuk mahkemelerine malik olabilirler. Aksi takdirde bu mahallerin böyle bir mahkemeye sahip olmaları imkânsızdır. Gerçekten bu gün bir çok hükümetlerde faaliyette bulunan ve çok muvaffak olmuş bulunan mahkemeler mevcut mahkemelerin ya alelâde bir dairesidir. Yahut aslen mevcut olupta çocuklara ait davalara bakmak üzere hususi oturum yapan mahkemedir.

7 — Kendilerine kaza hakkı verilmiş olan mahkemeler :

Muhasses mahkemelerin yahut diğer adli sistemlerin bir parçası halinde vazife gören mahkemelerin umumiyetle arzettikleri muhtelif tipler : Eyalet mahkemeleri, kaza mahkemeleri, üst mahkemeler, veraset mahkemeleri, Common Pleas mahkemeleri, gezici mahkemelerle belediye

mahkemelerinden ve genel kaza yetkisini haiz diğer mahkemelerden ibarettir. Bazı defalar ayni hükümet tarafından bir veya daha fazla sistemler kabul edilmiştir. Ayni şekilde isimlendirilen sistemlerin benzeri yetkiyi haiz olmaları icabetmez. Nede mahkeme tipleri her zaman vazife gördükleri mıntaka miktarına tekabül eder. Zira bir taraftan muayyen büyük şehirlerde birden fazla mahkeme çalışmakta diğer taraftan bir şehirde vazife gören muayyen mahkemeler, keza bu şehri çevreleyen köy ve bucak mıntakalarile bir veya daha fazla ufak kasabaları da ihtiva eden saha içinde vazife görmektedirler.

Mamafih, sistemlerdeki tipler, yargıçların tipleri, usul ve mahkeme personelinin mahiyetleri ve memurların durumuna ve yargılama metoduna haizi tesir olabilecek mesbuk hâdise tipleri hakkında umumi şekilde bir fikir verebilir. Meselâ Michigan da olduğu veçhile veraset mahkemesi, kaza mahkemelerile gezici mahkemelere benzemiyor, yalnız hukuk sahasında kaza salâhiyetine maliktir. Vazifesinin genel icabları, küçüklerin menfaatlerini gözetmektir. Bu sebeble mezkür mahkemenin çocuk mahkemesi sıfatile vazife görmesi en uygun olur. Diğer taraftan Massachusetts hükümetinde olduğu gibi bir kaza mahkemesinin, Nevyork hükümetinde olduğu gibi bir eyalet mahkemesinin merkezileştirilmesi sistemini kabul etmiş olan hükümetler, usullerini değiştirerek noksanları bütün mahzurlarıyle birlikte izale eylemişlerdir. Eski sulh mahkemeleri sisteminin cari olduğu Newhemshire gibi hükümetlerde çocuklara mahsus davaların muttarit ve muvaffakiyetli bir şekilde halledilmesi bilfiil imkânsızdır. Nevyork hükümeti tarafından bütün hükümete şâmil olmak üzere eyalet sistemi kabul edildiği ve çocuklara mahsus davaları görmekte olan mahkemelerin adetleri 75 ten aşağı düştüğü 1922 tarihinde bu hükümet dahilinde terkedilmiş ve mücrim çocuklar üzerinde kaza yetkisine sahip 4 binden fazla polis mahkemesi ve köy polis yargıçları (hepside cezai mesaile bakar) vardı. Sulh mahkemeleri sistemi hiçte tatmin edici bir sistem değildir. Zira polis mahkemeleri yargıçlarile sulh yargıçlarının yetiştirilme şekilleri kaide olarak bu yargıçları çocuklara mahsus davaları lâyıkı veçhile tedvir edecek tarzda teçhiz edememektedir. Bu yargıçlardan bir çoğunun kanun ile çocuklara mahsus davaların halline mütedair modern metodlar hakkında pek az fikirleri vardır. Bu yargıçlar ya çok sert veya çok yumuşaktırlar. Ve bir kaide olarak onlar genç mücrimleri tecrübe yoluyla islah usulünden bir şey anlamazlar ve bu müesseseyi destekleyemezler. Muhakkak hükümetlerin bir çoğu polis mahkemelerinin veya sulh yargıçlarının huzuruna götürülecek olan çocuklara mahsus hâdiselerin derhal bir çocuk mahkemesine yahut hiç olmazsa bir Court of Record mahkemesine devredilmesini istemektedirler.

8 — Yargı çevresi :

Bir yargı çevresi fikri, bilhassa genç mücrimleri ahlâklarını tecrübe yoluyla islah servesine, tutukluk sistemlerine, iştişare meclislerine ve âmmenin saadeti için çalışan teşekküllerin mesailerile iş birliği yapılmasına taallûk eden standardizasyonun tetkik ve tetebbüünde derin bir önemi haizdir.

Bir çocuk mahkemesinin coğrafi bakımdan kaza çevresi, bir eyalet bir ilce yahut bir şehir olabilir. Eyalet ünitesi sistemi en çok cari olan bir sistemdir. Bu sistem tahdıında sabit bir genç mücrimlerin ahâlklarını tecrübe yoluyle islah servisi, tutuklar evi, çocuklar için bir klinik, şehir bucak ve köylerde dahil olmak üzere tekmil eyalete mahsus plânın bir kısmı olarak sağlanmış ve inkişaf ettirilmiş olabilir. Kaza çevresinin idari ve mali çevrelerle birleştirilmesi mali bakımdan büyük bir fayda temin eder. Bundan başka, çocuk mahkemesinin iş birliği yapmak zaruretinde bulunduğu umumi ve hususi teşekküller programlarını eyalet esası üzerine bucak ve köylere kadar teşmil eylemek suretile tekâmül ettirmişlerdir. Birkaç eyaletten teşekkül eden ve satndardizasyona imkân verebilecek derecede büyük olan bir saha üzerinde kaza yetkisini haiz bulunan bir mahkeme yargı çevresi küçük olan yerlerde vazife gören bir veya bir kaç mahkemeden daha büyük bir avantaja maliktir. Yanlız bucak ve köy halkı üzerinde kaza hakkı mevcut olan mahkemeler pek bilinmemektedir. Yargı çevresinin yanlız şehre hasrı sistemini büyük mikyasta kullanan hükümet pek azdır. Eğer yargı çevresi şehir olarak alınmış ise şehir ve eyalet hudutları mütesaviyülimtidat olmadıkça şehrin dahil bulunduğu eyalet köy ve bucak mıntakaları aksamı mahkemeden faydalanamıyacaktır. Ancak bir kaç yerde bir şehir mahkemesi bir eyalet veya sancak mahkemesinin haiz bulunduğu yetkinin ayni yetkiye maliktir.

9 — Yargı yetkisinin şekil ve mahiyeti :

Genel olarak çocuk mahkemeleri tarafından çocuklar üzerinde uygulanmakta olan yargı yetkisi Chancery yahut hukuki mahiyette veya adalet ve nasafet kaidelerinden mülhem bir yetki olup cezai bir karakter taşımamaktadır. Ceza davalarile Chancery davaları arasındaki fark mühimdir. Çünkü, mahkemenin çocuğa karşı en hakiki ve en muvfık durumu büyük ölçüde bu hususun anlaşılmasına bağlıdır. Mükemmel ve tarafsız bir kanun addedilen Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda - Emirle yakalama derdest etmek, büyük jüri tarafından ittiham olunmak, muayyen suçlardan dolayı jüri vasıtasile yargılanmak, mücrimiyet veya ademi mücrimeyit iddiasında bulunmak, delillere müteallik kaidelerin dar ve sıkı bir şekilde tatbiki, cürme ilişkin siciller ve mahkümiyet ve cezalar — davanın ceza cepheleri hassaten tebarüz ettirilmiştir. Bir çok içtimai amiller lüzumsuz görüldüklerinden dolayı tetkikata esas tutulma-

mışlardır. Aksine olarak Chancery tatbikatına mevzu teşkil edecek olan bir çocuğun dahil bulunduğu bir davada yanlız çocuk tarafından işlenmiş olan muayyen bir fiile ehemmiyet verilmiş olmayıp çocuğun, mahkeme huzuruna sevkinin hakiki sebeblerini teşkil eden, mukim bulunduğu evdeki hayati önemi haiz içtimai vakıalara ve muhiti içtimaiyesindeki şartlarla akli ve bedeni teşekkülâtına da ehemmiye tatfolunmuştur. Maksat, bir çocuğun muayyen bir suçun faili olup olmadığına karar vermek olmayıp çocuğun, âmme velâyetini icabettirecek şartlar içinde bulunup bulunmadığını tesbit etmek ve mahkemenin kendisile normal ve makul bir şekilde münasebette bulunabilecek bir durumda olup olmadığını anlamaktır. İddia olunan suçun doğrudan doğruya işlenmesi keyfiyeti diğer bir çok içtimai faktörlerden biri olarak mütalâa olunmuştur. Çocuk mahkemesi bunu yapabilmek için içtimai âmilleri gözden geçirmek yetkisine sahip olmalı, bütün hakikatı gözüle görüp, kulağile işitmeli, cezalandırmak için ceza tertibi yerine içtimai tedavi usulünü ikame etmelidir.

Ceza muhakemeleri usulü ile Chancery usulünün halihazır vüs'at ve şümul derecesi statülerinde yazılı hükümleri değil ancak muhtelif mahkemelerde bilfiil istimal edilmekte olan usulün tetkik ve mütalâasile tespit olunabilir. Kendilerine hak ve nasafet kaidelerine teb'an icrayı kaza salâhiyeti verilmemiş olan mahkemelerden bir çoğu Buffalo, New Orleans, Colombia merkez kazası hak ve nesafet usulünün lüzumlu özünü almışlardır. Ezcümle, çocuğun karakterine ve ahvali umumiyesine göre gayri resmi şekilde soruşturma ve araştırma, ayrı yargılama ve ayrı dosya ve sicil bunlar arasındadır. Uygulamada onlar usul bakımından tamamile hak ve nesafet yargı yetkisi ile mütehalli olarak çalışan çocuk mahkemelerininkinden kabili tefrik değillerdir.

Diğer taraftan çocuk mahkemelerini hak nesafeti kaza yetkisine tabi olarak vazife gördükleri ve davalarla güdülen gaye çocuğun tecziyesi olmayıp himayesi bulunan bir kaç hükümette Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun bir çok izlerini ve vasıflarını bulmak mümkündür. Ezcümle, jüri vasıtasile yargılanma hakkı, suç tarifinin Ceza Kanunundaki tarifin ayni olması, ceza mahkemelerine mahsus olduklarında şüphe edilmeyen bazı cezai metodların kullanılması bunlar arasındadır. Bundan başka bazı iyi çocuk mahkemeleri kanunları, ruhu itibarile bazı yargıçlar tarafından ihmal olunmaktadır.

10 — Çocuk mahkemesinin diğer mahkemelerle olan münasebeti :

Adli bir sistem dahilinde diğer mahkemelerle yani hem hukuk ve hemde ceza mahkemelerile münasebetinde çocuk mahkemesinin orijinal

yargı yetkisi inhisarı veya müşterek olabilir. Bazı hâdiselerde inhisari bazılarında müşterek olabilir. Bazı mürahiklere taallûk eden bir kısım mesailde müşterek kaza yetkisi şayanı tavsiye iken çocuklara ve bazı ahvalde mürahiklere ait meselelerde ekseriya ihtilâf ve kararsızlık meydana gelmekte ve hukuki ihtilâflara yol açmaktadır.

Çocuk mahkemesinin ceza mahkemelerile münasebeti, suçun mahiyetinde ve kazai ehliyet yaşı meselesinden tevellüt etmektedir.

Mücrim çocukla muamelede, bilhassa çocuk ölüm cezasını veya müebbeden hürriyeti bağlayıcı bir cezayı icabettiren cinayet veyahut başka bir suçla itham edildiği zaman umumiyetle başka bir tedbir kabul olunmuştur. Bazı hükümetlerde kanun, çocuk mahkemelerinin yargı yetkilerini bilhassa cinayet davalarında nez etmektedir. Bir kısım hükümetlerde de çocuğun doğru bir hayata sevki yahut tamamile islâhı hal eylemesi mümkün olmadığı kanaatında bulunursa davayı ceza mahkemesine tevdi eyler. Hükümetlerin bir çoğunda suç hâdiselerinin bir kısmında yahut hepsinde kaza hakkından vaz geçmek çocuk mahkemesi yargıcının takdirine terk olunmuştur. Bazı yerlerde mücrim bir çocuk sorgu yargıcının tensibile çocuk mahkemesine veya ceza mahkemelerinden birine sevkolunabilir. Diğer bazı yerlerde takdir keyfiyeti, çocuğun bizzat kendisine veya muvafakati ile yargıca bırakılmıştır. Meselâ : Visconsil, 16 ile 17 yaş arasındaki erkek çocuğu ve 16 ile 18 yaş arasındaki bir kız çocuğu çocuk mahkemesine veyahut bu kabil davalara bakmaya yetkili ceza mahkemesine sevk hususundaki takdir salâhiyetini sorgu yargıcına vermiştir. Tenessi ve texasta takdir hakkı çocuğa bırakılmıştır. Zira bu iki hükümetin kanunlarında; kanun veya tüzük hükümlerini ihlâl etmekle suçlandırılan bir çocuğa çocuk mahkemesi tarafından sorguya çekilmekten feragat ederek adi ceza mahkemesinde yargılanma hakkı veren hükümler derpiş edilmiştir. Nevada hükümetinde çocuk davalarına ait yaş haddi 18 dir. Fakat işlenmiş olan memnu fiil vahim bir suç teşkil etmiyorsa sanığın muvafakatile yargıç için, çocuk mahkemeleri usulünü, 18 ile 20 yaş arasındaki bir şahsa da teşmil imkânı vardır.

Bir çok hükümetlerde kanun; suçun vahameti bakımından çocuk mahkemesinin kaza yetkisini takyit etmez. Bu hükümetlerde çocuk mahkemesi, hâdiseyi istima üzerine veya bundan sora suç işlemiş olan şahsın çocuk mahkemesi kanununa tabi tutulmaya elverişli bulunmadığına umumiyetle karar verebilir ve bu suretle o şahıs üzerindeki kaza hakkından feragat ederek hakkında umumi hükümler dairesinde kovuşturma yapılması için onu adi mahkemelere sevkedebilir. Diğer hükümetlerde bu takdire müstenit salâhiyet ancak muayyen bir yaş üstünde olup cinayet derecesinde memnu bir fiil işleyen çocuklar hakkında uygulanabildiği

halde bu hükümetlerde mutlak şekilde her hangi mücrim bir çocuk hakkında uygulanabilir. Diğer taraftan çocuk mahkemeleri kanunlarının bir çoğu açık bir şekilde, diğer mahkemelerin huzuruna gelen çocuklara ait bütün davaları çocuk mahkemelerine devretmeye mecbur oldukalrı yahut çocuk mahkemelerile müşterek kaza hakkını haiz bulundukları bazı veya bütün davalarda bu şekilde hareket etmekte muhtar bulundukları hakkında hükümler derpiş etmişlerdir. Bir çocuk üzerine çocuk mahkemesinin kaza hakkı faraziyesi, kaza hakkına müteallik mesailde bir çok ihtilâflara meydan vermektedir. Zira böyle bir mahkeme ihdas eden kanun, diğer bir mahkemenin yargı yetkisini bu sebeble ne dereceye kadar tahdit etmiş olduğunu açık bir şekilde daima göstermez. Kaza salâhiyeti meselesi hakkındaki mahkeme kararları muttarit ve müttehit olmaktan çok uzatır.

Çocuk mahkemeleri kanunundaki hükümler, çocukları ilgilendiren hâdiselerin bazıları veya hepsi hakkında ceza mahkemelerinin yargı yetkisini umumiyetle nehiy edici mahiyette tedvin olunmuşlardır. Sarih hükümlerin fıkdanı halinde kararlar ihtilâfa meydan verici mahiyettedir. Cezai yönden ileri sürülen görüş; çocuğu alâkadar eden bir hâdisede çocuk mahkemesi tarafından teeziyeyi tazammun eden bir hükmün verilemeyeceği ve bu sebeble muayyen suçlar için takibat icrasının ceza mahkemesine ait olduğu esasına istinat etmektedir.

Yargı yetkisinin ceza mahkemesine devri için bir vasıta olacak ve çocuk mahkemesi tarafından icra edilecek bir ilk tahkikata lüzum olup olmadığı hakkındaki kararlar muhteliftir. Eğer hüküm varsa böyle bir ilk tahkikata lüzum vardır. Çocuğun cinai bir fiilin mürtekibi yahut alelâde memnu bir fiilin faili olup olmadığına veya işlediği fiilin doğru olmadığını müdrik bulunup bulunmadığına karar verebilmek için ilk tahkikata lüzum ve zaruret görülmüştür. Fakat bunun kazai yetkiye müteallik bir zaruret olmadığı fikrinde bulunan mahkemeler, umumiyet itibarile kanundaki maksadın; çocuklar tarafından işlenen muayyen suçlar hakkında ceza mahkemesinin kaza salâhiyetini kolaylaştırmaktan ibaret olduğu, yahut mahkemenin hiç olmazsa suçlunun yaşı bahis mevzuu edilmediği zaman davayı çocuk mahkemesine göndermek zaruretinde olmadığı noktai nazarını kabul etmektedirler.

Çocuğun ıslah olmak zamanının geçtiğine kail olan yargıcın çocuk suçlarına ilişkin davaları ceza mahkemesine göndermek hakkının geçerliğine Alabama da bir hâdise dolayısile karar verilmiştir. Kanunun, çocuk mahkemelerine çocuk mahkemeleri kanununun uygulanmasını tavik yetkisini vermediği, ancak küçük suçlunun kabili ıslah olup olmadığı meselesi hakkında adli bir tahkikat icrasını derpiş ettiği merkezinde bulun-

duğu kabul edilmiştir. Suçluluğu tâyin için çocuğun yaşı hakkında karar itası yetkisinin mahkemeye verilmesine müteallik usulü, salâhiyetli bir merci sıfatile kanun vazıının kabul etmesi yerinde bir muamele olur.

Kaza salâhiyetinden feragat ve davaları adi ceza mahkemesine tevdi eden ister çocuk mahkemesi veya sorgu yargıcı veya savcı olsun, yahut çocuk bizzat böyle bir feragat talebinde bulunsun nadiren tatbik edilmekle beraber prensip itibarile doğru değildir. Bazen çocuk mahkemesine sevkedilmiş olan kız ve erkek gençlerin fikren ve bedenin mütekamil bulundukları görülmektedir. Bunlara çocuk mahkemelerine ait usuller dairesinde muamelede bulunmak gayri makul ve imkânsız bir şey olur. Bunun için muayyen hâdiselerde bunların adiyen yargılanmalarına imkân verilmesi görüşünü kabül için haklı sebepler vardır. Mahaza bazı mahkemelere verilmiş olan geniş takdir salâhiyeti çok itinalı bir şekilde uygulanmadıkça ve çocuğa, çocuk mahkemesinde takibata maruz kalmaktan feragat hakkı tanınmak suretile kanunun başlıca gayesini bertaraf etmek imkânı oldukça bu salâhiyet çok kolay bir şekilde süiistimal edilebilir. Çünkü hâdiseyi baştan aşağı tetkik ve onun muhtevası olan unsurları gözden geçirmek yetkisine ancak çocuklarla münesabettar olan mahkeme sahiptir. Bu şekilde tatbikata devam edilecek olursa çocuğun yaşına ve işlediği suçun mahiyetine göre bu takdir hakkı itinalı bir şekilde takyit edilmelidir.

Yargı yetkisine mütedair ihtilâfların bir cephesini kazai ehliyet yaşı meselesi teşkil eder. Çocuğun adi ceza mahkemesinde yargılanırken yaş meselesini ileri sürmekte muvaffakiyetsizlik göstermiş olması keyfiyetinin mahkûm edilmesine mâni olamayacağı umumiyetle kabul edilmiştir. Mücrim bir çocuğun adi ceza mahkemesinde yargılandığı sırada yaş meselesini öne sürmekte muvaffakiyetsizlik göstermesi, bu mahkemenin salâhiyetine itiraz hakkından vazgeçmiş addolunamayacağı gibi mahkemeninde yaş hâdisei maddiyesini ihmal etmesini gerektirmez. Bununla beraber eğer sanık çocuk muayyen yaşın dununda olduğuna dair beyanname vermeğe ve bu suretle çocuk mahkemesi kanununa tabi tutulmağa yahut adi ceza mahkemesinde veya çocuk mahkemelerinde yargılanabilmesine dair hakkı hıyarını kullanmağa kanunen mecbur tutulursa böyle bir hâdisede yaş meselesini ileri sürmekte göstereceği muvaffakiyetsizlik tertip olunacak cezanın meşrutiyetine ve muteberiyetine tesir icra etmez. Zira çocuk, bir çocuk olarak takibata tabi tutulmak hakkı kanunisinden vaz geçmiş olduğundan bilhare çocukluk keyfiyetinin ispatına mütedair tanzim edilmiş karar üzerine tecziyeye müteallik hüküm iptal olunamaz. Sanığın çocuk mahkemesine gönderilmesi hususunu kabul-

den imtina ederek mahkemede yargılanmasını desteklemek suretile yaş hakkındaki ihtilâf hallolunmuştur.

Ekseriya vukua gelen diğer bir meselede kazai ehliyet yaşının, suçun işlendiği tarihtemi yoksa suçlunun tevkif ve suçla resmen ittiham olunduğu yahut yargılandığı zamanmı nazara alınacağı keyfiyetidir. Bir çok hâdiselerde kaza salâhiyetinin tâyininde suçun işlendiği tarihteki yaşa itibar olunacağına karar verilmiştir. Texas ta bir mahkeme, suçu işlediği zaman muayyen yaş dununda olupta yargılandığı tarihte bu haddi geçmiş olan bir çocuğu mahkûm etmiştir. Diğer bir hâdisede de ceza mahkemesi çocuğun muayyen yaşı geçmesini beklemiş ve bundan sonra onu yargılayarak mahkûm etmiştir. Bunlar, ifrata varılmış hâdiseler olup tasvip edilmemektedir.

Çocuk mahkemelerinin salâhiyet yönünden ihtilâfa düştükleri mahkemeler yanlız adi ceza mahkemeleri değildir, kazai ihtilâf, çok defa hukuk davalarında ve bilhassa boşanma davalarında zuhur etmektedir. Bu ahval sebebile Ohio mahkemesi, çocuk mahkemesinin kaza salâhiyetinin boşanma mahkemelerininki ile müşterek olduğuna ve bu salâhiyeti ilk defa iktisap etmiş olan mahkemenin kullanabileceğine karar vermiştir. Böylece çocuk mahkemesinin, himayeye muhtaçlık metrukiyet ve suçluluk hâdiseleri dolayısile verdiği hükmün çocuğun himaye ve muhafazasına dair boşanma mahkemesi tarafından verilecek hükme müessir olmayacağı kabul edilmiştir. Mamafih boşanma davası açılmış olmasına rağmen davanın tarafları, çocuğun kimin velâyetine verileceğinde ihtilâfa düşerlerse bu takdirde çocuk mahkemesinin kaza salâhiyetini o çocuk üzerinde kullanabileceği kabul edilmiştir. Buna sebep : Mahkemenin çocuğu kontrol altına alabileceği şartlar ve bu kontrolü uygulayabileceği haller bakımından çocuk mahkemesindeki dava boşanma mahkemesindekinden tamamile farklı olmasıdır.

Çocuk mahkemesinin diğer mahkemelerle münasebatına müteallik bu hukuki meselelerdeki karışıklık ve muğlakiyet, geniş ölçüde bir ıslah ve tavzih ihtiyacını şiddetle his ettirmektedir. Bunlar evvelâ alelâde ceza mesailine yeni bir tekniği sokmağa hizmet eden ve çocukları birer cani gibi yargılayamamak durumuna düşen hükümetin menfaatlerile ilgisi olmayan statülerdeki iphamların izalesi lüzumunu irae etmektedirler. Saniyen, bunlar, soruşturma, kovuşturma ve davanın başka mahkemeye devri gibi olaylarda çocuk mahkemesile diğer mahkemeler arasındaki iş birliği ihtiyacını göstermektedir. Zira sistemin kül halinde ve tam bir

muvaffakiyetle ve iyi bir şekilde çalışabilmesi için buna kati bir ihtiyaç vardır. Son olarakta bunlar, çocukları ilgilendiren olaylarda çocuk mahkemesinin inhisari ve orijinal ve tam kaza salâhiyetini haiz olmasını ve her bir olayada ne gibi bir tedbire lüzum varsa buna karar verme salâhiyetile mücehhez bulunmasının ve eğer çocuk başka bir mahkemede yargılanacaksa buna müsaade hususundaki takdir hakkının çocuk mahkemesine ait olmasının arzu edildiğini göstermektedir.

TASARLAMA (TAAMMÜT)

Yazan : **Necmettin CÜCER**
Hatay Yargıç Adayı

Ceza Kanunumuzun 450 nci maddesinin 4 numaralı bendinde mevzubahis edilen tasarlama ne kanunumuzda ve nede Ceza Kanunumuzun mehazı olan İtalyan Ceza Kanununda tarif edilmemiştir. Tasarlama mefhumunun tarihi devirlerde geçirdiği safhaları bir makalesine mevzu yapan Dr. Carmela Mollico (1) diyor ki : (Eski devirlerde gerek doktrinde gerekse teşrii formülâsyonlarda taammüt hiç bir ehemmiyeti haiz olmadı veyahut az ehemmiyetli oldu. Çünkü mefhumun mevcudiyeti hissedilmiş olsa bile daha umumi ve kaba olan pusu ve tuzak mefhumlarına karıştırıldı. Mısırda isyan ve ihanet suçlarının cezayı ağırlaştırıcı sebepler olduğu kabul edilmekle beraber yalnız Musanın kanunlarında adam öldürme fiili gayenin tetkik ve takdiri için muhtelif derecelere ayrılıyor ve kitabı Hurucun bazı kelimeleri nasıl tefsir edilirse edilsin teammüt mefhumu cezalarda herhangi bir fark doğurmamakla beraber bu kanunlarda ortaya çıkıyor. Manu kanununda teammüden yapılmayan adam öldürme cürmü nefiy ve malların müsaderesiyle cezalandırılıyor. Teammüden yapılan katil ise ölüm cezası ile tecziye ediliyor. Brahmalı olanlar nefiy cezasına çarptırılırki teammüd halinde bütün ailesi efradına ceza teşmil edilir.

Yunanistanın tarihi devirleri içinde cezalar arasında fark gözetme kriteryumunun inkişaf edeceği yerde kaybolması netice itibarile iki katil şekli arasındaki farkı felsefi spekülâsyonların hudutları dışına götürmedi. Romada meşhur 12 levha kanununda teammüt hakkında hükümlere tesadüf etmiyoruz. Yalnız kan cinayetlerinin (**Eximpulsione** ile **Exratiocinatione**) olarak tefriki çiçeron tarafından yapılıyor. Daha sonraları Marcianus ile Paulus'un meşhur (**Delinquitun... aut propsito, autimpetuaut casu**) yani (ya evvelinden düşünüp kararlaştırarak veya hiddet veya tehevvürle veyahudda tesadüfi olarak cinayet işlenir) tefriki görülüyor. Romda (**Honicidium impetu**) hiddet ve tehevvürle yapılan katil ile (**Homicidium dopperpetratum**) (evvelinden tasarlanarak ve hazırlanarak yapılan katil) arasındaki tam ve kati tefrik daha sonraları yapıldı.

İlk devirlerin teammüd mefhumu üzerindeki bu inkişafları orta çağ-

(1) Etüdün hazırlanmasında istifade edilen eserler : 1 — İtalyan hukukunda ve mukayeseli hukukta taammüd. Dr. Carmela Mollico Ad. Cer. 1941, s. 2-3.

larda ehemmiyetini kaybediyor ve devam edemiyor. Roma hukuku üzerinde bariz bir üstünlük gösteren Cermen mefhumu ve müesseseleri arasında adi katil ile teammüden yapılan katil arasında bir fark görmüyoruz. Fakat bu uzun müddet devam etmiyecektir. Haçlılar devrinde (**Assasinium**), tesmiye edilen birini tavzif ederek ve zehirleme pusuda bekleme (**İnnoxiipronoxio**) yollariyle adam öldürme halleri cezayı ağırlaştırıcı sebepler telâkki edilir ve en nihayet de teammüden yapılan katil haline tesadüf ediyoruz. Bu tarihlerde İtalyada dahili mücadeleler ve rekabetler yüzünden cezai mevzuatta bir tedenni tesbit edilecektir.

Bunun neticesi olarak ceza mevzuatı ameli bir istikamet alıyorki ceza hukuku ile uğraşanlara tatbikatçılar deniliyor. Mamafih 1546 da ölen Egidio Bassi 1575 de ölen Giuli Claro ve 1618 de ölen Prosperi Parincio da teammüd mefhumuna tesadüf ediliyor; Bassio ağır katili tarif ederken diyor ki (katilin ruhunda evvelinden kararlaştırılmış olup halk tarafından soğuk kanlıklıkla tesmiye edilen katil fiili diyor. Giulio Claro teammüdü şu suretle belirtiyor. (Bir kimsenin başkasını evvelinden düşünüp kararlaştırarak ve aradan zaman geçmiş olduğu halde öldürmesi haline niyet ve kararla yapılmış katil fiili denir. Faranacio'nun tarifi daha çok dikkate değer bir mahiyet arzediyor (katilin kavgadan evvel kararlaştırarak adam öldürmesine (**Assasinium**) şeklile öldürmesine teammüden adam öldürme denir ve müellif teammüdün üç şekilde tezahür ettiğini söylüyor. Şöyleki : Hiyanet tuzak ve birini tavzif gibi üç objektif unsura tesadüf olunuyor. İleride bu tarife tekrar temas edeceğimizden şimdilik teammüd mefhumunun tarih içindeki inkişafını tetkike devam edeceğiz. 1532 **Constituio criminalis Carolina** tarafından 137 nci maddesinde derpiş edilen evvelinden kararlaştırılmış katil basit katilden tefrik ederek birincisine tekerlek (döner dolap) işkencesi tatbik edildiği halde ikincisine sadece baş kesilmesi suretiyle idam cezası veriliyordu. Bugünkü Ceza Kanunumuzun mehazı olan eski İtalyan Ceza Kanununun tanzimine tekaddüm eden devirlerde taammüt (Sardunya Ceza Kanunu taammüdden başka hiyanet ve pusu kurmadan bahsediyor ve hattâ daha ileri giderek mezkûr kanun bir kimsenin başka bir kimseyi öldürmeyi evvelâ niyet etmesini o kimse muayyen olsun olmasın ve bu niyet bazı esbab ve şarta muallak bulunsun bulunmasın taammüt suretiyle tarif ediyordu. Toscana Kanunu taammüdü tarif etmemekle beraber en ağır cezayı terettüp ettiriyor ve ağırlaştırıcı sebebin her zaman sabit ve müsavi neticeler vermemesi dolayısile mütefavit bir sistem tatbik ediyordu. Toscana Kanunun

2 — R. Garruad Traite 1924.
3 — Ferri Traite de droit penal.
4 — Majno Traite de droit penal.

açtığı bu çığırı ceza hukukunda taammüt mefhumunun tekâmülü noktai nazarından bir merhale olarak addediyoruz.

Eski İtalyan Ceza Kanunun tanzimi sırasında cereyan eden münakaşaları nakletmeyeceğiz. Yalnız şurasını işaret edelim ki bilhassa çarpışan iki fikir gurubu taammüd mefhumunun kanun metni içinde tarifinin yapılıp yapılmamasında ittifak ediliyordu. 1870 tarihli lâyıha taammüdü failin katil fiilini ika etmezden evvel fiili niyet ve sureti icrasının soğukkanlılıkla tefekküre derek kararlaştırılması halinde gösteriyordu. Fakat bu lâyıhayı tetkik etmiş olan komisyon soğukkanlılığın tabiatı beşere tevafuk etmemekle beraber ispatı da gayet müşkül olduğundan bahisle bu noktayı ret etmiştir. Mezkûr komisyonca taammüdün en büyük sebebini tefekkürde aramak icabeder. Zira bu suretle niyet edilmiş olan şeyin ne suretle icra edileceği düşünülür ve takibatın kurtulmak esbabı da temin olunur).

1887 tarihli (Zanardelli) lâyıhasında da Sardunya Kanunundaki tarif bir çok esbabdan dolayı tenkid edilmiştir. Filhakika Majno diyorki (Teammüdün en aşırı esasiyesi hakkında müelliflerle mahkeme beyninde husule gelen ihtilâfı efkâr tatbikatta tarifin lüzumsuzluğunu gösteriyordu. 1887 tarihli Zanardelli lâyıhasını da tetkik etmiş olan nezaret komisyonunda tarifin terkini (taammüdün tarifinin şimdiye kadar hâkimlerin zihinlerini teşevvüşe medar olduğunu halbuki hâkimin vicdanını teşevvüş edecek tarif vaz etmektense bu ciheti adaletin son haddi olan hâkimin aklı selimine bırakmak daha münasip olacağı mütalâasiyle) tasvip etmiştir.

Bu suretle eski İtalyan Ceza Kanununda taammüdün tarifi yazılamamış oluyordu.

