Adliye Cerîdesi

Adliye Vekâleti tarafından ayda bir neşrolunur.

Sene: 9 Mart 1931 Sayı: 104

RESMÎ KISIM

ADLİYE TEVCİHATI

Karar numarası: 1

55 lira maaşlı Erzurum reisliğine talebile Kars reisi Remzi,

40 - 35 lira maaşlı Elbistan müddei umumiliğine derecesini muhafaza kaydile talebile harcirahsız Urfa müddei umumî muavini İsmail,

40 - 35 lira maaşlı Aziziye hâkimliğine talebile harcirahsız Ereyli müddei umumisi Sedat,

35 lira maaşlı Palo hâkimliğine Çemişkezek müddei umumisi Abdürrahman Şeref,



175

40 lira maaşlı İzmir icra baş muavinliğine talebile İzmir azasından kadri,

35 - 30 lira maaşlı Ereğli müddei umumiliğine talebile Karahallı sulh hâkimi Cevdet,

40 lira maaşlı İzmir azalığına Bergama azasından Kâzım,

45 lira maaşlı Bergama azalığına tahviline karar verilmiş olan Tokat müddei umumisi Necmettin,

55 lira maaşlı Tokat müddei umumiliğine tahviline karar verilmiş olan Gazi Ayıntap müddei umumisi Naci,

45 lira maaşlı Gazi Ayıntap müddei umumiliğine tahviline karar verilmiş olan Ankara müddei umumî baş muavini Sami,

35 lira maaşlı Kemaliye hâkimliğine Erbaa müddei umumisi Mehmet Hüsnü,

30 lira maaşlı Maraş aza mülâzimliğine Tire azayı sabıkasından Yusuf Ziya,

30 lira maaşlı İbradi sulh hâkimliğine hukuk mezunlarından Hulûsi,

35 - 30 lira maaşlı Beyobası sulh hâkimliğine Hukuk mezunlarından Fehmi,

35 - 30 lira maaşlı Bitlis müddei umumiliğine talebile Siirt aza mülâzimi Derviş Ali,

35 - 30 lira maaşlı Aleşkirt sulh hâkimliğine hizmeti mecbureye tâbi Hukuk mezunlarından Sinan,

30 lira maaşlı Diyarbekir sulh hâkimliğine Hukuk mezunlarından Cemil,

90 lira maaşlı İzmir ağır ceza reisliğine Adliye Baş Müfettişi Ali Rıza,

45 - 40 lira maaşlı Ankara müddei umumî baş muavinliğine talebile uşak müddei umumisi Hayrettin şakir,

40 lira maaşlı İstanbul sulh hâkimliğine şayanı terfi İstanbul ikinci sınıf sulh hâkimlerinden Şakir

35 lira maaşlı Ankara icra baş muavinliğine talebile Kiğı hâkimi Saip,

35 lira maaşlı Siirt aza mülâzimliğine tahviline karar verilmiş olan Ayıntap sulh hâkimi Şeref,

35 lira maaşlı Aydın ceza hâkimliğine mülga Aydın sulh hâkimi Nail,

55 lira maaşlı Eskişehir hukuk hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan Ankara hâkimi Hasan Fehmi,

45 lira maaşlı Ankara hâkimliğine Eskişehir hukuk hâkimi Galip,

35 - 30 lira maaşlı Afyon ceza hâkimliğine talebile afyon aza mülâzimi kadri,

30 lira maaşlı Afyon aza mülâzimliğine talebile harcirahsız Adana sulh hâkimi Macit Sadi,

30 lira maaşlı Adana sulh hâkimliğine Hukuk mezunlarından Salih,

30 lira maaşlı Eruh sulh hâkimliğine talebile ve zatî harcırahla Develü hâkimi sabıkı Ali Rıza,

35 lira maaşlı Kiğı hâkimliğine Kuruçay müddei umumisi Mehmet Kemal,

40 lira maaşlı Diyarbekir ceza hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan Ankara müddei umumî muavinlerinden Nazım,

40 lira maaşlı Ankara müddei umumî muavinliğine sabık kalemi mahsus müdürü Sabri,

35 lira maaşlı Sivas sulh hâkimliğine Antalya hâkimi Emin,

35 lira maaşlı İstanbul sulh hâkimliğine talebile Çatalca hukuk hâkimi Sünuhi Beylerin intihaplarına ve Elbüstan müstantiği İsmail Hakkı beyle Birecik müstantiği Halil Faiz ve Soma müstantiği Hüseyin Ruhi Beyle Kırkağaç müstantiği Adnan Beylerin bilmuvafaka becayişlerine karar verildi.

