ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN ÇIKARILIR

ADALET DERGİSİ

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

YIL : 41

SAYI : 6

789

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 göndereceker, yahut ta oturdukları yer C. Savcılığına teslim edeceklerdir.

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

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

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

---

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

ADALET
DERGİSİ

Yıl 41 | Haziran : 1950 | Sayı : 6

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER :

		Sahife
Adalet Bakanı Sayın Halil Özyörük'ün teşkilâta yaptıkları tamim.		I
Dr. HADİ TAN	Ceza M. Usulü Kanunumuzda yapılan son değişikliğin sebepleri ve tasarının ana hatları	713—736
Dr. K. T. GÜRSOY	Fransız Hususî Hukukunda âmme nizamı	737—753
Dr. NACİ ŞENSOY	Aklî malûliyetin felsefî ve hukukî cepheden tetkiki	754—774
MUHSİN TUĞSAVUL	Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin kamulaştırmaya ait bir bozma kararı üzerinde düşünceler	775—783
AHMET ERDOĞDU	Zaruret hali ve hukukî neticeleri	784—814
SAİDE ALPAR	İsviçre'de adlî tıp	815—819
MÜFİT BİRSEN	Vazife uyuşmazlığı	820—824
BİBLİYOGRAFYA		825—833
İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARI		834—839
YARGITAY HUKUK KARARLARI		840—851
YARGITAY CEZA KARARLARI		852—857

Adalet Dergisine abone olmak ve kitap almak şartları

1 — Adalet Dergisine abone olmak ve Adalet Bakanlığı tarafından basılan kitaplardan almak isteyenler:

a) Yayın Müdürlüğüne bir mektupla adreslerini ve abone veya kitap isteklerini [illegible]

b) Kitap veya abone bedelini bulundukları yer mal sandığına yatıracaklar ve karşılığında alacakları [illegible] makbuzunu ve mektuplarına bağlı olarak göndereceklerdir. [illegible]

c) C. Savcı[illegible] gönderilen [illegible] adresini Adalet [illegible] göndereceklerdir.

d) Kitap ve dergiler ayrıca posta [illegible] Bakanlık Yayım [illegible] adresine yollanacaktır.

e) Adalet [illegible] kitaplardan [illegible] almak isteyenler [illegible] daha önce Yayım Müdürlüğünden sormaları ve ona göre istemeleri lâzımdır.

[illegible]

CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNUMUZDA YAPILAN SON DEĞİŞİKLİĞİN SEBEPLERİ VE TASARININ ANA HATLARI

Yazan: Dr. Hadi TAN

Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundan iktibasen alınmış olan ve 20/8/1926 tarihinden beri yürürlükte bulunan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzda, o tarihten bugüne kadar, ehemmiyetli bazı değişiklikler yapılmış olmasına rağmen, hâlen tatbikatta bazı aksaklıklara rastlanmakta ve binnetice modern bir usul hukukundan beklenilen faydanın matlup üzere sağlanamadığı müşahede olunmaktadır.

Esasen, kanun koyucu tarafından hazırlanmış olan bir Usul Kanununun devrin icaplarına, memleketin ihtiyacına, teşkilâtına ve vasıtaların tekemmül derecesine ve usul hukukunun güttüğü amaca uygun olarak yapılması gerekmekte ise de, dev adımlariyle ilerleyen ve daima yenilikler ve tahavvüller arzeden teknik ve sosyal gelişmeler muvacehesinde, evvelce tesbit ve tâyin edilmiş olan usulî kaidelerin ve formalitelerin, günün ihtiyaçlarına cevap veremiyeceği bedihî bir hakikattir. Bu itibarla ceza ve usul hukuku alanlarında zaman zaman gerekli değişikliklerin yapılması kat'î bir zaruretin ve lüzumun tam ifadesini teşkil eder.

Bilindiği üzere, Ceza Kanunu, mücerret mahiyette yasak eylemleri ve bu eylemlerin müeyyidesini tesbit etmesi hasebiyle statik ve hareketsiz bir haldedir. Ceza hukukuna hareket bahşeden ve ona dinamik vasfını veren usul hukukudur. Binaenaleyh ilmî ve uygulama değerini haiz bir usul hukuku mevcut olmadıkça, ceza hukukunun diğer bir deyimle cezalı kanunların istihdaf ettiği amacın yani cezanın ve devletin cezalandırma hakkının dayandığı esasların tahakkuk ve tahassülüne imkân hâsıl olamıyacağından topluluktaki düzen ve güven de daima sarsılma tehlikesine maruz kalır.

Bu itibarla iyi bir muhakeme usulünün vasıflarını ve ihtiva etmesi gereken hususları ve güttüğü amacı bidayette lâyıkiyle tâyin ve tesbit ederek işbu esasat dairesinde faaliyette bulunma, sonucun verimli ve hayırlı olmasını sağlar.

Modern bir yargılama usulünün ana vasıflarını ve bünyesini **vuzuh, sadelik, sürat, adalet ve teminat** mefhumları teşkil eder. Bu dört mefhumu bünyesinde ve esasında toplayabilmiş olan ve onları muvazeneli bir

şekil ve tarzda telif edebilmiş bulunan bir Usul Kanunu kelimenin tam ve kat'î mânasiyle, modern, ihtiyaca kâfi ve şâfi addolunur.

Usul hukuku, suçun ve suçlunun ne şekilde meydana çıkarılmasını, bunlara ait delillerin toplanmasını ve suç işleyenler hakkında kanunda yazılı cezaların hüküm ve uygulanabilmesi için yetkili makam ve memurlar tarafından yapılması gereken eylemleri ve tatbiki lüzumlu olan kaide, formalite ve yolları tâyin ve tesbit ederken, mâruz ana vasıfları daima gözönünde bulundurmak ve faailyetinin ağırlık merkezini bu vasıflara tevcih etmek zorundadır. Zira, bu sayede, uygulama alanındaki verim sağlanmış ve matlup amaç tahakkuk etmiş olur.

Usul kanunlarının kabul ettiği bilcümle hükümler ve kaideler vâzıh ve sarih olmalıdır ki, yurttaşlar ve kanunun uygulanmasını sağlayacak olan elemanlar tereddüt ve şüpheden âzade olarak faaliyetlerini ayarlama ve madde maksudunu kolayca kavrama imkânını elde edebilmiş olsunlar.

Uygulanacak usulî maumele ve kaideler, lüzumsuz ve faydasız eşkâl ve merasimden ârî olmalıdır ki, gerek taraflar ve gerek adalet mercileri için müşkilât doğmaksızın hakikate en sade ve kısa yoldan ulaşma imkânı sağlanmış bulunsun.

İşlenen suç, topluluğun bünyesini sarsmakla beraber, topluluğu teşkil eden fertler arasındaki huzur ve sükûnu da bozar. Bu itibarla suç faalinin derhal yakalanarak adalet cihazına teslim edilmesini ve suçun işlenmesi dolayısiyle hâfızalara intikal eden izler silinmeden ve menfi bir ipham belirmeden suçlunun cezalandırılmasını gerek kamu ve gerek fert vicdanı ve şuuru hassasiyetle arzuladığından, seri bir muhakeme usulü bu ihtiyaca cevap vermekle beraber sübut delillerinin ve araçlarının zamanla kaybolma ve değişme tehlikesini ortadan kaldırmış olur.

Sadeliği ve sürati sağlarken, adalet ve teminatı da gözönünde bulundurmak gerekir. Sadelik ve sürat, adalet ve teminatın zıddıdır. Asıl olan, yekdiğerine mütezat bu nevi mefhumların muvazeneli bir şekilde telifi hususunun sağlanmasıdır. Bir taraftan sürat ve sadelik sağlanırken diğer taraftan adalet ve teminata taarruz edilir. Adalet ve teminat sağlanmak istenildiğinde bu sefer de sadelik ve sürat taarruza uğrayıp betaet kendini gösterir. Binaenaleyh sürati ve sadeliği sağlamak isterken, bir masumu töhmet altında bulundurmak veya cezalandırmak adalet ve nesafet kaideleriyle bağdaşamaz. Bunun içindir ki, hakikî suçluyu bulmak ve ona müstahak olduğu cezayı iyi ve âdilâne bir surette tertip etmek ve her türlü soruşturma safhalarında yalnız sanık aleyhinde olan delilleri değil sanık lehinde olanları da araştırıp elde etmek, müdafaa hakkına, sözlülük ve yüze karşılık prensiplerine lâyıkiyle yer vermek gerekir. Aksi takdirde

adaletsizlik, topluluğu temelinden sarsar, zulme inkılâbeder ve fertler arasındaki huzur ve sükûnu bozar.

Adaletin sağlanmasında, teminat mühim derecede rol oynar. Zira, yasak eylemin işlenmesi halinde sükûn ve huzur bozulduğundan topluluk müteessir olmuştur. Bu itibarla topluluğun menfaati icabı suçlunun derhal ve süratle cezalandırılması gerekir. Halbuki topluluğun menfaati karşısında ve ona zıt olarak fert hakları ve entereseleri bahis konusudur. Yine topluluğun düzeni ve güveni mülâhazasiyle fertlere bir takım esasî haklar (kişi hürriyeti, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, muhabere dokunulmazlığı) tanınmıştır. Her hangi bir suçun işlenmesi sebebiyle, topluluğu korumak için fertlerin esas ve aslî haklarına tecavüz ederek, faili, hiç bir usul ve kaideye riayet etmeden yakalayıp yargılama altına almak veya cezalandırmak âdil ve makbul bir hareket tarzı olamaz. Binaenaleyh yekdiğerine zıt iki menfaat yani topluluğun menfaatiyle fert hakları ve entereseleri daima çarpışmakta olduğundan çok mühim olan işbu hususun gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

Yine aynı mahiyette ve kıymette olmak üzere, kamu haklarının koruyucusu ve kamunun temsilcisi olan savcı ile sanık mücadele halindedir. Diğer bir deyimle savcı ve sanık entereseleri yekdiğerine zıt bir mahiyet arzettiğinden her ikisinin faaliyeti ayrı istikametlere müteveccih ve ayrı amaçların tahakkukuna mâtuftur.

Binnetice, iyi bir ceza usulü zıt menfaat ve faaliyetleri en iyi ve muvazeneli bir tarzda telif edebilmiş olan usuldür. Zıt entereselerin telif ve tevziinde gözönünde bulundurulacak cihet şudur: Topluluk, suçun cezasız kalmamasında ve yine topluluk hakiki suç failinin cezalandırılmasında, masuma ceza tatbik ve tâyin edilmemesinde menfaattardır. Sonra, otoriteyi nefsinde toplamış olan devletin temsilcisi vasfını iktisap eden ve kamu haklarını korumakla mükellef olan savcının kuvvet ve kudretiyle suçlunun kudret ve kuvveti eşit sayılamaz. Savcı, kendisine bahşedilen yetki ve bundan doğan imkânlar dolayısiyle gerekli gördüğü her hususu ifaya muktedirdir. Sanık ise böyle elverişli bir durumda değildir. Bu itibarla savcı ve sanık savaşı eşit şartlar altında cereyan etmez. Bunun içindir ki, sanığa, savcıya karşı başarı ile savaşma araçlarını sağlamak gerekir.

Bu halde modern usul kanunlarının mühim olan bu ciheti de gözönünde tutarak sanığı kendini koruyabilecek araçlarla mücehhez kılması ve ona gereken hukukî ve usulî teminatlar bahşeylemesi lüzumu aşikârdır. Bu sayede sanık, kudretli bir teşkilâtın zebunu olmaktan kurtarılmış olur.

Topluluğun düzen ve güvenini, fertlerin esasî haklarını, hukuklarını,

sükûn ve huzurlarını teminde, adaletin tevziinde başarı, birbirine zıt entereseleri muvazeneli bir şekilde telif eden ve teminatlar kabul eyleyen mükemmel bir muhakeme usulünün bulunmasına ve onun iyi bir tarzda uygulanmasına vâbestedir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun belli maddelerinin değiştirilmesine ve kanuna yeni maddeler konmasına dair olan tasarı, yukarıda tafsilen arzedilen esaslardan tamamiyle mülhem olarak hazırlanmıştır. Aynı zamanda kanunumuzda mevcut aksaklıkları, vuzuhsuzlukları, betaeti ve kanun hükümlerini yorumlama ayrılıklariyle farklı uygulamaları gidermek mülâhazasiyle, modern bir ceza usulünde bulunması gereken vuzuh, sadelik, sürat, adalet ve teminat gibi yekdiğerine mütezat vasıflar tam ve muvazeneli olarak bir arada toplanmış, telif edilmiş ve Usul Kanunumuzun on sekiz senelik uygulanmasından elde edilen sonuçlardan ve batı devletlerinin usul hukuklarındaki en son ilerlemelerden faydalanılmış, bilhassa memleketimizin özelliği ve adlî teşkilâtımız da gözönünde tutulmuştur. Ezcümle, tasarıda, sürati, soruşturma ve kovuşturma işlerinde sadeliği ve kısalığı sağlayacak mahiyette yeni hükümler kabul edilmiş ve yargılamanın uzamasına sebep olan lüzumsuz formaliteleri havi hükümler ıslah olunmuştur. Kanun hükümlerini yorumlama ayrılıklariyle farklı uygulamaları ve bu sebeple kanun yolları mercilerinin yersiz ve lüzumsuz işgalini önlemek için bir çok maddeler kanun maksudu üzere açıklanarak yeniden yazılmıştır.

Usul hukukunun ceza dâvasına katılanlara kaideten tanımış olduğu hak ve yetkileri kötüye kullanmak suretiyle adaletin süratle, kolaylıkla ve emniyetle tecelli ve tahakkuk etmesine mâni olan hususları ortadan kaldırıcı veya önleyici mahiyette değişiklik ve ilâveler yapılmıştır.

Tasarıda, vuzuhu, sürat ve sadeliği işlemlerde kısalığı sağlarken kamu ve kişi haklarının korunmasına ve yekdiğerine zıt menfaatlerin telifine savcı ve sanığın eşit muameleye tâbi tutulmasına mâtuf olan ve bu nevi hak ve entereseler için teminat teşkil eden hükümlerden ve aslî prensiplerden asla feragat edilmemiş bilâkis bu hususatın takviyesi sağlanmıştır.

Adalet mercilerinin işlerini gerek keyfiyet ve gerek kemiyet bakımından azaltıcı ve hafifletici mahiyette olmak üzere yeni esaslar kabul edilmiştir.

Toplu bir deyimle, değişiklik tasarısiyle, yurttaşlarımızın ve Türkiye Cumhuriyeti kaza kuvvetine tâbi şahısların ceza alanındaki işlerini emniyet, kolaylık ve süratle görebilmeleri sağlanmakta ve adalet cihazına karşı olan genel güven kelimenin tam mânasiyle takviye edilmiş bulunmaktadır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi ve kanuna bazı maddeler eklenmesi hakkındaki tasarının ihtiva ettiği değişikliklerden mühim ve asli mahiyette olanların ana hadlarını sırasile ve hulâsaten formüle ettiğimizde :

Dâvanın naklini derpiş eyleyen 14 üncü madde, metninin müphem bulunması hasebile tatbikatta bazı güçlüklere ve yanlış anlayışlara sebep teşkil etmekte idi. Ezcümle metindeki (yüksek vazifeli mahkeme) tabirinden bir derece daha üst mahkeme anlaşılmakta olduğundan(müşterek) terimi ilâve edilmek suretile tatbikatta raslanan tereddüt giderilmiş bulunmaktadır.

Bundan başka kamu emniyeti mülâhazasile dâva naklinin hangi mercie ait olacağı metinde sarahatle gösterilmemiş olduğundan tadilde nakle karar verecek merci (yargıtay) olarak gösterilmek suretile vuzuh sağlanmıştır.

15 nci madde sarahatına tevfikan yetkisizlik iddiasında bulunmak hakkı yalnız sanığa tanınmıştır. Halbuki soruşturmalar ilerledikçe sorgu yargıcının o işi tahkike yetkisiz olduğu meydana çıkabilir. Bu itibarla kanun hükümlerinin iyi tatbik edilmesini temin amacile savcıyada sanık gibi tahkikat sonuna kadar yetkisizlik iddiasında bulunmak hakkının tanınması gerektiğinden işbu husus sağlanmış bulunmaktadır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 205 ve 344 ncü maddeleri ahkâmına uyularak ilk tahkikat yapılmayan işlerde, yetkisizlik iddiasının iddianamenin okunmasından sonraya bırakılması muvafık görülmüştür. Çünkü mezkûr maddelerde yazılı hallerde sanığa iddianame tebliğ edilmiyeceğinden veya iddianameye lüzum olmadan dâva açılmış olacağından sanık üzerine atılan suçun mahiyetini tabiatile bilemez. Ancak, iddianame okunmalıdırki, sanık üzerine atılan suçun mahiyetini ve dolayısile durumunu kavrayıp defilerini yapabilsin. Binaenaleyh yetkisizlik iddiasının zamanı, iddianamenin ve iddianameye lüzum olmadan açılan dâvalarda dilekçenin veya dâva beyanı tutanağının okunmasından sonraya bırakılmıştır. Ayrıca son fıkra olarak yargı hudutlarında yapılan değişiklik suretile hasıl olacak yer itibarile yetkisizlik ihtilâflarının ne şekilde halledileceği gösterilmiştir.

15 nci maddenin müeyyidesini teşkil etmek üzere, vaktinde yapılmamış olan yetkisizlik iddiasının dinlenmiyeceği husus 17 nci maddeye yazılmak suretile maksat sağlanmıştır.

Tasarı, red müessesesine ait olan hükümlerde ehemmiyetli değişiklik yapmıştır.

Yargıçların ve mahkemelerin karar ve hükümlerinin dâvada taraf teş-

kil eden kimseler tarafından benimsenerek itaat ve hürmet telkin etmesini ve bu nevi karar ve hükümleri verenlerin veya iştirak eyliyenlerin emin ve âdil olmalarını ve tarafkirlik şüphelerinden azade bulunmalarını icabettirir. İşte bu mülâhazaya istinaden kanun, oylarile, yazılarile, fikir ve mütalâalarile hüküm ve kararlara tesir edebilecek vaziyette olan kimselerin yani yargıçların, mahkeme yazarlarının ve bilirkişilerin tarafsız olmalarını emretmiş ve bunun aksine makul ve makbul bir şüphe mevcut olduğunda onların reddedilmesi esasını kabul etmiştir. İşte kanunun kendisine bahşettiği bu hakkı iyi niyetle ve kanuna sığınarak kullanan bir kimsenin mücerret mahiyette iddiasını ispat edememesinden dolayı cezaya çarptırılması adalet kaidelerile bağdaşamaz. Ancak, kanunun kendisine tanıdığı bu müsbet hakkı kötü niyetle ve kötü amaçların tahakkuku için kullanan kimselerin bu nevi teşebbüs ve faaliyetine meydan vermemek gerektir. Bunun içindirki, red isteğini kötü niyetle kullanan kimseler ceza tehdidi altında bulundurulmuş ve iyi niyetle hareket edenlere, iddialarını ispat edememiş olsalar dahi, ceza tâyin edilmesi hususu bertaraf edilmiştir.

Müphem ve maksudu karşılayacak mahiyette olmayan 27 nci maddenin esas maksudu, red talebi reddedildiği takdirde bu nevi karar aleyhine acele itiraz yoluna başvurulacaktır. Fakat red talebini toplu bir mahkemede, reddi istenilen yargıç müzakereye iştirak etmeden reddine karar verilmiş ise, esas hükmü hazırlayan ve ondan ayrı kalamıyan bu karar hakkında ancak esas hükümle birlikte kanun yoluna gidilebileceğini âmir bulunmaktadır. Yapılan değişiklik ile yukarıda arzedilen esas fikir ve madde maksudu daha kolay anlaşılabilir bir tarzda ifade edilmiştir.

29 ncu madde, Alman aslına göre düzeltilerek istek halinde redde karar vermeye yetkili olan merci bir istek sepketmeksizin de yargıcın doğrudan doğruya yargıçlık ödevini yapmaktan memnuiyetini gerektiren bir halini gördüğünde redde karar verebileceği ve bu merciin dâva naklindeki yetki derecesi esaslı bir şekilde tavzih edilmiş bulunmaktadır.

30 ncu madde, genel olarak, red faslında yazılı olan hükümlerin zabıt kâtipleri hakkında da carî olacağını âmir bulunduğından bunlar hakkında redde karar verecek merciin, yargıcın reddine karar verecek merci olarak kabulü işin lüzumsuz ve yersiz uzamasını tevlit ettiğinden Alman aslına uyularak red hakkında karar yetkisinin zabıt kâtibinin yanında vazife gördüğü yargıç veya mahkeme başkanına tanınması uygun görülmüş ve herhangi bir dâvada hem yargıcın ve hemde zabıt kâtibinin reddedilmesi ihtimalide gözönünde bulundurularak gerekli hükümler vaz edilmiştir.

Kanunda yapılan tadilât ile, çağrı kâğıtlarının ve gıyapta verilen hüküm ve kararların mahkeme kalemlerince tebliğ ettirilmesi usulü kabul

edilmiş olduğundan 34 ncü madde buna göre düzeltilmiş ve asliye teşkilâtı bulunmayan yerlerdeki sulh yargıçlarına tebliğ ve icra işlerini yapmak yetkisi tanınmış ancak, savcılık teşkilâtı bulunan yerlerde ceza ilâmlarının infazının sulh yargıcına verilmesi esas prensibe uygun bulunmadığından, ceza kararnamelerinin infazı işi esas prensibe uygun olarak düzeltilmiştir.

37 nci maddede yapılan değişiklik ile, sanığa yalnız çağrı kâğıdının değil aynı zamanda diğer adli evrakında tebliğ edilmesi sağlanmış, hüküm ve kararların ilân suretile olan tebliğlerinde sanığı lüzumsuz teşhirden korumak için bunların sonuçlarının özetlerini yazmakla iktifa edilmesi lüzumu fıkraya eklenmiştir.

Mevkuflu işlerin kâffesi acele addedildiğinden 45 inci madde metnindeki (acele) kelimesi kaldırılmış ve mahkemenin kurulduğu merkez dışında olan şahitlere çağrı kâğıdı gönderilmeden zor kâğıdı çıkarılması hususu duruşmaların biran evvel ikmalini ve maslahatın yerine getirilmesini sağladığından madde bu şekilde değiştirilmiştir.

Tasarı, şehadet faslında mühim değişiklik yapmıştır. Bir ceza dâvasının gerektiği mânada süratle intaç edilebilmesi için dâvaya tesiri olan bütün araçlarında aynı süratle sağlanması şarttır. Binaenaleyh şahitlerin mahkemede çağrıldıkları zaman hazır bulunmaları dâvanın matlup süratle sonuçlandırılmasına yarar, bu itibarla çağrılıpta gelmeyen ve mazeretinide bildirmeyen şahitlerin zorla getirileceği âmir bir hüküm haline konmuş ve bugünkü para kıymeti gözönünde bulundurularak mazeretsiz gelmemiş olan şahitler hakkında para cezası miktarı yükseltilmiştir.

Ceza dâvalarında matlup olan sürati, sadeliği, adalet ve emniyeti sağlayabilmek için dâvanın küllünü teşkil eden diğer araçlarda da gerekli değişiklik yapılması şarttır. Bu itibarla ceza dâvasının süratle, adalet ve hakkaniyet esaslarına uygun olarak intacı için o dâva ile alâkalı olan tanıklara dahi bazı görevler tereddüp eder.

Tanıkların mahkemeye karşı üç türlü görevleri vardır:

1 — Çağrılan zamanda mahkemede hazır bulunmak,

2 — Şehadette bulunmak,

3 — Yemin etmek.

Birinci ve ikinci numaralarda yazılı olan hususat sağlanmış isde tanıkların yemini hakkında kanununmuzda aydınlatıcı ve ihtiyacı karşılayıcı esaslı bir hüküm yoktur. Bir vakanın tanığı olan kimseler ekseri ahvalde ya küçük yaştadır yahut dâva ile alâkalı veya dâvada taraf teşkil

eden kimselerle irtibat halindedirler. Küçükler, şahit oldukları bir dâvada yemin ettikleri takdirde, yeminin kıymet ve önemini bilmeyecekleri cihetle onların takdir edememekten doğan fena bir duruma düşmelerine meydan vermemek gerekir. Bundan başka suçtan zarar görmüş olanlarla, karı koca ve yakın akrabaları ve sanığın nişanlısı, karı ve kacası veya akrabalarının durumuda dikkate şayandır. Zira, bu nevi kimseler, insanlıkları ve ruh hâletleri icabı olarak ve gayri iradî sanığa karşı kin ve adavet beslerler. Yahut onun yakını sıfatile maddi ve manevi tesir ve telkini altında bulunurlar. Aynı zamanda verecekleri yeminli ifade ile ya kendilerini veya yakınlarını kanunî takibat tehlikesine maruz bırakabilirler. Yahut şeref ve haysiyet kırıcı suallere cevap vermek gibi zor bir durumda kalabilirler. Binaenaleyh yargıcın, bu nevi kimselerin yemin ederekmi yoksa yemin etmedenmi şahadette bulunmalarını serbestçe takdir etmesi hususunun kanunda açıkça gösterilmesi lüzumlu olduğundan 53 ncü madde metni yeniden tanzim edilmiştir.

Tanıkların birbirlerile yüzleştirilmeleri çok defa hakikatin meydana çıkmasına hizmet ettiği cihetle yürürlükte bulunan kanundaki yüzleştirme takyidatı kaldırılmış ve lüzumlu görüldüğü hallerde yüzleştirilmenin yapılabileceği esası kabul edilmiştir.

Kanunumuz, 55inci maddedeki sarahatle, lüzum görüldüğü ahvalde, tanığa dâvet olunduğu görevin ehemmiyetinin uygun bir lisanla anlatılmasını kabul etmiştir. Halbuki şehadet müessesesinin kıymetini tekit mülâhazasile ve doğruyu elde edebilmek için şehadet görevinin ve yeminin mahiyeti ve ehemmiyeti hakkında her tanığın evvelden bilgi sahibi olması gerekir. İşte bu görüşe dayanılarak tanıklara şehadetten ve yeminden evvel bu görevin mahiyeti ve ehemmiyeti ve doğru söylemenin akıbetleri hakkında bilgi verilmesi esası kabul edilmiştir.

Tanıkların, hangi tahkikat safhalarında yemin ile dinlenecekleri esasının kanunda tespit ve tasrih edilmesi tabiatile lüzumludur. Bu lüzuma binaen tanığın ilk ve son tahkikatta yemin etmesi keyfiyeti prensip olarak kabul edilmiştir. Ancak bazı özel kanunlarda tanıklara hazırlık tahkikatı safhasında da yemin ettirileceği esası mevcut olduğundan bu cihette gözönünde tutularak 56 ncı madde maruz şekilde tesbit edilmiştir.

Tanığa sorulacak sualin kendisinin veya yakınlarından birinin (nişanlı, karı, koca veya 47 inci maddede yazılı olan akraba) şeref ve haysiyetini kıracağı tahmin edildiğinden böyle bir sualin sorulmaması lâzımdır. Çünki, kamu veya fert hakları namına ehemmiyetli ve külfetli bir görevle ödevli olan şahidin, yersiz ve lüzumsuz suallere maruz bırakılmak suretile, rencide edilmesi asla terviç edilemez. Bu itibarla şeref ve haysiyet

kırıcı suallerin sorulmaması prensip olarak kabul edilmekte isede ancak bu nevi suallerin vaz geçilmiyecek hallerde sorulmasına müsaade edilmiş ve şahit, şehadeti kıymetlendirme ve ceza tatbikatı bakımından, evvelki ceza mahkûmiyetleri hakkında bilgi vermeye mecbur kılınmıştır. Maruz hususat müstakil madde halinde (61 a) tasarıya ilâve edilmiş bulunmaktadır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz bilirkişilerin reddi esasını kabul etmiş isede red talebi hakkında karar verecek olan merci bildirilmemiş bulunduğundan tatbikatta raslanan müşkilâtı bertaraf edebilmek düşüncesile yeni bir madde halinde bu bapta karar verecek olan merciler tâyin edilmiş bulunmaktadır.

68 inci maddenin son fıkrası vazıh olmadığından tatbikatta yanliş anlayışlara ve binnetice yanlış uygulanmalara sebep teşkil etmektedir. Fıkra maksudu şudur: Bir vaka hakkındaki bilgilerini diğer tanıklar gibi beyaneden kimselerde mevcuttur. Nazariyatta bunlara ehli hibre - şahit denilmektedir. Bunlar geçmiş bir vaka hakkında malûmatlarını beyan etmekle beraber fikir ve mütalâalarınıda bildirirler. Meselâ ölmüş olan bir kimseyi hastalığı sırasında tedavi eden tabibin durumu böyledir. İşte bu nevi kimseler hakkında tanıklara mütaallik olan ahkâm aynen uygulanır.

Ceza kanununda yazılı esbab dolayısile haklarında kanuni takibata tevessül edilemiyen sanıkların sorumluluklarını tesbit edebilmek ve haklarında tedbir ittihaz eylemek için bilirkişi marifetile muayeneleri gerektiğinden bu nevi kimselerin muayenelerini sağlayacak mahiyette yeni bir hüküm kabul edilmiştir.

Yürürlükte bulunan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz genel mânada sanıkların muayenelerinin yapılabileceğini derpiş etmektedir. Halbuki hem sanıkların ve hemde mağdur olan eşhas ile diğer kimselerin suçun vasfının tâyini veya tahkikatın aydınlanması için esaslı bir muayeneye tâbi kılınmaları lüzumu her zaman tatbikatta hissedilmektedir. Tasarıda kabul edilen yeni bir hükümle bu cihet sağlanmakta ve aynı zamanda kan muayeneleri yapılabilmek için kan alınması esası vazedilmekte ve ayrıca diğer bir hükümle de rızaları hilâfına dahi sanıkların fotoğraflarının, parmak izlerinin ve ölçülerinin alınması ve haklarında bunlara benzer diğer tedbirlerin ittihazı esası kabul edilmiştir.

Her hangi bir varaka muhteviyatının açıklanması devletin selâmetine zarar vereceği anlaşıldığı taktirde şüphesiz bu nevi varakaların mahkemeden talep edilmiş bulunmasına rağmen teslim ve ibraz edilmemesi devletin yüksek menfaatleri bakımından bir zarurettir. Metin, bu nevi vesikaların resmen muhafaza edilmekte olmalarını şart kılmaktadır. Halbu-

ki henüz resmen muhafaza altına alınmamış olan veyahut işin mahiyeti icabı saklandığı yer resmî dairelerden madut bulunmayan her hangi bir mahaldeki evrak muhteviyatının açıklanması devletin selâmetine zarar verebilir. Binaenaleyh yalnız resmî dairelerde saklı bulunan evrak değil, muhteviyatının ifşası devletin selâmetine zarar verecek olan her nevi evrakın saklandığı yerin resmî olmasına bakılmaksızın gösterilmesinin veya teslim edilmesinin istenmiyeceği hususu Alman aslına uyularak tavzihan belirtilmiştir.

Gece vaktinin tâyini, Ceza Kanunile Usul Kanununda ayrı ayrı kıstaslara istinat ettiğinden tatbikatta hâsıl olan ikiliği bertaraf etmek ve mahkemeleri külfetten kurtarmak mülâhazasile gece vakti usul hukukundaki basit ve sade olan esaslar dairesinde kabul edilmiş ve fakat memleketimizin coğrafi durumu gözönünde tutularak saat fakları ona göre ayarlanmış ve ceza kanunundaki gece vaktinin tesbiti için rasathaneden malûmat istenmesi mecburiyeti işleri sekteye ugrattığından işbu formalite bertaraf edilerek sürat ve sadelik sağlanmıştır.

Tasarı, aramağa mütaallik olmak üzere yeni bir hüküm vazetmiştir. Bir suçun işlenmesini mütaakıp resmî elemanların ve adalet cihazının harekete geçerek o suçun iz ve eserlerinin derhal tesbit ve elde edilmesi tahkikatın en önemli unsurlarından mâduttur. Fakat köylerde mahkeme ve zabıta teşkilâtı olmadığından ve memleketimizde işlenen suçların mühim bir kısmıda köylerde ika edildiğinden köy muhtarlarına arama hakkının tanınması lüzumlu görüldüğünden metne bu bapta bir ilâve yapılmıştır.

Kişi hürriyetinin ve dokunulmazlığının önemi ve korunması muvacehesinde tevkif sebeplerinin esaslı bir şekilde ele alınması gerektiğinden 104 ncü madde üzerinde israrla durulmuştur.

Suçun, memleket güvenini bozan hallerden mâdut olması tevkif sebeplerinden sayılmıştır, halbuki alelıtlak bütün suçlar (geniş mânada) âsayişi bozar. Tevkiften gözetilen gaye ise başkadır, bu itibarla tevkifi gerektiren sebepleri tâdadî olarak göstermek yerinde olur. İşte bu mülâhazaya dayanılarak yukarda arzedilen ibare metinden çıkarılmık ve tevkif sebepleri ceza ve usul hukukunun amaçlarına uygun olarak tâdadî mahiyette tâyin ve tesbit edilmiş ve binnetice yurttaşın kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti teminat altına alınmış bulunmaktadır.

Ayrıca bu bapta yapılan değişiklik ile, ilk tahkikatta mevkufiyet halinin devam edip etmiyeceğinin tetkiki esaslı bir şekle bağlanmış ve lüzumsuz mevkufiyet halinin devamına mâni olunmuş ve fert hakkını koruma amacile bu nevi tetkiklerde gerek sanığın ve gerek müdafiin dinlenmesi lüzumu maddeye ilâve edilmiştir.

Tutuklu olan yurttaşlara kolaylık göstermek için kefaletle salıvermeye mütaallik maddede değişiklik yapılarak, kefaletin gayrimenkul rehni suretile de olabileceği esası vazedilmiş ve bu cümleden olmak üzere kefalet parasının irat kaydi hususu bazı şartların tahakkukuna bağlı kılınmak suretile tutuk olan vatandaşa ehemmiyetli teminat sağlanmıştır.

Topluluğu suç ve suçludan koruma amacile son senelerde sanıklar hakkında bazı tedbirler ittihaz edilmekte ve bu tedbirler medenî milletlerin demokratik kanunlarında yer bulmaktadır. Ezcümle şahıslarındaki özellik dolayısile suçlu olmalarına rağmen ceza ve tevkif evine gönderilmiyen kimselerin duruşma sonuna kadar cemiyet içerisinde kontrol edilmeden dolaşmaları doğru değildir. Bu itibarla halkın emniyetinide gözönünde tutarak fark ve temyiz kudreti yok iken veya zayif iken suç işliyen bir kimsenin tedavi veya bakım müessesesine konması esası tedbir mahiyetinde kabul edilmiştir.

Takibi şikâyete bağlı olan suçlarda, şikâyet sepketmese dahi suç bir küçük aleyhine işlenmiş olduğunda sanığın geçici olarak yakalanabilmesi esası kabul edilmek suretile hem küçüklerin hak ve hukukları siyanet edilmiş ve hemde failin bir an evvel elde edilmesi imkânı sağlanmıştır. Bir tedavi veya bakım müessesesine koymayi gerektiren haller mevcut olduğunda sanığın geçici olarak yakalanması kabul edilmek suretile tedbir maddesinin hayatiyeti temin edilmiştir.

Tasarıda sürat ve sadelik esas olduğundan dâvanın uzamasını tevlit eden her türlü formaliteleri bertaraf etmek amacile, mazeretini bildirmeksizin gelmeyen sanıkların zorla getirilmeleri mecburi bir hüküm haline ifra edilmiştir.

Tatbikatta görüldüğü üzere sanıklar, müdafaa hakkının kendilerine bahşettiği teminattan faydalanarak bu hakkı kötüye kullanmak suretile duruşmayı uzatmakta ve ezcümle her duruşma safhasinda yeni bir müdafaa delili ortaya atmaktadır. İşte kötü niyetli sanıkların itiyat haline getirdikleri bu şekle mânı olabilmek düşüncesile ilk sorgu sırasında sanıktan kendi lehine bir diyeceği ve delilleri olup olmadığı hususunun sorulması kabul edilmiş ve bununla ilerde göstereceği delillerin kıymetini takdir edebilme imkânı da sağlanmıştır. Tasarı, bir taraftan bu değişikliği yaparken diğer taraftan da sanığa teminat bahşeylemek ve usul hukukunun ana prensiplerinden olan hakkı müdafaayı tevsi etmek görüşüne dayanarak, kanunî temsilcilere dahi sanığa resen müdafi tâyin edebilme hakkı tanınmış bulunmakta ve himayeye muhtaç sanıklara, imkân bulunduğunda, mahkemenin resen bir müdafi tâyin etmesi âmir bir hüküm halinde kabul olunmaktadır.

Memleketimizde henüz adli zabıta teşkilâtı mevcut olmadığından adam öldürme vakalarile, eser ve delillerinin yerinde görülüp tesbiti gereken diğer ağır cezalı cürümlerin tahkik ve takip muamelâtının mahallinde bizzat savcı tarafından ve onun idaresinde yapılması lüzumu belirmiş bulunduğu cihetle savcının, gerekli tahkikatı mahallinde bizzat yapması âmir bir hüküm halinde ifade edilmek suretile tatbikattaki yanlış anlayışlara ve aynı zamanda savcının vaka mahalline bizzat gitmemesinden doğan mahzurlar bertaraf edilmiş bulunmaktadır. Asliye teşkilâtı bulunmayan yerlerde tabiatile savcılık teşkilâtıda mevcut değildir. Bütün suçların, hususile ağır cezayı mucip cürümlerin ilk işlendiği anda eser ve izlerinin ve bütün sübut vasıtalarının bilgi ve itina ile tesbiti kamu ve fert haklarının korunması bakımından lüzumlu bulunduğu cihetle bugünkü adli teşkilâtımızda uygun çare olarak bu nevi işlerin hazırlık tahkikatını sulh yargıcının yapması uygun görüldüğünden tasarıya bu mahiyette yeni bir hüküm ilâve edilmiş ve yargıcın görev ve yetki hududu da tâyin kılınmıştır.

İlk tahkikat müessesesinin faaliyeti, mahiyeti itibarile girift, dağınık ve önemli olan işlere hasredilmek suretile ağır cezalı cürumlerde kabul edilmiş olan ilk tahkikat mecburiyeti kaldırılarak ihtiyari kılınmış ve binnetice sübut araçları kolaylıkla elde edilmiş olan basit bir ağır cezalı cürmün ilk tahkikata tâbi tutulması gibi faydasız bir formaliteye son verilmiştir. Ancak, ilk tahkikatın yapılmasını isteme yetkisi savcıya mutlak ve ölçüsüz olarak tanınmış olmayıp metinde gösterilen sebeplere inhisar ettirilmiş bulunmaktadır. Bundan başka talepnamenin reddini müstelzim olan sebepler tahdit edilmiş ve ilk tahkikatın açılmasına dair olan karara sanık tarafından muhalefet edilebileceği vaz olunmuş, bu bapta gerek sanığa ve gerek savcıya tanınmış olan kanunyolları sarahatla gösterilmiştir.

Yukarıda arzedildiği gibi ilk tahkikat, önemli, dağınık ve girift işlere matuf olacağından neticelendirmekte zorluk çekileceği ve bu sebeplede işin uzayacağı gözönünde tutularak sorgu yargıcına yalnız tek hâdisenin tahkiki için (önemli olan muayyen bir hâdise) bir yardımcı yargıç terfiki esası kabul olunmuş bulunmakta ve böylece hem sürat ve hemde hakikate vusûl imkânları sağlanmaktadır.

Sorgu yargıcının ilk tahkikattan elde ettiği sonuca göre ittihaz edeceği kararlar meyanına, (kamu dâvasının düşmesine veya teciline) ibarelerde eklenmek suretiyle hükümlerle kararlar arasındaki ahenk temin edilmiş bulunmaktadır.

Tahkikat safhasında yapılması gereken bazı lüzumlu muamelelerin yapılmamış olması hasebiyle bu muamelelerin duruşmada ikmaline za-

ruret hasıl olduğundan duruşmalar uzayıp gitmektedir. Meselâ, sanığın yaşının ve eski mahkûmiyetinin tesbiti ceza tâyini için şarttır, elzemdir. İddianamenin muhtevası arasına yaş ve sabıka da ilâve edilmek suretiyle tahkikat safhasında bu cihetlerin ikmal edilmesi sağlanmış ve dolayısiyle duruşmaların uzamasının önüne geçilmiştir.

Tasarı, 205 nci maddede yaptığı mühim bir değişiklik ile, basit ve seri muhakeme usulünü kabul ederek çok mühim bir ihtiyaca cevap vermiş bulunmaktadır. Bilindiği gibi asliye mahkemesi kurulu olmayan yerlerde savcılık teşkilâtı bulunmadığından sulh yargıçlarının görevine giren ve şahsî dâva yoliyle takibi gerekmiyen işlerin mahkemeye intikali için iddianame tanzimi meselesi tatbikatta zaman gaibine ve yersiz gecikmelere sebep olmakta idi. İşte memleketimizin özelliği ve adliye teşkilâtımızdaki noksanlık icabı iddianame ile dâva açmak kaidesine istisna vazedilmiş ve asliye mahkemesi kurulu olmayan yerlerde sulh mahkemelerinin görevine giren ve şahsî dâva yoliyle takibi gerekmiyen bütün işlerle alelıtlak kabahat işlerinde iddianameye lüzum olmadan vâkı ihbar, şikâyet veya evrak tevdii suretiyle sulh mehkemelerince dâvaya bakılması esası kabul olunmuştur.

Sanığı ve tanığı tamamiyle gelmiş sübut delilleri toplanmış olan bir dâvanın bir celsede neticelendirilmesi mümkün olup esasen ulaşılması arzu edilen amaçta budur. Bunun içinde evvel emirde sanığın duruşmada hazır bulunması ve gelmiş olan tanıkların sanık muvacehesinde dinlenmesi gerekir. Usul hukukunun kabul ettiği şifahilik ve vicahilik prensiplerine uyularak ağır cezayı gerektiren suçlarda mahkemeye gelmemiş olan sanık hakkında duruşma yapılamıyacağı kabul edilmiş isede tatbikatta sanıklar kendilerine tanınmış olan bu hakkı kötüye kullanmakta ve dolayısiyle duruşmanın uzamasına sebep oldukları gibi o dâvada ilgili bulunan şahısları (tanık, bilirkişi ve ilâ....) gelmemeleri sebebiyle, tedirgin etmektedirler. İşbu mülâhazaya istinaden çağrıldığı halde makbul sebep olmaksızın duruşmada hazır bulunmayan sanıkların zorla getirileceği yerine tevkif edileceği esası konmuş ve bu suretle dâvaların süratle görülmesi hususu sağlanmış bulunmaktadır.

Ayrıca 226 ncı maddede yapılan mühim bir tâdil ile usul hukukunun kabul ettiği şifahilik ve vicahilik prensibine istisnai bir hüküm vazetmek lüzumu hasıl olmuştur. Şöyleki: ekseri dâvaların tanıkları köylerden veya uzak mahallerden gelmektedir. Memleketimizin nakil vasıtaları ve seyrisefer imkânları gözönünde bulundurulacak olursa bu nevi gelmelerin külfeti aşikârdır. Fakat sanıklar ekseri ahvalde normal davet

ile duruşmada hazır bulunmamakta olduklarından bizzarur duruşma talik edilmekte ve ilgililerde gitme ve tekrar gelme zorunda kalmak suretiyle ağır bir külfete katlanmaktadırlar. Bu itibarla ağır cezalı cürümlerden madasında duruşmaya gelmeyen v edurumu hakkında mahkemeye haber vermeyen sanık, duruşmadan vareste tutulmasını zımnen ifade etmiş sayılmakta ve gıyabında duruşma yapılarak dâvanın derhal intacı yoluna gidilebilmesi hususu sağlanmış bulunmaktadır. Fakat sürati ve işlerin biran evvel intacını sağlayan bu usul teminat altına alınmıştır. Ezcümle, sanık hazır olmaksızın yapılmış olan duruşmalarda, israr edilen hükmün kendisine tebliği tarihinden itibaren muayyen bir süre içerinde eski hale getirme talebinde bulunma hakkı sanığa bahşedilmiştir.

Delil ikamesi talebi, müdafaa hakkının asli unsurlarını teşkil etmesi hasebiyle çok önemlidir. Sanık, kendi lehinde ad ve farzettiği her türlü delili bu hakkından faydalanarak ikame etmektedir. Fakat delillerin dâvayı uzatmak maksadiyle ikamesi, kanunî bir müeyyide halinde, menedilmiş ise de tatbikatta bu men keyfiyeti kâfi ve şâfi olamamakta bahusus bazı sanıklar dâvayı sürüncemede bırakmak amaciyle ve müdafaa hakkının kendilerine bahşettiği yetkiye bürünerek veya yanılarak delil ikamesi işini kötüye kullanmaktadırlar. Ayrıca mahkemeler dahi hangi delilin dâvayı uzatacağını takdirde müşkilât çekmektedirler. Bunun içindirki, modern hukukta delil ikamesi işi tadadî olarak sınırlandırılmıştır. Tasarı, işbu esası gözönünde tutarak gerek Alman aslından ve gerek memleketimizdeki tatbikat şeklinden faydalanarak delil ikamesinin reddi sebeplerini açıklamak suretiyle maruz tehlikelerin önüne geçmiş bulunmaktadır.

Duruşmanın bitmesinden ve hükümden bahseden 253 üncü madde metni vâzıh olmadığından tatbikatta bir takım aksaklıklara ve yanlış içtihatlara yol açmakta idi. Bu sebeple adı geçen madde Alman aslından ve şerhlerden faydalanarak düzeltilmiş, ayrıca Ceza Kanunumuz ile olan ahengi de esaslı bir şekilde sağlanmıştır.

Gaiplerin muhakemesine mütaallik olan faslın esası tamamiyle değiştirildiğinden bu fasıl yeni esaslar ve mefhumlar dairesinde tertip ve tanzim olunmuştur.

Yeni hükümleri ihtiva etmesi ve tatbikatta değeri haiz bulunması hasebiyle tasarının bu baptaki hükümleri dikkate şayandır.

Yüze karşılık ve sözlülük prensibine göre duruşmanın sanık muvacehesinde ve sözlü olarak yapılması gerekmektedir. Halbuki bazı ahvalde kanunî kovuşturmaya mâruz kalan bir kimse yargıç veya mahkeme

huzuruna gelerek serbestçe duruşmayı kabul etmediği gibi o kimsenin şahsında mevcut olan özel şartlarda mahkemeye gelmesine müsait bulunmadığından, kanun koyucusu yukarıda bahse konu edilen prensibe istisnaen bu nevi kimseleri gaip telâkki ederek gıyaplarında duruşma açılmasını kabul etmiş bulunmaktadır. Fakat yürürlükte bulunan kanun gaip olan bir kimse hakkında duruşmaya ancak dar sınırlar içerisinde cevaz vermekte ve ezcümle bir gaibin aleyhinde soruşturmaya konu teşkil eden suç para cezasını veya müsadereyi yahut her ikisini istilzam ettiği takdirde duruşma açılabileceği esasını kabul eylemektedir. Her ne kadar usul hukukunun en yüksek amacı olan (hakikati süratle meydana çıkarmak ve âdil bir hüküm tesis etmek) esası gıyapta yapılacak duruşma sonucunda tam mânasiyle elde edilemiyeceği ve sanık hazır ve mevcut olmadıkça onun suçlu olup olmadığı hususunun tesbiti güç ve hattâ gayri mümkün bulunması ve bilhassa sanığın yargıç veya mahkeme tarafından bizzat sorguya çekilmesi, gerek savcı ve gerek mahkeme ile birlikte bulunan karşılıklı tesirler icra eylemesi hallerinin matlup hüküm isdarında şart olduğu düşüncesi ilk bakışta hatıra gelebilirse de, bir çok hallerde, diğer sübut araçlarının mevcudiyeti muvacehesinde sanık sorguya çekilmeden onun suçlu olup olmadığı hususunun tesbit edilmesini ve gıyapta seri ve âdil bir hüküm tesisinin imkân dahilinde bulunduğu tatbikattan elde edilen sonuçlar ve batı devletleri mevzuatında bu hususta yapılmış olan yeni değişiklikler ile sabittir.

Sanığın şahsı ile ilgili olmıyan ve hüküm tesisine yeter derecede bulunan sübut araçları kaynaklarının yanında sanığın itirafı yahut itiraf etme ihtimali, müdafaa zımnındaki defileri, taanları yahut duruşmada hazır bulundurulmak lüzumu batı memleketlerindeki modern ceza usul hukukunca reddolunmakta ve dolayısiyle gıyapta yapılacak olan duruşmanın sınırlarını genişletmeye mâtuf yeni mevzuatın yürürlükte bulunduğu müşahede edilmektedir. Şu ciheti de tebarüz ettirmek gerektir ki, modern nakil vasıtaları yabancı memleketlere kolaylıkla kaçmak ve orada melce bulmak imkânını suç işleyen kimselere daima bahşetmekte ve dolayısiyle sanıkların kendilerini cezaî kovuşturmadan kurtarabilmelerini ve usul hukukundaki genel kaidelerin uygulanmasının imkânsız hale gelmesini sağlamaktadır.

Binaenaleyh suçluların kaza erkinden kaçmak ve bahusus cezaî kovuşturmadan kurtulmak için başvurdukları bu nevi araçlara karşılık usul hukukunun önleyici araçlara başvurması ve karşı tedbir alması kat'î bir

lüzum halinde belirmekte ve memleketimizin özelliği de bunu icabettirmektedir.

Bu görüşe dayanılarak, gaip sanık hakkında açılacak ve yapılacak duruşma sonucunda onun suçlu olup olmadığı hususunun tesbit edilerek gerekçeli bir hükmün isdar edilmesi ve halk adalet duygularının da bu suretle yerine getirilmesi sağlanmalıdır. Duruşmanın, sanığın yakalanmasına kadar geciktirilmesi genel entereseye ehemmiyetli bir mahzur teşkil eder. Bunun içindir ki sanığın gıyabında yapılacak duruşmada ittihaz edilecek hükmün kısmen icra ve infazı mümkün olsa dahi suçun işlenmesiyle bozulan sosyal düzenin temini, rencide edilen kamu vicdanının teskini ve adalet esaslarının yerine getirilmesi gibi umdelere toplu bir deyimle ceazlandırma hakkının mülhem olduğu mülâhazalara dayanılarak derhal duruşma yapılması kat'î bir zaruret halini almış bulunmaktadır.

Bu itibarla yürürlükte bulunan Ceza M. Usulü Kanunumuzun gaipler hakkındaki faslı tasarıdaki metinlerde mufassalan ve ayrı ayrı tesbit edildiği üzere esaslı bir değişikliğe mâruz bırakılarak gıyapta yapılacak duruşmanın dar olan sınırları genişletilmiş ezcümle suç işleyip de Türkiye Cumhuriyeti kaza erkinden kaçan her hangi bir kimsenin üzerine atılan suçun mahiyeti ne olursa olsun, tasarıda yazılı muayyen şartlar altında ve gıyabında duruşma açılması esası kabul edilmiştir.

Tasarıya göre, halk adalet fikirlerine nazaran işlediği her hangi bir yasak eylem hakkında hemen bir hüküm verilmesi gereken kaçak sanık aleyhinde duruşma açılması ve yapılması mümkün olup Türkiye Cumhuriyeti kaza erkinden kaçan kimse (kaçak sanık) terimiyle vasıflandırılmıştır. Yürürlükte bulunan Usul Kanunumuz da mevcut (gaip) teriminden dan, (kaçak sanık) teriminin farkı, Türkiye Cumhuriyeti kaza erki kovuşturmasından kaçmış olması veya yurt içinde bu maksatla yerinin gizlenmiş bulunması hakkındaki zarurî şarttır.

Tasarıda, batı devletlerinin usul hukukile hem ahenk olmak üzere, sanık kaçak hakkında duruşma açılmasına cevaz verilen suçlar tasrih ve tadat edilmemiş ancak, halk adalet fikirleri suçun soruşturularak hemen bir hükme bağlanmasını arzu ettiği takdirde duruşma açılması kabul edilmiştir. Bu gibi hallerde ekseriya, şahısların emniyet ve selâmetlerine, hak ve menfaatlerine tecavüzden ziyade devletin mevcudiyetini ve emniyetini ihlâle ve kanunun huzur ve sükûnunu bozmağa matuf ehemmiyetli suçlar bahse konu teskil eylemektedir. Mahaza tasarı, suçun ağırlığını gözönünde bulundurmakla beraber hangi nevi suç failleri kaçak oldukları takdirde gıyaplarında duruşma yapılması keyfiyetini yetkili mercilerin serbest takdirine bırakmıştır.