R. Garraud da yabancı teşrii formülâsyonlarda umumiyetle iki sistem takip edildiğini büyük ekseriyette taammüdün tarif edilememiş olduğunu diğer Fransa ve Portekiz gibi memleketlerin kanunlarında zarurî unsurlardan mürekkep tariflerin bulunduğunu kaydediyor.

Diğer memleketlerdeki vaziyetlere gelince işaret edildiği gibi Fransız Ceza Kanunu taammüdü pusu kurmaktan ayırarak ayrı ayrı tarif etmiştir. Majino (İtaylan Kanununun hiyanet ve pusu kurmak gibi ahvali esbabı vasfiyeden addetmediği halde taammüdü esbabı vasfiyeden addettiğini: hiyanet ve pusu eşkalinin tabii sebebi şudur ki her iki şekil ekser ahvale envai taammüdden madut olsa dahi mahiyetleri itibariyle hususi bir vasfı haiz olmıyacaklarını zikrediyor. Fransa Ceza Kanununun 297 nci maddesinde «taammüt fiilin ikaından evvel bir kimsenin veya tesadüf edilecek bir yerde bulunacak şahısın hayatına son vermek için düşünül-

müş bir plândır ki bu herhangi bir hal ve şarta da bağlı olabilir ayni kanunun 298 inci maddesi ise (Pusu kurmak, bir şahsın bir veya muhtelif mahallerde diğer bir kimseyi ister öldürmek ister haksız bir fiil icra etmek maksadı ile az çok bir zaman beklemesi halidir) R. Garraud bu tarifin iki noktadan tenkid edileceğini söylüyor.

1 inci noktai nazardan pusu kurmak taammütle karışıktır ve bu dış bakımdan taammüdün karakterize edilmiş bir nevinden başka bir şey değildir.

2 nci bazan pusu kurmak bir düşünmenin bir azmin mahsulü olmayabilirki Fransız Ceza Kanununda bu mânada alınmıştır. Çünkü cinayet bir hiddet galeyanı anında birden düşünülür ve icra edilebilir. Bu takdirde fail mağdurun yolunu gözetlemiş de olabilir.

Alman Ceza Kanununun bilhassa Cermen doktirinin ideolojik temayüllerine uygun olarak harici ideolijik mefhum yerine daha esaslı ve derin bir tahmin ve takdir kaydı mezkûr kanun «bir kimseyi kasten öldüren, cinayeti taammüt ile yapmış ise taammüden katil cezasiyle cezalandırılır» demektedir.

Taammüdün İngiliz legislasyonunda derpiş edilip edilmediğini mütalâa eden Dr. Carmela Mollica meselenin ihtilâflı olduğunu kaydederek diyor ki onlardaki «mailce afarethough» tabiri «düşünülmüş veya tasmim edilmiş fenalık» manasına tekabül eder gibidir. Fakat Blac-Kstone bu «praecogitata malicia» da suçun pasif süjesine karşı beslenen bir kinden ziyade, fenalık yapmağa umumi bir temayül, gaddarlığa istidat görülmek icabettiğini söylüyor. Avrupa memleketleri legislasyonlarındaki mânada taammüt İngiliz kanununda mevcut değildir. Fakat bilâkis İngiliz müstemlekeleri kanunlarında vazıh bir surette kabul edilmiş bulunmaktadır.

Ceza Kanunumuzun hazırlanmasına tekaddüm eden devrelerde taamüt mefhumunun gerek teşrii formülasyonlarda ve gerekse doktrinde geçirmiş olduğu safhaları böylece hülâsa ettikten sonra birde müspet mekteplerin ceza sistemleri üzerinde yaptığı tesirlerin bariz neticelerini taşıyan yeni İtalyan Ceza Kanununda temas etmek faydadan hali olmıyacaktır. 1921 Ferri projesi cinayet sebeplerinin başlı başına ruhi davranışlar gibi telâkki edilmesini tenkid ederek cinayetin iyice hesap edilerek hazırlanması, zaman, mekân vasıtalar, tuzak ve hile ile tatbik v.s. gibi objektif ve binaenaleyh tayin ve tespit edilebilecek bir mahiyette olan unsurların nazarı itibara alınmasını istiyordu. «1927 - 1930 Rocco projelerinin hazırlandığı sıralarda teceddüd taraftarları ile anane taraftarları arasında bir ihtilaf peyda oldu ve bu sonuncuların bazıları bu tarifin bile yapılmasını lüzumlu gördüler.

Maamafih hâdiselerde hâkimin takdir salâhiyetlerinin çoğaltılmasına dair olan umumi temayül henüz doktrinde bile ittifakla tarifi yapılmamış bir mefhumu sıkı bir prensip çerçevesi içinde hapsederek juris pürüdansı müterediddit ve kararsızlık içinde bırakmanın doğru olmıyacağı kabul edildi. «1 Temmuz 1931 tarihinde mer'iyete giren Racco Kanununda taammüt hile ve kastın fazla bir derecesi olarak kabul edilmiştir. (Quid pluris) yani katilde ağırlaştırıcı sebep müessesenin karakterize eden ve cezanın arttırılmasını neticelendiren bir unsur olduğundan, diğer suçlarda, hakimin tam ve geniş salâhiyeti dolayısiyle her suç için tâyin edilmiş olan cezanın azami haddine varmak için göz önünde tutulması lâzımdır. Binaenaleyh mer'i kanunda taammüdü yalnız katil halinde hususi bir ağırlatıcı sebep telâkki etmekle beraber mefhumun bir nevi suç kategorilerine teşmilini mümkün kılıyor.

İlk nazarda biraz garip görünen bu netice ceza adaletin merkezi sikletini cinayet unsurundan olup cani üzerinde temerküz ettiren ve bu suretle daima canini ruhi davranışları nazara alan pozitif bir ceza sisteminin tabii neticesi sayılmak lâzım gelir.

Meri İtalyan Ceza Kanununun taammüt hakkında mücerret bir mefhum kabul etmekle beraber krala verilen raporu inceliyen Dr. Carmela Mollico şu şartların mevcut olduğunu yazıyor :

(a) bir karar (b) kararla icra arasında bir zaman geçmiş olması (d) bu müddet zarfında niyet üzerinde hiç inkıtaa uğramadan devam eden bir teemmül.

İşte yeni İtalyan Ceza Kanununun - metin içerisine sokulmamakla beraber - taammüt hususunda aradığı şartlar. Doktorinde müelliflerce kabul edilen kritaryumlara göre başka başka tarifler yapıldığı görülüyorsada jürüdans kanununun meriyete girmesinden sonra dikkate lâyık kati bir ittirat ve irtibat arzetmektedir. «İtalyan Temyiz mahkemesi vasıtaların hazırlanmasına ehemmiyet veriyor, taammüdü fazla bir derecede kasddan ibaret sayıyor».

Bütün bu tarihi mülâhazalardan sonra bugünkü doktirinde bakacak olursak taammüt mefhumu için muhtelif nazariyeler tertip edilmiş münakaşa edilmekte bulunmuş olduğunu görürüz. Muhtelif bakımlardan nazariyeleri guruplara ayıran Dr. Carmela Mollica şu şekilde bir taksim kabul etmektedir.

a) Tefrike esas tutulan unsura göre basit katil ile taammüden katil olarak,

b) Hukukî esasa nazaran,

c) Cezayı ağışlaştırıcı sebebi muhafaza etmesini faideli olup olmadığına nazaran R. Garraud daha çok taammüdü kurucu unsurlarına dayanarak iki kısma ayırmaktadır. 1 ncisine «Latheoris classque» 2 ncisine «Latheoeri hêtêrodox» demektedir.

Majno taammüt hakkında dermeyan edilen mülâhazatı üç noktada topluyor. (Birinci psikoloji, ikincisi zaman, üçüncüsü tefekkür noktasıdır. Biz bütün bu taksim şekilerinin ortasını bulmak maksadile — zira Dr. Carmela Mollico'yu biraz teferruata kaçmış buluyoruz — taammüdü yapıcı unsurlarına göre mütalâa etmeyi daha uygun buluyoruz.

Bu itibarla uzun bir ananeye sahip olması bakımından önce psikolojik nazariyeyi tetkik edeceğiz :

Başlarken bir vesile ile temas ettiğimiz Bosioda bu nazariyenin izleri görülüyor. Bu nazariyenin esas kurucusu Carmignani olmuştur. O taammüdü şöyle tarif etmişti «öldürmek niyetiyle soğuk ve sakin bir ruhla, adeti olarak veya münasip bir fırsat kollayarak ve cinayeti başarmayı çok arzu ederek yapılmış katil fiili» Ruhi Prossesüs'ün mümeyyiz bir vasfı tasarlayan ve münasip zaman bekleyerek verdiği kararı talik eden kimsenin ruhi soğukluk ve sakinliğinde görülür.»

Lanza, Conti ve Longhi gibi müellifler taammüde esas olarak «aradan zaman geçmesi ve soğukkanlılık» unsurlarının mevcudiyetini alıyorlar. Alimena gene ayni fikirdedir. Ruhun cinayet fikrini soğuk ve sakinlikle tefekkür edip etmediğini araştırmak istemektedir.

Fransız müelliflerinden R. Garraud psigolojik unsura fazla yer veriyor ve diyor ki : Cinai tasavvur fiilden mukaddem ve soğuk kanlılıkla düşünülmüş olması lâzımdır ve Fransız Ceza Kanununun temas ettiği unsurları hülâsa ederek bunların failin projesini düşünmüş kast etmiş ve tasmim etmiş olması lâzımdır diyor». Bu nazariye yeni İtalyan Ceza Kanununun tanzimi sırasında gene bir çok münakaşalara mevzu oldu. İtalyan parlamento âzasından de Marsico'nun vermiş olduğu «taammüd, soğuk kanlılıkla verilmiş olup takip edilen ve tatbik mevkiine konulması içinde uğraşılan karardan ibarettir.» tarifinde tekrar ortaya atıldı.

Muhterem Hocam Ord. Prof. Tahir Taner'in yaptığı tarifte soğukkanlılığı ön plânda zikretmiş olması mümaileyhin bu nazariyeye daha çok meylettiğini gösteriyor. Zikri geçen tarifte tasarlama (bir kimsenin işlemeğe niyetettiği bir suçu işlenmezden önce soğukkanlılıkla sükünetle düşünüp taşındıktan sonra bu niyetinden vaz geçmiyerek fiili işlemiş olması halidir deniliyor.

Görülüyor ki failin ika edeceği gibi daha önceden soğukkanlılkla ve sükûnetle düşünüp taşınması taammüdün mevcudiyeti için aranılan belli başlı bir şart olarak görünüyor.

Bu nazariyenin gerek uzun bir ananenin kendisine verdiği tarihi kıymet ve gerekse bir kanun metninde kabul edilen ve tarif edilmeyen taammüt mefhumunun izahı noktai nazarından ehemmiyetini inkâr edecek değiliz. Yalnız soğukkanlılık ve sükûnet umumiyetle zihnî faaliyetlerdendir ve batinidir. Tespiti ancak harici tezahürlerle kabildir. Eski İtalyan Ceza Kanununun tanzimi sırasında 1870 tarihli lâyihayı tetkik eden komisyon soğukkanlılığın tabiatı beşere tevafuk etmemekle beraber ispatıda gayet müşkül olduğundan bahisle tarifi ret etmiş olduğu hatırlanmak icabeder. Ferdin verdiği kararlarda nasıl bir haleti ruhiye taşıdığını tâyin etmek için ne gibi bir kriteryum kullanmak icabedeceği düşünülebilir. Böyle bir soru karşısında kati bir cevap vermek mümkün olmamakla beraber çok defa zaman mefhumunun işe yarar bir eleman olduğu hatıra gelebilir. Çünkü soğukkanlılık ve sükûnet bir zaman içinde mütalâa edilmek lâzım gelir. Yani niyetle fiilin ika arasında meselâ uzun bir zamanın geçmiş olması soğukkanlılıkla ve sükûnetle düşünebilmek imkânın mevcut olduğuna hiç olmazsa bir karine teşkil edebilir. Fakat buda muhakkak ve mutlak addedilmez. Gene düşünülmek icabederki bazı insanlar yaradılış itibarile derin bir sükûnet ve soğukkanlılığa esastan sahip bulunmuşlar. Bunun aksîde varit olabilir. Binaenaleyh müspet mektebin cezai adaletin merkezi sikletini temerküz ettirdiği ferdin üzerinde mevcut sübjektif halleri ayrı ayrı hesaba katmak icabedecektir. Bu böyle olunca gerek doktrin ve gerekse jurisprudens noktai nazarından vaz edilecek formül tatbikat noktai nazarından verimli olamıyacaktır.

Cezaların nispeti bahsinde aşağıda bu bahise tekrar avdet edileceğinden burada kısa geçiyoruz.

2 — İdeolojik nazariye : R. Garraud'nın La thêori hêtèredox tesmiye ettiği bu nazariye bilhassa Alman Âlimlerinden Holtzendorff ve İtalyan müsbet mektebi tarafından ortaya atılmıştır.

Dr. Carmela Mollica diyor ki : «İdeolojik nazariyenin mürevviçlerinin vardıkları müşterek netice şudurki, taammüd bir teemmülden, ibarettir ve bu da caninin daha tehlikeli olduğunu ifade etmez, çünkü fena veya ehemmiyetsiz bir şey için ani olarak öldüren bir kimse, insanların hayatına hiçbir ehemmiyet vermediğini göstermiş olur ve bu itibarla daha tehlikelidir.

3 — Ekletik nazariye : Carrara'nın ortaya attığı bu nazariyede a — fena bir maksad, b — aradan zaman geçmesi, c — biribirine benziyen mü-

teaddit şuurlu haraketlerde bulunan ruh sakinliği ki bu hareketler arasında teemmül en esaslısını teşkil eder.

Ve işaret edidliği gibi taammüt fena bir gayenin doğurduğu karardır. Ve biri birine benzeyen müteaddit şuur haletlerinin içinde doğup inkişaf ettiğinden caninin karakterini daha iyi bir surette belirtiyor.

4 — Kronoloj nazariyesi : Tatbiki ihtiyaçlardan zaruretlerden doğan bu nazariyenin ilmi sahada büyük bir tesiri görülür. Bu nazariyeye göre niyet ile icra arasında bir zaman (intervallum) bulunmak lâzımdır. «Bizzat taammüt kelimesinde böyle bir mâna yani aradan bir zaman geçtiği mânası mütezammındır öyleki) aradan geçen bu zaman, ısrarlı ve devamlı bir teemmülün mevcudiyetini kati bir surette ortaya koymaktadır.

Böyle bir zamanın bir formül halinde tespiti ise hiçbir suretle tecviz edilemez. Tarihi devirlerde «12 nci Clemente tarafından tespit edilen 6 saatlik ve Sicilteyn Krallığı Kanununun (1818) 12 saatlik müddeti» ameli noktai nazardan ciddi bir mâna ifade etmiyeceği tabiidir.

Psikolojik nazariyeyi tetkik ederken işaret ettiğimiz veçhile taammüt mefhumunun kurucu unsurlarını izah noktai nazarından zikri geçen nazariye kifayetsiz kalacaktır. Ferdin muhtelif ruhi yapılış halleri bir tarafa bırakılarak objektif bakımdan mesele tetkik edilirse soğuk kanlılık ve sükûnet şartlarına zaman mefhumunun da ilâvesile ancak tatmin edici bir netice alınabilir. Eğer aldanmıyorsak muhterem hocamızında aynı kanaatı taşıdığını ilâve edeceğiz. Zira yukarıda işaret edilmiş olan tarifte mevcut (bu niyetinden vazgeçmiyerek fiili işlemiş olması) tabirinde biz bu mânayı görüyoruz. Yani tariften çıkan mânada niyetle icra arasında ısrar edilen bir zamanın geçmesi iktiza ediyor.

Majno daha ileri giderek psikolojik ve zaman unsurlarına birde tefekkür unsurunu ilâve eder. Bütün müelliflerce ağırlatıcı sebep olarak kabul edilen ve hemen hemen bilûmum memleketler mevzuatınca da kabul edilen taammüdün netice itibariyle birisi sübjektif ve diğeri objektif olmak üzere iki unsurunun tebarüz etmekte olduğu görülüyor. Soğuk kanlılık ve sukûnet hali olarak tavsif ettiğimiz subjektif unsur diğeri niyetle icra arasındaki zamanı gösteren objektif unsur.

Taammüdün şarta bağlı olup olmıyacağı da varidihatır olabilir. Fransız Ceza Kanununun 297 nci maddesinde mevzuubahis taammüdün (herhangi bir hal veya şarta da bağlı olarak da) ika olunabileceği kayt ediliyor. Biz Fransız Ceza Kanununun böyle mutlak bir ifadesinin prensip itibariyle doğru bulmuyoruz. Çünkü muayyen bir hal ve şarta bağlı olan öldürme fiili ferrinin de haklı olarak işaret ettiği gibi henüz tam ve ha-

kiki bir taammüt değildir. Sadece cinayete karşı bir meyilden ibarettir. Kendi mevzuatımız bakımından (Carrara)nın şarta muallak noktai nazarını bir bakımdan isabetli telâkki ediyoruz. Carrara diyor ki : «Her şeyden evvel kararı cürmiyeye esas olan şartın iyi bir surette tespiti icabeder. Meselâ bir kimse diğerini her ne nerede göreceğini öldüreceğini söylese bu hal şarta muallâk bir taammüt değil mutlak bir taammütdür. Çünkü burada öldürmek fiili muayyen ve mutlaktır. Muayyen olmıyan fiilin icra suretidir. Eğer fail sureti katiyede öldürmeği mağdurun muayyen bir fiiline talik ederse o zaman şartlı taammüt vücut bulur. Majnoda Carraranun fikrindedir. Fransız sistemi vesilesile de belirttiğimiz gibi bu hususta mutlak bir formül ikamesinin doğru olmıyacağını vaziyetin ehemmiyetini takdir keyfiyetinin hâkime ait olabileceğini düşünüyoruz.

Akıl hastalığına müptelâ olan bir kimsenin fiilinde taammüt mülâhazası münakaşa edilmiştir. Dr. Carmila Mollica «meselenin mücerred bir umumi sureti — halli mevcut olmadığından, müşahhas halde fiili bir meseleye inhisar edeceğini» yazıyor. Majno «akıl hastalığından dolayı bu bahiste fark gözetmek doğru olmıyacağı kanaatındadır». Alimena «akıl hastalığının taammüdü ortadan kaldıracağı fikrindedir». Zira diyor ki akıl hastalığına müptelâ olan bir kimse yapacağı fiilin ağırlığını takdir edemez. Bu son mülâhaza bize oldukça cazip görünmektedir. Çünkü taammüdü bir ağırlatıcı sebep olarak kabul etmekten maksat failin mükemmel bir düşünceye sahip olduğunu iyi muhakeme edebildiğini bildiğimizdendir. Kısmi akıl bozukluğuna müptelâ olan bir kimsede — çünkü tam deliye manevi bir mesuliyet teveccüh edemez, asgari olarak salim bir düşünceye sahip olmadığını kabul etmek iktiza eder. Bu suretle taammüdü mevcut olabilmesi için aranılan şartların belki de en mühiminde bir aksama hasıl oluyor ve bu müteredditt vaziyettende maznunu istifade ettirmemek içinde hiçbir mantıki delil ortaya sürülemez.

Bizce asıl mühim olan nokta sarhoşluğun taammüt ile bulunup bulunmıyacağı keyfiyetidir. Bu noktanın gerek kemiyet ve gerekse keyfiyet bakımından ehemmiyetli olacağını ümit ediyoruz.

Bu hususdaki düşüncemizi bir misalle açıklıyalım :

A ile B herhangi bir sebebden dolayı kavga etmişlerdir. Bu esnada hiç biri bir cürüm ikaına teşebbüs bile etmemişlerdir. A o günün gecesi içmeğe başlamıştır. Ekseri sarhoşlarda içkinin hasıl ettiği aşırı bir hassasiyet bulunur. Bunun içindirki A ayni gün B ile aralarında cereyan eden hüdiseyi kafasında büyütmeğe başlamıştır ve bu esnada B yi öldürmeğe karar vermiştir, A oturduğu yerde soğukkanlılıkla cinayetinin plâ-

nını tasarlamış ve B nin yolunu bekliyerek fiilini ika etmeği uygun bulmuştur. Oradan bir kaç saat geçtiği halde fikrinde ısrar eden A nihayet pusu kurduğu yerde B yi öldürmüştür. Ana hatlarile tespit ettiğimiz hâdisede taammüt nazara alınabilecek midir. Müelliflerin bu hususta sarih bir fikirlerine tesadüf edemiyoruz. Dr. Carmela Mollica meselesinin «az mühim olduğunu ve kısmı akıl bozukluğunda takip edilecek kriteryuma göre kabul veya ret olunabileceğini söylüyor».

Sarhoşluk esnasında tasarlanarak işlenen fiillerde taammüdün nazara alınabileceğini mantık ve adalete mugayır ad ediyoruz. Çünkü aşırı bir hassasiyet önünde doğru ve makul düşünme imkânlarına sahip olamıyan bir kimsede tasmim ve tasavvur meselesi herhalde normal olarak kabul edilemez. Ferdin sarhoşluk anında sahip olacağı soğukkanlılık ve sükünet daima makul addedilmek lâzımdır. Temyiz kudreti zaafa uğramış ve manevi mesuliyetin esasını teşkil eden irade teşevvüşe maruz kalmaktan kurtulamamıştır. İşte bu şartlar altında A yı fiilini taammüden ika etmiştir diye cezalandırmak mümkün olabilecek midir?... Zannetmiyoruz. Yukarıda zikredilen hâdisede biz kasitten daha ileri bir ağırlatıcı sebep görmüyoruz. — Kanunumuzun pusu kurmağı ayrı bir suç olarak cezalandırmamış olması dolayısiyle — .

Tasarlama ile tahrikin bir arada bulunup bulunamayacağıda mevzu bahis olan meseleler arasındadır. (impolle meni) nazariyat itibariyle taammüt ile tahrikin bir yerde içtima edebileceğini kabul ederek böyle bir hal vukuunda failin mazur addile mazurlara müteallik ahkâma tabi tutulması mütalâasındadır. Majno «bu meselede hâkim içtihadatının menfi mahiyette olduğunu beyan ediyor». Dr. Carmela Mollica diyor ki «Zanardelli Kanununun 51 inci maddesine göre tahrik muayyen bir karakterin izhar ettiği hiddet ve tehevvürden ibarettir. Bu sakinlik ve soğuk kanlılığı ihtiva eden bir taammütle iyice kabili telif değildir.

Rocco Kanununun 62 nci maddesinin 2 nci fıkrası «hiddet ve tehevvür buhranı» tabiri yerine, ruhun devamlı bir hali olan «hiddet vaziyeti tabirini alındı» ve diğer cihetten sakinlik ve soğukkanlılık faraziyesini de kaldırdıktan sonra, hafifletici sebep ile ağırlaştırıcı sebebin, mantıki bir zemin üzerinde karşılaşmalarına imkân verdi. Mesele yeni İtalyan Ceza Kanununda bu suretle halledilmiş gibi görünmekle beraber tamamen tatmin edici olmaktan uzaktır. Çünkü «hiddet vaziyeti» «hiddet ve tehevvür buhranı» tabirinden daha umumi ve daha az sıkı görüyorsa da normal bir şuur ve irade ile aynı zamanda bulunabileceği iddia edilemez. «Hiddet vaziyeti» nihayet gene bir zaman içine inhisar edecek ve normal muhakemeyi teşevvüşe uğratacaktır.

Yeni İtalyan Ceza Kanununun meseleyi bir dereceye kadar hallettiği kabul edilse dahi mesele kendi mevzuatımız noktai nazarından hâlâ ehemmiyeti muhafaza etmekte devam ettiğini hatırlamak gerektir. Çünkü bilindiği gibi bir kimse bir fiili haksız bir tahrikin husule getirdiği hiddet veya şiddetli bir elemin tesiri altında işlemiş olursa cezası hafifletilir. (Bunun bir mazeret sebebi sayılmasının sebebi de onun tesirile irade serbestisinin zaafa uğramasıdır. İşte meselenin asıl mühim noktası buradadır. Yani tahrikin bir mazeret sebebi olarak nazara alınabilmesi için fiilin nasıl hasıl ettiği gazap ve şiddetli elemin buhranı sırasında işlenmiş olması icabeder. Önemli olan cihet faile sükûnet gelmeden fiili işlemiş olması halidir. Bu sebepledir ki muhterem hocamız diyor ki «tahrik hali ile taammüt bir arada içtima edemez. Çünkü tasarlamada fail suçu soğukkanlılıkla düşünüp niyet ettikten sonra işlemiştir. Tahrikte ise bir hiddet ve şiddetli elemin tesiri altında hareket etmiştir.

Halbuki yüksek Yargıtayın bu mesele üzerinde yeni cereyanlara uygun olarak kanunumuz hükmünü biraz müsamaha ile tatbik etmek istediğini Ceza Umumi Heyetinin 19.1.937 tarih ve 175 sayılı bir kararından anlıyoruz. Mezkûr kararda deniliyorki (Hakarete veya herhangi bir suretle kendisine elem ve teessür husulüne sebebiyet verici haksız tahrike maruz kalan bir kimsede aksülâmelin ayni zamanda vukua gelmesi mümkün olmayıp bu keyfiyet her şahısta tehalüf eder. Bu itibarla teessür ve elemi mucip fiillerin suç ile ayni zamanda ika edilmemiş olduğundan bahisle 51 inci maddenin tatbik edilmemesi yolsuzdur). Belki ileri bir adalet gayesine varabilmek noktai nazarından haklı görülmesi gelecek böyle bir kararı biz kanunumuzun prensiplerine uygun görmüyoruz.

Yalnız mezkûr kararda belirtildiği gibi fiilin elem ve teessür husule getiren hâdise ile (aynı zamanda) vukuu şart olmamakla beraber herhalde irade serbestisinin buhranı sırasında işlenmiş olması iktiza eder. Yargıtayın bu kararından meseleyi bir kanuni çıkmaza sokmamak gayretiyle hâkimin bu noktada takdir salâhiyetini genişleterek bir hal sureti bulmak istediği anlaşılıyor. Fakat günlük ihtiyaçları cevaplandırmak kaygusile sapılacak bu yolların ilmi bir ceza sistemi bakımından tehlikeli olabileceğini unutmamak icabedecektir. Kanunun sarih hükümleri karşısında meseleyi indi bir mütalâa ve takdire terketmek imkânsızdır. Binaenaleyh neticesi itibarile haklı addedilse dahi biz Yargıtayın yukarıdaki fazla mutlak kararını doğru bulmuyoruz. Karar biraz daha etraflı ve teferruatlı olsa idi daha çok tatmin edici olurdu. Fakat prensipte görülen bu esaslar içinde yukarıda çıkardığımız neticelerin değişmiyeceğini iddia

etmiyoruz. Birçok hâdiseler mevcut olabilirki doğurdukları elem ve teessür uzun bir zaman devam edebilir. İşte tasarlanarak işlenen fiil devam edegelen elem ve teessür anının herhangi bir devresinde işlendiği takdirde bittabi hafifletici mazeret sebebi olarak — tahrik — nazara alınabilir. Bunu bir istisna olarak zikrederken bu arada Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin 13/4/938 tarih ve 1320 numaralı kararına da temas edeceğiz (suçlunun karısı Zehranın Hacı Ali ismindeki şahsa kaçarak (onunla karı koca gibi yaşamakta bulunmalarından) müteessir ve münfeil ve yaptığı teşebbüsatın müsmir olmamasından meftur olan suçlu Mehmedin namus ve haysiyeti ihlâl eden bu hareketi neticelendirmek maksadile gece vakti Hacı Alinin çadırına girerek karısı Zehra ile Hacı Ali zannile Mehmedi öldürmesinden «ibaret fiilde bittabi tahrik unsurunun mevcudiyetini kabul etmek bizi hiçbir kanun hükmile tenakuza götürmez.

Bu surtele gerek eski devirlerde ve gerekse bu günkü doktrinde taammüt hakkında mevzubahs olabilecek meseleleri hülâsa ettikten sonra ameli bir cepheden yeni bir meseleyi tetkik edeceğiz önce şurasını işaret edelim ki taammüdün ağırlatıcı bir sebep olarak mevcudiyetinde hemen bütün müellifler ittifak halindedirler. Yapılan itirazlar müessesenin mevcudiyetinden ziyade unsurlarına taallûk etmektedir. Pozitif mektep bile cinayetin hesap edilecek hazırlanması, zaman mekân, vasıtalar, tuzak ve hile gibi objektif olarak tespiti mümkün unsurların nazarı itibara alınmasından başka bir şey talep etmedi. demek oluyorki bu noktada tam bir ittifak mevcuttur. Bizim temas etmek istediğimiz nokta kendi Ceza Kanunumuz bakımından, taammüden icra olunan fiillere terettüp eden cezanın kanunumuzun diğer hükümleri ile tam bir ahenk teşkil etmemesi ve tatbikinde daima hata ihtimalleri mevcut bulunmamasından dolayı ceza nispetinin ziyade olmasıdır.

Objektif bir ceza sisteminde ceza verilirken hem cemiyetin menfaati ve hemde adalet icapları ön plânda tutulmak iktiza eder. Taammüden icra olunan fiillere terettüp eden ölüm cezasının ahenksizliğini belirten hususiyetleri bir kaç noktada toplamak kabildir.

1 — Taammüt mefhumu ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmekle beraber tarifinde uğranılan güçlükte gizlenemiyecek kadar bedihidir. Majno diyorki «Kanunun taammüdü tarif etmemesinin sebebi yalnız taammüdü tarifinin müşkül olmasından değil vasfın esası hakkında ihtilâfı efkâr bulunmasında aramak lâzımdır. 1877 tarihli (Zanaderli) lâyihasında da denildiği gibi herkes veya bir çokları taammüdün sebebi şiddet olması isteniyorsa da bu noktayı lâyıkile tahlil etmiş olanlar pek azdır. Hal böyle olunca henüz unsurları üzerinde ittifak edilmemiş ve birçok naza-

riyelerin çalışmakta bulunduğu bir sahada tek bir cezanın bulunması objektif ceza prensiplerine uygun düşmiyeceği tabiidir.

1853 tarihli Toskana Kanunu bu bahiste tatbik ettiği mütefavit bir ceza sistemi bize bu itibarla daha adil gibi görünmektedir. Çünkü şurası bir hakikattir ki yeryüzünde cereyan eden hâdiseler arasında bir ayniyet değil nihayet bir benzerlik bulunabilir.

Hattâ bu benzerlik içinde de unsurlar daima değişebilir. Binaenaleyh hâkimi tek bir ceza ile takyit edip bazan suçun ihtiva edeceği bazı mazeret sebeplerini gözönüne almak imkânlarının verilmemiş olması bir nakisedir. Eğer taammüdü 17 nci asırdaki Prospero Farinacio gibi anlamış ve hiyanet, tuzak ve birini tavzif gibi üç objektif esasa istinat ettirerek tarif etmiş ve buna mukabil tek bir ceza vaz etmiş olsaydık itirazları bir dereceye kadar yersiz olabileceğini düşünürdük. Halbuki - yerinde olarak — taammüt ne tarif edilmiş ve nede kurucu unsurlarında daimi bir ıttırat görülmüştür.

2 — Ceza Kanunumuzun zehirliyerek adam öldürmekten dolayı tatbik ettiği 449 uncu maddenin 3 numaralı bendi ile taammüdün mukayesesi ehemmiyete değer olacaktır. Zehirlemek suretiyle adam öldürme hemen umumiyetle tasarlanarak vuku bulur. Hatta fiilin ika edilmesi failin büyük bir soğukkanlılığa sahip olmasına mütevakkıftır denilse mübalağa edilmiş olmaz zannediyoruz. Nitekim belkide bu mülâhaza iledirki Fransız Ceza Kanunu zehirliyerek adam öldürmeği müstakil bir suç addederek ölüm cezası ile cezalandırmıştır. Zehirlemek suretile işlenen cürümlerde kast veya tasarlamanın tespiti büyük bir güçlük arzeder. Bilhassa kast ve tasarlama bu nevi suçlarda iç içe girerek bazan tespit ve tâyini imkânsızlaştırabilir. Çünkü Yargıtay muhtelif kararlarında Ceza Kanununun 449 uncu maddesinin 3 numaralı bendinin tatbikinin tasarlamadan müstakil olacağı noktasında ısrarla durmuştur. Ezcümle Ceza Umumi Heyetinin 18/4/938 tarih ve 388 numaralı kararında denildiği üzere «tasmim ve tasavvur edilmeksizin de adam öldürmekte zehir istimal edilebileceğine göre cürümde tasmin ve tasavvur mevcut olduğu takdirde 450 nci, aksi halde 449 uncu maddelere tevfikan ceza tâyini icabeder».

Hal böyle iken hakimi bililtizam hata ihtimalleri daha ziyadeleşmiş bir fasit daire içerisinde dolaştırmaktan ne gibi bir faide mülâhaza edilmektedir. Zehirlenerek ika edilen suçlarda taammüt adete bir karine olacaktır. Suçlu daima bu karinin aksini isbat etmek mükellefiyeti ile karşı karşıya bulunacaktır ki bu suçlunun vaziyetini çok ağırlaştıracaktır. Tasvip olunamaz. Hakim çok defa 450 nci maddenin ağırlığı önünde belkide suçlunun haklı olmadan 449 uncu maddenin tatbiki cihetine gidecektir.