21-1-1931

Tayinler:

İnhilâl eden Balıkesir ikinci Noterliğine talipler arasında hâkimlikte kıdemi fazla olan Bursa asliye azasından Eşref Sami B. tayin edilmiştir.

* * *

Tesis edilen Ordu noterliğine talipler arasında, hâkimlikte 20 seneden fazla hizmeti olan ve altıncı derece hâkimlikte bulunan Adliye Vekâleti Ceza İşleri Müdür muavini Muhittin bey tayin edilmiştir.

174

KANUNLAR

865 numaralı Ticaret kanununun 386 ıncı maddesinin tadili hakkında kanun

Kanun numarası: 1749
Neşri tarihi: 28 - 2 - 931

Madde: 1 — 386 ıncı madde aşağıdaki veçhile değiştirilmiştir:

Mevzu veya nev'i şirketin tebdiline müteallik olan heyeti umumiye içtimaatında sermayei şirketin akalli üç rub'unu temsil eden hissedaranın huzuru şarttir. Bu içtimaatta müttehaz kararların muteber olması için asaleten veya vekâleten istimal olunan âranın sülüsanının içtimaı muktazidir.

İlk içtimada sermayenin üç rub'unu temsil eden hissedaranın huzuru mümkün olmadığı halde heyeti idare, heyeti umumiyeyi tekrar içtimaa davet edebilir. Fıkrai sabıkada muharrer hususların gayrısına mütedair tadilât için davet olunan heyeti umumiyenin ilk içtimaında anifüzzikir nisabı müzakere hasıl olmadığı takdirde keyfiyet şirket ilânatının dercine mahsus gazeteler ile on beş gün fasıla ile iki kere ilân edildikten sonra ikinci bir içtima aktolunabilir.

İçtimaı ihbar için nama muharrer senedat sahiplerine hitaben tastir edilecek davetnameler ile ilânlara ruznamei müzakeratla berabar içtimaı sabıkın zamanı vukuu ve neticesi dercolunur. İkinci içtimada müzakerat cereyan edebilmek için sermayei şirketin lâakal nısfını temsil eden hissedaranın huzuru lâzımdır.

İşbu ikinci içtimada dahi nisabı müzakere tahassül etmediği surette salifülbeyan şerait dairesinde üçüncü bir içtima aktolunabilir. Bu son içtimada müzakeratın icrası için sermayei şirketin akalli sülüsünü temsil eden hissedaranın huzuru kâfidir.

Bu heyeti umumiyelerin kararı muteber olmak için asaleten veya vekâleten verilen âranın sülüsanının içtimaı şarttır.

178

Madde: 2 — Bu Kanun neşri tarihinden muteberdir.

Madde: 3 — Bu Kanunun hükmünü icraya Adliye Vekili memurdur.

12 - 2 - 1931

* * *

Askerî ve Mülkî Tekaüt Kanununun 47 inci maddesine bir fıkra tezyiline dair kanun

Kanun numarası: 1746
Neşri tarihi: 12 - 2 - 1931

Madde 1 — 8 - 6 - 1930 tarih ve 1683 numaralı Askerî ve Mülkî Tekaüt kanununun 47 inci maddesine aşağıdaki fıkra tezyil edilmiştir:

Yetim maaşı almakta olup, umumî, mülhak veya hususî bütçelerden ücret alanların yetim maaşlarının nısfı ve bunlardan maaşlı bir hizmete tayin edilenlerin maaşının tamamı kesilir. Bu suretle maaşları kesilen yetimlerin - aldıkları maaş ve ücretten mahrum kaldıkları takdirde - kanunen haklarının sukutuna kadar, muhassas maaşlarının tekrar itasına devam olunur.

Madde 2 — Bu Kanun neşri tarihinden muteberdir.

Madde 3 — Bu Kanunun icrasına İcra Vekilleri Heyeti memurdur.