Soruşturmanın tehir edilmesinin hakikati elde etmeğe müsait olup olmaması ve işlenilen suçun halk topluluğu üzerinde büyük heyecan tevlit etmesi dolaysiyle yargılamanın geciktirilmesi halinde halkın adalet cihazına karşı olan güven ve inanının sarsılıp sarsılmayacağı ve yabancı memlekete kaçmış olan veya memleket içinde saklanmış bulunan sanığın malları üzerine konacak haciz suretile onun mahkeme huzuruna getirilmesinin mümkün olup olmayacağı gibi esaslı hususat işlenen suçun mahiyetine göre araştırılmalı ve elde edilecek sonuca göre karar ittihaz olunmalıdır.

Tasarıda kaçak sanık vâzıhan tarif edlimiştir. Yabancı illerde bulunmak veya yurt içinde saklanmak suretile Türkiye Cumhuriyeti kaza erkinden kaçınan sanık kaçak addolunmaktadır. Sanığın, aleyhindeki kanunî soruşturma ve kovuşturmayı sonuçsuz bırakmak amacile yabancı memlekete gitmiş olmasının yahut başlanmış olan soruşturmaya mâni olmak için yurt içinde saklanmış bulunmasının tesbit edilmesine lüzum yoktur. Yabancı memlekette bulunması yahut yurt içinde saklanması kâfidir.

Kaçak sanık hakkında duruşma açılması ancak C.Savcısının talebine bağlı tutulmuştur. Savcı bu isteğinde bazı kayıt ve şartlara tabidir. Ezcümle, sanığın yabancı ilde oturduğu mevcut ahval ve şeraitten anlaşılacak olursa derhal yurda getirilmesinin ve gelmesinin mümkün olmadığı tahmin edilmekte ise veya geri istenmesi yolile elde edilmesi mümkün değilse veya yukarıda yazılı iki hale benzer sair müşkiller buna mani oluyorsa veya kaçak sanığın yurt içinde saklandığı mevcut ahval ve şeraitten anlaşılıpta bulunduğu yerin tesbit edilmesi için yapılan araştırmalar neticesiz kalmış ise bu takdirde savcı duruşma isteğinde bulunabilir.

Şu cihetide tebarüz ettirmek gerekirki, C.Savcısı ilk önce sanığın geri isteme yolile yurda getirilmesi için gereken araçlara başvurup müsbet bir sonuç sağlanamadığı yahut yapılan mukaddem araştırma ile sanığın elde edilmesinin filen veya hukuken imkânsız, şüpheli veya müşkil bulunduğu kanaati tahassül ettiği takdirde o sanık hakkında duruşma açma isteğinde bulunmalıdır. Aksi halde hiç bir fiili teşebbüs veya gerekli araştırma yapılmaksızın doğrudan doğruya gıyapta duruşma açılması isteğinde bulunmak tasarının bu faslında güdülen amaca aykırı bir hal teşkil edeceği cihetle bundan çekinilmesi lüzumu aşikârdır.

Şayet sanığın yurt içinde saklandığı mevcut ahval ve şeraitten anlaşılıp bulunduğu yerin tesbit edilmesi için yapılan araştırmaların neticesiz kalması halinde C.Savcısı duruşma açılması isteğinde bulunabilir.

Yurt içinde bir sanığın yakalanarak hakkındaki sübut vasıtalarile birlikte mahkeme huzuruna çıkarılmasının temini soruşturmayı ifa ile mükellef olan elemnaların asli görevleri meyanındadır. Binaenaleyh

hal böyle olunca yurt içinde bulunan sanığın gıyabında yapılacak duruşma ancak, onun aranıp ta bulunamaması veya bu bapta yapılacak faaliyetlerden müsbet bir sonuç elde edilmesinin muhal olması hallerinde tecviz edlimiştir.

Kaçak sanık gıyabında duruşma açılması için savcılığın bir istekte bulunması şarttır. Bu istek usulen ve kaideten kamu dâvasının ikâmesile beraber yapılabileceği gibi kamu dâvasının ikâmesinden sonra ve ancak hükmün tefhimine kadar da yapılabilir. Şayet, sanık, gerek ilk ve gerek son tahkikatta hazır bulunup ta duruşma sırasında ortadan kaybolur ve kendisinin de kaçak sayılması için gereken şartlar mevcut bulunursa bu takdirde duruşmaya devam edilerek sonuçlandırılır. İlân suretiyle çağırmağa lüzum yoktur. Zira sanık, üzerine atılan suça ve yapılan yargılamaya muttali bulunduğu cihetle yapılacak her hangi bir davet duruşmanın sebepsiz ve lüzumsuz uzamasını intaç eyler. Kaçak sayılmak için bulunması gerekli şartların mevcut olup olmadığı hususunu C. savcısı bu bapta gerekli araştırmayı yaptıktan sonra takdir eder. Mahkeme, bu bakımdan, savcının kararına uymak mecburiyetindedir. Mahkeme, gıyabî duruşma açılmasını gerektiren hal ve şartların mevcut olmaması gerekçesine dayanarak C. savcısının talebini reddedemiyeceği gibi böyle bir talep sepketmeksizin kendiliğinden duruşmayı da açamaz. Ancak mahkeme, diğer mütekaddim dâva şartlarını ve dâva mânilerini duruşmanın her hal ve safhasında umumî esaslar dairesinde resen tetkik etmek hak ve yetkisine daima maliktir.

Kaçak sanık hakkında verilen hükmün sanığın muvacehensinde verilen hükme muadil olacağı ve iddianame ile son tahkikatın açılması kararının tebliği yerine ilân suretile dâveti kaim bulunacağı esası tasarının 272 ve 273 üncü maddeleri medlulundan istihraç edileceği cihetle iddianame muhteviyatının yapılacak dâvetle sanığa tamamen ve aynen bildirilmesi ve onu duruşmadan malûmattar kılmak için mümkün olduğu nisbette her türlü teşebbüste bulunulması gerekmektedir.

İlân suretile yapılan dâvetin muhteviyatı umumiyetle son tahkikatın açılmasına dair olan kararında aynıdır. İlân suretile yapılan dâvette sanığın yanlışlığa meydan vermiyecek surette gösterilmesi ve işlenen cezayı mucip eylemin dahi aynı şekilde hiç bir şüpheye meydan vermeyecek tarzda tavsifi gerekir. Bu sebeple suçun yalnız kanunî unsurlarını veyahut mücerret mahiyette suçun vasfını zikretmek kâfi değildir. Mecburi olmamakla beraber delillerinde gösterilmesi tasarının maksuduna uygun düşer. Bundan başka gelmediği taktirde gıyapta duruşma yapılacağı ve ittihaz edilecek hükmün infaz olunacağı hususlarıda zikredilmelidir.

İlân suretile davet, C.Savcısının seçeceği en az iki resmî gazete ile ilân olunacaktır. Davetin daha fazla gazeteler ile yayınlanması C.Savcısının taktirine bırakılmıştır. İlân suretile yapılan davetin esasının, kaçak sanık hakkında açılmış olan duruşmadan kendisinin haberdar edilebilmesi için lâzım gelen her araca başvurulması teşkil eder. Nitekim sanığın aleyhindeki dâvadan haberdar olabilmesi için 273 üncü maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı olan hususî ahkâmda yukarıdaki mülâhazaya dayanılarak maddeye eklenmiştir. Esasen ikinci ve üçüncü fıkralarda yazılı olan tedbirler ittihaz edilmiş olsa dahi, gazetelerden biri tarafından yapılan ilk ilânın bulunduğu gazetenin yayınlanması tarihinden itibaren iki hafta geçtiği takdirde ilân suretiyle yapılan davet tesirini göstermiş sayılır. Çünkü kaçak sanığı haberdar kılmak için arasız uğraşmalar usul hukukunun aradığı sürate mâni olur.

Kaçak sanığın ilân suretile davet olunduğu duruşmanın başka bir güne bırakılması (talik) halinde yeniden ilân suretile davet yapılmasına lüzum yoktur. İlân suretile yapılan davetle duruşmanın başlaması arasındaki süreyi tâyin, halin icaplarına göre mahkemenin serbest taktirine bırakılmıştır.

Kaçak sanığa resmen bir müdafi tâyin edilmesi mecburi kılınmış olduğundan kanunî hısımlarının duruşmaya iştiraklerinde her hangi bir faide melhuz bulunmıyacağı cihetle kanuni hısımların duruşmaya katılmaları menedilmiştir.

Duruşmanın açılmasında ve yapılmasında, tasarının, 276 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında yazılı olan ahkâm gözönünde bulundurularak, genel kaideler caridir.

Son tahkikatın açılmasına dair olan kararda tavsif edilen suç gösterilen suçun vasfının veya hukuki mahiyetinin değişmesi halinde önceden sanığa haber verilip müdafaasını yapacak durumda bulunması. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun kabul ettiği ahkâm (madde: 258) iktizasından isede, yabancı memlekette bulunmak veya yurt içinde saklanmak suretile mahkeme huzurunda isbatı vucut etmemeye karar vermiş olan bir kaçak sanık hakkında böyle bir muamelenin ifasına cevaz vermek lüzumsuz bir formalitenin tatbik edilmesini ve usulde betaeti intaç edeceği cihetle tasarının güttüğü amaca aykırı olacağından kamu dâvasının açılmasından sonra suçun hukuki vasfının veya mahiyetinin değişmesi takdirinde duruşmaya devam olunacağı 276 ncı maddenin üçüncü fıkrasından istihraç edileceğinden tasarıya bu bapta hususî bir hüküm konulmaktan çekinilmiştir. Bunun haricinde duruşma sanık mevcut olmasa dahi sanık huzurunda yapılıyormuş gibi cereyan eder. Bilhassa delillerin ikamesi ve top-

lanması halinde sanki sanık hazır imiş gibi hareket edilir. Binnetice mahkeme, elde mevcut ve hüküm isdarına yarar bilumum delailden ve kaynaklardan faydalanarak gıyapta yapılan yargılamanın noksanlıklarını mümkün mertebe telâfi ederek duruşmayı, genel kaidelere teban ve fiili ve hukukî sebepleride göstermek suretile (mahkûmiyet, beraet, tatil) sona erdirir.

Tasarıda, usul hukukunun ana vasıflarından madut bulunan adalet ve teminata da yer verilmiştir. Ezcümle, eğer mahkeme sanık duruşmada mevcut ve hazır olmaksızın cezayı müstelzim fiil hakkında tam ve kat'i bir bilgi elde edemez ve bu sebepten sanığın suçlu olup olmadığı hususunda kanaati tammeye sahip olamaz ise bu takdirde, usul hukukunun kabul ettiği genel kaidelere göre beraet kararı vermesi icap ederdi. Fakat gıyapta yapılan duruşmada sanık lehine olan böyle bir beraet hükmü isdarı adalet ve nasafet kaidelerile kabili telif değildir. Çünkü bu hale sanık kaçmak suretile doğrudan doğruya tesir etmiş bulunmaktadır. İşte bu sebeplere dayanılarak tasarıda gösterildiği üzere mahkeme, yargılamanın geçici olarak durdurulmasına karar verir.

Kaçak sanık hakkında bu fasıl hükümlerine tevfikan açılıp yapılmakta olan duruşmanın devamı sırasında sanık ya kendiliğinden veya diğer tedbirler aracile duruşmada hazır bulunacak olursa yapılacak muamele tasarıda iltizamen gösterilmemiştir. Zira, kaçak sanıklar hakkında yapılan duruşma normal duruşmadan kaideten farklı olmadığı cihetle, gelen sanık sorguya çekildikten sonra duruşmaya devam olunabilir.

Gıyabi hüküm tamamile normal bir hüküm mahiyetinde kabul edildiğinden bu hükmün tebliği Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 37 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre yapılacağı ve tebliğ tarihinden itibaren kanun yollarına müracaat süresi mürura başlayacağından bu fasla mahsus kanun yolları hakkında ayrıca ahkâm vaz'ından çekinilmiştir.

Savcı, gıyapta verilip kesinleşen bir hükmü ilân suretile tebliğ edebilir. İlânın şeklini ve tarzını taktir tamamile savcıya aittir. Savcı ilân suretile tebligat yaparken aynı zamanda hükmün teşhir edici mahiyet ve vasfında nazara almalıdır.

Sanık kaçağın duruşma açıldıktan sonra mahkeme huzurunda isbatı vücut etmesi halinde takip ve tatbik edilecek usul hakkında eski mevzuatta ve gıyapta yargılamayı kabul etmiş olan diğer batı devletleri kanunların da muhtelif nümunelere rastlanmaktadır. Fransız usul hukukunu örnek alan bir çok kanunlara göre sanığın gıyabında verilen ve kesinleşen hüküm mümkün olduğu nisbette icra ve infaz olunur. Fakat sanık bilahare mahkeme huzurunda isbatı vücut ettiğinde kesinleşen bu hüküm hukuki kıy-

metini tamamile kaybederek yeniden duruşma yapılmasına karar verilmesi iktiza eyler. Bir kısım kanunlar ise sanığı hakkındaki hükmü kabul edip etmemekte muhayyer kılmışlardır. Üçüncü guruba dahil kanunlar, sanığa, mahkûmiyetini müstelzim olan hükme karşı, gıyapta muhakemeye mahsus kanun yollarına müracaat etme imkânını bahşetmektedir. Yeni İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile İsviçrenin bazı kantonlarında mer'i usul kanunları bu guruba dahildir.

Tasarı, üçüncü gurubun kabul ettiği esaslardan mülhem olarak gıyapta yapılan duruşma sonunda ittihaz olunan hükme karşı evvel emirde genel kaidelere tevfikan mevcut kanun yollarına başvurma imkânını tanımıştır. Ayrıca hükümlü ve C.Savcısı muhakemenin iadesi sebepleri mevcut olduğunda bu sebeplere dayanılarak muhakemenin iadesi talebinde bulunabilirler. Bundan başka tasarı 275/B maddede yazılı olan ahvalde sanık kaçağa muhakemenin iadesi talebinde bulunmak hakkını bahşetmiştir. Bu maddeye tevfikan muhakemenin iadesi için, hükümlünün kendiliğinden gelmiş veya yakalanmış yahut yeniden yapılan tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde böyle bir talepte bulunmuş olması şarttır. Hükmün yeniden tebliğ edilmesinden sonra, gerek hükümlü ve gerek müdafii daha evvel kanun yollarına başvurmamış olsalar dahi, hükme karşı cevaz verilen kanun yollarına artık müracaat edilemez. C.Savcısına 275/B nci maddeye dayanarak muhakemenin iadesi isteğinde bulunma hak ve yetkisi tanınmamıştır.

Kaçağın duruşmaya gelmemesini makbul sebeplere dayandığı isbat olunduğu taktirde muhakemenin iadesine karar verileceği amir bir hüküm olarak madde metninde tasrih edilmiş isede makbul sebeplerin nelerden ibaret olduğu veya olacağı hususunu tesbit etmekten ve bu bapta tadadi mahiyette tafsilât vermekten iltizamen çekinilmiştir. Çünkü, makbul sebeplerin (gerçek sebepler) nelerden ibaret olacağını münferit hadiselere ve halin hususiyetine göre taktir etmek yetkisinin muhakemenin iadesine karar verecek olan mercie bırakılması, evvelden tesbit ve tafsiline imkân bulunmayan ve hakikatte makbul sebep addedilebilecek olan hallerin mevcut olduğunun ispatile muhakemenin iadesi sağlanacağı ve dolaysile kişi hukukuna riayet edilmiş olacağı yolundaki görüşe dayanmaktadır. Sanığın, aleyhinde kamu dâvası açılmış olmasından yahut duruşmaya ilân yolile davetten haberdar bulunmaması veya duruşma başladıktan sonra gaip olması halleri muhakemenin iadesi için makbul (gerçek) sebep sayılamaz. Buna mukabil sanığın duruşmada hazır bulunmak arzusuna rağmen seyyahat ettiği nakil vasıtasında vukubulan bir arıza veya nefsinin maruz kal-

dığı ehemmiyetli bir kaza sebebile duruşmaya vakit ve zamanında gelmemesi halleri muhakemenin iadesi için makbul sebep teşkil eyler. Madde metnindeki muhakemenin yeniden görülmesini gerektiren başka haller tabirine, sanığın aranılan suçlu olmadığı veya hakkında hükmedilen cezanın kanuna uygun bulunmadığı hallerinin sonradan anlaşılması misal olarak zikredilebilir.

Tasarı, kaçak sanığa hükmolunabilecek para cezasının ve mahkeme masraflarının tahsiline kifayet edecek miktarda muayyen eşyası ve gelmesinin temini içinde bilcümle emvali üzerine haciz konulmasını kabul etmiştir.

Kanun yolları bahsında, ahengi ve irtibatı temin edici, sürati ve emniyeti sağlayıcı değişiklik yapılmış bilhassa itiraz kabiliyeti olan kararlar kanun maksudu üzere ve şerhlerdende faydalanarak açıkça gösterilmek suretile tatbikattaki tereddüt izale edilmiş ve itirazı inceleyecek olan mercilerde tadat edilmiştir.

Temyiz faslında yapılan değişiklik ile, kesin olarak verilen hükümlerin adedi artırılmıştır Kamu düzenini lâyıkile bozmayan basit suçlara mütaallik hükümlerin ayrıca temyiz tetkikatına tabi tutulmasında ehemmiyetli bir faide melhuz değildir. Ancak, kanuna karşı esaslı bir muhalefet bahsa konu olduğunda temyiz imkânı kabul edilmiştir. Ayrıca kanuna muhalefet halleri tevsi edilmiş ve temyiz şartlarından sayılan on liranın depo edilmesi usulü, yurttaşlara kolaylık temin etmek ve adaleti para kıstasıla başlatmamak mülâhazasiyle bertaraf edilmiştir.

Hakkında istar edilmiş olan hükme razı olmayan kimse bu hükmün neresine ve ne için razı olmadığını göstermelidirki bunu inceleyecek olan merci ne istenildiğini ve hükmün neresine taarruz olunduğunu kolaylıkla tâyin edeceğinden incelemelerini daha çabuk yapar, aynı zamanda hatadan, yükten kurtulur. Çalışmaları verimli ve başarılı olur. İşte bu görüşe dayanılarak temyiz edilen hükmün neresine ve ne sebeplerle taarruz edildiği hususunun gösterilmesi tasarıda yer bulmuş ve işlerin çabuklaştırılması bakımından Başsavcının itiraz hakkını kullanmak için kanunda yazılı olan otuz günlük süre onbeş güne indirilmiş ve karar tashihi üzerine ilâmın icrasına devam olunup olunmıyacağı hakkındaki tereddütleri ve tatbikatda rastlanan farklı muameleleri gidermek için gerekli tavzihler yapılmıştır.

Temyiz faslında yapılan en mühim değişiklik, REFORMATİOİN PEİSUS prensibinin kabulüdür. Bu prensibe göre suçlu veya müdafii veya kanuni temsilcisi yahut suçlu lehine C.Savcısı tarafından temyiz edilen hüküm suçlu aleyhinede bozulabilmektedir.

Bilindiği üzere mahkemelerden sâdır olan hükümlerin hemen kâffesi temyiz edilmektedir. Bunada sebep hükmün kanuna mugayir olmasından değil bilâkis infazı geciktirmek için vakit kazanmak istenmesindendir. Kanun ve usul dairesinde verilmiş olan mahkûmiyet hükmüne rıza göstermeyen suçlu, hükmü temyiz ederken teemmül etmek mecburiyetinde kalacaktır. Zira bu hüküm temyiz tetkikatı sırasında aleyhine olmak üzere bozulabilecektir.

Almanlar, 1935 yılında usul kanununda yaptıkları bir değişiklik ile bu prensibi kabul etmişler ve bir sene zarfında yargıtaya gelen işlerin miktarının ehemmiyetli bir nisbette azalmasını bu sayede sağlamışlardır.

Tasarı, Alman aslına ve batı devletlerinin bu prensibi kabul eden usul kanunlarına uyarak aynı prensibi kabul etmiş olduğundan esasen meşbu bir vaziyette olan yargıtayın yükünün ehemmiyetli bir derecede hafifleyeceği kuvvetle umulmaktadır.

Şahsî dâva hakkında amacı sağlayıcı mahiyette değişiklik yapılmış ve Ceza Kanununun 308, 421, 494, 511, 520 ve 526 ncı maddelerinde yazılı olan suçlarda fert enteresesi, kamu enteresesine galebe çaldığından mezkûr suçlar topluluğun güvenini ve düzenini esaslı bir şekilde bozmadığından, bunların şahsî dâva yolile takibi derpiş edilmek suretile şahsî dâva sahası tevsi ve maddeler arasındaki ahenk temin edilmiş bulunmakta ve şahsî dâvada tarafların barışmaları aslolduğundan bu hususu sağlamak mülâhazasile, ilk duruşmaya münhasır olmak üzere, yargıca bu bapta bir ödev tahmil edilmektedir. Yani yargıç tarafları duruşma yapmadan evvel zorlamamak şartile barışmaya ve anlaşmaya teşvik edecek ve onların arasını bulacaktır.

Hayatına, sıhhatine, hürriyetine, ırzına, şahsî haklarına ve mallarına karşı suç işlenmiş olan kimsenin kamu dâvasına müdahale yolile katılabilmesi imkânı sağlanmakta ve müdahale usulü vâkı tereddütleri ve uygulama ayrılıklarını bertaraf edici tarzda açıklanmakta, şahsî hakkını ayrıca istemiş olan müdahilin ölümü halinde mirasçılarının şahsî hak noktasından dâvayı takip edebilmeleri hususu kabul edilmektedir.

Sulh yargıçları tarafından verilen ceza kararnameleri, tatbikatta mühim bir kolaylık, sadelik ve sürat sağladığından bu nevi kararnamelerin uygulama sahası tevsi edilerek ceza kararnamesile verilen kararların tecil edilebileceği de tasrih olunmuş ve ceza kararnamesine vâkı itiraz tesbit edilip itiraz üzerine yapılan duruşma sonucunun itiraz etmeyenlerede teşmil edilmesi, adalet ve hakkaniyet esaslarına uygun olacağından hususî maddeye bu bapta ayrı bir fıkra ilâve edilerek amaç sağlanmıştır.

Cezanın infazına mütedair olan tadilâtda önemlidir. Memleketimizin adli teşkilâtındaki özellik itibarile asliye mahkemesi kurulu olmayan ilcelerde savcılık teşkilâtıda bulunmadığından kısa cezalı hükümlülerin sulh yargıcının bulunduğu yerdeki cezaevinde çektirilmesi kabul edilmek suretile yurttaşlara kolaylık sağlanmış ve illerdeki infaz mercilerinin işi ve yükü nisbeten tahfif edilmiştir.

Tatbikatta, hükümlere ait harç hesapları ekseriyetle hatalı olarak yapıldığından sırf bu yüzden yargıtaya başvurulmakta ve binnetice yargıtayın işlerinin çoğalmasına meydan verilmektedir. Tasarı, bu ciheti gözönünde tutarak, harc hesaplarının mahkeme başyazarı tarafından yapılmasını ve vâkı itiraz üzerine yargıcın tetkik mercii olmasını kabul etmiş ve dolayisile sırf harc hesaplarındaki hatadan dolayı vâkı temyizlerin önüne geçilmek suretile yargıtay işlerinin azalması sağlanmış bulunmaktadır.

FRANSIZ HUSUSÎ HUKUKUNDA ÂMME NİZAMI GAYRİ AHLÂKİLİK

Çeviren : Dr. Kemal Tahir Gürsoy
Ankara Hukuk F. Medenî Hukuk
Doçenti

Yazan : Julliot de la Moradiere
Paris Hukuk F. Medenî Hukuk
Profesörü ve Dekanı

«Âmme nizamı» sözü gerek Âmme Hukuku alanında ve gerek Hususî Hukuk alanında hukukçuların pek çok kullandıkları bir tâbirdir. Burada üzerinde durmak istadiğimiz Hususî Hukuk sahasına giren «âmme nizamı» meselesi, Medenî Kanunun meşhur iki maddesinde hükme bağlanmaktadır.

Fransız Medenî Kanununun 6 ncı maddesi nizamı âmmeyi ve adâbı umumiyeyi alâkadar eden kanunlar hilâfına mukavele yapılmasını menedeer. Keza, 1133 üncü maddeye göre nizamı âmmeye ve adâbı umumiyeye muhalif bir illete malik olan bir mukavele, kanuna aykırıdır ve bu sebeple de böyle bir mukavele bâtıldır. 1387, 1388 inci maddeler, adâba ve kanunu men edici hükümlerine muhalif olan evlenme mukavelelerini bâtıl addeder. İsviçre (Türk) Medenî Kanununun 19 uncu maddesi «kanunun katî surette emreylediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalif, ahlâka (adâba) veya umumî intizama yahut şahsî hükümlere mütaallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptığı mukaveleler muteberdir» demektedir. Âmme intizamı terimi Medenî Kanununhapis hakkına mütedair bulunan 896 (T. M. K. 865) inci maddesinde görülmektedir.

Bu terimin Fransız Hukukundaki manâ ve bilhassa şümülü nedir? İşte biz, bu meseleyi, burada tetkik etmek istiyoruz. Burada, bu mevzuun bütün teferruatına giremeden, aydınlatılması icabeden bazı hususlar üzerinde tevekkuf etmek istiyorum.

Ehemmiyetli telâkki eylediğim iki ana fikrî tebaruz ettirmek isterim.

Bunlardan birincisi, âmme nizamı mefhumunun esasına ve onun sureti umumiyedeki rolüne taallûk eder. Bunu iyi anlayabilmek için, müstakil bir devlet olarak taazzuvetmiş insan topluluğunu mebdei hareket itihaz etmek lâzımdır. Böyle bir toplulukta, hukukun mutlak ve yegâne kaynağı kanundur. Buradaki kanundan maksat, salâhiyetli bir makam tarafından yayınlanmış bir metin olsun, örf ve âdet kaidesi olsun, riayeti mecburî olan bütün kaidelerdir. Umumî menfaat adına müesses bulunan bu kaideler, umumî bir prensip halinde herkes hakkında tatbik olunur. Fakat bu üstün kaidenin yanında vatandaşlar arasında diğer hukuk kaynakları da vardır. Kanun, umumiyet vasfından dolayı, bütün durumlar hakkında

767

ve topluluğun bütün üyelerinin bir birleriyle olan münasebetlerine şamil hükümler derpiş edemez. Bu takdirde bizzat kanun, bazan kendisinin vazetmiş olduğu ahval dışında, başka kaynaktan gelen kaidelerin de tatbikını kabul etmek zorunda kalır. Fakat, kendi kaideleri yanında bu başka kaynaktan gelen kaidelerin mevcudiyetini ve onların faidelerini tanımakla beraber, kanun bu başka kaynaktan gelen kaidelere, bu tali kaynaklara bazı hudutlar tesbit eder. İşte nizamî âmme mefhumu tâli kaynaklardan gelen kaideler önüne çekilmiş olan hudut ve sedlerden birisidir. Talî kaynaklardan gelen kaideler kendilerinin tatbik sahasında taallûk ettiği hususlarda dahi, üstün kanun tarafından âmme nizamı telâkki edilen bir prensibe, yâni bu çeşit kaideler, mevzuu bahs devletçe topluluk içinde nizamı temin endişesiyle, zarurî telâkki edilmiş olan hususlara mugayir iseler, o zaman merî olamıyacaklardır. Üstün kanundan südur eden kaideler arasında öyle ehemmiyetli olanları vardır ki, bunlar, sureti umumiyede tatbiki tecviz edilen tâli kaidelerle bertaraf edilemezler. Nizamı âmme mefhumu, umumî ve üstün kaidelerin hususî kaidelere tefevvukunu tazammun eder.

Avrupa mevzuatında üstün kanunlar, devletin umumî menfaati için, kendi yanında, diğer iki hukuk kaynağı daha kabul eder : Bunlar da ferdî iradelerin mahsulü olan **hukukî muamelelerle ecnebî kanunlardır.**

Akit yapma serbesiyeti mevcuttur ve bunların müeyyideleri vardır. Bunlarla beraber, bu mukaveleler âmme nizamına muhalif bulunmaları takdirinde, ehemmiyetlerini kaybederler. Tâlî hukuk kaynakları olan mukaveleler, bir nizamı âmme meselesi addedilen bir kanundan üstün olamazlar.

Aynı surette, eğer bir hukukî münasebet milletlerarası bir unsuru ihtiva ediyorsa bizim kanunumuz, kendi topraklarımız üzerinde, şu veya bu devletin kanununun tatbikine müsaade edebilir. Meselâ, bir yabancının evlenmesi ve nesep münasebeti mevzu bahis olduğu zaman, tarafların millî kanunları, Fransa'da tatbik olunacaktır. Bununla beraber, mahkemelerimiz, bu ecnebi kanununun hükümlerinin bizim âmme nizamımıza mugayereti halinde, tatbikını reddedecektir :

Meselâ, ecnebi kanununun, bizim kanunumuza nazaran pek küçük bir yaşta evlenmeye cevaz vermesi, veya tabii neseb münasebetinin reddi halinde durum böyledir. Burada, ikinci hukuk kaynağı olan ecnebi kanun, Fransa için âmme nizamı olan bir prensibe tekaddüm edemiyecektir.

Âmme nizamı mefhumu bizi mühim bir mesele ile karşı karşıya koymaktadır. Bunlardan birisi, ferdin hususî iradesile, üstün kanun çıkaran devlet arasında, diğeri de ferdî muhtariyete yer veren liberalisme ile kanunun üstünlüğünü iddia eden sosyalizm arasındadır; nihayet, devletlerin

istiklâliyeti ve onların kanunları tarafından ifade edilen hukukî milliyetçilik ile muhtelif hukuk sistemlerinin mevcudiyetini tazammun eder Milletlerarası tesanüt beyninde bir ihtilâf. İşte âmme nizamının oynadığı rol.

Tebarüz ettirilmesi lâzımgelen **ikinci bir fikirde**, âmme nizamı mefhumunun tatbikine taallûk eder.

Bu tatbik, zarurî surette, yumuşak ve muhtelif olur. Bu mefhumun tatbiki ihtilâfın mahiyetine göre tahavvül eder.

Umumî kanunun, ferdî iradeye tefennuk eylemesi icabettiği ve bundan dolayı akit serbestisine bir sed çekilmesi lâzımgeldiği hallerle, Milletlerarası tasanüdü temini maksadiyle, ecnebi kanunu tanıyan faikiyete bir hudut konması icabettiği haller aynı olmazlar. Fakat, iki halde de âmme nizamı mefhumunun tatbikı hallerini peşinen derpiş eylemek kabil değildir. Tatbikat bu bapta hâkime büyük serbestiyet tanınması lüzumunu göstermektedir. Bu, üzerinde durulmağa değer bir noktadır. Kanun vazı bu husus için bir takım kaideler vazedebilir, fakat bunlar kâfi değildir. Bu hükümlerin vatandaşlar tarafından nasıl tatbikedildiğine dikkat etmek lâzımdır. Fransız hukukunda bu vazife hâkime bırakılmış olup, o, umumî kaidenin tatbikinin fertler arasında mucip olduğu zorlukları halleder. Hâkimin bu umumî kâideyi tatbik eyleyiş tarzı, insanî olmak zorundadır. Hâkim, hâdisenin içinde zuhur ettiği bütün vâkıaları gözönünde bulundurulmalıdır. Bu vâkıalar, önceden vazedilmiş olan kaidelerle tetabuk halinde bulunmazlar; bu kaidelerin hâdiseye intibak ettirilmesi zaruridir. Hâkim, hukukî nizamın idâme ve müdafaası için, kanunun zarurî bir iş ortağıdır. İsviçre ve Türk Medenî Kanunları, bu hususu, birinci maddelerinde sarih olarak hükme bağlamaktadırlar. Fransız Medenî Kanunu bunu sarih bir surette söylememekle beraber, mahkeme içtihatlarının ehemmiyetini bilmiyor değildir. Vakıalar, hâkim ile bir iş birliği yapma zaruretini ispat etti. Eğer Fransız Medenî Kanunu böyle uzun bir ömre sahip olmuş ise, bu, içtihatların hâdiselere intibak etmek kabiliyetini gösterebilmiş olmasından ileri gelir. Değişik tefsirlere imkân verebilmek ve vâkıalarla irtibat halinde kalmak ve onlarla birlikte inkişaf edebilmek için kanunumuz, bir çok yerlerinde müsait, ve icabı hale göre, değişik şekilde anlaşılacak surette yazılmıştır.

Bazı kanun hükümlerinin kendisine atıfta bulunduğu âmme nizamı mefhumu, bu müşahedelerimizin sarih bir ifadesidir. Umumî kanun, âmme nizamının mevzuubahis olduğu hususlarda kendi tefevvukunu ister. Bu tefevvuk, Milletlerarası tesanüde ve ecnebi kanunlara bahşedilmiş olan imtiyazlar bakımındandır. Fakat kanun, bu nizamı, önceden formüller halinde tarif etmiyerek, münferit bir hâdisede âmme nizamı mefhumunun bir rol oynamaması icabedip etmediğini hâkime bırakır.

769

İşte biz Fransız Hukukunda nizamı âmme mefhumunun oynadığı rolü evvelâ, akit ve kanun arasındaki ihtilâf münasebetiyle **medeni hukuk** alanında, sonra bu meselenin **kanunların zaman itibariyle tatbiki** bakımından arzettiği hususiyeti, yani, kanunların makable şumulü sahasında tetkik edeceğiz, ve nihayet, Fransız içtihatlarının nizamı âmme mefhumunu **Devletlerarası hususî hukuktaki** kanunlar ihtilâfında nasıl tatbik ettiğini inceliyeceğiz.

Birinci Kısım

Medenî Hukukta Âmme Nizamı

Bütün hukukî muameleler, bilhassa mukaveleler, hukukun mühim bir kaynağıdır. Bunlardan akitler, fertler arasında borç kaynağı teşkil ederler. Bizzat kanun bunun ehemmiyet ve nüfuzunu kabul etmekte ve onun muteberiyet şartlariyle, tatbik alanını tahdit eylemekle iktifa eylemektedir. Âmme nizamı mefhumu, devlete ve onun memurlarına, bir mukavelenin mevzu ve gayesini kontrol etme ve onların umumî menfaat ile tamamiyle tanakuz halinde bulunmaları takdirinde, gereken müeyyideyi red eyleme imkânını vermektedir.

Fransız Medenî Kanununun 1134 üncü maddesi, akit setbestini ve mukavelelerin hukukî değerini katî bir ifade ile hükme bağlamaktadır :

«Muteber bir surette yapılmış olan mukaveleler onu yapanlar hakkında kanun değerindedir». Fakat kanun, daha önce, 6 ncı maddesinde, mukavelelerin nizamı âmmeyi ve adâbı (ahlâkı) alâkadar eden kanunlara mugayir olamıyacağını hükme bağlamaktadır.

Türk ve İsviçre Borçlar Kanununun 19 uncu maddelerinde tekrar edilen husus da bundan ibarettir.

Binaenaleyh, âmme nizamı, irade muhtariyetine kanun tarafından konmuş bir mânia ve bir sedden ibarettir. Bununla beraber, bu mânianın aşılmaz olması kadar yumuşak olması da zaruridir. Mübalâalı ferdî fantazilere karşı mücadele etmek lâzımdır. Bu fantaziler çok değişik, mütehavvil olduğu gibi, önceden görülmeleri de kabil olmazlar. Bu husus için muktazi mücadele vasıtası da mütaaddit ve mütehavvil olmak zorundadır.

Âmme nizamının ne olduğunun tâyininde hâkim, en önemli rolü oynayacaktır. Bununla beraber bu hususun takdiri zamanın içtimaî ve siyasî anlayışına göre tekâmül edecek, sosyalizm ve liberalizm şeklinde çarpışan iki büyük beşerî temayülün akisleri de orada kendini gösterecektir.

Kaza, nizamı âmme mefhumunun müeyyidesi de halin icaplarına uyacak bir vasfı haiz olmak zorundadır. Prensip itibariyle, âmme nizamına mugayir olan mukaveleler bâtıl olup hiç bir hukukî netice tevlit etmezler. Bununla beraber, burada adlî tatbikat başka şekilleri de kabul etmek zorunda kalmıştır. Bundan sonra bu muhtelif noktaları birer birer gözden geçirelim.

Âmme nizamının mevzuubahis olduğu hallerde hâkimin rolü :

Medenî Kanun, "âmme nizamı" teriminin tarifini yapmamıştır. Liberâl mektebe mensup olan 19 uncu asır Fransız hukukçularına göre, üstün akide ferdin hür oluşu, ve bu hürriyetin ancak kanunî metinleriyle tahdit edilebileceğidir.

Fertlerin yapmış olduğu hukukî muamelelere karşı duran âmme nizamı mefhumu, her şeyden evvel, kanunî bir mefhum olmalıdır. Müellifler Medenî Kanunun 6 ncı maddesinin şu şekilde yazılış tarzına dayanıyorlardı:

"Âmme nizamını, ahlâki (âdabı) **alâkadar eden kanunlar** hilâfına mukavele yapılamaz".

Bir Hukukî muamelenin altıncı maddesinin tatbikı sahasına girebilmesi için, onun bizzat vazıi kanunun nizamı âmme vasfını verdiği bir kanun hükmüne mugayir olması icabeder. Binaenaleyh, nizamı âmme mefhumunun tatbik hallerini tâyin, esas itibariyle, vaıikanuna aittir. Fakat, bu görüş tarzı galip gelemedi ve mahkeme içtihatları da bu fikirden mülhem olmadılar. Şüphesiz eğer vaıikanun sarih olarak bu hususta bir hüküm koymuş ise hâkim bunu tatbik zorundadır. Bundan maadâ, mehkeme kararlarımız ekseriya klâsik hukukçuların kullandığı "nizamı âmme" kanunlarından bahseder. Fakat tatbikatta en mühim rolü oynayan hâkim olmuştur.

a) Ekseriya, kanun, derpiş eylediği bir hükmün vasfını sarih olarak söylemedi. Bir kısım hükümler bazan "hilâfı şart edilmedikçe" demek suretiyle tamamiyle tefsiri bir hüküm olduklarını söyler, bazan da bunun aksine olarak, "hilâfını derpiş eden mukavele bâtıldır" demek suretiyle, âmir bir vasfı haiz olduğunu söyler. Bu son halde dahi, vazıikanun iradesi müphem kalmaktadır. Malûm olduğu üzere, mahkeme içtihatları pek eski olan bir tarifi ele alarak, her alâkalı tarafından ileri sürülebilinen butlan haline **mutlak butlan** ile bazı kimseler tarafından ileri sürülebilinen **nispî butlanı** birbirinden tefrik eylemektedirler. Bunlardan yalnız birincisinde âmme nizamı mavzuubahis olabilir. Bunlar, Fransız Yargıtay'ının dediği gibi (Hukuk Dairesinin 2/Haziran/1902 tarihli kararı 218. 1. 1905 Sirey) umumî menfaat adına ihdas edilmiş butlan halleridir. Eğer kanun, sadece

butlandan bahsetmiş ise, bunun hangi çeşit butlan olduğunu kanunun maksadından ve mucip sebeplerinden ilham almak suretiyle tâyin, hâkime ait bir keyfiyettir. İşte bundan dolayıdır ki, 1599 uncu maddede hükme bağlanmış bulunan başkasına ait bir şeyin satılması sadece bir nisbi bir butlan halini teşkil eder. Bir kanun, ekseriya, derpiş eylediği hükme mugayir olan mukavelelerin mukaddeıatı hakkında hüküm koymaz. Hâdiseyi tetkik eden mahkeme, mevzu kaideyi vâzeden kanunun âmme nizamını alâkadar edip etmediğini tâyin eder. Meselâ, haksız fiil mesuliyetine mütedair olan Medenî Kanunun 1382 ve mütaakıp maddelerinin âmme nizamını alâkadar edip etmediği ve bu hükümlerin hilâfına mukavele yapılabilip yapılamıyacağı, ezcümle, ademi mesuliyet şartını mutazammın bir mukavelenin 6 ncı madde mucibince bâtıl bulunup bulunmadığı çok münakaşa edildi. Yargıtay Hukuk Dairesi böyle bir mukavelenin butlanına karar verdi. (113. 1. 1911 Sirey. 1914 Novembre 27. Req.) Bu çeşit münakaşalar başka sahalarda da vukubuldu.

b) Mahkeme kararları daha ileriye giderek dedilerki, âmme nizamı mefhumunun behemehal bir kanun metnine bağlı olması icabetmez. Kaldıki, altıncı madde, âmme nizamı hükmüne mugayiretten değil âmme nizamını alâkadar eden hükümlerden bahsediyor, böylece ona göre, âmme mefhumu kanun hükümlerinden müstakil bir mefhumdur. Nitekim, 1133 üncü madde "kanuna âmme nizamına veya ahlâka (âdaba) mugayir olan mukaveleler iptal edilebilirler" demektedir. Filvaki, mahkemelerimiz, kanun ve bir nizamnamenin sarih bir metnine mugayir olmayan mukavelelerin âmme nizamına muhalif olabileceğine karar verdiler. Bu takdirde, mevzuatımızın —hattâ bütün medeniyetimizin— dayandığı ana prensiplerden mülhem olarak, böyle bir mukavelenin iptal edilmesi icabedip edemiyeceğini tâyin hâkime aittir. Bunun için Yargıtay Hukuk Dairesinin 4. Dec. 1929 tarihli bir kararını zikredelim: Burada bir doktorla bir gazeteci arasında bir ilân mukavelesi mevzuubahis idi ve hâdisede hiç bir kanunun vazettiği bir memnuiyet mevzubahs değildi. Yargıtay, âmme nizamına mugayir bir sebebe malik olan bir mukavelenin Medenî Kanunun 1133 üncü maddesi mucibince, kanuna aykırı olacağına ve böyle bir mukaveleninmutlak butlanla batıl olabileceğine karar verdi.

Böylece kanun tarafından men edilmiş olması mevzubahs olmadan, mukavele iptal edildi.

c) Bir âmme nizamı meselesini tetkik etmek mecburiyetinde kalan bir hâkim meseleyi, yalnız kanun ve âmme nizamı bakımından değil, kendisine arzedilmiş olan **mukaveleyi tetkik edecek** ve bunun kanuna veya âmme nizamına mugayir bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Bu

bakımdan da hâkim bir serbestiye maliktir. Bir mukavele, nizamı âmmeyi alâkadar eden bir hükme mugayir olabilir. Fakat o bundan dolayı mutlak butlan ile bâtıl olmaz. Çünkü akdin mevzuu, nizamı âmmeye aykırı değildir. Ehliyetsizler hakkındaki misali meşhurdur: Küçüklerin himayesine mâtuf tedbirlerle, eskiden bizde evli kadınların ehliyetsizliğine mütedair olan kanunî hükümler âmme nizamını alâkadar eden prensiplerden mülhemdir. Farzedelim ki, vasi tarafından satılması icabeden küçüğe ait bir mal, küçük tarafından satılmıştır, evli kadın, kocasının müsaadesi olmadan, bir hukukî muamele yapmıştır. Böyle bir mukavele, Fransız Medenî Kanununun ifadesine göre, bâtıldır; şu mânada ki gerek küçük gerek vasi veyahut ta kadın veya onun kocası bu butlanı ileri sürmek suretiyle bu mukavelenin tesirinden kendileri kurtarabilirler. Fakat, böyle bir mukavelenin ademi muteberiyetinde bir nizamı âmme butlanı mevzuubahis olmaz. Yani, kanuna aykırı olarak yapılmış olan hukukî muamele, meselâ satış, şeyin mülkiyetinin nakli keyfiyetleri bizatihi kanuna aykırı değillerdir. Bizde evli kadının ehliyeti hukukiyeye malik olmadığı bir devrede, mukavele ile, kadının, evlendikten sonra da, hukukî ehliyetini muhafaza edeceğini mutazammın bir mukavele bâtıldır ve bu butlan bir nizamı âmme butlanıdır.. Çünkü, böyle bir mukavelenin mevzuu kadının himayesine mâtuf olan nizamı âmme prensibi ile tenakuz halindedir.

Mahkemeler yalnız akdin mevzuu ile değil, onun sebebi, yani bu akdin yapılmasına âmil olmuş bulunan **saiklerle de meşgul olacaktır.** Saiklerin gözden geçirilmesi hâkime geniş bir takdir imkânı verecektir.

Bundan dolayıdır ki nikâhsız olarak birlikte yaşayanlar arasında yapılmış olan hibeler ancak, gayri ahlâkî münasebetin tesisi veya idamesi maksadiyle yapılmış ise gayri muteber olacak, yapılan hibe, kendisine muhabbet beslenilen ve hayatının bir kısmını vahibe hasretmiş olan bir kimse lehine yapılmış ise, o zaman, muteber olacaktır. Keza şeyin başkasına devir ve temlik adilemiyeceğine mütedair olan şart, bazı hallerde muteber bazı hallerde de gayri muteber sayılmıştır. Bu da, şartın ehemmiyetine ve bu şartın derpiş edilmesini intaç eden saiklere tâbidir. Evlenme hürriyetinin ihlâlini mutazammın olan şartlar da böyledir. Bu misaller, Fransız Yargıtayının bu bapta ne kadar geniş bir **serbestiye** malik olduğunu göstermektedir. İşte bu serbestî (yetki) den korkan klâsik müellifler, bir çok defalar, âmme nizamı mefhumunun bir tarifini yapmak istediler. Fakat, onlar, bunda hiç bir zaman muvaffak olamadılar ve verdikleri tarifler hâkimin salâhiyetini tahdit eden bir karakteri haiz olmıyan formüllerden ibaret kalmıştır.

Bununla beraber, hâkimin serbestiyeti tam değildir. O takdirini Yargıtayın kontrolu altında istimal eder. Hakikatte hâkim, mevzuatımızın temelini teşkil eden umumî prensiplerden ilham almalı ve âmme nizamı hakkındaki vâzıı kanunun görüşü yerine kendi şahsî görüşünü ikame etmemelidir. Hülâsa, nizamı âmme mefhumunun objektif bir görüşe istinat etmesi lâzımdır. İşte bundan dolayıdır ki, bazı ecnebi mevzuatı, ezcümle Alman hukuku «nizamı âmme» terimini kullanmıyarak «bonnes moeurs» ahlâk (âdap) terimini kullanmaktadır. Bundan maksat ta, hâkimin, meseleyi tetkik ettiği sırada topluluk içerisinde umumiyetle kabul edilen objektif anlayış bakımından meseleyi tetkik eylemesini temindir.

Fransız Medenî Kanunu bir yerinde farketmeksizin «âmme nizamı» «ordre public» ve âdap «bonnes moeurs», terimlerini kullanmaktadır. Tafsilâta giremede şunu söyliyelim ki, Fransa'da «ahlâk kaideleri», nizamı âmme mefhumunun bir kısmından ve müsbet mevzuatımıza temel vazifesini gören umumî ahlâk prensiplerine atıftan başka bir şey değildir.

B) Nizamı âmme mefhumunun müeyyidesi :

Âmme nizamı mefhumunun mütehavvil ve hâkimin müdahalesinin de ehemmiyetli oluşu, âmme nizamına muhalefet halinde mevzuubahis olacak müeyyide münasebetiyle, bilhassa kendini gösterecektir. Âmme nizamına muhalif olan mukaveleler, Medenî Kanunun 1131 inci maddesine göre, bâtıldır. Taahhüdün ifasını red veya yapılmış olan bir tediyenin istirdadını talep etmek veyahut ta âmme nizamına mugayir olan bütün muamelelere mâni olmak suretiyle her alâkadar butlanı dermeyan edebilir. Bununla beraber 1131 inci maddenin çok mutlak olan ifadesinden dolayı, bu müeyyide meselesinin tavzih edilmesi icabeder.

Bizzat kanunun kendisi bir takım misaller vermektedir. Medenî kanunun 900 üncü maddesine göre, ölüme bağlı bir tasarruf da bulunan kanuna, âmme nizamına aykırı şartlar, gayri ahlâki şartlar gibi, bütün hukukî muamelenin butlanını intaç etmeyip, yalnız, kanuna mugayir olan şart yazılmamış telâkki olunur. Fakat, içtihatlar müeyyidenin bu nazarı şiddetini kısmen mutedilleştirdi; meselâ, kira ve şirket akdi gibi mütevali ve müteselsil bir edayı mutazammın bir mukavele zamanın geçmesi dolayısiyle neticeler husule getirmiş se, bu gibi durumlar, geriye rücuu tecviz etmezler, vukubulmuş olan durumlar ortadan kaldırılamazlar, bu neticelerin nasafet kaidelerine göre, tasfiye edilmesi lâzımdır. Mahkemelerimizce meşhur **nemo auditur probriam turpidudinem allegans**

kaidesinin tatbik edildiğini zikredelim. Bir çok hallerde mahkemeler, iptal dâvasını reddetmektedirler : Ezcümle, gayri ahlâkiliğe iştirak edilmiş olması bahanesiyle, muameleyi yapan kimse tarafından, yapılan tediyenin iadesi talebi reddolundu.

Yukarıda söylenen lâtince kaidenin tatbikı bir çok ihtilâflara sebep oldu. Bu hususta tafsilâta girmeden söyliyelim ki, fikrimize göre, mahkemelerimiz bu eski kaideyi tatbik etmekte ve böylece, artık hitama ermiş olan bir durumu yeniden mevzuubahis etmektense, sorumlu âkidin talebini reddetmeyi, bizzat âmme nizamı için, şayanı tercih bulmaktadırlar.

C) Âmme nizamı fikrinin tatbikı içtimaî ve siyasî tekâmüle bağlıdır.

Hâkimin âmme nizamını tatbik edeceği hukukî muamelelerin tâdadı mümkün değildir. Şu noktaya işaret etmek lâzımdır ki, bu hususta ve muhtelif sahada bazı inkişaflar vukua geldi. Âmme nizamı gittikçe daha fazla tatbik olunmaktadır. Bu evvelâ, işlerin fevkalâde artması yüzünden vukua gelmektedir : Ferdî faaliyet sahası arttıkça hâkim ve vâzıı kanun bu hususta bazı takyidat yapmak mecburiyetinde kalmıştır. Bundan maada, bu mefhum, fertle devlet arasındaki münasebetle de alâkalıdır.

19 uncu asrın hemen bütün cereyanı sırasında, liberalizm hüküm sürmekte ve devletin rolü asgarî hadde idi; devlet, yalnız, kelimenin dar mânasiyle, nizamı temin edici ve fertlerin hürriyetinin ve ahlâkının koruyucusu idi; mevzu kaidelerin hemen ekserisi tefsirî olup, fertler bunların hilâfına mukaveleler yapabilirlerdi. Bu itibarla, o zaman, âmme nizamına muhalefetten dolayı, bir mukaveleyi iptal eden kararlara az tesadüf edilirdi; bu hususiaki misaller sureti umumiyede devlet teşkilâtına veya âmme hizmetlerine, ezcümle silâh ticaretine, memurların rüşvet almalarına mütedairdir. Fertlerin ahvali şahsilerine ve bilhassa aile teşkilâtına ait kararlara daha fazla rast gelinir : Eşlerin rızai tarafeyinle ayrılmalarına, evlenme dellâllığına, müstakbel bir mirasa mütaallik mukaveleler gibi. İktisadî sahalara mütaallik mukavelelere gelince, ferdî hürriyete ticaret ve sanayi serbestisine, malların serbestçe mübadelesine mâni olan mukaveleler ve nihayet, ahlâka mugayir olmasından dolayı umumî evlere, kumarhanelere, nikâhsız olarak birlikte yaşayan iki kimse arasında yapılan hibelere, doktorların müşterilerini bir başkasına devre mütedair olan mukaveleler iptal olunmakta idi.

Terakkiler ve sosyal düşünüşler sebebiyle durum tamamiyle değişti; vâzıı kanun da, millî iktisadî yöneltmek ve bazı nevi mukavelelerin muhtevalarını tanzim etmek için müdahalelerde bulundu. Bu hükümler, esası itibariyle, âmme nizamına taallûk etmektedirler, böylece akdî serbestî gittikçe daraldı. Mahkeme içtihatları, âmme nizamı mefhumunu gittikçe fazla kullanmağa başladılar, böylece, genel kurullarda rey hürriyetini tahdit eden mukavelelerle, nüfuz mübadelesine mütedair olan mukaveleler gibi devlet teşkilâtını alâkadar eden mukaveleleri, mahkemeler, âmme nizamına mugayir oldukları için, iptal ettiler, vergi sistemi daha karışık ve daha ağır bir hal aldığı için vatandaşlar bundan kurtulmak istediler. Bu yüzden bir kısım kararlar, satış aktinde, unvanı ticaretin temlikinde fiyatın gizli tutulmasına mütedair mukavele şartlarını iptal eylediler. Modern buhranlar, bankalar tarafından ihraç edilmiş olan kâğıt paralrın tedavülünü zarurî kıldı; bu yüzden de hükümetin para politikasına zarar ika edecek mahiyette olna şartlar iptal olundu. İçtihatalar aile teşkilâtını ötedenberi himaye ettiler; bu cümleden olmak üzere müstakbel bir mirasa mütaallik mukaveleyi şiddetle menettiler. Bununla beraber, boşanmanın kabulü, evlilik dışı doğan çocuğa gittikçe fazla hak tanınması, ailenin kanunî teşkilâtı içerisinde bir tahavvülü işaret etmekte ve bu görüş, eskiliğine nazaran, bazı çeşit mukavelelere daha kolayca muteber nazariyle bakılmağa sebep olmaktadır.