Biz bu suretle sağlanacak yüksek adalet icaplarının bazan büsbütün aksi neticeler vereceğini de hesaba katmanın varit olabileceğini düşünüyoruz.

3 — Ceza Kanunumuzun hem kastın ve hemde tasarlamanın tarifinin hâkime ait bir keyfiyet olduğu noktası da biraz söz götürür.

Zira kastı ve tasarlamayı biribirinden ayıracak objektif bir kıstas üzerinde yukarıda görüldüğü veçhile şimdiye kadar mevcut birleşme görmüyoruz. Bir müellifinde dediği gibi bu mefhumları tespitte muvaffakiyet çok defa nispidir. Suçun hem basit şeklinin ve hemde mevsuf şeklinin tespitinin bir içtihat ve kanaat işi olması meseleyi fazla indileştirmiş olmak vasfını taşıyacaktır. Bunda biraz daha ileride kanunsuz ceza olmaz prensibile tezat teşkil edecektir. Kast ve taammüt biribiri içerisine girmiş hudutları kati olarak tespit ve tâyin edilemiyen iki daireye benzetilebilir. Hâkim kapalı kalan bir zihni faaliyetler çerçevesi içinde kesin bir kıstasın bulunmaması dolayısiyle umumi bir takdir salâhiyetile hareket serbestisine maliktir diyebiliriz.

Bu mülâhazalarla bu konuda düşündüklerimizi belirttikten sonra sözlerimizi bir neticeye vardırmak icabedecektir. Vazıı kanun müteammidi cemiyet içinde daima zararlı bir unsur halinde kalacak olan insani hisleri dümura uğramış bir fert telâkki ederek idame müstahak görmüştür) diyenlerin fikri Adalet Bakanlığının 31/5/931 günlü ve 2090 sayılı tamiminde belirtilen (teammütte ayrıca bir redaet ve en yüksek derecede bir mazarrat iraesi meşrut bulunmadığı temyiz mahkemesi içtihadındandır) sözlerile bir dereceye kadar tekzip edilmektedir.

Biz yukarıda zikredilen mahzurların telâfisinin ancak taammüdün 449 uncu madde zikrile ortadan kalkacağı kanaatindeyiz. Bu suretle zehirlemek suretile adam öldürmelere terettüp edecek cezalarda daha yüksek bir adalet esaslarına varılacağı gibi tek ceza sisteminin tevlit edebileceği haksızlıkların da önüne geçilmiş olacaktır. İlâve etmek isteriz ki kast ve tasarlamanın tespitindeki güçlük dolayısiyle daima muhtemel hata ihtimalleri — ölüm cezasının mevcudiyetine yapılan itirazlar içinde bir adli hata halinde tamir imkânının bulunmaması — bu bahiste ayrıca bir önem kazanır.

Tedvin ve Sosyoloji (*)

Muhterem dinleyicilerim!

Türk Hukuk Kurumu, 1948 senesi konferanslarının ikincisini bir Sosyoloji mensubunun konuşmasına tahsis ediyor. Hukuk ile içtimaiyat arasında gerek resmî öğretim müesseselerinde, gerek Türk Hukuk Kurumu nevinden meslekî teşekküllerde bir müddettenberi kurulan iş beraberliğini Türk hukukçuluğu namına bir gelişme alâmeti saymakla derin bahtiyarlık hissediyorum.

— I —

Konuşmanın iki kelimeden ibaret olan başlığı, kısalığına rağmen, konuşma hedefini göstermekten geri kalmıyor : Rönesansın hümanist, on yedinci asrın rasyonalist tefekkür cereyanları tedricî bir serpiliş ile XIX uncu asrın başlangıcından itibaren içtimaî ilimlere, daha sonra bu ilimlerin iktisat siyaseti, hukuk siyaseti, maarif siyaseti... gibi ekseriya «siyaset» denen ve gündelik politikadan büsbütün başka mânada anlaşılan tatbikatlarına tesir etti, hukukî hâdiseler sahasında Almanların «Rectspolitik», Fransızların «Politique lêgislative» dedikleri istikameti hazırladı, içtihatlar ve nazariyeler ... birer birer dağınıklıktan kurtulmağa başladı. örfler ve taammüller, münferit küçük kanunlar, hükümdar iradeleri, On yedinci asrın rasyonalizminin içtimaî meselelere vaki olan tesiri, tabir caizse, hukukî mevzuat sahasında da rasyonalizasyon ameliyesine meydan verdi. Bu rasyonalizasyonu, bu derlitoplu bir hale getirme ameliyesini, garpta ve şarkta ameliyeye takılan adın daha şimdiden gösterdiğine işaret etmek isterim. Şöyle ki :

Dağınık şiirlerini bir düzen atlında toplayan şairin kitabına «Divan» denmesi nasıl sebepsiz değilse, dağınık örfleri ve çeşitli nizamları bir araya getirme ameliyesine !Divan» kelimesinden yapılmış «Tedvin» adının verilmesi de sebepsiz değildir. «Tedvin» kelimesi yanında kullanılan «taknin» de de aynı esprinin, derleme ve toplama ruhunun buulnduğu şüphesizdir. Keza eski Roma'nın «Codex»inden yapılma «code» dan **codification** da da Planiol'un izah ettiği gibi rasyonalizasyon cehdinin bulunduğu aşikârdır.

(*) Türk Hukuk Kurumu adına 13 Şubat 1948 cumartesi günü saat 15 de Ankara Dil - Tarih ve Coğrafya Fakültesinde Profesör Ziaeddin Fahri Fındıkoğlu tarafından verilen konferanstır.

— II —

Demek oluyor ki tedvin hâdisesi, kelimenin teşekküllünün de gösterdiği gibi, aklîleştirme vasfını taşımaktadır. Bir sosyal vakıa olarak ortaya çıkışı, muayyen sebeplerin tseiri altındadır. Hukuk tarihi ve ona dayanan hukuk sosyolojisi, her memleketteki tedvin hareketinin kendine mahsus şeraiti bulunduğunu, vücude gelmesi lâzımgeldiği, vücude gelmesi fertler tarafından istendiği için değil, tabiî bir hâdise gibi kendisini gösterdiğini, içtimaî derterminizmin icaplarına göre, zuhur eylediğini, Devlet adamları veya kodifikatörler, kanun koyucular.... denen müstesna fertlerin nihayet dağınık suları toplayarak büyük bir kuvvet haline getiren tabiat mühendisleri nevinden âdeta birer cemiyet mühendisi olabileceğini ilmî şekilde izah ediyor. Konuşmamızın programına girmeyen bu izahın sadece mevcudiyetine, bu izahın, içtimaî determinizmi mizaçları veya felsefî doktrinleri icabı kabul etmiyenleri bile ikna edecek şekilde müsbet ve objektif olduğuna işaret etmekle kalacağım.

— III —

Umumiyetle kabul ve tasdik edildiği gibi mahiyeti itibarile sosyolojik bir hâdise olan tedvinin, hukuk tarihinin hangi devrinde kendisini gösterdiği ayrı bir mesele teşkil etmektedir. Acaba zamanımızın büyük ölçüdeki tedvin nümuneleri eski medeniyetlerde de aranamaz mı? Suali gerçekten yerindedir. Hamurabi, jüstiniyen gibi devirlerinin hükümdar isimlerini taşıyan kanunlar, acaba yukarıda söylediğimiz şekilde hukuki rasyonalizasyon nümuneleri sayılamazlar mı? Bir kelime ile tedvin işi XIX. uncu asırdan evvelki tarih devrelerinde göremez miyiz?.

Suali hakkile karşılamak için her şeyden önce kelimelerin kalıbı içine yerleşmiş mefhumları aydınlatmak lâzımdır : Tedvin ameliyesi, ne sadece bir tesbit, ne de umumiyetle anlaşılan mânada bir tevhiddir. Tabiatın hâdiselerini olduğu gibi tasvir eden, hatta edebî değeri olan bir eser düşünelim : Okunduğu zaman yalnız tabiatta cereyan eden hâdiselerin tasvirini değil, bunlar hakkında halkın spoutane olan her nevi rey ve mütalâalarını da tebliğ ediyor. Nitekim folklorün ilim tarihine yaptığı yardım, işte bu rey ve mütalâaların toplanmasına dayanır. Bunların bir kıymeti varsa da bu, konuşmamızın hedefi için yabancıdır. Hamurabi kanunu ve emsali kanunalr, muayyen cemiyetlrede spontane olarak vücude gelen, yani bir kordifikatöre, bir tedvinciye, bir kanun koyucuya borçlu olmayan, yalnızca hiç bir ferdin malı sayılamıyacak bir takım kollektif hayat tasavvurlarının bugün hukuk folklorcuları tarafından ehemmiyetle karşılanan örf ve adetlerin sadece tesbitinden doğmuştur. Fransız hukuk tarihi, bunun en güzel misalini veriyor : Şarlman imparatorluğunun oğulları arasında parçalanmasından ve Strasburg yeniminden sonra politika Fransasına müvazi bir hukuk Fransasına şahit oluyoruz. Yani siyasî ba-

kımdn Fransanın vahdete doğru gitmesi yanında, hukukî birliğe doğru adımların atıldığı yörülüyor. On ikinci ve on üçüncü asırlar zarfında yer, yer örf ve adetler tesbit ediliyor, lisanımıza «Örfname» veya «Teamülname» diye tercümesi mümkün olan «Coutumier»ler doğuyor, daha sonra on dördüncü asırda bu muhtelif «Coutumier»'lerin tevhiqi zarureti hissediliyor. Her Fransızın, Fransanın neresinde olursa olsun, asıl kendi memleketinin örf ve âdet hukukuna göre gözönünde tutmaktan ibaret olan «Hukukun şahsiliği-Personnalitê du droit» kaidesi gevşemeğe başlıyor. Bir taraftan merkezî hâkimiyetin teessüsü diğer taraftan Fransanın morfolojik ve ekonomik durumunda, yani muhtelif Fransa mıntakaları arasındaki münakale imkânlarının ve iktisadî münasebetlerin artışında hasıl olan değişiklikler, bilhassa medenî hukuk sahasında bütün Fransaya ait bir hukukun doğması işini kolaylaştırıyor.

Kısacası, nasıl cemiyetlerin muayyen bir anında spontane, tav'î olan sihrî, dinî, astrolojik tabiat ve kâinat telâkkisinden kurtulma ve aklî bir tabiat telâkkisine kavuşma hareketi gökrülüyorsa, misal olarak seçtiğim Fransız cemiyetinin belli bir ânında da aklî bir cemiyet görüşü, onunla beraber aklî bir hukuk telâkkisi doğmuştur. İşte tedvin, bu neviden doğuşları takip edecek bir rasyonalizasyon hareketidir.

— IV —

Tabiat görüşünde aklîliğin zuhurile hukuk dünyası hakkında aklîliğin çıkışı arasında tesis ettiğimiz bu münasebet üzerinde müsaadenizle bir lâhza durmak istiyorum. Bilindiği veçhile tabiat hâdiseleri karşısında fikrî davranışımız, ilk zamanlarda sihrî, mitik, daha sonraları astrolojik ve dinî bir karekter taşımaktadır. Tabiatın aklî ve mekanik telâkkisi doğup gelişirken bundan önceki devirlerde insanlığın fikrî ihtiyaçlarını tatmin eden gayrı aklî izah tarzlarına tamamile bir reaksiyon olduğunu iddia etmek pek kolay olmasa gerektir. Zira bu gayri ilmî izah tarzları nekadar iptidaî olursa olsun insan oğluna tedricî surette hâdise fikrini, hâdiselerin illetleri bulunduğu düşüncesini aşılamak suretile büyük bir hizmet ifa etmişlerdir. Diğer taraftan halkın cansız ve canlı tabiat hâdiseleri karşısındaki davranışında formüllenmemiş, ifade edilmemiş bir müsbetçilik bulunduğu, meselâ nasıl ve niçin olduğunu bilmeksizin yaraları küflü peynirle tedavi adetine İkinci Dünya harbi sonu tababetinin penisilin keşfinin bağlandığı düşünülecek olursa eski ile yeninin, gayrı aklî ile aklînin birbirine merbut bir bütün teşkil ettiğini söyliyen büyük sosyolog Auguste Comte'a bir daha hak vermek lâzım gelecektir.

Demek oluyor ki tabiat karşısında aklî hareketin zuhuru, bu hareketten önceki hareket tarzlarının inkârını tazammun etmiyor. Bu hal

aynile cemiyet hâdiseleri karşısında da vakidir. Bilhassa hukukî hayat için bu paralellizmi ileri sürmekte hiç bir mahzur yoktur. Hukuk folkolrunun tanıttığı, muhtevası örf ve adet hukuku ile alâkalı ata sözlerindeki çok dar, mahallî, yahut mıntıkavî örf ve adetlerin evvelâ tesbiti, daha sonra muhtelif mıntıkaların örf ve adet hukukunun tevhidi her ne kadar XIX uncu asrın tedvin, ve taknin hareketine sokulamazlarsa da o tesbit ve tevhitlerin bu gibi tedvinleri hazırladığı da aslâ inkâr edilemez. Esasen rasyonalist hukuk felsefesinin feyz aldığı ratio (akıl), amirist hukuk felsefesine desteklik eden empirie (tecrübe) yi, yani tedvin çağlarından önceki spontane, kodifikatörsüz, yazısız örf ve adetleri yuğurmadıkça sadece Kant'.ın içi boş, maddesiz bir formu gibi kalacaktı. Hattâ bizim daha ileri gitmekliğimiz de muhtemeldir : Tabiat ilimlerinde madde, akla tamamile yabancıdır. Fakat cemiyet ilimlerinin maddesi evvelâ hâdiseler, meselâ hukukta örf ve adetlerin temsil ettiği şe'niyet, Pascal'ın «düşünceler»rinde çok güzel anlattığı gibi, esasen kollektifleşmiş bir manevî varlıktır. Fransız feylesofunun «ikinci tabiat» dediği, ekseriya hayvanla müşterek olduğumuz «birinci tabiat»ı tamamile değiştirerek birinci tabiat yerine geçtiğini söylediği adetler, içtimaî müesseselerin tehalüf ve tefarüh ettiği sonraki devirlerin hukukî içtihat ve ilmî nazariyelerinde şuurlu bir şekil alacaklardır. Okadar ki tedvin ameliyelerinin cereyan ettiği zamanlarda madde ile şekil, yani tedvincinin yuğuracağı hâdise ve malzeme ile tedvincinin kendinden ilâve edeceği **ratio** hissesinin miktar ve hudutlarını tâyin etmek adeta imkânsız oluyor. Zira hukukî örfler ve adetleri, mukaddem asırların hukukî esprisinden tamamile mahrum saymak nasıl gayrı ilmî bir hareket ise, kodifikatörlerin gerek kendi yuğurucu şahsiyetlerini, gerek aklî kabiliyetlerini onları kollektiviteye bağlayan rabıtalardan tamamile tecrit etmek de okadar yalnış olacaktır. Bu ciheti tedvin tarihinin bir misali ile aydınaltmak isteyenler, karşılarında hemen Medenî Kanunumuzun müb'dii olan İsviçreli Eugêne Huber'i bulabilirler. Huber'in sarfettiği rasyonalizasyon cehdi içinde Kanton örf ve âdet hukuklarının ve bütün **Helvetia**'daki organik hukuk tekâmülünün büyük bir hissesi bulunduğu İsviçreye ait tedvin bilgisinin basit hakikatlerinden biridir.

— V —

Mamafih tedvin ameliyesi esnasında hukuk maddesinin (yani içtimaî realitedeki örf ve adetlerin, hükümdar iradelerinin, küçük kanun ve nizamnamelerin ....), tabiat kanunalrını araştıran müsbit ilim adamının tabiat kanunlarını tedvin esnasında karşılaştığı tabiat maddesinden başka olduğu kaziyesini daha ziyade hukuk felsefesine ait bir mesele sayarak mevzuumuz üzerinde kalmağa devam edersek bilhassa Montesquienin belirttiği bir ayniyeti düşünmek mecburiyetini hissederiz. «Kanun»un

hâdiseler arasındaki zarurî münasebet» diye tarif edildiği, bu tarifin klâsikleştiği gündenberi tarifin yalnız tabiat sahasına, tabiatın devamı olan içtimaî ve iktisadî şe'niyet kanunlarına değil, aynı zamanda hukuk kanunlarına da şamil olduğu kabul edilmiştir. Binaenaleyh hemen bütün lisanlarda muadili kelimelerin her iki saha için kullanılması sebepsiz değildir. Aralarında zaman ve mekâna göre değişme farkı varsa bu, hukuk kanunlarının müsbet ve manevî ilimlerde anlaşıldığı mânada kanun olmamak ve hakkında değil, alâkalı olduğu reelin seyyal ve değişici olmasındandır. İki tabiat hâdisesi arasındaki zarurî münasebet fizik realite icabı sabit kaldığı için bu münasebeti formülleyen kanunda binnetice sabit kalıyor. Öte taraftan iki hukukî hâdise arasındaki münasebet sabit olmadığı için onu düzene sokan kanun da değişiyor. Bu değişme ise bir takım sosyolojik kanunlar icabı olduğuna göre ayniyeti ve beraberliği ihlâl eden bir taraf yoktur. Sosyolojik kanunlara tabi olan içtimaî şe'niyet biran değişince, kanun mevzuat ile reel arasındaki ahenk de bozuluyor. Vücude gelen ahenksizlik, büyük ölçüdeki çok maddeli ana kanunların prensipleri için olduğu kadar muayyen küçük meseleleri, muayyen içtimaî zümreleri alâkalandıran mahdut maddeli kanunlar için de bahis mevzuu olabilir. Sosyolojinin hukuk ilimlerine yapacağı yardımların en esaslısı Montesquiu'nun tarifine uygun olan hukuk kanunlarını takip ederek onların reel ile «zarurî münasebetler»i ayarlamak, ayarlayıcı içtihatlarını tamamile serbest bir şekilde hukuk politikasına devretmekten ibarettir.

İşte şimdi konuşmamızın ana hedefine gelmiş bulunuyoruz. Hukuk sosyolojisinin ayarlayıcı içtihadı ile, tamamen serbest bir şekilde hukuk politikasına sunacağı içtihatlarla asıl içtihat arasında ne gibi bir fark vardır? Biliyoruz Medenî Kanunun birinci maddesinde de bahis mevzu olan içtihat, tabir caizse hukukî hatta kanunî denecek bir içtihattır. Bu manadaki içtihat üzerinde durmaya lüzum yoktur. Asıl parmak basacağımız içtihat, son zamanlarda bazı hukuk sosyoloğlarının **hukuk içtihat** dan farklı olarak, onu geliştirmeye hizmet eden, başka içtihattır. Almanyada ve Amerikada bazı içtimaiyatçılar, bu yeni anlayışı hukukçular muhitine sokmağa çalışmaktadırlar. İkinci dünya harbinden bir az evvel çıkmış büyük bir sosyoloji kamusunun telifine iştirak eden Julius Kraft, yazdığı pek etraflı «Hukuk sosyolojisi» maddesinde mevcut kanunumuz mevzuattan sarfınazar edilerek münhasıran hukukî, içtimaî realitenin istek ve dileklerinden mülhem bir zihniyet ile serbestçe yaratılan içtihatlara **sosyolojik içtihat** ismini vermektedir. Daha evvel Almanyada «hukuk sosyolojisinin ön meseleleri» başlıklı etüdünde bu fikirlerini yaymağa çalışan Karft'tan başka kanfrovmaz, Eugêne Eherlich gibi fikir ve hareket arkadaşları da bulmuştu. Şimdi Amerikaya intikal eden bir çok Al-

man ilim hareketleri gibi bu hukuk sosyolojisi cereyanı da yeni dünyada gittikçe gelişmekte, hattâ başlangıçta fizyoloji, daha sonra pisikoloji nazariyesi olarak ortaya çıkan Behauiomique ile, keza başlangıçta estetik, daha sonra ruhiyat teorisi olarak ortaya çıkan Gestalt doktrini ile birleştirilmektedir. Böyle bir terkibi yayan bir Amerikan hukuk sosyoloğunun fikirlerini, bir «Türk Hukuk Cemiyeti» namına yapılan konuşamada tanıtmayı çok faydalı görüyorum.

— VI —

Harvard Üniversitesi sosyoloji Profesörü Timasheff, Alman hukuk sosyoloğu Julius Kraft'ın birbirine zıt olarak gösterdiği iki içtihadı ele alıyor. Timasheff'e göre, her iki içtihat arasındaki farkların şuurunu elde ettiğimiz takdirde aralarındaki anlaşamamazlık kaybolacaktır. Şöyle ki asıl hukukçuların hukukî nizamı anarşi içinde bırakır diye endişe ile karşıladığı sosyolojik içtihat, onları zannettiği gibi, hukukî içtihadın yerini tutmak sevdasında değildir. Zira sosyolojik içtihadın vazifesi büsbütün başkadır. Ferdin irade ve hassasiyetine bir hattı hareket formu tahmil eden hukuk, kendine mahsus makanizma içinde işlerken hukukî içtihat bu formları tahlil tarih ve mukayese bakımlarından tetkik eder. Bunların kollektivite tarafından nasıl karşılandığını tetkik onun vazifesi dışındadır. Timasheff'e göre sosyolojik içtihadın vazifesi bu formların içtimaî zümreler tarafından karşılandığını yoklamaktır. Bu karşılamaya tasvip, yahut aksülâmel şeklinde olur. Her iki şekli objektif usullerle tetkik etmek : İşte tedvin sosyolojisinin ve ondan çıkacak sosyolojik içtihatçılığın esas vazifesi budur. Eğer kanun, ma'şer tarafından tasvip ediliyorsa sosyolojik içtihat, bizzat kanunla beraberdir. Yapacağımız bir şey varsa o da tedvinci fert veya heyet lehine kıymet hükümleri vermek, bir kelime ile onları muvaffakiyetlerinden dolayı öğmektir. Fakat içtimaî realite; ne fizik realite gibi sabit münasebetler sahasıdır, arzımızın bazı köşelerinde (meselâ Hindistanda, Habeşistanda) görüldüğü gibi karşılaşmak ve karşılaşmıştır, ne de insanlık tarihinin bazı zamanlarında (meselâ 13 asırlık ortaçağ) müşahede olunduğu şekilde statik kalmıştır. Onun için kanunî mevzuat ile içtimaî realiteler arasındaki inhiraflar, devir devir, zaman zaman başka manzaralar gösterir. 19 ve 20 nci asırların manzarası, baştan başa dinamizmdir. Bu vaziyette ehil olan, hemen ekseriya tedvin edildikleri tarihten az ve çok bir zaman geçmiş kanunlarla muhtevalarını teşkil eden reel arasında bir êcart, bir ayrılığın bulunmasıdır. Bu başkalık ve ayrılık, içtimaî zümrelerin kanun karşısındaki davranışlarında, bu davranışları aksettiren vesikalarda görülür. Timasheff, bu gibi hallerde hukuk sosyolojisine, kanunî mevzuata karşı kollektif aksülâmellerin müşahede ve tetkiki vazifesini yüklemektedir. Kendi ifadesile bu vazife dört istikamette ifa edilecektir :

1 — İnsanların kanunî mevzuata uyan veya uymayan hattı hareketlerini tetkik,
2 — Uymayan hattı hareketlerin zuhurlarını, inkişaflarını takip,
3 — Kanunî mevzuatın muhafazasına rağmen değişiklik isteyen hukuk müesseselerile diğer sosyal hâdiseler arasındaki bağlılıkları tesbit,
4 — Elde edilecek sosyolojik içtihatları müsbit hukuka mal etme yolları üzerinde tevakkuf.

Yakından tetkik edilirse vazifesi bu dört ameliyeden ibaret olan sosyolojik jürispüridans hukukî jürispüridans karşısına bir muhalif gibi, onun elinden işini alan birisi gibi dikilmiyecek ve onun yanıbaşında yer alacak, hattâ hukukî içtihadın gelişmesine de hizmet edecektir.

Bununla beraber çeşitli tedvin mahsulleri karşısında hukuk sosyolojisinin ifa edeceği bu dört vazifeyi, hukuk nizamının kendisine mahsus istikrarı bozacak tarzda kullanmamak ve hukukçular tarafından haklı bir reaksiyonla karşılaşmamak için bir noktaya dikkat etmek zarureti vardır. Şöyle ki tedvin ameliyesinden sonra, vazedilmiş bir kanun karşısındaki içtimaî reaksiyonları yoklamadan çok önce, tedvin ameliyesinden evvelki safhada hukuka yardımcı tedvin ilmini seferber etmek daha doğru değilmidir? Testi ile çocuğu çeşmeye gönderirken tokat atan ve kulak çeken meşhur Türk hocası gibi, sosyolojide tedvin ameliyesinin gerçekleşmesinden önceki safhalarda vazifesini hakkile ifa ettiği takdirde daha hafif, daha kolay ifa edilir bir hale gelecektir kanaatindeyiz. Bilhassa hukukî dinamizmden mahrum memleketlerde, yani bozulan veya teşri potasından bozuk çıkan kanunları düzeltmenin pek güç olduğu yerlerde tedvin öncesi safhanın telkin ettiği vazifeler daha mühimdir. Memleketimizi bu meyanda ele almak çok yerinde bir düşünce olsa gerektir. Bir mânada halâ sonu gelmediği ileri sürülebilecek olan tanzimat devresi boyunca Türk tedvininin, hukukî realiteler ilmi olan hukuk sosyolojisinden asgarî hissesini bile almadığını söylemek yalnış olmaz zannederim. Bu yüzdendir ki mevzu kanunlara karşı aksülâmelleri görebilmek için pek çok beklemeğe de lüzum kalmıyor. Zira Montesquien'nün formülü hâdiseler arasındaki zarurî münasebetleri formlaması gereken kanun mefhumuna yabancı davranıyoruz. Ne hâdise fikri, ne de onunla bir başka hâdise fikri, ne de onunla bir başka hâdise arasındaki münasebet fikri, rasyonalizasyon ameliyesi olan tedvin işinde kâfi derecede yer alamamaktadır.

Türk hukuk sosyolojisinin asıl vazifesi, XIX uncu asrın tedvinlerini garpte hazırlayan Kartezyen zihniyeti, bu zihniyetin ilk adımı olan ilmî şüphe telâkkisini canlı bulundurmak büyük ve küçük ölçüdeki her nevi tedvin mahsullerimizi ortaya atmadan evvel, çıkarılmak istenen kanun-

la alâkası realiteyi ilmî usullerle tetkik etmek, en sonunda tedvin çerçevesi içine girecek hâdiseleri şu veya bu hükümet Devlet adamının «beyn»i ile, «süje»si, «nefs»i değil, şahısların nüfusu hüviyetinden uzak bir tecrit ve münasebet kadrosu içinde göz önüne almaktır.

Bu suretle konuşmanın nazarî kısmına nihayet vererek tatbikî kısmına geçeceğiz.

— VII —

Medenî Kanun, Ceza Kanunu, Anayasa gibi büyük ölçüdeki tedvinler kadar küçük çapta ve muayyen meselelere ait tedvinleri de içine alan Türk tedvinine ait sosyolojik mütalâaların müşahhas bir misal ile daha etraflı bir surette belirtmek lâzımdır. Çok bereketli olan, hattâ bu bereketliliği bazı hukuk muharrirlerince tenkid edilen son çeyrek asırlık Türk tedvin hazinesi içinden böyle bir misal seçmek güç değildir. Hukuk tarihinin pek ender kaydettiği gibi bir recoption devri yaşadık, şimdi de bazı müelliflerin ümitle bekledikleri «tercüme ve iktibas suretile alınan ecnebi hukuklarını türkleştirme» gayesine bizi ulaştıracak bir adaptation, bir intibak devri yaşıyoruz. Nazarî düşünceleri müşahhaslaştırmak için bu neviden büyük çaptaki ana kanunlardan biri veya bir kısmı seçilebileceği, muayyen lejisplâsyon mahsulleri de intihap olunabilir. Huzurunuzda bulunacağımı düşünürken bu seçimin Maarif Kanunlarımız arasından yapılmasını düşündüm. Tedvin sahasını böylece seçtikten sonra gözüm bu sahanın Türk halk efkârını en çok işgal eden bir köşesine ilişti. Şimdi sizinle beraber 3803 sayılı ve 17 Nisan 1940 tarihli Köy Enstitüleri Kanununu ve rolünü ve vazifesini anlattığımız nazarî hukuk sosyolojistik maddesinden geçireceğiz.

Herhangi bir tedvin mevzuunu ele almadan evvel o mevzuun nisbeten yakın bir «dünü»nü çeşitli tarih ve sosyoloji metodlarile gözden geçirmek bu suretle reel hakkında bir fikir edinmek lâzımdır demiştik.. Acaba bu kanun projesi teş'ri mekanizmasına tevdi edilirken Türkiyede ilk öğrenim ne durumda idi? Selçuk oğulları devrinin öğrenim tarihine kadar gitmeksizin — ki biz gitmek istesek de kaynaklardan mahrumuz — Fatih ile işe başlıyacak olursak bu büyük Türk hükümdarının, İstanbulu fetih ferdasında hemen bir **Darüttalim** kurduğunu, sonraları mahallelere teşmil edilerek adlarına bu yüzden **mahalle mektepleri** dendiğini, bu müesseseleri yaşatacak **vakıfların** tesis olunduğunu, bütün imparatorlukta da aynı şekilde ilk öğretim yuvaları vücuda getirildiği görürüz. Evliya Çelebi gezdiği yerlerin subyan mektepleri sayısı hakkında malûmat verirken İstanbul için 1299 rakamını zikrediyor. Meşhur seyyahımızın bu rakamını tahakkuk işini Maarif tarihçesine bırakarak Tanzimat devrine atlıyacak olursak hukuk ve tedvin tarihimizin bu mühim devrinde Maarif

politikasının ilk öğretim cihazına dokunamadığını görürüz. Binaenaleyh memleket içindeki mahalle mektepleri, Tanzimattan önceki devrimiz muhafaza etmektedir : Mahalle mektepleri malî bakımdan vakıflar ve talebe haftalıkları ile idare ediliyor. Ancak 1871 de Mithat Paşanın Tuna valiliği esnasında kısır bir Maarif islahat cereyanı, aynı tarihlerde Cevdet Paşanın Maarif Nazırlığı zamanında da kendi tabirile «usulü tedrisiye» si gibi «muallimlerinin usulü tedrisiyesi» de başka olan ve daha sonra çoğaltılacak bulunan bir nümune ilk mektebi hareketi görülüyor. 1875 de bir Maarif talimatnamesi, imparatorluk içinde her şehrin her mahallesinde bir **Meclisi Tedrisin** kurulmasını, ilk tahsil işlerinin bu Meclis tarafından ademi merkeziyet esasına göre ifasını düşündü. Fakat bütün bu tedbirler yarım kalmış, ikinci meşrutiyete kadar ilk öğretim umumî olarak Fatih devrinin mahalle mektepleri sisteminden ayrılmamıştır. Yalnız büyük şehirlerde, bir ay sonra bütün Türkiye Maarifçilerinin 100 üncü kuruluş yıl dönümünü kutlıyacakları Darülmuallimin ... lerden yetişenler **Mekâtibi Umumiye-i iptidaiye**, de yeniliğin ölçüsü olmağa çalışmışlardır.

İkinci meşrutiyet, ancak beş sene sonra 23/Eylül/1913 tarihli tedrisatı iptidaiye kanunu ile ve aynı tarihte neşredilen kanun hem **Usulü tedrisi**, hem de muallimlerinin usulü tedrisiyesini nizama soktu, mecburi ve meccanî ilk öğretim prensibini tatbika başladı. O zamanın matbuatında (ilk öğrenim hizmetlerinin karşılığını Devlet mi ödesin, mahallî idareler mi?) münakaşası mahallî idareler lehine haledildi. Cumhuriyet 1923 de ilk öğrenim durumunu bu şekilde buldu. Meşrutiyetin cumhuriyete aktarma ettiği öğretici ordusu, bugün yurtta ilk öğretim işini başaracak dereceden çok uzaktı. Daha sonralara ait bir istatistik millî misakın çizdiği hudut içinde Türkiyede köylerin acınacak derecede ilk öğrenim nimetinden mahrum olduğunu gösteriyordu. Rakamların hazin belâgatine göre 40,000 köyün ancak 4638 i ilk öğrenimden istifade edebiliyordu. Bu yayılışın haritası ise, rakkamın büyük bir kısmının garp ve merkez Türkiyesine düştüğünü göstermektedir.