2 - 2 - 1931

* * *

Umumî Hıfzıssıhha kanunu

Kanun numarası: 1593
Neşri tarihi: 6 - 5 - 1930

- Mabaat -

Madde 180 — Devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran bütün iş sahipleri, işçilerinin sıhhî ahvaline bakmak üzere, bir veya müteaddit tabibin

179

sıhhî murakabesini temine ve hastalarını tedaviye mecburdur. Büyük müessesatta veya kaza ihtimali çok olan işlerde tabip daimî olarak iş mahallerinde yahut civarında bulunur. Hastanesi olmayan mahallerde veya şehirler ve kasabalar haricinde bulunan yerlerdeki iş müesseseleri bir hasta odası ve ilk yardım vasıtalarını ihzar ederler. Yüzden beş yüze kadar daimî amelesi olan müesseseler bir revir mahalli ve beş yüzden yukarı amelesi olanlar yüz kişiye bir yatak hesabile hastane açmağa mecburdurlar.

SEKİZİNCİ BAP

Yenilecek ve içilecek şeyler ile kullanılacak bazı maddeler

Madde 181 — Bütün gıda maddelerile umumî sıhhate taallûk edip 182 inci maddede envaı zikredilen eşya ve levazım, Sıhhat ve içtimaî Muavenet Vekâletinin teftiş ve murakabesine tâbidir. Belediye teşekkül etmiş olan mahallerde bu murakabe vekâletin bu kanun dairesinde ıstar edeceği nizamnamelerle talimatlara tevfikan belediye tarafından ve belediyelerin bulunmadığı yerlerde vekâlet sıhhî teşkilâtına mensup memurlar tarafından icra edilir.

Madde 182 — Bu kanunda zikredilen gıda maddelerinden maksat, olduğu gibi veya her hangi bir muameleye tâbi kılındıktan sonra insanlar tarafından ne şekil ve ne surette olursa olsun yenilip içilmeğe mahsus maddelerdir. Hastalıkların tedavisinde kullanılan mevat hususî hükümlere tâbidir.

Madde 183 — Umumun istimaline mahsus olup ta murakabeye tâbi olan eşya ve levazım aşağıda sayılanlardan ibarettir:

1 - Gıda maddelerinin istihsali, ihzarı ve vezni ve muhafazası ve sevki için kullanılan bilûmum eşya ve zarflar.

2 - Cilt, saç, tırnakların temizlenmesi, boyanması ve gözelleştirilmesi için kullanılan maddeler ve bütün sabunlar.

3 - Oyuncaklar, duvar kâğıtları, mumlar ve sun'î nebatat.

4 - Gıda maddelerine karıştırmağa mahsus boyalar.

5 - Umumun istimaline mahsus ve yukarıda zikredilen maddelere benzer mahiyette olup İcra Vekilleri Heyetince tayin ve ilân edilecek maddeler.

Madde 184 — Bütün yenilecek, içilecek şeyleri, bunları yiyen ve içenin sıhhatini hafif veya ağır surette bozacak şekilde istihsal, imal ve muhafaza ve ticarete sevketmek veya tağşiş, taklit veya tağyir etmek

1930

veyahut bu nevi gıda maddelerini satılığa çıkarmak, satmak üzere nezdinde bulundurmak ve satmak memnudur.

Madde 185 — 183 üncü maddede zikredilen eşya ve levazımı bunların gerek evsaf ve terkibi ve gerekse nezafetsizliği dolayısile kullananların sıhhatini az veya çok ihlâl edecek surette muhafaza veya sevketmek veya bu nevi eşya ve levazımı satmak üzere nezdinde bulundurmak, satılığa çıkarmak veya satmak veyahut gıda maddelerine ait olduğu herkesçe malûm ve üzerinde buna dair alâmet mevcut bulunan kaplar derununa muzır ve zehirli maddeler koyarak satılığa çıkarmak memnudur.

Madde 186 — Halkı aldatmak üzere gıda maddelerini ve 183 üncü maddenin ikinci fıkrasında mezkûr eşyayı taklit veya tağşiş etmek veya mahlûtluğunu ve bunun nisbetini bildirmeyerek taklit veyahut mağşuş gıda maddelerini satmak üzere nezdinde bulundurmak, satılığa çıkarmak ve satmak memnudur.

Madde 187 — Gıda maddelerini yanlış unvan ve vasıflarla veya halkın aldanmasını mucip olabilecek alâmetlerle ticarete çıkarmak, satmak üzere nezdinde bulundurmak ve satmak memnudur.

Madde 188 — Boyalarla muzadı taaffün maddeleri gıda maddelerine karıştırmak veya bu nevi şeylerle karışmış gıda maddelerini satılığa çıkarmak, satmak ve satmak üzere nezdinde bulundurmak memnudur. Sıhhat ve İçtimaî muavenet Vekâletince bu nevi boyalar ve muzadı taaffün maddelerden zararsız olanların ne gibi şeylere ve ne miktarda ilâve edilebileceğini ve boyalarla muhafaza maddelerine ilâvesi memnu olan gıdaları mübeyyin bir liste neşrolunur.