Zina mahsulü olan çocuğun babası tarafından bu çocuğun nafakasına mütaallik olarak yaptığı taahhütler, nikâhsız olarak birlikte yaşayanların birbirlerine karşı yaptıkları hibeler bu cümledendir.

İktisadî sahada, bilhassa, devletin çifte müdahalesini ve meslekî menfaate mütaallik teşekküllerin arzettiği kollektif karakteri gözönünde bulundurmak lâzımdır. Eskiden tamamiyle memnu nazariyle bakılan patronlararası ve amelelerarası anlaşmalara artık müsaade olundu. Ancak, ehemmiyetli bir gasp halini arzetmeleri takdirinde nizamı âmme bu nevi mukavelelere müdahale eder ve onu bâtıl addeder. Buna mukabil, dernek kurma ve sendika teşkil etme hürriyetini ihlâl eden akitlere muteber nazariyle bakılmamaktadır. Büyük ticarethaneler tarafından perakendecilere kabul ettirilen, muayyen yerlerden mübayaalarda bulunmaya ve muayyen fiyatlara satmaya mütaallik taahhütlere muteber nazariyle bakılmaktadır. Anonim şirketlerinin, ilâncılığın inkişaf etimş olması, gerek vâzıı kanunun ve gerek mahkeme içtihatlarının bazı suiistimallere karşı aksülamelini mucip oldu; meselâ vatandaşların müsavatı prensibini ihlâl eden veya genel toplantılarda rey hürriyetine mütaallik şart-

lar bâtıl addedildi. Sosyalizmin mevzuatımıza girmesi nisbetinde hukuk kaideelri daha sert ve daha âmir hükümler halini aldı. Umumî menfaat hususî menfaatlere tekaddüm etmeğe böylece nizamı âmmenin tatbik sahası genişlemeğe başladı.

Zaman İtibariyle Kanun İhtilâflarında Âmme Nizamı

Biraz evvel görüldüğü gibi, bir hukukî muamele, âmme nizamına mugayeretten dolayı, bâtıl ise bu muamele **mutlak butlan** ile bâtıldır. Her alâkalı, gerek defi ve gerek dâva yoliyle, bu butlanı ileri sürebilir. Fakat, savcı da bu butlanı talep edebilir mi?. Bazı ahvalde kanun savcının dâva hakkı mevcut olduğunu hükme bağlamıştır. Meselâ evliliğin mutlak butlanla muallel olmasında, cemiyetlerin feshinde, durum böyledir. Fakat kanunun sarih bir metni ona böyle bir salâhiyet tanımıyorsa ne olacaktır?. Teşkilâtı adliyeye mütedair olan 20 Nisan 1810 tarihli kanunun 46 ncı maddesi savcıya âmme nizamını alâkadar eden hususlarda kanunun icrasını takip etme hakkını vermektedir. Bu hükme istinadederek mahkemelerimiz, savcının bu yolda hareket salâhiyeti olduğunu kabul etti. Fakat, bu yetki Medenî Kanunun 6 ncı maddesinin tatbikı mevzuubahis olduğu zaman kabul edilmedi. Savcı, tarafların sükûtu halinde, ancak istisnaî ahvalde, bir mukavelenin iptalini talep edebilecektir. Bu, kolayca anlaşılan bir keyfiyettir. Zira, bir mukavelenin tarafların talebi üzerine iptal edilmesi başka, savcı tarafından bir dâva açılması suretiyle iptal edilmesi başkadır. Tarafların üzerinde mutabık oldukları filî bir durumu bertaraf etmek için adlî cihazı harekete getirmek demek, içtimaî bir huzurluk sebebi ihdas etmek demektir. Nizamı amme, bu nevi bir huzurluğun vukubulmamasını, âmir hükümlere mugayir olan bir durumun ortaya atılmasına tercih eder.

Nizamı âmme meselesi, dâvanın cereyanı esnasında da vukua gelebilir. Usul hukuku prensibine göre hâkim ancak tarafların iddia ve müdafaaları üzerinde hüküm verir. Fakat, buna rağmen, eğer o, mahkemenin cereyanı esnasında nizamı âmmeyi alâkadar eden bir hususu görürse, bunu, resen nazarı itibara alır. Fakat buradaki nizamı âmme mefhumunun tatbikı Medenî Kanunun 6 ncı maddesinin diğer bir surette tezahüründen başka bir şey değildir. Eğer, bu kaide konmamış olsaydı, dâva açıldıktan sonra, taraflar, nizamı âmme meselesini dermeyan etmemek suretiyle, Medenî Kanunun esaslı bir prensibinin tatbikından içtinap edebilirlerdi.

Şimdi de usul hukuku sahasından ayrılarak ve **kanunların makable**

şâmil olmıyacağı nazariyesi ile tatbik zamanları itibariyle doğan kanun ihtilâflarını inceliyelim.

Modern müellifler, yeni bir kanunun neşredildiği zaman, onun makable olan tesiriyle istikbale olan tesirini birbirinden tefrik etmektedirler. Bir hukukî durumun neticelerini tebdil eden bir kanun makable şâmil olamaz. Yani yeni kanun, mülga kanun zamanında vücutbulmuş olan bir durumun vukubulmuş neticelerine tesir icra edemez. Fakat, kanun, prensip itibariyle, evvelce vücutbulmuş olan bir durumun vukubulacak neticelerine de derhal tatbik olunur. Bu prensip mütaaddit defalar Fransız Yargıtayınca teyit edildi : 20/2/1917 tarihli Yargıtay Hukuk Dairesi kararında (Dalloz 17/1/81) her yeni kanun prensip itibariyle neşrinden evvel vücutbulmuş olan hukukî münasebetlere ve durumlara dahi tatbik edilir» denilmektedir. 29/12/1942 (Dalloz analytique 17 P. 1943) tarihli kararla, 13/1/1932 (Dalloz 18/1/1932) tarihli heyeti umumiye kararları bu görüşü teyit etmiştir. Bu tarzı hal aile hukukunda ve meselâ 1884 tarihinde boşanmayı kabul eden bir kanun yayınlandığı zaman evli bulunan eşlerin evliliklerin nihayete erdirilemez bir birlik olduğunu iddia edemezlerdi. Bu türlü evlenmelerde mezkûr kanunun neşri tarihinden sonra istikbal için kabili fesh bir evlilik haline gelmiştir. Aynı prensip mülkiyet hakkında da tatbik edilir, yeni bir kanun malikin salâhiyetlerini tahdit ederse bu kanun daha önce iktisap edilmiş olan mallar hakkında da tatbik edilir.

Bununla beraber akitler sahasında bir kaydı ihtiraziyi mahfuz bulundurmak lâzımdır. Bizim mahkeme içtihatlarımıza göre, eski bir kanunun meriyeti zamanında muteber bir surette yapılmış olan bir mukavele bir hakkı müktesep teşkil eder; yeni bir kanun bu mukavelenin neticeleri üzerinde tesir edemez. Şüphesiz ki vâzıı kanun, bu hususun hilâfını hükme bağlayabilir. Vâzıı kanun zarurî gördükçe daima makable şümulü olan kanunlar yapabilir. Kanunların makable şâmil olamıyacağı bir anayasa meselesi değildir. Öyle olunca, yeni bir kanun eski bir mukaveleye evleviyetiyle tatbik edilebilir. Fakat, bizim kanun vâzımız, bu salâhiyetini eskisine nazaran pek nadiren kullanmıştır. Zira o mevcut mukavelelere hürmet eder. Eğer kanun bu hususta bir şey söylememiş ise, mahkeme içtihatlarına göre, eski mukavelenin muteber olarak tatbikında devam edilir. Meselâ kanunî faiz haddinin tahdidinde akdî faiz miktarının tenkisine mütedair olarak çıkarılan kanunlarda böyle hareket edildi; eskiden taraflarca tesbit edilmiş olan faizler işlemekte devam ettiler. Şimdi ise, bu hususta gayet açık bir değişiklik kendini gös-

termeğe başladı. Evvelâ, bir çok kanunlarda vâzıı kanun, sarih olarak, yeni hükümlerin eski kanunlara tatbik edilebileceğini hükme bağladı. Kiraya ve hasılat icarına mütedair olan kanunların hemen hepsinde bu çeşit hükümler mevcuttur. Bundan maada, bazı içtihatlar, vâzıı kanunun sükûtuna rağmen, yeni kanunu evvelce yapılmış olarak mukavelelere de tatbik etti; meselâ, altın şartını veya ecnebi bir para ile tediye şartını muhtevi mukavelelerde öyle oldu. (Civ. 17 Mayıs 1927, Dalloz 28/1/25) içtimaî bir karakteri haiz olan kanunlarda, ezcümle, 19/7/1928 kanuna göre iş mukavelelerinde müteamil feshi ihbar müddetlerini kısaltan veya tamamen kaldıran şartlar bâtıldır. Yargıtay 22 Nisan 1929 (Dalloz Heb 28) tarihli bir kararında yeni kanunların evvelce yapılmış olan iş mukavelelerine tatbik edileceğine hükmetti.

Fikrimize göre, nerede bir nizamı âmme fikri varsa, orada, bir nizamı âmme kanunu vardır, bundan dolayıdır ki böyle bir hüküm, eski mukavelelere de tatbik olunur. Fakat şunu da işaret etmek lâzımdır ki, âmme nizamı mefhumu, her zaman Medenî Kanunun 6 ncı maddesinin muhtevası münasebet ifade eylediğimiz hususları ihtiva etmez. Âmir bir vasfı haiz bulunan bir kanun, bir âmme nizamı kanunu gibi, neşri tarihinden sonra yapılmış olan bütün mukavelelere tatbik olunur ve böylece kendisine muhalif olan mukavele hükümlerini iptal eder. Fakat, aynı kanun, neşrinden evvel yapılmış olan mukavelelere tatbik edilmez; bunun için, Yargıtayın dediği gibi, içtimaî bir sebep mevcut olmalıdır : Medenî Kanunun 6, 11, 1131, 1134 üncü maddeleri kanunla ferdî iradeler arasında bir ihtilâfı tazammun etmektedirler.

Fakat, burada bizim meşgul olduğumuz irade başkadır. Burada, akdi sırasında mer'î bulunan bir kanuna göre muteber olarak inşa edilmiş bir mukavele mevzuubahistir; böyle bir mukavelenin aktinden sonra çıkan bir kanun onunla muhalefet halindedir. Âmme nizamı kanunun hukukî muameleye üstünlüğünü göstermek için, kendini gösterebilir. Fakat bu, âmme nizamının bahis konusu olduğu her zaman değil. Bu yeni ihtilâfta yeni bir unsur işe karışmaktadır : O da eski kanunun teminatı altında yapılmış olan bir hukukî muamelenin lüzumlu kıldığı istikrar ihtiyacı. Sadece kanun tarafından ifade edilen sosyal zaruret ile ferdî irade bir tehalüf halinde değil, sosyal zaruretle eski bir kanun ile takviye edilmiş olan ferdî iradenin tevzin edilmesi mevzuubahistir. Âmme nizamı bu defa yalnız ferdî iradeyi değil, bizzat camianın akitlerin istikrarı ihtiyacını da eğecektir.

İKİNCİ KISIM

Mekân Münasebetiyle Vukubulan Kanun İhtilâflarında veya Devletler Hususî Hukukunda Kanun İhtilâfı

Şimdiye kadar tetkik ettiğimiz hususlarda âmme nizamı, liberal düşünüş ve iradenin muhtariyeti prensibi ile devletin müdahalesini tazammun eden sosyal görüş tarzı arasında vâkı bir mücadelenin ifadesi olarak tezahür ediyordu. Bu çeşit kanun ihtilâfları da bizi bir bakıma, hususî hukuk ihtilâfı sahasına sevketmektedir. Fakat, burada tezahür eden zorluklar **milletlerarası bir unsuru da ihtiva** eder. Âmme nizamı mefhumu burada bizi tamamiyle dahilî olan, yani, milliyetçi görüş tarzı ile milletlerarası temayül arasında vukubulan, bir ihtilâf sahasına sevketmektedir.

Maksadımız, kanun ihtilâfı sahasında mevzuubahis bütün âmme nizamı mefhumunu tetkik etmek değildir. Bu husus meslektaşım Profesör Jacques Maury tarafından Türkiye'de verilen bir konferansta ele alınmıştı. Ben, müşarünileyhin çalışmalarından faydalanarak, Devletler Hususî Hukuku sahasında da mevzuubahis olan âmme nizamı meselesi ile medenî hukuk sahasında mevzuubahis olan âmme nizamı mefhumunu karşılaştıracağım. Müelliflerden bazıları kanunlar iftilâfı alanında âmme nizamı mefhumunun tatbikını kanunların mahallî oluşu prensibi ile karıştırmış iseler de Fransız mahkemelerinin ve doktrinin görüş tarzı bu değildir.

Âmme nizamı, normal teşrii kaidelere bir istisna olarak anlaşılır. Bir hukukî münasebetin milletlerarası bir unsuru ihtiva etmesi takdirinde Fransız Kanunu, yani iç kanun, bazı ecnebi kanunların normal salâhiyetini tanımaktadır. Böylece, Fransızların, ehliyetlerine ve ahvali şahsiyelerine mütaallik hususlarda başka bir memlekette otursalar bile, Fransız Kanununa tâbi olacaklarına mütedair olan Medenî Kanunun 3 üncü maddesi genişletilmek suretiyle, yabancıların Fransa'da ahvali şahsiye ve ehliyetleri bakımından millî kanunlarına tâbi olduğu kabul olunmaktadır. Fakat ecnebi kanunun bu normal yetkisi reddolunabilir ve normal olarak yetkili olan ecnebi kanununun şu veya bu hükmünün tatbikı, bunların bir nizamı âmme kaidesine mugayir bulunması takdirinde, reddolunabilir. Fransa'da bir ecnebi kanunun tatbikı, mevzuubahis devletle Fransa devleti arasında, asgarî miktarda dahi olsa, bir hukukî birliğe delâlet eder. Fransız Milletlerarası hukukuna göre, bu ecnebi kanunun derpiş ettiği hal tarzının Fransız mevzuatının ve medeniyetin ana pren-

siplerine muhalif olması takdirinde bu hukukî birlik, artık mevcut olmaz. Bu takdirde, Fransız mahkemesi, kendi devletlerarası hususî hukuk sistemine göre, salâhiyeti olan bir kanunu tatbikten imtina eder ve kendi kanununu, yani, Lex fori'yi tatbik eder. Böylece, bir çocuğun nesep münasebetlerini, prensip itibariyle, onun millî kanunu tâyin eder. Fakat, evlilik dışı doğmuş bir çocuk mevzuubahis ise ve bu çocuk babası ile olan irtibatının hüküm altına alınmasını istiyorsa, Fransa mahkemeleri bu talebi reddedecektir; çünkü, bir ecnebinin, Fransız Kanununun kabul etmediği hususlarda, bir dâva salâhiyeti yoktur. Bu husus ile âmme nizamı alâkalıdır (Bakınız Hukuk Dairesinin 13 Nov 1943, 65. 1944 Dalloz); âmme nizamı mefhumunun bu çeşit tatbiki epeyce fazladır.

Bu mânadaki âmme nizamının medenî hukuk alanında gördüğümüz âmme nizamı ile müşterek noktaları vardır. Her iki sahada da Fransız âmme nizamının müdafaası, her ikisinde de Fransa için mühim ve Fransız kanunları tarafından sarih ve zımnî olarak hükme bağlanmış olan prensiplerin üstünlüğünün temini bahis mevzuudur. Burada da normal olarak ecnebi kanun yetkilidir. Burada da, medenî hukuk alanında olduğu gibi, âmme nizamı mefhumunun tatbiki hallerinin önceden tesbiti kabil değildir. Burada da medenî hukukta olduğu gibi hâdisede bir âmme nizamı meselesinin mevzuubahis olup olmıyacağını hâkim takdir edecektir. Burada da kanun, belki medenî hukuk alanında bulunabilecek pek küçük işaret dahi vermemektedir. Her hâdisede hâkim, medeniyetimizi esasından alâkadar eden bir hususun mevzuubahis olup olmadığını ve ecnebi kanunun kabul ettiği hal tarzının bizim prensiplerimizle kabili telif olup olmadığını tetkik edecektir. Ecnebi kanunlarının derpiş ettikleri hal tarzları o kadar değişiktir ki bunun önceden bir listesinin yapılmasına imkân yoktur.

Âmme nizamının tatbik halleri evvelâ zamana göre, tahavvül eder: Çünkü gerek ecnebi kanunların ve gerek Fransız kanunlarının muhtevaları zamanla değişir. Saniyen, ecnebi kanununun tatbiki mevzuubahis olduğu zamanda carî olan görüş tarzı tahavvül edebilir. Maury'nin de işaret ettiği gibi, 22 Mart 1944 tarihli bir kararda, Yargıtay, âmme nizamı mefhumunun tarifini, büyük ölçüde Fransa'da her devirde hâkim olan zihniyetine tâbidir, demiştir.

Bununla beraber, her iki alanda da carî olan âmme nizamı mefhumunun esasları arasında bir müşabehet mevcut olmakla beraber tatbik halleri birbirinden farklıdır.

Devletler hususî hukuku sahasında bizim hukukî nizamımızla tehalüf halinde bulunan ferdin iradesi değil, bir ecnebi kanundur. Burada

ferdî iradeye mâni olunmayıp, milletlerarası tesanüt adına tatbiki icabeden ve başka bir hükümdarın ısdar eylediği bir kanuna muhalefet mevzuubahistir. Burada, dahilî sahada, fertle devlet arasındaki münasebetten doğan mülâhazalar değil, milletlerarası münasebetten doğan mülâhazalar mevuubahistir. Bu mülâhazalar politik mahiyeti haiz olabilecekleri gibi pratik karakteri de haiz olabilir. Şüphesiz iç hukukta nizamı âmmeyi alâkadar etmiyen bir kaide milletlerarası sahada da alâkadar etmez. Zira fertler, aralarında uyuşmak suretiyle kaidenin tatbikına mâni olabilir. Ecnebi kanunun yetkisinin tanınması için, millî kanunun çekildiği bir yerde mevzuubahs kaide, evleviyetle tatbik edilmez. Fakat bunun zıddına olarak, dahilî hukukta nizamı âmme meselesi olan bütün kaidelerin her halde milletlerarası sahada da öyle olması icabetmez. Evvelce vermiş olduğumuz bir misal bu hususu daha iyi açıklar : Fertlerin ahvali şahsiyelerine mütedair olan hususlar iç hukukta bir nizamı âmme meselesidir. Evlenme ve nesep münasebetlerine mütedair olan kaideler üzerinde hiç bir mukavele yapılmaz. Bununla beraber, normal olarak, bir ecnebiye mütaallik bir hal mevzuubahis ise, Fransız Kanunu kendiliğinden çekilecek ve ecnebi kanun tatbik olunacaktır. Ancak, ecnebi kanunun kabul etmiş olduğu hal tarzı, bizim medeniyetimizin temellerinden olan bir görüş tarzından esaslı surette farklı ise, o zaman, âmme nizamı mefhumu harekete geçecektir.

Bununla beraber âmme nizamı mefhumunun tatbik edileceği saha çok geniştir. Bu mefhumun memnuiyet vazeden kanun sahasında olduğu kadar memnuiyet vazetmiyen kanun sahalarında keza hakların iktisabı sahasında olduğu kadar hukuku müktesebe sahasında da tatbik edilip edilemiyeceği üzerinde münakaşa olunmaktadır.

Bizim mahkeme içtihatlarımız âmme nizamı mefhumunu bütün bu hallere teşmil etmektedir. Bununla beraber şu noktaya işaret eylemek lâzımdır ki, iki millet arasında mütekabil münasebet arttıkça mevzua ta bir birleşme temayülü kendini gösterecek veya iki memleket mevzuatı aşağı yukarı aynı prensiplerden mülhem olacak böylece âmme nizamının tatbikı sahası azalacaktır. Bu cihet, Türk inkılâpçısı tarafından takibedilen hususlardan biridir. Atatürk, Avrupaî medeniyetin esasları üzerine müesses bir mevzuatı memlekete kabul ettirmekle Türkiye'nin modern dünya terakkisine iştirakini sağlamak istemiştir. Türk mevzuatı diğer devletler mevzuatiyle ekseriya çarpışan bir hususu haiz olmaktan artık çıkmıştır. Eskiden âmme nizamı meselesi, başka bir memlekette, şu veya

bu surette hareket etmek istiyen bir Türke karşı, dermeyan olunmakta idi. Türk mevzuatı diğer memleket mevzuatına pek yakın olduğu için artık iki memleket vatandaşları arasında vukubulacak münasebetler için bir mâni kalmamış demektir. Şunu da ilâve edeyim ki, bu vâdide anayasamızda kabul edilmiş olan prensiplerle, milletlerarası sahada daha geniş bir anlayışla bir adım daha atılmış bulunmaktadır. Fransız anayasasının giriş hükümleri, Fransız Cumhuriyetinin an'anelerine sadık olarak, devletlerarası hukuk kaidelerine riayetkâr olduğunu ilân etmekte ve mütekabiliyet kaydiyle sulhun tesis ve müdafaası için hâkimiyetinden lüzumlu tahdidata muvafakat eylemektedir. Hakiki ve üstün bir milletlerarası hukuk inkişaf ettikçe, dahilî hâkimiyetin muhafızı telâkki edilen âmme nizamı da ehemmiyetini gittikçe kaybetmektedir. Bunlardan maada, bizim anayasamız 26, 27, 28 inci maddelerinde usulü dairesinde tasdik ve ilân edilmiş olan diplomatik muahedelerin iç kanuna aykırı bir hüküm ihtiva etseler bile ona tefevvuk edeceğini hükme bağlamaktadır.

Fransız vâzıı kanununun temenni ettiği gibi mütaaddit muahede ve mukaveleler aktedilirse, mahkemelerimizin artık âmme nizamı mefhumundan faydalanmak ihtiyacında olacaklarını zannetmiyoruz. Millî olan bir nizam yerine hakikaten Milletlerarası vasfı haiz olan bir nizam geçerse, bu, bizim anayasamızın dediği gibi, hürriyet ve hürriyetin bir teminatı olacaktır. Bu ideale giden yol henüz çok uzun ve müşküllerle dolu; Türkiye ve Fransa bu yolda yürümektedirler. Temenni ediyoruz ki istikbal onların ümitlerini boşuna çıkarmasın.

AKLÎ MALÛLİYETİN FELSEFÎ VE HUKUKÎ CEPHEDEN TETKİKI

Dr. Naci ŞENSOY
İstanbul Üniversitesi C. Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Doçenti

1 — Aklî malûliyetin felsefî ve hukukî cepheden tetkiki, yani böyle bir halde bulunan kimsenin niçin mesuliyetsizliği cihetine gidildiği keyfiyeti, mesulyetin esaslarına bağlanmaktadır; böyle olunca, sözü geçen mesuliyetle, bu mesuliyetin müstenit bulunduğu esaslara, bir nazar atfetmekteki zaruret kendiliğinden anlaşılmak iktiza eder. Şu halde, önce, ve müstakil, bir «paragraf» altında, umumî olarak cezaî mesuliyetin müstenit bulunduğu nazarî telâkkileri; ittihaz olunan telâkkiye göre bu mesuliyetin unsurlarını incelemek, bunun gibi, cezaî mesuliyete tesir eden muhtelif sebepleri ve bu sebepler içinde aklî malûliyetin yerini tesbit etmek lâzım gelir. Kısaca da olsa, bu mukaddem tetkiklerin yapılmasında, suç işlemiş bir akıl hastasının neden dolayı bazan hiç cezalandırılmadığı, cezalandırıldığı ahvalde de tecziye tarzındaki hususiyeti anlamak mevzuunda fayda vardır.

Diğer taraftan, eski devirlerin aklî malûliyete mütaallik telâkkileriyle, yeni zamanlarda, mesuliyet bakımından, bu hal üzerinde nazariyatta ve tatbikatta yapılan fikir mücadeleleri, nihayet akıl hastalığını tâyin, yani mesuliyetsizliği tesbit ve ifade bakımından mevcut kanunî sistemler aynı bölümde tetkik edilmek mevkiinde olduğu gibi, aklî malûliyetin cezaî bakımdan tevlit eylediği neticelerle, günümüzde dahi, üzerinde şiddetli münakaşalar yapılan «mahdut mesuliyet teorisi» de ayrı bir «paragraf» altında sözü geçen bölümde ele alınmak durumundadır.

Bu bölümü —yine müstakil bir «paragraf» altında— Medenî Hukukta bir ehliyetsizlik sebebi olan aklî malûliyete mâtuf kısa bir tetkikle itmam etmek muvafık olur.

§ 1 — Aklî malûliyetin cezaî mesuliyete tesiri :

I — Cezaî mesuliyetin müstenit bulunduğu nazari telâkkiler :

2 — Sosyal ilimler zümresi içinde hukuk ilminin hususiyeti ve ayrıca vasfı «müeyyide» fikrine bağlı bulunmasından neş'et eder; müeyyi-

denin tatbiki ise, kendisini ihlâl edenin «mesuliyet» ini intaç eyler; şu halde, umumî surette, hukuk ilminin belli başlı müeyyidesi mesuliyettir. Keyfiyet muhtelif hukuk branşları için böyle olduğu gibi, hususile, bütün unsurları ve hükümlerile mesuliyet meselesi etrafında toplanan Ceza Hukuku bakımından büyük bir ehemmiyetle böyledir; (1) ancak, Ceza Hukukunda bu mesuliyetin müstenit bulunduğu esas bakımından fikirler tehalüf eder. Gerçekten, bu hukukta, sözü geçen mesuliyetin esasına mütaallik olmak üzere iki ayrı kutup ve istikameti temsil eden ve biri «libre arbitre'i diğeri «déterminisme» i esas alan iki büyük ve ana teori vardır.

1) Klasik teori :

3 — Aprioristik bir metod tatbik etmesi ve spiritüalist bir zeminde olması dolayısile, bu nazariye, suç işlemiş bir kimsenin cezaen mesul edilebilmesi için, o kimsede temyiz kudretinin ve irade derbestisinin mevcudiyetini arar. Filhakika, nazariyeye göre «vicdanların sedası; âmmenin itkadı böyle br serbestinin mevcudiyetini anlatıyor. Bir kimse kanunen suç sayılan bir hareketi yapmak veya yapmamak hususunda haiz olduğu ihtiyarı, onu yapmak suretinde kullanmış olursa, başka söyleyişle o hareketi işlemiyebilirken ve hatta işlenmesi lâzım gelirken işlemiş ise, sorumlu olması iktiza eder. Bu suretle fiil istiyerek işlemesi failin ahlâkı ve mânevî sorumluluğunu istilzam eder (2).

Demek oluyorki klasik teoride cezaî mesuliyetin dayandığı esas manevî mesuliyet, ika olunan suç için faile tertip olunacak cezanın nevi ve ölçüsünü tâyine medar olacak unsur da, onun irade serbestisinden neş'et eden kusuru ve bu kusurunun derecesidir.

Binaenaleyh, akıl hastalıklarında ilduğu gibi, failde irade serbestisi binnetice kusur yoksa, onu cezaen mesul addetmeğe imkân yoktur; ancak serbest bırakılması tehlikeli olduğu takdirde, hakkında bazı tedbirler alınmakla iktifa olunur; böyle bir kimseyi sosyeteye zarar vermeyecek bir hale koymayı istihdaf eden bu tedbirler, gayri mesul bir şahsa müteveccih olması dolayısile, cezaî mahiyette olmayıp, onu tedavi etmeğe ve iyileştirmeğe mâtuftur. Diğer taraftan, failde, irade serbestisi kısmen mevcut bulunursa, cezaî mesuliyeti de buna göre azaltmak lâzımgelir.

2) Pozitivist teoris.

4 — Tecrübe ve müşahade metodunu esas ittihaz edip, suçtan ziya-

(1) Sulhi Dönmezer, cezaî sorumluluğun esası bakımından klâsik teori ve bu teorinin karşılaştığı itirazlar, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1945, cilt XI, sayı 403, sf. 65

(2) Tahir Taner, Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanununun şerhi, 2. tabı, İstanbul 1946, sf. 302

de suçluları ve onları harekete getiren sebep ve âmilleri tetkik eden pozitivist telâkkiye göre irade serbestisi diye bir şey yoktur; kendimizde mevcut olduğunu zannettiğimiz irade serbestisi, hattızatında hareket tarzımızı şu veya bu şekilde tâyine medar olan muhtelif ve mütenevvi sebeplerin bilinmemesi dolayısile kendisine bağlanmış bi hayalden ibarettir. Filhakika, serbest zannedilen irade insanları muayyen bir tarzda hareket etmeğe sevk ve icbar eden muhtelif ve çeşitli sebeplerin içinde «en kuvvetli olanın bir muhassalasından başka bir şey değildir; insanın kararlarına da, hareketlerine de hükmeden fizik veya psikolojik tabiat kanunlarıdır. İnsan müessir olmadığı dahilî ve haricî sebeplere daima itaat eder, kendisi bir esirdir; bu sebeplerden herhangi birinin sevk ve ilcasile bir fiil işlemiş ise, esasen onu işlememezlik edemezdi.... Elhasıl pozitivist mektep manevî sorumluluğu külliyen inkâr etmekte ve tamamile determinist bir zeminde bulunmaktadır. Fakat bu mektebe göre de sosyete suç işleyenlere karşı kayıtsız kalamaz, rahatını bozan, zarar veren ve tehlikeli olan şahıslara karşı bir reaksyon olarak tedbir almak, müeyyide (sanetion) tatbik etmek suretile sosyetenin kendisini müdafaa etmeğe hakkı vardır; suç işleyenlerin her ne kadar manevî sorumluluğu yoksa da, sosyete içinde yaşadıkları için içtimaî sorumluluğu başka tabirle kanunî sorumluluğu vardır» (3).

Şu vaziyete göre pozitivist teoride de cezaî mesuliyetin dayandığı esas, içtimaî veya kanunî sorumluluk, ika olunan suç için faile verilecek cezanın, veyahut pozitivistlerin tabiri ile tatbik olunacak müeyyidenin, yani emniyet tedbirlerinin, nevi ve ölçüsünü tâyine medar olacak unsur da, onun cemiyet için arzettiği «tehlikeli hal» i ve bu halin derecesidir (4).

Binaenaleyh cezaya veyahut tatbik olunacak müeyyideye esas olmak bakımından sadece cemiyyetin müdafaasını gözönünde bulunduran pozitivist teoriye göre, suç işleyen akıl hastasının, arzettiği tehlikeye mebni, ictimaî veya kanunî sorumluluğu vardır; pozitivist mektebin en mümtaz simalarından Enrico Ferri'ya göre beş suçlu sınıfından birini teşkil eden akıl hastası suçlular, bir müddetle de mukayyed olunmaksızın, «manicome» denilen müesseselere konulmak lâzımdır.

5 — Bu iki ana telâkki arasında tecrube ve müşahede metodunu tatbik etmesi ve determinist olması dolayısile pozitivist bir zeminde kalmış

(3) Tahir Taner, s. g. e., sf. 303

(4) 1922 ve 1926 Sovyet Rusya Ceza Kanunlariyle Birleşik Amerika Devletlerinden bir çoğuna ait Ceza Kanunları pozitivist doktrini benimsemiş bulunmaktadırlar; Tahir Taner, s. g. e., sf. 61

olmakla beraber, bir çok noktalarda pozitivist nazariyeden ayrılan «Üçüncü Mektep»; klâsik teorinin bir istihalesi olmak ve bu teorinin hususile irade serbestisi, kusur ve manevî mesuliyet prensiplerine bağlı bulunmakla beraber - tecrübe ve müşahede metodundan faydalanmak, yalnız suçu değil, suçluyu da tetkik eylemek, cezaları şahsileştirmek, icbı hale göre, bunların yanıbaşında emniyet tedbirlerini de tatbik etmek gibi pozitivist teorinin kabule şayeste telâkki ettiği ve suç ile mücadele bakımından faydalı olacağı kanaatinde bulunduğu fikirlerini benimsemiş olup zamanımızın ekser cezacılarını sinesinde toplayan, ve Türk Ceza Kanunu ve mehazı 1889 İtalyan Kanunu da dahil olduğu halde modern kanunların pek çoğunun kendisinden mülhem olduğu «neoklasik» denilen görüşler de vardir. Bu görüşlere, bir taraftan pozitivist teorinin tecrübî metodu ile tedterminizmine itiraz edip, «hukukî metod» diye tavsif ettiği ayrı bir metod tavsiye eden ve fakat cezaî mesuliyetin esasına ait gürüşü bakımından, dolayısile ve netice itibarile irade serbestisi ve manevî mesuliyete varan ve bu itibarla klasik mektebe yaklaşan «Teknik - Hukuk Mektebi» ile bazı mevzularda muayyen görüşleri ve kanaatları olmakla beraber klasik ve pozitivist mektepler arasında ortalama bir telâkkiye sahip bulunan «Ceza Hukuku Milletler Arası Birliği Gurupu'nu ilâve etmek lâzımgelir (5).

6 — Cazaî mesuliyetin esasına mütaallik iki ana telâkki ile bu iki telâkki arasında yer alıp kâh birine kâh ötekine meyleden ve mahiyeten muhtelif olan görüşler hakkında verilen kıymet hükümleri ve bu hükümlerin muhtevası üzerinde durmayarak, sayın hocam Tahir Taner'in çok veciz ifadesile diyeceğiz ki, «ne iradenin mutlak serbestisi, ne detedderminizm ispat edilmemiş ise de, âmme vicdanında yer etmiş olduğuna şüphe olmayan manevî sorumluluk fikrinin terkedilmesi doğru olmaz. Sıhhati ve aklı yerinde olan kimselerin, akılsızlardan delilerden ayıran şey, birincilerde serbest iradenin bulunmasıdır. Sıhhati yerinde olan insanlarda serbest iradenin mevcudiyetini kabul etmek, hatta bu fikri teyit ve teşvik eylemek gerektir. Bu telâkki bir kere suç faili için faydalıdır; şu itibarla ki suç faili verilen cezanın, şahsî kusurunun bir neticesi olduğunu anlar ve uslanma hususunda iradesine kuvvet vermesine yardırm eder; bu telâkkinin âmme için, henüz suç işlememiş olanlar için de faydası vardır. Şu itibarla ki, suçlulara ceza verildiğini görerek uyanık bulunurlar, suç işlemeğe saik olacak vesile ve tesirler karşısında mukavemet edilemeyeceki zan

(5) Ceza vermek hakkının esası ile cezaî mesuliyetin müstenit bulunduğu esas hakkında kısaca işaret etmiş olduğumuz muhtelif nazariye ve telâkkiler hakkında çok etraflı ve mufassal malûmat almak için Tahir Taner, s. g. e., sf. 23 - 78. 302 - 304; Baha Kantar, Ceza Hukuku, sf. 25 - 59

787

ve zehabına düşmezler, bu sayede kendilerini muhtelif tesirlere kolay kolay kaptırmazlar. Eğer serbest irade ve manevî sorumluluk kabul edilmezse, insanlar muhtelif vesileler ve saikler karşısında bir fiili işleyip işlememek hususunda iradelerini iyi kullanmak çin kuvvet sarfetmezler, fena tesirler kendilerini kolaylıkla sürükler; bu suretle her gün artan bir alışkanlık gitgide irade zaafına varabilir. Bundan sonra artık cezanın da tesiri kalmaz (6).

II — Cezaî mesuliyetin unsurları; bu mesuliyete tesir eden muhtelif sebepler bu sebepler için aklî malûliyetin yeri : —

7 — Klâsik nazariyenin mahiyetinden ve müstenit bulunduğu esaslardan hareket edilince, kanunun suç olarak tavsif etmiş olduğu bir fiilin failini cezalandırabilmek onun mesul olmasına vabestedir.

Ceza Hukuku bakımından "mesul olmak" bir taraftan "ehliyet"i haiz bulunmağı, diğer taraftan, fiilin suç failine "isnat edebilme" sini iktiza ettirir.

Bir fiilin bir kimseye «isnat edilebilme»si, neticenin onun fiilinden husule gelmesini —ki buna maddî sebebiyet alâkası denir— ve, kendisinin bir kusurunun mevcut olmasının —ki buna da manevî sebebiyet alâkası denir— gerektirir (7).

Bir kimsenin ehliyeti haiz olması ise, onda «irade serbestisi»nin ve «temyiz kudretinin» mevcudiyetini icabettirir (8).

İrade serbestisi, temyiz kudreti, maddî ve manevî sebebiyet alâkası, cezaî mesuliyetin —birinciler faile, ikinciler faille fiile ve neticeye mâtuf olarak mütalâa edilen— unsurlarını teşkil ederler.

Cezaî mesuliyetin zikrettiğimiz bu unsurlarından birinin bulunmaması mesuliyetin de bulunmamasını tevlit, unsurların mevcut ve fakat tam olmaması mesuliyetin de azalmasını istilzam edre; faraza, irade serbestisi veya temyiz kudretinin tam olmayıp kısmen mevcut bulunduğu ahvalde indirilmiş bir cezanın tertibi, buna mukabil, irade serbestisi veya temyiz kudretinin hiç olmadığı ahvalde de cezaî mesuliyetin bir güna mevcut olmaması lâzım gelir. Bu izahlardan anlaşıldığına göre, sözü geçen mesu-

(6) Tahir Taner, s. g. e. , Sf. 303, 304

(7) Cezaî mesuliyetin mesnetlerinden biri olan ve bir taraftan maddî, diğer taraftan manevî sebebiyet alâkasını ihtiva eden «isnat edebilme» hakkında etraflı malûmat için, Tahir Taner, s. g. e. sf. 305 ve müt.

(8) «İrade serbestisi» ni haiz olmak demek, bir kimsenin bir hareketi yapıp yapmamak ihtiyarını dilediği şekilde kullanabilmesi, başka bir ifade ile, işlemeyebilirken, o fiili bilerek ve isteyerek işlemesidir; cezai mesuliyetin ve cezaya ehliyetin önemli bir unsuru olan «temyiz kudreti» ne gelince, bu, iyiyi kötüden, haklıyı haksızdan tefrik edebilmek, veyahut fiilin suç teşkil edip etmediğini anlayabilmek kudret ve kabiliyetidir.

liyeti tamamiyle kaldıran veyahut onu tahfif eden sebepler vardır. Bu sebepler, umumiyet itibariyle objektif ve subjektif olarak ikiye tefrik edilir.

Objektif sebepler fiile taallûk edenlerdir. Hâdisede bunlardan birinin bulunmaması halinde fiil suç teşkil etmez. Bu itibarla nazariyatta, cezaî mesuliyetin tevcihine mâni olan bu objektif sebeplere «beraet sebepleri» denilir: meşru müdafaa, mecburiyet hali.... gibi.

Sübjektif sebepler failin şahsında bulunan ve onun irade serbestisi veya temyiz kudretine tesir eden sebeplerdir; bu sebeplerden birinin mevcudiyeti halinde cezaî mesuliyet ya tamamiyle kalkar yahutta tahaffüf eder; nazariyatta mesuliyeti büsbütün kaldıranlarına «muafiyet sebepleri» denilen sübjektif sebeplerin bazıları psikolojik olur, cebir ve ikrah.... gibi; bazıları fizyolojik olur, yaş küçüklüğü gibi; nihayet bazıları da psikolojik (9) ve psikopatolojik olur, akıl hastalığı ve muhtelif dereceleri gibi.

Demek oluyor ki aklî malûliyet, cezaî mesuliyete tesir eden sebeplerden, sübjektif sebeplere ve bunların patolojik ve psikopatolojik olanlarına girer (10).

8 — Aklî malûliyete müptelâ olan bir kimsenin teziye edilmemesi keyfiyeti Ceza Hukukunun bir nevi mütearifesidir; gerçekten, bugün, bütün memleketler mevzuatı, değişik tâbir ve ifadelerle, aklî malûliyetin, cezaî mesuliyeti kaldıracağını kabul etmiştir.

Beyan edelim ki, modern mevzuatın şu telâkki tarzı, yani akıl hastalığına musap kimselerin cezalandırılmaması iktiza edeceği bedaheti, Yunan, hususiyle Roma'dan başlamak suretiyle, Kadim Medeniyetlere mensup milletlerce de nazarı itibara alınmıştır. Bu sözlerimiz, bizi, bu mevzuda bir tarihçe yapmağı sevketmiş bulunuyor.

---

(9) Tahir Taner, s. g. e. , sf. 362 ve müt.

(10) Bu iki zümre sebeplerden başka, cezaî mesuliyet üzerine tesir eden «mazeret sebepleri» vardır. Bu sonuncuların mevcudiyeti halinde kanun, bazı içtimaî mülâhaza ve faydalara binaen, ya hiç ceza vermemeği veyahut cezayı indirerek vermeği münasip görmüştür. Cezanın hiç verilmemesini icabettirenlerine «tam mazeret sebepleri», indirilerek tertibini iktiza ettirenlerine de «hafifletici mazeret sebepleri» veya «kanunî hafifletici sebepler» denilen bu sebeplerden sonuncuları da failin şahsında bulunması ve onun kâh irade serbestisi. kâh temyiz kudretine tesir eylemiş olması dolaysile «sübjektif sebepler» idadına ithal edilmek lâzımgelir. .....

Objektif ve sübjektif sebeplerle, tam ve hafifletici mazeret sebepleri dışında, cezayı hafifletici takdiri sebeplerle, ağırlaştıran kanunî sebepler de mevcuttur.

III — Eski devirlerle Ortaçağ ve yeni zamanlarda aklî malûliyetin cezaî mesuliyet üzerinde icra ettiği tesir bakımından tetkiki : —

9 — Çok eski ve Roma'ya takaddüm eden devirlerde yaşamış olmakla beraber, zaman zaman parlak bir medeniyet seviyesine ulaşmış olan Kadim Hint, Çin, Mısır, Sümer, Asur, Bâbil, Eti, İbranî milletlerinin hukukunda suç işlemiş kimselerin mesuliyetlerinin aklî haletlerine göre tesbit ve tâyin edildiği söylenemez. Filhakika, bu çok eski devirlerin, Âmme Hukuku gibi, Hususî Hukuk telâkkilerine makes teşkil etmiş olan büyük din ve hukuk kitaplarında ve meselâ Kadim Hint Brahmanlarının Veda' sında, Manu Kanununda, Budizmin hukuk telâkkilerini ihtiva edip Kautilya Şanakya tarafından yazılmış Arthaçastra'da Kadim Bâbil'in Hamurabi Kanununda cinnetin cezaî mesuliyeti kaldıracağına veya tahfif edeceğine mütaallik bir işarete dahi tesadüf etmek mümkün olmadığı gibi, Thonissenin 1869 da Paris'de neşretmiş olduğu «Etudes sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens» adlı eserinin tetkikinden de, bu çok eski devirlerde suç işlemiş kimselerin aklî haletleri nazarı itibara alınmaksızın mesul addedildikleri anlaşılmaktadır. Bilinen şudur ki, bu çok eski kavimler, aklî melekelerdeki tagayyürleri teolojik sebeplerle izah edip, deliren kimselerin ilâhlar tarafından tahakküm altına alınmış olduğunu farzederek, bunlar üzerinde sözü geçen tahakkümü refetmek için dualar okumak, afsunlar icra etmekle iktifa eylemişlerdir.

Hypocrat'ın, dimağın, aklın merkezi, cinnetin de bu uzvun teşevvüşünden ileri geldiğine mütaallik düşünceleridir ki, bu telâkkileri ortadan kaldırmış, şu düşünce tarzı, netice itibariyle, aklını (11) tamamiyle gaip etmiş kimselerin gayri mesul addedilmesine badi olmuştur.

Şu izahlardan anlaşıldığına göre, aklî malûliyetin cezaî mesuliyet üzerinde husule getirdiği tesirin tarihen tetkikına Roma'lılar zamanında başlamak iktiza etmektedir.

1) Roma'da : —

10 — Roma Hukukunda, deli (furiosus) ile küçük (infans) müsavi tutulmuş, akıl hastalığına müptelâ bir kimsenin işlediği fiil muvacehesinde, kendisine suçlu muamelesi yapılmamıştır (12); deliliğin mesuliyetsizliği

(11) Bernard Hart, Deliliğin psikolojisi, tercüme eden İzzettin Şadan İstanbul 1934, sf. 27; Garraud, traité théorique et pratique du droit pénal Français, Cilt I, 3. tabı, Paris 1913, No. 316 ...

(12) Théodore Mommsen, le droit pénal Romain, tarduit de l'allemand par J. Duquesnet, cilt I, Paris 1907, sf. 88

intaç edeceğine mütaallik şu (13) esas da en kuvvetli ve enerjik ifadesini Lex aquiliae de bulmuştur.

Roma Hukukunda (furor) kelimesiyle ifade edilen delilik binnisbe geniş bir mâna da taşımaktadır. Bazılarına göre fazla ateşten mütevellit hezeyanlar dahi bu mefhuma ithal olunmakta (14), diğer bazılarına göre ise bir çok ruhî haller cezaî mesuliyeti azaltmakla beraber, tamamiyle, ref edememektedir (15); buna mukabil, suç sahıv halinde (intervallus sensu saurione) işlendiği takdirde, cezaî mesuliyetsizlik ortadan kalkmaktadır.

Söyliyelim ki, suç işlenmiş bir kimsenin deli olması, binnetice cezalandırılması imkânsızlığı anlaşılınca, hâkimin işi mesuliyetsizliğe karar vermekle nihayet ermekte, yargıç, delinin, etrafındakilerin emniyeti için, kendi evinde kendisine tahsis edilen şahıslar tarafından veya başka bir suretle muhafaza edilmesini emretmek mecburiyetinde bulunmaktadır. Deli kendilerine tevdi edilen kimseler, muhafazada, dikkat ve itinada ihmal gösterdikleri takdirde, hâkime, bunlar hakkında muhtelif zabıta tedbirleri almak mükellefiyeti tahmil olunmaktadır (16).

2) Cermen Hukukunda :

11 — Cermen hukuku muvacehesinde delilik sadece Longobard hukukunda mevzuubahis edilmiştir. Rotari, kudurmuş veya deli bir insana suç isnet edilemiyeceği esasını koymuş ve böyle bir kimse tarafından yapılan zararların kudurmuş bir köpek veya sair hayvan tarafından ika edilen zararlar gibi telâkki olunacağı kaidesini vazetmiştir. Diğer taraftan, nasıl ki kudurmuş bir hayvan, hiç bir cezaya mâruz kalınmaksızın imha edilebilirse, böyle bir hastalığa musap bir insanın da, mesul addolunamaksızın, öldürülebileceği tecviz olunmuştur (17).

3) Kilise Hukukunda :

12 — Kilise hukukunda, serbestiden ve temyiz kudretinden mahrum olan, bu itibarla cezadan ziyade merhamete lâyik bulunan deliler, suç işlemek ehliyetini haiz bulunmadıklarından, işledikleri fiillerden dolayı mesul addedilmemişlerdir. Bununla beraber, Emirnamede mevcut bazı

(13) Ferrini, Esposizione storica e doctrinale del diritto penale Romano in Pessina, Enciclopedia del diritto penale İtalyano, cilt I. sf. 66; aynı müellifin, Diritto penale Romano, Milano 1889, sf. 133

(14) Ferrini Contardo, s. g. ansiklopedi, sf. 66

(15) Théodore Mommsen, s. g. e. , sf. 88

(16) Bu noktalar için, Contardo, s. g. e. , sf. 136

(17) Del Giudice Pasquale, Diritto penale Germanico, s. g. ansiklopedi, cilt I. sf. 499

metinlere göre deliye, iyileştikten sonra, hastalığı esnasında işlediği suçlardan dolayı bir takım riyazetler tahmil olunmakta idi. Yukarıda mezkûr prensipe muhalif olan bu istisna, eski Cermen hukukunun «ruhî hastalık (18) delinin kendi kusurundan tevellüt eder» telâkkisi ile izah olunmuştur.

Söylemek lâzımdır ki, kilise hukukunda, delilik dar bir mâna taşımamakta bulunmuş, uyur gezerlik, çok şiddetli ateş gibi, şuur ve harekât (19) serbestisini selbeden diğer bazı haller de bu mefhuma ithal edilmiştir.

4) İslâm'da:

13 — Akıl hastası suçlu mevzuunda bir taraftan Kadim Roma, diğer taraftan Kilise hukukunda olduğu gibi, İslâm'ın ceza telâkkilerinde de, cezaî mesuliyetin mevcudiyet veya ademi mevcudiyeti, bir kimsenin baliğ olup olmadığından gayrı «mecnun» veya «matuh» bulunup bulunmadığına göre mütalâa edilmekte idi. Ancak İslâm'da mesuliyetsizliği tevlit eyleyen cinnet, kadim garp memleketlerine nisbetle, sözü geçen mesuliyetsizliğe sebep gösterilmek bakımından çok daha muknî ve mantıkî idi: Filhakika, İslâm'ın görüşlerine göre, akıl hastalarının fiillerini cürümden addetmek ve binaenaleyh kendilerini ukubete ehil telâkki eylemek mümkün değildir; çünkü, akıl, insanın harekâtını tanzim ve âkıbetini fena ve vehim fiillerden tevekkiye davet ve bu fiilleri ikadan meneden fıtrî bir kuvvettir; bu fıtrî kuvvetten mahrumiyete ferrü eyleyen keyfiyet ise, (20) mecnunu, fiil ve hareketlerinin neticelerinden cezaen mesul addetmemek, suçu muvacehesinde, kendisine, değil bir «had», hakkında bir «tazir» dahi icra eylememektedir (21).

---

(18) Schappoli Domenico, Diritto Penale Canonico, s. g. ansiklopedi, sf. 687

(19) Schappoli Dominico, s. g. ansiklopedi, sf. 688

(20) Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuku İslâmiye ve İstilâhatı Fıkhıye Kamusu, cilt II, Ükubat, sf. 39, 137; (Bu eser müellifin el yazısı ile olup henüz neşredilmemiştir.

(21) Mecnun veya matuh hakkında tazir dahi icra olunamaması keyfiyeti, İslâm hukukunda, cinnetin cezaî mesuliyetsizliği tevlitteki kat'iyetinin açık bir delilidir; şu kat'iyeti daha esaslı bir şekilde tebarüz ettirebilmek için, İslâmın ceza telâkkisine kısa bir nazar atfetmek iktiza eylemektedir:

İslâm da ceza tabiri umumî bir tabir olup, bir taraftan «had» di diğer taraftan «tazir» i ihtiva eder:

Had, nevi, miktar ve ölçüsü şeran muayyen ceza demektir: tazir ise hakkında muayyen bir ukubet, şer'i bir had mevcut olmayan cürümlerden dolayı tertip ve tatbik edilecek tedip ve ceza demektir. Tazirin nev'ini, miktarını, ölçüsünü, tâyin ve takdir Ululemr'e ve onun namına Kadılara aittir; bunu diledikleri ve münasip gördükleri şekilde tatbik ederler. Had ise

Matuh olmak keyfiyetinin de cezaî mesuliyeti refeden bir sebep telâkki edildiği gözönünde bulundurulacak olursa, İslâm hukukunda, cinnetin geniş bir mânada alındığını anlamakta güçlük çekilmez.Şu hale göre, sözü geçen hukukta, yalnız delilerin değil, kendilerinde akıl zâfiyeti olan kimselerin de cezaen mesul edilmeleri mümkün değildir; diğer taraftan, hususiyle malikî mezhebine göre, bir kimsenin işlediği bir suçu mütaakip tecennün etmesi halinde (22) de,hakkında takibat yapılamayıp, hali ifakate intizar olunmaktadır; buna mukabil, cinneti gayrı mutbikaya musap bir kimse, ifakat (23) halinde işlediği bir suçtan dolayı cezaen mesul telâkki edilmektedir.