— VIII —

Tedvin sosyolojisine ait nazarî mütalâaları huzurunuzda müşahhaslaştırmak için seçtiğim kanun, işte yeni Türkiyenin ilk öğrenim hayatına ait olmak üzere çizdiğimiz tarihî tabloyu ve kaydettiğimiz rakamları göz önünne alarak tedvin edilmiştir. Her kanun gibi bu kanun da maddelerine serpiştirilmiş bir umumi fikirler, prensipler manzumesidir. Bu prensiplerin belli başlı olanları şunlardır :

1 — İlk nümunesi bundan yüz sene evvel vücude getirilen, son yarım asır zarfında memleketin hemen bütün mıntakalarına yayılan muallim mektepleri ve yetiştirdiği elemanlar Cumhuriyet Türkiyesinin bil-

hassa köyde yapılması gereken ilk öğretim cihazını idare edemiyorlar. Köy Enstitüleri Kanunu etrafında yapılan neşriyata göre mevcut muallim mektepleri, bir defa köyden ve kasabadan icabettiği kadar talebe alamıyor, aldığını da tekrar köye gidecek şekilde yetiştiremiyor. Taahhüt zorile köylere gönderilenler yaşamamakta, intibak edememekte, fonksiyonsuz kalmaktadırlar. Netice şudur : Ne yapıp yapıp köye giden ve kalan bir muallim tipi yetiştirilmelidir. Bunun için ordudan terhis edilmiş «çavuş»larını bir kurstan sonra «eğitmen» adı ile kullanılması fikri, biraz sonra birkaç yerde vücude getirilen köy muallim mektebine, nihayet Türkiyenin 22 yerinde vücude getirilen köye mal olacak bir köy mualimi yaratmak oluyor.

2 — Kanunun dayandığı ve pek vazıh olarak belirtilmiyen ikinci ana fikir, şehir muallim mekteplerinden çıkanların köylerde kalmamalarının illetini gösteriyor : Muallim köyde kalmıyor, zira şehirlidir veya şehirlileşmiştir. O halde Enstitüler yalnız köylü çocuklarına açık bulundurulmalıdır. Böylece bir şehir-köy tezadı, kanunun üçüncü maddesine meydan veriyor.

3 — Osmanlı tarihi boyunca, 1913 vilâyetler kanunun emrettiği (ilk öğretimin hususî muhasebelerce tediyesi) usulüne kadar vakıflar veya talebe haftalıkları ilk mektep hocalarının hizmetlerini tediye işinde kullanılmıştır. Fakat 1913, bu usulde de; eşitlik yaptı ve ilk öğretimi malî bakımdan hususî muhasebelere bağladı. Köy Enstitüleri Kanunu, mevcut ilk mektep muallimlerini değil, yalnız kendilerinden çıkacak olanları umumî müvazeneye geçirdi. Böylece kanunun yedinci maddesi fiiliyatta ilk öğretim hizmetini ifa edenleri ikiye ayırıyor.

4 — Mamafih köy enstitülerinden mezun olacak muallimler, umumî müvazeneye bareme tabi olarak girmiyecekler, bunlar umumî müvazeneden yalnız pek cüz'î bir ücret alacaklardır. Yedinci maddeye göre üç aydabir altmış lira veriliyor.

5 — Bu ödemenin, muallimin geçimini temine kâfi gelmiyeceği şüphesizdir. Diğer taraftan kanunun tedvin edildiği zamanda köy enstitülerinden çıkacak olanlara barem basamağında bir yer ayırmak güç değildi. Kanunu hazırlayanlar, bu ücreti geçim endişesile değil, sembolik bir bağlılık olarak düşünmüş olacaklardır. İlk öğretim mensuplarının geçim işi, onları yeni bir vakıf'ın adeta mütevellisi yapmak suretile temin edilecektir. Kanunun on birinci ve on ikinci maddesi, vakfın tesis tarzını gösteriyor. Mektep arazi ve eşyası icabında muallimden muallime geçecek, bu suretle zannıma göre eğer bir başka maksat yoksa 1913 e kadar ki mahalle mekteplerini idare eden vakıfların nev'ini modern ve büyük çapta bir tekrarı vücude getirilmek istenmiştir.

6 — Dünyanın her tarafında ilk mektep hocası, önce öğretici, geri kalan zamanda da terbiye edici rolünde düşünülmüştür. İçtimaî iş bölümünde muallime düşen bu fonksyon kadar tabiî bir şey olamaz. 3083 sayılı Köy Enstitüleri Kanununun vasfı, tedvincisi olan heyet veya heyetlerde de bu fikir mevcuttur. Yalnız kanun bu fonksyonların ikincisine pek büyük bir ehemmiyet atfediyor : Muallim, bütün bir medeniyeti teknik ve sınaî varlıklarile Türk köyüne nakleden müstesna enerji ve idealizm ile mücehhez bir canlı unsur olarak düşünülmektedir. Kanunun altıncı maddesi bunu göstermiyor.

7 — Nihayet kanunlar yalnız köylerden alınacak Enstitü talebelerini, beşinci maddesiyle yirmi senelik bir taahhüde bağlamak, bu taahhüde riayet etmeden ayrılanlara hiç bir Devlet hizmeti vermemek. Bu suretle birinci olarak yukarıda anlattığımız (köyde kalmak ve köye mal olmak) davasının pek şiddetli bir hukukî müeyyideye bağlamak istiyor.

— IX —

Başlıca yedi noktada topladığım bu esaslar, ne nisbette kanun tedvin eden fert veya fertlerin, heyet veya heyetlerin sübjektif olmayan fikirlerinden mülhemdi. Türkiyede ilk öğretimin serpilmesi arzu ve temayülü ile, bu serpilmeye hizmet edecek canlı ve cansız terbiye unsurları hâdiseleri arasındaki zarurî münasebetleri ne tarzda kavramıştır? Bu münasebetlerin başlangıç ve varış noktaları kâfi bir sarahat ile tâyin edilmiş midir? 40,000 köyün yalnız 4,000 şukadarında muallim varsa, her köye hiç değilse bir hoca gönderme çaresi nedir? Köy Enstitüleri Kanununun tedvinine hizmet edenler bu çareleri yukarıdaki yedi esastan bulmuşlardır. Halbuki gerek bu yedi esas, gerek diğerleri hakikî bir tedvin sosyolojisinin en basit pesfilalarını gözönüne almaksızın ortaya atılmış bulunuyor: Yukarıdaki yedi esasa tekrar dönüyorum:

1 — Bir defa kanunun tanzimine hakim olan birinci esas, yani mevcut muallim mekteplerinin ilk öğretimi yayma gayesine cevap vermediği fikri her türlü reel destekten mahrumdur. Ve hiç bir sosyolojik tetkika dayanmamaktadır. 1940 da, köy enstitülerinin tasarlandığı tarihte mevcut muallim mektepleri şehirden olduğu kadar köyden de talebe alıyor, bunları tekrar köye ve kasabaya iade ediyordu. Eğer İstanbul ve İzmir gibi bir iki şehrin muallim mekteplerinde yetişmiş olanlar, gönderildikleri vazifelere intibak etmemişlerse bunu izale sebeplerini aramak lâzımdır. Binaenaleyh muallim mekteplerinin şimdiye kadar ifa ettikleri hizmete göz yumarcasına mütalâalarda bulunmak, bir kaç mahdut misali yalnış şekilde tefhim ederek (mevcut muallim mektepleri köyler için muallim yetiştirmiyor) tarzında kat'î bir hüküme vasıl olmak tamamile hatadır. Her türlü gerçekten mahrumdur. Organik görüşe dayanan içtimaî

ve kültürel müesseseler sosyolojisi, mevcutlara arka çevirmekle değil, mevcutları düzene sokmak ve programlarını yeni ihtiyaçlara göre yeniden tanzim etmekle ileri adım atılabileceğini gösteriyor. Diğer taraftan gerek adına «eğitmen» denen çavuşlarından muallim imal etmek, yahut daha sonraki köy enstitülerinden çıkan ve köylü çocuklara tebliğ edecek bilgisi ve telkin edecek kültürü öğretime son derece fakir, öğreticilik kabiliyeti hemen hiç bulunan unsurlardan büyük kafileler vücude getirmek kaliteli muallim idealini cevhersiz bir kantite fikrine feda etmekten başka birşey değildir.

2 — İkinci esas, hiç bir sosyolojik gerçeğe dayanmıyor, şehir ve köy tezadı ancak siyasî doktrin sahiplerinin politika sahasında şu veya bu hedefe varmak için sürdükleri bir meseledir. Bu mesele pedagoji mensuplarınca ve terbiye politikasına müessir olmak istiyen maarifçilerce ancak program tanzimi esnasında ele alınabilir. Yoksa (şehirli muallim köyde kalmıyor, binaenaleyh münhasıran köylü çocuklarını bu yeni müesseselere kabul etmeliyiz) tarzında bir istidlâle dünyanın hiçbir yerinde rastlanmamıştır. Köy enstitülerinin münhasıran köy çocuklarına hasrı, bir bakıma çalışma hürriyetine engel olması itibarile de bir Anayasa hukuku meselesi doğurabilecek Anayasanın 92 nci maddesile çarpışacak mahiyettedir. Zira bu kanunun beşinci maddesi, köylerin şehir muallim mekteplerinden yetişmiş hocalarının köy enstitüsü mezunlarile mübadelelerinin sona erdiği gün köy hocalığına münhasıran köylüye ait bulunduracak demektir. Şehir çocuğunu, meslek seçimi sırasında bilfarz köy hocalığı yapmaktan menederken, öte taraftan mizaç ve temayül itibarile çocuk iken ailesinin kendi namına seçtiği ve 20 senelik taahhütle bağlanmadığı köy hocalığı mesleğini istekli yapmayan ve kasabaya, şehre, oradaki işlere ve zenaatlara meyleden köylü çocuğunun da içtimaî iş bölümünde belki daha hayırlı ve verimli olacak bir meylini körletmeğe çalışmak tehlikesi vardır. Dört sene evvel birkaç meslekdaşla Kastamonudaki Göl Köy Enstitüsünü gezerken kendilerile hasbihal ettiğim köylü delikanlılardan bir kaçı, enstitüyü bitirdikten sonra ne yapıp yapıp şehirde fotoğrafçılık edecekleri, yahut yükseg tahsile devam edeceklerini söylemişlerdi. Geçen sene Erzurum taraflarında yaptığım bir seyahatte Cilavuz Köy Enstitüsünden mezun bir gencin, köy hocalığını kerhen ve kaçamaklı şekilde yaptığını, buna mukabil yakın kasabadan açtığı dükkânı hevesle idare ettiğini görmüştüm. Köy enstitülerinden şimdiye kadar çıkanların yirmi senelik taahhütlerine riayet etmiyenlerin ve edemiyenlerin sayısı ve riayetsizlik sebepleri hakkında monoğrafik usullerle edinilecek bir bilgi bu cineti daha iyi aydınlatacaktır.

3 — Üçüncü esas, ilk mektep hocalarını ikiye ayırıyordu : Birisi eskiden mevcut olanlar ki bunların hizmetini hususi muhasebe ödiyecek-

tir, diğeri köy enstitülerinden mezun olanlar ki bunların hizmetini kısmen umumî müvazene ödiyecektir. Tedvin politikasının en tabiî hedeflerinden biri, alâkalı olduğu meselede hukukî muamele vahdeti tesis etmek iken bu kanun mevcut vahdeti bozmuştur. On beş gün evvel neşredilen 5166 sayılı Kanun bütün ilk öğretimi umumi müvazeneye bağlamak suretile bozulan vahdet tekrar tesis edilmiş bulunuyor.

4 — Dördüncü ve beşinci esaslar, geçen sene sonlarına doğru neşredilen 5129 sayılı Kanunla temelsizlikleri ve yanlışlıkları tamir edilen esaslardır. Bir defa mevcut ilk öğretim mensuplarının hizmetleri azçok nakdî bir tediye ile karşılanırken, köy enstitüsü mezunları büsbütün başka bir rejime tabi tutuluyorlar. Bundan güdülen maksat, anlaşıldığına göre köyün iktisadî kalkınmasında örnek müstahsil olacak bir köy hocası yetiştirmektir. Fakat on iki yaşında köyünden ayrılmış, köyünün yanıbaşındaki veya biraz uzağındaki enstitüden on yedi yaşında çıkmış delikanlılara şöyle böyle iki bin liralık canlı ve cansız istihsal levazımı ile mıntakasına göre değişen miktardaki araziyi emanet olarak tevdi etmek, kendisine de (bu istihsal levazımı ile demircilik, terzilik, balıkçılık... yapsa, bu araziye çeşitli zeriyat ile işle sanatini ve ziraatini köylüye örnek olacak şekilde ilerleyen, hepsinin yalnız intifa hakkı sana attir, yaşa, geçin, bu arada öğretim işlerini de çevir, muhitine bereket, nur ve feyz saç!) öğüdünde bulunmak, ancak reelden ve realite ile temastan kaçanlar tarafından verilebilir. Türkiyede ilk öğretimin en ücrâ köylere kadar yayılması gibi her vatandaşın derdi olan büyük dâva ile, tesis edilmek istenen bir nevi vakıf arasında ne gibi zarurî bir münasebet bulunduğu hakikaten anlaşılmıyacak bir noktadır. İster eski mahalle mektebi vakıflarınca büyük ölçüde ihya maksadı görülsün, ister muallime ve onun vasıtasile muhitine kollektif mülkiyet zihniyeti telkin edilmek istensin : Her iki takdirde en basit pisikolojik ve sosyolojik mütalâalara göz yumulduğu görülmektedir. Eski vakıf, dini bir dünya görüşüne bağlıdır. Şart vakfı yerine getiremiyen dindarın muztarip haleti ruhiyesi, vakfın idaresi ve muhafazası için en büyük garantidir. Zamanımızda ise böyle bir dini dünya görüşü, bukadar kuvvetli bir idare ve muhafaza haleti ruhiyesi mevcut değildir. Vakıf, Fransız Hukuk sosyoloğu Maurice Hanriou'nun ifadesile, dayandığı «işi ve teşebbüs fikrini», bunun istilzam ettiği şuur ve enerjiyi kaybetmiştir. İstenen şey eskiyi ihya değil de yeni bir siyasî ideolojinin talep ettiği kollektif mülkiyet itiyadını yaratmak ise bu, ilmî zaviyeden tamamile yalnış ve hatalıdır. Bir defa tanzimattanberi ihtimalî cehtlerimizin hedefini teşkil eden medeniyetin iktisadî zihniyeti, ferdî mül-

kiyet ve teşebbüs ruhu ile meşbu bir haldedir. Bir köy mualliminin esaslı vazifesi bu zihniyeti muhitine telkin, imkân nisbetinde de kendisine tatbik etmekten, köylünün ancak ferdî mülkiyet iştiyakı içinde müstahsil olmasını temin eylemekten ibarettir. Hattâ kollektivizm fikrini aşılayan Marxist ideoloji bile, iktisadî ve içtimaî inkişafta ferdî mülkiyet ve teşebbüs fikrine dayanan istihsal vetiresinin cereyanından evvel herhangi bir kollektivizmin vukua gelemiyeceğini, gelmesinin veya daha doğrusu getirilmesinin de gayrı tabiî olduğunu düşünmektedir.

Demek oluyor ki birkaç ay evvel neşredilen 5129 sayılı ve 4/9/947 tarihli Köy Enstitüleri Kanununa Ek Kanunun mucip sebepler lâyihasını dolduran, ehemmiyetinin hepsi köy mualliminin eline herhangi bir maksatla emanet edilen eşya ve araziden çıkan sayısız dertler, şikâyetler, asıl Köy Enstitüleri Kanunun tedvini esnasında, çok basit bir pisikoloji ve sosyoloji bilgisi ile dikkati celbedecek ve önlenecek hâdiselerdi. Fakat bu sahada müsbet, objektif, müessir bir etüdün tedvin sosyolojisinin yokluğu, konuşmamızın nazarî kısmında fikirlerinden bahsettiğimiz Amerikan sosyoloğu Timasheff'in izah ettiği içtimaî reaksiyonlar pek çabuk meydan vermiştir. Gariptir ki bu reaksiyonlar, yalnız köy mektebi vakfının veya kollektif mektebinin tesisi için arazisi istihlâk edilen köylü tabakasına ait değildir. Bizzat reaksiyonlara hedef olan genç köy muallimleri de kendilerine emaneten hediye edilen geniş arazi karşısında ne yapacaklarını şaşırmışlar ve için için köylü tabakasını desteklemişlerdir. Yeni neşredilen 5129 sayılı ve 4/9/1947 tarihli Ek Kanun, işte bir taraftan arazileri istihlâk edilenlerin, bir taraftan kendilerini geçim zorluğu karşısında istihsal işine veren muallimler tarafından çocuklar ve okutulamayan veya okutulan yerlerde de iyi okutulamayan çocuk velilerinin reaksiyonlarına, diğer taraftan enstitü mezunlarının biran evvel kendilerinden evvelki muallim mektebi mezunu meslekdaşların durumunu elde etmek için gösterdikleri aksülâmellere verilmiş bir cevap mahiyetindedir. Bu cevabın tedvin sosyolojisi bakımından içtimaî reaksiyonları ne nisbette tedavi etmeğe muvaffak olduğunu burada bahis mevzu etmek istemiyoruz. Yeni neşredilen bu ek kanunun mucip sebepler lâyihası, hadise karşısındaki aksülâmellerin monoğrafilerinden çıkarılmış faydalı bir hülâsa mahiyetindedir. Lâyiha, köy enstitüsü mezunlarına verilen arazi yüzünden vukua gelen şikâyetlerin aradan geçen zaman esnasında «bir çığ gibi» artmakta olduğunu, «Enstitü mezunlarının bedbinlik içinde bulunduğunu», zikrettikten sonra tesis edilmek istenen bu yeni vakıflardan sarfınazar edilmesini, arazinin verilen bedeller alınarak sahiplerine demirbaş eşyanın da Devlete iade olunmasını istiyor. Hülâsa hiç yoktan resmî daireler ve mahkemeler için karışık işler ihdas eden 3803 sayılı ve 17 Nisan 1940 tarihli

Köy Enstitüleri Kanununun yedi sene sonra 5129 sayılı ve 4/9/947 tarihli «Köy Enstitüsü mezunu öğretmenlerle geçimlerini düzenliyecek ek kanun» tarafından bu suretle hükümden düşürülmesi, dediğimiz gibi, asgarî bir tedvin zihniyetinden mahrumiyetin güzel fakat hazin bir misalidir.

6 — İçtimaî iş bölümü, henüz müesseseleri ve hâdiseleri sosyolojik tehalüf kanununun tesirlerine maruz kalmamış cemiyetler de bile, öğreticilik işinin muayyen bir tabaka işi olmasını emrediyor. İptidaî cemiyetlerde dahi, hiç değilse yalnız manevî fonksiyonların, dinî, bedii ve sihrî hizmetlerin bir fertte toplandığını görüyoruz. Türk cemiyeti, muasır ileri cemiyetler kadar geniş bir içjtimaî ve fikrî iş bölümüne sahip değilse de, öğreticilik fonksiyonunu ayrı bir meslek halinde idame edebilecek durumda ve iktidardadır. Basit bir içtimaî müşahedenin her kese kazandırabilceeği bu hakikati, 3803 sayılı Köy Enstitüleri Kanununu hazırlayanlar kadar onun teşri makinesinden geçişine şahit olanlar da her nasılsa görmemezlikten geliyorlar. Nihayet kanunlaşan proje yedi sekiz senelik bir ömürden sonra aksaklığını meydana vurmuş bulunuyor. Üç, dört ay evvele kadar tedvin edilen ek bir kanunun mucip sebepler lâyihası, müstahsil muallim yetiştirmek isterken asıl hedeften yakın öğretici muallimden uzakalşıldığını çok acı bir lisanla izah etmektedir. İstihsal levazımı ve ziraat arazisi alan enstitü mezunu delikanlılar, istihsal aletlerini paslandırmışlar ve bir kenara atmışlar, canlı vasıtaları satmış veya kiraya vermişler, arazi, kendisine serpilen tohumu bile iade etmemiş, arazinin biraz verimli olduğu yerlerde ise delikanlılar kendilerini istihsale vermişler, sanki öğretim ve terbiye fonksiyonları için yetişmemiş ve ziraat mühendisi olarak yetiştirilmiş gibi davranmaya başlamışlardır. Bu yüzden resmî takipler, suiistimal tahkikatı alıp yürümektedir. Bu halin fecaatini arttıran bir nokta daha var :

Köy enstitüsünden gelen on yedi yaşındaki delikanlı öğretmen, köyde mıntakasının muallim mektebinden yetişmiş, köye intibak etmiş, kendisini köylülere sevdirmiş, yüzlerce çocuk yetiştirmiş, Devlet ve millet hizmetinde on, onbeş, yirmi, otuz senesini bu şekilde geçirmiş olan muallimin vazifesinden çıkarılmasına veya âtıl bırakılmasına yol açıyor. Böyle bir hale uzak vilâyetlerimizden birinde birkaç dost ile beraber şahit olduk : Mıntakanın köy enstitüsünden mezun bir gencin Devletten verilmiş istihsal levazımı ile köye gelmesi ve emrine âmade bulundurulan evi elli dönümden fazla araziyi teslim alması üzerine, yine mıntakanın muallim mektebinden mezun olmuş olan onbeş senelik emektar ve tecrübeli muallim baş öğretmenilkten uzaklaştırılıyor. Bir sene sonraki durum şudur : İçinde gözlerimizle gördüğümüz bir küreğin de bulunduğu demircilik le-

vazımı, kenara atılmış, kürek delinmiştir, canlı hayvan satılmış, arazi ortakçıya verilmiş, muallim evi bir memura kiralanmış, enstitü mezunu öğretmenin kendisi de kasabada bir dükkân açmıştır. Buna mukabil, köylülerin saygısını celp etmiş olan on beş senelik kırk yaşlarındaki muallim boynu bükük vaziyette yirmi iki yaşındaki delikanlının emrine verilmiştir. Hemen söyliyeyim ki enstitülerden gelenlerin muallim mekteplerinden çıkanları bir tarafa atması hâdisesine, yeni ek kanun nihayet vermiş bulunmaktadır.

7 — Nihayet yedinci esas, yalnız tedvin sosyolojisi değil, pisikolojik gelişmemizin her selim akıl sahibince idrak edilen tabiî kanunlarile, insan hakları davası ile çarpışmaktadır. Dünyadan haberi olmayan köylü çocuğunu, yirmi sene için şimdilik günlük rızkını düşünebilen babası vasıtasile köy hocalığı yapmak taahhüdile kıskıvrak bağlamak ve herhangi prensipten ayrılırsa hiçbir Devlet hizmetinde kullanılmamak suretile bir müddet sonra 40,000 Türk köyünü muallim nimetinden hissedar kılmayı düşünenlerin bu suretle öğreticiliği servaj devirlerini hatırlatan hukukî müeyidelerle temin etmeği tasarlayanların yalnış düşünceleri üzerinde daha fazla durmıyacağız.

— X —

Böylece ilmi tedvin politikasının nazarî sosyoloji ile alâkalı taraflarını bu sıralarda halk efkârını ve maarif siyasetimizi çok işgal eden bir mesahaden alınmış bir misal ile belirtmek vazifesini bitirmiş oluyoruz. Seçtiğimiz misalde asıl mühim nokta, hakikat millî ölçüde büyük bir misal olan ilk tedrisatı yayma işi karşısında reelin iç yüzünü gösteren tedvin öncesi araştırmaların yapılmamasıdır. Bu gibi araştırmaların başında maarif siyasetimize hâkim olmasını her zaman istediğimiz bir nevi hads ve sezişin yer alması lâzımdı. Bu da uzviyetçi sosyoloji doktrinlerinin temel düşüncesi olan kültür müesseselerinin organik gelişmesi zaruretini ifade eden bir hâdis, bir intitiondur. Tanzimatın ilk yüz senesinde vücude getirdiği Darülmuallimin, ikinci meşrutiyetin oldukça inkişaf ettirdiği muallim mektebi, Cumhuriyetin modern tedris ve terbiye usulerile az ve çok cihazlandırmaya çalıştığı öğretmen okulu, başka isimler altında aynı uzvî varlığın ve gittikçe tekâmül eden bir devamını teşkil etmektedir. Eğer 1935 - 1940 arasında Devletin maarif siyaseti, birdenbire 40,000 köyden yalnız 4,000 kadarında muallim bulunduğunu fark ederek radikal bir harekete geçmek kararını verdise yapılacak iş aynı uzvî varlığı ele alarak, hattâ bulundukları binalar içinde — zira sık sık yer değiştiren insanlar gibi, sık sık yer değiştiren teşkilâtlar da maddî ve manevî hüviyetlerinden çok şey kaybederler ve göçebeleşirler — yeni ihtiyaçlara göre teşkilâtlandırmak, esasen büyük bir köy

olan şehirlerimizden kaçmağa lüzum hissetmeksizin mevcut muallim mekteplrini program, öğretim heyeti, tahsil müddeti, talebe kadrosu zaviyelerinden ele alarak islâh etmek ve işi plânlaştırmaktan ibaretti. Fakat böyle hareket edilmedi. Tıpkı tanzimatın medreseyi, ilk öğrenimi bir tarafa bırakıp orta öğretime mahsus mektepler açması ve medreseler kelimesinden ayrı olarak Darülfünunlar düşünmesi ve her şeyi bundan beklemesi nevinden bir hareket ile karşılaştık : Muallim mektepleri bir tarafa bırakılıyor, bunlardan yetişmiş binlerce muallimin mahallî idarelerce maaşlandırılması devam ediyor. Öbür taraftan organik bir içtimaî inkişaf telâkkisile taban tabana zıt, köyden başka birşey olmayan şehirlerimizi birer Nevyork tahayyül ederek onlardan uzak boz kırlarda ve şehirlerde milyonlara mal olan yeni müesseseler düşünülüyor ve bunların idaresi için yine organik ve müsbet bir tedvin san'atının prensiplerile yukarıda anlattığım şekilde çarpışacak bir kanun vücude getiriliyor. Kanun projesinin Büyük Millet Meclisinin Encümen ve Umumî Heyet toplantılarında müzakeresi esnasında, bazı milletvekillerinin realist ve pozitolist bir tedvin bilgisi ile anlaşacak bazı mütalâalarına rastlanıyorsa da bunlar, çölde kaybolan sesler mahiyetindedir. Üstelik memleketimizdeki tedvin hayatının mutlaka tedavî edilmesi lâzım bir hastalığı, herhangi bir kanun projesine karşı birkaç tenkidin yapıldığı anda hemen müstaceliyet kararile müzakere ve kabul illeti, bu birkaç tenkidin de gözönüne alınmasına mâni olmuştur.

Konuşmanın sonuna gelmiş bulunuyoruz. Doğrudan doğruya hukukî bir hâdise olmamasına rağmen hukukî bir şekil taşımasından dolayı tedvin hayatımızın karekteristik bir tezahürünü teşkil eden 3803 sayılı Kanunu, nazarî mütalâalarımız için bir tatbikat sahası yaptık ve göstermeğe çalıştık ki bu kanun, alâkalı olduğu içtimaî realite parçasının unsurları arasında Montesquieu'nün istediği «zarurî münasebetler»i hakkile görüp tespit edememiş, tabiat hâdiselerine sihir yolu ile, yahut modern fizikten önceki kalite fiziki ile tesir etmek isteyen majisyen veya metafizisyen tarzında davranmıştır. Bugün hukuk sosyolojisi içinde, kodifikasyon sanatı, tedvin bilgisi, kanun yapıcı, vazı kanun fenni... gibi isimlerle yadedilen araştırma ve tatbikat kolu ayırıcı bir disiplin halinde teessüs etmeğe çalışıyor. Bu yeni bilgi dalının umumî sahada çok ihmal edildiği, maalesef pek ciddiye alınmadığı memleketimizde Türk hukukçuluğuna düşen vazifelerin birincisi Türk şairi Tevfik Fikret'e :

Kanun diye kanun diye kanun tepelendi!

Mısraını söyleyen zihniyet ile mücadele etmektir. Bu mısradaki birinci ve ikinci «kanun»lar, sosyoloji lisanile tefsir edildiği takdirde, ted-

vin sanatına, ilmî bir kanun koyma fennine yabancı kalınarak ulu orta yapılan kanunlar ise, üçüncü «kanun», yani şairin tepelendiğini ifade ettiği kanun, içtimaî eşya ve hadisat arasındaki zarurî münasebetleri formülleyen, bu bakımdan vetire ve ruh itibarile tabiat kanunlarından hiç de geri kamlayan hakikî hukuk kanunlarıdır. Esasen tabiat kanunlarının hedefi olan hakikat, hukuk kanunlarının gayesi olan adaletten sadece kelime olarak ayrılıyor. Zamanımızın büyük bir feylesofunun dediği gibi tabiat kanunları bize parça parça bildirdikleri fizik realitenin «adalet» i ifade ediyorsa da, hukuk kanunlarının tesisine çalıştıkları şey de bizi belki aynı fizik realitenin başka tazahürlerle bir devamı olan içtimaî realitenin «hakikat» ine kavuşturmaktan başka bir şey değildir.

Muhterem dinleyicilerim:

Artık sabrınızın daha fazla uzamasına meydan vermiyeceğim.

Kuruluşunun ilk gününden beri çalışmalarını yakından takip ettiğim Türk Hukuk Kurumunu, neşriyatile, hukuk tarihimizi tetkike hedef görünen enstitü ile konferanslarile Türk hukuk tarihine ve onun işleyicisi olan Türk hukuk sosyolojisine yaptığı yardımlardan dolayı huzurunuzda bilhassa tebrik ederim. Gayesi, hayata biraz daha hak duygusu ve hukuk saygısını sokmak, aynı zamanda hukuk müessesesini de daima ve hayata yaklaştırmak olan «kurum» memleketin yerli ve yabancı salâhiyetli hukuk otoritelerine tahsis ettiği bu konuşma kürsüsünde naçiz bir içtimaiyat mensubuna da yer veriyor. Bunu konuşma sahibinin hukuk ile dolayısiyle olan alâkasından ziyade, formun içtimaî ilimlere mensup olanlar arasında bulunmasını istediği iş ve çalışma birliği şuuruna atfediyor, bu alâkayı yüksek huzurunuzda içtimaî bir ilim olan hukuk ile, içtimaî ilimler manzumesi olan içtimaiyat arasındaki tesanüdün nişanesi telâkki ederek konuşmama nihayet veriyorum.

Prof. Dr. Z. F. FINDIKOĞLU
İstanbul Üniversitesi İktisat ve Hukuk Fakültesi İçtimaiyat Profesörü.

BİBLİYOGRAFYA

Hukuk Mantığı ve Tefsir. Ali Himmet BERKİ. Ankara Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T. A. Ş. 273 sayfa, 5 lira.

Son zamanlarda yargıçlar, avukatlar ve diğer hukuk müntesipleri için hukuk ilmi bakımından büyük bir kıymet arzeden yeni bir eser Yargıtay 2 nci Hukuk Dairesi kıymetli Başkanı Sayın Ali Himmet Berki tarafından yayınlanmıştır.

Eser «**Hukuk Mantıkı ve Tefsir**» adını taşımaktadır. Münderecatı, eserin kabında da görüldüğü üzere «Tefsir — Tefsir hakkındaki meslekler — Lâfzî ve Ruhî tefsirin ehemmiyeti — Hukukun menbaları — Hass lâfızlar ve mucebleri — Emir, nehi, mutlak ve mukayyed ve hükümleri — Nefsi vücub, vücubu eda — Memurda kudret — Âmm, müşterek lâfızlar ve hükümleri — Hakikat ve Mecaz — Delâletler : Lâfız olmıyan şeylerin ve lâfızların delâletleri — Vuzuh ve hafa cihetiyle lâfızların nevileri : B. M. M. kararlarından misaller — Muteber olmıyan delâletler — Beyan ve nevileri — Nesih ve ilga — Tashihler — Edatların mânası — Ruh ve mantık bakımından tefsir — Örf ve âdet — İlmî, kazaî, teşriî tefsir — Kanunlarda hata — Kıyas — Hukukun yardımcı kaideleri — Tefsir kaideleri — Kanun maddeleri üzerinde ve mukaveleler üzerinde tefsir tatbikatı»ndan ibarettir.

Müellif bize bu eseri neden kaleme alarak telif ettiğini önsözünde izah ediyor ve diyor ki : «Sevki menfatle alâkalılar; sözü, kanunu kendi menfaatlerine uydurmağa kalkışırlar. İbareler siyak ve sebak ve hükümlerin illet ve menfaatları ve lisan kaideleri çerçevesinde maksada uygun olarak tefsir olunmak gerektir. İşte tefsir ilmi bu zaruretten doğmuştur. İslâm hukukçuları daha bidayette bu ihtiyacı anlayarak usulü fıkıh adı verilen bir ilmi meydana getirmişlerdir. Bu sayede fıkıh feyyaz bir cereyan almış ve inkişaf etmiştir. Usulü fıkıh hukuk fakültelerinde okutulmakta iken hukuk inkılâbından sonra bu ders programdan çıkarılmış, fakat bunun yerini dolduracak bir kürsü ihdas edilmemiştir.

Filhakika ilmi hukukun methal kısmında tefsir ve içtihattan bahsedilirse de bu şöyle konuya bir temasdan ibarettir. Halbuki tefsir ilmi, başlı başına üzerinde durulmağa ve fikir yormağa değer bir ilimdir. Diğer ilimler gibi bununda kaide, zabıta ve incelikleri vardır.

Bugünkü içtihat ihtilâflarının çokluğu bu kaide ve esasların nazara alınmamasından ve kanunlar kaleme alınırken kelimeler arasındaki ahenk

ve tenazura ve kelime ve ibarelerin medlüllerine dikkat edilmemesinden ileri gelmektedir. Kanunu tefsir etmek ne kadar güç ise kanun yapmak daha güç bir sanattır.».