Madde 189 — Gıda maddelerini tağşiş ve taklide yarıyan maddelerin ithal ve satışını men'e veya bunların ithal, imal ve satışı bakkında bazı kayitler vaz'ına Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletinin teklifi ile İcra Vekilleri Heyeti salâhiyettardır.

Madde 190 — Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletinin göstereceği lüzum üzerine bazı nevi gıda maddeleri veya kaplar üzerine Türkçe lisanile bunları imal veya ticarete sevkedenlerin ismi ve yapıldığı tarih ve evsafı ve envai ve sıklet veya adedi yazılmak mecburidir.

Madde 191 — Gıda maddelerinin ihzar veya imal ve muhafaza edildiği veya bunların ambalajı yapıldığı ve satıldığı mahaller ve nakledildiği vasıtalar sıhhî şartları haiz ve temiz olmalıdır. Bu mahaller aynı zamanda ikamet vesair beytî ihtiyaçlar hususunda kullanılmayacağı gibi gıda maddelerinin sıhhî vasıflarını herhangi bir surette ihlâl edebilecek sair işlere tahsis veya civarında sıhhate muzır yerler bulundurulması memnudur. Böyle bir vaziyet hudusunda kanunî takibat yapılacağı gibi

böyle yerlerde gıda maddeleri ihzar ve imal ve muhafaza edilmesine mümaneat olunur.

Madde 192 — Yenilecek içilecek şeylerle kullanılacak eşyanın murakabesile muvazzaf makamlara mensup memurlar veya bunlar tarafından ırae edilecek mütehassıslar, umuma satılmağa mahsus yenilecek ve içilecek şeylerin istihsal, imal, ihzar ve veznedildiği veya ambalajı yapıldığı veyahut satıldığı ve kullanılacak eşya ve levazımın depo edildiği mahalleri ve bu işlere mahsus alât ve vesaiti münhasıran iş zamanlarına tesadüf etmek şartile teftiş ve muayene için nümune almağa veya talep etmeğe salâhiyettardır. Alınan nümuneler teftiş edilen mahallin sahibi veya vekili ve teftiş eden memur tarafından mühürlenerek bir kısmı orada bırakılır, bir kısmı tahlile gönderilir. Muhtelif işlerle iştigal eden ticaret erbabına ait mahallerde teftişat yalnız gıda maddelerile kullanılacak eşya ve levazımın bulunduğu mahalde yapılır.

Madde 193 — Safiyetinden şüphe edilerek tetkik ve tahlil edilmek üzere nümune alınan gıda maddelerinden lüzumu görülenlerin nihayet bir hafta zarfında yapılacak tahlil neticesine kadar satılmasına mümaneat olunur ve mühür altına alınabilir.

Madde 194 — Sokaklarda, pazar yerlerinde seyyar olarak gıda maddeleri ve 183 üncü maddede zikredilen eşya ve levazımı satanların sattıkları eşya dahi teftişe tâbi olup bunlardan lüzumuna göre nümune alınabilir.

Madde 195 — 192 inci maddede zikredilen mahallerin sahipleri veya vekilleri veya bunlar namına işlere nezaret eden memurlar veyahut umumî mahallerde gıda maddeleri ve kullanılacak eşya satan seyyar esnaf alâkadar memurların teftişlerini ve nümune almalarını kolaylaştırmağa ve kendilerine istedikleri izahatı vermeğe mecburdurlar.

Madde 196 — Teftiş yapan memurların vaki teftişlerine ait olmak üzere merbut oldukları makamlara tevdi eyliyecekleri raporlarla kanuna muhalif hallerin ihbarı müstesna olmak üzere teftişleri esnasında muttali oldukları malûmatı ve bazı gıda maddelerinin ihzar tarzlarına dair san'at esrarını ifşa eylemeleri memnudur.

Madde 197 — Bu kanunun meriyeti tarihinden itibaren beş sene zarfında her mahallin belediyesi o yerin ihtiyacına muvafık vüs'atte Dahiliye ve Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletlerince evsaf ve şeraiti ile beraber yapılacak bir nizamnamenin göstereceği tiplerden birisini kabul enerek bir mezbaha inşa ettirecek veya mevcut olanı bu esasa göre ıslâh eyleyecektir.

Madde 198 — Hayvanların ve etlerin mezbahalarda muayeneleri hususî kanuna tevfikan yapılır.