Suç işlemiş olan bir kimsenin mecnun veya matuh olması ve bu itibarla cezalandırılması imkânsızsa da, akıl hastası suçlu tehlike arzettiği takdirde, başı boş bırakılmıyarak, bir «darüşşafaka» ya gönderilmekte ve orada tedavisine çalışılmaktadır; ancak, işaret edelim ki Hambeli Fıkhında «nâsa saldıran veya gayrimeşru hareketlerde bulunan mecnunlar, bu gibi (24) hallerden vazgeçmelerini mümkün mertebe temin için darbedilebilir» de denilmektedir.

Hanbelî fıkhında carî bu esas muvacehesinde hatıra gelebilir ve denebilir ki, İslâm'da bir kimseye cezaî mesuliyetin tevcih edilebilmesi şartlarından biri de o kimsenin âkil olmasıdır; hakkında bir tazir dahi icrası mümkün olmıyan akıl hastası suçlunun darbedilebilmesi —dayak

mukadderdir, muayyendir ve bunda ziyade ve noksan cari olamaz; haddin şüphe ile sakıt olmasına bedel, tazir şüphe ile sâkıt olmaz.

Had ile tazir arasındaki en mühim farklardan biri de, haddin - ika olunan fiil onun tatbikinin müstelzim bulunduğu takdirde- sadece baliğlere verilen bir ceza olmasına mukabil, tazir mevzuunda baliğlerle gayribaliğlerin müsavi bulunmasıdır. Başka bir ifade ile, haddi müstelzim bir fiil işlemiş olup bülûğa ermemiş buulnması dolaysile kendisine cezaî mesuliyet tevcihi mümkün olmayan bir gayri bâliğe, işlediği bu fiil neticesinde had tatbik edilemezken, hakkında şer'i had bulunmayan ve fakat taziri müstelzim bir fiil ika eylemiş aynı gayrı baliğe tazirin tatbiki mümkündür; ancak bu gayri bâliğin mümeyyiz sabî olması meşruttur. Diğer taraftan, gayri bâliğlerin içinde bir de gayri mümeyyiz sabiler gurubu vardır ki bunlar işlemiş oldukları fiillerin mahiyeti ne olursa olsun, ne had ne de tazir tatbik olunabilir. İşte İslâm'ın ceza telâkkilerinde mecnun suçlu tamamile bu sonunculara benzetilerek, hakkında, gayri bâliğlerin mümeyyiz sabîlerine icrasına cevaz verilen bilcelp ilâm, vazu nasihat, tevbih, tekdir gibi tazir derecetının tatbiki dahi tecviz olunmamıştır. Cezaî mesuliyet bakımından İslâm'ın bâliğ ve gayri bâliğ tefriki hakkında daha fazla izahat için, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1947, sayı ikideki «Eski devirlerde ve İslâm'da yaşın cezaî mesuliyet üzerindeki tesiri» başlıklı makalemize bakınız.

(22) Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuku İslâmiye ve İstilâhatı Fıkhiye Kamusu, s. g. e. Cilt, sf. 39.

(23) Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuku İslâmiye ve istilâhatı Fıkhiye Kamusu, s.g. cilt,sf.39

(24) Ömer Nasuhi Bilmen Hukuku İslâmiye ve İstilâhatı Fıkhiye Kamusu, s.g. cilt,sf.261

bir ceza olarak kabul edildiği takdirde— onun cezaen mesul telâkki edilebileceğini tazammun etmez mi?

Bu düşünce varit değildir; çünkü «bu darb bir ukubet maksadiyle değil bir inzicar maksadiyle yapılır... Bazı mecnunların darüşşafakalarda darb suretiyle cinnet halinden kurtulmalarına çalışıldığı malûmdur» (25). Demek oluyor ki, buradaki darb keyfiyetinde tecziye asla mevzuubahis olmayıp, bizatihî darp tedavi metodlarına ve mecnun veya matuhu iyileştirmeye mâtuftur.

Kaydedelim ki, İslâmın telâkkilerinde akıl hastası suçlu cezaen mesul edilemez ve meselâ, adam öldürme fiilinde kısas lâzımgelmez ise de, malından diyet ahzolunur; bunun gbii, cezaî takibata mâruz bulundurulamıyan akıl hastası hırsız çaldığı şeyi zamin olur; cinneti gayri mütbikaya musap kimselerin, cinnet halinde ika ettikleri fiiller muvacehesinde de aynı hükümler caridir (26).

5) Memleketimizde :

14 — Tetkik edilecek olursa görülür ki, bizde ne Fatih Sultan Mehmet, ne Birinci Süleyman Kanunnamelerinde (27) ne Sultan İbrahim ve IV. Mehmet zamanlarında mer'î Ceza Kanunnamesinde (28), ne de Tanzimattan sonra tedvin edilmiş olan 1 Rebiülevvel 1256 (29) tarihli Ceza Kanunnamesiyle, 15 Ramazan 1267 tarihli Kanunu Cedid de, aklî malûliyete müptelâ kimsenin cezaî mesuliyetinin olamıyacağını gösterir metinler yoktur.

Memleketimizde, ilk defa 28 Zilhicce 1274 tarihli Ceza Kanunnamesi Hümayunudur ki, 41 inci maddesiyle «mücrimin bir cürmü hini irtikâ-

(25) Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuku İslâmiye ve İstilâhatı Fıkhiye Kamusu, s.g. cilt, 261

(26) Fıkıhta cünun ile ateh hallerinin ayrı ayrı mevzuubahsedilmiş olması ve mecnunun mümeyyiz olmıyan sağirlere, matuhun mümeyyiz sağirlere temsil edilmek suretile bunları tereddüp eden ve cinnetin mutbik ve gayri mutbik taksimlerine göre muayyen olan hükümler hakkında etraflı izahat için, Tahir Taner, s. g. ikinci tab'ı sf. 361 ve bu sahife altındaki 1,2,3,4 numaralı notlara bak.; yine aynı mevzuda Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuku İslâmiye ve İstilâhatı Fıkhiye Kamusu, s. g. cilt, sf. 39, 113,137,140,144,168,170,194,206,208,244,261,279 280; Sabri Şakir Ansay, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, Ankara 1946, sf. 165 ve müt.

(27) Birincisi üç baptan ikincisi üç bapta 18 fasıldan müteşekkil olan bu kanunların tam metinleri için: Tarihi Osmanî Encümeni Mecmuası İlâvesi, Kanunnamei Âli Osman, İstanbul 1330; sf. 9 ve müt.

(28) Bu kanunların metinleri için: Ahmet Lütfi, Mirat'ı Adalet yahut Tarihçei Adliyei Devleti Âliye, İstanbul 1303, sf. 75 ve müt.

(29) Bu kanunların metinleri için de, Ahmet Lütfi, s. g. e., sf. 127 ve müt.; 150 ve müt.

bında cinnet halinde bulunduğu sabit olursa mücazatı kanuniyeden ma'fuv» tutulacağını sarih bir hükümle beyan etmiş bulunmaktadır. Fakat bundan, memleketimizde, sözü geçen kanunun kabulü tarihine kadar, akıl hastası suçluların tecziye edilmekte olduğu mânası çıkarılmamalıdır; diğer bütün hükümleri gibi, İslâm'ın cinnet ve atehin cezaî mesuliyet üzerindeki tesirlerine mütaallik esasları da, teokratik bir bünyeye sahip olan Osmanlı İmparatorluğunun teessüs ve teşekkülü anlarından itibaren benimsenerek, asırlarca, akıl hastası suçlular muvacehesinde bu esaslarla amel olunmuştur (30).

6) Ortaçağda :

15 — Ortaçağda, deli hakkındaki düşünceler pek muzlim olmakla beraber, mesuliyet bakımından bu çağa hâkim bulunan telâkki —Kadim Roma, Kilise Hukuku, İslâm Hukuku, bunun gibi Osmanlı İmparatorluğunun teşekkülü tarihinden itibaren memleketimizdeki düşünceler hilâfına— delinin gayri mesul addedilmemesi yolundadır (31). Büyük Fran-

(30) Tahir Taner, s. g, e., sf. 360 ve müt.; yukarıda not 21 de zikrettiğimiz makalemiz, sf. 523 ve müt.

Bu münasebetle kaydedelim ki, İslâm'ın cezaya mütaallik esasları Osmanlı İmparatorluğunun teessüsü tarihinden başlamak suretiyle, memleketimizde çok yakın tarihlere kadar tatbik edilmiş olmakla beraber, bazan İmparatorluk içinde her kabile veya mahal için örf ve adetlere göre, o mahallin hususiyetlerini cami kanunnameler ıstar olunarak, bunlarda mevcut hükümlerle amel ve fıkıhda mevcut esasların bertaraf edilmiş olduğu vakidir; bu sümleden olmak üzere, hakikı tarihi tesbit edilememiş olan Kanunnamei Kazai Bozok'un «Ahkâmı Kuttautarik ve sürrak» başlıklı faslının 4. maddesi, cezaî mesuliyetin tevcihi şartlarından biri olan büluğ bakımından, İslâm'daki hadler hilâfına, 10 yaşı ve hem de kat'î olarak almakla, büluğ haddinin her kabile veya mahal için başkaca tâyin ve tesbit edilebileceğinin göstermekte olduğu gibi, buna müşabih bazı esaslara Alâüddvle Bey Kanununda, hususiyle bu kanunun livata fiillerinden bahis hükümlerinde de tesadüf etmek mümkündür; buna mukabil, İslâm'ın cinnet ve atea mevzuundaki esasları hilâfına hareket edildiğine mütaallik hükümlere bu mahalli kanunlarda dahi tesadüf olunamamaktadır. Arzedegeldiğimiz inhiraf hakkında daha fazla izht ve bhse mevzu kanun metinlerine mütaallik biblioğrafi için, sözü geçen makalemiz, sf. 526, not 32 ve 33 e bak.

(31) Bununla beraber Manzini, deliyi küçüğe teşbih ve cezanın deli için en büyük adaletsizlik olduğunu kabul eylemiş bulunan Roma Hukuku telâkkiler için 13 üncü asır iptidalarında yeniden zuhur ederek Ortaçağ İtalyan Hukukunda hâkim olduğunu söylemektedir; Manzinin, Tratto di diritto penalé İtaliano, cilt II, Torino 1920, No. 319.

Bunun gibi, Kenny'de, bir asır evvel, mâruf devlet adamlarından Wintham'ın, Parlömanda, en vahim akıl hastalığına masup suçluların dahi, kusurlarının cezası olarak aşılmaları lâzım geldiği fikrini müdafaa etmiş olduğunu söyleyerek, İngiliz hukukunun en barbar devirlerde bile ceza nazariyesiyle telifi mümkün olmayan böyle bir kaideyi asla kabul etmemiş bulunduğunu ifade etmektedir; Courtney Stanhope Kenny, Esquisse du droit criminel Anglais, traduit par Adrien Paulian, Paris 1921, sf. 66

Fakat söylemek lâzımdır ki İngilterede cezaî mesuliyetten muafiyeti müstelzim akıl

sız inkılâbını da açmış bulunan zamanlara kadar, bütün Ortaçağda hâkim bulunmuş olan böyle bir telâkkiyi tabii görmek lâzımdır; çünkü bu tarihî devirlerde «hattâ 18. asrın ortalarına kadar, garpta hayvanlar ve eşya da suç faili olarak takip edilmekte... Yine eski devirlerde ölünün cesedi (32) de» muhakeme olunabilmekte, böyle hareket edilirken de «suçlulardan cemiyetin intikamını almak prensibi» (33) gözönünde bulundurulmakta idi; «ceza ile muatep tutulmak keyfiyeti hayvanlara hattâ eşyaya bile teşmil...» (34) edilince, bir delinin cezaî takibata mâruz bulundurulamıyacağını kabul eylemek zamanın telâkkileriyle gayri kabili telif olurdu.

7) Yeni zamanlarda :

16 — İnsan düşüncesinin daimî gayretleri, tetkik fikrinin durmadan tekâmülü Ortaçağın bu bid'atlerinden yavaş yavaş uzaklaşmağı intaç ederek mesuliyet sahasının tahdidine bâdi olmuş, evvelâ hayvanların ve eşyanın, daha sonra ölü cesetlerinin mesuliyeti ortadan kaldırılmıştır. Fakat mesuliyet sahasının tahdidi hareketi bu noktada durmuş değildir; an'anelerin, eski telâkkilerin muhafazakârı hukukçuların mukavemetlerine rağmen, bri çok mütefekkirlerin, çok dar bir mânada olmakla beraber, cinneti de mesuliyet sahasının dışına atmak hususunda ileri sürdükleri fikirler yavaş yavaş yayılmağa başlamışsa da, bu, müsbet bir tesir gösterememiş, bilhassa Fransa'da 18 inci asırda, hâkimler, bu cereyanların mevcudiyetini hiç bir suretle nazarı itibara almaksızın, suçlunun cinnete müptelâ olup olmadığını tahkik ve taharriye lüzum bile görmemişlerdir (35). Bu sebepledir ki şuur ve harekât serbestisi tamamiyle meslûp bir çok kimselere en ağır cezalarla tecziye ve hattâ bir çok ahvalde ölüm cezasına mahkûm edilmişlerdir; bir müellif, bu şekilde hareket eden hâkimin «bir deliyi aklen sıhhatli bir insan gibi nazara almamakta hiç bir lüzum ve zaruret görmüyorum» dediğini ve müellif, «hattâ hâkimlere, de-

hastalığının sadece zır deli diyebileceğimiz kimseler, «idiot» larda mevcudiyeti kabul edilerek, keyfiyet çok dar bir telâkkiye bağlanmıştır; hâkim Tracy bunu «bir kimsenin deli addedilmesi binnetice cezadan kurtulması için, onun, mücerret aklî teşevvüş içinde bulunması kâfi değildir, böyle bir kimsenin akıl ve hafızadan mutlak olarak mahrum bulunması ve bir çocuktan, bir vahşi hayvandan fazla yaptığını bilmemesi, lâzımdır; işte cezanın asla tevcih edilmiyeceği insan budur» demek suretiyle ifade etmiştir; A. Hamon, Déterminisme et responsabilité, Paris, 1898, sf. 139

(32) Tahir Taner, s. g. e., sf. 292

(33) Baha Kantar, s. g. e., sf. 23

34) Baha Kantar, s. g. e., sf. 23

(35) A. Hamon, déterminisme et responsabilité Paris, 1898, sf. 137

lilik halini nazarı itibara almamak, buna mukabil, tam bir şiddetle hükmetmeleri hususunda emir veren kararlar mevcut» olduğunu ifade etmiştir (36).

Bu mülâhazalardan anlaşıldığına göre, 18 inci asrın sonunda, Fransa'da ve ekser Avrupa memleketlerinde mesuliyet sahası, fikren olmasa bile, fiilen tahdit edilememiş, akıl hastası olan veya olmıyan herkes «libre arbitre» ile mücehhez olarak mülâhaza ve kabul olunmuş, kanun vâzılarının mesuliyet prensibine hiç bir tecavüzün yapılamıyacağı hususundaki kat'î fikir ve görüşleri karşısında Fransız İnkılâbı Kanunları dahi akıl hastalığı mevzuunda sâkıt kalmışlardır.

İşte bu zamandadır ki, tababeti akliyenin kurucusu Dr. Pinel'in çalışmaları ve bu çalışmaların, diğer bütün hastalıklar gibi, cinnetin de insan uzviyetinin bir tagayyür ve tahavvülü olduğunu meydana koyması, kanun vâzılarını mesele üzerinde durmağa sevketmiş, bu fikirlerin tesiri altında 1810 Fransız Ceza Kanunu, 64 üncü maddesiyle, deliliğin fiildeki cürmî karakteri refettiğini sarahaten kabul etimştir (37). Diğer taraftan, yine bu görüşlerden mülhem olmak suretiyle, Alman Ceza Kanunu, mülga İspanyol Ceza Kanunu, Fransız Kanunundan alınan Belçika Ceza Kanunu gibi diğer memleketler kanunları da mefhumu dar ve geniş tutmak bakımından az çok değişik ifadelerle akıl hastalığına musap kimseleri gayri mesul telâkki ederek mesuliyet sahasını eskisine nisbeten daraltmışlardır.

Fakat hâdisenin tarihî seyri bu noktada duraklamış değildir; kanun vâzılarının akıl hastalığını bir mesuliyetsizlik sebebi olarak kabul etmesi karşısında, bir taraftan mânevî mesuliyet mefhumuna sımsıkı sarılmak suretiyle hukukçular, diğer taraftan, kendilerine bilâhare antropologlar, filozof ve sosyologlar da iltihak etmiş bulunan ve, tecrübe ve müşahedeye istinat eyliyen doktorlar, bu hali tâyin ve tavsif hususunda şiddetli bir mücadeleye girişmişlerdir. Birincilerde hâkim olan ruh, mefhumu mümkün mertebe dar bir sahaya hasretmek bulunmasına bedel, ikinciler, akıl hastalığının mütenevvi şekilleri olduğunu söyliyerek, mesuliyetsizlik sahasını genişletmek yolunu tutmuşlardır (38).

(36) A. Hamon, s. g. e., sf. 138

(37) E. Garçon, Le droit péenal, origines, évolution, état actuel, Paris 1922; tarafımızdan tercüme edilen «Ceza Hukukunda Aktüel meseleler» başlıklı 5 inci kısım, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1947, sayı 3, sf. 1196; Garraud, s. g. e., No. 316

(38) Bu mücadele devrinin en bariz vasfı, insan bilgileriin inkişaf ve yayılmisiyle mütenassip olarak değişen akıl hastalığı hakkındaki düşüncesinin hukukçular tarafından reddi olmuştur. Mâruf hukukçu Troplong, insan akıl ve idrakinin tecezzi ve taksim kabul

Zamanla, akliyecilerin müsbet esaş ve metodlarla ortaya koydukları hakikatlerin yavaş yavaş galebe etmesi neticesinde, aşağı yukarı bütün memleketlerde, hukukçuların sebkeden zarurî fedakârlıkları mesuliyetsizlik sahasının genişlemesini intaç etmiştir. Bu neticeye varılıncaya kadar, hâkimlerin, kendilerini fen adamlarından daha salâhiyetli addetmeleri neticesi, şuur ve harekât serbestisinden tamamiyle mahrum kimseler muhakeme ve mahkûm edilerek haklarındaki hükümler infaz olunmuştur.

17 — İzah edegeldiğimiz bu çok şiddetli fikir mücadelelerinden sonra, suçu işlediği sırada aklî malûliyete müptelâ olan kimsenin mesul addedilemiyeceği, yahut muhaffef mesuliyet esası dolayısiyle ceza indirilerek verileceği modern ceza kanunlarının bir mütearifesi halini almış olmakla beraber, söyliyelim ki, zamanımızda da bu şekil tatbikatın yeni misalleri mevcuttur; bazı akıl hastası suçlular üzerinde tekâsüf eyliyen bu yeni tatbikatın —tetkiklerimizin «giriş» kısmında da tebarüz ettirmeğe çalıştığımız veçhile— tıbbın ve fennin hakikatleriyle, modern ceza kanunlarının mesuliyetsizliğe mâtuf düsturlarını çiğnemek düşüncesinde değil, galeyana gelmiş, teheyyüç ve korkuya kapılmış olan âmme efkârının tatmininde aramak lâzımdır (39).

---

etmeliğini ileri sürerek, akliyecilerin ve onların ortaya koydukları esasları gülünç bir mevkiye sokmak için büyük gayretler sarfetmiş, bunları Molière'in «zoraki takip»ine teşbih ve kıyas ederek «tababeti akliyenin jurispürdransda kabul edilmiş doktrinlere ciddî hiç bir terakki ve tekâmül ilâve edememiş olduğunu» söylemiştir. Bu zihniyetle hareket eden hâkimlerin, doktorların tıbben tesbit etmiş bulundukları ilmî ve fennî hakikatlara ehemmiyet izafe etmeksizin, bir çok akıl hastalıklarını mahkûm ettikleri ve haklarındaki hükümlerin infaz olunduğu görülmüştür, bir akıl hastası olan Arşidük Sibour'un katili mahkûm ve hakkındaki hüküm infaz olunmuştur.

Bade hapishanesi doktoru Gutsch, bu hapishanede bulunan ekser mahpusların suçlarını işledikleri sırada akıl hastalığına masup kimseler olduğunu, hukukçu Edmond Picard, Belçika'da bir hapishane müdürünün, kendisine, hapishanesinde «1/3 deli, 1/3 küçük suçlu, 1/3 de aklen sıhhatli büyük suçlu»nun mevcudiyetinden bahsettiğini beyan eylemiştir.

Diğer taraftan hâkimler, karşılarına getirilen maznunlarda akıl hastalığı olduğunu mübeyyin raporlara da ehemmiyet izafe etmekten ictinap eylemişlerdir; ve hattâ bir müellife göre, bunları hiçe saymışlardır, kendisinde adam öldürme mânisi olan Hanriette Cornier Adlı Tabip; 14 yaşında genç bir kız Leipsig Fakültesi tarafından verilen rapora rağmen müebbet kürek ve ölüm cezasına; Versaille'de 1827 de, üç doktorun kendisini müştereken gayri mesul addetmelerine rağmen bir kadın küreğe mahkûm edilmişlerdir; bu noktalar ve akıl hastalığı hakkında sahip olunan yanlış telâkkilere müfteri tatbikat için, A. Hamon, s. g. e., sf. 143 ve müt. sf. 147 ve müt.

(39) Bütün dünyada derin akisler icra etmiş ve dünya efkârını çok yakından ilgilendirmiş olan bu yeni misallerden birkaçına işaret edelim:

a) *Matuska vak'ası* :— 1934 senesinde Macaristan'ın Pes şehrinde muhakemesi yapılmış olan ve dinamitle trenleri uçurmak suretiyle 22 kişinin ölümünden 160 kişinin yara-

IV — Aklî malûliyetin tâyini bakımından mevcut kanunî sistemler:

1) Sistemlerin nevileri :

18 — Mesuliyetsizliği intaç eden akıl hastalığının ne zaman mevcut

lanmasından ve 4 büyük suikastan suçlu Sylvestre Matuska, 11 yaşında iken leylî talebesinden olduğu mektepte kemali hayret ve büyük bir hayranlıkla temaşa eylediği ipnotizma üstadı Léo'nun harikûlüde ve şeytanî şahsiyetinin ömrünce tesiri altında kalarak, önce Birinci Cihan Harbi içinde âmirlerinin takdir ve taltiflerinin kazanacak bir maharet ve ustalıkla ve hep hayalinde Léo'yu canlandırarak, ondan fazla köprüyü berhava edip bir infilâk kahramanı olmuş ve fakat vazifeten yaptığı ve takdir ve taltif edildiği dinamitçiliği, sulhtan sonra işlediği müthiş cinayetlerinden ayıramamıştır; bütün suikastlarını da kendi doğduğu, evlendiği, ve kızının doğduğu günlerin yıldönümlerinde izhar ve icra eylemeğe dikkat etmiştir; Biatorbagy faciasında kurbanlarını muayene ederken gösterdiği delice ihtiras neticesi yakayı ele veren Matuska «muvaffak oldum, memnunum» demiştir.

b) *Hanover kasabı Haarmann* :— 1924 senesinde, Hanover'de muhakemesi yapılmış olan ve 27 çocuk ve genci öldürmekten suçlu Haarmann, henüz 17 yaşında iken küçük çocuklarla bir bodrumda yakalandığından dolayı Hildsheim tımarhanesine kapatılmış, oradan kaçtıktan sonra, kasaplık, elbise satıcılığı, polis hafiyeliği gibi çeşitli meslekler icra eylemiş, Almanya'nın Birinci Cihan Harbinden mağlup çıkmasını takip eden ihtilâl, emniyetsizlik, sefalet devirlerinde, kurbanlarını —iş bulmak vadi ile— Hanover istasyonunun büyük holünde yakalamağa başlamıştır; iğfal ettiği gençlerle bir kaç gün iğrenç bir balayı yaşayan Haarmann, cismî münasebet sırasında, vücudunun yükü altında âciz ve müdafaasız tuttuğu bu zavallıları, boğarak ve boğazlarını dişleriyle parçalayarak öldürmüş, öldürdüklerini beygir eti diye satmıştır; kendisini aklî bakımdan muayene eden doktora meşhur olup olmadığını soran Haarmann, doktor kendisine bu şöhretin iörençliğini anlatmak istediği zaman «bu kadar cinayet işlemeseydim kimse beni tanımıyacaktı» diye bağırmıştır. Başı kesilerek ölmeği ve büyük bir meydanda idam edilmeyi büyük bir zafer olarak telâkki etmiş bulunan Haarmann, idamı sırasında çok müessir bir filim çevrileceğini, ölmeden önce söz alıp halka hitap eyleyebileceğini de düşünmüştür; 15/Nisan/1925 Çarşamba sabahı Hanover hapishanesi avlusunda idam edilmiş olan Haarmann, son arzu olarak mezarının üzerine aşağıdaki cümlenin hâk edileceği bir taş konulmasını izhar etmiştir:

Burada dünyanın en büyük canisi Haarmann yatıyor.

c) *Papin hemşireler vak'ası* :— 23/Şubat/1933 de, 6 senedenberi Mans'daki Lancelin ailesinin yanında hizmetçilik yapan 28 yaşındaki Christine Papin ve hemşiresi 21 yaşındaki Léa, Madame Lancelin ile 27 yaşındaki kızını öldürmüşler, cesetlerin üzerine atılıp parçaladıktan sonra gözlerini oymuşlar, Christine Papin ölüme, Léa 10 sene ağır hapse mahkûm edilmişlerdir; biribirilerine gayri tabiî hislerle bağlı bulunan bu iki hemşireden Christine, hücre arkadaşlarına, hayatında Léa'ya kocalık yapmak mecburiyetinde kaldığını beyan ederek, hemşiresini görmek için açlık grevleri yapmış bağırıp çağırarak daima onu aramış, büyük cinnet buhranlarından kurtulması için Léa yanına getirilince, üzerine atılarak onu göğsünde sıkmış, daha sonra gömleğini parçalayarak şehevi bir sesle «evet de, evet de» diye haykırmıştuır; Christine bir kaç gün sonra kapalı bulunduğu hücrede korkunç cinnet buhranları içinde ölmüştür.

d) *Michel Henriot vak'ası* :—Georgette Delglave ile evlenmiş olan Lorient müddeiumumisinin oğlu Michel Henriot, evlendiği günden başlamak suretiyle, kah dövüp çimdikleyerek, kâh iğne batırıp vücudundan kan çıkararak işkence yaptığı karısını yedi ay sonra, 8/Mayıs/1934 de 6 kurşunla öldürmüştür. Vahşi hırsını kahkahalarla gülerek söndürmek

olacağı konusunda muhtelif memleketler mevzuatını üç sistem etrafında toplamak mümkündür (40).

A) **Biyolojik sistem:**

Bu sistem, mesuliyetsizlik sebebi olan aklî melekelerin teşevvüşünün nelerden ibaret olduğunu kanun metninde göstermeğe, başka bir ifade ile bu halleri, cinnet, fedmiyet, belâhat gibi veya bunlara müşabih bir tâbirle tavsif eylemeğe taallûk eder.

Meselâ 1810 Fransız Ceza Kanununun 64 üncü maddesinde, «fiili ika ettiği anda cinnet halinde bulunan maznun için ne cinayet ne cünha vardır» demek suretiyle aklî melekelerin teşevvüşünü cinnete hasretmiştir. Bu kanun örnek tutularak tedvin olunan 1274 tarihli eski Ceza Kanunumuz 41 inci maddesinde «mücrimin bir cürmü hinî irtikâbında cinnet halinde bulunduğu sabit olursa mücazatı kanuniyeden ma'fuv» tutulacağını beyan etmek, bunun gibi, yine aynı kanunu mehaz ittihaz etmiş olan Belçika Ceza Kanunu 71 inci maddesinde «müttehim veya maznun fiili ika ettiği anda cinnet halinde idi ise suç yoktur» (41) demek suretiyle aynı yolu tutmuştur.

Yeni İsviçre Ceza Kanununun ön —projesi de bu sistemde yer alır (42); yalnız, bu proje biraz evvel zikrettiğimiz kanunlardan farklı olarak 14 üncü maddesinin birinci bendinde «fiili ika ettiği anda cinnet,

için çocukluğundanberi bütün zamanını hayvanlara işkence yapmakla geçiren Michel Henriot, ömrünce iki şahsiyet taşımış, hususiyle ikinci şahsiyetini iktisap eylediği zamanlarda, kan görünce sevinebilmiş, üzerindeki buhranı, silâh sesi ve can çekişen hayvan manzarası bertaraf edebilmiştir; kan görmek ve yeni bir hedef üzerine ateş etmek ve bu suretle sükûnete kavuşmak iştiyakı, Loche-en- Guidel'deki issiz evde karısını öldürmeğe bâdi olmuştur.

Misalleri çoğaltmadan kaydedelim ki Michel Henriot gibi, yüzü mütecaviz kurbanının, öldürdükten sonra tenasül âletlerini kesmekten zevk almış olan Vacher de bir sadikti; arzedegeldiğimiz bu vakalar hakkında etraflı malûmat için René Alleendy, Le crime les perversions instinctives, Crapouillot, numéro spécial Paris, Mai 1938, sf. 17/18; 25/27; 29/31; 35/37; 39/42; Weidmann ve buna müşabih vakalar için: Géo London, Les grands procés, Paris 1939.

(40) P. Lepoz, Commentaire du côte pénal Suisse, partie générael, Neuschâtel - Paris, 1940, sf. 38

(41) İşaret edelim ki, bütün Fransız cezacıları, Fransız Ceza Kanununun 64 üncü maddede «ne cinayet ne cünha vardır» ibaresini kullanmış olmasının, başka bir ifade ile, 64 üncü madde metninde «kabahat» tâbirinin bulunmamasının, kabahat fiillerinin bertaraf eylemeyi tazammun edemeyeceği hususunda müttefiktirler. ukarıda metinlerini aynen koyduğumuz 1274 tarihli kanunumuzla Belçika Ceza Kanunu, Fransız Ceza Kanununun 64 üncü maddesinin tahrir tarzını değiştirmek suretiyle, metnin tatbikını daha şamil kılmış ve bu metne her nevi suça tatbik edilebilir umumî bir prensip şeklini vermişlerdir.

(42) Aksi kanaat için, Garraud, s. g. e., No. 318, not 13

fedmiyet, yahut şuurun ağır bir teşevvüşüne musap olan kimse cezalandırılamaz» demek suretiyle aklî melekelerin teşevvüşüne, cinnetten başka fedmiyet ve şuurun ağır bir teşevvüşünü de ithal eylemiştir.

1942 de meriyete giren yeni İsviçre Ceza Kanunu, aşağıda da temas edeceğimiz veçhile, kabul etmiş olduğu yeni bir metinle projenin sisteminden ayrılmıştır.

Görülüyor ki, biyolojik sistem aklî melekenin teşevvüşünü cinnet, fedmiyet, ilâh... gibi tâbirlerle göstermek suretiyle hasrî bir esas vazetmiş oluyor; bugün tababeti akliye ve ruhiyenin meydana koyduğu ilmî hakikatler akıl hastalığının sadece cinnetten veya fedmiyetten ibaret olmadığını, başka bir ifade ile, cinnet, fedmiyet gibi hallerin akıl hastalıkları bakımından dar bir mânayı haiz bulunduğunu gösteriyor. Zaten bu sistemi kabul etmiş olan kanunların hemen hepsi 1810 Fransız Ceza Kanunundan mülhem olmuşlardır; mevzuubahis kanunun tedvini sıralarında ise, devrin kanun vâzıları gibi, doktorları için de, aklî malûliyetin yegâne tezahür şekli cinnet addediliyordu.

Bununla beraber, söylemek lâzımdır ki, biyolojik sistem içinde yer alan memleketler mahkemeleri, kanun metinlerinde kullanılan tâbirlere, tababeti akliye ve ruhiyenin terakki ve inkişaflariyle mütenasip olarak, geniş bir mâna vermişler ve bu tâbirlere akıl hastalığının bir çok nevi ve şekillerini ithal eylemişlerdir; 1274 tarihli eski Ceza Kanunumuzun yukarıda metnini verdiğimiz 41 inci maddesinde ifadesini bulan cinnet tâbirine, mahkemelerimizin, akıl hastalıklarının bir çok nevi ve şekillerini ithal eylemiş bulunduğunu «müttehimin seyrifilmenam ve emsali malûliyetten», bunun gibi «müttehimin belâhatinden» (43) bâhis 26 Mayıs 1306 ve 23 Temmuz 1308 tarihli temyiz kararlarından anlamak mümkündür.

Biyolojik sistemi kabul etmiş memleketler bakımından daha ileri gitmek suretiyle denebilir ki, cinnet, fedmiyet, ilâh... gibi akıl hastalığının ancak bir şeklinin ifadesi olan tâbirler zamanla akıl hastalıkları mânasında kullanılmağa başlanmıştır. Nitekim 1934 yeni Fransız Ceza Kanunu ön —projesi, 122 nci maddesinde an'anevî démence— cinnet tâbirini muhafaza ve bununla akıl hastalıklarının bütün şekillerini kastetmiştir (44).

(43) Serkis Karakoç, Tahşiyeli Ceza Kanunu, madde 41 altındaki temyiz kararları.

(44) L'avant - projet de révision du côte pénal Français, Rapport présenté à la faculté de droit de Toulouse par Joseph Mangnol, s. 176

B) Psikolojik sistem :

Bu sistem mesuliyetsizliği intaç eden hastalıkları şu veya bu biyolojik haller üzerine istinat ettirmeyip, kriter olarak, failin fiili ika ettiği anda, temyiz, serbestçe hareket, şuursuzluk istemek ve anlamak ilâh... gibi bazı psişik melekelerden ârî olup olmadığı esasını alır.

Eski 1853 İsviçre Federal Ceza Kanunu 27 nci, Hollanda Ceza Kanunu 37 nci maddesiyle psikolojik sistemde yer alırlar; meselâ eski İsviçre Federal Kanununun sözü geçen 27 nci maddesine göre, fail «..... suçu işlediği sırada, kendi kusuru olmaksızın akıl ve idrakin veya serbest iradesini kullanmaktan mahrum bulunması halinde cezalandırılmaz».

Metninin tetkikinden anlaşılacağı veçhile, madde, biyolojik sistemde olduğu gibi, mesuliyetsizliği intaç eden halleri birer birer tâyin ve tavsif suretiyle bu mevzuda dar bir esas kabul etmemiş, bazı psişik melekeleri gözönünde bulundurarak umumî birer formül vazeylemiştir.

Psişiatrinin tekemmül ve inkişafı ile müsbet ve fennî olarak ortaya konan bir çok akıl ve ruh hastalıklarını ihtiva edebilecek bir esas üzerine müstenit bulunan, bu psikolojik sistem ötekinden üstün ise de, sahayı çok genişletmiş olması ve akıl hastalıkları dışında kalan, hiddet tehevvür gibi bir takım halleri de içine alabilmeğe müsait bulunması bakımından mahzurludur (45).

C) Yarı biyolojik yarı psikolojik veya muhtelit sistem :

İsminin de ifade eylediği veçhile biyolojik ve psikolojik usullerin memzucen ifadesi bulunan bu sisteme göre fiili işlediği sırada aklen malûl olması dolayısiyle şu veya bu melekeleri haiz olmıyan kimse gayri mesul addedilmiştir.

Onuncu maddesiyle «akıl hastalığına (46), fedmiyet veya şuurun ağır bir teşevvüşüne musap olup fiili işlediği anda bunun haksız vasfını takdir etmek veyahut bu takdire göre vaziyetini tâyin eylemek iktidarını haiz olmıyan kimse cezalandırılamaz» diyen yeni İsviçre Ceza Kanunu ile, 35 inci maddesinde «fiili işlediği zamanda, gerek aklî melekelerinin kifaytesizliği gerek ruh faaliyetinin marazî bozukluğu, gerekse şuursuzluk hali içinde fiillerini neye tevcih ve bunlara ne yapacağının mâna ve mahiyetini anlayamıyan kimseye ika ettiği fiil kabili isnat değildir» hük-

(45) Tahir Taner, s. g. e., sf. 363

(46) Bu tâbiri «maladie mentale» karşılığı olarak kullandık; sözü geçen tâbir akıl hastalıklarının bütün nevilerini ihtiva eden «aliénation mentale» tâbiri yanında dar bir mâna ifade etmektedir.

münü sevkeden eski Rus Ceza Kanunu bu sistemi kabul etmiş olduğu gibi, Alman Ceza Kanunu 51 inci, 1889 eski İtalyan Ceza Kanunu 46 ncı, 1930 yeni İtalyan Ceza Kanunu 88 inci maddeleriyle aynı sistemde yer alırlar.

İlâve edelim ki, muhtelit sistemin biyolojik kriterleri hasrî, dar bir mânada anlaşılmamak, bunların sahasını psişiatri mütehassıslarının telâkkilerine bağlamak lâzımdır (47). Bununla beraber diyebiliriz ki bu sistem, akıl hastalıklarını tâdat ve bunlara bazı psikolojik kriterler ilâvesi suretiyle psikolojik sistemden daha dar bir esasa müstenit bulunmaktadır. Sözü geçen sistemde biyolojik kriterler söylenirken, kanun metinlerine «gibi» tâbiri ithal olunarak, bunların tahdidî olmadığı vâzı tarafından tasrih edilmek ve zuhuru muhtemel tereddütleri önlemek bakımından faydalı olabilir.

Arzedegeldiğimiz bu sistemlerin tamamiyle dışında kalmış olan İngiliz Hukukunda, aklî malûliyetin neye taallûk ettiğini ve ne zaman mevcut olacağını tâyin hususunda, hâkimler tarafından çizilmiş bazı kaideler vardır; söyliyelim ki, suçlu akıl hastaları ile hem önleyici hem de tenkilî bakımdan mahsus bir şekilde meşgul olan yeni İngiliz Hukuku, bu telâkkinin mahzurlarını bertaraf etmiştir (48).

2) Türk Ceza Kanununun sistemi :

19 — Türk Ceza Kanununun birinci kitabının «cezaya ehliyet ve bunu kaldıran veya hafifleten sebepler» başlıklı dördüncü babının muaddel 46 ncı maddesine göre «fiili işlediği vakit şuurunun veya harekâtının serbestisini selbedecek surette aklî malûliyete müptelâ olan kimseye ceza verilemez».

Metninin tetkikinden anlaşılacağı veçhile, madde, biyolojik sistemdekine müşabih olarak, mesuliyetsizliği intaç eden halleri teker teker tâyin ve tavsif etmediği gibi, psikolojik sistemde yapıldığı şekilde, kriter bakımından, failin yalnızca bazı psişik melekelerden ârî olup olmadığını da esasa almamıştır; filhakika 46 ncı madde «aklî malûliyete müptelâ olan kimse cezalandırılamaz» formülünü ihtiva etse idi biyolojik sistemde, «şuur veya harekâtının serbestisi selbedilmiş kimse tecziye olunamaz» esasını alsaydı psikolojik sistemi kabul etmiş olurdu; böyle yapılmıyarak maddedeki «aklî malûliyet» biyolojik unsuruna «şuur veya harekât ser-

(47) P. Logoz, s. g. e., sf. 39

(48) İngiliz Hukukunda aklî malûliyet için: Courtaey Stanhope Kenny, s. g. e., sf. 86/87; Maudsley, Le crime et la folie, Paris, 1874, sf. 84

bestisi» formülünde ifadesini bulan iki psikolojik unsur daha ilâve edilmiş olması, böylece maddenin hem biyolojik hem psikolojik unsurları ihtiva eylemiş bulunması, kanunumuzun, mehazı 1889 İtalya Ceza Kanunu gibi, «muhtelit sistem» i kabul etmiş olduğunu göstermektedir (49).

Aklî malûliyetin felsefî ve hukukî bakımdan tetkikını tamamlamak için, akıl hastalığının tevlit ettiği neticelerle, mahdut mesuliyet teorisinden, Türk Ceza Kanununun esas ittihaz eylediği sistemden de bahsetmek iktiza eder ki, bunlar gelecek makalemizin mevzuunu teşkil edecektir.

---

(49) Tahir Taner, s. g. e., sf. 363; Faruk Eerem, Akıl malûliyeti, Adalet Dergisi, 1945, sayı 12, sf. 1266. 46 ıncı maddemizin metnine mütaallik bir mülâhaza olarak kaydedelimki, mehazdan vâki nakıl sırasında, maddede mühim bir tercüme hatası yapılmıştır; filhakika maddede «.... şukırunu neya....» denilmesi lâzım gelirken «...şuurunun...» denmiştir; Tahir Taner, s. g. e., sf. 363 altındaki 1 no: lı not.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİNİN KAMULAŞTIRMAYA AİT BİR BOZMA KARARI ÜZERİNDE DÜŞÜNCELER

Muhsin TUĞSAVUL
Ankara Sulh Yargıcı

1 — **Dâvanın mahiyeti ve ıslahı,**
2 — Islahın mahkemece kabulü,
3 — Mahkemenin nihaî kararı,
4 — Hazine Vekilinin temyizi,
5 — Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bozma kararı,
6 — Bu kararın tenkidi,
7 — Mahallî mahkemenin anlayışı ve telâkkisi,
A — İdarî salâhiyet meselesi,
B — Adalet mahkemesinin vazifesi,
C — İdare hukuku yönünden bu kabil kamulaştırmaların arz ettiği safhalar,
8 — Menafii Umumiye Kararnamesine göre yapılacak muameleler,
9 — Bozulan mahkeme kararıyle Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bozma kararının tahlili,

1 — Dâvanın mahiyeti ve ilâhı,

Dâvacı Menafii Umumiye kararnamesine göre mülkünün kamulaştırıldığından bahisle tezyidi bedel dâvası açılmıştır. Muhakeme sırasında ortada tekemmül etmiş bir kamulaştırma olmadığı için ıslah suretiyle dâvasını bu yerin bedelinin tazminine kalp etmiştir.

2— Islahın mahkemece kabulu.

Mahkeme, bu talebi Usulün 83, maddesine uygun görmüş ve 86. maddeye göre gerekli masrafı ve Vakâlet ücretini dâvacıya depo ettirerek tazmini bedel dâvasına devam etmiştir. Mahkeme islâhı kabul ederken ortada tekemmül etmiş, kararname hükümlerine uygun bir kamulaştırma olmadığı kanaatını izhar etmiştir. Bundan sonra bilirkişi marifetiyle, bu yerin haksız olarak hazine uhdesine tescil edildiği 945 tarihindeki emsali alım satım rayicine hükmetmiştir.

3 — Mahkemenin nihai kararı,

Mahkeme nihai kararında kamulaştırma muamelâtının, kararname-

805

nin 12 ve 13 maddelerine uygun olmadığından dolayı tazmini bedel dâvasını kabul ettiği ifade ve izah etmiştir.

4 — Hazine vekilinin temyizi,

Hazine Vekili Esbabı mucibe zikretmeksizin gayet kısa olarak ortada muteber ve tekemmül etmiş bir kamulaştırma mevcut olduğu halde mahkemece ıslahın kabuliyle yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz olduğundan bahsile hükmü temyiz etmiştir.

5 — Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin kararı, (*)

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Mahkemenin bu kararını aynen: (Dosya içinde bulunan Kamulaştırma evrakına nazaran umumî menfaat kararı mevcut olduğu gibi muhamminler tarafından gayrimenkule kıymet takdir edilerek bu işlem usulen ilân da edildiği anlaşılmış ve dâvacıların dâva açmak için Belediye meclisine itiraz haklarını kullanmış olmaları şart olmayıp bu hakkı kullanmadan dahi dâva açmaya yetkileri bulunmasına ve olayda esaslı kaidelere ve formalitelere muhalefet mevcut olmayıp teferruata ait muhalefetinde kamulaştırma muamelesinin yokluğunu istilzam edemiyeceğine ve esasen karar yerinde kararname hükümlerine vâkı muhalefetin neden ibaret olduğu açıkça gösterilmemiş bulunmasına binaen dâvaya 1295 tarihli kararname hükümlerine tevfikan bakılması gerekli iken yerinde olmıyan sebep ve düşüncelerle umumî hükümler dairesinde bakılması ve yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz ve bozma dileği bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün bu sebepten bozulmasına) karar verilmiştir.

6 — Bu kararın tenkidi,

Biz Dosyada mevcut kamulaştırma muamelesine ait teferruata taallûk eden vesaik üzerinde durmıyacağız. Sadece Yüksek 4. Hukuk Dairesinin bu bozma kararının istinat ettiği yegâne vesikayı olduğu gibi alacak düşünce ve tenkitlerinizi bu vesika üzerine teksif etmiye çalışacağız. Bu vesika aynen şöyledir.

(..... Ankara Valiliği
İdare Heyeti Kararı
Sayı: 908 Karar

Küçük Yozgatta yanında tesis olunacak Fabrikalar için Askeri Fabrikalar Genel Müdürlüğünce istimlâkine zaruret hasıl olan 36 kilometre kare sahanın menafii umumiye istimlâki için Vilâyet Defterdarlığı

(*) Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 6/3/950 tarih, 3466/1405 sayılı kararı.

..... tarih ve ..... sayılı yazı ve buna ilişik harita 12/5/946 tarihinde Vilâyet makamından Heyetimize tevdi olunmakla keyfiyet tetkik edildi:

Küçük Yozgatta yeniden Askerî Fabrikalar tesis edilmesine lüzum hâsıl olan ilişik haritada kırmızı çizgi ile tahdit olunan 36 Klm. kare arazinin istimlâkinde menafii umumiyenin mevcudiyeti tasdik olunmuştur. İstimlâke mütaallik muamelenin ifa ve icrası hususuna müsaade buyurulmak üzere evrakın vilâyet makamına sunulmasına 12/5/946 tarihinde karar verildi.

Vali yerine Âza Âza Âza Âza
İmza

MUVAFIK
13/5/946

Vali
İmza

Diğer vesikalar kâmilen teferruata aittir. Bu vesikanın tetkikinden anlaşıldığı üzere Ankara Vilâyet İdare Heyetince ittihaz olunmuş ve vali ile Azalar imza etmişlerdir.

Bu kararın hukukî mahiyet ve muhtevası nedir? Bu karar menafii umumiyenin mevcudiyetini nâtık bir karar mıdır, yoksa bir istimlâk kararı mıdır? Yahut ta Yargıtayın telâkkisine göre bu iki kararı birbirinden tefrik edilmeksizin kamulaştırmanın tekemmülü için kâfi bir karar mıdır? Bu karardan anlaşıldığına göre,

A — 36 kilometre murabbaı gibi vâsi bir saha kamulaştırılmak istenmiştir.

B — Ankara Defterdarlığı mevcut evrakı (Menafii umumiye) istihsali için Vilâyete göndermiştir.

C — Keyfiyet Vilâyet İdare Kurulunda tezekkür edilmiş ve neticede, bu geniş sahanın istimlâkinde menafii umumiyenin mevcudiyeti tasdik edlimiştir.

D — Kararın alt kısmında da, istimlâke mütaallik muamelelerin ifa ve icrası hususuna müsaade olunması Vilâyet makamına arzedilmiştir. Kararın altında görüldüğü gibi vali muvafık diyerek imzalamıştır.

7 — Mahallî mahkemenin anlayışı ve telâkkisi,

Mahkeme bu kararı kamulaştırmanın mevcudiyeti için kâfi görmemiştir. Esasen bu karar her bakımdan muteber değildir :

A — İdarî salâhiyet meselesi,

Askerî Fabrikalar namına yapılması kararlaştırılıp 36 Km. kare bir sahayı içine alan bu kamulaştırma Ankara Valiliğini uzaktan veya yakından alâkadar etmez. Valinin bu kamulaştırma ile alâkası yoktur. Münakaşamıza konu teşkil eden bu kamulaştırma Menafii Umumiye Kararnamesinin 2. maddesinde açıkça yazılı olan (Bir vilâyete mahsus olmak üzere icra olunacak imalât ve inşaat) cümlesine girmez. Çünkü aynı kararnamenin birinci maddesinde yazılı hususlar vilâyet için hangi inşaatın âmme menfaatiyle ilgili olduğunu derpiş etmiştir.

Bütün memleketin umumî müdafaasına mütaallik bir hususa ait olup şehrin en az 40 kilometre haricinde yapılması mutasavver olan bir kamulaştırmada Ankara Valisinin rolü nedir? Kararname bu kabil istimlâklerde hangi maddesiyle valiye ve idare meclisine yetki vermiştir? Aksine olarak kararnamenin 2. maddesi bu gibi vâsi kıtadaki istimlâklerde yetkili makamları tasrih etmiştir. Bu da Dahiliye Vekâleti ve Bakanlar Kuruludur. Fakat her halde Ankara Vilâyeti ve Ankara Valisi değildir.

B — Adalet mahkemesinin vazifesi,

Kararnamenin 4. maddesine göre (İndetdâva muamelâtı işbu kanuna muvafık surette cereyan ettiği sabit olmadıkça bir mülkün istimlâkine mahkeme hükmedemez.) Bu maddeye nazaran mahkemeler, mevcudiyeti iddia olunan idarî muamele ve tasarrufların hukukî mahiyet ve vasıfları itibariyle bu kararname ahkâmına muvafık surette cereyan etmemişse mahkeme istimlâke ait diğer hükümleri tatbik etmekten memnudur.

Yani Adalet mahkemeleri, bu kararname ahkâmına göre muamele yapabilmek tezyidi bedele hükmedebilmek için kamulaştırmanın teferruat ve esasına ait idarî muamelelerin muteberen tekemmül edip etmediğini tetkike mecburdur. Kanaatimizce bu hüküm idarî karar ve muamelelerin adalet mahkemeleri tarafından murakabesine mütaallik istisnaî bir hükümdür. Mahkeme tam mânasiyle bir menfaat ve ayrıca bir istimlâk muamelesi bulunup bulunmadığını inceliyecektir. İdarenin bunun hilâfına şu veya bu şekilde vâkı beyanı mahkemeyi takyit etmez. İzaha hacet yoktur ki mahkeme, idarenin menfaat gördüğü bir hususta idarî lüzum veya menfaat yoktur diyemez. Bu mevzuda idare ile malik arasında çıkacak ihtilâfların hal merciinin idarî kaza olduğunda şüphe yoktur. Şu hale gö-

re mahkeme, kararnamenin 4. maddesindeki yetkiye dayanarak vâkı muamelâtın bu kararnamenin 1, 2 ve 5 - 13. maddelerine muvafık cereyan edip etmediğini tetkike mecburdur. Mümasil bir hâdisede Yüksek Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 31/3/1949 tarih, 4004/1838 sayılı kararıyle (Kamulaştırma muamelesinin 1295 tarihli kararname gereğince tekemmül etmediği anlaşılmasına ve bu kararnamenin 4. maddesinde «İndetdâva muamelâtı bu kanuna muvafık surette cereyan ettiği sabit olmadıkça bir mülkün istimlâkine mahkeme hükmedemez» diye yazılı bulunmasına ve kamulaştırma muamelesinin tekemmülünden sonra dâvacıların dâva hakları da mahfuz olmasına göre dâvacıların yerinde görülmeyen itirazlarını reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmü) tasdik etmiştir.

C — İdare hukuk yönünden bu kabil kamulaştırmaların arzettiği safhalar,

4. Hukuk Dairesinin yukarda muhtevasını aynen aldığımız kararın tenkit ve tahliline girmeden evvel idare hukuku prensipleri yönünden umumiyetle ve bu arada İstimlâk Kararnamesine göre bir kamulaştırmada hangi safhalara ait muamelelerin tekemmül etmesi icabettiğini izah etmiye çalışacağız (1).

Kamulaştırma, esas itibariyle idarî bir tasarruf olduğu için bu tasarrufun temelini teşkil eden en mühim safha idarî safhadır. Bu safha,

I — Umumî menfaat kararı,

II — İstimlâk edilecek mülkün tâyin ve tahdidi,

III — İstimlâk ve el koyma kararı verilmesi,

dir.

(Her istimlâk muamelesi bir umumî menfaat kararıyle başlar) bu karar istimlâkin saikine ait unsuru ihtiva eder. (Bu karar istimlâk muamelesinin esası ve temelini teşkil eder.) Ancak bundan sonra ayrıca fertlerin hukukuna tek taraflı olarak müessir olacak olan (Kamulaştırma kararı) da verilir. Yetkisiz makamların bu hususta karar vermesi o karara hukukî bir değer izafe edebilmesine mâni olduğu gibi kararın tekemmülü için esaslı şart olan (Şekil) meselesine riayet edilememesi de idarî kararın tekemmülüne mâni olur.

8 — **Menafii Umumiye Kararına göre yapılacak idarî muameleler,**

Menafii Umumiye Kararnamesine göre mahkeme ve tezyidi bedel safhasından evvel idarenin yapacağı muameleler şunlardır :

(I) Ord. Prof. Sıddık Sami Onar İdare Hukukju 1944 Cilt 1 sayfa 1029 ve mütaakıp.