Hakikaten müellifin pek güzel bir şekilde ifade eylediği gibi kanun yapmak kolay bir sanat değildir. Bir kanun yapılırken, onun cemiyetin menfaatine ve ferdlerin tabii haklarına örf ve âdete ve hakkaniyet icaplarına uygun bulunmasına ne kadar dikkat etmek iktiza ederse kanunun heyeti umumiyesini teşkil eden hükümler arasında tam bir irtibat ve tenazur bulunmasına, ibarelerin münakkah ve medlüllerin vazih olup delâletleri kasdolunan mânadan noksan ve fazla olmıyacak ve gayri me'nüs ve garip lâfızlar bulunmamasına itina göstermek icabeder.

Kanunu yapmak güç olduğu kadar onu tefsir etmekte kolay bir şey değidlir. Kanunu, vazıının maksadına ve cemiyetin ihtiyaçlarına en uygun bir şekilde tefsir edebilmek derin bir hukuk bilgisine vabesttedir. Tefsir başlı başına bir ilim olduğundan her ilim gibi bunun da kaide ve zabıta ve incelikleri vardır.

Müellif, eserin birinci kısım birinci faslında tefsirin ne olduğunu izah ettikten sonra tefsir hakkındaki muhtelif meslekleri izah ederek diyor ki: «Muasır hukukta kanunların tefsiri hakkında muhtelif meslekler vardır ki bunları başlıca üç nazariyede toplamak mümkündür :

1 — Ahvalin küllisinde hakim kanunun, zamanında mülhem olan esas ve hükümleriyle bağlı kalmayıp hâdiselerin vukuu zamanındaki icap ve şartlara göre adalet ve hakkaniyete uygun olarak hâdiselerin hükmü tayyün eder.

2 — Kanun vazıı her hâdiseyi düşünmüş farz ederek kanunu idare eden esas ve kaideler çerçevesi içinde vazıı kanunun maksat ve gayesine uygun olarak hâdiseleri hal ve fasl eder.

3 — Evvelâ kanunu lâfz ve ruhile tatbik etmek ve kanunun lâfz ve ruhile temas etmediği hâdiselerde örf ve âdeti, örf ve âdet de yoksa kanun vazıı gibi hâkim içtihadını hâkim kılar». Müellif bu nazariyeler hakkında birer birer etraflı bir şekilde izahat verdikten sonra en mâkul ve mahzurdan salim olan sistemin İsviçre Medeni Kanununun ihtiyar eylediği sistem olduğunu ifade ederek tefsirin geniş malûmata rüsuh ve melekeye tevakkuf eden bir iş olduğunu beyan eylemektedirki çok doğrudur.

Müellif kitabın ikinci fasılnı hukukun menbaalarına hasretmiştir. Müellife göre hukukun menbaları kanun ve örf ve âdetten ibarettir. Eser sahibi, kanun hakkındaki gerekli izahatı verdikten sonra ötedenberi mem-

leketimiz hukukçularını yakından ilgilendiren bir meseleyi de tetkik etmeği ihmal etmemiştir. Bu meselede Yargıcın bir kanun hükmünü, Anayasaya muhalefetinden bahsile tatbikten imtina edebilip edemiyeceği keyfiyetidir. Müellif bu hususdaki görüşünü şu şekilde izah ediyor : «Kanunun tabii haklara muvafık olması öyle mühim bir noktadır ki mütemeddin her memlekette buna ehemmiyeti mahsusa atfolunur. Ve hukuku esasiyelerinden kati bir şekilde bu cihet kayt ve tasrih olunur. Netekim Teşkilâtı Esasiye Kanunumuzun 103 üncü maddesinde : «Teşkilâtı Esasiye Kanunun hiç bir maddesi hiç bir bahane ile ihmal ve tatil olunamaz. Hiç bir kanun Teşkilâtı Esasiye Kanununa muhalif olamaz» denmiştir. Şu halde Yargıç Teşkilâtı Esasiye Kanununa muğayir bir kanun karşısında kalırsa bunu tatbik etmiyecektir. Bilhassa muhalefet bariz olan hallerde Yargıcın bu salâhiyetini kabul etmek her bakımdan menfaatli olur. Fakat bizde ve bazı mütemeddin milletlerde Yargıçlar için böyle bir salâhiyet tanınmamakta muhalefet ve munafatın takdirini teşri heyetine aidiyeti fikri ileri sürülmektedir. Bu fikir bize mülâyim görünmez. İki kanun karşısında tercihan ana ve esas kanunu tatbik etmek kadar makûl bir şey olamaz».

Müellif, hukukun iki menbaı olan ve âdet hakkında tafsilât verdikten sonra kanun ve örf ve âdetten başka icap ettikçe kendilerine baş vurulan daha bazı esaslar bulunduğunu ve hukukun menbalarındaki boşlukların bunların yardımile doldurulabileceğini ve bunlar arasında kıyas, zaruret, hacet ve takdirin gösterilebileceğini söyliyor.

Bundan sonra müellif sözün mânaya tahsisi itibariyle aksamı olan hass, lâfızdan ve müteakip fasıllarda vücub, vücubu eda, memurda kudret. âmm, iştirak mefhumlariyle nevileri hakkında etraflıca bilgi vermiş bulunmaktadır.

Eserin ikinci babının birinci faslında «sözün istimal itibarile aksamı» olan hakikat, mecaz mefhumları incelendikten sonra üçüncü bap altında «delâletler» mefhumu tetkike tabi tutulmuş ve bu meyanda «lâfzın delâleti», vüzuh ve hafa itibarile lâfızların nevileri» mübhemiyet itibarile sözün kısımları», «sahih ve muteber olmıyan istidlâller» hakkında da geniş bilgi verilmiştir. Kitabın beşinci babı «beyan ve nevileri» ne hasrolunmuş ve bizzat «beyan» mefhumu hakkında izahat verildikten sonra beyanın envaından olan beyanı takrir, beyanı zaruret ve beyanı tebdil hakkında etraflı bilgi ita olunmuştur.

Müellif; Ve, Ya, Veya, Yok, Lâkin, Fakat, Ancak kelime ve edatlarının lisanda bilhassa hukuk lisanında oynadığı roleri tebarüz ettirmiştir.

Müellif eserin ikinci kısmını ruh ve mantık itibarile tefsire tahsis etmiştir. Kitabın bu kısmında ruh ve mantık itibarile tefsir incelenirken kanunlarımızdan müşahhas hükümler ve Yargıtay içtihatları inae olunarak mevzu izah olunmuş ve kanunun tefsirinde bazan nasıl ve ne suretle hataya düşüldüğü de bilhassa tebarüz ettirilmiştir.

Eser, bir kanun metni kadar münakkah ve ihatalıdır. Eser yalnız hukuk mantıkı bakımından değil aynı zamanda lisan yönünden de büyük bir kıymet ifade etmektedir. Çünkü eser aynı zamanda hukuk edebiyatında müstesna bir mevki işgal edecek şekilde fasih bir lisanla yazılmıştır. Bu itibarla eser hukukçuları olduğu kadar etimolojistleri de alâkadar eder.

Eser her bakımdan kanun vazıı mevkiinde olanları ilgilendirdiği gibi hergün kazai tefsir konusuyla karşı karşıya bulunan yargıçları, avukatları yakından alâkadar etmektedir. Bilhassa hukuk fakültelerinde rüsuh ve meleke edinebilmeleri için eser hararetle tavsiye olunur.

*
**

Hukuk ve İçtihatlar Dergisi. Sayı : 18, Krş. 70.

Konya avukatlarından H. Halis Sungurun iki ayda bir yayınladığı kıymetli Hukuk Dergisinin Kasım - Aralık : 1948 aylarına ait nüshasiyle 3 üncü yıl kolleksiyonunu da tamamlamış bulunmaktadır. Derginin bu sayısında; Ahmet Erdoğdu'nun : Ceza usulünden ilk tahkikat kaldırılmalıdır? başlıklı tatbiki yazısından başka Ali Haydar, A. Necati Desel, Ömer Könü, Necati Ersoy, A. Turgut Ertem, Halis Sungur, Sadreddin Okayın topladıkları Gabin, Tahliye, İştirak halinde mülkiyet, Kesinleşmiş istimlâkten vaz geçme, Vekâlet ücrtei, Kefalet, Hazinenin arsası üzerine ev inşası, men'i müdahale, Tapu kaydının iptali, mer'aya vaki müdahalenin men'i, Tescil, Tapu kaydının tashihi, Ölünceye kadar bakma akdinin feshi, Beyi vadi, İştira hakkı, Şuf'a, Şufa görevsizlik kararı üzerine asliyede davanın açılma tarihi, müşterek mer'aya vaki müdahalenin men'i Alacak vekâleti olmaksızın başkası hesabına tasarruf, Alacağın temliki konuları hakkındaki Yargıtay Hukuk Karrları bulunmaktadır.

*
**

İleri Hukuk Dergisi. Ocak : 949, Sayı : 43, Krş. 50.

4 üncü yıl yayınına başlayan kıymetli Hukuk Dergisinin bu sayısı da şu telif ve terceme yazılar ve Yargıtay Kararlariyle çıkmıştır :

Avni Givda : Ehliyetli Yargıçlar İsteyelim (Tercüme); Dr. Jur Adolf: Hukuk usulü muhakemesinin süratlendirilmesine dair bazı düşünceler; «Tapudaki kayda istinatla gayrimenkulü iktisap eden kimse kanuna uygun olup olmadığının araştırma ciheti»; «Leylî ve meccanî okuyan ta-

lebelerin ikameti için Devletçe kiralanan gayrimenkullerin 5020 sayılı Kanuna göre zam nisbeti»; «İstimlâk kararnamesine göre açılacak bedel artırması davalarının süreye tabi olup olmadığı» hakkındaki Yargıtay 1, 3 ve 4 üncü hukuk; «Bir tarafın yeni deliller ikamesinde, karşı tarafın muvafakatı olmaksızın mahkemece kabulü»; «Ticaret Kanununun 721 inci maddesinin uygulanabilmesi, ondan önceki maddeler hükümlerinin yerine getirilmesiyle mümkün olduğu ve davanın tevsii, «İki ihale arasındaki fiat farkı (2490 sayılı Kanuna göre)» na dair ticaret; «İlk tahsil çağındaki çocuğu mektebe mazeretsiz göndermeyen veli hakkındaki para ve hapis cezaları»; «Millî Korunma Kanununun 14/3 üncü maddesine göre hükümetin beyan mecburluğu koyması ve hükümetçe el konulacak beyana tâbi tutumlası, suçtan zarar görenin âmme davasına katılarak şahsî hakkını istemesi»; hakkındaki Yargıtay 2 nci ve 5 inci Ceza Daireleri kararıyle bir çocuk düşürme davasında Adlî Tıp Mecilsi ile Yüksek Sıhhat Şûrası kararları...

***

Maliye ve Hukuk Dergisi. Sayı : 12, Krş. 50.

Hemen her yurttaşı ilgilendirir konudaki yazılarla her ay yayınlanan derginin Aralık 1948 ayına ait bu nüshası 7 nci yıl kolleksiyonunu da tamamlamış bulunmakta ve şu yazıları ihtiva etmektedir :

Kâzım Nami Duru : Memur sınıfı; Tayyar Gül : Vergi reformu; Azmi Arıkut : Kazanç Vergilerine 4437 sayılı Kanunla yapılan zamlar; Ayrıca Maliye tamimleri; Sayıştay Kararları; Sirküler ve kanunlar...

***

İzmir Barosu. 1948 - 1949 Levhası. İzmir Doğanlar Basımevi.

Avukatlık Kanununun 51 inci madesine göre İzmir Barosunca her yıl olduğu gibi bu yılda itina ile hazırlanan levha güzel bir tertiple iyi kâğıda bastırılmıştır.

Levhaya, Avukatların 30.Eylûl.1948 tarihine kadar kayıt olanları soy adlarına nazaran alfabe sırasiyle fotoğrafları konulmuş ayrıca soy adı ve sicil numaraları üzerine isim listesi ilâve olunmuştur.

***

Siyasî İlimler Mecmuası. Sayı : 212, Krş. 50.

Prof. Dr. Yavuz Abadan : Atatürk'ü Anarken; Prof. Hasan Refik Ertuğ : Cumhuriyet devrinde matbuatımız; Dr. Hadi Tan : Cumhuriyet devrinde adalet teşkilâtımız; Prof. Atıf Akgüç : Yeni İtalyan Seçim Kanunu : III; Sadık Artukmaç : Köylerimizi nasıl kalkındırabiliriz : II; Georges Morange : Fransız malî sisteminde ıslahat (tercüme) : II; Namık Ze-

261

ki Aral : 1949 bütçe tasarısı; Prof. Arnold Toynbee : Geçmiş zamanlar tarihinin ışığı altında; N. Z. Aral : 1946 yılının malî neticeleri; Prof. A. Şükrü Esmer : Bu ayın olayları; T. C. Merkez Bankasının aylık hesap vaziyetleri...

***

Meslekî problemler ve çözümleri : Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü yayınlarından. Ankara Doğuş Matbaası.

***

Birleşik Devletler kamu arazisinin ölçülmesi hakkında yönetmelik el kitabı : 1930. Hazırlayan : İ. Erokan. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü yayınlarından. Ankara Doğuş Matbaası.

***

Danıştay Kararlar Dergisi. Sayı : 40, Krş. 100.

Danıştayca her üç ayda bir yayınlanan Derginin Nisan-Mayıs-Haziran : 1948 aylarına ait nüshası da Danışma ve İdare Kararlarından İçtihadın Birleştirilmesi ve başka kararları; IV üncü Dairenin Devlet vergi ve resimlerinden : Kazanç, İktisadî Buhran, İstihlâk, Muamele, Hayvanlar, Veraset ve İntikal vesair vergilerle Gümrük Resmi ve İlgili İşler hakkındaki kararaları ve V inci Dairenin : Memur, Aylık, Yolluk ve Yevmiye, Emekli, İkramiye, Dul ve yetim aylık işleriyle Vakıf ve Başka İşlere dair kararları; VI ncı Dairenin : Özel İdare Vergilerinden : Arazi, Bina, Yol Vergisi kararları ve Belediye Vergi ve Resimleri hakkındaki : İmar ve Yapı, Askerlik, Madenler ve Taşocağı, Avukatlık, Kamulaştırma, İskân ve Göçmen, Metruk Mallar, Okul ve İmtihan, Köy, Muhtarlık, Seçim, Basın, Noter, Eczacılık, Taahhüt ve sözleşme, İş Kanunu ile ilgili, Usul ile alâkalı ve başka işlere ait kararaları ve uyuşmazlık Mahkemesi kararlarını muhtevi olarak yayınlanmıştır.

***

Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası. Sayı : 1, Lira 1.

İstanbul Üniversitesi Medenî Hukuk Asistanlarından Dr. Zahit İmre, Halit Kemal Elbir ve Ceza Hukuku Asistanı Dr. Sahir Erman tarafından yayınlanmağa başlayan Hukukî, İktisadî ve ilmî mecmuanın bu ilk sayısı müteşebbis heyetin kaleme aldığı yayın maksadını belirten kıymetli bir yazıyı ve Dr. Zahit İmre'nin : Sosyal adalet ve hakkaniyet; Filippo Gramatica'nın : Sosyal müdafaa; Doçent Dr. Ferit H. Saymen'in Türkiyede sendika hürriyeti; Osman Okyar'ın : 20 nci asırda iktisadî liberalizm ceryanları; Dr. Sahir Erman'ın : Mesuliyet sigortası; Halit Ke-

mal Elbir'in : Yakın akrabalar arasında cinsî münasebet memleketimizde cezalandırılmalı mıdır? isimli makaleleri ve iktisadî hayat başlığı altında : Liberal temayüllere dair; iktisadî hayatımızdaki olgunluk; Orhan Apaydın'ın : Bütçede tasarruf ve açığa çıkarılan memurlar başlıklı yazıları il esosyal bakımdan fikir hayatımız adı altında Dr. Zahit İmre'nin : Tazminat hukukunda sosyal düşünceler başlığı altında Ankara Yargıçlarından Dr. Fahri Çalkın ile Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesi Raportörü Muhsin Tuğsavul'un yayınladıkları «Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları» adlı kitap hakkındaki bir yazıyı ihtiva etmektedir.

⁂

AYNI MECMUA. Sayı 2.

Doçent Dr. Bülent Davran : Bir sosyal davamız : Beslemelerin durumu; Vakur Versan : Labour Party (İngiliz Sosyalist Partisi); Avukat İsmail Kemal Elbir : «İnternational Bar Association»un La Haye kongresi; Malî mevzuatımızın sosyal bakımdan tetkiki : Nahit İmre : Kazanç Vergileri : 1 — Hizmet Erbabı Vergileri; Sosyal müdafaa tetkikleri beynelmiele enstitünün doktrini; Halit Kemal Elbir : İçtihat tahlili «Genel ev olarak kullanılmak üzere gayrimenkul kiralanması muteber midir» v. s.

⁂

AYNI MEMUA. Sayı : 3.

Dr. Zahit İmre : Motörlü nakil vasıtalarının, bilhassa otomobillerin sebebiyet verdikleri kazalardan mesuliyet hakkında yeni kanunî esasların ve mecburî mes'uliyet sigortasının Türkiyede kabulü zarureti; Doçent Dr. Feridun Ergin : İşsizlik davası; Dr. Tarık Z. Tunaya : Jön Türk ve sosyal inkılâp lideri Prens Sabahaddin; Doçent Dr. Sulhi Dönmezer : (Tercüme) Birleşmiş Milletler Sosyal ve Ekonomik Konseyi sosyal komisyonunun suçların önlenmesi ve suçlular hakkında tatbiki iktiza eden tedbirler hakkında iptidaî raporu; İktisadî hayat : Sulhi Alson : Amerikan yardımı ve ziraî kalkınma — Lüks ve Koifor Vergisi; Sosyal hayat : Z. T. : İşçiler için ihtiyarlık sigortası — İş mahkemeleri tasarısı — Türkiye İktisat Kongresi; Millî kongreler : Dr. Necati Güvenç : Onuncu Millî Türk Tıp Kongresinde iş tababeti; Milletlerarası kongreler : Dr. Zahit İmre : Demokrat Hukukçular Milletlerarası Cemiyetinin Prag'da aktedilen 3 üncü kongresi; İçtihatlar : İş Uyuşmazlıkları Yüksek Hakem Kurulunun Kararları (Derleyen : Dr. Sahir Erman).

Kâzım DERELİ

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARI

ALIM SATIM, SATILAN MALIN AYIPLARINDAN DOLAYI TEKEFFÜL DAVASININ ZAMANAŞIMI, DAVANIN İHBARI :

Satıcı sattığı malın bedelini dava etmiştir. — Müşteri, malın ayıplı olmasından dolayı karşılık dava açmıştır. — Satıcı malı kendisine satan kimseye davayı ihbar etmiştir. — Tekeffüle dayanan davanın zamanaşımına uğradığına dair ileri sürülen defi. — Fakat zamanaşımı, davanın ihbarile kesilmiştir. — Karşılık dava kabul olunmuş ve satıcının aleyhine verilen tazminat kararı, kendisi ile münasebeti çerçevesinde müdahile yüklenmiştir. — Tessin hukukunda davanın ihbarı müessesesinin hukukî mahiyeti.

BK. 135, 210; TBK. 133, 207.

1. — BK. 210 fıkra 2 (TBK. 207 f. 2), bağıtın icrasını temin için satıcı tarafından açılan davaya karşı, satılan malın ayıplarını ileri sürmek suretile müşterinin bu keyfiyeti defi olarak dermeyan etmesi halini derpiş eyler. Şu halde satıcı, malı kendisine satmış olan mukaddem satıcıya davayı ihbar etmek suretile müracaat ettiği takdirde bu dava 210 (207) maddenin 1. fıkrasının kapsamına girer ve malın kendisine tesliminden itibaren bir yıl içinde zamanaşımına uğrar.

2. — Davayı ihbar keyfiyetinin (BK. 133 bend 2) deki mânada zamanaşımını kesen bir sebep olup olmadığı hususu Federal hukuka tabi bir meseledir. Bununla beraber bu meselenin halli, davayı ihbar keyfiyetinin usul hukukunda arzettiği mahiyet ve hasıl ettiği neticelere tabidir.

3. — Almanca konuşulan kantonların bir kısmındaki hukuk muhakemeleri usulü kanunlarına göre müdahil, asıl davaya müdahale ettiği takdirde davayı kendisine ihbar edenin sonradan kendisi aleyhine açtığı davada kendine rücu etmek hakkına itiraz etmek salâhiyetini kaybetmez; fakat Tessin Hukuk Usulü Kanununa göre davanın ihbarı, kendisine ihbar yapılanı davaya idhal eder, bu itibarla verilen giyabî veya vicahi hüküm rücu hakkının varlığına ve şümulüne de taallûk eder. Bu suretle Tessin hukukunda davanın ihbarı, davayı açan bir işlem olmasına göre B. 135 (TBK. 133) F. 2 deki mânada zaman aşımını kesen bir muamele olarak kabul edilmelidir.

Schweiz. Verband der, Bachenpappen fabrikanten - Fischer ve Techsteiner, 23 Ocak 1924.

JdT. 1924 s. 245 ve devamı.

Chiasso'da Fischer ve Rechsteiner Rechsteiner ticarethanesi, Come'da G. Gosso adındaki kimseye 30 Ekim 1916 tarihli bağıt ile metre karesi 76 santimden destesi 22 - 26 kilo tutan 400 bin kare bitümlü karton satmıştır... Teslimat 1916 yılı Kasım ayının sonuna doğru başlamış ve 1917 yılı Şubat başlarına kadar devam etmiştir. Satıcı ticarethane 17 Mayıs 1917 tarihinde Tessin istinaf mahkemeside müşteri aleyhine dâva açarak bakiye 10 bin küsür liretin faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı açtığı mukabil davada iddia ettiği 15 bin liretin bu iddia ile mahsup edilmesini talep etmiştir. Davalı mukabil davasını malın ayıplı olmasına ve teslim edilmemiş olmasına istinat ettirmiştir.

Bunun üzerine satıcı keyfiyeti 20 Ekim 1917 tarihinde Zürich'te Schweiz. Verband der Dachpappenfabrikanten müessesesine ihbar etmiştir. Davalı bu müesseseye karşı şunu iddia etmiştir: Kendisi sattığı malı bu müesseseden almıştır, şu halde bu müessese maldaki ayıplardan mesuldür. Davanın ihbarına müteallik belgede kendisinin müşteriden talep ettiği miktar, müşterinin kendisinden mukabil dava suretiyle talep ettiği miktar, mukabil davanın sebebi (akdin yerine getirilmemesi izah edilmiş ve müşteri ile yapılmış olan akdin yerine getirilmemesinden doğrudan doğruya Schweizer müessesenin mesul olduğu, çünkü kendisinin müşteriye karşı deruhte ettiği borçları yerine getirmemesinin sözü geçen müessesenin kendisine karşı üstlendiği borçları yerine getirmemiş olmasından ileri geldiği belirtilmiştir.

SCHWEİZ. müessesei verdiği cevapta davaya müdahale etmiş ve bu davada kendisinin hariç bırakılmasını, davalı müşterinin ileri sürdüğü mukabil davanın müdahil hakkında yersiz ve esassız olduğuna karar verilmesini, talep ve nihayet BK. 210 (TBK 207). maddeye göre zaman aşımının dolmuş olduğunu def'i olarak ileri sürmüştür.

Mahkeme Satıcının esas davasını tamamen, davalı müşterinin mukabil davasını kısmen kabul eylemiş mukabil dava neticesinde hükmettiği meblâğın satıcı ile münasebeti dairesinde Scheiz. tahmiline karar vermiştir.

Schweiz. tarafından bu karar aleyhine vaki müracaatı Federal Mahkeme red etmiştir.

KARAR

2 — Satılan malın ayıplı olmasından dolayı tekeffül davasının zamanaşımına uğradığı yolundaki defi (BK.210, TBK207).

Aleyhine müracaat vaki olan kararda davalı, müşterinin malın ayıp-

lı olduğunu zamanında ihbar ettiğini kabul etmiştir. Bahismevzuu ayıp bu davada malın bir vasfı olan sıkletinde eksiklik olmasıdır. İhbar zamanında yapıldığına göre, tekeffül davasının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı meselesi incelenebilir.

Kanton mahkemesi zamanaşımı def'inin varit olmayacağını göstermek için 210 maddenin 2 inci fıkrasına istinat ediyor. Bu, yanlıştır. Sözü geçen hüküm, akdin icrası hususunda satıcının kendisi aleyhine açtığı davaya karşı müşterinin malın ayıplarını defi yolu ile ileri sürmesi halini gözönünde bulundurmaktadır. (Bu hâdisede satıcı Schweiz. dır). Halbuki bahismevzuu olan bu hal değildir. Satıcı Schweiz. müşteriler aleyhine akdin ifasını temin için dava açmış değildir. Müşteri davanın ihbarı yolu ile malın ayıplarından mütevellit davayı satıcı Schweiz. a karşı istimal etmektedirler. Şu halde bahis mevzuu hal, 210. uncu maddenin (TBK. 207) (1) fıkrasında yazılı olan haldir ve müruruzaman müddeti şüphesiz bir yıldır.

Bununla beraber davanın müddeti içinde ihbar edilmiş olması dolayısiyı ile zaman aşımı kesilmiştir, bu bakımdan zaman aşımı def'i varit değildir. Şimdi bahis mevzuu olan cihet davanın ihbarına mütaallik işlemin, BK. 135 (133) gereğince zaman aşımını kesen bir muamele olup olmadığını tayindir.

Bu münasebetle şu ciheti belirtmek yerinde olur : Tessin Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu davanın ihbarına, bu müesseseye Almanca konuşulan kantonlarda verilen hukuki mahiyetten başka bir mahiyet vermektedir. Almanca konuşulan Kantonların Usul Kanunlarına göre ihbar üzerine davaya müdahale eden kimsenin asıl davaya (Vorprozess) bu suretle katılması, davayı ihbar eden kimse tarafından sonradan kendisine karşı kullanacağı rücu hakkına itiraz etmek salâhiyetini kaldırmaz. rücu hakkına müteallik ihtilâf müteakip bir davada halledilir (meselâ bakınız : Lüsern Usul Kanunu madde 65, Argovi Kanunu madde 41, St-Gall Kanunu madde 71 f. 3). Bâle - Ville Kantonu Kanununa göre dava kendisine ihbar edildiği halde davaya müdahale etmeyen tarafın bu hareketi, taraflar arasındaki davada verilmiş olan hükmün o kimse tarafından tanındığını tazammun etmez (madde 41).

Tessin hukukunda durum başkadır. Üçüncü şahıs davaya müdahale ettiği takdirde davanın haklı olarak ihbar edilip edilmediği (yani dava kendisine ihbar edilene karşı bir rücu hakkı olup olmadığı) meselesi esas ihtilaf ile birlikte ve aynı kararda hallonulur. Üçüncü şahıs davaya müdahale etmezse kendisine taallûk eden karar aleyhine esas itibarile müracaat edemez (bu kanunun bilhassa 122. maddeleri bu kaidenin istisnalarını yazar). Başka deyimle, Tessin hukukuna göre davanın ihbarı davayı ihbar edenle, dava kendisine ihbar edilen arasında hakiki bir dava

yaratır ve bu dava ilk davaya mülhak olur ve böylece verilen hüküm dava kendisine ihbar edilen kimseye karşı kullanılacak rücu hakkına ve bu kimse tarafından verilmiş zararın şumülüne de taallûk eder. Bu durumun neticesi olarak Tessin hukukuna göre dava kendisine ihbar edilmiş olan kimse davaya müdahale etmezse gıyaben mahküm olur yani davayı ihbar eden kimse hakkında verilen hüküm dava kendisine ihbar olunan kimseye karşı da esas itibarile hüküm hasıl eder. (Tessin Usul Kanununun 122. maddesinin 2. bendi).

Şu halde Tessin hukukunda davanın ihbarını bir dava açmağa kıyas etmek mümkündür. Hiç olmazsa bu hadisede olduğu gibi, davanın ihbarına müteallik belge bir dava açılması için gerekli bütün malûmatı ihtiva ettiği takdirde (yani ihbar edenin kanaatine göre davaya müdahale edenin mesul olacağı meblağ, davayı ihbar edenin hakkını istinat ettirdiği olaylar) bunu kabul etmek haklı olur. Esasen bu davada Schweizer, davacının kendisine rücu hakkına itiraz etmekle beraber esasa girmşi ve davanın ihbarına bir dava ikamesi olarak kabul ettiğini açıkça göstermiştir. Hattâ davanın varit olmadığını isbat için delillerin münakaşasına girişmek ve mukabil davanın reddolunmasını talep etmek suretile bu davayı takip dahi etmiştir.

İşte bu sebeplerden dolayı davanın ihbarı dilekçesinin verilmesinin bir dava dilekçesi olarak telâkki edilmesi ve BK. 135. maddesinin 2. bendi (TBK. 133. maddesi, 2. bend) dairesinde zamanaşımını kesen bir işlem sayılması doğrudur.

I. Hukuk Dairesi. — Weisse, Honegger, Ursptung, Oser, Robert, Garbani ve Engeler.

ALIM, SATIM KESİN VADELİ MUAMELE :

İkametgâhı Almanyada olan bir Alman İsviçrede Zürch şehrinde ikametgâhı olan bir İsviçreliye bir miktar mal satmıştır. — Satılan mallar muayyen bir tarihten önce teslim edilmek lâzımdır. — Mallardan bir kısmı belli tarihten önce trene teslim edilmiştir, fakat trene teslim tarihi malların muayyen tarihte İsviçredeki müşteriye vasıl olabilmesi için çok geçtir. Başka deyimle, bu mal trene teslim tarihine nazaran muayyen tarihte İsviçredeki müşteriye vasıl olamazdı. — İsviçreli müşteri malı teslim almaktan imtina etmiştir. — Bunun üzerine satıcı müşteri aleyhine dava açarak zarar ve ziyan ve mukavelenin geri kalan kısmının icrasını istemiştir. — Kanton mahkemesi bu taleplerden ilkini kabul etmiş, ikincisini ise red etmiştir. — Bu münasebetle davaya hangi devlet kanununun (yani Alman veya İsviçre Kanunlarından hangisinin)

tatbik edileceği münakaşa edilmiştir. — Davacı akdin yapıldığı yerin Berlin ve malın yollama yerinin yine Almanyada bir mahal olan Lüneburg olduğunu ve yollama yerinin taraflar arasında hilafına bir anlaşma olmadıkça ahdin ifa yeri sayılması icabettiğini ileri sürerek ihtilafa Alman Kanunun tatbiki icabettiğini iddia etmiştir. Satıcının müracaatı Federal mahkemece reddolunmuş ve Kanton mahkemesinin kararı tasdik olunmuştur.

BK. 108, 190; TBK. 107, 187.

MK. 1; TMK. 1.

1. — Bağıttan doğan borçlara hangi kanunun tatbik edileceği hususunda sarih bir hüküm olmadığı zaman yargıç ihtilafı Medeni Kanunun 1. maddesinin kendisine verdiği salâhiyete istinaden halletmelidir.

2. — Yargıç bu meseleyi halletmek için tarafların gerek akitten gerek iradeyi açığa vuran işlemlerden tereddüde yer vermiyecek bir surette tezahür eden hakiki iradesine uymak mecburiyetindedir. Bu satış akdini İsviçre hukukuna tabi kılmak iradesi bilhassa kabul edilmek icabeder. Eğer müşteri İsviçrede ikametgâh sahibi ise (lex fori) ve bedeli İsviçrede ödiyeceği şart edilmişse; akdin ifa mahalli yabancı memlekette olsa dahi böyle karar vermek gerekir.

3. — Ticarî satış bahis mevzuu olduğu zaman malın teslimi için muayyen bir vade tesbit edilirse, tarafların kesin vadeli bir işlem : Fixgeschaeft yapmak istedikleri kabul olunur. Temerrüt halinde bulunan satıcı bu karineyi çürütebilmek için, tarafların bahis mevzuu vadeye riayet hususunun esaslı bir unsur saymadıklarını isbat etmesi lâzımdır.

4. — Malın yollanacağı yer (irsal edileceği) yer olarak tâyin olunan mahal, satış akdinin eda mahalli olarak kabul olunmalıdır. Şu halde satıcı bağıtta teslim tarihi olarak tesbit edilen vadenin son gününden önce malı yollanacağı yerde trene teslim ederse, malı zamanında teslim etmiş demektir; bu malın müşteriye belli vadenin bitmesinden sonra gelmiş olmasının ehemmiyeti yoktur.

Deusche Evaporator S. A — Bamberger, Leroi et Cie. 9 Mayıs 1923.

JDT. 1924 s. 19.