182

Madde 199 — Her gıda maddesi ile bu kanunda zikredilen kullanılacak eşya ve levazımın ayrı ayrı hususî vasıflarını ve bunların ne gibi ahvalde bozulmuş, taklit veya tağşiş edilmiş addedilebileceğini ve tahlil için alınacak nümune miktarını gösterir bir nizamname Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletince tanzim olunacaktır.

DOKUZUNCU BAP

Maden suları ve kaplıcalar

Madde 200 — Türkiye Cümhuriyeti arazisi dahilinde bulunan her nevi maden suları ile kaplıcaları işletmek için hususî hükümlerine tevfikan alınması lâzım gelen müsaade ile beraber bu suların şifalı hassalarının Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâleti tarafından tasdik edilmiş olması lâzımdır. Bu vekâletçe şifalı hassaları veya tesisatının fenne muvafık olduğu tasdik edilmeyen maden suları bu nam ve unvan ile ticarete çıkarılmayacağı gibi kaplıcalara da tedavi maksadile eşhas kabul edilemez.

Madde 201 — İçmeğe mahsus maden suları ile yıkanmağa mahsus her nevi sıcak, soğuk kaplıcaların işletilmesinden evvel sahipleri veyahut bir şirket namına ise o şirketin idare meclisi reisi tarafından bir istida ile Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletine müracaat edilir. Bu istidaya suyun işletilmesi için vekâleti aidesinden istihsal edilmiş olan ruhsatname sureti ve mütehassıs bir mühendis tarafından yapılan menbaın nısıf kuturu asgarî beş yüz metroluk bir daire dahilindeki etraf ve civarının 1/200 mikyasında bir haritasile beraber suyun hikemî vasıflarını ve miktarını ve ne suretle bendedildiğini, mevcut veya mütesavver tesisatın şekil ve vasıflarını gösterir bir beyanname ve bir de tahlil raporu leffolunur. Vekâletçe lüzum görüldüğü takdirde mahsus memurlar vasıtasile sudan nümune alınıp Devlet müessesatında suyun tahlili tekrar icra ettirilir. Bu hususdaki masarif istida sahibine aittir. Hali hazırda mevcut ve işletilmekte olan maden suları ve kaplıcalar da bu mecburiyete tâbidirler. Bunların sahip veya müstecirleri kanunun meriyeti tarihinden itibaren bir sene zarfında bu maddede zikredilen vesikaları Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletine tevdi ederler.

Madde 202 — Maden suları ve kaplıcalar sıhhî noktai nazardan Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletinin murakabesi altında olup bunlar her zaman teftişe tâbidirler. Bu sanayi sahip veya müstecirleri bu hususta her türlü kolaylığı göstermeğe mecburdurlar.

Madde 203 — İçilmeğe mahsus olarak hususî kaplar derununda ticarete çıkarılan maden suları derununa her nevi kimyevî maddeler

189

veya suyun terkibine yabancı gazlar ilâvesi memnudur. Maden suları derununda mevcut bazı gazların çogaltılması için ayni cinsten sun'î gaz ilâve etmek caiz ise de bunun evvelce Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletine ihbar edilmesi ve suyu havi kaplar üzerine sun'î gaz ilâve edildiğinin aşikâr surette yazılması lâzımdır.

Madde 204 — Şifalı hassaları kabul edilmiş olan maden suları ve kaplıcaların etrafında bir himaye mıntakası tesisini sahip veya müstecirleri talep edebilirler. Bunun için bir istida ve esbabı mucibe ve lâakal üç senedenberi tedavi maksadile gelen kimselerin adedini bildiren bir beyanname ile Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletine müracaat olunur. İstida üzerine Sıhhat ve İçtimaî Muavenet ve İktisat Vekâletleri müştereken talebi tetkik ettikten başka mahallinde tefehhus ettirerek suyun umumun menfaatine yarayıp yaramadığını tesbit ve himaye mıntakasının hududu tayin olunur. Bu himaye mıntakası dahilinde her nevi yer altı toprak ameliyatı ve sondaj icrası memnudur.

Madde 205 — Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâleti tesisatın vüs'atine ve müracaat eden hastaların miktarına göre havassı şifaiyeyi haiz içme ve kaplıca mahallerinde fennî hususattan da mes'ul olmak üzere vekâletçe ihtisası tasdikli bir tabibin istihdamını sahip veya müstecir veyahut heyeti idaresinden talep edebilir. Bu takdirde görülecek lüzum üzerine daimî veya tedavi mevsimine münhasır olmak üzere ihtiyaca göre bir veya birkaç tabip tayini mecburidir.