A — Menafii umumiye için istimlâkine lüzum görülen arazi ve binaların evvelâ idarece resim ve haritaları tanzim edilir. (Madde 5)

B — Bu yerin değeri belediye meclislerince intihap edilecek yeminli muhamminlerle takdir edilir. (Madde 6)

C — Bu muhamminler, ve belediye meclisi âzasından 4 kişi ve evkaf ve tapu idarelerinden birer zat ile beraber istimlâk edilecek arazi ve ebniyenin bulunduğu yere vararak bu yerin mesahasını yapar ve mülkün değeri tahmin ve tutulan mazbata tasdik edilerek belediye meclisine verilir. (Madde 7)

D — İstimlâk edilen yerlerin sahipleri ile bu yerlerin tahmin edilen değerleri muayyen yerlere cetvel halinde 8 gün müddetle tâlik olunur ve gazetelerle ilân edilir. (Madde 8)

E — Eshabı emlâk bu değere 8 gün içinde şifahen veya tahriren belediyeye karşı itiraz ederler, bu itiraz bir zabıtla tevsik edilerek belediye meclisine havale edilir. (Madde 10)

F — Belediye meclisi itirazları tetkik etmek üzere alâkadarları çağırır ve bu arada bedeli tâyin eden muhamminlerde bulunur. (Madde 11)

G — Keyfiyet bu meclis tarafından tetkik ve gerekli karar verildikten sonra esbabı mucibe mazbatası tanzim edilerek Dersaadette Dahiliye Nezaretinde taşrada valii vilâyete gönderilir. (Madde 12)

H — 12. maddede beyan edilen mazbataların cevabı geldikçe (Kamulaştırılmasına karar verilmiş olduğu takdirde) emlâkin ne vakit alınacağı ashabına ihtar ve gazetelerle ilân edilir. (Madde 13)

9 — Bozulan mahkeme kararıyle Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bozma kararının tahlili,

Bu izahattan sonra bozulan kararla bu karara ait dâva dosyasının incelenmesine geçiyorum. Kanaatimizce Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bozma kararında açık bir zuhul ve isabetsizlik vardır.

Bunun delillerini aşağıda arzedeceğim:

Yukarda da tafsile çalıştığım gibi, mahkeme kararnamenin 4. maddesinin verdiği sarih salâhiyete dayanarak yapılan idarî muamelenin kararname ahkâmına ve ezcümle bu arada (5 - 13) hattâ 1 ve 2. maddelerine şâmil bir şekilde isabetli ve doğru tatbik edildiğini araştırmaya mecburdur. Eğer bu madde hükümlerine sarih veya zımnî bir şekilde mugayeret görürse, ortada bir kamulaştırmanın olmaması veya tekemmül etmemesi itibariyle bedel dâvasına bakamaz ve istimlâke ait hükümleri tatbik edemez.

Şu halde Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bozma kararında işaret edildiği gibi (teferruata ait formalitelere muhalefet kamulaştırma muamelesinin yokluğunu istilzam) etmiyeceğine dair hüküm 4. maddenin sarahatine muhaliftir.

Kaldı ki, Yargıtay kararında belirtildiği şekilde tâli formalitelere değil kamulaştırmanın mevcudiyeti ve tekemmülü için şart olan esaslara ve hükümlere muhalefet edilmiştir. Şöyle ki,

A — Kararnamenin 2. maddesinin son fıkrasına göre bu istimlâkte vâli vazifeli değildir. Ankara şehrinin 40 Km. haricinde ve 30 Km. kare saha vilâyeti uzaktan yakından alâkadar etmez. Valinin salâhiyeti ancak 2. maddenin birinci kısmındaki işlere şâmildir. Şu halde yetkisiz olan bir makamın yaptığı idarî tasarruf idare hukuku yönünden (Yokluk) ile malûldür.

B — İster tâyin edilen bedele itiraz edilsin isterse edilmesin her halikârda kararnamenin 12. maddesi gereğince esbabiyle birlikte bir menfaat kararı tanzim edilecek bu karar Dersaadette (yani İstanbul'da, sonrası için Ankara'da) Dahiliye Vekâletine gönderilecek diğer vilâyetlerde vali tarafından tasdik edilecektir. Bunda şüphe yoktur. Hâdisemizde bunu Ankara Valisi tasdik etmiştir. Bu itibarla karar tamamen muteber olmıyan ve hukukan hiç bir kıymeti bulunmıyan bir karardır. Hâdisemizde vali bu yetkiyi nereden almıştır? Bu noksanlık mahkeme kararında 12. maddeye muhalefet olduğu zikredilerek belirtilmiştir. Ve bu noksan teferruata ait değil hiç şüphe yok ki esasa ait ve esaslı merasime mütaallik bir noksandır. Her idarî makam her idarî muamele veya kararı tasdik edemez. Ederse, salâhiyetsiz ise o karar (Yokluk) haliyle illetlidir. Mahkeme, böyle bir istimlâki muteber saymıya yetkili değildir. Yüksek 4. Hukuk Dairesi bu noktada zuhul etmiştir.

C — Bir an için muhali farz olarak, valinin bu tasarrufunun muteber olduğunu ve kararı veren meclisin yetkili bulunduğunu kabul edelim. İdare 12. maddedeki işi yaptıktan sonra 13. maddedeki sarahate göre, (o mülkün istimlâkine) karar vermiye mecburdur. 13. madde (istimlâkine karar verildiği takdirde) diyor. 2. maddede ise sadece menfaat kararından bahsedilmiştir. Demek ki bir menfaat kararı var, bir de kamulaştırma kararı var. Bizim anlayışımıza göre, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bu iki kararı aynı ve tek karar farzetmiştir ve mahallî mahkeme kararında kararnamenin 12, 13. maddelerine muhalefet edildiği açıkça belir-

tildiği ve bu maddeler zikredildiği halde bozma yerinde kararname hükümlerine muhalefetin ne olduğunun gösterilmesi zikredilmiştir ki bu da ayrıca bir zuhuldür.

Biz beklerdik ki 4. Hukuk Dairesi, mahkemenin zikrettiği maddeleri ve mevcut vesaiki ele alarak bu vesikaların o maddelere tevafuk ettiğini ve 12 ve 13. maddeler ahkâmının yerine getirildiğini, mahallî mahkemesine izah etsin. Bu, yapılmamıştır.

Yargıtayın hem menfaat hem de istimlâk kararı telâkki ettiği karar yetkisiz merci tarafından verilmekle beraber, bu karar metninde, menafii umumiyeden bahsedildikten sonra, kamulaştırmaya mütaallik muamelenin ifa ve icrası lüzumuna da işaret edilmektedir. Demek ki kamulaştırma kararı ve muamelesi daha yapılmamıştır. Valinin bu karar altına (Muvafık) demesi karar metnindeki beyanı tasdiktir. Yani menfaati umumiyeyi tasdiktir. Yoksa ifa ve intaç edilmemiş mütaakip muamelelerin ifa edilmiş odluğunu ve ezcümle istimlâk kararı mahiyetini asla tazammun etmez. Çünkü icra edilmemiş bir muamele tasdik edilemez ve mücerret muvafık kelimesi bir istimlâk kararı mahiyetini arzetmez.

D — İdare Hukuku sahasında bir otorite olduğunda tereddüt edilmiyen muhterem hocam Ord. Prof. Sıddık Sami Onar, İdare Hukuku adlı son eserinin birinci cildinin 1028 ve mütaakip sahifelerinde, Menafii Umumiye Kararnamesine göre de hem menfaat hem de istimlâk kararının ayrı ayrı verilmesi ve isdar edilmesi lüzumuna işaret etmiş ve bunun istisnasının sonradan millî savunma istimlâkini tanzim için çıkarılan 3887 sayılı kanunda bulunduğunu açıklamıştır.

Gerçekten, menfaat kararı, idarenin kendi bünyesi içinde yaptığı bir tasarruftur. Bu kararla mülkün kamulaştırılmasında âmme menfaati olduğu sadece (izhar) edilir. Bu menfaat kararıdır.

Bundan sonra kamulaştırma kararı verilir. Asıl bu karar, fertlerin mülkiyet hakkını kanunî mânasiyle ihlâl eder ve mülkte artık ferdin tasarrufunu meneder ve muayyen formalitelerin ikmaliyle mülk idarenin olur. Arzettiğimiz şu sebeplere göre Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin kararı zuhule müstenittir. Ve Yargıtayın muteber saydığı karar hem gayri kâfi hem de kararname hükümlerine aykırı olarak ısdar edilmiş bir karardır. Bu kararı adalet mahkemesinin fertlerin hukukuna müessir olabilecek, her mânada tekemmül etmiş bir karar telâkki etmiye hukukan imkân yoktur.

Mevzu, kararname hükümlerine ve idare hukuku esaslarına göre tet-

kik ve Yargıtay kararını sırf mesleğe hizmet endişesiyle tenkit etmiş bulunuyoruz.

Hata ettiğimizi ve yanlış anladığımızı her zaman kabule hazır bulunduğumuzu, senelerce aynı dairede raportörlük etmiş bir meslektaş olarak vazife bildiğimizi de ayrıca açıklamak isteriz.

ZARURET HALİ VE HUKUKİ NETİCELERİ

Yazan: Ahmet ERDOĞDU
Ankara Yargıcı

Plân :

1 — Mevzua genel bakış
2 — Tarihçe
3 — Zaruret hali ve târifi
4 — Zaruret hali hakkındaki nazariyeler

A — Sübjektif nazariye
  a — Mânevî cebir
  b — Cezanın önleyici tesirleri
  c — Bu nazariyenin tenkitleri

B — Objektif nazariye
  a — İhtilâfın konusunu teşkil eden hak ve menfaatlerin eşit değerde olmamaları
  b — Karşılaşan menfaatlerin eşit değerde olmaları

5 — Zaruret halinin şartları
  a — Bir kimsenin kendisinin veya başkasının nefsini tehlikeden kurtarması
  b — Bu tehlikenin ağır ve muhakkak olması
    aa — Tehlikenin ağırlığı
    bb — Tehlikenin muhakkaklığı
  c — Bu tehlikeye kendi ihtiyariyle sebebiyet vermemiş olması
  d — Tehlikeden başka türlü tahaffuz imkânı bulunmaması
    aa — Objektif bakımdan failin durumu
    bb — Sübjektif bakımdan failin durumu
    cc — Tehlike karşısında fail kaçmak mecburiyetinde değildir.
    dd — Tehlike karşısında fail kaçmak mecburiyetindedir.

6 — Zaruret halinin tecavüzü
7 — Zaruret halinin bazı tatbik şekilleri
8 — Zaruret halinin nakıs şekilleri
9 — Yabancı mevzuat

A — Alman Ceza Kanunu

a — Muhakkak bir tehlike

b — Failin kusursuz olması

c — Zaruret dolayısiyle suç işlenmesi

B — İsviçre Ceza Kanunu

a — Muhakkak ve bir fiille bertaraf edilmekten başka çare olmıyan bir tehlikenin mevcudiyeti

b — Bu tehlikenin mala, hayata, cismanî bütünlüğe, hürriyete, şerefe ve servete müteveccih olması

C — Bazı devletlerin ceza kanunları

10 — Medenî hukuk bakımından zaruret hali

A — Genel Bilgi

B — Zaruret halinin şekilleri

a — Zaruret halinin tecavüzî vasfı (agressive Notstande)

b — Ceza hukukundaki zaruret hali

C — Medenî hukuka göre zaruret hali

a — Unsurlar

aa — Bir hukukî menfaatin ihlâl edilmesi

b — Tecavüzün vukuu kuvvetle melhuz bir zarar veya mevcut bir tehlikenin bertaraf edilmesi gayesiyle yapılması

c — Zarar veya tehlikenin sadece başkasına ait bir gayrimenkule tecavüz suretiyle defi

d — Zarar veya tehlikeden doğan zararın tecavüz suretiyle vücuda getirilenden fazla değerde olması

f — Zararla fiil arasında illiyet rabıtası olması

D — Bu şartların tahakkuku halinde hukukî netice

E — Tazminat mükellefiyeti

a — Prensip

b — Tazminat iddiası

F — Unsurların tekemmül etmemesinin hukukî neticeleri

1 — MEVZUA GENEL BAKIŞ :

Konumuza girmezden önce Zaruret hali, Mecburiyet hali, İztirar hali terimleri üzerinde durmaya değer. Zira Ceza Kanunumuz 49 uncu maddesinde zaruret ve mecburiyet terimlerini kullanmaktadır. Maddede kasdedilen mâna Fransızca (état de nécessité) Almanca (Notstand) terimlerinin karşılığıdır. Bu itibarla zaruret hali, mecburiyet hali, yahutta doktrinde yer almış bulunan iztirar hali aynı anlamdadırlar. Bu kısa izahattan sonra asıl konumuza girebiliriz.

Zaruret hali dolayısile işlenen ve aslında ceza hukuku bakımından suç sayılan bazı fiillerin özel durumları incelenmeğe değer bir konudur. Meşru müdafaa halinde işlenen ve kanunun suç saydığı bir eyleme ceza verilmemesini prensip olarak ceza hukuku kabul etmiş bulunuyor. Oradada fiilin suçluluğunu ortadan kaldırmayı neticelendiren hukukî sebep, haksız bir taarruzun filhal defi gayesine matuf olup bir suç işlemek maksat ve gayesine dayanmamış olmasına istinat etmektedir. Bilindiği gibi cezada kasd şarttır. Halbuki gerek meşru müdafaada, gerekse zaruret hali dolayısile işlenen suçlarda bir suç işlemeği tasarlıyarak zihinde plânlaştırarak yahutta arzu ederek hareket edilmiş değildir. Bu itibarla bu fiillerle failin işlediği ve kanunların suç saydığı diğer çeşit suçlarda doğuş ve bünye bakımından bir ayrılık mevcuttur. Bu sebepledir ki kanun bir zaruretin bais olduğu mecburiyetle suç işliyenlere ceza vermemektedir. Konumuzu misallerle daha geniş olarak aydınlatabiliriz. Meselâ, (A) eline geçirdiği pıçakla öldürmek için (B) yi kovalamaktadır. (B) hayatını kurtarmak için olanca kuvvetile kaçıyor. Kaçarken önüne rastlıyan ihtiyar bir kadını çarparak yuvarlıyor. Kadın yere düşüp yaralanmıştır. Şimdi (B) yi ihtiyar kadının tedbirsizlikle yaralanmasına sebebiyet verdiğinden dolayı cezalandıracak mıyız? Hayır. Çünkü (B) hayatını, nefsini kurtarmak için ve o zaruretin bahis olduğu mecburiyetle hareket etmiş ve bu tehlikeden kaçmaktan başka çarede bulamamış ve bu zaruretlede kadına çarpmıştır. (B) nin kadını yaralamak hususunda bir maksadı yoktu. Hatta arzu bile etmiyordu.

Misalleri çoğaltabiliriz. Sinemada bir yangın veya bir zelzele vukuunda kendi hayatını kurtarmak için koşarken kapu önüne toplanan insanlara çarpan bazılarını çiğniyen, ezen kimse ile bir gemi batarken kurtarma aracı simidi bir başkasının elinden kaparak hayatını kurtaran, hayatı tehlikede olan bir yaralıya ilâç getirmek için belediye nizamından fazla süratle kasaba içinde giden taksi sahibinin fiilleri ile bir deniz kazasında yakaladıkları bir tahta parçasından faydalanmak suretile hayatını kurtarmak istiyen bir kimsenin bu mecburiyetle diğerini denize itmesi, günlerce

aç kalarak ölmemek için bir ekmek çalan kimsenin, doğuramıyan anneyi kurtarmak için rahimdeki çocuğu ameliyatla parçalıyan doktorun hareketleri bu kabildendir.

Bu misaller arasında haddizatında kendi mesleki vazifesi icabı daima tehlikeye maruz kalanların durumlarını da incelemek yerinde olur. Asker, polis memuru, denizci, itfaiyeci kendi mesleklerini icra sırasında ve o meslekin icabı olarak bir iş yapan veya vazife görenler vazifelerini yaptıkları sırada mevcut bir tehlikeden bahsile işledikleri bir fiilden dolayı zaruret halinden faydalanabilecek midirler? Aşağıda göreceğimiz veçhile zaruret halinin esaslı unsurlarından olan ağır ve muhakkak tehlike esasen meslekin icaplarından olarak her an için bunlarda mevcuttur. Böyle olunca bu gibilerin zaruret hali perdesi altında suç işlemeleri her halde adalet kaide ve prensiplerine uygun düşmiyecektir. Keza açlık yüzünden hırsızlık suçunu işliyen kimseye aç kalmanın kendi hayat ve nefsi üzerinde husule getirdiği ağır ve muhakkak tehlike ve binaenaleyh bu zaruret dolayısile suç işlemesi halinde faile ceza verilecek mi? Bu haller zaruret halinin kabulünü zahiri şekilde makul gösteren misallerdir. Haddi zatında kanunun kabul ettiği zaruret hali bu değildir. Faile kanunun bu şekildeki hususiyetlerinden istifade imkânını vermek adaletsizlik olur. Tatbikatta, zaruret hali ile meşru müdafaa çok defa bir birine karıştırılmaktadır. Hattâ değil zaruret hali meşru müdafaa ve tahrik halleri dahi bir birine karıştırılmaktadır. Nitekim geceleyin kapı kırmak suretile eve girerek karısının ırzına tecavüze başlıyan şahsı, kocasının öldürmesi halini sanık bakımından haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap ve elem tesirile suç işlediğinden bahsile Ceza Kanununun 51 inci maddesine göre cezanın indirilmesine karar veren mahkeme görülmüştür. Yargıtay, hâdisede meşru müdafaa mevcut olduğu halde haksız tahrik bulunduğundan bahisle yapılan uygulamanın kanuna uygun olmadığını açıklıyarak mahkeme kararını bozmuştur (1). Zaruret hali hakkında bu kısa bilgiyi verdikten sonra bu hususta ki tafsilâtı aşağıdaki maddelere bırakalım.

2 — TARİHÇE :

Bugünün modern ceza kanunlarında yer almış bulunan zaruret hali oldukça eski bir tarihe maliktir. Zaruret halinde işlenen fiillere ceza verilmemesi eski mevzuatta da yer almıştır. Bilhassa Roma hukuku, Cermen hukuku ve kilise hukuku bu müesseseyi tanımış idi. Orta çağlarda belli ve hukuk nizamında yer almış bulunan zaruret halinin 17 nci ve 18 inci asır-

(1) Yargıtay I inci Ceza D. 6/6/1936 gün ve 948 sayılı kararı, Cemal Köseoğlu Haşiyeli Türk Ceza K. 1947 S. 71

lardaki ceza kanunlarında da yer aldığını görmekteyiz (2). Fakat bu çağların hukuku bugünkü mütekâmil şeklini aynen kabul etmiş değillerdi. Nitekim fırsatı gelince aşağıda da bahsedeceğimiz gibi Roma Hukuku, Kilise Hukuku, İtalyan Hukuku, Cermen Hukukunda olduğu gibi bazı zaruret hallerini saymakla iktifa etmişlerdi.

Roma hukukunda zaruret sebebile işlenen fiillerdeki sorumsuzluğun failde cürüm kasdının bulunmamasına yani sübjektif görüşe dayanmakta idi. Cermen hukukunda ise aksine olarak objektif bakımdan mesele incelenmiştir. Cermen hukukunda sorumsuzluğun insanlar arasındaki tesanüt fikrine, insanların birbirine karşı yardımla müzaharetle ödevli bulunmaları prensibine istinat ettirilmiştir. Bu sonuncu fikre göre Cermen kanunlarında açlıktan bitkin bir hale gelen bir yolcunun atını bu durumdan kurtarabilmesi için yem olabilen şeyleri almasını haklı bulmuşlar ve faili sorumsuz saymışlardır (3).

Keza Orta Çağda, açlık yüzünden yapılan hırsızlık zaruri hırsızlık (vol nécessaire) sayılmış ve bu fiiller cezalandırılmamıştır. Şarlken'nin meşhur Karolina'sında da aynı şekilde bir sorumsuzluk kabul edilmiştir. Bu hal 1800 yıllarına kadar böylece sürmüş ve bundan sonra tekâmül esaslı bir şekilde kendini göstermeye başlamıştır. 1870 yıllarına doğru Feuerbach'ın bugünkü tekâmüle doğru olan adımlarını kaydetmek lâzımdır (4).

Osmanlı İmparatorluğunun 1256, 1267 tarihli Ceza Kanunlarında zaruret haline ait hükümlere rastlanmamaktadır. Ancak ilk defa 1274 tarihli Ceza Kanununun 42 nci maddesinde (bir kimse bir cürmü asla rızası olmıyarak mecburen işlemiş olduğu sabit olursa kezalik mücazatı kanuniyeden muaf tutulur. Ancak bu bapta muteber olan mecburiyet cürmün derecatına göre ol kimseyi şiarı töhmetten bütün bütün beriüzzimme gösterecek bir keyfiyet ve kendisinin mukavemet edemiyeceği bir zaruret olmak lâzım gelip ebeveyninin evlâda ve efendinin hizmetkâra emri gibi tazim ve ihtiramdan neşet eden haller mecburiyet addolunmaz) demek suretile hukuk sahasına intikal etmiştir. Aynı kanun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun 64 üncü maddesinden alınmış isede her iki kanun maddeleri arasında fark vardır (5).

3 — ZARURET HALİ VE TARİFİ :

Canonique hukukta : Necessitas non habet legem ve Alman hukukun-

(2) Georges Vidal ve Joseph Magnol, Ceza Hukuku, Çeviren: Dr. Şinasi Z. Devrin cilt I S. 266

(3) Dr. Tahir Taner, Ceza Hukuku 1949 S. 421

(4) Lehrbuch des Strafrechts, Dr. Robert v. Hippel S. 115

(5) Dr. Tahir Taner Ceza Hukuku 1949 S. 422

da (Not kennt kein Gebot) diye tercüme edilen, —zaruret emir tanımaz— diye bir kaide mevcuttur. Nitekim bizim eski mecellede (zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar) denmektedir (Mecelle, madde 21). Binaenaleyh eski hukukta dahi zaruret kanun çerçevesine alınmış idi. Ancak eski hukukta usulü fıkıh ilmine göre adam öldürme veya bir uzvun kesilmesi ıztırar halinde dahi mubah olamaz. Fiil yine haram sayılır. Bunun dayandığı hukukî prensip şudur: Meselâ bir âmirin tazyik ve tehdidi ile başka bir kimseyi öldüren kimse hakkında her ne kadar zaruret tahakkuk ederse de bu zaruret memnu olan adam öldürme suçunu mubah kılmaz. Ancak ceza ikrah dolayısiyle suç işleyen kimseden sâkıt olur ve emri veren âmire intikal eder. Usulü fıkıh ilminde adam öldürme ve tatili uzuv gibi fiiller dışında kalan suçlar için zaruret hali mevzuubahsolur (6).

Zaruret saiki ile işlenen suçlar diğer eylemlerden ayrı bir rejime tabi tutulmuştur. Fakat bu müessese bugünkü anlamına gelinceye kadar bir çok istihaleler geçirmiştir. Nitekim tarihçe kısmında da bahsettiğimiz gibi Kilisa ve Roma ve Cermen kanunları 1800 senelerine gelene kadar zaruret halini ceza hukukunun genel prensibi ve esasları arasında saymaktan ziyade bir kaç misal zikrederek tesbit etmiş bulunuyorlardı. Nihayet 1870 senelerine doğru Feurbach tarafından bugünkü tekâmüle doğru adımlar atılmıştır. Mamafi bu mevzu henüz tam mânasile fikir birliğini elde etmiş sayılmaz. Bu hususta yine fikir ayrılıkları mevcuttur.

Kanunumuz 49 uncu maddenin 2 nci bendinde haksız bir taarruza karşı yapılan aksülâmelden, meşru müdafaadan 3 üncü fıkrasında da faili tehlikeye sokan bir tecavüzü defetmek zaruretinin vücude getirdiği mecburiyet saikasile işlenen fiilden bahsetmektedir. İkinci fıkrada haksız bir tecavüze karşı yapılan mukabele ve aksülâmele karşı 3 üncü fıkrada böyle bir hal mevcut değildir. Orada mücbir kuvvet, yahut faili bir tesadüf eseri tehlikeye sokan bir tecavüzün def edilmesi zaruretini vücuda getiren hareket vardır. Bu hareket haksız bir tecavüze yapılan bir mukabele değildir. Daha ziyade bir tehlikeden kurtulmak için ve başka suretlede hareket edilmesi kabil olmıyan bir zaruretin mecbur kıldığı hareket vardır (7). Binaenaleyh meşru müdafaada olduğu gibi burada da dikkat edilmesi gereken önemli nokta, tehlikenin çekinilmesi kabil olmıyan bir tarzda olmasıdır. Eğer tehlikeden her ne sebep ve suretle olursa olsun çekinilmesi kabil ise ortada zaruret hali yoktur. Bu itibarla tehlikeden başka türlü çekinmek kabil iken ortada zaruret bulunduğundan bahisle ve o perde altında

(6) Dr. Tahir Taner, Ceza Hukuku, 1949 S. 422.
(7) Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları cilt I, S. 210

819

suç işleyen kimsenin hareketinde kasıt mevcuttur. İşte bu önemli noktaya dikkat etmek tatbikatın en esaslı meselelerinden biridir. Çünkü bu noktaya dikkat edilmediği takdirde failin zaruret halinden istifade hakkı aleyhine suç işlenen masum bir vatandaşın hakkı ile çarpışır ve zaruret hali masum olan kimse aleyhine ve aynı zamanda bu hakkın kötüye kullanılması şeklinde tecelli eder. Zaruret halindeki tehlike meşru müdafaadaki tehlikeden menşe itibarile ayrılır. Meşru müdafaada haksız bir tecavüz ve bunun defi ve bu hususta ağır ve muhakkak bir tehlike mevzuubahis iken zaruret halinde ihlâl edilen hukukî menfaatlerdeki rüçhaniyet ele alınmıştır. Nitekim yukarıki 1 no.lu bentte bahsettiğimiz (B), A nın hücumundan kurtarmak için kaçarken yolda rastladığı ihtiyar kadını çarparak yuvarlaması ve onun hafif surette yaralanması halinde (B) nin ihlâl edilen hukuku ile ihtiyar kadının kanun tarafından himaye edilen menfaatleri ve (B) nin çarpması neticesinde yaralanmak suretiyle ihlâl olunan hukuku mevzuubahistir.

Zaruret halinin tarifi :

Zaruret hali hukuk literatüründe çok tartışılmış bir mevzu olduğu için tarifede hemen hemen ayrı gibidir. Bununla beraber asrımız hukukçularından bir kaç tanesinin ve memleketimiz hukukçularından bazılarının tariflerini kaydetmekle bu hususta bir fikir verebiliriz.

v. Hippll'e göre zaruret hali : Kanunun himaye ettiği hukuki menfaatlara tevcih edilen muhakkak bir tehlikenin ancak başkasının hukukunu ihlâl suretile def edilebilmesi keyfiyetidir. Hippel bu hususta ayrıca şu izahatı da vermeketdir. v. Hippel'e göre (muhakkak bir tehlike) kanuna aykırı şekilde yapılan bir tecavüz olabileceği gibi sair şekillerde de olabilir. Birinciye misal, bir kasa hırsızının hücumuna uğrıyan kasa memurunun kendi hayatını kurtarması için kasadaki paraları hırsıza teslim etmesi. İkinciye misal, bir felâket anında nefsini kurtarmak için çabalayan kimsenin başkasını bu esnada yaralaması (8).

Dr. Ernst Hafter'e göre zaruret hali : Bir kimsenin ağır ve muhakkak bir tehlikeyi ancak başkasının hukukan himaye olunan menfaatlarına zarar vermek suretile bertaraf edebilmesi halidir. Haftere göre bu geniş tarif aynı zamanda meşru müdafaayıda içine alabilir. Mamafi meşru müdafaa ile zaruret hali aralarında büyük farklar bulunduğu da malûmdur (9). Hafter meşru müdafaa ile zaruret halini aynı hukuki neticeleri tevlit eden birer mevzu, birer prensip olarak kabul etmiyor. Zaruret hali dolayısile

(8) Dr. Roberth v. Hippel: Lehrbuch des Strafrechts S. 115

(9) Dr. Ernst Hafter: Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, S. 151

yaptığı tarife meşru müdafaanında girebileceğini tebarüz ettirmekten maksadı tarifin şümullü olduğunu izah etmek içindir. Yoksa Hafter, meşru müdafaada haksız bir tecavüze karşı yapılan bir mukabele ile ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak için ve o mecburiyet sebebile suç işlemenin mahiyet itibarile bir olmıyacaklarında diğer hukukçularla müttefiktir. Nitekim Hafter, İsviçre ceza hukuku (Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts) isimli eserinde aynen (meşru müdafaa haksızlığa karşı, bir kimsenin kanuna aykırı tecavüzünden dolayı yapılan bir mücadeledir. Buna mukabil zaruret hali ise, sebep ve âmili başka olan bir tehlikeden zaruret hali içerisinde bulunan kimsenin esas itibarile zor kullanarak kurtulmasıdır. Fakat zaruret hali haksızlıkla mücadele demek değildir. Zaruret halinde daima zaruret halinde bulunanla hukuki menfaatleri ihlâl olunan muhtelif kimseler arasında menfaat çatışması —kollision— mevcuttur. Bu ayrılıklar dolayısiyle zaruret hali ya kanunî hükümlerle veya onların bünyeleri bakımından ayrı neticeler tevlit eder) demektedir (10).

Majno'ya göre zaruret hali : başkasının haksız bir eylemi dolayısile tehlikeye maruz kalan kimsenin bu tehlikeden kurtulması için yabancı ve masum olan bir kimsenin zararına olarak hareket etmek zaruretinde bulunması yahutta hâdise veya mücbir kuvvet başkasının hakkını ihlâl etmeksizin onu başka suretle kurtulamıyacak duruma düşürmesidir (11).

Ph, Thormann ve Overbeck'e göre zaruret hali : meşru müdafaada olduğu gibi haksız bir tecavüze mukabele olmayıp bilâkis bir kimsenin bir tehlikeden başkasının zararını tevlit suretile kendisini kurtarması halidir. Overbeck ve Thormann'a göre bu hususiaki kanun hükümleri ve hukuk nazariyatı bizi çok önemli güçlüklerle karşılaştırmaktadır. Bunları iki numara altında izah ederek diyorlar ki :

a — Bugün zaruret halinin meşru müdafaada olduğu gibi sadece bir iskat sebebi olarak kabul edenler bulunduğu gibi bazen fiilin cürmiyetini kaldıran sebepler arasında ve meselâ gayri kabili içtinap bir hata dolayısile işlenen fiillerin hukuki neticelerinden sayanlar ve hattâ fiilin kanuna aykırılığını ve suçun vusukuna halel getirmeden sadece cezayı kaldıran bir sebep olarak kabul edenlerde mevcuttur. Hattâ muhtelif zaruret hallerinde bir kısmının yukarıda mevzuubahsettiğimiz gruplardan birisine bir kısmının da diğerine ithali suretile düşünenlerde vardır. Bu sonuncuya ayrılık veya fark nazariyesi (Differenz ierungstheorie) denmektedir.

(10) Dr. Ernst Hafter, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts S. 151
(11) Ceza Kanunu şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları cilt I, S. 210

b — Zaruret hali İsviçre Ceza Kanununun 1893 tarihli ön tasarısının 18 inci maddesinde fakültatif olarak cezayı tahfif eden veya fiili cezadan muaf tutan bir sebep sayılmıştı. 1894 sayılı ön tasarının 16 ncı maddeside cezadan muaf tutulan zaruret hallerinin hudutlarını çizmişti. (Meselâ kendini koruma kurtarılan eşyanın değeri gibi). Bundan sonraki 1896 tarihli ön tasarı ise İsviçrede tekrar umumi noktai nazara avdet etti, ve nihayet bugünkü kanun 34 üncü maddesinin birinci fıkrasında zaruret halinde bulunan kimsenin kendisini kurtarması ikinci fıkrasında da zaruret halinde yardım hususlarını tesbit etti. Bu mevzua aşağıda 4 üncü maddenin (b) fıkrasında avdet edeceğimizden buracıkta bunun kaydile iktifa edilmiştir.

Prof. Tahir Taner'e göre zaruret hali : Kendisini veya başkasını, vukuuna bilerek sebebiyet vermediği ağır, muhakkak ve mevcut bir tehlikeden korunmak için bir fiilin işlenmesi iztırarını doğuran ve bu sebeple cezai sorumluluğu kaldıran objektif bir haldir (12).

Dr. Faruk Erem'e göre zaruret halinin tarifi : Bir kimsenin bilerek mahal vermediği ve başka türlü tahaffuz imkânıda bulunmıyan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kendisini veya başkasını muhafaza etmek zaruretinden mütevellit mecburiyet altında suç işlemesidir (13).

Zaruret halinin medenî hukuk bakımından da tarifleri mevcuttur. Bunlarında konu ile ilgisi bakımından burada zikredilmesi faydadan uzak sayılmaz.

Dr. Robert Haab zaruret halini medenî hukuk bakımından şöyle tarif etmektedir. Zaruret hali : bir kimsenin kanunun tanıdığı hakkı ile diğer bir kimse nin kanunen himaye edilen hakkının birbirile çatışması halinde husule gelen zecrî bir durumdur (14). Diğer taraftan Dr. H. Becker de zaruret halini (ihtilâf halinde bulunan meşru menfaatlerden birisinin diğeri hesabına kurtarılması keyfiyetidir) diye tarif etmektedir (15).

4 — ZARURET HALİ HAKKINDAKİ NAZARİYELER :

Zaruret halinde işlenen suçlardan dolayı ceza verilemiyeceği ve bunun doğruluğu hakkında bir çok nazariyeler ileri sürülmüştür. Bu nazariyelerden belli başlıları objektif ve sübjektif nazariye olmak üzere iki kısımdır.

(12) Dr. M. Tahir Taner, Ceza Hukuku 1949 S. 420

(13) Dr. Faruk Erem Türk Ceza Hukuku 1950 S. 351

(14) Dr. Robert Haab, Kominentar zum Schweizerisehen Zivilgesetzbuch S. 539 - 547.

(15) Dr. H. Becker, Obligationenrecht 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen 1941 S. 288 - 290

A — Sübjektif nazariye

Bu nazariyenin esası mânevî cebir ve cezanın önleyici tesiri ele alınmak suretiyle kurulmuştur. Bu nazariyeye göre bir zaruret ve mecburiyet altında işlenen fiil aslında kanunun cezalandırdığı bir eylem olması itibariyle cezayı müstelzimdir. Fakat, kanunun cezalandırdığı ve binaenaleyh suç sayılan bir fiilin bir zaruret tahtında işlenmiş olması neticeyi değiştirmektedir. İşlenmesi bir zaruretin icabından doğan fiil memnu bir fiil olmakla beraber cezasız kalmak suretiyle suç olmaktan çıkar. Suç olmayınca da ona ceza tertip olunamaz. Demek ki bu nazariye zarureti bir muafiyet sebebi sayıyor. Nazariyeyi daha açık bir şekilde ifade edebilmek için iki nokta halinde izah etmek konuyu daha açık olarak belli eder. Bu noktalar mânevî cebir ve cezanın önleyici tesirleridir.

a — Mânevî cebir

Bir kimse, başka bir kimsenin hakkını hayatını, malını korumak için zaruret halinde kendi hakkını, hayatını ve malını feda edebilir. Fakat bu ekser ahvalde önceden bilinmesi zor bazı ahval ve şeraitin inzimamı suretiyle mümkün değildir. Öyle hâdiseler zuhur edebilir ki o hâdiselerin tahmil edeceği yük, külfet ve fedakârlık ekseriya insan kuvvetinin sınırlarını aşar. Hattâ kanunun o insandan isteyemiyeceği bir kahramanlığa inkılâp eder. İşte o zaman dışardan gelen zorlayıcı kuvvet iradeyi bertaraf eder ve mânevî cebir tecavüze mukabele insiyativini tahrik eder. Binaenaleyh mânevî cebrin tazyiki hayatın nefsin kurtarılması hususunda işlemeğe ve iradeyi bertaraf etmeğe başlar. İrade ve kast bir fiilin işlenmesinde faal rol oynamayınca ceza mahiyeti ortadan kalkar. Binaenaleyh zaruret hali dolayısiyle işlenen fiillere ceza tertip edilmemesi iktiza eder.

b — Cezanın önleyici tesirleri

Biliyoruz ki kanunun suç saydığı fiilleri ceza tertip edilirken bunda, fiilin bir ibreti müessire olarak tekerrür etmemesi maksadı güdülmüştür. Yani cezanın aynı zamanda suç sayılan fiillerin işlenmemesini temin edeceği ve onlara mâni olacağı ceza hukukunda yer almış bir görüştür. Cezanın önleyici tesiri onun unsurlarındandır. Fakat öyle haller vardır ki ceza bu tesirini kaybetmiştir. O zaman fiilin suçluluk vasfı ne mâna ifade eder. İşte bu sebepledir ki zaruret halinde failin mâruz kaldığı tehlike, onun iradesi üzerinde o suretle işlemiş ve onun heyecanını o kadar tahrik etmiştir ki, nefsi müdafaa zarureti tecavüz eden üzerinde yapılacak her hangi mukabil tecavüzün ve işlenecek fiilin suç oluşunu ve binaenaleyh cezayı müstelzim bulunuşunu düşünmek ve ona göre hareket etmek imkâ-

nını kaybetmiştir. O zaman cezanın önleyici tesiri ortadan kalkmıştır. Önleyici tesiri kalkan ceza, ceza hukukunun gayesi olan bir tedbir olamaz. Bu itibarla zaruret halinde işlenen fiilin cezası da yoktur.

Bu nazariye hayli tenkitlere uğramıştır. Gerek mânevî unsur gerekse cezanın önleyici tesirleri ileri sürülerek zaruret halinde işlenecek fiile ceza verilemiyeceğine dair görüşlere itiraz edenler çok olmuştur. Tenkitçilerin ekserisi de mânevî cebrin ve mukavemet edilmez kuvvetin tâyininde bir kıstas olmayışının ve bunun tamamen takdire taallûk etmesinin nazariyeyi zaafa düşürdüğünü ileri sürmektedirler. Filhakika mânevî cebir ve mukavemet edilmez kuvvet her şeyden önce batınî hayata taallûk eder. Ölçülmesi de zordur ve her zaman için münakaşaya yol açar. Failin sorumluluğunu kabul ederken kendi hakkını korumak için işlediği hareket tarzı ile başkasının hakkını korumak için kendi hakkını feda etmesi arasında bir fark gözetmekte bu mevzuda bir fikir verir.

C — Bu nazariye hakkındaki tenkitleri belli başlı iki nokta etrafında toplayabiliriz.

aa — Bazı müelliflerce mecburiyet hali eğer mânevî cebir esasına istinat ettirilirse o zaman bu halin iradeye tesir edip etmediğinin her hâdise de ayrı ayrı tetkiki icabedeceği ve eğer zaruret hali iradeye tesir etmişse fiile ceza verilemiyeceği etmemişse verileceğini tâyin etmenin çok zor bir iş olduğu ileri sürülmüş ve bu tesirin ruhî ve batınî bir hâdise olması bakımından tâyininin mümkün olmıyacağı ve binaenaleyh bu nazariyenin daima zayıf ve şüpheli kalacağı iddia olunmuştur.

bb — Bazı müelliflere göre de, sübjektif nazariyenin kabul edilmesi halinde, başkasını tehlikeden kurtarmak için hareket etmiş ve suç işlemiş bulunan bir kimseye ceza vermek gerekiyor. Halbuki zaruret halinde gerek kendisini gerekse başkasını bir tehlikeden kurtarmak için fiil işliyen kimseye ceza verilmesi esastır. Binaenaleyh bu nazariye esas prensiple taban tabana zıddır.

Bu iki noktaya sayın Profesör Tahir Taner'in bir fikrini de ilâve etmek çok yerindedir. Sayın Profesöre göre mecburiyet hali, fiili objektif bir sebep saymaktadır. Buna kesin bir zarurette vardır. Bu sebeple yanmak tehlikesinde bulunan bir kimseyi kurtarmak için soğuk kanlılıkla ve iradeye hâkim olarak başkasının mezruatının çiğnenmesi veya komşusunun kapısının kırılması halinde bu fiili işleyene ceza verilememek icabeder (16).

(16) Dr. Tahir Taner, Ceza Hukuku 1949 S. 424

B — Objektif nazariye

Bu nazariyenin de açık bir şekilde izahı için iki noktayı birbirinden ayırdetmek yerinde olur.

a — İhtilâfın mevzuunu teşkil eden hak ve menfaatler eşit değerde değildirler.

b —Karşılaşan hak ve menfaatler eşit değerdedirler.

Şimdi bunları ayrı ayrı izah edelim.

a — Karşılaşan menfaatlerin eşit değerde olmayışları

Mecellede bir kaide vardır. Ehveni şerreyn ihtiyar olunur (Mecelle madde 929). Yani iki fenadan hafif olanı diğerine tercih edilir. Burada da kaide aşağı yukarı böyledir. Çatışan menfaatlerden değeri az olanının diğer değeri fazla olanına tercih edilmesi feda olunması en doğru olan bir çaredir. Bunda devletin de menfaati vardır. Yanan bir evi ve içindeki insanları kurtarmak için tarladaki mahsulâtı, mezruatı tahrip etmek zaruretin icabettirdiği bir haldir. Böyle halde tarlanın çiğnendiğinden bahsile faile ceza verilemez. Çünkü yaşamak hakkı mülkiyet hakkından daha üstündür. Bu sebepledir ki çatışan karşılaşan iki menfaatten daha az önemli olanı diğerine feda edilir. Bir kısım müellifler bu gibi hallerde zaruret halinni fiili işlemeye bir hak verdiğini iddia ederler. Bu fikre göre işlenen fiil haksız olmıyacağından o fiile karşı meşru müdafaa da mevzuubahs olamaz.

Burada Fransız müelliflerinden Georges Vidal ve Josephe Magnol açlık dolayısiyle hırsızlık suçunu ele almaktadırlar. Bunlara göre açlık dolayısiyle nefsini ölümden kurtarmak için fırından ekmek çalan şahsa ceza verilemez. Daha önemli bir hakkın, yaşama hakkının, korunması için az değerdeki hakkı feda edilen kimsenin hakkının feda edilmesine mâni olmaması ve bu hususta şiddet kullanmaması lâzımdır. Eğer cebir ve şiddet kullanırsa iş meşru müdafaa hükümlerine göre düşünülmek icabeder.

b — Karşılaşan hak ve menfaatler eşit değerde iseler

Karşılaşan, çatışan hak ve menfaatlerin eşit değerde olmaları halinde feda edilmesi iktiza edenin tâyini çok zor bir meseledir. Meselâ, batmak üzere bulunan bir gemide, geminin ve içinde bulunan diğer insanların kurtarılmaları için iki şahıstan birisinin feda edilmesi iktiza ettiği zamanda olduğu gibi. Daha açık bir misalle batmak üzere bulunan iki kimsenin denizde buldukları tahta parçasından istifade için birinin diğerini denize itmesi halinde olduğu gibi. Tahta iki şahsın da kurtarılması için kâfi değildir. İki şahıstan ancak birsini kurtarabilir. Böyle olunca birisinin feda edilmesi

gerekir. İki kişinin birden boğulmaktansa birisinin kurtarılması şüphesiz ki cemiyet bakımından arzu edilen bir sonuçtur. Öyle ise bu gibi hallerde kendisini kurtarmak için arkadaşını denize iten şahsa ceza verilecek midir? Kanun nazarında her ikisinin de hayat hakları aynı derecede korunmuştur. Menfaatler müsavidir, haklar eşittir. Arkadaşını denize itmek suretiyle hayatını kurtaran kimseye ceza verilmemek icabeder. Zira ceza verilirse ölenin hakkını o birine tercih etmiş oluruz. Fakat misalimizde göründüğü şekilde denize arkadaşını itene ceza vermemekle bunun hakkını ölene tercih etmiş sayılmaz mıyız? Bunu hâdise kendiliğinden hazırlamış ve iki eşit haktan birisi feda edilmiş olduğundan bu netice kanunun himayesinden uzak olarak kendiliğinden tecelli etmiştir. Onun için bir çok hukukçular bu hali hukuk sahasının dışı saymaktadırlar. Zira kanun böyle hallerde hiç bir kimseye fedakârlık, kahramanlık külfetini yükletmez.Bu itibarla kanun zaruret halinde işlenen bir suç için ceza bile tâyin etse bunun tatbikatta hiç bir tesiride olamaz. Nitekim ceza hukukunu birleştirmek üzere Varşova'da toplanan Milletlerarası Birinci Konferansta aşağı yukarı aynı prensipler kabul edilmiştir. Konferansta aynı zamanda mecburiyet halinde korunmak istenen hak veya menfaatın hiç olmazsa feda edilene muadil olması lâzımgeldiği neticesine varılmıştır.

Bütün bunlardan sonra akla bir soru gelmektedir. Acaba feda edilen menfaat kurtarılandan büyük ise ne olacaktır? Böyle bir halde zaruret halinden bahsile cezadan muaf tutulmanın istenilmesi mümkün değildir.

Bu nazariyeleri izah ederken enteresan olması bakımından Profesör Georges Vidal ve Josephe Magnol'un düşüncelerinden bahsetmek faydalı olacaktır. Bu Profesörler (Bize kalırsa mecburiyet halinde işlenen fiillerin cezalandırılmaması sebebini, devletin müspet hukuk ve ceza mevzuatiyle fertlere başkalarının hayatını korumak için bizzat kendi hayatlarını feda etmeleri gibi bir fedakârlık ve kahramanlık yüklememesi esasında aramamalıdır. Çünkü zaruret kanun tanımaz, ve binnetice her hangi bir taksir mevcut değildir. Haddi zatında gayri kâfi olmakla beraber pozitivist nazariyenin öne sürdüğü şu cihet te ilâve edilebilirki fiil cemiyet menfaatlerine aykırı sebepler altında işlenmiş olduğundan onu cezalandırmak her hangi bir içtimaî tehlikeyi mucip olmaz. Binaenaleyh cemiyetin bu gibi fiilleri cezalandırmakta hiç bir menfaati yoktur) demektedirler.

5 — Zaruret halinin şartları

Kanunumuzun 49 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasında: (gerek nefsini ve gerek başkasını vukuunu bilerek vermediği ve başka türlü tahaffuz imkânıda olmadığı ağır ve muhakkak fiillerden dolayı faile ceza ve-

rilemiyeceğini tesbit etmektedir. Bu duruma göre kanunumuz prensip olarak zaruret hali için,

a — Bir kimsenin kendisinin veya başkasının nefsini tehlikeden kurtarması,

b — Bu tehlikenin ağır ve muhakkak olması

c — Bu tehlikeye kendi ihtiyariyle sebebiyet vermemiş olması

d — Tehlikeden başka türlü tahaffuz imkânı bulunmaması lâzımgelmektedir. Şimdi bu halleri sıra ile inceliyelim.

a — Bir kimsenin kendisinin veya başkasının nefsini tehlikeden kurtarması bu şartın belli başlı unsuru (tehlike) dir. Tehlike, menşei itibariyle tabiî hâdiselerden veya insan kuvvetinden alabilir. Bu itibarla yangın, su baskını toprak kayması, zelzele gibi tabiî kuvvetlerden ileri gelebileceği gibi tren, uçak, felâketleri gemi batması kamyon yuvarlanması vesair ulaştırma araçlarından vukua gelen kazalardan ileri gelebilir. Tehlike bir insanın taarruzundan doğmuşsa o zaman meşru müdafaa hükümlerine göre hâdiseyi incelemek lâzımgelir. Fakat böyle bir taarruzun her halde ciddi olması ve bir menfaatin mevcudiyeti veya bu menfaati tehdit eden bir tehlikenin mevcut olması lâzımdır. Mücerret keyfi bir hareket tehlikenin mevcudiyeti için kâfi değildir. Tehlikenin uzak bir istikbalde tezahür edecek durumda olması da buraya dahil değildir. Tehlikenin halde ve doğrudan doğruya tecelli etmesi lâzımdır.

Tehlikenin, cezayı müstelzim bir fiilin işlenmesinden başka şekil ve surette bertaraf edilmesinin imkânsız bulunması iktiza eder. Tehlikeden kaçmak veya resmî makam ve mercilere müracaat etmek suretiyle kurtulmak imkânsız olduğu takdirde tehlikenin bir suç işlenmek suretiyle karşılanması zaruridir. Fakat zaruret halinin tecavüzü kusurlu olduğu takdirde fail için daima sorumluluğu müstelzim mahiyettedir. Tehlikenin hiç şüphe yokturki kanunumuzunda açıkladığı gibi nefse yöneltilmiş bulunması lâzımdır. Fakat bunun dar mânada alınarak failin nefsine tevcih edilmiş bir tehlike olarak telâkkisi yanlıştır. Failin olduğu kadar başkasının nefsinede yönetilmiş olması hukuki netice itibariyle birdir. Her ikisinde de zaruret hali mevcuttur. Başkasının nefsine karşı vâkı olan tehlikenin bertaraf edilmesi için faille mağdur arasında bir akrabalık münasebetinin mevcudiyetine lüzum yaktur. İtalyan kanununun projesi müzakere edilmekte iken zaruret halinin yakın akrabalara hasredilmesi ileri sürülmüşsede kabul edilmemiştir (17).

Bu münasebetle şu noktayıda açıklamak faydalı olur. Mağdurun teh-

(17) Dr. Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku 1950, S. 351

likeden kurtarılması işine muvafakati yoksa faile ceza verilmesi iktiza edecekmidir? Bunun neticeye tesiri yoktur. Çünkü kurtarılan şahıs çocuk, aklî malûliyete müptelâ birisi olabilir. Bunların muvafakati olmaması veya yardıma rıza göstermemeleri iradelerinin hukukî değeri bulunmaması bakımından zaruret halinin kabul edilmemesi için sebep teşkil etmez.

Burada nefis tâbirinin şümulü hakkında sayın profesör Faruk Erem' in düşüncesini kaydetmeği faydalı gördüm. Sayın profesöre göre 49 uncu maddenin 2 inci bendinde (nefis veya ırza vukubulan) tecavüzden bahsedilmesine mukabil zaruret halini tesbit eden 3 üncü bentte sadece nefis tâbirinin kullanılmasına da ırza vâki tecavüzde zaruret halinden bahsedilmiyeceği neticesine varılmaz. Hayata vücut tamamlığına yöneltilmiş tehlikelerde olduğu gibi ırza tecavüzü hedef tutan tehlikelerdede zaruret hali mevcut olabilir (18).

b — Bu tehlikenin ağır ve muhakkak olması

Bu tehlikenin ağırlığı ve muhakkak oluşu zaruret halinin esaslı şartlarından biridir. Bunun yani bu şartın iki nokta halinde incelenmesi mevzuun aydınlatılması bakımından daha faydalı olacaktır. Bu itibarla bu şartı, aa — Tehlikenin ağırlığı, bb — Tehlikenin muhakkak oluşu diye iki kısımda tetkik edeceğiz.

aa — Tehlikenin ağırlığı

Bu unsurdan anlaşılan açık mânaya göre tehlikenin ciddi ve ağır ve muhakkak bulunması zaruridir. Tehlikenin ağırlığı ne demektir? Ne zaman tehlike ağır sayılır? Tehlikenin ağırlığını tâyinde hayat ölçüsünü ele almak daha doğru olur. Yani, hayatın ve vücut bütünlüğüne taallûk eden ve ciddi ve ağır bir zarar husule getirebilecek durumda olan tehlikenin ağır sayılması icap eder. Açlık bu hususta bir misal olabilir. Açlığın ölümü tevlit edecek bir hal alması tehlikenin ağırlığını izaha yeter sayılabilir. Binaenaleyh açlık dolayısiyle işlenen ekmek hırsızlığında zaruret hali mevcuttur. Mamafih açlık dolayısiyle işlenmiş olan hırsızlığın cezalandırılıp cezalandırılamıyacağı meselesi ceza hukukunda uzun boylu tartışmalara yol açmıştır. Bazı cezacılar kesin olarak böyle bir şeyin gayri mümkün olduğunu söyliyerek meseleyi halletmişlerdir. Majno bunları tenkit ederek bu neticeyi tevlit eden mucip sebeplerini beğenmiyor ve açlık tesiriyle hırsızlık suçunun işlenmesinin kesin olarak inkâr edilemiyeceğini ileri sürüyor. Majno'ya göre böyle bir halde ancak bir mazeret kabul olunarak

(18) Dr. Faruk Erem Türk Ceza Hukuku 1950 S. 351 - 352

Ceza Kanununun 49 uncu maddesinin 3 üncü bendine göre cezanın kaldırılması değil tahfifi iktiza edeceğini beyan etmektedir (19).