Olaylar (Türkçeye çeviren tarafından özetlenmiştir) :

Deutsche Evaporator Anonim Şirketinin ikametgâhı Berlindedir. Bu şirket İsviçrede Zürich'de ikametgâhı olan Bamberger ve Leroi ve ortakları şirketi ile yaptığı bir bağıtta belli şartlar altında 1000 banyo kapağı (vanne) satmağı kabul etmiştir. Daha sonra 2 Ocak 1920 tarihinde

yapılan ikinci bir bağıtla gümrük ve nakil masrafları satıcıya ait olmak üzere, Zürich, Bâle, Berne veya Küssnacht (bunların hepsi de İsviçrededir) teslim edilmek üzere 1000 kapak daha satmıştır. Bu kapaklar müşteri arzu ettiği takdirde Hamburg limanında daha ucuz bir fiyata teslim edilebilecektir. Satılan malların en geç 1920 sonuna kadar teslim edilmesi kararlaşmıştır.

Satıcı 1920 sonuna doğru müşteriye yazdığı bir mektupla 24, 29 ve 31 Aralık 1920 tarihlerinde malların trene teslim edileceğini bildirmiştir. Müşteri 31 Aralık 1920 tarihinde satıcının temsilcisine gönderdiği bir mektupta, (daha sonra 6 Ocak 1921 tarihli bir ikinci mektupta), 31 Aralık 1920 tarihinde Zürich'e vasıl olamamış bulunan 205 adet kapağı kabulden imtina ettiğini bildirmiştir. Yapılan ısrarlara rağmen müşterinin kabulden istinkâfı üzerine satıcı bu malları açık artırma ile sattırmış, belli semen ile artırma ile satış bedeli arasındaki farkı ve sairеyi müşteriden dava ettiği gibi müşterinin geri kalan 873 kapağı da teslim almasını ve bedelini ödemeğe mahküm edilmesini talep etmiştir. Satıcı ezcümle şunları iddia etmiştir : Ortada bir kesin vadeli muamele (yani Fixgeschaeft) yoktur, malın 31 Aralık 1920 tarihinde Lüneburg'da trene teslim edilmesi ile vadeye riayet edilmiştir. Davalı müşteri ise ortada bir kesin vadeli muamele olduğunu iddia etmiştir. Ve zarar ve ziyan için mütekabil dava açmıştır.

Zürich Kanton mahkemesi hâdisede İsviçre Kanunu tatbik etmiş davacının iddiasının kısmen kabul etmiş, ziyadesini ve davalının mukabil davasını red etmiştir.

Davacı talebinin tamamen kabul edilmesi ve hâdiseye Alman Kanunun tatbik edilmesi için Federal mahkemeye müracaat etmiştir. Davacının iddiasına göre, bağıtın yapılma yeri Berlin, malın yollama yeri Almanyada bir mahal olan Lüneburg'dur. Yollama yeri, hilâfına sarahat olmayan hallerde akdi ifa mahalli olarak kabul edilmelidir. Şu halde bu satım akdinden doğan davaya da Alman Kanunu tatbik edilmelidir. Alman Ticaret Kanunun 376. maddesi kesin vadeli muamele kavramını daha dar mânada anlar. İsviçre mahkeme içtihatları ise bu kavramı daha geniş tutar.

Federal mahkeme bu müracaatı red etmiştir.

KARAR

1. Temyiz eden tarafın ilk itirazı şudur : Bidayet mahkemesi hâdisede İsviçre Kanunu uygulamakla İsviçre Kanununa aykırı hareket etmiştir; filhakika davalının iddiasına göre hâdisede uygulanması gereken

kanun İsviçre Kanunu değil, Alman Kanunudur. Hiç şüphe yok ki bu vasıta Federal mahkemeye müracaat için bir sebep teşkil eder. Federal Adlı Teşkilat Kanununun 56. maddesi buna müsaittir. Gerçekten, bir bağıttan doğan borçlara yer bakımından hangi kanunun tatbik edileceği hususunda İsviçre konfederasyonu kanunları sarih bir hüküm ihtiva etmemektedir, bununla beraber federal hususi hukukun yer itibarile ve genel olarak uygulanması konusu bizzat federal hususi hukuka tabi olan bir meseledir (Türkçeye çevirenin notu : Bu izahlar Federal mahkemenin hâdiseyi tetkike İsviçre mevzuatı bakımından salahiyeti olduğunu göstermek için verilmiştir ve daha ziyade İsviçre bakımından önemlidir. Kararın yalnız İsviçre hukukunu ilgilendiren kısımlarını ve cümlelerini — bizim için bir faydayı mucip olmadığı takdirde — çevirmemek, mevzuun anlaşılması bakımından faydalı görülmüştür). Hâdisede uygulanması kabil kaideleri devletler hususî hukuku kavramına idhal etmek nazari olarak mümkün olduğuna ve netice olarak devletler hususi hukukunu muhtelif devletlere — tabir caizse — kendisini zorla kabul ettiren bir hukukun tecellisi saymak mümkün ise de bu telâkki tarzına göre, sözü geçen kaidelerin yargıcı doğrudan doğruya değil, ancak dolayısile bağladığını, yani bu kaideler ancak iç hukuk tarafından memlekette düstur veya hiç olmazsa nazım prensip vazifesi görmek üzere tanındıkları için ve tanındıkları nisbette yargıçı bağlar. Mevzu (positif) hukukun bu boşluğu mahkeme içtihatları tarafından İsviçre Medeni Kanununun 1. maddesinde kabul edilen esasa uygun olarak doldurulması lâzımdır.

2. — Federal mahkeme kendisine vazedilen davayı halletmek için şu prensipten hareket etmek icabeder : Bu davada tetkik ve karara bağlanması gerekli hukukî neticeler bir akitten doğmaktadır ve mahiyetleri itibariyle tarafların iradelerile tâyin edilmeleri icabeder. Şu halde kesin önemi olan husus şudur: Taraflar bu bağıtı yaptıkları zaman onu hangi hukuk tabi kılmak istemişlerdir, yahut taraflar akdi yapdıkları sırada bu meseleyi halletmeği düşünmüş olsalardı bğıtı hngi hukuka tabi kılarlardı? Bu hususta genel kaide olarak kabul olunuyor ki bağıtın ifa yeri hukukunun seçilmesi eşyanın mahiyeti (la nature des choses) e en uygun bir şeydir. Bununla beraber Federal mahkeme içtihatlarında bir bağıttan doğan hukukî neticelerin hangi devlet kanununa tabi olacağını tâyin ederken bağıtın icra ve ifa mahalli kanununun tatbik edilmesi hususundaki bu prensibi hiç bir zaman mutlak surette kabul etmiş değildir, tamamile tersine bu hususta tarafların durumuna ve bizzat davanın seyri esnasında aldıkları tavre çok ehemmiyet vermiştir; Federal mahkeme bir çok kararında taraflardan birinin ötekinin İsviçre Kanununu ileri sürmesi üzerine — bağıtın yapıldığı sırada, ifa mahallinin kanununun

tatbikini bertaraf etmek ve iç hukukun tatbiki arzusunu gösteren başka olaylar bulunduğu takdirde — bu arzuyu esas tutmuştur.

Bu hâdisede tarafların bağıta, ifa mahalli kanununun değil, İsviçre kanununun tatbikini arzu ettikleri kabul edilmek gerekir. Çünkü taraflar satış bedelinin İsviçre parası olmasını ve İsviçrede ödenmesi gerektiğini kabul etmişlerdir. Bundan başka İsviçre iç hukuku, İsviçrede ikamet eden davalının tabiî hukukudur ve muamelede ona düşen borçlar en ehemmiyetli olan borçlardır. Her halde, davalı hakkında (jus fori) mahkemenin kanununda başka bir kanunun uygulanmasını haklı gösterecek kâfi bir sebep yoktur.

3. — Şu halde Kanton mahkemesinin Alman hukuku yerine İsviçre hukukunu uygulamasında isabet olmadığı yolundaki itiraz varit değildir. Lâkin incelenmesi gerekli bir mesele daha var : Ticaret mahkemesi yapılan muamelenin kesin vadeli bir alış veriş (Fixgeschaeft) olduğunu kabul etmekle İsviçre hukukuna uygun bir karar vermiş midir? Bu meselenin halli her şeyden evvel şu meselenin halline bağlıdır : münazaalı teslimat bakımından esas teşkil eden bağıt Kasım 1919 tarihli bağıt mıdır yoksa Ocak 1920 tarihli bağıt mı? Kanton mahkemesi ile birlikte bu ikinci hal tarzını kabul etmek gerekir. İktisadî bakımdan her iki bağıtı bir bütün olarak kabul etmek tabiî mümkündür. Fakat hukukî bakımdan her iki bağıt birbirinden farklıdır ve farklı kalmıştır. Gerçekten bir kere iki bağıtın mevzuu borcun ifa zamanı bakımından farklı olmak itibarile birbirinin aynı değildir, iki bağıtın mevzuu sadece aynı mala taallûk etmektedir; bundan başka bu iki sözleşme arasında teslimatın tarzı ve tarihi bakımından farklaı vardır. Birinci sözleşmede muayyen bir teslim süresi bakımından hiç bir şey kararlaştırılmadığı için, bu bağıtın ifa ediliş tarzından ikinci bağıtta yer alan teslim kaydının şumulü hakkında hiç bir netice çıkarılamaz.

4. Bu suretle bu davada nazarı itibare alınması icap eden tek bağıt olan 2 Ocak 1920 tarihli bağıtı ele almalıdır. Bu bağıtta şu kayıt var : 1500 kapağın teslimi (en geç 1920 sonuna kadar) vaki olmalıdır. İmdi bahis mevzuu olan bu kaydın BK. 190 (TBK. 187) deki manada teslim için sabit bir vade teşkil edip etmediğidir. Bu hususta şu izahları göz önünde tutmak gerekir : kesin vadeli muamele (Fixgeschaeft) kavramını tâyin için BK. 108 (TBK. 107) maddenin 3. bendine dayanmak lâzımdır. Bu hüküm, bağıtta sarih bir vadenin tesbit edilmiş bulunması hangi hallerde mütemerrit borçluya borcunu ifa için yeni bir mehil vermeği lüzumsuz kılar ve hangi hallerde borçlunun sadece mütemerrit olması keyfiyetinin alacaklıya borcun ifasını red etmek hakkını ve bundan doğan

sair fer'î tali hakları (BK. 107/2, TBK. 106/2) verir meselesini halletmektedir. Başka deyimle, hangi hallerde teslim için tâyin edilmiş olan mühlete bağıtın dürüst bir tarzda ifası bakımından bu esaslı önemi izafe etmek gerekir meselesini halletmektedir.

Federal mahkemenin bu hükmün yorumu ile ilgili, sabit ve müstakar içtihadına göre bir kesin vadeli muamele var diyebilmesi için, bağıttan doğan bir borcun ifası için tesbit edilen zaman veya vadenin akdin esaslı unsurlarından biri olması lâzımdır; yani bağıta ifa edilmiş nazarile bakabilmek için borcun sözleşmede tayin edilen belli anda veya belli süre içinde yerine getirilmiş olması lâzımdır : başka bir ifade ile bütün muamelenin idamesi veya terk edilmesi, borcun ifası için tesbit edilmiş olan süreye riayet edilmiş olmasına bağlı bulunmalı, tarafların müşterek maksadı bu nokta anlaşılmış olmalıdır. İyice bilinen bir kaideye göre bir akdin kesin vadeli bir muamele teşkil ettiğini iddia eden tarafın, tarafların müşterek maksadına göre akitte malın teslimi için tesbit edilen sürenin bu kesin mahiyeti taşıdığını isbat etmesi gerekir. (Yani bir vadeli kesin vadeli bir muamele olduğunu iddia eden bu iddiasını ispatla mükelleftir).

İmdi BK. 190 (TBK. 187), 108 (TBK. 187). maddeden ayrılmaktadır : bu maddeye göre ticarî mevadda (en atière de commerce) taraflar mukavele ile bir teslim vadesi tesbit ettikleri takdirde, tarafların kesin vadeli bir muamele yapmak istedikleri hakkında bir karine koymaktadır (FMK. 46 II s. 166 v eorada anılanlar). Demek ki 190 (187). maddeye müşteri, ticarî bir satış bahis mevzuu olduğunu ve bağıtta malın teslimi için belli bir vade tesbit edildiğini isbat etmekle mükelleftir. Zira kesin vadeli bir muamelenin varlığı hakkındaki karinenin doğması için bu olayların vücudu gereklidir. Teslim zamanını tesbit için kullanılan ibare ve ifadelerin bir önemi yoktur. Teslimin yapılacağı an veya teslimin içinde yapılması gereken vadenin hiç bir şüpheye yer bırakmıyacak surette taraflarca gösterilmiş olması lâzımdır. Bununla beraber 190 (187). maddede kabul edilen karineyi çürütmek mümkündür; tarafların bir kesin vadeli muamele yapmak niyetinde olmadıklarını isbat etmek suretile bu karineyi çürütmek kabildir, yani kararlaştırılan vadeyi tarafların esaslı saymadıklarını veya — açıkça veya zımnî olarak — sonradan bu vadeden vaz geçmiş olduklarını ve bu suretle kesin vadeli muamelenin bir Mahngeschaeft yani ihtar süresini tazammun eden bir muamele halini aldığını ispat etmeleri gerekir.

İmdi bu prensipler işbu hâdiseye tatbik edilirse görülür ki ortada bir ticarî satış vardır. Sonra teslim için bir vade tesbit edilmiş olduğu şüphe

götürmez. Malın en geç 1920 sonuna kadar teslim edilmiş olması, 31 Aralık 1920 tarihinin teslim vadesinin bitim haddini teşkil eylediğinde şüphe bırakmaz. Davacı teslim süresinin bitim tarihinin bu suretle tayin ve tesbit edilmiş olmasına rağmen tarafların kesin vadeli bir muamele yapmağı arzu etmediklerini isbat ve bu suretle kanunî karineyi bertaraf etmiş değildir.

5. — Akit tayin edilen zamanla ifa edilmiş midir meselesine gelince, bu husus kapakların Luneburg'da trene teslim edildiği anı esas tutmak gerektiği muhakkaktır. Bu mahal davacının üzerine aldığı borçların ifa mahallidir. İmdi, temyiz edilen kararın vakıalar kısmında mevcut ve Federal mahkemeyi bağlayan müşahedelere göre davacı numaraları belli iki vagona yüklediği kapakları zamanında yüklemiştir. Müşteri bu iki vagondaki kapakları kabul etmeğe mecburdur.

6. — Davacının ikinci talebi geri kalan bir miktar kapağın dahi müşteri tarafından teslim alınmasına taalûk etmektedir. Fakat bu talep asla varit değildir. Çünkü ortada bir kesin vadeli muamele mevcut olmasına göre bu malları kabul etmek ve teslim almak borcu 31 Aralık 1920 tarihinden itibaren sukût etmiştir.

I. HUKUK DAİRESİ. — Affolter, Honegger, Ursprung, Weiss, Thélin, Robert, ve Garbani.

ZABTA KARŞI TEMİNAT (TEKEFFÜL) :

Bir gayrımenkul satışında müşteri bedelin bir kısmını nakden ödemiş, bedelin bir kısmına karşılık da gayrimenkulü takyit eden ipotekli borcu üzerine almıştır. — İpotkeli alacaklılar rehnin paraya çevrilmesi suretile icra takibine girişmişlerdir. — Gayrimenkul açık artırma yolu ile satılmıştır. — Gayrimenkulü takyit eden ipotekli alacaklar mal sahibinin bildirdiği miktara nazaran biraz yüksektir. — Müşteri, malın elinden alınmış olduğundan dolayı satıcı aleyhine zabta karşı tekeffüle dayanan bir dava açmıştır. — Lâkin bu dava, zabıt keyfiyetinin müşterinin kendi ihmali yüzünden vukua geldiği def'i ile karşılanmış ve dava reddolunmuştur.

BK. 192 (TBK. 189); MK. 832 (TMK. 803).

Bir gayrimenkulü satın alan bir kimse satış bedelinin bir kısmına mahsuben o gayrımenkulü takyit eden ipotekli borçları ödemeği üzerine alır ve bu gayrimenkul o ipotekli borçlardan dolayı artırma suretile satılırsa, satıcı aleyhine zabta karşı teminat sebebile dava açamaz; ipotekli borç miktarı satış mukavelesinde gösterilen miktara nazaran cüzi derecede yüksek olsa bile hüküm budur.

TEMYİZ EDEN : Büchel — Meier — Aleyhine temyiz olunan : Oeussi — Thommen 20 Aralık 1913.

KARAR'dan özet :

2. — Davacının davası münazalı gayrımenkulün alıcısı olarak ödemiş olduğu paranın geri verilmesine taallûk etmekte ve satış mevzuu olan gayrımenkulün kendi elinden alınmış olması olayına dayanmaktadır. Demek ki bahis mevzuu dava zabta karşı teminat (tekeffülde) mütevellit bir davadır. Mamafih bu dava, davacının dava dilekçesine göre müşterinin üzerine aldığı borçların bir kısmının iptalini istihdaf etmektedir (müşterinin peşin ödediği para ile tescil ve senet tanzimi için ödediği paralar). İmdi bu dava BK. 221 (TBK. 217). madde delâletile 192 (TBK. 189). maddeye göre halledilmek lâzımdır.

3. — Bu davada 192. (189) maddenin tatbik edilebilmesi için davacının almış olduğu gayrımenkulün tamamının kendisinden nez edilmiş olması lâzımdır. Bu madde başka her hangi bir sebeple ileri sürülemez : Satışın mevzuu olan gayrımenkule karşı tevcih edilen cebri icrayı önlemek vazifesi müşteriye düşmekte idi ise ve kendisinin hareketsizliği malın elinden çıkmasının hukukan başlıca ve esas sebebi olarak tezahür ediyorsa ortada 192 (189). maddenin tatbikini gerektiren bir zabıt hali yoktur. Nitekim hâdisede de böyle olmuştur :

Müşteri satış bedelinin bir kısmına mahsuben gayrımenkulü takyit eden ipotekli borçları üzerine almağı kabul etmiştir. İpotekli borca mukabil mahsup edilen borç miktarı 28000 franktır. Bu suretle müşteri MK. 832 (TMK. 803) mucibince davalı satıcıya karşı bu miktar borcu üzerine aldığını ve bu miktarı ipotekli alacaklıya ödiyeceğini vadediyordu. (Bak. BK. 175; TBK. 173; Wieland Commentaire des droits réels, mad. 832 şerhi N. 2 a). İmdi satıştan sonra müşteri kendi ipotekli borcunu ödemediğinden dolayı yani 192 (TBK. 189) maddedeki tabirle (mukavelenin daha yapıldığı sırada üçüncü bir şahsa ait olan bir hak sebebile) değil de kendisinin mesul olduğu bir fiil sebebile satın aldığı gayrımenkulün cebrî icra yoluyla elinden çıkmasına sebep olmuştur. Davacının bu ipotekli borçları ödeme mükellefiyeti satış mukavelesinin yapılması ile doğmuştur ve bu mükellefiyetin sonradan yerine getirilmemesi zabıt keyfiyetinin hukukan kat'i sebebidir.

Davacnın, ipotekli borç miktarının kendi üzerine aldığı miktarı 1200 frank tecavüz ettiğine dair ileri sürdüğü defi kabule şayan değildir. Çünkü mükellefiyetin bu suretile ağırlaşması kendisine terettüp eden 28000 franklık borcu borçlu sıfatile ödemesine asla mani değildi.

İzah edilen sebeplerden dolayı davacının tekeffüle müstenit davası varit değildir.

GAYRIMENKUL SATIŞI. GARANTİ AKDİ :

Bir gayrmenkul satışında üçüncü bir şahıs müşteriye karşı, satın aldığı binanın belli bir tarihte istifadeye arzedileceğini ve belli bir şekilde tertibatı olacağını garanti etmişti. — Evin teslimi ve tertibi garantiye uygun bir şekilde vaki olmamıştır. — Müşteri garanti verene karşı tazminat davası açmıştır. — Lakin evin tertibatına taallûk eden garanti, kullanılacak malzemenin vasfına hasredildiği için dava reddolunmuştur.

BK. 111, TBK. 110 .

Bir gayrımenkulü alan kimseye, bu gayrımenkulün belli vasıfları bulunduğunu garanti eden üçüncü şahsın bu taahhüdü bir garanti vadidir.

TEMYİZ EDEN : **Kurz** — Aleyhine teyiz olunan : **Bossong**

Olaylar : (Çok kısaltılmıştır) :

Bay Dietschy adında bir zat Bay Boosong adında bir zata Zürich'te adı ve yeri belli iki gayrımenkulden birini 150000, ötekini 130000 franka satmıştır. İkinci gayrımenkule ait satış mukavelesi bedelin ödenmesi şeklini tesbit ettikten sonra şu ibareleri ihtiva etmektedir : (Bay Dietachy, altında belli yerde kâin 55 No.lu gayrimenkulü 11 Nisan 1910 tarihinden evvel istifadeye başlanacak tarzda bitirmeği ve bu binayı tıpkı 53 No.lu bina gibi tertiplemeği yani kötü vasıfta malzeme kullanmamağı taahhüt eder. Bay Kurz bu hususları garanti eder).

Müşteri Boosong, 53 N. lu binanın 55. N. lu bina gibi çatı arasında hizmetci odalarını ihtiva etmemesinden ve binada mevcut küçük noksanlar sebebile ancak 1910 Haziranında binadan istifadeye başlanabilmesi dolayısiyle garanti veren aleyhine tazminat davası açmıştır.

Müşteri Bossong bir kere binada mevcut dairelerin hizmetçileri için daire sayısınca çatı katı odası bulunmamasından dolayı dairelerin kirasının azaldığını iddia ve bundan dolayı zarar ve ziyan istemektedir. Davacıya göre bu binanın tertibatı 55. binanın tertibatına uygun olsaydı bu çatı katı odaları da mevcut olacaktı. Bu odaların mevcut olamamasından, bu binanın tertibatının 55 No.lu bina gibi olacağını garanti eden Kurz mesuldür. Bundan başka yine davacının iddiasına göre binalara 1 Nisan yerine Haziran 1910 tarihinde girilebilmesi de bir miktar zarara sebebiyet vermiştir ki binanın 1 Nisan 1911 de istifadeye arzedileceğini garanti eden Kurz'un bundan da sorumlu olması gerektir.

san 1911 de istifadeye arzedileceğini garanti eden Kurz'un bundan da sorumlu olması gerekir.

KARARDAN PEK KISA ÖZET :

Satış mukavelesinde mevcut oaln kayıt ve ibareler Kurz'a taallûk leri bakımından bir garanti vadi (promesse de garantie) olarak tecelli etmektedir. Bu itibarla bu kayıt satış vadine bağlı, sırf tali ve fer'î bir mahiyet arzeden bir borç rabıtası değil, BK. a tabi müstakil bir garanti taahhüdünü tazammun eder (bak. FMK. cilt 24 II, s. 117 ve 177; cilt 27 11, s. 65).

Bahis mevzuu garanti kaydına gelince, garanti veren ve bu davada davalı durumunda bulunan bay Kurz, satıcının iki borcunun yerine getirilmesini garanti etmiştir : 53 N. lu binayı 1 Nisan 1910 tarihinden evvel istifade edebilecek surette bitirtmek borcu; 53 N. lu binayı 55 N. lu bina gibi tertiplemek yani bu binada kötü vasıfta malzeme kullanmamak.

Satıcı bu borçlardan birincisini yerine getirmemiştir. Müşterinin mala 1 Nisan 1910 tarihinde gireceği ve istifade edeceği yerde Haziran 1910 tarihinde girmesinden mütevellit zararının garanti verene tazmini lâzım gelir.

Ancak binanın çatı katında hizmetçi odalarının bulunmamasından mütevellit zararın garanti veren davalı Kurz tarafından tazminine mahal yoktur. Zira garanti veren, 53 N. lu binanın tertibatını garanti ederken bundan ne anlaşılmak icap ettiğini (yani kötü malzeme kullanmamak) kelimelerile açıklamıştır. Bu suretle 53 N. lu binanın 55 N. lu bina gibi çatı katında odaları ihtiva etmesi hususu Kurz'un garantisi ve mesuiyeti altında değildi. (1)

ZABTA KARŞI TEKEFFÜL. MÜLKİYETİ MUHAFAZA KAYDI :

Bir otel mobilyasile birlikte satılmıştır. — Otelin anahtarları müşteriye teslim edilmiştir. — Bir üçüncü şahıs, otel mobilyasının, mülkiyeti muhafaza kaydı mucibince kendisine ait olduğunu iddia ederek mobilyayı geri almıştır. — Müşteri kendi satıcısına karşı zarar ve ziyan davası açmıştır. — Bu davasını, kendi iddiasına göre, satılan malın üçüncü şahıs tarafından zabtı olayına istinat ettirmiştir. — Mahkeme bu hâdi-

(1) Türkçeye çevirenin notu : Acaba gayrimenkul satısına taallûk eden bu garanti vadinin resmi şekilde yapılmış olması şart mıdır? **Hayır. Bak Becker, 2.** bası m. 1 .1 No. 16.

sede kanunun anladığı manada bir zabıt keyfiyeti görmemiş ve davayı red etmiştir.

2. Mülkiyeti muhafaza kaydına tabi bir menkulü hüsnüniyetle iktisap eden üçüncü şahıs müşteriye karşı, mülkiyeti muhafaza kaydı ileri sürülemez.

3. Satılan malın zilyetliği kendisine devredilen hüsnüniyetli müşteri, bu malın mülkiyetini mükliyeti muhafaza akdi dolayısi ile muhafaza ettiğini iddia eden üçüncü bir şahsa teslim ettiği takdirde, kendisine bu malı satan satıcıya karşı zabta karşı tekeffüle müstenit davayı açamaz; bu üçüncü şahsa karşı bir istihkak davası açması icabeder.

4. Vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf ve sebepsiz mal iktisabı hakkındaki kaideler, bidayet mahkemesinde bu konular üzerinde tahkikat yapılmadığı için Federal mahkemede ileri sürülemez.

JDT. 1914 s. 174.

TEMYİZ İSTEYEN : Buckhardt — Aleyhine temyiz istenen :Fonti Meier 27 Eylül 1913.

Olaylar (Özet) :

Davalı, 7 Haziran 1911 tarihli bir bağıt ile Hotel Elorenz adındaki otolini bütün mobilyası ile birlikte davacıya satmış, bedelin bir kısmı için bina üzerinde bir ipotek tesis etmiştir. Gayrimenkul müşteri adına tapuya tescil edilmiş ve müşteriye otellin anahtarları otelin kapıcısı tarafından teslim edilmiştir. Davacı anahtarları binada tadilât yapacak bir inşaat şirketine tevdi etmiştir. Otelde tamirat yapılırken başka bir şirket otelde bulunan mobilyelerin kendisine ait olduğunu bildirerek mühim bir kısmını taşımış, keyfiyetten ancak bu sırada haberdar olan davacı, şirket tarafından kendisine bu mobilye üzerinde mülkiyeti muhafaza hakkı olduğunu gösteren bir mukavele ibraz edilince geri kalan mobilyenin de götürülmesine müsaade etmiştir.

Bundan sonra davacı satın aldığı malın başkası tarafından zaptedilmiş olmasından dolayı davalı aleyhine zarar ve ziyan davası açmış ve iddia ettiği zarar ve ziyan alacağının ipotekli borcu ile takas edilmesini talep etmiştir.

Bu dava bidayet mahkemesi tarafından kısmen kabul edilmişken Zürich Kanton mahkemesince pek cüzî bir miktara indirilmiş, bu karar

aleyhine davacı tarafından yapılan müracaatı Federal mahkeme red etmiştir.

KARAR'dan özet :

3. — Davacı davasını sadece zabta karşı teminat hükümlerine istinat ettirmiştir. Davacı satış bedelinin iadesini ve uğradığını iddia ettiği zabıt hâdisesinden dolayı tazminat talep etmektedir. Kanton mahkemesile birlikte kabul etmek icabeder ki oteldeki mobilyenin zilyetliğinin müşteri tarafından iktisabı en geç anahtarların kapıcı tarafından kendisine verildiği anda vaki olmuş ve bu andan itibaren davacı bütün mobilyenin maliki durumunu kazanmıştır.

Bu zilyetliğin devri sırasında davacının hüsnü niyetli olduğu bidayet mahkemesince tesbit edilmiştir; zaten hüsnüniyetin vücudu asıldır. (MK. 3). Şu halde müşteri o anda otelin mobilyesini, bu mobilye satıcıya değil üçüncü şahıs şirkete ait olmasına rağmen iktisap etmiştir. Üçüncü şahıs şirketin mülkiyet hakkı davacının hüsnüniyetle iktisabı hasebile sakıt olmuştur. Bu bakımdan borçlar hukukun 192. (198) maddesinin anladığı mânada bir zabıt bahis mevzuu olamaz. (Bak. Leemann, Aynı haklar şerhi, madde 714 N. 35; Ostertag : Tapu sicilli ve zilyetlik hakkında şerhi madda 933 N. 37). Şu halde dava her türlü hukuki mesnetten mahrumdur.

Davacının temsilcisi bugün iddia etmiştir ki hüsnüniyetli müktesibi hakkını eski ve hakikî malike karşı ileri sürmeğe zorlamak hüsnüniyet kaidelerine aykırıdır; çünkü sahibi olamayan kimseden satın alınan malların hüsnü niyetle iktisabı, alış veriş aleminden emniyeti temin etmek için kanuncunun teyit ettiği bir ehveni şer (mal necessaire) den başka bir şey değildir. Fakat bu itiraz hemen şu cevapla karşılaşır : Hüsnüniyetli müktesip menkul malın zilyetliğini iktisap eder etmez, hüsnü niyetini ileri sürmeğe hacet kalmaksızın, kanunen ötürü (eo ipso) mülkiyeti iktisap eder; kaide budur. Şu halde üçüncü şahıs şirket mobilyeyi davacının elinden almak hakkına sahip değildi, bu noktada Kanton mahkemesinin hakkı vardır. Davacı hukukî bir hata neticesinide mobilyesinin elinden çıkmasına razı olmuştur, üçüncü şahıs şirkete müracaat ederek onun haksız olarak alıp götürdüğü eşyayı kendisinden istihkak davası ile talep edebilir; fakat bundan dolayı kendi satıcısını sorumlu tutamaz.

Davacının temsilcisi bugünkü oturumda müşterinin kendi davacısına karşı ileri sürdüğü iddiayı vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf ve haksız iktisap esaslarına istinat ettirmek istemiştir. Lâkin davanın dayandığı hukukî sebebin Federal mahkeme önünde değiştirilmesi caiz

değildir; dava bu bakımlardan tahkikata tâbi tutulmamıştır. Bu bakımdan davanın bütün cephelerine vakıf olarak bir karar vermek imkânı yoktur ve (Federal mahkeme önünde yeni olaylar ileri sürülemez (Federal Adlî Teşkilat Kanunu madde 80).

1. HUKUK DAİRESİ : Favey, Picot, Affolter, Stooss, Weiss, Oser ve Thélin.

ALIM, SATIM. SATICININ TEMERRÜDÜ :

Satılan malın tesliminde satıcının temerrüdü. — Müşterinin ihtarı. — Müşterinin verdiği mühleti uzatması. — Satıcının borcunu bu yeni müddet içinde de yerine getirmemesi. — Müşterinin yeniden bir mühlet vererek bu mühlet içinde mal teslim edilmediği takdirde akdi feshedeceğini bildirmesi. — Zarar ve ziyan davası. — Teslim için muayyen müddetin uzatılmasından önce tasfiye edilen bir alış verişde vaki kâr mahrumiyetinden ibaret zarar iddiası. — Lâkin zarar iddiasından zımnî vaz geçme. — Davanın reddolunması.

BK. 107, TBK. 106.

BK. 107 (TBK. 106). madde borcun yerine getirilmemesi sebebile zarar ve ziyan talebine hak verirken, sadece tesbit edilen mühlet içinde vaki ademi ifadan doğan zararı göz önünde tutmaktadır. Şu halde davacı, sonradan mühleti uzatmağa razı olmuşsa, akdin kararlaştırılmış ilk tarihte yerine getirmemesinden doğan zararı isteyemez : bu takdirde davacı bu yeni müddet zarfında akdin yerine getirilmemesinden doğan zararı, ancak bu zararı isteyebilir.

TEMYİZ EDEN : Vogel ve Cie — Aleyhine temyiz olunan : Liechti, 22 Eylül 1917.

JDT. 1918 s. 418.

A.

Davacı L., belli şartlarla davacıya 1915 Haziranda teslim edilmek üzere 500 ton saygon pirinci satmıştır. 29 Mayıs 1915 tarihinde 62 bin franklık bir taksit ödeyen davacı müşteri 26 Haziran 1915 tarihinde davalıya bir mektup yazarak maldan kendisine henüz bir çuval bile teslim edilmediğini, malın zamanında teslim edilmemesinden dolayı bütün haklarını mahfuz tuttuğunu, satın aldığı malı Haziran ayı içinde teslim edilmek şartı ile başkasına sattığını, bu müşterinin de kendisine aynı suretle ihtarda bulunduğunu ve haklarını mahfuz tuttuğunu bildirdiğini ihtar etmiştir.

20 Temmuza kadar hiç bir teslimat yapılmadığından davacı davalıya yeni bir mektup yazarak 8 günlük bir mühlet vermiş, aksi takdirde gereken teşebbüslere girişeceğini bildirmiştir.

Davalı 24 Temmuzda bu ihtarı iptal etmesini, hali hazır şartlar içinde bir teslim vadesi kabul etmenin imkânsız olduğunu bildirmiştir.

Sonradan taraflar arasında 28/29 Mayıs tarihinde vukua gelen bir anlaşmaya göre davalı aldığı taksite mukabil 120 ton pirinci hemen teslim etmeği, geri kalan 380 ton pirinci de 1915 Ağustos ayında vermeği taahhüt etmiştir; davacı da geri kalan 380 ton için Fransız parası olarak bir miktar taksit vermeği, miktar Ağustos ayında teslim edilemezse yeni bir mühlet vermeği kabul etmiş ve taksiti hemen ödemiştir. Ancak mal teslim edilmemiştir.

Taraflar arasında 16 Mayıs 1916 tarihine kadar hiç bir yazışma olmamış, bu tarihte davacı ya akdi tamamile icra etmesini veya gereken tazminatı vermesini davalıya ihtar etmiştir. Davalı yalnız aldığı taksiti yine Fransız frangı üzerinden bir çek ile iade etmiştir.

B. bunun üzerine davacı Ağustos 1916 sonunda açtığı davada 7 Haziran 1916 tarihinden itibaren % 7 faiziyle birlikte aşağıdaki meblâğları talep etmiştir :

a) 29 Haziran 1915 tarihli taksite müteallik çek ile 7 Haziran 1916 tarihinde davalı tarafından verilen ve yine Fransız frangı üzerinden tanzim edilmiş çekin nominal kıymetleri arasındaki fark ile çekin değeri üzerinden satıcıya verildiği 15 Ağustos 1915 tarihinde iade edildiği 7 Haziran tarihine kadar % 5 faiz tutarı;

b) Davalının borcunu ifada gecikmesi üzerine aynı şartlarla üçüncü şahısla yaptığı satış akdini yerine getirememesinden dolayı 20 bin frank vererek anlaşmaya mecbur kaldığını bu tazminattan henüz teslim edilmemiş 380 tona düşen 15 bin frank,

c) 380 tonu kendi müşterisine satmak suretile elde edeceği ve şimdi mahrum kaldığı 24 bin frank kâr,

C. Zürich Kanton mahkemesi davalıyı 7 Haziran 1916 dan itibaren faizi ile birlikte çek rayıc fiyatları arasındaki farkı ödemeğe mahküm ve ziyade iddiayı red etti.

Federal mahkeme bu karar aleyhine davalı ve davacı tarafından yapılan müracaatı red ve kararı tasdik etmiştir.

KARAR :

1. Kanton mahkemesi davacının kendi müşterisine ödemek zorunda kaldığı zarar ve ziyandan mütevellit tazminat iddiası ile aynı müşteri ile yaptığı akdi feshetmek suretile mahrum kaldığı kâra müteallik iddayı red etmiştir (yukarıda b ve c harflerile gösterilen meblâğlar). Çünkü

davacı ile kendi müşterisi arasındaki mukavele daha Ağustos 1915 tarihinde tasfiye edilmiş olduğundan iddia olunan zarara delil olamaz; Kanton mahkemesine göre zararın hesabında mühim olan cihet, davacının 1 Haziran 1916 tarihindeki durumudur. Zira davacı ilk defa olarak bu tarihte malın kendisine teslimini istemekten vaz geçmiş ve bunun yerine bir tazminat istemiştir. Bu tarihte davacının uğradığı zarar ile daha önce cereyan etmiş hâdiseler arasında illiyet münasebeti mevcut değildir.

Kanton mahkemesinin bu görüşünne katılmak gerekir. Davacı buna itiraz ediyor : Verilen yeni müddetlerin davalının temerrüdünden dolayı zaten tahakkuk etmiş olan zarardan mütevellit mesuliyeti bertaraf edemez, BK. 107 (TBK. 106). maddeye göre, verilen münasip mühlet içinde akdin icra edilmiş olması ile ifadaki gecikmeden mütevellit zararı tazmin borcunu kaldıramaz diyor. Lâkin davacı 107 (106). maddenin alacaklı tarafa verdiği salahiyetin neticelerini göz önüne getirmiyor. Bu maddeye göre davacı hiç şüphesiz 20 Temmuz 1915 de verilen sonra 25/26 Temmuz 1915 tarihli anlaşma ile uzatılan mühlet içinde borç yerine getirilmeyince akdin ifasındaki gecikmeden dolayı uğradığı zarar ve ziyanı isteyebilirdi. Fakat bunu isteyebilmesi için mühletin hitamından sonra dahi akdin ifasını talep etmesi lâzımdı. Davacının ancak bu talebinden vaz geçmek suretile, akdin ifasını red ederek ademi ifa sebebile zarar ve ziyan istemeğe hakkı vardı. Netekim 19 Mayıs 1916 tarihli ihtarında böyle yapmıştır. Böyle yapmakla davacı zarar ve ziyan iddiasını zımnen terk etmiştir. Şu halde artık yalnız akdin yerine getirilmemesinden mütevellit zarar ve ziyanı nazarı itibare almak lâzımdır. Bunun için de esas olan davacının akdin ifasından vaz geçtiğini bildirdiği andaki vaziyettir.

Çünkü BK. 107 (106). maddenin 2. fıkrasındaki bahis mevzuu olan (ademi ifa) dan maksat (verilen mühlet zarfında ademi ifa) dır. Bu mühletin sonuç vermeden geçmesi bağıttan vaz geçme beyanını tahrik etmiştir. (Federal mahkeme BK. 191 f. 3 deki hususî hüküm dolayısi ile zararın hesabında da aynı mülahazayı yürütmüştür. 6 Temmuz 1917 tarihli karara bakınız). Şu halde davacı ile kendi müşterisi arasında 1915 yılının Mayıs ayında başlayan ve aynı yılın Ağustosunda tasfiye edilen akdi münasebetleri zarar ve ziyanın hesabında nazarı itibare almamak lâzımdır.

2. Davacının Fransız parası üzerinden yazılmış bir çek ile iade ettiği taksitte davacının rayiç farkından mütevellit zarara ve faiz iddiasına gelince, aradaki mukaveleye göre davacının Fransız parası ile öde-

diği bu meblağın — sanki İsviçre parasile ödenmiş gibi — mecmu değeri ile hesaba geçirildiğini kabul etmek lâzımdır. Şu halde bu taksitin yine mecmu kıymeti üzerinden geri verilmesi gerekir. (Çevirenin notu : görülüyor ki mahkeme Fransız frankı üzerinden davacının ödemiş olduğu taksitin ödendiği tarihteki İsviçre frangı üzerinden değerini esas tutuyor; bu miktar üzerinden iadesi gerekir diyor). Nihayet ödenmiş taksit için faiz hükmedilmesi de çok doğrudur. Zira satıcı akdin ifa edilmemesinden doğan zarardan mesuldür.

Çev. : F. A. (1)

---

(1) Bu tercümelerin tamamen veya hülâsa olarak veya kısmen iktibas hakkı mahfuzdur. F. A.

Yargıtay Kararları

Hukuk Bölümü

Davacıların murisinin 928 senesinde ölmüş ve davacılardan başka varis bulunmuş olduğu dosyadaki veraset belgesinden anlaşılmasına ve Medeni Kanunun 630 uncu maddesi mucibince verese arasında iştirak halinde mülkiyet bulunmasına göre bunların cümlesi birden veya miras şirketi mümessili tarafından dava açılması gerekli bulunduğu gerekçesine dayannan hususi dairenin bozma kararına uyulması gerekirken israr edilmesi yolsuzdur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas 1/180/42 — Karar 52

DAVA : Müvekkilinin 928 senesinde ölen murisleri İsmail oğlu Arslandan kalan dava dilekçesinde mevki ve hudutları yazılı (10) dönüm miktarında ve 290 lira kıymetindeki tarlaya dava olunanların müdahale etmekte olduklarından bahsile vaki müdahalenin önlenmesine ve tarlanın müvekkillerine teslimine karar verilmesi istenilmiştir.

KARAR : Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere, sabit olmayan davanın reddine dair verilen karar Yargıtay I inci Hukuk Dairesince davacıların murisi Arslan 928 senesinde ölmüş ve davacılardan başka da varis bulunmuş olduğu dosyadaki veraset belgesinden anlaşılmasına ve medeni Manunun Kanunun 630 uncu maddesi mucibince verese arasında iştirak halinde mülkiyet bulunmasına göre bunların cümlesi birden veya miras şirketi mümessili tarafından dava açılması gerekli iken bu cihet göz önünde bulundurulmaksızın davanın kabuliyle hükme bağlanması yolsuz olduğu beyaniyle bozulmuş olmakla yeniden yapılan yargılama sonunda müşterek bir gayrımenkule üçüncü şahıs tarafından vaki müdahalenin men'i hakkında hissedarlarından biri tarafından açılan dava zımnında müşterek gayrımenkulün tamamına müdahalenin önlenmesine karar verilebileceği Yargıtay Genel Kurulunun 21/6/944 tarihli tevhidi içtihad kararı ile takarrur etmiş olmasına mebni evvelki hükümde israr olunmasına karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davacılar vekili Safer Arutan.

YARGITAY KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek, ısrarı kapsıyan son hükmün süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Davacılar davaya konu olan tarlanın 1928 senesinde vefat eden ba-

baları İsmail oğlu Arslandan kaldığını beyan etmiş olmalarına ve veraset belgesi münderecatına göre özel dairenin bozma ilâmı doğru ve uymak gerekli iken hâdise ile ilgisi olmayan tevhidi içtihad kararına istinaden ısrara karar verilmesi yolsuz ve bozma dileği yerinde olduğundan temyiz edilen ısrar kararının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429 uncu maddesine tevfikan BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı 720 kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 8/9/948 gününde oybirliğiyle karar verildi.

5020 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yazılı ve bu maddenin yürümlüğe girmesinden evvel kiraya verilmiş olan gayrimenkullerde kiracıya gayrimenkulü başkasına kiralamak veya devretmek hakkını veren sözleşme şartları bu maddenin yürürlüğe girmesinden sonra kiralayanın rızası hilâfına devam edemiyeceğini tasrih eden hüküm, kanunun uygulama tarihinden evvel yapılmış akitlere şümulü olmadığı dördüncü madde hükmünden anlaşılmakta olduğundan ısrar kararı kanuna uygundur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas 3/165 — Karar 158

DAVA : Müvekkilinin mutasarrıf olduğu evin 1 inci katına kiracısı olan dava olunanın ihtara rağmen başka kiracı almak ve tahribat yapmak suretiyle bağıt şartlarına aykırılıkta bulunduğundan bahsile akdin feshine ve mecurun boşaltılmasına karar verilmesi istenilmiştir.

KARAR : Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere; kira mukavelenamesinde mecurun başkasına kiraya verilemiyeceği hakkında bir şart mevcut bulunmamış ve mecur 5020 sayılı kanunun meriyetinden evvel ikinci kiracıya kiralanmış bulunduğu anlaşılmış olmakla davanın reddine dair verilen karar Yargıtay 3 üncü Hukuk dairesince; 5020 sayılı kanunun mer'iyetinden sonra başkasına kiraya vermek veya mecuru başkasına devretmek hakkı veren sözleşme şartlarının kiralayanın rızası hilâfına devam etmiyeceğine göre olayın bu noktadan incelenmesi gerekli iken evvelki malike ve müddeti biten mukaveledeki şarta dayanarak yazılı şekilde hüküm verilmesi yolsuz olduğu beyaniyle bozulmuş olmakla yeniden yapılan yargılama sonunda : 5020 sayılı Kanunun 9 uncu bendinin ikinci fıkrasında yazılı ve bu maddenin yürürlüğe girmesinden evvel kiraya verilmiş olan gayrimenkullerde kiracıya gayrımenkulü başkasına kiralamak veya devretmek hakkını veren sözleşme şartları bu maddenin yürürlüğe girmesinden sonra kiralayanın rızası hilâfında devam edemiyeceğini tasrih eden hüküm kanunun uygulanma tarihinden evvel inikat eden akitlere şumulü olmadığı sözü geçen kanunun 4 üncü maddesinde yazılı hükümlerden anlaşılmakta olup bu madde fıkrasında geçen en geç kaydının birinci kiracı ile ikinci kiracı arasındaki hukuki münasebetde imali icap etmekde bulunmuş ve hâdise-

de mecurun (Birinci Malik) olmasının hükmün tebdilini mucip bir husus teşkil etmiyeceğine mebni evvelki hükümde ısrar olunmasına karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davacılar vekili avukat Kâmi Nazım Dilman.

YARGITAY KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek; ısrarı kapsıyan son hükmün süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Davanın mahiyetine ve dava evrakı münderecatına ve sureti nakza göre yerinde olmıyan temyiz itirazlarının reddiyle temyiz edilen ve usul ve kanuna uygun bulunan ısrar kararının ONANMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı (200) kuruş temyiz ilâmı harcının temyiz edenden alınmasına 15/9/948 gününde çoklukla karar verildi.

Bir bağıt yapılırken üçüncü bir şahıs lehine olarak taahhütte bulunmanın muteber olacağı Borçlar Kanununun 111 inci maddesinde açıkça gösterilmiş olduğundan hilâfına mütalâa serdile verilen hüküm kanuna muhaliftir.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi
Esas 948/6004 — Karar 5107

Behisninin Pınarbaşı mahallesinden Ahmet karısı Elif Pınarbaşı vekili İdrisin, Alipaşa mahallesinden Karabüber oğlu Hacı kızı Emine aleyhine Alipaşa mahallesinde hududu belli bir evin mülkiyeti dava edilen Emineye ait olduğu mahkeme kararile malûm iken dava edilen aleyhine açılan emek davası üzerine Eminenin müvekkilinin kocasile yapılan yargılamalarında iddia edilen emeğe mukabil hissesini müvekkiline ferağ takririni vermek üzere sattığı ve bu suretle oldukları vaki sulhde yargıçlıkca tasdik ve tekemmül etmiş olmasına rağmen dava edilen hissesine isabet eden gayrimenkulü memuru huzurunda müvekkili namına ferağ takririni vermekten imtina eylediğinden tesciline karar verilmesi isteğile açtığı davadan dolayı yapılan yargılama sonunda; tarafların iddia ve müdafaalarına ve mübrez ilâm münderecatına göre davalının kocası Ahmetle kardeşi Mehmedin sulh mahkemesine müracaatla mezkûr haneyi dava edilenin kendilerinden hükmen almış olduğundan sarf ettikleri 4100 kuruş gümüş paranın tahsili talep ve ahiren o zaman davacı bulunan Mehmedin muhakemeyi takip etmemiş ve davacının kocası Ahmet davalı Emineye kırk beş gümüş mecidiye vermek suretile dava edilenin hissesini karısı Elif namına memuru huzunda takrir vermek üzere sulh

oldukları mezkûr ilâm münderecatından anlaşılmakta ise de esasen emek ve masraf davası davacının kocasile diğer hissedarlar tarafından açılmış ve bunlar tarafından sarf edilmiş olduğu ilâmda yazılı bulunmasına ve bu ilâmda davacının ve ne de dava edilen ve üçüncü şahıs gibi bir sıfatı da bulunmamış ve kocasının dava edilen ile ne şekilde yaptığı anlaşmanın karısı davacıya bir hak bahşedemiyeceği gibi esasen bu anlaşmanın da hukuki kıymeti bulunmayıp gayrimenkulün bu şekilde yapılan anlaşma üzerine tesciline de imkân görülememiş olduğundan davacının kocasının terekesine izafetle verilen paradan dolayı dava edilen aleyhine alacak ve diğer hissedarlarla birilkte emek ve masraf davası açmak hakkı mahfuz bulunduğundan tescil davasının reddine dair Beşinci Asliye Hukuk Yargıçlığından verilen 18/9/947 günlü ve 362 — 182 sayılı ilâmın Yargıtayca incelenmesi davacı Elif Pınarbaşı tarafından süresi içinde verieln dilekçe ile istenilmiş olmakla gereği düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Taahhüdün mahkeme huzurunda yapılan sulh zımnında vukubulmuş olduğuna ve bir bağıt yapılırken taraflardan birinin üçüncü bir şahıs lehine olarak taahhüt de bulunmasının muteber olacağı Borçlar Kanununun 111 inci maddesinde açıkca gösterildiğine göre sözü geçen madde hükümleri dairesinde inceleme yapılarak karar verilmek gerekirken yapılan sulhün davacıyı bağlayamıyacağından ve saireden bahsile yazılı olduğu üzere karar verilmiş olması yolsuz ve temyiz dileği bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve 870 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına ve dosyanın mahkemesine gönderilmesine 8/11/948 tarihinde oybirilğiyle karar verildi.

Çocuğun 4727 sayılı Kanunun hükmü dairesinde davalının oğlu olarak tesçil edilmiş olmasına göre iştirak nafakası talebinden ibaret olan davaya bakılması asliye hukuk mahkemesinin görevi içindedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi
Esas 7464 — Karar 5510

Faika Ender tarafından Zeki Tüfekcioğlu aleyhine davalı ile gayrı meşru birleşmelerinden doğan ve 4727 sayılı Kanun gereğince nüfusa davalı adına tescil olunan müşterek çocukları Ertuğrul için ayda 70 lira nafakanın tahsili isteğile açılan davanın yapılan yargılaması sonunda; davalının okul çağına gelmiş olan küçük Ertuğrula bakmadığı anlaşıldığından bilirkişinin ihbarı veçhile takdir olunan ayda 40 lira nafakanın mumaileyhden tahsiline dair verilen yukarıda tarih ve sayısı yazılı hüküm davalı yönünden temyiz edilmekle yapılan incelemede; temyiz dilekçe-

sinin süresinde olduğu görülüp kabulü oybirliğiyle kararlaştırıldıktan ve dosyada mevcut evrak okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Çocuğun 4727 sayılı Kanunun kükmü dairesinde davalının oğlu olarak tescil edilmiş bulunmasına göre, iştirak nafakası talebinden ibaret olan davaya bakılması asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunmuş olduğu düşünülmeyerek yazılı şekilde tetkik ve intaç edilmesinde isabet görülmemiş olduğundan yalnız bu sebepden hükmün BOZULMASINA diğer cihetlerin filhal tetkikine mahal olmadığına ve aşağıda yazılı temyiz masraflarının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 23/11/948 tarihinde oybirilğiyle karar verildi.

Çocuk davacının yanında bulunduğu cihetle davacının nafakaya iştiraki lâzımgeleceği itirazı varid değildir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi
Esas 7455 — Karar 5531

Eşe Uçar tarafından Ahmet Özen aleyhine davalı ile birleşmelerinden doğan müşterek çocukları Mesude için yevmiye 40 kuruş nafakanın mumaileyhden tahsili isteğile açılan davanın yapılan yargılaması sonunda; Af Kanununa tevfikan davalı üzerine tescil edilen küçük Mesudeye davalının bakmadığı ikrarile tahakkuk etmiş olmasına mebni tarafların malî ve içtimaî durumları nazara alınarak bilirkişinin ihbarı veçhile takdir olunan ayda yedi lira nafakanın davalıdan tahsiline dair verilen yukrıda tarih ve sayısı yazılı hüküm davalı Ahmet yönünden temyiz edilmekle yapılan incelemede temyiz dilekçesinin süresinde olduğu görülüp kabulü oybirliğiye kararlaştırıldıktan ve dosyada mevcut evrak okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşüp düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Çocuk davacının yanında bulunduğu cihetle davacının nafakaya iştiraki lâzımgeleceği hakkındaki itirazı varit olmadığı gibi bugünkü geçim şartları itibarile takdir edilen nafaka miktarı da pek az bulunmuş olmasına ve zabıtname münderecatına göre ileri sürülen diğer itirazlar da varit görülemediğinden hepsinin reddile hükmün ONANMASINA ve 260 kuruşluk damga pulunun temyiz edenden alınmasına 25/11/948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Tarafların mirasçılığına mütedair anlaşma akti mahkemeye ibraz edilen yargıtay ilâmile kesin olarak çözüldüğü anlaşılmasına göre zamanaşımı süresinin yargıtay ilâmı tarihinden başlaması gerektiğinin gözönünde tutulmaması bozmayı muciptir.

Yargıtay 5. Hukuk Dairsei
Esas 2271 — Karar 2425

DAVA : Davacı, yeri ve sınırları belli iki dönümde 17 ağaç Zeytin

ile solak Halilin tarlası içinde bir Ali Osmanın tarlası içinde bir Mehmedin tarlası içinde bir de Hasan Alinin tarlası içinde dört ki cem'an perakende 7 Zeytin eşcarı murisi imam Aliden kendisine intikal etmiş davalı Fatma imam Alinin mirascısı olduğundan bahsile müdahale ve 946 mahsulü 700 kilo zeytini toplayıp almış olduğundan müdahalesinin önlenmesini ve 700 kilo zeytinin tutarı 450 liranın tahsilini istemiştir.

HÜKÜM : Zamanaşımı noktasından davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davacı Vekili.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosya içindeki bütün kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği hakkında görüşülüp düşünüldü.

Tarafların mirascılığa mütedair anlaşmazlıkları mahkemeye ibraz edilen 17/4/945 günlü Yargıtay ilâmile kesin olarak çözülmüş olmasına göre zamanaşımı süresinin sözü edilen Yargıtay ilâmı tarihinden başlaması gerekeceği gözönüne alınmaksızın ilâmda yazılı olduğu üzere davanın reddine karar verilmesinde doğruluk görülmediğinden temyiz edilen kararın bu yönden H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 870 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 28/10/948 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Mübrez Noter senedinin sahteliği iddiasından vazgeçilip iddia senette yazılı meblağın bir kısmının bedelsizliğine hasredilmiş bulunduğundan tahkikatın bu dairede yapılması gerekirken hilafına muamele icrası yolsuzdur.

Yargıtay 5. Hukuk Dairsei
Esas 1642 — Karar 2453

DAVA : Davacı, batapu mutasarrıfı bulunduğu Bidevi köyünün ev önü mevkiindeki hudutları belli tarlanın dört dönüm miktarındaki kısmını davalıya evvelce icara vermiş olduğunu ve icar müddeti hitam bulduğu halde fuzulen işgal etmekte devam ettiğinden müdahalesinin önlenmesini istemiştir.

HÜKÜM : Taşova noterliğince tanzim edilen 11/8/945 gün ve 114/114 sayılı noter senedinin davacının arzusu hilâfına hile ve desise kullanılarak tanzim edilmiş olduğu kanaatına varıldığından mevzuu bahis senedin iptaline davacı dava olunandan icar bedeli olan 600 liraya mukabil 465 lira aldığını itiraf etmiş ise de bu paranın tahsili hakkında hiç bir talepde bulunmadığından bu hususta dava açmakta muhtariyetlerine

men'i müdahale davasının rüyetine yer olmadığından reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davalı Avni Kara vekili Ahmet Gürkan.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosya içindeki bütün kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği hakkında görüşülüp düşünüldü.

Yargılamanın 28/11/947 tarihli oturumunda tarafların iddia ve savunmalarına göre olayda sahtelik idiası bırakılıp noter senedinde yazılı 600 liradan alındığı ikrar ve kabul olunan 465 liradan fazlasının bedelsiz olduğu iddiasına müncer olmasına göre bu dairede inceleme yapılarak varılacak sonuç dairesinde bir karar verilmek lâzım gelirken yazılı şekilde yargılama ve inceleme yapılarak işin karara bağlanması yolsuz bozma dileği yerinde bulunduğundan temyiz olunan hükmün H. U. M.K. nun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 400 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 2/11/948 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Mahkemece bozma kararına uyularak yapılan yargılamada; davalı başka bir delil gösterememiş ve davacıya karşı yemin hakkını da kullanmamış olduğundan verilen hüküm doğrudur.

Yargıtay Ticaret Dairesi
Esas 8/250 — Karar 4446

DAVA : Davacı vekili, müvekkilinin davalı zimnetinde bir kıt'a senetle alacağı olan 1350 liranın tahsilini istemiştir.

SON HÜKÜM : Bozma kararına uyularak yapılan yargılama sonunda; mübrez senetteki imzayı davalı kabul ve ikrar etmiş olmasına mebni, 1350 liranın tahsiline ve evvelce konulan tedbirin hacze inkilâbına ve davacı tarafından ibraz edilen kefalet senedinin iadesine karar verildiğini natıktır.

TEMYİZ EDEN : Osman İşçi vekili Fikret İmre.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosya içindeki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği hakkında görüşülüp oylaşıldı:

Mahkemece bozma kararına uyularak yapılan yargılamada, davalı başka delil gösterememiş ve davacıya karşı yemin hakkını da kullanmamış olmasına göre temyiz itirazları yerinde bulunmadığından reddiyle usul ve kanuna ve bozma kararı gereğince uygun olan hükmün ONANMASINA ve aşağıda yazılı 750 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 25/10/948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İkrar ve kabule dayanılarak müddeabihin hüküm altına alınması kanuna uygundur.

Yargıtay Ticaret Dairesi
Esas 48/4177 — Karar 4451

DAVA : Davacı vekili, mükekilinin davalıda teslim edilmeyen kereste bedeli 728 lira 45 kuruşun geri alınmasını ve davalı da davacı zimmetinde 997 lira 20 kuruşun tahsilini karşılıklı olarak istemişlerdir.

HÜKÜM : Davalı tarafından davacıya teslim edilmediği tahakkuk eden yedi metre küp 791 desimetre kerestenin 93 liradan tutarı olan 728 lira 45 kuruşun davalıdan tahsiline ve ziyade iddia ile karşılıklı davanın reddin karar verildiğini natıktır.

TEMYİZ EDEN : Mehmet Turhan.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosya içindeki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği hakkında görüşülüp oylaşıldı :

Davalının almış olduğunu ikrar ettiği para karşılığı olarak 7,791 metre küp noksan kereste teslim ettiği mahkemece mevcut deliller takdir edilmek suretiyle sabit görülmüş ve davalı beher metre küp 93,5 lira üzerinden hesap görmeği kabul ettiğini mahkemeye verdiği cevap lâyihasında ifade ve ikrar etmiş olmasına ve mahkemece dermeyan edilen gerekçeye nazaran mukabil davasının reddi cihetine gidilmesinde de bir yolsuzluk bulunmamasına göre davalının yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA ve aşağıda yazılı 1520 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 25/10/948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Karının nafaka ve ameliyat masrafı alacağından koca aleyhinde cebri icra caizdir.

Yargıtay İcra İflâs Dairesi
Esas 3727 — Karar 4176

Hâdisedeki takip, mahkûmun bih nafaka ve ameliyat masrafına taallûk etmesine ve her ne kadar Kanunu Medeninin 165 inci maddesine göre karı koca olan taraflar arasında evlilik birliği devam ettiği müddetçe cebri icra caiz değilse de mezkûr kanunun 152 ve 168 inci maddelerine nazaran, nafaka alacağı ve hayatî mahiyeti haiz olması bakımından da iaşe masrafından ayırd edilmesine kanunen imkân görülemiyen ve binenaleyh sözü geçen iaşe masrafı mefhumunda dahil olan ameliyat masrafı mezkûr 165 inci maddenin şumulü dışında kalmış bulunmasına ve binnetice gerek nafaka gerekse ameliyat masrafı hakkında cebri icraya devam edilmek lâzımgeleceğine mebni, borçlu kocanın aksine mülâbes şi

kâyeti varid olmadığından reddine dair (Akhisar) İcra İşleri Tetkik Merciğinden verilip tarih ve numarası yukarıda gösterilen kararın süresi içinde temyizen incelenmesi adı geçen borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili evrak mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

YARGITAY KARARI

Temyiz olunan kararın dayandığı gerekçeye göre borçlunun yerinde olmıyan bozma dileğinin reddile kanuna uygun bulunan merci kararının İcra ve İflâs Kanununun 366 ve H. U. M. Kanununun 438 inci maddeleri gereğince ONANMASINA ve aşağıda yazılı masrafın temyiz isteyenden alınmasına 18/11/948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Noterlikçe re'sen tanzim kılınan ve sahteliği sabit oluncaya kadar kesin delil teşkil eden ilâm hükmündeki senede müstenit olup mahkûmun leh sıfatiyle alacaklının takibine kanuni bir mani bulunmadığı ve icranın geri bırakılmasını gerektiren kanunî bir sebep olmadığı halde icranın durdurulması ve icranın geri bırakılması talebi şikâyet mahiyetinde olduğu halde şikâyetçiye harç yükletilmesi kanuna muhaliftir.

Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi
Esas 3779 — Karar 4270

Hadisede mümellekünleh sıfatile takipte bulunan Kadir, Mahkeme Başkâtibi ve ayni zamanda alacağı muhtevi senedi noter sıfatile tanzim eden kimse olmasına ve kendisinin bu gibi işlerle uğraşması esasen doğru olmamakla beraber içtimai durumuna nazaran sened muhteviyatını vererek alacağı temellük eylediğine de kanaat getirilmemiş bulunmasına binaen, usulü dairesinde mahkemeye müracaatta muhtar olmak üzere vaki refi itiraz talebinin reddine ve 100 kuruş harcın kendisinden alınmasına dair (Sorgun) İcra işleri Tetkik Merciinden verilip tarih ve numarası yukarıda gösterilen kararın süresi içinde temyizen incelenmesi adı geçen alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili evrak mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

YARGITAY KARARI

Takip; noterlikçe resen tanzimli ve sahteliği sabit oluncaya kadar kesin delil teşkil eden ilâm hükmündeki senede müstenit olup mümellekünleh sıfatile alacaklının takibine kanunî mani bulunmadığı ve icranın geri bırakılmasını gerektiren bir sebeb olmadıkça icranın durdurulması ve Harç Tarifesi Kanununun 75 inci maddesinde şikâyetler harçtan istisna edilmiş ve icranın geri bırakılması talebi şikâyet mahiyetinde bulunmuş olmakla alacaklıya harç yükletilmesi kanunen caiz olmadığı halde bu cihetler göz önünde tutulmaksızın bazı mütalâa beyanile yazılı

şekilde karar verilmesi kanuna aykırı görüldüğünden temyiz olunan kararın bu sebeplerden İcra ve İflas Kanunun 366 ve H. U. M. kanununun 428 inci maddeleri gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 23/11/948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İcraya konulan ilâm eşya teslimine taalluk etmeyip para borcuna mütedair bulunmuş ve hadisede takip dahi mahkûmunaleyh borçlular aleyhinde yapılmış ve yediadil sıfatile şikâyetçiye tevdi olunan terekeye ait eşyaya bu alacaktan dolayı usulen haciz konmadıkça İcra ve İflas Kanununun 358 inci maddesi uyarınca icra dairesine teslimini istemesi caiz bulunmamışken şikâyetin red olunması kanuna uygun değildir.

Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi
Esas 4732 — Karar 4297

Hadisede şikâyette bulunan Mustafa Özdemir, yedi Adil olması hasebiyle icra dairesince kendisine teslim edilen tereke mallarını talep vukuunda mezkûr daireye iade ile mükellef olup zamanaşımı gibi bir iddia dermeyanına yetkili bulunmamasına mebni bu babta vaki şikâyetinin reddine dair (Maraş) İcra işleri Tetkik Merciinden verilip tarih ve numarası yukarıda gösterilen kararın süresi içinde temyizen incelenmesi adı geçen Mustafa Özdemir tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili evrak mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

YARGITAY KARARI

İcraya konulan ilâm eşya teslimine taallûk etmeyip para borcuna mütedair bulunmuş ve hâdisede takib dahi mahkûmünaleyh borçlular aleyhinde yapılmış ve yediadil sıfatile şikâyetçiye tevdi olunan terekey aid eşyaya bu alacaktan dolayı usulen haciz konmadıkça İcra ve İflâs Kanununun 358 inci maddesi uyarınca icra dairesine tesliminin istenmesi caiz bulunmamış iken mercice sebebi gereği veçhile açıklanmaksızın vaki şikâyetin reddine karar verilmesi kanuna aykırı bulunduğundan temyiz olunan kararın bu sebepten İcra ve İflâs Kanununun 366 ve H. U. M. Kanununun 428 inci maddeleri gereğince BOZNLMASINA ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 23/11/948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Kararları

Ceza Bölümü

Sanığın savunmasını destekleyen delilleri talil ve red eden kanuni sebepler gösterilmeksizin hükümlülüğüne karar verilmesi yolsuz ve bozmayı muciptir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi
Esas 2327 — Karar 1698

Sahte olarak tanzim edilen mektep tastiknamesini bilerek kullanmaktan ve hazine zararına menfaat temin etmekten sanık Şamil oğlu Nafi Koçağın yapılan yargılaması sonunda eyleminin subutuna mebni T. C. K. nun 346 ncı maddesinin matufunaleyhi olan 342/1.ci maddesine tevfikan iki sene ağır hapsine dair Hatay Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 10/7/948 tarihli hükmün duruşmalı olarak yargıtayca incelenmesi sanık tarafından istenilmiş ve para depo edilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığı yüksek makamından 28/8/948 tarihli tebliğname ile Yargıtay Birinci Ceza Dairesine gönderilmekle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 318 inci maddesi gereğince 2/10/1948 Cumartesi duruşma günü tâyin kılınmış ise de sanık vekili tarafından verilen 8/9/1948 tarihli dilekçe ile duruşmadan sarfınazar edildiği beyan olunması ve riyaset makamından Başsavcılığa yazılan müzekkerede; vekilin duruşmadan vaz geçme talebine sanığın muvafakat edip etmediğinin tahkikile neticseinin bildirilmesi istenilmesi ve sanığın vekilinin isteğine muvafakat ettiği mahalli C. Savcılığı tarafından telgrafla bildirilmesi üzerine bütün dava evrakı okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

YARGITAY KARARI

Hatayın Fransız işgali altında bulunduğu esnada hariçte tahsil görenlerin lisede imtihan vererek muvaffakiyetleri derecesine göre okula kayıt olundukları ve kezalik imtihan vererek muvaffak olan öğrencilere açıktan tastikname verildiği ve 930 senesinden evveline ait tastiknameler hakkında esasen okulda kayıt tutulmadığı lise müdürlüğünden gelen 19/12/947 tarihli cevap yazıdan anlaşılmasına ve tastiknamedeki imzaların okul müdüdrünün imzalarına uygun bulunduğu bilirkişi raporunda bildirilmesine ve dinlenen tanıkların şehadetleri dahi bunları teyit eder mahiyette bulunmasına göre; suç konusu tastiknamenin sahte olmadığı youlndaki sanığın savunmasını destekleyen bu delilleri talil ve reddeden kanunî sebepler gösterilmeksizin yazılı şekilde bazı mütalâalar ileri sürülmek suretile sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi.