Bütün bu düşüncelerden sonra açlıktan ölmemek için ekmek çalmak yerine keyf verici maddelerden birini —morfin, eroin, rakı vesaire— çalan kimsenin fiilini zaruret haline dahil etmemek icap edeceğini söyliyebiliriz. Hattâ Manzini'ye göre kocanın ademi iktidarı, kadının zinası için zaruret hali olarak kabulüne imkân yoktur (20).

Tehlike, ya geçmiştir, yahut istikbalde tahakkuk etmek ihtimali vardır. Bundan başka tehlikenin devam etmekte olduğu veya tahakkukunu gayet yakın olduğu haller mevcuttur. Bunlar ayrı ayrı birer zamanı ifade ederler. Şimdi geçmiş bir tehlikenin muhakkak olarak kabulüne imkân yoktur. Aynı şekilde ileride yani gelecekte vukuu muhtemel bir tehlikenin muhakkak olarak kabulüne de imkân yoktur. Meselâ gebe olan bir kadının doğurmasına henüz altı ay mevcutken doğurduğu takdirde tehlike mevcut olacağından bahisle doktorun ameliyat yapmasında tehlikenin muhakkaklığı ileri sürülemez. Bu itibarla altı ay sonraki doğum için tehlike mevcut olduğunu ileri sürerek çocuğun ana rahminden alınması zaruret halinden istifadeye imkân vermiyecektir. Şu halde geri kalan mesele şudur. Tehlike esasen mevcut olup devam etmektedir. O zaman tehlike esasen tahakkuk etmiş olduğundan meselenin çözülmesinde tereddüt yoktur. Tehlikenin tahakkukunun gayet yakın olduğu hallerde tehlikenin (muhakkak) lığını ifade etmiyebilir. Ve esasen bu tehlikenin muhakkak olması izafi bir mefhumdur. Yargıcın onu halin icabına göre halletmesi iktiza eder. Bu sebeple yargıcın failin psikolojik durumunu tetkik etmesi lâzımdır. Fail korkak, heyacanlı bir insan olabilir. Heyacanlı veya korkak bir insan hâdiseler karşısında hükümlerinde isabetten daima uzaktır. Böyle bir insanın hükümlerini ve hâdiselerin akış şekillerine göre ölçmek çok zor bir iştir. Şaka olsun diye çekilen silâhı ciddiye alan şahsın gösterdiği aksülâmelde kendisinin korkaklığı hesaba katılınca neticeyi kesin surette halletmek güçtür. Her halde böyle durumlar karşısında yargıca esaslı vazifeler düşmektedir. Esasen bu meseleler çok tartışılmıştır. Bununla beraber kesin bir neticeye varılmış değildir. Böyle hallerde hâdisenin mahiyeti failin biolojik ve psikolojik durumu göz önünde tutulmak suretiyle bir neticeye ulaşmak en sağlam yoldur. Meselâ bir ölünün teşhisi için davet edilen gebe bir kadının çocuğunu düşürmesi ihtimaline binaen gelmemesi halinde hakkında takibat yapılmaması lâzımdır. Çün-

(19) Ceza Kanunu şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları cilt I, S. 211

(20) Dr. Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku S.

kü kadının davete icabeti ceninin düşmesini intaç edecektir. Bu itaatsizliğin muhakkak bir tehlikeden dolayı ileri geldiğini kabul etmek lâzımdır (21).

bb — Tehlikenin muhakkaklığı

Bütün bu söylediklerimizden sonra şu neticeyi çıkarabiliriz. İstikbalde vukua gelecek bir tehlike için zaruret halinden bahsedilerek bir suç işlemek mümkün değildir. Çünkü bu unsurdaki (muhakkak) kelimesi içinde bulunduğumuz zamana, hale mâtuftur. Nitekim Alman Ceza Kanunu 54 üncü İsviçre Ceza Kanunu 34 üncü maddesinde halde mevcut olan halihazır —gegenwärtig— bir tehlikeden bahsetmektedirler. İstikbalde doğacak bir tehlikenin zaruret halinden istifadeye hemen imkân vermesi zaruret halinin sahası dışındadır. Meselâ denizde vapurla giderken havanın bozularak denizin dalgalanmasını gören failin bir saat sonra dalgaların büyüyerek geminin batacağını tahmin ile şimdiden yolculardan birisinin simidini alıp onu denize atması gibi. Fail buradada nefsini kurtarmak için yüzme bilmediğinden simidini almak maksadiyle arkadaşını denize atmak zaruretinde bulunduğunu iddia edemez. Nitekim denizin dalgalanmasına rağmen vapurun muhakkak batmasıda icap etmez. Keza bir itfaiye memuru ileride yangın çıkacağından bahsile ahşap bir evi yıkamaz. Amma yangın vukuunda sirayeti önlemek için bir evi yıkması mümkündür. Çünkü tehlike muhakkaktır.

e — Bu tehlikeye kendi ihtiyariyle sebebiyet vermemiş olması

Kendi arzu ve ihtiyariyle ötedenberi sinirlendiği, apartman sahibinden intikâm almak düşüncesiyle binada yangın çıkaran kimse yangından kendisini kurtarmak maksadiyle bu seferde merdivenden kaçarken bir diğerini yuvarlıyarak yaralanmasına sebebiyet verirse 49 uncu maddenin üçüncü bendini ileri sürerek hâdisede zaruret bulunduğundan bahsile ceza tâyininden muaf tutulmasını istiyemez. Çünkü yangını kendisi istiyerek çıkarmıştır. Eğer tehlike failin ihtiyari veya arzusiyle vücuda getirilmiş olmayıpta tedbirsizlikle vukua gelmişse o zaman fail zaruret halini ileri sürebilecekmidir? Kanun (ihtiyar) dan bahsetmiş olmasına göre tedbirsizlik halini bundan istisna ettiğini kabul etmek lâzımgelir. Nitekim İtalyan cezacılarından İmpallomeni yanıcı ve patlayıcı maddelerin bulunduğu yerde ihtiyatsızlık neticesinde ateş yakarak yangın tevlit eden kimse bu yangından bir başkasının hukukunu ihlâl ederek kurtulmuşsa buna ceza verildiği takdirde bu cezanın bu fiillerin işlenmesine mâni bir tesiri ola-

(21) Manzini, 12. 423, Dr. Faruk Erem. Türk Ceza Hukuku S. 353.

cağının mümkün olamıyacağını söylemektedir (22). Binaenaleyh kusurlu hareketler kanunun aradığı, tehlikeye bilerek mahal verme şartına uymaz.

Burada sayın profesör Faruk Erem'in bir fikrini kaydetmeği faydalı bulduk. Hâdisenin sebebinin doğrudan doğruya faile atfı kabil olmıyan hallerden zaruret halinin kabulü lâzımgelir. Çünkü her hâdisenin sebep ve illetleri çok uzak sebeplere kadar irca edilebilirse faile atfı kabil olan uzak sebepleride göz önünde tutmak suretiyle mazeret sebeplerinin mevcut olmadığı neticesine varmak zaruret halinin dayandığı düşünce ve prensiplere aykırı düşer. Bu itibarla profesöre göre tenbelliği yüzünden görevinde kendisinden beklenilen çabukluk ve başarıyı göstermemesi sebebiyle işinden çıkarılan bir kimsenin iradesi haricinde olarak iş bulmaması sebebiyle aç kalması halinde açlığını gidermek için hırsızlık yapması zaruret halinin icaplarındandır. Böyle bir hırsıza ceza verilemez. O kimsenin tenbel ve kötü hareketleri zaruret halinden faydalanmasına mâni olamaz (23).

Failin tehlikeye (bilerek mahal vermesi) ölçüsünü makul olarak uygulamak gerekir. Buda çok zor bir iştir. Meselâ bir deli veya sarhoşu eylenmek için kızdıran kimse o deli veya sarhoşun tecavüzü halinde kendi nefsini kurtarmak, korumak için bir suç işlerse zaruret halinden bahsedilebilecekmidir? Buna hayır demek lâzımgelir. Çünkü, tehlikeye bilerek mahal vermiştir. Bu ölçüyü tâyinde misallerden de faydalanabiliriz. İşlediği bir suçtan dolayı ceza görmekten kendisini kurtarmak için başka bir suç işliyen kimse ile mahkûm olduğu cezanın infazından kurtulmak için bir fiil işliyen kimse zaruret halinden istifade edemezler.

d — Tehlikeden başka türlü korunma imkânı bulunmaması

Bu şart meşru müdafaadaki tecavüz ve taarruzun başka şekil ve suretle bertaraf edilmesi imkânı olmıyan halde tecavüze u,rayanın bir suç işlemesindeki hukukî neticeleri tevlit eder. Zaruret halindede durum (başka türlü korunması imkânı bulunmıyan) bir tehlikeden failin kendisini veyahut başkasını kurtarmak, korumak için ve bu zaruretin husule getirdiği mecburiyetle bir suç işlenmesi lâzımgelmektedir. Nezamanki tehlikeden kurtulma için suç işlemekten başka çare kalmamıştır, işte o zaman zaruret hali mevcuttur. Binaenaleyh fail, kendisini veya başkasını bir tehlikeden korumak için zaruretle bir suç işlemişse fail cezalandırılamaz. Burada hiç şüphesizki failin maksat ve gayesini incelemek lâzımdır. Fail,

(22) CezaKanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Cilt I, S. 211.
(23) Dr. Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku, 1950 S. 354.

MİLLİ KÜTÜPHANE ANKARA

kendini veya başkasını kurtarmak niyetiyle hareket etmiş oldukça kanunun maksadı hasıl olmuştur. Bu sebeple hattâ fail işlediği bir suçla dahi tehlikeyi bertaraf edememiş ise suçun zaruret haliyle işlenmemiş olmasını kabul etmemek mümkün değildir (24).

Bu konuyu fail bakımından iki nokta halinde incelemek daha uygun olacaktır. Objektif ve sübjektif bakımlardan failin durumunu incelemek konumuza önemli neticeler sağlıyabilir.

a — Objektif bakımdan

Zaruret halinin objektif bakımdan tahlili önemlidir. Buda hâdisenin oluş tarzına, tecavüzün şartlarına ve muhite göre ölçülebilir. Hâdisenin oluşuna göre kaçmak, failin elini kolunu tutmak bir yerde kapamak ve bu suretle tehlike ve taarruzdan kurtulmak imkânı mevcut olup olmadığı zaruret halinin mevcudiyeti veya mevzuubahs olamıyacağı hususunda bize bir fikir verebilir. Meselâ bir çıkmaz sokakta elinde tabanca ile bir kimse diğerini kıstırmıştır. Tehlikeye maruz kalan bir yere kaçamıyor. Fail kuvvetli olduğu gibi elindede silâh vardır. Ona yalvarmak, methetmekte bir netice vermemiştir. Keza kaçmak da her zaman emin bir çare olmıyabilir. Meselâ elinde silâhla ve atla yahut motosikletle birisini kovalıyan şahıs ile yaya olarak kaçmak suretiyle kurtulmıya çalışan bir kimsenin durumunda olduğu gibi. Atla kovalıyan fail yaya olarak kaçmıya çalışan kimseyi kolaylıkla yakalayabilecektir. Bu itibarla böyle hallerde tehlikeye maruz kalan kimsenin kendini kurtarmak için suç işlemesi tehlikeden başka türlü korunma imkânı olmıyan hale misaldir.

b — Sübjektif bakımdan

Hâdisenin objektif şartları yanında failin sübjektif durumuda netice bakımından haylı önemlidir. Failin korkak heyacanlı, şaşkın oluşu çok zaman tehlike hakkında yanlış tahmin ve kararlar vermesine sebep olabilir. Fakat korkaklık heyecan dolayısiyle bir şakayı ciddiye alarak suç işliyen kimsenin durumu onun sübjektif haletini izah bakımından zikre şayandır. Böyle hallerde yargıca çok nazik vazife düşmektedir. Yargıç failin iradesine esaslı şekilde tesir ederek onu kendini tehlikeden kurtarmak gayesiyle hareket ettiren sebeplere ve hareket tarzına göre zaruret haliyle hareket ettiğine karar verebilir. Çünkü esasen (mecburiyet) mefhumu izafi bir mefhumdur. Yargıcında tehlikeye maruz kalan bir şahıstan normal insandan beklenen hareket ve soğukkanlılığı, kuvvetli iradeyi beklemesine imkân yoktur. Hâdisenin oluş tarzına göre tehlikenin daha hafif bir suç veya fiille bertaraf edilmesi kabil iken failin daha ağırını seçmesi yani

(24) Dr. Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku, S. 355.

zaruret halinin tecavüzü mümkünmüdür? Mümkündür. Tatbikattada ekseriya rastlanır. Böyle bir halde meselâ tecavüzü tehditle veya sopa veya yumrukla bertaraf etmek imkânı varken öldürmek zaruret halinin meşru ve kanunî gayesiyle bağdaşamaz. Aşağıdada 6 no: da bahsedeceğimiz gibi böyle hallerde faile ceza vermek lâzımdır. Tehlikeyi tevlit eden bir çocuktur, yahutta delidir. Onlardan kaçmak veya yerine göre korkutmak suretiyle tehlike bertaraf edilebilirse öldürmeye kalkmak zaruret halinin kötüye kullanılması olur. Çünkü böyle ceza hukuku bakımından sorumsuz durumda olan kimselere karşı kahramanlık taslamanın mânası yoktur. Kaçmayı kendi şahsı bakımından bir zül sayan kimsenin mukabele etmesi daima mümkündür. Fakat deli ve çocuklara karşı bu, gülünç olur. Onların önünden kaçılmasınıda kimse ayıplamaz. Mamafih tehlike karşısında kaçmak ve o şekilde kurtulmak imkânına başvurulması hususunda cezacılar birleşememişlerdir. Bu hususta bir birine zıt fikirler mevcuttur. Bu düşünceleride başlıca iki grupta toplayabiliriz.

aa — Tehlike karşısında failin kaçmak mecburiyeti yoktur.

Bu düşünceyi müdafaa eden cezacılar korkaklığın kanunî ve meşru bir kaide mertebesine çıkarılması demek olacağını ve savunma ve kendini koruma durumunda olan kimseyi kaçmıya icbar etmenin doğru olamıyacağını ileri sürmektedirler. Meselâ aslında bir yeri sonuna kadar müdafaa etmek için emir alan bir askerin tehlike anında hemen kaçıvermesi icap edeceğini belirterek failin kaçmak mecburiyti olmıyacağını kabul etmektedirler.

Diğer bir kısım cezacılarda bu tezi ileri sürmektedirler. Bunlara göre, tehlikeyi tevlit eden şahsın bir sarhoş bir çocuk, bir zabıta memuru olması halinde fail kaçmalıdır. Yani bu şahısların tehlike tevlit etmeleri karşısında istisnaen kaçmalıdır. Bu düşüncede olanları akıl ve idrakten mahrum bir şahsın ve bahusus bir çocuğun önünden kaçmak garip bir hâdise olmakla beraber tehlikeyi tevlit edenlerin ceza sorumluluğu olmadığını ve akıl ve idraki yerinde bulunan bir şahsın tevlit ettiği tehlike ile bir olmadığını ileri sürmektedirler. Nitekim Macaristan Yargıtayı tedip hakkı bulunan babanın önünden evlâdın kaçması icap edeceğini istisnaen kabul etmiştir. Müellif Heil bu içtihada itiraz etmiş ve usul aleyhinde işlenen adam öldürme ve yaralama fiillerinde kanunun cezayı hafifletici bir sebep kabul etmediği halde meşru müdafaa da böyle bir istisna kabul edilmesinin kanuna uymıyacağını ileri sürmüştür (25).

(25) Adalet Dergisi Yıl41, Sayı 3, S. 357. Meşru Müdafaa, Ahmet Erdoğdu.

Netice itibariyle yargıcın objektif ve sübjektif unsurları iyice incelemesi iktiza etmektedir. Nitekim Pasaport Kanununa muhalefetten sanık olan bir şahıs hakkında verilen ceza yargıtayca (hasımların tecavüzünden kurtulmak zaruretile hududumuza iltica ettiği anlaşılan suçlunun pasaport kanununa aykırı hareketinin zaruret ve mecburiyet neticesi vukubulduğu nazara alınarak T. C. K. nun 49 uncu maddesi mucibince cezayı müstelzim bulunmadığı) gerekçesile ceza genel kurulunca bozulmuştur. (Yargıtay Ceza Genel kurulunun 17/10/938 tarih ve 37/30 sayılı kararı)

6 — ZARURET HALİNİN TECAVÜZÜ :

Yukarda bu mevzua temas etmiştik. Tehlikeyi tevlit eden sarhoş, deli veya bir çocuğa karşı korkutmak, yumruk ve tokatla mukabele etmek ve korunmak kabil iken daha ağır bir fiilin seçilerek meselâ öldürülmeleri mantık ve adalet duygularına uygun düşmez. Bunu göz önünde tutan kanun vazıı meseleyi ceza kanununun 50 inci maddesile halletmiştir. Bu madde (zaruretin tâyin ettiği hududu geçenler cürüm ölüm cezasını müstelzim ise sekiz seneden aşağı olmamak üzere hapis ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu taktirde altı seneden 15 seneye kadar cezalandırılır) demektedir. Daha hafif cezalar için de madde hükümleri ihtiva etmektedir. Binaenaleyh ceza kanunumuza göre (zaruretin tâyin ettiği sınırı geçenler) cezalandırılırlar. Fakat bu suçlar bir zaruret dolayısiyle işlenmiş olduğundan verilecek ceza indirilir.

Bu maddenin tatbikında yargıcın muhtelif halleri göz önünde tutması icap eder. Zaruret halinin hududunu tecavüzde tehlikenin doğrudan doğruya bir şahsa müteveccih olmasile bir şahsın başkasına karşı tehlikeyi bertaraf etmesi hallerini bir birinden ayırt etmek lâzımdır. Birincisinde tehlike daha ciddidir. İkinciye nazaran failin psikolojik durumunda daha ciddi endişelerin hâkim olduğunu hesaba katmak lâzımdır.

7 — ZARURET HALİNİN BAZI TATBİK ŞEKİLLERİ :

Yukarda 1 ve 4 numaralı bentlerde fırsat düştükçe bahsettiğimiz konulardan önemli biriside şudur. Açlıktan dolayı işlenen hırsızlık fiillerinden dolayı ceza verilip verilmiyeceği meselesi. Château - Thiery mahkemesi 4 Mart 1898 tarihli bir kararile Amiens istinaf mahkemesinin 22 Nisan 1898 tarihli kararları bu meseleyi kesin şekilde çözmüşlerdir. Bu mahkemeler, çocuğunu emzirmekte olup iki gün aç kaldıktan sonra bir furundan

ekmek çalan bir anneyi beraat ettirmişlerdir. Kararın dayandığı gerekçe, gayrı kabili mukavemet bir kuvvet gibi sübjektif bir sebeple hırsızlık suçunun tekevvünü için cürüm kasdının mevcut olmamasıdır.

Serserilik, muayyen bir konutun bulunmaması, geçim vasıtalarının olmaması mûtat olarak bir meslek tutulmaması serseriliği teşkil eder. Kendisinde çalışma gücü olduğu halde gayrı meşru yollarda yürüyerek onu bunu izrar edenin hareketi şüphesizki suçtur ve cezayı müstelzimdir. Fakat Fransada bir kısım serseriler üzerinde geniş ölçüde inceleme yapılarak bazı neticeler elde edilmiştir. İşi itiyat edinmekle beraber işsiz kalan ve bu yüzden geçim vasıtalarından mahrum olan bazı bedbaht insanların bulunduğu bunların hayatlarını kazanmak için şehir şehir dolaşmalarına ve iş aramalarına rağmen iş bulamıyarak sefalete düştükleri ve binnetice mukadder olan serseriliğe başvurdukları görülmüştür. Bu gibilere de ihtiyari serserilere verilen cezaların tatbik edilmesi adalet prensibine uygun görülmemiştir. Fransız cezacıları çalışmaktan aciz ihtiyar ve malullerin bakılacağı bir müessese yoksa onları zaruret saikasile işledikleri suçlardan ceza verilmemesi iktiza edeceğini kabul etmektedirler. Onlara göre bu neticenin gerekçesi şudur. (içtinabı mümkün olmıyan bir hal cezalandırılamaz).(26)

Dilencilik: bu bizim kanunumuza göre cezayı müstelzimdir. Ceza kanunumuz 544 ve müteakip maddelerinde bu mevzuu ele alarak ihtiyari dilenciliği cezalandırmıştır. Kanunumuza göre iş işlemeye salih olduğu halde dilencilik edenler ceza görmektedir. Binaenaleyh eğer iş işlemeye salih olmıyacak derecede ihtiyar ve malul olanlar zaruret saiki ile dilencilik etmişlerse onlarında cezadan muaf tutulmaları iktiza eder.

Bu mevzuda kimsesiz çocuklardanda bahsetmek icap eder. Henuz bir meslek ittihazına ve reşit bir insan gibi işlerini tedvire iktidarı olmıyan kimsesiz çocukların durumları şüphe yokki çok kazindir. Hele bu gibileri barındıracak bir devlet veya belediye müessesesi yoksa mesele daha acıklıdır. Onların da açlık dolayısile işleyecekleri suçlarda aynı fikirlerden faydalanmak zaruridir.

8 — ZARURET HALİNİN NAKIS ŞEKİLLERİ :

Öyle haller mevcutturki fail kanuna aykırı hareketile vahim bir fenalığı önlemek zaruretile karşılaşmıştır. Ya kanuna muhalefet, yahutta ailevi bir felakete tahammülü tercih etmek halleri ile karşılaşan bir kim-

(26) Georges Vidale ve Josephe Magnal. Ceza Hukuku, S. 272, Çeviren Şinasi Z.

senin durumu şüphesizki çok düşündürücüdür. Kanun vazıları ekseriya muayyen hallere inhisar etmekle beraber bu noktalarıda tesbit etmiş bulunmaktadır. Meselâ ceza kanunumuzun 453 üncü maddesinde yazılı olduğu gibi failin veya karısının yahutta anasının veya kızının yahut kız evlatlığının veya kız kardeşinin haysiyet ve namusunu kurtarmak için yeni doğmuş bir çocuğun öldürülmesinde ve keza kanunumuzun 447 nci maddesinde açıklanan failin veya karısının veya anasının veya evlat ve ahvadının veya kız kardeşinin namusunu kurtarmak için doğumundan henuz beş gün geçmemiş olan gayri meşru çocuğu terk etmesinde kanun cezayı hafifletmiştir. Bunda failin uğradığı izdirabı ve nakısda olsa bir zarureti kabul etmiştir. Aynı şekildeki misalleri çoğaltabiliriz. Yine kanunumuzu inceleyecek olursak buna benzer hallerde rastlamaktayız. Nitekim Ceza Kanununun 288 inci maddesinde yalan yere yemin veya şahadet eden bazı şahıslar hakkında bazı muafiyetler tanınmıştır. Nitekim fail,

a) Hakikati beyan ettiği taktirde kendisini veya akrabasından birisini hüriyet ve namusca behemahal fahiş bir zarara maruz kılması muhtemel ise

b) Kendi tarafından beyan olunan zati vasıflara nazaran şahit sıfatile celbi iktiza etmiyen yahutta o şahsın ceza dâvasında şahit ve ehlihibre ve mütercim olmaktan istinkâfa hakkı olduğu halde mahkemece kendisine bu hakkı ihtar edilmemiş ise, cezadan muaftır. Burada kanunun kabul ettiği zaruret hali açıktır. Fail yönünden meseleyi düşünen kanun vazıı onun müşkül durumunu gözönünde tutarak vicdan azabından kurtarmıştır. Burada kanunun men edici hükümleri ve binnetice ceza tehdidi ile vicdanazabı ve elem karşı karşıyadır.

Kanun cürüm işleyenleri saklamağı ve cürüm delillerini yok etmeyi cürüm saymışken bu fiili usul ve furuunun ve karı veya kocasının ve kardeşinin lehinde olarak işleyen kimseye ceza vermemiştir. (Ceza K. madde 296/son) Buradada kanun vazıının maksadı açıktır.

9 — YABANCI MEVZUAT

a) Alman Ceza Kanunu

Alman Ceza Kanununun 54 üncü maddesi zaruret halinden bahsetmektedir. Filhakika mezkûr madde: (Faile veya yakın akrabasına kendi kusurları olmaksızın teveccüh eden muhakkak bir tehlikeden meşru müdafaanın dışında nefsin veya vucut bütünlüğünün başka suretle korunması imkânı olmıyan hallerde işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez) denmektedir.

Alman hukuku bu madde ile zaruret hali için şu şartları kabul etmektedir.

aa) Muhakkak bir tehlike

Bu tehlikenin failin veya akrabasının nefsine veya vucut bütünlüğüne yöneltilmiş bulunması lâzımdır.

bb) Failin kusursuz olması

Failin kusurlu olması halinde zaruret hali mevcut değildir. Böyle hallerde bir cebir ve tazyik neticesi suç işleyenler hakkındaki hükümler tatbik olunur.

cc) Neticede zaruret dolayısile suç işlenmesi

Tehlikenin başka suretle bertaraf edilmesinin mümkün olmaması yani başkasının menfaatı ihlâl edilmeden müdafaanın mümkün olamaması lâzımdır. Hatta yalan şahadette bile. Bu sebeple kaçmak imkânından istifade olunabilir, oda mümkün olmazsa zaruret dolayısile işlenen fiilden dolayı faile ceza tertip olunamaz (27).

B — İsviçre Ceza Kanunu.

Yeni İsviçre Ceza Kanunu 34 üncü maddesinde zaruret halinden bahsetmektedir. Bu maddeye göre: (I — Bir kimesenin mal, hayat, cismani bütünlük, hüriyet, şeref, servetine müteveccih ve muhakkak bir tehlikeden başka türlü kurtulmak imkânı olmadığı ve tehlikenin doğuşunda kendisine bir kusur atfı mümkün bulunmadığı ve tehdit olunan şeyin feda edilmeside hâlin icaplarına göre beklenmediği taktirde işlediği fiilden dolayı faile ceza verilmez.

Tehlike failin kusurundan doğmuş veyahut hâlin icaplarına göre tehlikeye maruz kalan şeyin feda edilmesi failden makul olarak beklenebilirse yargıç serbest takdirine göre cezayı azaltır (Madde 66).

2 — Bir kimse diğer bir şahsın mal ve bilhassa hayat, cismanî bütünlük, hüriyet, şeref, servetine müteveccik ve muhakkak bir tehlikeden başka türlü kurtulmak kabil olmadığı taktirde işlediği fiilden cezalandırılamaz. Hâlin icaplarına göre kurtarılan şeyin sahibi tarafından feda edilebileceği makul olarak kabul edilebilirse faile verilecek cezayı yargıç serbest taktirine göre azaltır (Madde 66).

Maddenin birinci ve ikinci fıkralarının birlikte incelenmesi neticesinde, İsviçre Ceza Hukukuna göre,

(27) Strafgesetzbuch, allen wichtigen Nebengesetzen und Verordnungen, von Dr. Otto Schwarz, 1938, S. 110—111.

a — Muhakkak ve bir fiille bertaraf edilmekten başka çare olmıyan bir tehlikenin mevcudiyeti,

b — Bu tehlikenin mala, hayata, cismanî bütünlüğe, hüriyete, şerefe ve servete müteveccih olması lâzımdır.

Bunu zaruret halinin şartları bölümünde izah ettiğimiz şekilde dört kısma ayırarak incelemek mümkündür. Esasen Thormann ve Overbeck bu şartlar a - himaye edilen haklar, yahutta mallar - Die schutzfahigen Güter - ve birde b - Tehlike - Die Gefahr - olmak üzere iki kısımda mütalâa etmektedirler. Himaye edilen haklar yahut mallar maddenin birinci ve ikinci bentlerinde hayat, cismanî bütünlük mal, hürriyet, şeref, servet olarak gösterilen hususlardır. Bunlar failin şahsına olsun üçüncü şahsa müteveccih bulunsun hukukî netice birdir. Tehlike içinde, tehlikenin ciddi bir menşeden, kaynaktan gelmesi ve muhakkak olması lâzımgeleceğini ayrı numaralar altında izah etmektedirler (28), İsviçre Ceza Kanununda bir nokta nazarı dikkati çekmektedir. Mala müteveccih tehlikenin bertaraf edilmesinde de zaruret hâli kabul edilmiş ve hatta mal (Gut) tâbiri hayat cismanî bütünlük ve hürriyet sözlerinden evvel maddede yer almıştır. Mamafi bundan, mala müteveccih bir tehlikeyi diğerine *tercih* edildiği neticesi çıkarılamaz.

C — Bazı devletlerin ceza kanunları :

Bizim Kanununmuzla mehaz İtalya Kanunu (1889 tarihlisi 49 uncu 1930 tarihlisi 34 ucü maddelerinde) Alman Kanunu (Madde 54) Mısır Ceza Kanunu (madde 61) yalnız hayata ve cismanî bütünlüğe yahutta vucut tamamiyetine müteveccih tehlikeler için zaruret hâli tanıdıkları halde diğer bir kısım devletlerin ceza kanunları mallara ve hatta bazı haklara müteveccih tehlikeler için de mecburiyet hâlinde ceza sorumluluğunun kaldırılmasını kabul etmişlerdir. Meselâ İsviçre Ceza Kanunu (Madde 34) Norveç Ceza Kanunu (Madde 47) Lehistan Ceza Kanunu 1933 Madde 22) Danimarka Ceza Kanunu (Madde 14) (29).

10 — MEDENÎ HUKUK BAKIMINDAN ZARURET HÂLİ :

A — Genel Bilgi.

Medenî Kanunla Borçlar Kanunu bu hususta hükümler koymuştur. Filhakika Medenî Kanunumuz 677 inci maddesinde: (bir kimse vukuu

(28) Daa Schweizerische Strafgesetzbuch, Allgemeine Bestimmungen, 1940, S. 145, Dr. Ph. Thormann, Dr. A. von Overbeck.

(29) Dr. C. Wieland, Sachenrecht, İ. Hakkı Karafakı tarafından yapılan tercüme, 1946 S. 304.

kuvvetle melhuz bulunan bir zararı yahut âni bir tehlikeyi kendisinden veya diğerinden ancak başkasının mülküne tecavüzle def edebiliyorsa, zarar veya tehlike tecavüzden münbais hasardan büyük olmak şartile mülk sahibi bu tecavüze tahammüle mecburdur. Mülk sahibi bu tecavüzden mutazarrır olmuş ise muhik bir tazminat talep edebilir) demektedir. Şu halde bir zarar ve âni bir tehlikenin bertaraf edilebilmesi bir şartabağlanmıştır. Bu şarta göre zarar veya tehlikenin tecavüz edenin husule getirdiği zarar ve hasardan büyük olması lâzımdır. Binaenaleyh zarar veya tehlikeye uğrıyan kimse bu zarar veya tehlikeyi bertaraf edebilmesi için başkasının mülküne tecavüz ettiği taktirde zuhur edecek hasar zarar veya tehlikeden münbais hasardan küçük ise tecavüze uğrıyan mülk sahibinin tahammüle mecbüriyeti yoktur. Mülk sahibi bu çeşit tecavüzü def edebilir. Aksi halde kanun zaruret halinde bulunan kimse için başkasının mülküne tecavüz hakkını tanımıştır. Şu hâle göre medenî kanun da zaruret halinde, âni bir tehlike veya zararın önlenmesi için başkasının mülküne tecavüze cevaz vermektedir. Meslâ bir yangını söndürmek için komşunun evinin çatılarına çıkmasına ve oradan yangın yerine su püskürtmek maksadile eve girilmesine müsaade etmiye ev sahibi mecburdur. Hattâ bu mecburiyet bazen geniş bir şekilde tecelli edebilir. Yangının bir kasabaya yayılmaması için ev sahibi evinin yıkılmasına bile müsaade etmek durumundadır. Misalleri çoğaltabiliriz. Yıkılma tehlikesinde olan bir binanın etrafına luzumlu iskele yapılması veya direk dayanması için komşunun evine ait arsaya girilebilecektir. Yollarını şaşırtmış seyyahlar, avcılar fena havalarda veya tipide hayatlarını kurtarabilmek için bir köşke veya bir kulubeye veya çardağa girebilirler (30). Bütün bu misallerde tehlikeden husule gelecek zarar tehlikeyi önlemek için yapılan zarardan büyüktür. Ve bu itibarla zaruret hâlivardir. Burada gözetilecek diğer bir noktada işsiz güçsüz, bazı sersesilerin hayatlarının tehlikede olduğundan bahsile rastgele kahveye, lokantaya veya bir eve giremezler.

Bu söylediklerimizden çıkan netice şudur. Zaruret halinde tecavüze müsaade edilmiş değil hak verilmiştir. Yalnız prensibin esası iki menfaatın bir birile çatışması neticesinde büyük menfaatın küçüğüne tercih edilmesidir. Gerek tehlikeye maruz kalan gerek zaruret hali dolayısile mülküne tecavüz edilen için —ihlâl edilen için— hukukî menfaatler gözönünde tutulmaktadır. Eğer zaruret halinde bulunanın tehlike veya zarardan kurtulması için husule getirdiği zarar maruz kalması muhtemel zarardan büyükse zaruret halinden bahsedemez. Aksi halde eder. Demekki her iki

(30) Dr. H. Beeker, Obligtivnenreeht 1. Ablıteibıng Allgcincine Bestimmün gen 1941 S. 288 - 290.

taraf için ihlâl olunan menfaat zaruret hâlini tâyinde esas tutulmuştur.

Zaruret hâlinin bünyesi daima tecavüzi mahiyettedir. Bununla beraber aynı mahiyette olan meşru müdafaadan ayrılır. Meşru müdafaada, mevcut ve muhakkak ve kanuna aykırı bir tecavüzün defi mevzuubahistir. Zaruret halinde doğrudan doğruya bir taarruz yoktur, zarar veya âni tehlike vardır.

B — Zaruret Halinin Şekilleri

a — Zaruret halinin tecavüzü vasfı (agressive Notstande).

Hukukî bir menfaatın ihlâli sadece bir mala taallûk eden menfaat dolayısile değilde mevcut bir tehlikenin bertaraf edilmesi dolayısile olabilir. Böyle hallerde üçüncü şahsa ait mala tecavüz edilerek tehlike bertaraf edilecektir. Yukarda verdiğimiz avcı ve seyyah misalinde olduğu gibi. Yangın misalinde zaruret mal üzerine teveccüh eden bir tehlikenin bertaraf edilmesine aittir. Yangın misalinde mevcut bir taarruz def edilmiyor. Fakat yangına maruz olan şahsın evinin kurtarılması için bir başkasının hukukuna tecavüz ediliyor. Bu düşünce ve bu hükme itiraz edenler vardır. V. Tuhr (Allgemeine teil des Bürgerliches gesetzbuch 3. S. 600) medenî kanunun umumî hükümleri adlı eserinde malın korunmasının (Sachwehr) zaruret halile izah edilemiyeceğini ileri sürmektedir (31) Bununla beraber İsviçre doktrini bu fikrin aksinedir. Malın müdafaasının da zaruret hali katagorisine dahil bulunması kabul edilmektedir. Bu düşüncede olanların dayandıkları nokta şudur. Malın kurtarılması zaruret halinin bünyesinde mevcut olarak kabul edilen bir prensiptir. Tercihe şayan bir hakkın ön safhada olması meşru müdafaada olduğu gibi hakkın bir haksızlığa feda edilememesindendir.

b — Ceza hukukundaki zaruret hali.

Ceza hukukuda medenî hukukta olduğu gibi zaruret halini kabul etmektedir. Bu hususta yukarıda uzun boylu izahat verilmiş olduğundan tekrarına lüzum görülmemiştir. Yalınız şu ciheti açıklamak lâzımdırki medenî hukuktaki zaruret hâli ile ceza hukukunda ki zaruret hâli bir birinin zıddı şeyler değildir. Bilâkis bir birini tamamlayıcı mahiyettedirler.

C — Medenî Hukuka göre zaruret hâli.

a — Unsurlar

aa — Bir Hukukî menfaatın ihlâl edilmesi.

Hukukî menfaat şahsa bağlı hak ve menfaatlerde olduğu gibi hayata,

(31) Dr. Robert Haab, Kommentar zum Schweizerischen Zivil gesetzbuch, Das Sachenrecht, S. 539 - 547.

sıhhata vucut bütünlüğüne, mala, mülke ait menfaatlerdede olur. Tehlikeye maruz kalan menfaatin zaruret dolayısile tecavüzde bulunan şahsa mütaallik bulunmasının veya bulunmamasının bir önemi yoktur. Çünkü zaruret hâli mefhumuna zaruret hâlinde yardım (Nothilfe) de dahildir. Binaenaleyh başkasının mülküne vâki tecavüzde üçüncü bir şahsın menfaatleride korunabilir. Nitekim yangının üçüncü şahıslara ait evlere sirayetini önlemek için komşu evinin yıkılmasında olduğu gibi.

b — Tecavüzün vukuu kuvvetle melhuz bir zarar veya mevcut bir tehlikenin bertaraf edilmesi gayesile yapılması.

Mevzuubahis tehlike veya zararın tamamen aktüel olması icap eder. Vukuu hakkında şüpheye düşülerek hareket edilemez. Yani bir veya tehlikenin mevcudiyetini şüphe veya zanla kabul edilerek hareket mümkün değildir. Kezalik geçmiş veya gelecek bir tehlikeden dolayı da zaruret hâlinden faydalanılamaz. Fakat evvelce vukua gelmiş bir zararın büyümesine mâni olmak için zaruret hâli mevzuubahis olabilir.

Mevcut veyahutta halıhazır tehlike - gegenwaertige Gefahr - ne demektir? Bu, tatbikatta ve doktrinde tartışma konusu olmuştur. Nitekim Leemann, Halıhazırda tehlikeyi: mevcut münasebetleri derhal değiştirir mahiyette olan ve hemen çare ve tedbirlerinin alınması iktiza eden fevkalade bir hâdisedir, diye tarif ediyor. Halbuki Planck - Strecker ise bunu kabul etmemektedir. Planck - Streck ere göre Medenî Kanun 904 üncü maddesi (Bizim Medenî K. Madde 873) fevkalâde veya birdenbire husule gelen bir hâdiseden bahsetmemektedir.

Hâdise için bir misal verelim. Boğulmak üzere bulunan bir şahsı kurtarmak için oradan geçen bir şahsın başkasına ait bir sandalın halatını kesip alması. Burada halatın sandaldan kesilmesi bir şahsın boğulmaktan kurtarılması için ve o zaruretle yapılmıştır, ortada mevcut ve muhakkak bir tehlike vardır. Keza bir dükkânda misafireten bulunan bir şahsın haksız bir tecavüze uğraması halinde nefsini kurtarmak için dükkân sahibine ait masa üzerinde bulunan bira bardağını ve müdafaa için kullandığı sandalyayı kırması aynı hukukî neticeyi tevlit eder.

c — Zarar veya tehlikenin sadece başkasına ait bir gayrimenkule tecavüz suretiyle defi,

Yukarıda da izah edildiği gibi burada iki menfaat çarpışmaktadır. Zarara uğrayanın menfaati ile bu zararın defi için gayrimenkulüne tecavüz edilenin menfaati. Medenî Kanunun 677 nci maddesinin uygulanması için zarar veya tehlikeye mâruz kalanın ihlâl edilen menfaatinin diğerinden fazla değerde olması lâzımdır. Bu noktayı da aşağıda izah

edeceğiz. Burada şu noktaya da işaret edelim. Acaba bu kaidenin menkul eşyaya tatbikı mümkün değil midir? Burada Dr. Robert Haab ile V. Wieland ihtilâf halindedirler. Haab, tecavüzün gayrimenkullere inhisar edeceğini kabul ederken Wieland 677 nci maddenin kıyas yolu ile menkul eşyaya da uygulanmasının mümkün olabileceğini ileri sürmektedir. Wieland misal olarak bir kimse evinde çıkan yangını söndürmek için komşusunun merdivenniden ve söndürme aletlerinden faydalanabilir (32).

d — Zarar veya tehlikeden doğan zararın tecavüz sureityle vücuda getirilenden fazla değerde olması,

Bu şart zaruret halinin medenî hukukta ana prensibidir. Zaruret halinde hukukî menfaatler çarpıştığına göre az menfaatin büyüğüne feda edilmesi lâzım ve zaruridir. Bertaraf edilen zararla feda edilen zararın tâyini halin icaplarına göre olur. Bunun için mücerret kaide tesbitine imkân yoktur. Böyle kaide tesbitinin mümkün olduğunu da kabul etsek yargıcın değişen hâdiseler karşısında müşkül durumdan kurtulamıyacağı da muhakkaktır.

İhlâl olunan menfaatlerin iktisadî değerleri nasıl tâyin olunacaktır? Yahut ta hangi hukukî menfaat diğerinden yüksek veya üstündür? Bu noktanın tâyini de önemlidir. Burada hayata taallûk eden menfaatlerin en başta ve en fazla değerde sayılması icabettiğinde şüphe etmemek lâzımdır. Ekser ahvalde vücuda, hürriyete ve şerefe taallûk eden menfaatlerin halin icabına göre tâyin olunması ve diğerlerine tercih edilmesi icabeder. Bilhassa şu noktayı da açıklamak yerinde olur. Zaruret halinde hareket eden şahıs, husule getireceği zararı ödeyemiyecek durumda olduğunu bildiği halde fiili işlerse ne olacaktır? Böyle bir halde de olsa hayatına, vücuduna müteveccih bir zarar veya tehlike karşısında bir kimsenin başkasının mamelekine zarar veremiyeceği neticesine varılamaz, ve onun zaruret hali dolayısiyle kanunen tanınan hakkı inkâr olunamaz.

f — Zararla fiil arasında illiyet rabıtası olması,

İlliyet rabıtası, feda edilen menfaate doğrudan doğruya müteveccih bir tecavüz ânında mevcuttur. Doğrudan doğruya olmıyan bir tecavüzde olur mu? Olur. Meselâ bir yangın hâdisesinde tehlikeye mâruz kalan bir kimsenin kendi evini kurtarmak için komşusuna ait yangın söndürme aletlerini alıp zaptetmesi. Bu suretle komşunun evi de feda edilecek demektir.

D — Bu şartların tahakkuku halinde hukukî netice,

(62) Dr. C. Wieland Sachenrecht, tercüme, İ. Hakkı Karafakı 1946 S. 304.

a — Gayrimenkul malikinin tecavüze tahammül mecburiyeti,

Yukarda da konuya biraz temas ettik. Zaruret hali prensip olarak başkasına ait bir gayrimenkule tecavüz hakkı vermektedir. Tecavüz hakkı karşısında gayrimenkul malikinin de tecavüze tahammül mükellefiyeti vardır. Bu tahammül mükellefiyeti acaba Medenî Kanunun 618 inci maddesinin son fıkrasına aykırı düşmez mi? Çünkü mülkiyet hakkı her nevi müdahaleyi men yetkisini vermektedir. Nitekim 618 inci maddenin ikinci fıkrasında gayrimenkul malikinn (haksız olarak o şeye vaziyet eden her hangi bir kimseye karşı istihkak dâvası ikame ve her nevi müdahaleyi menedebilir) demektedir. Bu soruya hayır diye cevap vereceğiz. Zira tecavüz gayrimenkul mülkiyeti bakımından bir müdahale değildir. Bu itibarla mülk sahibi böyle bir tecavüz halinde mukabelede bulunamaz. Bulunursa kanuna aykırı hareket etmiş sayılır. Hattâ o derece kanuna aykırı hareket etmiş sayılır ki tecavüz edenin bu mukabele karşısında meşru müdafaa hakkı bile vardır. Hattâ mülk sahibi kusurlu olduğu takdirde bu mukavemeti yüzünden husule getirdiği zararları ödemekle mükelleftir.

E — Tazminat mükellefiyeti,

a — Prensip,

Zaruret hali dolayısiyle yapılan tecavüzden doğan zararları kim ödeyecektir? Kanun bu hususta kesin bir hükmü ihtiva etmemektedir. Bunun tâyinini yargıcın kesin takdirine bırakmıştır. Bu itibarla zararın ne dereceye kadar ve ne nisbette tazmin edileceğini ve zarar yapandan mutazarrırın ne dereceye kadar tazminat isteyebileceğini yargıç takdir eder. Nitekim Borçlar Kanunu 43 üncü maddesinin birinci fıkrasiyle 44 üncü maddesi yargıca bu hususta gerekli imkânları sağlamış ve ona yol göstermiştir. Fakat burada sadece bir malın korunması için mevzuubahis olan zaruret haliyle bir tecavüzden doğan zaruret halelrinin tazminat bakımından farklı olması icabedeceğini söylemek lâzımdır.

b — Tazminat iddiası,

Buradaki tazminat iddiası hukukî bünyesi itibariyle haksız fiillerden doğan tazminat iddiası gibi değildr. Bu, daha ziyade 676 ncı maddedeki hallerde olduğu gibidir. Binaenaleyh zaruret dolayısiyle gayrimenkulüne tecavüz edilen şahıs su, rüzgâr, çığ ve emsali tabiî kuvvetler vasıtasiyle bir kimsenin arsasına düşen mal veya arsaya giren hayvan, tavuklarının aranmalarına ve tutulmalarına arsa sahibinin müsaade etmek mecburi-

yeti vardır. Buna mukabil arsa sahibi tazminat ister. İşte burada mevzuubahis tazminat ta bu kabildendir.

Tazminatın tâyininde, failin kendi menfaatini kurtarması haliyle diğer bir şahsın menfaatini kurtarmak için zarar iras etmesi cihetlerinin bir ölçü olarak ele alınması mümkündür. Eğer bir kimse üçüncü bir şahsın menfaatini korumak için hareket etmişse bu takdirde menfaati korunmuş olan kimse haksız mal iktisap etmiş durumdadır. Fail ise vekâleti olmaksızın başkası nam ve hesabına iş yapan kimse durumundadır. Fakat bazı hallerde zarar iras edenin tazminatla mükellef tutulması hakkaniyete uygun olmıyabilir. Meselâ muhakkak ve hayatî bir tehlikeden üçüncü bir şahsı kurtaran kimsenin hareketinde olduğu gibi. Yukarıdaki misalimizde boğulmak üzere bulunan bir kimseyi kurtarmak için birisine ait sandalın halatından istifade ederek hayat kurtaran kimsenin tazminatla mahkûm edilmesi de hakkaniyete uygnu düşmez.

Zarar iras eden şahıs üçüncü bir şahıs değil de kendi menfaatini korumak için hareket etmişse ne olacaktır? Böyle hallerde kaideten zarar iras eden kimse tazminata mahkûm edilebilir. Mamafih bu kaidenin istisnaları da olabilir. Meselâ zarara uğrayanın kusurlu olması halinde olduğu gibi.

F — Unsurların tekemmül etmemesinin hukukî neticeleri

Unsurlar tekemmül etmezse ortada zaruret hali yoktur. Zaruret hali olmayınca da başkasının mülküne tecavüz bir hakka istinat etmez. Bittabi böyle hallerde gayrimenkul malikinin de tahammül mükellefiyeti yoktur. Gayrimenkulün maliki zaruret haline istinat etmiyen tecavüze karşı kuvvetle mukabelede bulunabilir. Ve tecavüz eden de bütün zararları ödemekle mükellef olur.

İSVİÇRE'DE ADLİ TIP

Yazan: **Dr. NAVİLLE**
Cenevre Tıp Fakültesinde Profesör

Tercüme eden:
Saide ALPAR

İsviçre müstakil kantonlardan müteşekkil bir federasyondur. Binaenaleyh, federal meclislerin konfederasyona tevdi ettiği kanun koymak ve organize etmek salâhiyetleriyle alâkadar noktalar hariç olmak üzere, prensipte her kanton, kanun yapmak ve organize etmek salâhiyetini haizdir.

Adlî Tıp, tıbbi bilgilerin cemiyetteki muhtelif hukuk ve organizasyon meselelerine ait tatbikatiyle ve bilmukabele hukuk ve organizasyon mefhumlarının tıbbın muhtelif sahalarına mütaallik tatbikatiyle iştigal eder. Bu izahattan anlaşılıyor ki, bütün İsviçrede federal hukuk tarafından aynı surette halledilen adlî tıp meseleleri mevcut olduğu gibi her kantonda muhtelif hal şekli alabilen adli tıp meseleleri de vardır.

Hukukun ilgilendiği tıbbî hâdiselere gelince, federal anayasanın muhtasar bir tetkiki, İsviçre hükûmet ve meclislerinin, başlıcaları aşağıda gösterilen bazı noktalarda bütün İsviçreye şâmil olmak üzere kanun vazedebildiklerini veya edebileceklerini göstermektedir.

— Askeri tıp ve askeri sigortaya taallûk eden hususlar.
— Bazı işçi kategorilerinin kazalara karşı mecburi sigortası,
— Konfederasyona bağlı âmme idarelerindeki müşavir tabiblikler,
— Bilhassa âmme sigortaları mevadında yüksek dereceli mahkemelerin organizasyonu,
— Hekimlik diploması elde etmeğe yarayan ders ve imtihanların organizasyonu,
— Tüberküloz hakkında federal kanun ve sarî hastalıklardan korunma,
— Bilhassa fabrikalarda cereyan eden her nevi kazalardan korunmağa dair hükümler v.s. fabrikalardaki iş tanzimi,
— Alkol rejimi,
— Uyuşturucu maddeler rejimi v.s.
— Cezai ve hukukî mevadda esas kanunlar (usulü muhakeme kantonlara tevdi edilmiştir).

Tehlikeli eşya veya maddelerin ticaretine dair kanunlar,
— Şahsi halin organizasyonu,

Yukarıda gösterilen sahalar federal hukuk tarafından tanzim edilir, diğerleri ise kantonal sahaya aittir.

Görülüyorki, diğer sahalarda prensip olarak kanton hukuku hâkimdir, ve kantonlar, aşağıdaki hususlarda kendi usullerine göre kanun yapmak ve organize etmek salâhiyetini haizdirler.

— Bazı hekimlerin resmî vazifeleriinn kantonal organizasyonu,

— Tıp fakülteleri, tıbbî araştırma enstitüleri, kantonlardaki hıfzıssıhha servisleri ve adlî tıp enstitülerinin organizasyonu,

— Hastalıklardan ve her nevi kazalardan korunmağa ve tehlikeli eşya veya madde ticaretine mütaallik federal kanunların icrası için kantonal hükümler,

— Eczane ve ecza depolarının kontrolü, ilk yardımın organizasyonu,

— Sporun tıbbi kontrolü,

— Umumî hastaneler, polikilinikler ve dispanserler,

— Umumun sıhhatı için tehlikeli olan gıda kaçakçılığının önlenmesi,

— Muhtelif sıhhî tesisatın kontrolü,

— İspirtolu içkiler rejimine mütaallik bazı hükümler,

— İçki içelnerin idareten göz altına alınması,

— Akıl hastalıklarına tutulan kimselerin rejimi (tecrit veya gözaltına alınma),

— Bilûmum aşılamalar,

— Manevî bakımdan tehlikede bulunan çocukların himayesini ve bilhassa mekteplerdeki tıbbi servisleri ihtiva eden çocuklar hakkındaki içtimaî teşebbüs ve vazifeler,

— Ceza evlerindeki tıbbî servisler,

— Hususi mahiyetteki sıhhî müesseselerin nezareti (klinik, dispanser ve çeşitli hastalıklarla uğraşan teşekküller),

Hasta bakıcılar, fiziyotrapötler, laborantinler, ebeler ve saire gibi tababete yardımcı olan mesleklerin nizam altına alınması ve nezareti,

— Adlî tıp enstitüleri,

— Bazı kaza sigortalarının, umumî veya hususi hastalıkların kontrol veya organizasyonu,

— Ölüm sebeplerinin tesbiti.

Yukarıdaki listelere teşebbüsün, gerek bütün İsviçre'de ve ge-

rek bazı kantonlarda bulunan hususi tıp cemiyetleriyle, mütehassıs cemiyetleriyle, kazılhaç ve Samariten müesseseleri ve sairenin organizasyonu ile meşgul olduğunu ilâve etmek lâzımdır.

Her pratisiyen hekim cemiyet içinde gördüğü vazifeden (mektep, fabrika, cezaevi, hastane doktorluğu), hastalıklardan vikâye için sarfettiği gayretten (cemiyetin hıfzıssıhha iş tababeti, fabrika ve sanayi yerlerinin hıfzıssıhhası, aşılama ilk yardım organizasyonu), âmme hizmetleri, zabıta mahkemeler, sigortalar v.s. için tanzim ettiği sertifika veya raporlardan dolayı çok defa hem içtimaî hem de adlî bir rol deruhte etmiştir. Fakat bazı içtimaî ve adlî tababet vazifeleri bilhassa bu maksat için kanunen tâyin edilmiş kimselere tevdi olunmuştur. İsviçrede ehlihibre olarak doktorluk vazifesi (âmme hizmetleri, mahkemeler, sigortalar için) bu işlerde ihtisası olan her hangi bir hekime hususi olarak tevdi edilebilir.

Buna mukabl âmme hıfzıssıhha ile ilgili meseleler, her kantonda, bir veya daha fazla kanton resmi hekimlerine tevdi edilmiştir. Aynı zamanda her kantonda, okul veya cezaevleri doktorluğu, akıl hastalıkları konseyi doktorluğu, devlet hizmetlerinde veya serbest olarak çalışmak isteyen namzetlerin imtihanlarını yapmak v.s. gibi diğer resmî vazifelerle mükellef daha başka hekimler de mevcuttur.

Kelimenin mutat mânasiyle, hakikaten adlî tıbbı alâkadar eden vazifeler bazı kantonlarda, aynı kanton hekimlerine tevdi edilmiştir. Meselâ: bütün ölüm sebeplerinin tesbiti, şüpheli, cebir veya kaza ile ölüm (katil, kaza, intihar, zehirlenme) vakalarında icap eden hususî muayeneler; anormal suçlulardan, delilerden, otomobil, kazaları veya edebe mugayır suçlardan mağdur olan kimselerin muayeneleri v.s. gibi.

Fakat ekseriya âcil muayeneleri icap ettiren bu servis büyük kantonlarda desantralize edilerek ya kanton hekimi veya adlî tıp enstitülerinin nezareti altında bulunan bölge hekimlerine tevdi edilmiştir. Filhakika bu servis, üniversitelerinde adlî tıp enstitüsü bulunan kantonlarda mezkûr enstitüler tarafından idare edilir.

İsviçrede bir çok üniversite olmasına rağmen, hakikatte ancak dört üniversitede adlî tıp enstitüsü mevcuttur. Bunlarda, Bâle, Berne, Cenevre ve Zürih'tedir. Lozan Üniversitesinde bir adlî tıp kürsüsü bulunmasına rağmen pratik bakımdan bu tarzda bir servise malik değildir. Buna mukabil bu üniversitede yüksek dereceli bir polis enstitüsü mevcuttur.

Yukarıda ismi geçen bu dört adlî tıp enstitüsünün her biri muhtelif şekiller de organize edilmiştir. Cenevredeki Adlî Tıp Enstitüsünde bir direktör tıp ve hukuk talebelerine adlî tıp dersleri verir ve bu talebelere yalnız nazari ders yapmakla kalmayıp kendi meşguliyet sahasına giren vaka-

lar üzerinde de tatbikat dersleri yapar. Bu enstitü çok mükemmel bir şekilde organize edilmiştir. Şöyleki, âmme makamları tarafından ölüm sebebinin tesbitine lüzum görülen bütün insanların kadavralarını zabıta buraya sevkeder. Hattâ buraya hastanelerde veya hususi kliniklerde ölüp de yine zabıta ve savcılık tarafından ölüm sebebinin tesbiti icabeden bir çok kimselerin cesetleri de sevkedilir.

Adlî tıbbı alâkadar eden her otopsi en mükemmel teknik şartlar içinde ve çok süratli olarak yapılmalıdır. İşte bunun için Cenevre Üniversitesinde takip edilen sistem diğer mıntakalardakine nazaran daha üstündür; Mevzuubahis mıntakalardaki hekimler, gittikleri vaka mahallerinde ekseriya çok fena teknik şartlar altında otopsi yapmak mecburiyetindedirler. Bu vaziyet ise icabeden bazı mühim fotoğrafların alınmasını, kimyevî veya mikroskopik analiz için bazı uzuvların veya bazı maddelerin uygun bir şekilde vücuttan ayrılmasını güçleştirmektedir; ve tabii olarak bazı vakalarda enstitü direktörü veya asistanlarının, yerinde yapılması icabeden bazı iptidaî ve âcil muayeneler için vaka mahalline davet edildikleri de vakidir; halbuki cesedin enstitüye nakli adalet cihazına, ihtiyacı olan bütün malûmatı teferruatiyle verecek şekilde muayenenin ikmal edilmesini sağlar.

Keza Cenevredeki enstitü, meselâ ölümü mucip olmayan ve fakat tıp veya adlî tıp bakımından ehemmiyeti haiz olan zehirlenmelerde alkol veya karbon oksidi miktarının tâyini gibi bazı araştırmalar yapmaktadır; bazan bu enstitü, âdabı umumiye aleyhine işlenen cürümlerle ölümü mucip olmıyan her türlü adlî tıp meselelerinin fail veya mağdurunu muayene etmekle de mükelleftir.

Enstitü asistanları, şahsi hal için cesedi yakma talepleri, kadavranın nakli v.s. için şehir veya hastanelerde vukubulan bütün ölümleri —sebebi tâbii bile olsa— tetkik etmekle mükelleftirler.

Burada şunu da hatırlatmak lâzımdır ki, şahsi hale dair olan federal hükümler, ölüm sebebinin her vakada tasrih edilmesini icabettirmezler; bu vazife daha ziyade kantonlardaki organizasyonlara terettüp ederki bunuda her kantona göre değişen kanton hukuku tâyin etmiştir.

Enstitü meçhul cesetlerin hüviyetlerini tesbit etmekle mükelleftir.

Tecrübe gösteriyor ki, cebir veya kaza ile ölüm, zehirlenme veya çocuk düşürme neticesi hastanelerde vukubulan bazı ölümlere dair tesbitlerin umumiyetle hastanelerde yapılmayıp adlî tıp enstitülerinde yapılması daha faydalıdır. Zira tedavi eden doktorlar meslek sırrı dolayısiyle bazı kayıt ve ihtiyata tâbi olmak mecburiyetindedirler, halbuki adlî tıp enstitüleri için hiç bir meslek sırrı meselesi mevzuubahis değildir.

Şehirdeki bütün ölüm sebeplerinin adli tıp enstitüsü asistanlarından biri tarafından tesbit edildiğinden yukarıda bahsetmiştik; kantonlara bağlı nahiyelerde bu tesbit işine memur edilmiş bir çok hekimler mevcuttur. Bu hekimler herhangi bir müşkilât vukuunda adli tıp enstitüsüne müracaat ederler.

Cenevredeki adlî tıp enstitüsünün nizamnamesinden başka, Cenevre kanton hukukunda, cesetlerin mulâjı, tahniti, yıkılması cesetlerin nakli ve teşrihlerinin yapılması için bunların anatomi salonuna teslimi, defin merasimi, ölünün mezardan çıkarılması ve bazı hekimlerin şehirde veya hastanelerde yapmak istedikleri otopsilere taallûk eden muhtelif nizamnamelerde vardır.

Bütün İsviçre için muteber olan bazı hükümlerin, doktorların tahsil ve imtihanlarını nizam altına aldığını yukarıda söylemiştik. Tıp fakültesinin organizasyonu ise kantonal sahaya aittir. Tıbbın ve tıbba yardımcı olan mesleklerin tatbikatına dair nizamları tesbit eden yine kantondur ve bu mevzuda 1926 senesinde Cenevre'de yapılan mükemmel bir kanunumuz vardır. Umumî olarak İsviçre'de, tababetin ne gibi şartlar dahilinde icra edileceğine dair hükümler federal olmaktan ziyade kantonaldır. Buna mukabil, tıp mesleğinin organizasyonuna, tıbbî teşekküllere muhtelif mütehassıs topluluklarına, melsekî menfaat ve vazife meselelerine taallûk eden hususlar için burada tafsilâtına girişemiyeceğimiz hem federal hem de kantonal hükümler mevcuttur.

VAZİFE UYUŞMAZLIĞI

(Uyuşmazlık Mahkemesine ait iki kararın tahlili)

Yazan : **Müfit BİRSEN**
Ankara C. Savcı Yardımcısı

I

Uyuşmazlık Mahkemesi 15-12-1949 tarih ve 10/15 sayılı kararında : Uyuşmazlık mahkemesi kurulması hakkındaki kanunun 8 inci ve mütakip maddeleri sarahatine göre vazife konusunun Uyuşmazlık Mahkemesince incelenmesi ancak Adalet Mahkemelerinin esas hakkında hükmünü vermesinden önce mümkündür (1) denmektedir.

1 — 4788 asyılı Uyuşmazlık Mahkemesinin kurulması hakkındaki kanunun 8 inci maddesine göre idare ve askerlik yargı yerleri tarafından çözülmesi gerekli bir dâvaya bakmağa genel mahkemeler kendilerini vazifeli gördükleri takdirde Bakanların veya Valilerin haklı görecekleri istekler üzerine Danıştay Savcısı, vazife konusunun Uyuşmazlık Mahkemesinde incelenmesini istiyebilir.

Savcının bu istekte bulunabilmesi için idarenin genel mahkemede ve en geç mahkemenin ilk oturumunda vazife itirazında bulunmuş ve mahkemenin de vazifeli olduğuna karar vermiş olması şarttır.

Kanunun bu hükmüne göre işin uyuşmazlık mahkemesinde incelenebilmesi için idare tarafından itirazın kabul edilmemiş olması lâzımdır, ve vazife itirazı da idare tarafından yapılmalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununa göre mahkemeler vazife konusunu re'sen nazarı itibare alabildikleri gibi taraflar da vazife itirazını her zaman dermeyan edebilir. Fakat işin uyuşmazlık mahkemesinde halli için vazife itirazının İDARE tarafından İLK CELSE de yapılmış olması lâzımdır. Aksi halde, vazife itirazını uyuşmazlık mahkemesi değil, esas hükümle birlikte Yargıtay tetkike salâhiyetli olur.

2 — Kanunun 9 uncu maddesine göre «..... vazife konusunun uyuşmazlık mahkemesince incelenmesini isteyen Bakan ve Valiler kararın verildiği tarihten başlamak üzere onbeş gün içinde dâva dilekçesinin ve cevap lâyihalarının birer örneği ile mahkemenin vazife hakkındaki kararının bir örneğini, dâvanın idare ve askerlik yargı yerleri tarafından çözül-

(1) Adalet dergisi yıl 41. Sayı 4. Sahife 551.

mesini gerekli kılan sebepleri göstermek suretiyle Danıştay Savcısına gönderirler. Danıştay Savcısı dâvayı gören mahkemeye bir muhtıra gönderir ve ileri sürülen sebepleri muhtırasına yazar ..... mahkemenin cevabını alan Danıştay Savcısı işi inceledikten sonra o dâvayı çözmeğe genel mahkemenin vazifeli olmadığına kanaat getirirse yedi gün içinde vazife konusunun uyuşmazlık mahkemesinde incelenmesini istiyerek işi bu mahkemeye verir.....„

Demekki idare ilk oturumda genel mahkemenin işi görmeğe vazifeli bulunmadığını iddia ederde, bu iddiası reddolunursa, kanun, reddolunan bu itirazın hususi bir mahkemede tetkik edilmesini kabul etmiştir.

Umumî kaide şudur : Ara kararları kabili temyiz deyildir. Ara kararı ile reddolunan bir meseleden esasa müessir olabilecekleri veya taraflar esası müessir farzettiklerinin esas hükümle birlikte yüksek vazifeli mahkemeden tetkikini istiyebilirler. 4788 sayılı kanun bu umumî kaideye bir istisna vaz'etmiş bulunuyor.

Danıştay Savcılığına müracaat, karar tarihinden itibaren 15 gündür. Müddetinde yapılan itirazı ve buna ait evrakı Danıştay Savcılığı inceler, itirazı yerinde bulmazsa red, yerinde görürse işi uyuşmazlık mahkemesine sevkeder.

3 — Kanunun 10 uncu maddesine göre de : işin Uyuşmazlık Mahkemesine verildiği kendisine bildirilen mahkeme, vazife hakkında uyuşmazlık mahkemesince bir karar verilinceye kadar dâvanın görülmesini geri bırakır.

Şu hükme göre vazife ihtilâfı bir «meselei müstehire» dir. O halde vazife itirazının reddi üzerine, ertesi celsede idarenin mümessili veya vekili işin uyuşmazlık mahkemesinde tetkiki için gereken müracaatı yaptığını mahkemeye bildirirse ve müracaatına dair bir vesikada ibraz etse mahkeme buna binaen mahkemeyi talik edebilir mi?

Kanunu tetkik edersek : «..... şu kadar ki, işin uyuşmazlık mahkemesine verildiğini bildiren telgrafın alındığı tarihten başlamak üzere üç ay içinde bu mahkemenin kararı gelmezse yargıç dâvayı görmeğe devam eder» denmektedir.

Şu halde itirazı dermeyan edenin mahkemeye müracaatı üzerine vazife ihtilâfının halli için duruşmalar tâlik edilemez. Olabilir ki Danıştay Savcılığı işi uyuşmazlık mahkemesine sevketmez ve talebi reddeder (madde 9).

Binaenaleyh Danıştay Savcılığınca işin uyuşmazlık mahkemesine tevdi edileceği resmen mahkemeye bildirilmedikçe yargıç muhakemeye

491

devam eder. Eğer işin uyuşmazlık mahkemesine tevdi edildiği bildirilmişse bu takdirde muhakemeyi üç ay için talik etmek mecburiyeti vardır. Üç ay içinde gereken karar verilmemiş olduğu takdirde yargıç muhakemeye devam eder. Yani uyuşmazlığın hallini beklemez ve bekleyemez.

Vazife itirazın Danıştay Savcılığından uyuşmazlık mahkemesine intikalinden evvel veya intikaline rağmen kararın gecikmesi sebebile mahkeme tarafından esas hakkında bir karar verilmişse, onuncu maddenin son fıkrası gereğince bu karar nazarı itibare alınmaz. Zira bu fıkrada «..... ancak esas hakkında (Mahkeme) son kararını vermeden uyuşmazlık mahkemesinin kararı gelirse (Yargıç) bu karara uymakla ödevlidir.» denmiştir.

İmdi Danıştay Savcılığı işi uyuşmazlık mahkemesine sevketmedikçe mahkemeye bir iş'arda bulunamıyacağı ve mahkemece de bu iş'ardan evvel yargılamaya devam zarureti bulunduğundan esas karar verilmiş veya iş uyuşmazlık mahkemesinde gecikmiş de bu sebeple son karar verilmiş ise, artık uyuşmazlık mahkemesinin vereceği karar bir hüküm ifade etmez.

Binaenaleyh ihtilâf usulü dairesinde ve müddetinde ihdas edilmiş olsa bile, kanunun tâyin ettiği ahval haricinde hâkimin ihtilâf neticesini beklemeksizin esas hakkında karar vermesi kanuna aykırı olamaz. Ve böylece esas hakkında karar verilmiş olduğu takdirde, mahkemenin vazife kararı hakkında, uyuşmazlık mahkemesince bir karar alınmaması, bu müessesenin felce uğramasını intaç etmez.

Hülâsa, uyuşmazlık mahkemesinin özetini verdiğimiz kararın da belirtildiği gibi ihtilâf bahis konusu bile olamaz. Uyuşmazlık Mahkemesince bir kararın ittihaz edilebileceği kabul edilse bile, verilecek kararın kabiliyeti tatbikiyesi yoktur.

II

Uyuşmazlık mahkemesi ayni tarihte 15/18 sayı ile bir de şöyle karar vermiştir : Vazife konusu, uyuşmazlık mahkemesinde incelenebilmek için idarenin, Adalet mahkemesinde ve mahkemenin en geç ilk oturumunda vazife itirazında bulunması lâzımdır.

Çoğunlukla ittihaz olunan bu karara bozmadan sonraki yargılamanın ilk oturum olduğu ve bu oturumda yapılan itirazın ilk oturum da yapılmış addolunacağına dair muhalefet şerhi verilmiştir (1).

1 — Memleketimizde adlî, idarî ve askerî olmak üzere başlıca üç çe-

(1) Adalet Dergisi Yıl 41 Sayı 4 Sahife 553.

şit kaza mercii vardır. Adlî kaza ile idarî veya askerî kaza arasında vazife bakımından bir ihtilâf çıkarda, genel mahkeme kendisini vazifeli görürse ihtilâfın halli uyuşmazlık mahkemesine aittir.

2 — Vazife, müdeabihin kıymetine veya dâvanın mevzuuna göre tâyin olunmuştur.

Rüyet ve tetkiki diğer bir mahkemeye veya idare makamlarından birien ait bir dâva mahkemeye arzolunursa mahkeme vazifedar olmadığına resen karar verir.

Vazife iddiası muhakeme bitinceye kadar dermeyan olunabilir.

Muhakeme (veya tahkikat) hüküm ile sona erer. Hükümler kabili temyizdir. Temyiz mahkemesince yapılan tetkikat sonunda hüküm tastik edilirse, karar (hüküm) kesinleşmiş olur. Eğer karar bozulursa, bozma dairesinde yargılamaya devam olunur.

3 — Bazı itirazlar vardır ki bunlara itirazatı iptidaiye denir, ilk celsede ve esasa girilmeden evvel dermeyan edilmesi lâzımdır. Aksi halde nazarı itibare alınmaz. Vazife itirazı ilk itirazlardan değildir.

4 — Esas hakkındaki hüküm Yargıtayca bozulduğu takdirde dâvanın yeniden tetkiki sırasında ilk itiraz dermeyan edilemez.

5 — 4788 sayılı kanunun 8 nci maddesinin 2 nci fıkrası, vazife konusunun uyuşmazlık mahkemesinde incelenmesi için bu hususiaki itirazın ilk oturumda yapılmasını âmirdir.

Kanunun bu hükmüne göre genel mahkemenin vazifeli olmadığına dair olan itiraz, bir nevi «itirazatı iptidaiye» dendir. Başka bir değişle 8 inci maddenin bu fıkrası işin uyuşmazlık mahkemesinde incelenmesi bakımından Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun vazife itirazı hakkındaki hükmüne bir istisna vaz'etmiştir.

Şu halde nasıl itirazatı iptidaiyenin esasa girilmeden yapılması lâzım geliyorsa, işin uyuşmazlık mahkemesine sevki için vazife itirazının da ilk celsede yapılmış olması lâzımdır. Kanundaki «ilk oturum» tâbiri de bu fikri teyit eder.

Bozmadan sonra, cereyan eden muhakeme evvelkinin devamı mahiyetindedir.

Binnetice uyuşmazlık mahkemesinin çoğunlukla verdiği bu karar kanuna ve hukuk prensiplerine uygundur.

Şöylede düşünülebilir : Bu karar bozulmasaydı, idare vazife itirazında bulunamıyacaktı veya idarenin vazife itirazı Yargıtayca reddedilmiş olacaktı. Yargıtayın dokunmadığı noktalar, tastik edilmiş demektir. Binaenaleyh mahkeme ancak bozma dairesinde yargılamaya devam edecektir.

Bozmadan sonra ki celseyi «ilk oturum» addedecek olsak, Yargıtayın zımnen tasdik ettiği bir hükmü uyuşmazlık mahkemesine götürmüş oluruz ki, bu kanunun vazetmiş olduğu kaidenin ihlâli demektir.

BİBLİYOGRAFYA

Sadık PERİNÇEK - Cahit ÖZDEN : Türk Ceza Kanunu ve buna ait seçilmiş Yargıtay kararları. İstanbul Güven Basımevi : 1950, lira : 7,5.

Yargıtay C. Başsavcılığı Yardımcılarından Sadık Perinçek ve Cahit Özden taraflarından son tadillere göre Türk Ceza Kanunu maddeleri; seçilmiş ve emsal olabilecek Yargıtay Genel Kurul, İçtihadı Birleştirme ve daire kararları, not ve ilâvelerle işlenerek Meriyet Kanuniyle birlikte güzel bir tertip ve tasnifle neşrolunmuştur.

Kanun maddeleri altına Yargıtay kararları alınırken bunlar büyük bir dikkatle incelenmiş, yaşayan ve emsal olabilecekleri seçilmiş ve sonuçları takip edilmiştir.

Kitabın önsöz yazısında; kanun maddeleri altına eklenen Yargıtay kararları için : «Fiillerin türlü şekiller oluşu ve başka başka neticeler vermesi, Bir hareketin suç mudur? Suçsa fiiline hangi madde uygulanır meselelerini doğurmakta ve bu meselelerin halli gaye teşkil etmektedir. Bütün düşünceler, uğraşmalar, kanunun isabetli tatbiki ve adaletin bulunması içindir. Bu uğurda hukukçular çok defa münakaşa halindedirler. Şüphesiz hak ve hukuk üzerinde daha çok düşünmüş ve tecrübe yapmış Yargıtay yargıçlarının düşüncelerinden doğan Yargıtay kararları tatbikatçıları daha çok adalete yaklaştıracak ehemmiyettedir» denilmektedir ki böylelikle bu kararlara verilen önem pek güzel belirtilmiş bulunmaktadır.

Kitapta, maddelerde yapılmış olan değişiklikler madde yanlarına (muaddel) kelimesiyle işaretlenmiş ve bundan başka maddelerde yazılı suçların hangi mahkemelerde görüleceği fıkralar sonunda (sulh, asliye, ağır ceza) yazılarak belli edilmiştir. Daha sonra metin altına madde değişmişse değiştiren kanunun sayısı ve ilgili kanunlarla maddeler yazılmıştır. Ayrıca her maddeye ait Yargıtaydan çıkan kararlar o madde altına tarih sıralarına göre sıralanmış ve yeni olmalarına dikkat edilmiş ve ekserisi 947, 948, 949 yıllarına ait olanlardan alınmış ve bunların da altına alâkalı içtihatların bulunduğu madde numaraları gösterilerek oradan bakılması bildirilmiştir.

Para cezalarının da, kanunun bazı maddelerini değiştiren 5435 sa-

855

yılı kanunla misil arttırılmasına tâbi olup olmadığı, tâbi olduğu takdirde kaç misli arttırıldığı ilgili maddeler altında belirtilmiştir.

Başka bir kolaylık olmak üzere de kitabın baş tarafında Türk Ceza Kanununu değiştiren bütün kanunların sayıları, kabul, yayın veya yürürlüğe girdiği tarihler —Takibi Adalet Bakanlığının iznine bağlı suçlar— Adalet Bakanlığının talebine bağlı haller —Şikâyete bağlı ve şahsî dâva yoliyle takibi mümkün olan fiiler— takibi şikâyete bağı bulunmakla beraber kamu dâvasının açılmasını icabettiren suçlar tablolar halinde gösterilmiştir.

Kitabın son kısmına da kanunun bölümlerine göre ve tatbikatta kolaylık sağlamak bakımından ayrıca alfabetik olmak üzere iki fihrist; Meriyet Kanunu ve 5435 sayılı kanun ilâve edilmiştir.

Kitap; tatbikatçıların, avukatların ve halkın tam istifade edebilecekleri değerde hazırlanmıştır.

Müellifleri bu başarılarından dolayı tebrik eder, kıymetli kitabın eser sahiplerinden tedarik edilebileceğini hatırlatırız.

★

Ord. Prof. Dr. M. Tahir TANER: Ceza Hukuku. Umumî kısım. İstanbul: Ahmet Sait Matbaası: 1949, Sayfa 3—732. Kr. 1140.

★

Prof. Abdülhak Kemal YÖRÜK: Hukukun Umumî Prensipleri. Basım: İstanbul İsmail Akgün Basımevi; Sayfa: XI—184, Kr. 290.

★

Prof. Dr. Recai Galip OKANDAN: Devletin Şahsiyeti. İstanbul İsmail Akgün Matbaası: 1949, Sayfa: 44.

★

Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER: Cezaî Mesuliyetin Esası. İstanbul İsmail Akgün Matbaası: 1949, Sayfa: VIII—172. Kr. 270.

★

Doçent Dr. Nurullah KUNTER: Suçun Kanunî Unsurları

Nazariyesi. İstanbul İsmail Akgün Basımevi : 1949. Sayfa : 279, Kr. 420.

★

Doçent Dr. Naci ŞENSOY : Çocuk Suçluluğu - Küçüklük - Çocuk Mahkemeleri ve İnfaz Müesseseleri. İstanbul İsmail Akgün Basımevi : 1949, Sayfa : VIII—215. Kr. 335.

★

Selâhaddin OKUROĞLU : Eski ve Yeni Miras Hükümlerine Nazaran İzahlı ve Tatbikatlı Miras Taksim Anahtarı. Ankara Yeni Cezaevi Basımevi : 1949, Sayfa : 230, Kr. 515.

★

Mustafa Atalay SAMYELİ : Mal Sahipleri ve Kiracılar Arasındaki Sözleşmelerle Yapılacak Zamlar Hakkında Kanun. İstanbul Burhanettin Erenler Matbaası : 1949, Kr. 10.

★

İsmail Hakkı Ülgen : Hukuk Bilgisi. II. nci Basım. İstanbul Millî Eğitim Basımevi. Sayfa : III—88, Kr. 120.

★

Çalışma Mevzuatı. Cilt : 2, Çalışma Bakanlığı Yayını. İstanbul Güven Basımevi : 1949, Sayfa : XXIV—1142. Kr. 560.

★

Bedri EDİS : III. üncü Tertip Millî Eğitim Düsturu. Kanunlar. Birinci Cilt, II. nci Kitap. İstanbul Güven Basımevi : 1949, Sayfa : 224, Kr. 300.

★

Ahmet Eltaf KASİDECİOĞLU : Medenî Hukukta Şahsın İsmi. İzmit Ahmet Fevzi Matbaası : 1949, Kr. 50.

★

Mahmut Nedim GÜNDÜZALP - Mustafa Nuri ANIL : Şerhli Gümrük Kanunu ve İlgili Kanunlar. İstanbul Becid Basımevi : 1949, Sayfa : XII—357, Kr. 1250.

★

Yaşayan Hukuk Dergisi. Sayı : 7, Kr. 100.

Ankara Avukatlarından M. Celâl Bulut, Fahri Halil Örs ve Emin Abdullah Özerol taraflarından aylık olarak neşrolunan «Yaşayan Hukuk Dergisi» nin 7 nci sayısı da evvelki nüshaları gibi büyük itina ile hazırlanmış, kapak ve güzel bir tertiple mükemmel olarak çıkmıştır. Bu sayının muhtevası şunlardır :

Makaleler : Paris Üniversitesi Ceza İlimleri Enstitüsü mezunlarından Hukuk Doktoru : Avukat Muhiddin Göklü'nün : «Ölmek ve öldürmek hakkı», Samsun C. Savcı Muavini Fahri Ar'ın : «Cezanın içtimaî faydası, Gerede Sorgu Yargıcı Nejat Aydın Aysoy : «Türk Ceza Kanununun 551 inci maddesinde yazılı kabahatler için uygulanacak zamanaşımı süresi», Avukat Bülent A. Savcı'nın : «3887 sayılı kanun gereğince yapılan istimlâk muameleleri hakkında», Avukat Muvaffak Üçer'in : «Adalete giden yol (tercüme), İzmir Ağır Ceza Mahkemesi Reisi Muhlis Tümay'ın : «Meclisteki sözleri dolayısiyle Sedat Pek'e açık mektup», Millî Savunma Bakanlığı Hukuk Müşavir Muavini Hilmi Özarpat'ın : «İdarî muamelelerde zamanaşımı ve Askerî Yargıtay'ın bu hususlaki iki kararı» başlıklı yazıları;

Yargıtay Kararları : 4 adet Dördüncü Hukuk, 6 adet Beşinci Hukuk, 3 adet İcra ve İflâs, 2 adet İkinci Hukuk ve 1 adet Danıştay 6 ncı Dairesinin kararları.

★

İstanbul Barosu Dergisi. Yıl : 1950, Sayı : 3.

İstanbul Barosunca ayda bir yayınlanan kıymetli Hukuk Dergisinin Mart 1950 ayına ait nüshası şu yazı ve Yargıtay kararlariyle yayınlanmıştır :

Avukat Volf Çernis : Yargıtay Ticaret Dairesinin, Kirada şarta ve kanuna muhalefete ait 1949 yılı içtihatlarının tahlili; Avukat Şevket Karadeniz : Vergi hukuku ve muhasebe; Yargıtay kararları, Disiplin kararı, Kanunlar, Ölenler.

★

İleri Hukuk Dergisi. Sayı : 58.

Mardin Milletvekili Kâmil Boran tarafından her ay değerli hukuk yazıları, seçme ve seçme Yargıtay kararlariyle yayınlanan derginin 1950 yılı Nisan nüshası : Dr. Necmettin M. Berkin'in : Ticaret Hukukumuzda

hesabı carî mukaveleleri adlı makalesini ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun : «Karışık yağ satan sanığın suçunu inkâr etmesi ve mutazarrırın beyanı», «Hırsızlıktan mükerrir olanlar, tekerrür dolayısiyle verilecek ceza miktarı», «Tutuk olmıyan cezaevindeki mevkuflara tahsis olunan misafir defterinde kayıtlı koğuşa kabulü», «İlk soruşturma evrakının 5 ay muamelesiz bırakılması ve 8 inci maddenin uygulanması»; Yargıtay Ticaret Dairesinin : 1. «Mecurun kira şartlarına aykırı olarak kiraya verilmesi ve akit şartlarına riayetsizliğin delillerle tesbiti», 2. «İnşaat taahhüt işi, kontrolü ve nezareti ve bundan doğan dâvaların görülmesi», 3. «İş verenin, işçinin kusurundan doğan iş aktinin feshi haklı olduğu zaman iş akdini feshetmemesi ve İş Kanunu hükümleri», 4. «Gemi adamlarının kusurundan doğan alacakların zamanaşımı», 5. «Hizmet akdinden doğan alacakların zamanaşımı», 6. «Savunmasını usulen ispat edemiyen dâvacının durumu», 7. «Tatbika medar ittihaz olunan belge», 8. «Bedeli istenen elbisenin bedeli hakkında başkaca delil olmaması ve re'sen takdir hakkı», 9. «Reddolunan dâvanın gerekçesinden dolayı dâvalının temyize hakkı olup olmadığı; Yargıtay 4 üncü Ticaret Dairesinin : «Fuzulen işgal edilen Hazineye ait gayrimenkule vâkı müdahalenin men'i dâvası, İmar ve onarma masrafı hakkındaki kararlariyle Hukukta Yargılama Usulü Kanunu tasarısı gerekçesini ihtiva etmektedir.

★

Pratik Hukuk Mecmuası. Yıl : 2, Sayı : 4, Kr. 75.

İstanbul Üniversitesi Ordinaryüs Profesörlerinden Mustafa Reşit Belgesay'ın yazı işlerini fiilen idare ettiği ve İstanbul Avukatlarından Emcet Belgesay'ın sahibi bulunduğu her ay Yargıtay ve Federal Mahkeme kararlarının tahlil ve tenkidi yazıları,Kanun tadil ve İcra-İflâs Kanunu şerhi ilâveleriyle yayınlanan değerli Hukuk Dergisinin Nisan 1950 sayısı şu münderecatı kapsamaktadır :

Analiz edilen kararlar : Mahkeme kararlarının daha kolay icrasını temin eden bir vasıta : Astrent Usul Kanunu ile tâyin edilen para cezaları;

İlâve : Hukuk Usulü M. Kanununun bazı maddelerini değiştiren Kanun.

İlâve : Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay'ın : İcra ve İflâs Kanunu şerhi 13, 14 üncü formaları.

★

Tatbikatta Yargıtay Kararları. Yıl : 1, Sayı : 12, Kr. 50.

İstanbul 4. üncü Ticaret Mahkemesi Üyesi Hayrettin Sezik'in sahibi

894

bulunduğu «Tatbikatta Yargıtay Kararları» adlı kıymetli Hukuk Dergisi, 1950 yılı Nisan nüshasiyle birinci yıl kolleksiyonunu tamamlamış bulunmaktadır.

Bir senedenberi tatbikatta bütün hukukçulara yol göstermekte olan mecmuanın bu sayısı : Senelik alfabetik fihrist ve özetlerini aşağıya aldığımız Yargıtay kararlarını ihtiva etmektedir :

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu : «Takip hukukuna ait muhkem kaziye», «İhaleyi ve şartlarını kabul eden mütaahhidin mukavele yapmaktan imtinaı», «Hâkimin istinkâfı üzerine merci tâyini yetkisi»;

Yargıtay Ticaret Dairesi Kararları : «Hakem sıfatı olmıyan Dispeçinin hâdiseyi avarya tavsifi», «Limited şirket şerikinin hissesini devretmesinin tekemmülü», «Rehnin paraya çevrilmesi yolunda takipte bulunmağa mecburiyet yoktur», «Hususî şirket şerikinin üçüncü şahısla yaptığı taahhüdün devri»,

Hukuk ve İcra - İflâs Daireleri Kararları : «Suiniyet sahibi zilyedin tazminat sorumluluğu», «İmar ve ihya sebebiyle zilyedliğin tesbiti», «Tapuda kayıtlı yerlerden fazlasının satışı ve tazmini», «Meccanen ferağ ve gayrimenkule iktisap», «Örf ve âdet dışı nişanlanma», «Dâvanın sebebini beyan kâfi olup olmadığı», «Hissedarlar arasında yapılan taksim», «Gıyap kararı tebliğinden sonra yetkisizlik itirazı», «Fakrü zaruretten mütevellit boşanma dâvası», «Sıhhî, içtimaî ve ahlâkî bakımdan tahliye», «Mecurda âkidin velâyeti altında bulunan çocukların oturması», «Kiracının mecurda fer'î zilyedliği», «Ana ve babadan mahrum çocuklar hakkında tedbir ittihazı», «İhtiyatî haciz kararına vâkı itirazın ref'i talebinin reddi ve dâva müddeti», «Köy Kanununa göre istimlâk», «İflâs masasına kaydedilen alacaklarda temyiz kabiliyeti».

★

Hukuk Kataloğu (1950) : İstanbul Üniversite Kitabevi Yayını.

İstanbul Ankara Caddesi 96 numarada Üniversite Kitabevi hukukçularla aydınların yeni adlî yayınları zamanında öğrenebilmelerini teminen «Hukuk Kataloğu» adiyle çok faydalı bir broşür neşretmiştir.

Kataloğ hâlen satılmakta olan bilûmum hukuk kitaplarını içerisine almış bulunmaktadır.

Broşürün arka kapağında belirtildiği üzere yeniden yayınlanacak kitaplar her iki ayda «Yeni Neşriyat Bülteni» adiyle neşrolunacak olursa

Üniversite Kitabevinin meslektaşlara yaptığı hizmet ve fedakârlık daha büyük olacaktır.

Okuyucularımız hukukî eserler yayınlama ve satma işlerinde yegâne denebilecek bir faaliyet gösteren Üniversite Kitabevine adreslerini bildirirlerse Hukuk Kataloğunu ve isteyecekleri kitap ve saireyi en kısa zamanda alabileceklerdir.

★

Yeni Hukuk ve İçtihatlar Dergisi. Yıl : 3, Sayı : 16, Kr. 30.

Üsküdar Sorgu Yargıcı Naim Tezmen tarafından üç yıldanberi her ay itina ile yayınlanan Hukuk Dergisinin Nisan 1950 sayısı başlıklarını aldığımız şu üç yazı, 23 adet Yargıtay ceza ve hukuk kararları ve yeni kanun ilâveleriyle çıkmıştır :

Hulûsi Altuner : Yargıtay İcra - İflâs Dairesinin bir kararının tahlili, Arif Yeşin : Ceza M. Usulü Kanununun 51 inci maddesi üzerinde bir inceleme, Reşat Deniz : İngiltere'de çocuk mahkemeleri;

«Adalet encümenleri merci tâyin edemezler», «Müşterek yaşamadaki menkul mallar haczolunabilir» başlıklı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları; «Dâvalar ne şekilde tevhit olunur», «Başkasının arsasına yapılan bina ve ağaçların temellükü», «Cevap lâyihasında vekâlet ücretinin istenmesi feragat değildir», «Yeni malikin gayrimenkulü tahliye ettirebilmesi», «Murisin alyans yüzüğü alması, mirasın kabulü değildir», «Bağıttan doğan kefil ve borçlunun faizle sorumluluğu», «Müşterek mülkte yapılan inşaat masraflarının talep edilebilmesi», «Hazine vekili cumhurbaşkanlığını temsil edebilir», «Vergi Usul Kanunundan doğan ihtilâfa kim bakar» hakkında Yargıtay Hukuk Daireleri kararları;

«Kendisini öldürmek isteyenlerden kaçarken öldürmek müdafaai nefistir», «Tekel maddelerini fazla fiyatla satmak Millî Korunma suçu olup Asliye işidir», «İhtisas sahibi olmıyan hükûmet hekimi gebelik için rapor veremez», «Tarlaya zarar veren kuş ve kümes hayvanları öldürülebilir, diğer hayvanlar öldürülemez, fiil suç olur», Tehdit çocuklar vasıtasile babaya nakledildiğinden suç âdi tehdittir», «Hava parası alınması müstakil bir suçtur», «Haksız menfaatin temini değil, kastedilmesi de suçun tekevvününe kâfidir», «Kumar suçunda zaman aşımın hesabı», «Şosa üzerinde akasya ağaçlarının dâvası Asliye işidir». hakkında Yargıtay Ceza Daireleri Kararları;

İlâveler : 5519 sayılı «Hukukî kıymetini kaybetmiş olan gayrimenkullerin mahkemelerce tescilinin yapılacağı»; 5520 sayılı «Tapu kanunu-

nun 31. M. değiştirilmesi»; 5237 ve 5478 sayılı «Tahliye dâvalarında kontrato cezaları alınmıyacağı» hakkındaki kanunlar.

★

Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası. Yıl:II,Sayı:19,Lira:1.

İstanbul Üniversitesinde Dr. Zahit İmre, Dr. Sahir Erman ve Dr. Halit Kemal Elbir taraflarından her ay çeşitli mevzulardaki kıymetli makalelerle neşrolunan «Hukuk ve İktisat Mecmuası» nın 1950 yılı Nisan nushası aşağıdaki yazıları ihtiva etmektedir:

Makaleler: Ord. Prof. Giusseppe Bettiol: 1945 den sonra İtalyada ilim ve mevzuat, Dr. Vakur Versan: Dünya Devleti fikrinin dayandığı temeller, Doçent Dr. Nurullah Kunter: Umumî affın şumulü meselesi, Doçent Mahmut Belik: Birleşmiş Milletler ve iktisadî sosyal meseleler, Cahit Kayra: İngilterede tasarruf politikası ve tasarruf bankaları, Reşit Ülker: Boşanma ve ayrılık dâvalarında sulhteşebbüsü lüzumsuz mudur;

İktisadî Hayat: Dr. Hayrettin Erkmen: 1950 bütçesi ve gerekçesi; Türkiye Siyasî kalkınma Bankası.

Sosyal Hayat: Dr. Zahit İmre: Prof. Julliot de la Morandiére'in konferansları, Dr. Bülent Köprülü: Bataklıkların kurutulması ve bundan elde edilecek topraklar hakkında; Ziya Tataç: İş kazaları ve meslek hastalıkları kanunu ile işçi sigortaları kanunlarının değiştirilmesi, İş ve işçi bulma kurumu teşkilâtının takviyesi, Zonguldakta Amele Birliğinin Banka Kurması, Ereğli kömür havzası amele birliği çalışmaları, Karabük fabrikalarının yeni istihsalleri, Ziraî sigorta, İş kanununa ait nizamname, bir türk hukukçusunun Paristeki konferansı;

Dış Memleketlerde Sosyal Hayat: Dr. Vakur Versan: Harold Laski' nin ölümü, Dr. Zahit İmre: İçtimaî emniyet hakkında milletlerarası bir anlaşmaya doğru, Ren havalisi deniz işçileri hakkında içtimaî emniyet ve çalışma mukavelesi projeleri;

İçtihat Tahlili: Dr. Zahit İmre: İş aktinin feshinden doğan tazminat ve kıdem ikramiyesi talebi hakları; T.C.Merkez Bankasının Mart ayı Haftalık Vaziyetleri...

★

İş Mecmuası. Cilt : XVI, Sayı : 104, 105.

İstanbulda Bayazıt Posta Kutusu 16 adresinde ayda bir yayınlanan İş Mecmuası'nın 1950 yılı Nisan ve Mayıs nushaları şu başlıklı yazıları ihtiva etmektedir:

Cahit Orhan Tütengil: Köy Enstitüleri bayramı münasebetile Prof. Halide Edip: Bizde gazeteci nasıl yetişir; Fındıkoğlu Z. Fahri: Tanzimatcı bir şair; Ahmet Halil: adlarımızın durumu; Nusret Namık: Halk Bankası Kanunu münasebetile; Dr. M. Koyulhisarlı: İçtimaî siyaset meseleleri; Şiranizade Rıza: İran Azerbeycanındaki fena durum; Dr. Orhan Tuna: İşsizlik meselesi; Olup Bitenler: Şark gazetesi - Faydalı bir risale - Türk hatipleri - Genç nesillerle konuşmalar V.S.

★

Hukuk ve İçtihatlar Dergisi. Yıl:5,Sayı:25,Kr,100.

Konyada Avukat H. Halis Sungur tarafından iki ayda bir yayınlanan bu kıymetli hukuk dergisinin Ocak-Şubat 1950 sayısı: Doç. Dr. Necip Bilge'nin: Kanun dışı birleşmeler; A. Ulvi Aksoy'un: Son tâdile göre para cezaları ve adlî tevbih başlıklı makaleleri ve 2. Yargıtay Tevhidi içtihat, 18 Hukuk, ve 2 ceza, 3 Danıştay ve 1. Milletvekilleri Yüksek Seçim Kurulu Kararları ve Bibliyoğrafya ile çıkmıştır.

———o———

463

FEDERAL MAHKEME KARARLARI

BORÇLAR HUKUKU

Scoop İndustries S. A. tarafından M. L. Waldispühl'e karşı açılan, dâvada I. Hukuk Dairesinin verdiği 29/Mart/1949 tarihli karardan parçalar.

Borçlar Kanununun 69 uncu maddesinin (Türk Borçlar Kanunu mad. 68) tatbiki hususunda prensip meseleleri (kısmî edimler).

A. — 14/Ağustos/1946 tarihli mektubu ile dâvalı Waldispühl kollektif şirketi, Johannesburg'daki (Cenubî Afrika) dâvacı Scoop İndustries S. A.' ya, bir İsviçre bankasında gayri kabili rücu bir akreditif açılması kaydile siparişin alınmasından iki hafta sonra teslim edilmek üzere, muhtelif oyuncaklar teklif etmiştir. 28/Ağustos/1946 da dâvacı telgrafla 200 Universal oyuncak motörü, 50 transformatör, 50 Resal-lokomotif, 200 vagon, 3000 ray sipariş etmiş ve bu siparişi yaparken, bunların 15/Eylül'den daha geç olmamak üzere paket postası ile sevkini şart koşmuştur. 30/Ağustos/1946 tarihli bir mektupla dâvacı bu telgrafı teyit etmiş, trenlerin takım halinde ambalâja sarılmasını istemiş ve bu hususta demiştir ki :

«Bu malların paket postası ile yapılacak sevkiyatının bize yükliyeceği yüksek masrafları nazarî itibara almaksızın, bu emtiayı, satış fiatının yüksekliği dolayısile Noel sezonundan önce almamız icabettiğini bildirmek mecburiyetindeyiz, ve şayet herhangi bir sebeple bir gecikme mevcut olup da bu tarih için paket postahanesi vasıtasile malları gönderemiyecek iseniz, keyfiyetten derhal telgrafla bize malûmat vermenizi rica ederiz. Şurasını belirtmek zorundayız ki, malların kısmen sevki ve tam olmıyan takımlar Noel satışları için işimize yaramıyacaktır».

10/Eylül/1946 da dâvacı telgrafla, posta masraflarını ve en erken sevk tarihini sormuştur. 12/Eylül tarihli cevabî telgrafında dâvalı ezcümle, 21/Eylül'e kadar 20 lokomotif, 20 transformatör, 80 vagon, 1200 ray ve 200 oyuncak motörü, kalanını da 30 Eylül'de teslim edeceğini bildirmiştir. Keza 12/Eylül/1946 tarihinde Schweizerische Bankgesellschaft Luzern adındaki İsviçre Bankası dâvalıya; 15/Eylül/1946 tarihine kadar müddetle mukayyet olmak üzere gayri kabili rücu bir kredinin açılmış olduğunu haber vermiştir. 14/Eylül'de dâvalı bu kredinin 30/Eylül/1946 tarihine kadar uzatılmasını istemiştir. Bunu mütaakip dâvalı 20 Eylül'de dâvacıya şu mektubu yazmıştır :

«30 Ağustos tarihli kıymetli isparişiniz ve muhtelif telgraflarınız için size teşekkür ederiz. Siparişin tamamını gelecek hafta sevkedebilecek durumdayız. Krediyi Eylül sonuna kadar uzatmış olduğunuzu ümit ediyoruz. Posta paketlerinin azamî ağırlığı 5 kilo olduğu için, emtiayı, her paket birtakım teşkil edecek tarzda ambalâjlıyamadığımızdan dolayı müteessiriz».

22 Eylül'de dâvalı telgrafla da kredinin uzatılması dileğini tekrar ve şunu beyan etmiştir : «Mallar bunun üzerine derhal sevkedilecektir». 23 Eylül'de dâvacı kredinin uzatıldığını teyit ve bu müansebetle teslimatın hemen icrasını tekrar rica etmiştir.

Dâvalı oyuncakları, 1800 ray eksik olmak üzere (3000 yerine 1200; bu miktar 20 takımın tamamlanması için yetiyordu) 30/Eylül/1946 tarihinde sevketmiştir. İhraç evrakında ise 3000 rayın sevkedildiğini beyan etmiş ve bu itibarla bankaca kendisine bütün akreditif tutarı ödenmiştir. Ancak 11/Kasım/1946 da dâvalı dâvacıya işin içyüzünü bildirmiştir. Kendini mazur göstermek için dâvalı, rayların kendisine vaad edilmiş, fakat 30 Eylül'e kadar tamamen teslim edilmemiş olduğunu; mehli geçirmemek için elde mevcut olan malları göndermiş olduğunu; fakat evrakı değiştirmeğe artık imkân kalmamış bulunduğunu; eksik olan ve bedeli kendisine tediye edilmiş bulunan 1800 ray parçasını sonradan göndereceğini beyan etmiştir. Bu açıklama üzerine dâvacı 4/Aralık/1946 tarihinde bir telgraf çekerek, 30 Ağustos tarihli mektuptaki şartların yerine getirilmemiş olduğunu ve bu sebeple eksik teslimatı kabul etmekten imtina ettiğini ve emtiayı iade edilmek üzere dâvalının emrine âmade tuttuğunu bildirmiştir.

B. — 1947 Eylül'ünde dâvacı, aktin ifa edilmemesinden dolayı zarar ve ziyanın tahsili talebi ile dâvalıya karşı dâva açmıştır.

Luzern kantonunun üst mahkemesi, ikinci dereceli merci olarak, dâvalıyı 30 lokomotif, 30 transformatör, 120 vagonu (yani tam olan 20 takımdan arta kalan miktarı) geri almağa ve bedelini iade etmeğe; bundan başka dâvacıya, ardiye ücreti, tahliye resmi ve gümrük için yapılan masrafların % 40' ı ile kârdan mahrumiyet karşılığı olarak emtia bedelinin % 20 sini, 19/Mart/1947 tarihinden itibaren bunlardan her biri için % 5 faiz ile birlikte tazmin etmeğe mahkûm ve dâvacının, ilerdeki ardiye masraflarını sonradan talep etmek hakkını haiz olacağını da tesbit etmiştir.

C. — Dâvacı Federal Mahkemede kararı temyiz etmiştir. O, talebinin tamamen kabulünü istemektedir. Dâvalı, dâvanın reddedilmesi istemile temyiz dileğine katılmıştır.

869

GEREKÇEDEN

4. — Tetkik edilmesi gereken nokta, dâvacının kısmen vâki teslimatı, gerek mutlak olarak, gerekse bununla tam takımlar teşkil edebildiği nisbette, kabul etmeğe mecbur bulunmuş olup olmadığıdır.

a) Borçlar Kanununun 69 uncu maddesine (Türk Borçlar Kanunu mad. 68) göre, borcun tamamı muayyen ve muaccel olduğu takdirde, alacaklı kısmen vuku bulan tediyeyi reddedebilir. Bu prensip, borcun mahiyetine uygun olmak itibarile, yalnız para edimleri hakkında değil, her türlü edimler hakkında caridir. Sözü geçen prensip, İsviçre hukukunun bir hususiyetini teşkil etmez, bilâkis bütün komşu memleketlerin hukukunda kabul görmüştür (bak. Fransız Medenî Kanunu mad. 1244, Alman Medenî Kanunu § 266, Avusturya Medenî Kanunu § 1415, 1942 tarihli İtalyan Medenî Kanunu mad. 1181). Şu da var ki, Borçlar Kanununun 69 uncu maddesindeki (TBK. mad. 68) kaide, tefsirî hükümlerdendir. Şu halde hâdisede mühim olan cihet, hilâfının kararlaştırılmış veya başka bir sebepten dolayı esas olup olmadığıdır.

b) Dâvalı, kısmî teslimatın caiz olacağının kararlaştırılmış olduğunu iddia etmektedir. Halbuki sarahaten şöyle dursun, zımnen bile böyle bir mutabakata varılmamıştır. Yaptığı icapta dâvalı, kısmî teslimatı mahfuz tutmamıştır. Diğer taraftan dâvacı, kısa teslim müddeti dolayısile tâ baştan, siparişinin topyekûn yerine getirilmesini beklemek hakkını haiz bulunmuş olduğu gibi üstelik de siparişin topyekûn intacını 30/Ağustos/1946 tarihli mektubu ile bilhassa şart da koşmuştur. Dâvalının istinat etmek istediği, Bankanın akreditifin açılması hakkındaki 12/Eylül/1946 tarihli mektubu bu bakımdan ehemmiyeti haiz değildir. Gerçi bu mektup, kısmî teslimatın caiz olduğu kaydını ihtiva etmektedir. Fakat bu mektup, dâvacı hesabına değil, Cenubî Afrika bankalarından birinin Londra şubesi hesabına dâvalıya gönderilmiş olup bu itibarla taraflar arasındaki bir anlaşmanın ifadesi olarak kabul edilemez. Dâvalının noktai nazarının, dâvacıya gönderdiği 12/Eylül/1946 tarihli telgrafta bir mesnet bulup bulmıyacağı suali ortaya atılabilir. Gerçekten de burada iki kısmî teslimden bahsedilmiş olmakla beraber, her ikisinin en geç 30/Eylül/1946 tarihine kadar yerine getirilmiş olacağı kasdedilmiştir. Lâkin hukukî bakımdan, bunda dâvalının yaptığı bir icaptan fazla bir şey yoktu. Dâvacı bu icabı hiçbir zaman kabul etmemiştir. Buna mukabil dâvalı 20/Eylül/1946 tarihinde; 30 Ağustos tarihli sipariş teyit mektubuna cevap verirken, bütün teslimatın gelecek haftaya yapılacağını vaad ve 22 Eylül'de telgrafla, emtianın kredinin uzatılmasından sonra derhal sevkedileceğini tekrar etmek suretile, kendi teklifine bizzat avdet etmiştir. Bundan başka kendisi Eylül sonun-

da siparişin tamamı için fatura çıkarmış ve parayı isteyip almıştır. Dâvacı ise 23 Eylül'de, kredinin uzatıldığını teyit ederken, siparişin derhal yerine getirilmesini yeniden talep etmiştir. Dâvalının 20 ve 22 Eylül tarihli işarları üzerine, buna uygun surette arzularının yerine getirilmesini haklı olarak bekliyebilirdi. En sonunda, eksik sevkiyattan kendisi haberdar edilir edilmez dâvacı derhal protestoda bulunarak emtiayı kabulden imtina etmiştir. Bütün bunlardan anlaşılıyor ki, dâvacı ne beyanlarile ne de buna delâlet edebilecek hareketlerle kısmî teslime rıza göstereceğini hiçbir zaman izhar etmemiştir.

c) Buna rağmen evvelki merci, dâvacı 28/Ağustos/1946 tarihli telgrafla vâki siparişinde, oyuncakların kendisine topyekûn teslim edilmesinin iktiza ettiğini beyan etmemiş olduğu için, kısmî teslimatı caiz saymaktadır. Evvelki merci, öyle anlaşılıyor ki, istisna kılınmış olmadıkça, kısmî teslimatı prensip itibarile ve her zaman caiz addediyor. Demek oluyor ki, onun görüşüne göre, hususî bir anlaşmaya zaten hiç ihtiyaç yoktu.