Yolsuz ve temyiz itirazları ve tebliğname münderecatı varit bulunduğundan hükmün C. Y. U. K. nun 321 inci maddesi mubicince BOZUL-

MASINA ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına ve depo parasının geri verilmesine ve evrakın yerine iadesine ve bozma sebebine göre sanığın başkaca ilişiği olmadığı takdirde salıverilmesine 16/9/948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Hâdisede sanığa kabili atıf bir tedbirsizlik olmadığı ehli vukuf tarafından beyan olunduğu halde hükümlülük kararı verilmesi yolsuz ve bozmayı muciptir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi
Esas 2505 — Karar 1762

İdare etmekte olduğu kamyonla dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi; iki kişinin ölümüne sebebiyet vermekten sanık Arif oğlu şoför Mehmet Cemil Ertürküner'in yapılan yargılaması sonunda eyleminin sûbutuna ve hakkında takdiri tahfif sebebinin kabulüne mebni T. C. K. nun 455/2,59 uncu maddelerine tevfikan 1 sene 4 ay hapis ve 133 lira 30 kuruş ağır para cezasile tecziyesine dair Gaziantep Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 13/8/948 tarihli hükmün Yargıtayca incelenmesi sanık tarafından istenilmiş ve para depo edilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığı yüksek makamından tebliğname ile Yargıtay birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

YARGITAY KARARI

Tanık Remzi ile İbrahim Çınar sanık şoför Cemil'e, Mehmet ile Ali taraflarından durması için işaret verildiğini görmediklerini söylemesine ve at ürkek olduğu takdirde kazaya uğrayan çocukların kamyon geçinceye kadar attan indirilmeleri icap edip çünkü kamyondan ürken bir atın kamyon def'atla koklatılmak ve def'atla yanından geçirilmek suretile kamyona alıştırılmadıkça durur iken de ürkeklik göstereceğine ve 10 kilometre bir sür'atle hâdise yerinden geçmekte olan kamyon ile çenesi altından yuları tutulan at arasında iki iki buçuk metre mesafe olduğu ve kazanın da atın birdenbire kıç tarafını geçmekte olan kamyon tarafına çevirmesi suretile mesafeyi kısaltarak kamyondaki balyalardan birinin atın kıç tarafına çarparak atı devirmesinden ileri gelmesine ve atın âni bir surette dönerek aradaki 2,5 metrelik mesafeyi daraltacağını şoförün tahmin eylemesi de mümkün olmayıp hâdise yerini keşif eden bilirkişi de sanığa kabili atıf bir tedbirsizlik olmadığı mütalâasında bulunmasına mebni hâdise de sanığa atfedilecek bir tedbirsizlik mevcut olmadığı halde yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülemediğinden hükmün C. Y. U. K. nun 321 inci maddesi mucibince BOZULMASINA ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacaktan alınmasına ve evrakın yerine gönderilmesine ve depo parasının geri verilmesine 29/9/948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

---

1 — Çalınan paralar sanığın üzerinde yapılan aramada elde edilerek istirdat edilmiş olmasına göre 523 üncü maddenin uygulanarak cezadan indirilme yapılması,

2 — Kabule göre iade takibata başlamadan evvel vaki olduğu cihetle uygulanan maddenin birinci fıkrası yerine ikinci fıkrasının tatbiki yolsuzdur.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi
Esas 9635 — Karar 10245

Çalmaktan sanık Sailh Çimenin yapılan yargılaması sonunda : T. C. K. nun 491/5, 522, 523/2 ve 525 inci maddeleri uyarınca bir ay 10 gün hapsine ve o kadar da E. U. N. altında bulundurulmasına ve 500 kr. harç alınmasına dair Üsküdar S. C. Yargıçlığından verilen 15/6/948 T. hükmün Yargıtayca incelenmesi sanık tarafından süresinde istida ve şartı depo parasiyle ifa edilerek dava evrakı C. Başsavcılığının 27/9/948 T. tebliğnamesile daireye gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü :

YARGITAY KARARI

Toplanan delillere göre sanığın temyiz itirazları varid değilse de çalınan paralar sanığın üzerinde yapılan aramada elde edilerek istirdat edilmiş olmasına göre 523 üncü maddenin uygulanarak cezadan indirme yapılması ve kabule göre iade takibata başlamadan evvel vaki olduğu cihetle uygulanan maddenin birinci fıkrası yerine 2 fıkrasının tatbiki yolsuz olduğundan hükmü temyiz eden sanık olması hasebile ceza M. U. K. nun 326 ncı maddesi gereğince kazanılmış hakka halel gelmemek üzere hükmün BOZULMASINA ve depo parasının geri verilmesine ve 500 kr. bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 4/11/948 T. oybirliğile karar verildi.

---

1 — Sanığın savunmasına göre münazalı yer hakkında hukuk mahkemesine açıldığı beyan olunan davanın mahiyet ve neticesinin sorulmaması,

2 — Zarar miktarının usulü dairesinde tesbitinden sonra 521 inci maddenin uygulanması gerekip gerekmediğinin teemmül edilmemesi bozmayı muciptir.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi
Esas 10614 — Karar 10366

Hudut bozmaktan sanık Hacı Kalenderin yapılan yargılaması sonunda : T. C. K. nun 513 üncü maddesi uyarınca bir ay hapsine ve 30 lira ağır. cezası ile tecziyesine ve 600 krş. harç alınmasına dair Kadirli S. C. Yargıçlığından verilen 29/7/948 t. hükmün Yargıtayca incelenmesi sanık tarafından süresinde istida ve şartı yokluk kâğıdıyle ifa edilerek dava evrakı C. Başsavcılığının 28/10/948 t. tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü :

YARGITAY KARARI

Sanığın savunmasına göre münazaalı yer hakkında hukuk mahkemesine açıldığı beyan olunan davanın mahiyet ve neticesinin sorulmaması ve zarar miktarının usulü dairesinde tesbitinden sonra 521 inci maddenin uygulanması gerekip gerekmediği hakkında bir karar verilmek lâzım gelirken arazi kıymetinden bahsile 522 nci maddenin tatbikine mahal olmadığına karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu bakımdan yerinde olduğundan tebliğnamedeki onanma isteğinin reddiyle hükmün BOZULMASINA ve 500 krş. bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 5/11/948 t. oybirliğiyle karar verildi.

Kavga sırasında tehevvüren söylenilen sözler tehdit suçunu teşkil etmediğinin düşünülmemesi yolsuzdur.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi
Esas 9791 — Karar 10409

Dövmek ve tehditten sanık İbrahim ve Fatma Sarı haklarında yapılan yargılamaları sonunda : T. C. K. nun 456/4, 191/3 üncü maddeleri uyarınca Fatmanın 25 lira ve İbrahiminde 30 lira ağır. cezalarile teczi-yelerine ve ikiyüzer kuruş harcın alınmasına dair Andırın S. C. Yargıçlığından verilen 17/6/948 t. hükmün Yargıtayca incelenmesi sanıklar tarafından süresinde istida ve şartı yokluk kâğıtlarile ifa edilerek dava evrakı C. Başsavcılığının 4/10/948 t. tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü :

YARGITAY KARARI

Tam yerine yarı harç tâyini aleyhe bozma sebebi sayılmamıştır. Sanıklardan Fatmanın temyiz itirazları tutanaktaki yazılar karşısında yerinde olmadığından reddiyle buna ait hükmün ONANMASINA ve mahalli mahkemesince alınan harç kadar temyiz harcının kendisinden alınmasına ve diğer sanık İbrahime gelince : Oluşa ve davacının iddiasına göre kavga sırasında hakaretle birlikte fevren söylenen sözlerde tehdit anasırının tekevvün etmediğinin düşünülmemesi yolsuz olduğundan İbrahim hakkındaki hükmün de BOZULMASINA ve 500 krş. bozma harcının haksız çıakcak taraftan alınmasına 6/11/948 t. oybirliğile karar verildi.

---

1 — Teşebbüs halinde kalan döğme fiilinden dolayı tamam olmuş döğme suçundan ceza verilmesi,

2 — 191 inci maddenin 3 üncü fıkrasına dayanılarak açılmış bir dava bulunmadığının düşünülmemesi,

3 — Kavga sırasında tehevvüren ve feveren sarf olunan sözlerin ne suretle tehdit suçunu teşkil ettiği izah olunmaması bozmayı muciptir.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi
Esas 9788 — Karar 10434

Döğmek ve tehditten sanık Mustafa Tosun hakkında yapılan duruş-

ma sonunda : C. K. nun 456/4, 191/3, 76 ncı maddelerine göre neticeten 26 lira ağ. para cezası ile cezalandırılmasına ve 200 krş. harç ile 1375 krş. masrafın sanıktan alınmasına dair Lâpseki S. C. Y. lığından verilen 13/9/948 tarihli hükmün Yargıtayca incelenmesi Çanakkale C. Savcılığı tarafından süresinde istida edilerek dava evrakı C. Başsavcılığının 4/10/948 tarihli tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü :

YARGITAY KARARI

10/5/948 tarihli dava dilekçesinde sanığın suçu döğmeğe teşebbüs olarak gösterilmiş ve şahadete göre de fiil teşebbüs derecesinde kalmış olduğu halde tamam olmuş döğmek suçundan ceza hükmolunması ve hakaret ve döğmeğe teşebbüsten dava açılmış ise de 191 inci maddenin 3 üncü fıkrasına dayanılarak açılmış bir dava bulunmadığı düşünülmemesi ve kabule göre kavga esnasında tehevvüren ve fevren sarfolunan sözlerin ne suretle tehdit suçunu teşkil ettiği karar yerinde izah olunmaması yolsuz odluğu gibi sanığa tehdit suçundan dolayı 191 nci madde ile 30 lira ağ. para cezası hükmedilmek lâzımgelirken bir lira ceza hükmedilmesinin yolsuzluğuna münhasır olan savcının temyiz itirazı da varit olduğundan hükmün bu sebeplerden BOZULMASINA 6/11/948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Tekerrüre esas tutulan hükümlülüğün kesinleşme tarihi C. Savcısının cevabında musarrah bulunmamış olmasına göre bu hükümlülüğün ne tarihte kesinleştiğinin tesbit olunarak tekerrür veya içtima hükümlerinden hangisinin uygulanması lâzımgeldiğinin belirtilmesi icap ederken yeniden yapılan duruşmada da bu cihetin tahkiksiz bırakılması ve kanuni sebebi gösterilmeksizin tekerrür hükümlerinin uygulanmasından vaz geçilmesi yolsuzdur.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi
Esas 10926 — Karar 10545

Yankesicilik yapmaktan sanık ve tutuk Abdülgaffar Yürek hakkında bozma üzerine yapılan yargılama sonunda : T. C. K. nun 491/5, 62, 69 ve 525 inci maddeleri uyarınca neticeten sanığın 16 ay 20 gün süre ile hapsine ve cezası kadar da E. U. N. altında bulundurulmasına ve 2200 kr. harcın sanıktan alınmasına ve sanığın üzerinde yakalanan 120 liranın mezkûr k. nun 36 ncı maddesi uyarınca para çalınanların çalınan paraları nisbetinde iadesine ve sanığın tutuk geçen süresi nisbetinde cezasından icrayı mahsubuna dair Buldan S. C. Yargıçlığından verilen 18/8/948 t. hükmün Yargıtayca incelenmesi sanık tarafından süresinde istida ve şartı depo parasiyle ifa edilerek dava evrakı C. Başsavcılığının 6/11/948 t. tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü :

YARGITAY KARARI

Ceza Genel Kurulunun kararına uyulmuş ve C. Savcılığının cevabında tekerrüre esas tutulan hükümlülüğün kesinleşme tarihi musarrah bulunmamış olmasına göre bu hükümlülüğün ne tarihte kesinleştiğinin tesbit olunarak tekerrür veya içtima hükümlerinden hangisinin uygulanması lâzım geelceğinin belirtilmesi icabederken yeniden yapılan duruşmada da bu cihetin tahkiksiz bırakılması ve kanuni sebep gösterilmeksizin tekerrür hükümlerinin uygulanmasından vaz geçilmesi ve tekerrür hükümlerinin uygulanmamış olmasına nazaran Ceza K. nun 522 nci maddesinin tatbiki icabedip etmediği hakkında bir karar verilmesi gerektiği düşünülmemesi yolsuz ve sanığın itirazları bu bakımdan varit bulunmuş olduğundan Ceza M. U. K. nun 326 ncı maddesi gereğince mümeyyiz sanık olduğundan müktesep hakka halel gelmemek üzere hükmün BOZULMASINA ve 500 krş. bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına ve depo parasının geri verilmesile 11/11/948 t. oybirliğile karar verildi.

---

1 — Mağdurun ana ve babasının rızası bulunmadıkça evlenmesine ve dolayısiyle evlenmek kasdının gözetilmesine kanunî imkân olmadığı gözetilmeden 433 üncü madde ile indirme yapılması,

2 — Mağdurun kaçırılması maksut olan yere götürülmeden zabıtaca yakalanmasına göre suçun teşebbüs derecesinde kaldığının düşünülmemesi,

3 — On beş yaşını bitirmemiş olan Muzaffer Falaş hakkında 54 üncü madde yerine 55 inci maddeye gidilmesi,

4 — Müdahilin vekâlet ücreti ve istemi hakkında bir karar verilmemesi yolsuzdur.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 10706 — Karar 10549

Ergin olmıyan 931 doğumlu Bahtiyar Tolunayı evlenmek maksadiyle rızasiyle yanında alıkoymaktan sanık ve tutuk Muzaffer Canaydın ve vasıta tedariki suretiyle yardımda bulunmaktan sanık Muzaffer Talaşın 3005 sayılı Kanuna göre yapılan yargılama sonunda : T. C. K. nun 430/2, 433, 65, 55, 89 uncu maddeleri gereğince bunlardan Muzaffer Canaydının bir ay onbeş gün ve Muzaffer Talaşın yirmi iki gün hapislerine ve cezalarının ertelenmesine ve yüz elli lira manevî tazminatın sanıklardan mütesaviyen alınarak müdahile verilmesine dair Elâzığ Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 5/7/948 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi sanıklar ile müdahil tarafından süresinde istida ve şartı ifa edilerek dava evrakı bozma isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü :

YARGITAY KARARI

1 — Mağdurun ana ve babasının rızası bulunmadıkça evlenmesine ve dolayısiyle evlenmek kasdının gözetilmesine kanunî imkân olmadığı gözetilmeden 433 üncü madde ile indirme yapılması.

2 — Mağdurun kaçırılması maksut olan yere götürülmeden zabitaca yakalanmasına göre suçun teşebbüs derecesinde kaldığının düşünülmemesi.

3 — Onbeş yaşını bitirmemiş olan Muzaffer Talaş hakkında 54 üncü madde yerine 55 inci maddeye gidilmesi.

4 — Müdahilin vekâlet ücreti istemi hakkında bir karar verilmemesi.

Bozmayı gereklendirmiş ve itirazlarla istemler bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan hükmün BOZULMASINA ve depo parasının geri verilmesine 2/10/948 de oybirliği ile karar verildi.

Evlenme vadile kızlığı bozulan mağdur tarafından Türk Ceza Kanunun 108/1 inci maddesi gereğince mehli içinde dava açılmamış olduğundan zamanaşımı sebebile ceza tâyinine mahal olmadığına dair verilen karar kanuna uygundur.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 10444 — Karar 10844

Vasfiye Arslanın evlenmek vadile kızlığını bozmaktan sanık Kadri Satılmışın yapılan yargılama sonunda T. C. Kanunun 108/1 inci maddesi gereğince mehli içinde dava açılmamış ve zamanaşımı mevcut olduğundan ceza tâyinine mahal olmadığına dair Bursa İkinci Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 4/6/948 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi oyer C. Savcılığı ile mağdur tarafından istida edilerek dava evrakı ret ve onama isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle incelendi.

YARGITAY KARARI

Müdahil sıfatını almamış olan mağdurun temyiz dilekçesinin reddine.

Evlenme akdinin evlendirme memuru huzurunda yapılacağının ve evlenme talebinin askıya çıkarılmasının evlenme teşkil etmediğinin herkesin malûmu sayılan kanun gereğinden olmasına göre evlendirme memuru huzuruna çıkarılma gibi aldatıcı bir hareket mesbuk olmayan hâdisede harici evlenme ile birleşmekle 237 nci maddedeki suçun sorumlusu durumunda olan mağdurun aldadılmış sayılarak 946 nın ikinci ayı Adalet Dergisinin ve 946 kararları kitabının 23 üncü sahifelerinde yayınlanan daire kararındaki gerekçeden faydalanmasını kabule imkân olmamasına ve gerekçeye göre yerinde bulunmayan itirazı reddile hükmün ONANMASINA 9/10/948 de oybirliğile karar verildi.

Mağdurların teslim ettikleri tabancanın Şarjörlü ve fişekli olup olmadığının araştırılması ve ayrıca sorulması ve sonuncu itibarile şarjörsüz ve fişeksiz olan tabancanın tehditte silâh sayılıp sayılmıyacağının ve silâhın kendisine karşı mağdurlar tarafından kullanılmış olduğu yolundaki müdafaasının tahkiki gerekirken zuhul olunması yolsuzdur.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 11215 — Karar 11659

Şükrünün gündüzün konut dokunulmazlığını bozmak ve Behiyeyi silâhla ve ölümle tehdit etmekten sanık Süleyman Namı diğeri Salâhattin Ulunun T. C. K. nun 193/1, 188/3, 55 ve 63 üncü maddeleri gereğince neticeten bir sene on gün hapsine ve tabancanın müsaderesine dair Bitlis Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 15/7/948 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi sanık tarafından süresinde istida ve şartı ifa edilerek dava evrakı onama istiyen tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü :

YARGITAY KARARI

1 — Mağdurların getirip teslim ettikleri jandarma başçavuşu Nesibin ifadesinden anlaşılan tabancanın şarjörlü ve fişenkli olup olmadığının araştırılması ve şahitten ayrıca sorulması ve sonucu itibariyle şarjörsüz ve fişenksiz olan tabancanın tehditte silâh sayılıp sayılmayacağının veya sanığın silâhın kendisine karşı mağdurlar tarafından kullanılmış olduğu yolundaki müdafaasının takdiri gerekirken zuhul olunması.

Bozmayı gerekelndirmiş ve itirazlar bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan onama isteminin reddiyle hükmün BOZULMASINA depo parasının geri verilmesine ve 500 kuruş bozma harcının ileride haksız çıkacaktan alınmasına 10/11/948 de oybirliğile karar verildi.

Rızaen kaçırmak veya alıkoymak fiilinin teşekkülü için mağdurun anasile babasının buna muvafakatları şart olduğu ve muvafakatları bulunduğu veya lahik olduğu takdirde suçun hukuki gayesinin mefkut kalacağının gözetilmemesi yolsuzdur.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi
Esas 2252 — Karar 2833

Reşit bulunmıyan Hanife Akyıldızı evlenmek maksadiyle ve rızasiyle ve ebeveyninin muvafakatı haricinde yanında alıkoyduğu bilmuhakeme sabit olan sanık Salih Yıldız'ın fiiline uyan Türk Ceza Kanununun 430/2 ve 433 üncü maddeleri gereğince üç ay hapsine dair (Erzincan) Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 3/6/948 tarihli ve 105/37 sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi adı geçen sanık yönünden istenilmesi, şartı yokluk kâğıdiyle yerine getirilmesi üzerine mahallinden gönderilen dava evrakı Yargıtay Başsavcılığından tebliğname ile daireye tevdi kılınmış olmakla okunup gereği düşünüldü ve aşağıda yazılı karar tesbit olundu :

YARGITAY KARARI

Rızaen kaçırmak veya alıkoymak fiilinin teşekkülü için mağdurun anasiyle babasının buna muvafakatsızlıkları şart olduğu ve muvafakat-

ları bulunduğu veya lâyık olduğu takdirde suçun hukuki gayesi mefkut kalacağı gözetilmeyerek ana ve babadan bu husus istizah edilmeksizin mücerret fiile vukuundan sonra ittilâ kesbetmeleri hasebiyle bu esaslı unsurun tahkik ve tesbiti lüzumundan zuhul olunması yolsuz ve sanığın temyizi bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün tebliğname gibi C. M. U. K. nunun 321 inci maddesi uyarınca BOZULMASINA 500 kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 20/11/948 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

Hükûmetçe Millî Korunma Kanunun 21 inci maddesinin tanıdığı yetkiye dayanılarak yayınlanan 412 sayılı Kararnameye sanık muttali olmadığından bahsile beraat kararı verilmesi yolsuzdur.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi
Esas 2741 — Karar 2849

Hükümetçe tahdide tabi tutulan çimentoyu satmak maksadiyle Pazar ilcesine nakletmek suretiyle Millî Korunma Kanunu hükümlerini ihlâl eylediği iddiasiyle sanık Hüseyin Aksu'nun yapılan yargılaması sonunda: Beraetine dair Pazar Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 18.10.948 tarihli ve 126/103 sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi oyer C. Savcısı yönünden istenilmesi üzerine mahallinden gönderilip C. Başsavcılığından tebliğname ile daireye tevdi olunan dava evrakı okunup gereği düşünüldü ve aşağıda yazılı karar tesbit olundu :

YARGITAY KARARI

Hükümetçe Millî Korunma Kanununun 21 inci maddesinin tanıdığı yetkiye dayanılarak 412 sayılı Kararname ile çimentonun istihlâki tahdit ve satışı muayyen bir şekle bağlanmış olduğu cihetle sanığın bu kararname ile alınan kanunî tedbirlere vaki muhalefetinin kasıttan tecrit edilemiyeceği, usulen neşredilerek meriyet mevkiine giren kararnamenin herkesce muta olduğu ve hükümlerine riayetsizliğin suç teşkil edeceği tabii ve zarurî bulunduğu gözetilmiyerek sanığın buna muttali olmadığından bahsile beraet kararı verilmesi yolsuz olduğu gibi 716 sayılı ve 13/1/948 tarihli kararla Sümerbank vasıtasiyle memlekete ithal edilen otuz bin ton çimentonun satışı serbest bırakılmış olmasına göre sanığın 29/6/948 tarihinde mübayâa ettiği çimentonun satışı serbest bırakılan bu ithal malından olup olmadığı araştırılarak neticesine göre hüküm tesisi lüzumundan zuhul olunması yolsuz ve C. Savcısının temyizi bu bakımlardan yerinde olduğundan onamaya ait tebliğnamenin reddiyle hükmün C. M. U. K. nun 321 inci maddesi uyarınca BOZULMASINA 23/11/948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Yükselmelerine halen kazai ve inzibati engel olmayan Yardımcı, Yargıç ve Savcılarla Yargıç sınıfından sayılanların Aralık/948 sonuna kadar yükselme sürelerini bitirenlerle bu süre içinde 4379 sayılı Kanundan faydalananların sicil sayısı itibarile isimlerini gösterir liste Yargıçlar Kanununun 29 uncu maddesi gereğince her meslek sınıfları için ayrı ayrı hazırlanarak aşağıda gösterilmiştir.

Kendilerini yükselmeğe lâyık gördükleri halde bu listede isimlerini bulamayanlar adı geçen maddenin ikinci fıkrası gereğince yayım gününden itibaren bir ay içinde iki sayılı Ayırma Meclisine yazılı olarak itiraz edebilirler.

İkinci sınıflarda beş veya bu sınıfların 4 üncü derecesinde 3 yılı bitirenler.

Sıra No.	Sicil No.	Adı ve soyadı	Memuriyeti
1	3255	İhsan Keçeciğlu	Antalya C. Savcısı
2	4991	Burhanettin Eneralp	Çubuk Yargıcı
3	6069	Salâhattin Âyanoğlu	Çanakkale Yargıcı

YARGIÇLIK SINIFI

BEŞİNCİ DERECE

1	2110	Muhittin Kartav	Beypazarı Hukuk Yargıcı
2	5988	Nevzat Tüzünkan	Ankara İcra Yardımcı Yargıcı
3	6462	Eyüp Sabri Erman	Zonguldak Hukuk Yargıcı
4	6646	Osman Zihni Betil	Ankara Yargıcı
5	8431	Zahit Çandarlı	Ankara Hukuk Yargıcı
6	8704	Abdülkadir Özoğuz	Ankara Asliye Hukuk Yargıcı

ALTINCI DERECE

1	6276	Şammas Dura	Niğde Ceza Yargıcı
2	6330	Sıtkı Akyazan	3 üncü sınıf Adalet Müfettişi
3	6460	Necati Suner	Afyon Sulh Yargıcı
4	6461	Muhittin Taylan	İzmir Sulh Yargıcı
5	6598	Nurettin Gürsel	Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Umum Müdür Muavin ve İkinci Şube Müdürü
6	6622	Selâmi Akdağ	İstanbul Sulh Yargıcı
7	6792	Lâmia Sezer	Bursa Sulh Yargıcı
8	6908	Sabriye Özgen	Yargıtay Raportörü
9	6928	Hilmi Arca	İstanbul Yargıcı
10	8184	A. Pulat Gözübüyük	Ankara Yargıcı

Sıra No.	Sicil No.	Adı ve soyadı	Memuriyeti
11	8251	Sabahattin Köksal	Gemlik Ceza Yargıcı
12	8369	Reşat Tesal	Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Umum Müdürlüğü Muavin ve 3 üncü Şube Müdürü

YEDİNCİ DERECE

1	1019	Ulvi Aksoy	Sinop Sorgu Yargıcı
2	3605	Hakkı Levendoğlu	Ankara Sorgu Yargıcı
3	5608	Rasim Baykan	Yeşilova Sorgu Yargıcı
4	6811	Bahaettin Çakıt	İstanbul Sulh Yargıcı
5	6915	Sait Yener	Hacıbektaş Sulh Yargıcı
6	6923	Bidayet Arabul	Kalecik Ceza Yargıcı
7	8186	Sedat Aksoy	Eskişehir Sulh Yargıcı
8	8190	Ziya Ergüven	Konya Ereğlisi Ceza Yargıcı
9	8196	Necdet Kalelioğlu	Bandırma Sulh Yargıcı
10	8197	Ömer Yüce	3 üncü sınıf Adalet Müfettişi
11	8265	Kemalettin Bulut	Kırşehir Ağırceza Mahkemesi Üyesi
12	8292	Hasan Tahsin Sarıgiloğlu	Göynük Sorgu Yargıcı
13	8297	Muzaffer İnal	Kırıkhan Yargıç Yardımcısı
14	8310	Mustafa Eriç	Ödemiş Ceza Yargıcı
15	8322	Haydar Gür	Şarköy Yargıcı
16	8325	Rıza Sönmez	Bozcaada Yargıcı
17	8519	Bülent Erten	Bursa Sulh Yargıcı

SEKİZİNCİ DERECE

1	6123	Halil Kalyoncu	Erdek Yargıcı
2	6804	Kemalettin Erk	Tekirdağı Sulh Yargıcı
3	6875	Hüseyin İyigün	Erzurum Ağırceza Mahkemesi Üyesi
4	8463	Celâl Dinç	Behisni Yargıcı

DOKUZUNCU DERECE

1	8172	Şinasi İdemen	Kadınhanı Yargıç Yardımcısı

ONUNCU DERECE

Sıra No.	Sicil No.	Adı ve soyadı	Memuriyeti
1	7344	Nakiye Güler	Ankara Yargıç Yardımcısı
2	8024	Ali Galip Acar	Hozat Yargıç Yardımcısı
3	9127	Mürüvvet Talû	Adana Yargıç Yardımcısı
4	9184	Lütfi Temel	Kelkit Yargıç Yardımcısı
5	9254	Hulûsi Cerrahoğlu	Kilis Yargıç Yardımcısı
6	9287	A. Talât Kırksekiz	Devrekâni Sulh Yargıç Yardımcısı
7	9835	İsmail Arif Baykurt	Göle Yargıç Yardımcısı
8	9890	Hüseyin Civelek	Poshof Yargıç Yardımcısı
9	9924	Ali Fuat Remok	Kars Yargıç Yardımcısı
10	9925	Mehmet Veral	Nizip Yargıç Yardımcısı
11	9929	Nuri Kayaçetin	Mardin Üye Yardımcısı
12	9946	Ahmet Kocakuşak	Kozluk Yargıç Yardımcısı
13	9957	İsmail Hakkı Özercan	Nusaybin Yargıç Yardımcısı
14	9967	İsmail Kesimgil	Malazgirt Yargıç Yardımcısı
15	9973	Abidin Tankut	Kozan Yargıç ardımcısı
16	9978	Mahmut Ekrem Özkunt	Palo Yargıç Yardımcısı

SAVCILIK SINIFI

BEŞİNCİ DERECE

Sıra No.	Sicil No.	Adı ve soyadı	Memuriyeti
1	5663	Derviş Ali Oktay	Adapazarı C. Savcısı

ALTINCI DERECE

1	5765	İbrahim Görece	Trabzon C. Savcısı
2	6522	Ömer Köni	Kastamonu C. Savcısı
3	6548	Şinasi Akın	Maraş C. Savcısı
4	8305	Keni Vrana	Bandırma C. Savcı Başyardımcısı

YEDİNCİ DERECE

1	7789	Nedim Evliya	Kadıköy C. Savcı Başyardımcısı
2	7901	Ahmet Öğet	Çankırı C. Savcısı
3	8189	Rıza Gökçe	Elâzığ C. Savcı Yardımcısı
4	8191	Faik Biçen	Sandıklı C. Savcısı
5	8211	Şemsettin Güney	Acıpayam C. Savcı Yardımcısı
6	8252	Hilmi Kandilci	Daday C. Savcı Yardımcısı
7	8324	Esat Yunatçı	Uşak C. Savcı Yardımcısı
8	8467	Hakkı Egeseli	Keskin C. Savcısı

SEKİZİNCİ DERECE

1	8107	Bekir Karahan	Develi C. Savcısı

ONUNCU DERECE

1	9165	Selâmi Sanaç	Şavşat C. Savcı Yardımcısı
2	9183	Rasih Ünlüsoy	Ulus C. Savcı Yardımcısı
3	9860	Ahmet İlhami Aslan	Malazgirt C. Savcı Yardımcısı
4	9943	Bekir Sıtkı Karakayalı	Tortum C. Savcı Yardımcısı
5	9947	Mehmet Lütfi Özkal	Kadirli C. Savcı Yardımcısı
6	9956	Mehmet Edip Erginöz	Ovacık C. Savcı Yardımcısı
7	9974	Mehmet Çağatay	Erzincan C. Savcı Yardımcısı
8	9979	Mehmet Akil Hızal	Mardin C. Savcı Yardımcısı

Adalet Dergisi

Sayısı 30, yıllık abonesi 300 kuruştur

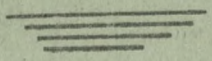
Adalet Bakanlığı tarafından bastırılan veya satın alınan ve mevcudu bulunan kitapların adları, fiyatları, aşağıda; elde etme yolu da kapağın içinde gösterilmiştir.

Adı	*Fiyatı Kr*
Avukatlık kanunu	50
Alman ceza muhakemeleri usulü kanunu	175
Bağlamlar kanunu şerhi (H Oser)	150
Ceza kanunu üzerinde bir inceleme	75
Cezalı kanunlar ve bunları tatbik eden meciler kanunu mülâhazalar	40
Ceza Muhakemeleri kanununun esbabı mucibesi	50
Adalet Mantığı	300
(941—942) Yılları Yargıtay Ceza Kararları	300

Adı	*Fiyatı Kr.*
Ceza Muhakemeleri usulü kanunu üzerinde bâzı izahlar	50
Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu alfabetik fihristi	75
Deniz ticareti kanunu	50
Hâkimler kanunu	50
Meşhut Suçlar Kanunu	15
„ „ „ talimatı	15
Varşova konferansı	75
Tamimler mec (1928—1937).	175
„ „ (1938)	100
„ „ (1939 1940)	100
Noter Kanunu	50
Devletler umumi hukuku	300
Madrid Konferansı	100

Dergiye konulmak üzere gönderilen yazılar yeni türkçe terimlerle yazılmış olmalıdır.

207



307