Fakat bu telâkki, Borçlar Kanununun 69 uncu maddesine (TBK. mad. 68) açıktan açığa mugayirdir. Orada kısmî teslimatın cevazına dair bir karine vazedilmemekte, bilâkis buna zıt olan kaide yer almaktadır. Ve bu kaide, taraflar sarahaten veya buna delâlet eden bir hareket tarzı ile kısmî telsimata müsaade etmedikleri müddetçe caridir. Kaldı ki, yanlış olarak Borçlar Kanununun 69 uncu maddesine (TBK. mad. 68) izafe olunan karine, mevcut olsa idi bile varit olmazdı. Üst mahkeme, hâdisede kısmî teslimatın menedilmiş olduğunu gözden kaçırmaktadır. Bu neticenin, dâvacının 28/Ağustos/1946 tarihli telgrafından dahi (15/Eylül/1946 tarihinin en geç sevk tarihi olması bakımından) çıkarılmak lâzım gelip gelmiyeceği noktası üzerinde durmağa lüzum yoktur. Her halde dâvacının 30/Ağustos/1946 tarihli mektubu bu hususta hiçbir şüpheye mahal bırakmamaktadır. Bu mektubun ise, evvelki merciin telâkkisi hilâfına nazarı itibara alınması icabeder, zira ticarî taamüllere uygundur ve ondan önceki telgrafa ait açıklamalar mûtad çerçeve içinde kalmaktadır. Bu yazıyı; dâvalının 20/Eylül/1946 tarihli mektubunda bilhassa bu yazıdan bahisle siparişin tamamını gelecek hafta sevkedeceğine dair teminat vermiş olması itibarile de dikkate almak icabetmektedir. Nihayet, evvelki merci, dâvacının sözü geçen yazısını, başka bakımdan tarafların iradesini tâyin hususunda esas ittihaz ettiği yani bundan, ancak tam takımların teslim edilmesinin bahis mevzuu olduğu neticesini çıkardığı için, gözden kaçırmamalı idi.

d) Bundan başka, evvelki merci, muhtelif İsviçre müelliflerine ve Bern İstinaf Mahkemesinin bir kararına işaret ederek, kısmen teslimi red-

detmek için muhik sebepleri yok iken, topyekûn teslimat hususunda ısrar eden alacaklının, hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareket etmiş olacağı telâkkisini iltizam etmektedir.

Ancak şu var ki, Borçlar Kanununun 69 uncu maddesi (TBK. mad. 68) gereğince, borçlunun alacaklının rızası olmaksızın kısmî teslimatta bulunmak hakkını haiz olmadığı prensibi caridir. Bu; borçlunun, edimin kısımlara bölünmesinin mümkün olması takdirinde dahi edimi topyekûn bir kere de yerine getirmekle mükellef olduğu ve ancak böyle ifa mükelleffiyetine riayet etmiş olacağı mânasına gelir. Bunun mevzu hukuk bakımından tek tük istisnaları vardır, meselâ poliçe ve çek hukukunda, cebrî icra hukukunda, miras hukukunda olduğu gibi. Bundan başka, şeyin mahiyeti de bir inhirafı istilzam edebilir, bilfarz bir edimi fevkalâde hacmi itibarile kısımlara bölmek mecburiyetinde kalınması halinde olduğu gibi. Nihayet bazan da hüsnüniyet kaideleri kısmen vâki bir teslimin kabulünü emir bulunur, meselâ bu kısmî teslim sadece cüz'î olup da alacaklı için topyekûn teslime nazaran ehemmiyetsiz bir fark arzederse. Borçlar Kanununun 69 uncu maddesine (TBK. mad. 68) ve buna mümasil yabancı hükümlere ait şerhler de, hüsnüniyet kaidelerinden ve alacaklının, teslimin topyekûn yapılmasında menfaati bulunmadığından bahsettikleri vakit ancak ve ancak bunu kastetmiş olsalar gerektir. Bern İstinaf Mahkemesinin O. ER'de N. 3 bende' de zikredilen içtihadı (ZBJV 42 sah. 41), itiraf etmeli ki, daha da ileri gitmişe benziyor. İhtimal ki, bu içtihad hususiyetleri olan bir vakaya taallûk ediyordu, ancak maddî vakalar zikredilmemiş olduğu için bu cihet anlaşılmamaktadır. Fakat yayınlanan karar gerekçesi, umumî bir şekilde ifade edilmiş olmak itibarile tasvip edilmemek lâzım gelir. Bu gerekçe, sipariş edenin, satın alınan şeylerin bir kısmının teslim edilmemesi dolayısile ancak tamamen ifa hususunda esaslı bir menfaati mevcut olduğu takdirde, alım-satım aktinin tamamından nükul edebileceğini beyan etmektedir. Bu tez gayri kabili müdafaa olup hukukî bakımdan da pratik bakımdan da aynı derecede mahzurludur. Şayet alacaklının menfaati hâlâ esas olsa idi, hiç olmazsa bu menfaatin mevcudiyetinin asıl olarak kabul edilmesi lâzım gelirdi. Kaldı ki, kat'î vadeli muamelelerde ve tekrar satmak maksadile vâki her alımda bu menfaat zahir bulunurdu. Bundan dolayı, kısmen teslimatta bulunmak hakkını haiz olduğu iddiasında bulunan borçlunun bunun şartını yani alacaklının bu hususta bir menfaati bulunmadığı keyfiyetini ispat etmesi lâzım gelirdi ki, dâvalı bu ciheti ispat edememiştir. Ve hattâ bu tarzda tahdit edilmiş olarak da bu nazariyenin kısmî bir teslimin gecikmiş olarak vâki olduğu yahut hiç vâki olmadığı bütün hallerde, reddedilmesi lâzım gelir. Çünkü bu nazariye, borçluya ifa

müddetlerini geçirmeğe ve pratik bakımdan, aklına estiği gibi mukaveleye riayet etmeğe veya etmemeğe imkân verir ki, bu halin akitler hukukunun esaslarına aykırı olduğu aşikârdır.

Bu neticeler bile, evvelki merci tarafından iltizam olunan telâkkinin hareket mebdeinin yanlış olduğunu göstermektedir. Mevzu hukuk bakımından mevcut olan az sayıdaki istisnaî hükümlerden başka, Borçlar Kanununun 69 uncu maddesinde (TBK. mad. 68) tesbit edilmiş olan prensibin yalnız sözü geçen iki müstesnası vardır. Burada ne biri ne de diğeri tahakkuk etmemiştir. Mebiin mahiyeti veya hacmi itibarile teslimatın kısımlara bölünmesi hiçbir veçhile icabetmemiş olduğu gibi, teslim edilmiyen parçalarda edimin bütününe nisbetle pek cüz'î bir fark da bahis mevzuu değildir. Almış olduğu 1200 ray ile dâvacı 50 yerine ancak 20 takım teşkil edebilmiş yani derpiş edilen tren takımlarının yarısını bile teşkil edememiştî. Bu, hiç şüphe yok ki, çok ehemmiyetli bir farktır. Bundan dolayı dâvacı, gayri caiz olan kısmî sevkiyatı red yani teslimatın tamamından sarfınazar etmek ve zarar ve ziyan istemek hakkını haiz bulunuyordu.

(Bu karar, «Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes aus dem Jahre 1949, amtliche Sammlung, 75. Baad, II Teil - Zivilrecht» adlı resmî külliyatın 137-144 üncü sahifelerinden Almancadan tercüme edilmiştir).

867

Yargıtay Kararları

Hukuk Bölümü

Kanunen icap etmediği halde aynı dâvada bir kaç dâvalının cem olunması dâvanın reddini icap ettirmez. Tefrik talebi usulün 45 nci maddesinde yazılı olduğu veçhile esasa girişilmezden önce dermeyanı icap eden iptidaî itirazlardandır.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi
Esas : 1595 — Karar : 3198

DÂVA : Müvekkilinin hissedar bulunduğu tapu sınırları belli 9 parça gayrimenkulün diğer hissedarı olan Ahmet Dursun Göknar'ın hisselerini 11000 lira satış bedeli göstermek suretiyle dâvalılara satmış olduğundan bahsile müvekkilinin şuf'a hakkı dolayısiyle satılan hisselerin hakiki satış bedeli karşılığında müvekkili adına tapuya tesciline karar verilmesi istenilmiştir.

Hüküm : Şuf'a hakkı iddia olunan hisselerinin bir kısmı müştereken bir kısmı müstakil olarak dâvalılar tarafından satın alındığı anlaşılmış ve bu her üç dâvalı aleyhine birlikde dâva açılması kanunun ruh ve maksadına uygun görülmüş olup bu hususa dokunan savunma varit bulunmuş olmasına mebni red ve iptaline dâvacı vekilinin yeniden ayrı ayrıt dâva açmakta muhtariyetine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvacı Vekili

YARGITAY KARARI

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

Kanun icap ettiği halde aynı dâvada bir kaç dâvalının cem olunması dâvanın reddini icap ettirmeyip H. U. M. K. nun 45 inci maddesinin açık hükmü gereğince dâvalıların istemi üzerine dâvanın onlar hakkında tefsikini gerektireceğine ve tefrik istemi iptidai itirazlardan olup esasa girişilmeden dermeyan edilmesi lâzım gelmesine olayda ise dâvalılar cevap lâyihasında tefrik isteminde bulunmayıp dâvanın reddini istemiş olmalarına ve dâva arzuhalinin tazminde esaslı merasime riayet edilmiş olmasına göre dâvaya bakılarak hüküm verilmek gerekirken dâvanın reddine ve arzuhalin iptaline karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 870 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 19/12/949 gününde oyçokluğiyle karar verildi.

Muhalefet Şerhi

Dâva dosyasında bulunan tapu kayıtlarına göre paydaşlarından Dursun 1, 2, 3, 4, sıra numarasında kayıtlı gayrimenkullerdeki hissesini 8500 liraya dâvalılardan Hacı ve Remzi'ye müştereken ve 566 ıncı sıra numarasında kayıtlı gayrimenkullerdeki hisselerini de 500 liraya dâvalılardan Ahmet Bayram'a ve 8 sıra numarasında kayıtlı gayrimenkuldeki hissesini de 800 liraya Hacı Değirmenci'ye ayrı ayrı bağıtlarla satmıştır. H. U. M. K. nun 43 üncü maddesi hükmü mutlaktır. Aynı madde ve hukukî sebebe istinat etmiyen işbu dâvada mütaaddit kimseler aleyhine birlikde dâva açılamaz. Ayrı ayrı bağıtlarla müştereken ve müstakillen meşfu hisseleri satın alanların her biri hakkında ayrı dâva açılmak bahis konusu 43 üncü maddenin açık hükmü gereğindendir. Bu bakımdan hüküm doğrudur. Onanması reyindeyim.

Başkan
K. Aslansan

Vakfiyesinde yalnız müezzinin süknasına meşrut olduğu yazılı olan gayrimenkul, ne mütevellisi ve nede lehine şart olunan kimse tarafından ahare kiraya verilemez.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi
Esas : 1752 — Karar : 144

DÂVA : Kuyuağası Mahmut ağa cami müezzinlerine meşrut bulunan Sultanahmette kuyu ağası mahallinde Fenerli sokağında 4 numaralı evin birer odasını dâvalılar tarafından ayrı ayrı fuzulen işgal edilmekte olduğundan bahisle odaların dâvalılardan tahliyesi istenilmiştir.

KARAR : Süknası meşruta olan bir vakfın gerek mütevellisi ve gerekse lehine şart olunan tarafından icar verilemiyeceğine mebni bu hususdaki savunmanın reddiyle dâva konusu odaların dâvalılardan tahliyesine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvalı Emin Öz ve Hüseyin Noktaoğlu

YARGITAY KARARI

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

Mübrez vakfiye ye göre nizalı gayrimenkul yalnız müezzinin süknasına meşrut olup başkasına kiraya verilemiyeceğine ve hükmün dayandığı gerekçelere göre yerinde olmıyan temyiz itirazlarının reddiyle hük-

mün ONANMASINA ve aşağıda yazılı 670 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 13/1/950 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Köy orta malının trampa yolu ile temlikine kanunen cevaz yoktur.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi
Esas : 128 — Karar : 41

DÂVA : Köylerinin orta malı olan Özbaşı mevkiinde vâkı belli hudutları ile çevrili bir parçada ve tahminen beş dekar miktarında ve 200 lira değerindeki tarlaya dâvalı tarafından fuzulen tecavüz ve müdahele edilmekte olduğundan bahisle vâkı müdahalenin önlenmesine karar verilmesi istenilmiştir.

KARAR : Tapuda kayıtlı olmıyan nizalı tarlanın dâvacı Sukenarı köyü halkı tarafından 3 sene evvel dâvalının tarlası ile mübadele edilip dâvalının iyi niyetle ve malik sıfatiyle zilyedliğinde bulunduğu dâvacının ikrariyle sübut bulmuş olmasına mebni dâvanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Sukenarı köyü adına Eyüp Onuk

YARGITAY KARARI

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

şıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Köy orta malının trampa yoliyle temlikine cevaz olmadığı düşünülmeksizin yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 nci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 600 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 17/1/950 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Usulün 445 inci maddesinin 15 numarasında yazılı sebepten dolayı iadei muhakeme talebi, mürurü zaman haddine baliğ müddet geçinceye kadar muteberdir. (H. U. M. K. 447).

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi
Esas : 1882 — Karar : 171

DÂVA : Dereler köyünün Çenetoğlu mevkiinde bulunan ve Güllü tarla adiyle anılan hududları belli tarlanın Samsun Asliye Hukuk Mahkemesinin 24/5/930 tarihli ilâmiyle müvekkili adına tesciline karar verilmiş iken aynı mahkeme tarafından 29/1/1931 tarihinde verilen kararla bu tescilin kaldırılmasına karar verilmiş ve birbirini nakzeden her iki ilâmın kesinleşmiş olduğundan bahisle yargılamanın iadesi yoliyle ikinci ilâm hükmünün iptaline Medenî Kanunun 639 ncu maddesi gereğince işbu gayrimenkulün müvekkili adına tesciline ve maliye hazinesinin vâkı muarazasının men'ine karar verilmesi istenilmiştir.

HÜKÜM : Dâva konusu tarla 5/4/941 tarihinde icra eliyle hazineye teslim edilmiş olduğu anlaşılmış ve Dâva Usulün 447 nci maddesinin son fıkrasında yazılı süre içinde açılmamış olmasına mebni yargılamanın iadesi ve tescil isteğinin reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvacı Baki Kalırkan.

YARGITAY KARARI

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

Yargılamanın iadesine sebep gösterilen yer ve sınırları belli tarlanın tesciline mütaallik 930 tarihli ilâm ile işbu tescil emrinin iptali hakkındamaddesinin son fıkrası gereğince zamanaşımına baliğ süre geçtikten sonra yargılamanın iadesi dâvanın açılmış olduğu gerçekleşmiş olmasına binaen dâvanın yalnız bu sebeple reddi ile yetinilmek gerekir. Bu itibarla sonucu kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA ve aşağıda yazılı 720 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 17/1/950 gününde oybirliğiyle karar verildi.

1515 Sayılı Kanun, resmî olmayan satış bağışlama, taksim ve trampa ve emsali işlemlerle başkası uhdesine geçen bir gayrimenkule malik sıfatile nizasiz ve iyi niyetle zilyet olanlar hakkında tatbik edilir.

Hâdisede, dâvacılar 1298 sayılı tapu kaydına istinat ve dâvalılar da bu kaydın hukukî kıymetini kaybettiğini iddia etmelerine göre Medenî Kanunun 639 uncu maddesinin uygulanabilmesini teminen kayıt sahiplerinin ölüm tarihlerinin tahkik ve tespit edilmesi icap eder.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi
Esas : 97 — Karar : 80

DÂVA : Tapu ile mutasarrıf oldukları yer ve sınırları belli 200 lira kıymetli tarlaya dâvalıların fuzulen müdahale etmekte olduklarından bahsile vâkı müdahalenin önlenmesine karar verilmesi istenilmiştir.

KARAR : Dâva olunan tarlanın 60 seneyi mütecaviz bir zamandanberi dâvalıların nizasız ve fasılasız tasarruf ve zilyedliklerinde bulunduğu tarafların iddia ve savunmaları ve dosyada mevcut belgeler mündercatiyle anlaşılmış ve dâvacının dayandığı tapu kaydı 1515 sayılı kanun hükümleri gereğince hukukî kıymetini kaybetmiş olduğu tebeyyün etmiş olmasına mebni dâvanın zamanaşımı noktasından reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvacılar.

YARGITAY KARARI

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

Resmî olmıyan, satım, bağışlama, taksim, trampa ve emsali işlemlerde başkası uhdesine geçen bir gayrimenkule malik sıfatiyle nizasız iyi niyetle zilyed bulunduğunun sübutu halinde 1515 sayılı kanunun ve uygulanmasına dair tüzük hükümleri uygulanabilir. Halbuki olayda yukarıda yazılı işlemlerden birine dayanılmaması itibariyle 1515 sayılı kanun ve tüzük hükümleri uygulanamaz. Ancak dâvacılar nizalı yerin 1298 tarihli tapu kaydı içinde bulunduğunu iddia etmekte bulunmuş ve dâvalılar bu kaydın hukukî değerini zayi ettiğini ileri sürmek suretiyle kaydın nizalı yere aidiyetini kabul etmiş bulunmaları itibariyle olayda 639 uncu maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanabilmek için kayıt sahiplerinin ölüm tarihleri bilinmek gerektiği halde bu tarihler soruşturulmaksızın işin karara bağlanması yolsuz ve temyiz itirazları bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 600 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 20/1/950 gününde oybirliğiyle karar verildi.

1 — Ferağ ve taviz bedelleri ile harç ve resimlere belde örfü gereğince ödenmiş olan dellâliye ücreti de katılmış olmasına nazaran şuf'a hakkının tanınmasına dair verilen karar doğrudur.

2— Yargılama giderlerinin hesabında dâvacı tarafından yapılan masrafların dâvacılardan tahsiline karar verilen giderler yekûnundan tenzili icap eder.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi
Esas : 1825 — Karar : 233

İncelenerek anlaşıldıktan ve gelen vekilin şifahi izahı dinlenip duruşmanın bittiği bildirildikten ve dosyadaki bütün kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Şuf'alı hissenin ferağ ve taviz bedelleri ile kanunî harc ve resimlere dosyasiyle birleştirildikten ve aleyhine temyiz olunan vekili Necati Yalım belde örfü gereğince ödenmiş olan dellâliye ücretinin de katılmış olmasında kanuna aykırı bir cihet bulunmamış olduğu gibi dâvanın mahiyetine ve dâva açılmadan ferağ, taviz bedelleri ile kanunî harc vesair gerekli giderin ödenmesi karşılığında dâvacıların dâva konusu geyrimenkul hissesi üzerindeki şuf'a haklarını tanımaktan dâvalı imtina etmeyip tapuda gösterilen 6000 lira muvazaalı olduğundan hakiki bedeli karşılığında adlarına kaydın düzeltilmesi dâva edilmiş ve dâvalı yargılamanın ilk oturumunda iddiayı kabul etmiş ve şu suretle hal ve vaziyeti ile dâvanın açılmasına sebebiyet verdiği sübut bulmamış olmasına göre yargılama giderinin dâvacılara yükletilmiş ve vekillik ücreti takdir ve hükmedilmemiş olması da Hukuk U. M. Kanununun 94 ncü maddesi hükmüne uygundur. Ancak yargılama giderleri toplamından dâvacılar tarafından sarfedildiği hüküm fıkrası altında müfredatı ile açıklanan iki kalemde (15872) kuruşun dâvacılar uhdesinde bırakılmasına ve dâvalının sarfettiği gösterilen 394 kuruşun dâvacılardan tahsiline karar verilmek gerekirken yargılama giderleri toplamı (16221) kuruşun dâvacılardan tahsiline karar verilmesi doğru bulunmamış ise de bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmiyeceğine göre yerinde olmıyan temyiz itirazlarının hepsinin reddiyle hükmün yargılama giderleri hakkındaki kısmının açıklandığı şekilde ıslahı suretiyle ONANMASINA ve aşağıda yazılı (11107) kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 31/1/1950 gününde oybirliğiyle karar verildi.

431 Sayılı Kanunun 8 nci maddesi gereğince Osmanlı İmparatorluğunda Patışahlık yapmış olanlar adına kayıtlı gayrimenkuller, bu kanunun meriyete girmesile millete intıkal ettiğinden bu gibi gayrimenkullerin mirascılarına intikali yapılamaz.

Büyük Millet Meclisince bu hususta ittihaz olunan yorum, kanunun meriyete girdiği tarihten itibaren bütün olaylara şamildir.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi
Esas : 1713 — Karar : 247

DÂVA : Kadıköyü'nde Göztepe semtinde biri 155 dönüm, diğeri 22 dönüm iki parça tarla ile Üçpınar ustalığı adiyle anılan dört hektar 4696 metre kare tarlanın belli hissesine müvekkillerinin intikalen mutasarrıf ve zilyed bulundukları halde kanuna aykırı olarak ve itiraza rağmen tapu komisyonu tarafından maliye hazinesi adına tescil edilmiş olduğundan bahsile bu tesciiin terkini ile işbu gayrimenkul hisselerinin tapu kaydının müvekkilleri adına tashihine karar verilmesi dâvacılar vekili tarafından istenilmiş dâvalı hazine vekili dahi verdiği karşılık yazısında Sakıt hanedanın mülkiyet hakkının 431 sayılı kanun ile kaldırılmış olduğunu ve tapu sicillinde emlâki humayun namı altında kayıtlı bulunan dâva konusu gayrimenkullerin Maliye Hazinesine intikal edip otuz senedenberi hazinenin nizasız tasarruf edegeldiği ve dâvacıların murislerinin tasarruf sebeplerinden biri ile tasarrufunun tapu sicillerinde kayıtlı bulunmadığı beyaniyle mesmu olmıyan dâvanın reddine karar verilmesi istenilmiştir.

KARA : Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere, dâvacılardan bir kısmı ile diğer kısmı taraflarından ayrı ayrı açılıp konuları ve sebepleri bir olan iki dâvanın birleştirilerek yapılan yargılaması sonunda: dâvalılardan Dilberistan'ın işbu dâvadaki hakları müvekkillerinin noter senediyle temellük ettikleri beyaniyle dâvaya müdahale isteyen üçüncü şahıslar vekilleri müdahale istemleri dâvanın mahiyetine göre dâvadaki hakkın devrinin tapu memuru huzurunda yapılmak gerekli bulunmasına göre temlikin sahih ve muteber bulunmadığı ve sahih ve muteber bir temellükün kabulü takdirinde dahi üçüncü şahısların müdahil sıfatiyle değil, temlik eden yerine geçerek dâvaya kıyam etmesi lâzımgeldiği gerekçeleriyle reddedilmiş ve dâva konusu arazinin Kurbağalıdere çiftliğine mülhak arazi meyanında bulunduğunun Anadolu Kordonu kayıtlarından çıkarılan 1300 tarihli ve Anadolo Kordonunun Defteri Hakanı teşkilâtından bulunması itibariyle çıkarılan işbu kayıt ile tapuca kayıtlı sayılması gerekmiş ve Kurbağalı dere çiftliğinin Beşinci Murad uhdesinde olduğunun tapu kayıtlariyle tahakkuk etmiş ve dâva konusu arazinin adı geçen çiftlik arazisi ile birlikte Beşinci Murad namına kayıtlı bulunduğu mahallinde bilirkişi ma-

rifetiyle yapılan uygulama ve inceleme ile tahakkuk etmiş ve Üsküdar Meclisi İdare Livasınca dahi bu arazinin Beşinci Murad vârislerine aidiyeti nin tasdik olunduğu anlaşılmış olmasına mebni dâva konusu gayrimenkullere taallûk eden mülkiyet hakkının tapu sicillinde Maliye Hazinesi adına tesis olunan kaydın terkini ile hisselerinin dâvacılar adına tashihine ve dâvacılar meyanında bulunmıyan Murad kızı Hatice ile Mahmud'a ait hisseler hakkında karar ittihazına mahal olmadığına dâvacılardan Dilberistan,dan maadâ dâvacıların hisseleri hakkında 431 sayılı kanunun tasfiyeye mütaallik hükümlerinin saklı tutulmasına karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN VE DURUŞMA İSTEYEN : Dâvalı Hazine adına vekili avukat Sabri Savcı ve Üçüncü şahıs vekili avukat İhsan Rüştü vekili avukat Ridvan İktuğ.

YARGITAY KARARI

Duruşma için belli edilen 24/1/1950 tarihine rastlayan Salı günü belli saatte temyiz eden ve duruşma isteyen dâvalı Hazine adına umumî vekillerinden avukat Vahap Hazar ve Kadri Gürsan ve diğer temyiz eden Üçüncü şahıslar vekili avukat Ridvan İktuğ ve aleyhine temyiz olunan dâvacılar vekili avukat Necati Yalım ve Hâdi Semin ile bir kıt'a vekâletname ile dâvacılardan bir kısmının diğer vekilleri avukat Menahim Atatu gelerek hazır olup temyiz süresi hakkında aleyhine temyiz olunanlar vekillerinin bir deyecekleri olmadığı sorularak ve temyiz dilekçelerinin süresi içinde verilip kaydedildiği incelenerek anlaşıldıktan ve taraflar vekillerinin şifahî izahları dinlenip duruşmanın bittiği bildirildikten ve Hazine vekilleri tarafından duruşma için vekillik ücreti istemini kapsayan lâyiha dosyasiyle birleştirildikten ve aleyhine temyiz olunan vekili Necati Yalım lâyiha vermek üzere vâkı sitemi üzerine bir hafta mehil verilerek işin incelenerek karara bağlanmasının verilen mehil sonuna bırakılması tensip edilmiştir.

Bu kere belli edilen mehil içinde aleyhine temyiz olunan vekilleri tarafından gönderilen karşılık lâyiha dahi dosyasiyle birleştirildikten ve dosyadaki bütün kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

431 sayılı kanunun 8 nci maddesi hükümlerince Osmanlı İmparatorluğunda Padişahlık etmiş olanlar adına Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde tapuda kayıtlı gayrimenkuller işbu kanunun yürürlüğe girmesiyle millete intikal etmiş ve Büyük Millet Meclisince bahis konusu 8 nci madde hükmünün yorumuna dair 2/5/1949 tarih ve 265 sayılı kararda da işbu

kanunun yayımından sonra bu gibi gayrimenkullerin mirasçılara intikali yapılamıyacağı ve bu mallar üzerinde hiç bir hak iddia edilemiyeceği açıklanmıştır.

Tapu nizalı gayrimenkuller Osmanlı İmparatorluğunda Padişahlık etmiş «Sultan Murad» adına kayıtlı bulunmuş ve 431 sayılı kanun yürürlüğe grimeden mirasçılar üzerine tapuca intikal işlemi yapılmamış ve dâvacı vekilleri tarafından dayanılan Üsküdar İdare Kurulunca 26/Nisan/336 tarihinde yapılmış olan işlem de 8 inci maddede hedef tutulan tapu kaydı cümlesinden bulunmamış ve yorum hükmü de işbu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bütün olaylara şamil bulunmuş olduğu cihetle yazılı olduğu üzere karar verilmesi 431 sayılı kanunun 8 nci maddesiyle yorumuna mütedair karara aykırı ve temyiz itirazları bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün bu sebeple Hukuk U. M. Kanununun 428nci maddesi gereğince BOZULMASINA ve Hazine vekilinin 24/1/1950 tarihli dilekçesiyle vaki istemine binaen 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 131 inci maddesi hükümlerince tanzim kılınan tarifenin 9 uncu maddesi uyarınca 100 lira vekillik ücreti takdirine ve aşağıda yazılı 470 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 4/2/1950 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Belediye encümenlerince müttehaz karar ve muameleden ötürü istenilen tazminatın takdir ve hükmolunabilmesi bu muamele ve yolsuzluğun subutuna bağlı olduğundan ihtilâfın rüyeti adalet mahkemelerinin görevi dışındadır.

Mahkemece bu konu üzerinde ittihaz olunan tedbirlerin kararın kesinleşmesine kadar devamına dair verilen karar doğrudur.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi

Esas : 1849 — Karar : 292

DÂVA : Tokat'ın Çağpar mahallesinde kâin ve Zencirli kuyu adiyle anılan değirmene giden suyun esaslı bent yapılmadıkça kesilemiyeceğine dâvalı belediye encümenince karar verilmiş olduğundan bahsile vâki müdahalenin önlenmesine ve kanuna uygun olmıyan encümen kararının kaldırılmasına müdahaleden dolayı değirmenin günlerce muattal kalmasından müvekkilinin uğradığı 3000 lira zararın dâvalıdan tahsiline karar verilmesi istenilmiştir.

HÜKÜM : Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere, dâva belediye encümeni tarafından verilip henüz uygulanmamış bir karar karşı

itiraz mahiyetinde bulunmuş ve her ne kadar bu yüzden uğranılan zararın tazmini iddiası adalet mahkemelerinin görevi içinde ise de halen zarar vukubulmamış ve bu itibarla dâvanın rüyeti idari mercilere ait olup adalet mahkemelerinin görevi dışında bulunmuş olmasına mebni dâvanın görev noktasından reddine ve bu hususdaki tedbir kararının hükmün kesinleşinciye kadar devamına karar verilmiştir.

TâMYİZ EDEN : Taraflar

DURUŞMA İSTEYEN : Dâvacı Mehmet Şamiloğlu

YARGITAY KARARI

Duruşma için belli edilen 7/2/950 gününe rastlıyan Salı günü belli saatte temyiz eden ve duruşma isteyen Mehmet Şamiloğlu adına dosyadaki vekâletnamesi ile vekili avukat Samet Ağaoğlu diğer temyiz eden belediye idaresi adına bir kıt'a vekâletname ile vekili avukat Ziya Yörük gelerek hazır olup aleyhine temyiz olunan vekilinin temyiz süresi hakkında bir diyeceği olmadığı sorularak ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verilip kaydedildiği incelenerek anlaşıldıktan ve taraflar vekillerinin şifahî izahları dinlenip duruşmanın bittiği bildirildikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanmasının başka bir güne bırakılması tensip edilmiştir.

Bu kere temyiz olunan ilâm ve dosyadaki bütün kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Haklarını ihlâl ettiği iddia olunan Belediye Encümenince müttehaz karar ve muameleden ötürü istenilen tazminatın takdir ve hükmolunabilmesi bu muamele ve kararın yolsuzluğunun sübutuna bağlı olup halbuki bu hususun incelenmesi adalet mahkemelerinin görevi dışında kalmakta bulunmuş olmasına binaen bu gibi tazminat dâvaları tam kaza yoliyle idari kaza merciinde açılmak gerekeceğine ve olayda ihtiyati tedbir kararı da asıl dâvanın reddine müteferri bulunmasına göre yerinde olmıyan temyiz itirazlarının hepsinin reddiyle sonucu doğru olan hükmün BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 6710 kuruş temyiz masrafının temyiz edenlerden alınmasına 11/2/1950 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Belediyenin, belediye sınırları dışında kalan su hakkında faydalanma şeklini düzenlemeğe ve böylece müdahaleye yetkisi yoktur.

Yagıtay Beşinci Hukuk Dairesi.
Esas: 1848 — Karar: 293

DÂVA: Belirsiz tarihtenberi köyleri tüzel kişiliğinin malı olup köy bütçesinde gelir mevzuu bulunan kimsenin intifa ve iştirâk hissesi dahi bulunmıyan Aşağıgöl namiyle mâruf sudan haftada iki gün müvekkili köy ile sınırları bir olan Tepe mevkiinde Niğdelilere ait bağ ve bahçelerine su verilmesi hakkındaki 1938 tarihinde Niğde Belediyesindeki su komisyonunca karar verilmiş ise de işbu kararın bu seneye kadar uygulanmadığı gibi kanuna da muhalif bulunmuş ve bu kere sözü geçen karar her nasılsa İl makamca uygulama ve icra mevkiine konulmuş olduğundan ve bu sebeple bütün mezruat ve mahsulât kurumakta bulunmuş olduğundan bahsile vâkı müdahalenin önlenmesine karar veilrmesi istenilmiştir.

KARAR: Tafsilâtı tutanak ilâmında yazılı olduğu üzere, dâvacı köye iltihaken köy hakkında Nuri Özen ve Yusuf Yeğen ile dâvalı belediye tarafına iltihakla dâvaya müdahale isteyen Mehmet Sütçü ve arkadaşlarının dâvaya müdahalelerile yapılan yargılama sonunda: Dâvalı belediyenin tepe bağları adile anılan bahçelerine cumartesi ve pazar günlerine munhasır olmak üzere umuma ait sudan verilmek suretile dâvacı köyün kadim payına tecavüz edilmekte olduğu subut bulmamış ve idari tesbitte de nisbetsizlik bulunmamış olmasına mebni dâvanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN VE DURUŞMA İSTEYEN : Dâvacı.

YARGITAY KARARI

Duruşma için belli edilen 7/2/950 gününe rastlıyan Salı günü belli saatta temyiz eden ve duruşma isteyen Ferdek köyü muhtarı Fazlı Demirel vekili Avukat Reşit Muhlis Erer gelerek hazır olup aleyhine temyiz olunan dâvalı belediye başkanı ile Müdahil Mehmet Sütcünün yapılan tebligata rağmen gelmedikleri anlaşılmakla onların gıyaplarında duruşmaya başlanarak temyiz dilekçesinin süresi içinde verilip kaydedildiği incelenerek anlaşıldıktan ve gelen vekili şifahi izahî dinlendikten ve müdahil tarafından gönderilen dilekçe dosyasiyle birleştirildikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka bir güne bırakılmıştı.

Bu kere temyiz olunan ilâm ve dosyadaki bütün kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Dâva konusu olan suyun dâvacı Fertek köyünde ve dâvalı Niğde Belediyesinin sınırları dışında bulunmasına ve eski teamülün gerçekleşmediği de mahkemece kabul edilmiş olmasına göre Niğde Belediyesinin bu su hakkında faydalanma şeklini düzenlemeye ve böylece müdahaleye yetkisi olup olamıyacağı düşünülmeksizin ilâmda yazılı olduğu üzere karar verilmesinde doğruluk görülememiş ve bozma dileği yerinde bulunmuş olduğundan temyiz olunan hükmün Hukuk U. M. Kanununun 428 nci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 870 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 11/2/1950 gününde oyçokluğiyle karar verildi.

MUHALEFET ŞERHİ

Umuma ait nizalı sudan herkes faydalanmak hakkına maliktir. Fertek köyünün ihtiyacından fazlasından belediyenin faydalanmağa ve fazla üzerinde faydalanma şeklini belediyenin düzenlemeye yetkisi bulunmasına göre sonucu doğru olan hükmün onanması reyindeyim.

Başkan
K. Aslansan

Yargıtay Kararları

Ceza Bölümü

Cumhurbaşkanına, C. H. Partisi Genel Başkanı sıfatile vâkı hakaret ve tecavüz fiilleri de T. C. K. nun 158 inci maddesine göre suç teşkil eder.

Yargıtay Genel Ceza Kurulu
Esas : 310/90 — Karar : 48

YARGITAY KARARI

İşimli broşürdeki yazılarla Cumhur Başkanı aleyhine tecevüzkârana neşriyatta bulunmaktan sanık (.....) nın yapılan yargılaması sonunda: sanığın sabit olan eylemi Cumhur Başkanı İnönünün genel başkanı bulunduğu Halk Partisinin iktidarda kalmasını teminen Halka hoş görünmek için dini tavizlerde bulunduğunu ileri sürerek şahsına karşı edep ve hürmete münafi neşriyatta bulunmaktan ibaret görülmesine ve hakkında takdiri tahfif sebebinin kabulüne mebni T.C.K. nun 158 son,59 uncu maddelerine tevfikan dört ay hapsine ve 1400 kuruş duruşma harcının alınmasına dair Ankara ağırceza mahkemesinden verilen 25/1/1949 tarihli hüküm Yargıtayca incelenmesi C.Savcısı ile sanığın temyiz istemelerine mebni 1 inci ceza dairesince incelenerek: Reisicumhura karşı müvacehesinde hakaret etmek cümlesinden de açıkça istinbad olunacağı veçhile C.K.nun 158 inci maddesinin ilk fıkrası, 159 uncu maddede olduğu gibi Reisicumhurluk makamı yani manevi şahsiyeti değil hükûmet reisi olan zatın şahsı istihdaf olunarak tedvin olunmasına ve hükûmet reisliğine anayasa mucibince seçilen zatın kâh yalnız has isim veya soy adiyle ve kâh işgal eylediği makamın ünvanile yad edilmesi mutad olmasına ve İnönü lafzı hassasile İnönü müşahhasat ve levahikile tasavvur edilince zihinde hasıl olan suret Reisicumhur makamını işgal eden zat olacağını ve broşürdeki İnönü lâfzının Reisicumhura mâtufiyeti dergâr bulunduğu ve Reisicumhur vazifesi içtiği and mucibnice Anayasanın çizdiği ana ve esas hadler üzerinde milletin refah ve tealisine kadim olmak keyfiyeti olup irticaî hareket isnat ve iddiasiyle milletin kendisine karşı beslediği ve kendisinin de millet nezdinde kazandığı itibarı selb eden ve aynı zamanda şahsın vakar ve haysiyetini de inciten bir vasıf olmasına nazaran gerek tebliğnamenin 1 inci bendinde ve gerekse karar yerinde yazılı mütalaalar varid görülmediğinden reddine ve hükmün savcının lâyihasında tebliğ-

namenin 2 inci bendinde yazılı olup yukarıda yazılı gerekçe itibariyle varid görülen mütalâalar veçhile C. yargılama U.K. nun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına mütedair sadır olan 3/5/1949 tarihli karar aleyhine C.Başsavcılığından (sanık tarafından neşredilen açık mektup isimli broşürün 4,5 inci sahifelerinde) (... Maarif teşkilâtımızın başına anadoluların yani an'aneleri yaşatmak bakımından dini taassubu körükleyen köy azalarının eşrafın sözcülüğünü eden geri insanların getirilmesi de bir tesadüf sayılamaz. Halk Partisi başkanı İnönü, halk kitlelerinin şuurlanmasını geciktirmek için, tekmil irtica kuvvetlerini seferber etmiştir.) denilmek suretiyle İnönünün Cumhurbaşkanı sıfatı alınmaksızın C.H.P. Genel başkanı sıfatı hedef tutularak yazının kaleme alındığı anlaşılmasına göre hüküm tebliğnamenin 1 inci bendinde ileri sürülen sebeplerden de bozulması gerekirken aksine düşünce ile bu cihete ait itirazın reddedilmesinde kanuna uygunluk görülmediğinden sözü geçen kararın kaldırılarak tebliğnamenin 1 inci bendinde gösterilen sebebin de bozma sebepleri meyanına ilâvesi) hususunda ve süresinde itiraz edilerek bu işe ait dosya 10/6/1949 günlü itirazname ile 1 inci başkanlık dairesine gönderilmekle C.Genel kurulunda okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Suçlu tarafından yazılan açık mektuptaki (Halk Partisi başkanı İnönü halk kitlelerinin şuurlanmasını geciktirmek için tekmil irtica kuvvetlerini seferber etmiştir) cümlesinin Devlet başkanına hakareti mutazammın olduğu beyaniyle T.C.K. nun 158 inci maddesi hükmüne uyularak 4 ay hapsine dair mahalli mahkemesince verilen kararın bozulmasını mutazammın Yargıtay hususî dairesi kararı aleyhine başsavcılık makamından vaki itirazda, sarf edilen sözlerin C.H.P. Genel başkanına müteveccih olmayıp da Cumhur başkanına matuf olarak kabulündeki isabetsizlik sebebiyle daire kararının bozulması istenilmektedir.

T.C.K. nun 158 inci maddesinde: Reisicumhura karşı müvacehesinde hakaret edenler veya reisicumhur aleyhine tecavüzkârane neşriyatta bulunanlar, Reisicumhur aleyhine gıyabında lisanen tecavüzatta bulunanlar tecavüz Reisicumhurun ismi sarahaten zikredilmiyerek ima veya telmih suretiyle vaki olsa bile mahiyeti itibarile bu tecavüzün reisicumhurun şahsına matufiyetinde tereddüt edilmiyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vukubulmuş addolunur. Reisicumhur makamına ve Reisicumhurun şahsına karşı edep ve hürmete mugayir hareket ve neşriyatta bulunanlar diye sarahaten yazılmış ve bu fiilleri işleyenler çeşitli cezalarla tecziye edilmişlerdir.

883

Devlet kuvvetleri aleyhine işlenen suçlar bölümüne dahil bulunan 158 inci madde muhtevası, metnindeki hüküm fıkralarından açıkça anlaşılacağı üzere, vazife sırasında veya ifa edilmiş bir vazife sebebiyle devlet başkanına karşı bir suç işlenmesi halini bahis konusu etmeksizin, genel olarak Cumhurbaşkanı ve Cumhurbaşkanlığı makamına karşı bir suç işlemesi halini bahis konusu etmeksizin, genel olarak Cumhurbaşkanına ve Cumhurbaşkanlığı makamına tevcih edilmiş hakaret fiillerine taalluk etmektedir.

Bu maddede kanunun tahsisen korumak istediği husus, devletin şahsiyetine taalluk eden bir menfaattir. Ve bu menfaatin şumulü devlet başkanlığını temsil eden kimsenin namus ve şerefinin bütünlüğüne vaki tecavüzünderecesine tâbidir. Kanun Cumhur Başkanlığının şeref ve itibarla kaim olan manevi şahsiyetini, korunan hukukî değerin ehemmiyetine binaen derece, cezalarla teminat altına almış bulunmaktadır. Cumhurbaşkanına karşı tevcih edilen hakaret fiili, bir şahsın haysiyet ve şerefinin ihlâl eylemesi sebebiyle C.K. nun belli müeyyidelerle karşıladığı alelade bir tecavüz olmaktan başka devletin kendi başkanına karşı gösterilmesini istediği saygıyı yüksek ve sarsılmaz bir halde tutmaktaki menfaatile ilgilidir. Bu itibarla burada hakaret suçunun umumî hükümlere göre haiz olduğu mahiyetin suçun devletin şahsiyetine karşı tevcih edilmiş sayılması bakımından ikinci planda mütalâası gerekmektedir.

Maddenin çeşitli hükümlerinin mevzu ve muhtevalarının tereddüde mahal bırakılmıyacak şekilde açık olan şumulü ve mahiyetleri karşısında, Cumhurbaşkanının haiz olabileceği muhtelif hukukî durumların veya sıfatların sanki ayrı, ayrı şahsiyetler mevzuubahismiş gibi ele alınarak tefrik olunabileceği mülâhaza veya bahanesiyle devlet başkanının haysiyet veya şerefinin zedelenmesine Millî iradenin ifadesi olan kanunun cevaz vermesine imkân tasavvur olunamaz. Binaenaleyh hadisede olduğu gibi bir siyasî parti başkanlığı sıfatiyle peçelenmek suretiyle vaki tecavüzün C. K. nun 158 inci maddesi şümulü dahilinde girmesi tabii ve zarurî olmakla vaki itirazda ileri sürülen sebepler varid bulunmadığından reddine 13/2/1950 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

Yaktığı ateşin belediye findalığına sirayeti suretile ağaçların yandığı anlaşılmasına göre T. C. K. 383 üncü maddesine uyan yangına sebebiyet vermekten ibaret olan fiilden dolayı belediye encümenin ceza tâyinine yetkili olmadığının göz önünde tutulmaması yolsuzdur.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi
Esas : 1413 — Karar : 1159

YARGITAY KARARI

Bağındaki kuru otları yaktırırken ateşin belediye fundalığındaki ağaçlara sirayet ederek bu ağaçlarında yanmasına sebebiyet vermekten sanık Nuri Dede oğlundan 15 lira hafif para cezası alınmasına dair belediye encümenince ittihaz olunan ceza kararı aleyhine vukubulan itirazın reddine ve muterizden 50 kuruş harc alınmasına mütedair Dinar sulh ceza yargıçlığınca verilip kesinleşen 11/6/949 günlü karara karşı Adalet Bakanlığının 11/11/949 gün ve 1407-2374 sayılı yazılı emri üzerine C.Başsavcılığının 23/11/949 gün ve 949-1186 sayılı tebliğnamesiyle daireye verilmekle okundu:

Yazılı emre atfen tebliğname münderecatı:

Sanığın bağındaki kuru otların yakıldığı sırada ateşin belediye fidanlığına sirayetle bu fidanlıktaki ağaçların da yandığı iddia edilmesine göre T.C. Kanununun 383 üncü maddesine temas eden tetbirsizlik ve dikkatsizlikle yangına sebebiyet vermek mahiyetinde olan eylemden dolayı ilgili hakkında ceza tâyininin belediye encümeninin görevi dışında bulunduğu gözetilmeden yazılı olduğu üzere itirazın reddine ve muterizden 50 kuruş harc alınmasına karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

C.M.U. Kanununun 343 üncü maddesi uyarınca sözü edilen kararın bozulması lüzumuna dairdir.

Yazılı emre atfen tebliğnamede gösterilen bozma sebebi fiilin mahiyetine ve dosya münderecatına göre yerinde görülmediğinden hükmün ceza M.U.K. 343 üncü maddesine tevfikan bozulmasına ve infaz olunmamasına 6/2/950 gününde oy birliğiyle karar verildi. 15/2/950

Belediyeye ait bademlikte koyun otlatmak ızrar suçunu teşkil ettiği halde belediye encümenince fail hakkında yetkidışı ceza tâyin edilmiş olduğunun nazara alınmaması yolsuzdur.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Esas : 12405 — Karar : 1168

YARGITAY İLÂMI

Belediye bademliğinde koyunlarını otlattığından dolayı Dinar Bele-

para cezasiyle tecziyesine dair verilen 22/4/1949 tarihli kararın itirazen Dinar Sulh Ceza Yargıçlığınca tetkikın neticesinde belediye ceza kararının tasdiki hakkında verilen 20/5/1949 tarihli kararına karşı Adalet Bakanlığının 16/11/1949 gün ve 1425/2436 sayılı yazılı emri üzerine C. Başsavcılığının 23/11/1949 gün ve 949-1207 sayılı tebliğnamesiyle daireye verilmekle okundu :

Yazılı emre dayanan tebliğname münderecatı:

Hâdise belediye bademliğinde koyunları otlatmak suretiyle izrar suçundan ibaret olduğundan dâvaya bakmak belediye encümeninin yetkisi dışında olup mahkemeye ait olduğu düşünülmeden yazılı olduğu şekilde onanma kararı verilmesinde isabet görülmemiştir.

C. M. U. Kanununun 343 üncü maddesi gereğince sözü geçen kararın bozulmasını lüzumuna dairdir.

Gereği düşünülüp görüşüldü :

Yazılı emre atfen tebliğnamede gösterilen bozma sebebi fiilin mahiyetine ve dosya münderecatına göre yerinde görüldüğünden hükmün Ceza M. U. Kanununun 343 üncü maddesine tevfikan bozulmasına ve infaz olunmamasına 6/2/1950 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkasına ait hüviyet cüzdanı ibrazı ile onun huviyetini vermek gibi T. C. K. nun 356 ncı maddesine uyan bir suç iken 350 ve 528 inci maddelerile ceza tâyini yolsuzdur.

Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi
Esas : 4405 — Karar : 4503

YARGITAY İLÂMI

Başkasına ait nüfus cüzdanını bilerek kullanmak ve resmî mercilere karşı hakikat hilâfı beyanda bulunmaktan sanık Mustafa Özkan'ın yapılan duruşması sonunda: T. C. Kanununun 350-3, 81, 528 ve 73 üncü maddeleri gereğince bir ay yedi gün hapsine ve ceza müddetini tutuklu olarak ikmal etmiş bulunduğundan infazına mahal olmadığına ve 250 kuruş harcın alınmasına dair Manisa Aslaye Ceza Yargıçlığından verilip kesinleşen 1/2/1949 günlü karar aleyhine Yüksek Adalet Bakanlığından verilen 1/4/1950 gün ve 290-1348 sayılı yazılı buyruğa binaen bu baptaki dâva evrakı C. Başsavcılığından 6/4/1950 gün ve 950-264 sayılı ihbarname ile daireye gönderilmekle incelendi :

İhbarnamede :

Sanığın eylemi Manisa'da dolaşmakta iken zabıtaca şüphe edilerek hüviyetinin sorulması üzerine Halil İbrahim adındaki kimseye ait nüfus hüviyet cüzdanını ibrazı ile onun hüviyetini vermekten ibaret bulunmasına göre hakkında T. C. Kanununun 356 ncı maddesine göre ceza tâyini icabederken 350 ve 528 inci maddelerinin uygulanmasında isabet görülmemiştir.

C. M. U. Kanununun 343 üncü maddesi gereğince sözü edilen hükmün bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığının yazılı buyruklarına atfen ihbar olunmuştur.

İcabı müzakere olundu :

Yazılı buyruğa dayanan bildirim yerinde olduğundan hükmün usulün 343 üncü maddesinin 2 nci bendi gereğince bozulmasına ve sanığın 357 nci madde delâletiyle 358 inci madde ile üç gün müddetle hapsine ve 81/1 inci madde ile altıda bir artırılmaya maddeten imkân olmadığından cezanın üç günden ibaret bırakılmasına ve 100 kuruş harç alınmasına 11/4/1950 de oybirliğiyle karar verildi.

———o———

887

İhbarnamede :

Sanığın eylemi Manisa'da dolaşmakta iken zabıtaca şüphe edilerek nüfus cüzdanının sorulması üzerine Halil İbrahim adındaki kimseye ait nüfus cüzdanını ibraz ile onun hüviyetini vermekten ibaret bulunmasına göre bakılında T. C. Kanununun 350 nci maddesine göre ceza tayini icabederken 350 ve 528 inci maddelerinin uygulanmasında isabet görülmemiştir.

C. M. U. Kanununun 343 üncü maddesi gereğince sözü edilen hükmün bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığının yazılı buyruklarına atfen ihbar olunmuştur.

İcabı müzakere olundu :

Yazılı buyruğa dayanan dilekçe yerinde olduğundan hükmün usulün 343 üncü maddesinin 2 nci bendi gereğince bozulmasına ve sanığın 357 nci madde delâletiyle 338 inci madde ile üç gün müddetle hapsine ve 81/1 inci madde ile altıda bir artırılmaya maddeten imkân olmadığından cezanının üçüden ibaret bırakılmasına ve 100 kuruş harç alınmasına 11/4/1950 de oybirliğiyle karar verildi.

Başkasına ait hüviyet cüzdanı ibrazı ile onun hüviyetini vermek gibi T. C. K. nun 350 nci maddesine uyan bir suç ikaa 350 ve 528 inci maddelerle cezalandırılır.

Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi
Esas : 4405 — Karar : 4503

YARGITAY İLÂMI

Başkasına ait nüfus cüzdanını bilerek kullanmak ve resmî memurlara karşı hakikat hilâfı beyanda bulunmaktan sanık Mustafa Özkan'ın yapılan duruşması sonunda: T. C. Kanununun 350-3, 81, 528 ve 73 üncü maddeleri gereğince bir ay yedi gün hapsine ve ceza müddetini tutuklu olarak ikmal etmiş bulunduğundan infazına mahal olmadığına ve 250 kuruş harcın alınmasına dair Manisa Aslaye Ceza Yargıçlığından verilip kesinleşen 1/2/1949 günlü karar aleyhine Yüksek Adalet Bakanlığından verilen 1/4/1950 gün ve 290-1348 sayılı yazılı buyruğa binaen bu baptaki dava evrakı C. Başsavcılığından 6/4/1950 gün ve 950-264 sayılı ihbarname ile dairesine gönderilmekle incelendi :

C. M. U. Kanununun 343 üncü maddesi gereğince sözü edilen hükmün bozulmasına karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

M. U. Kanununun 343 üncü maddesi gereğince sözü edilen hükmün bozulmasına 6/2/1950 gününde oybirliğiyle karar

ADALET DERGİSİ

Sayısı 100, yıllık abonesi 1000 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 merciler kanunu mülâhazalar	40
Ceza Muhakemeleri Kanununun esbabı mucibesi	50
Adalet Mantığı	300
(941—942) Yılları Yargıtay Ceza Kararları	300
Zürih Şerhi Borçlar Hukuku C. 1	300
„ „ Giriş ve Kişinin Hukuku	300
Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu üzerinde bâzı izahlar	50

Adı	*Fiyatı Kr*
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
Aynî Haklar 1 inci kısım	600
Aynî Haklar 2 inci kısım	750
Z. Ş. Aile Hukuku (949)	300
Deniz Ticaret Hukuku	300

Dergiye konulmak üzere gönderilen yazılar. yeni türkçe terimlerle yazılmış olmalıdır.

489

Ankara Yeni Cezaevi Matbaası
1 9 5 0

490