Madde 206 — Ecnebi memleketlerinden gelecek maden suları için evvel emirde Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletinden memlekete ithal için müssade alınır. Vekâletçe ithaline müsaade edilmeyen maden sularının gümrüklerce geçirilmesine müsaade edilmez.

Madde 207 — Gerek dahilde imal ve gerekse hariçten ithal olunan bütün sun'î maden suları ile gazlı sular üzerinde, sun'î olduğuna dair alıcının görebileceği tarzda yazılmış bir etiketin bulunması mecburidir. Bu nevi sun'î maden sularına malik olmadıkları şifalı hassalar atıf ve isnat edilmek suretile her çeşit reklâm icrası memnudur.

Madde 208 — Hududu dahilinde veya yakınında havassı şifaiyesi ve umumun istifadesine yaradığı ait olduğu dairelerce kabul ve tasdik edilen bir veya müteaddit madenî menbalar veya kaplıcalar bulunan şehir ve kasabalar belediyelerinin talebi üzerine Sıhhat ve İçtimaî Muavenet ve Dahiliye ve İktisat Vekâletlerince yapılacak tetkikat neticesinde o şehir ve kasaba içme veya kaplıca mahalli olarak ilân olunur.

Madde 209 — İçme veya kaplıca mahalli olarak ilân edilen şehirler belediyesi mevsiminde içme veya kaplıcaya gelenlerden ikamet müddetine mahsus olmak üzere bir resim tahsiline salâhiyettardırlar.

184

Bu rəsim hasılâtı tamamen şehir ve kasabanın tezyin ve tedavi için gelen zairlerin istirahat esbabını ve zevkini temin maksadına sarf ve tahsis olunur. Resim miktarı içme veya kaplıcanın mevkiine ve vaziyetine göre tayin ve Sıhhat ve İçtimaî Muavenet ve Dahiliye ve İktisat Vekâletlerince müştereken tesbit ve İcra Vekilleri Heyeti kararile tasvip olunur.

Madde 210 — 209 uncu maddedeki resim, içme veya kaplıca mahalli olarak ilân edilen şehir ve kasabada mütemekkin olmayıp mevsiminde buralara gelenlerden cibayet edilir. Harp malûlleri ve mecruhları ve Hükûmetçe meccanen tedavisine lüzum görülen hastalar ve fakirliği musaddak olanlar bu resimden muaftırlar.

ONUNCU BAP

Mezarlıklar, ölülerin defni, mezardan çıkarılması ve nakli

BİRİNCİ FASIL

Mezarlıklar ve ölülerin defni

Madde 211 — Mezarlık ittihaz olunan yerlerden başka yerlere ölü defni memnudur. Fevkalâde hallerde ve sıhhî mahzur mevcut olmadığı takdirde İcra Vekilleri Heyeti kararile muayyen ve malûm mezarlıklar haricinde ölü defnine müsaade edilir.

Madde 212 — Her şehir ve kasaba belediyesi şehir ve kasabanın haricinde ve meskenlerden kâfi miktar uzakta olmak üzere şehir ve kasabanın nüfusuna ve senelik vefiyatı umumiyesine nisbetle lâzım gelen bir veya müteaddit mezarlık mahalli tesisine mecburdur. Mezarlık olmak üzere intihap dilecek mahallerin toprağı, vasıfları ve civarındaki meskenler veya su menbaları için sıhhî bir mahzur bulunup bulunmadığı ve mesahai sathiyesinin kifayeti sıhhiye memurlarınca tayin olunur. Bu mezarlıkların tanzim ve eyi bir halde muhafazası mahallî belediyelerine aittir. Mezarlıkların etrafı behemehal duvarlarla tahdit edilir.

- Mabaadi var -

185

T. TEVHİDİ İÇTİHAT KARARLARI

Temyiz Mahkemesi Heyeti Umumiyesinin 17 - 12 - 1930 tarih ve 21 - 33 numaralı Tevhidi İçtihat Kararı

Devlet Demiryolları memurlarının vazifelerinden münbais suçlardan dolayı, haklarındaki takibatın 1441 numaralı kanuna tevfikan tecile tâbi olup olmadığı noktasından Temyiz Mahkemesi Birinci ve Dördüncü Ceza Daireleri arasında hasıl olan içtihat ihtilâfı üzerine cereyan eden müzakere neticesinde 23 mayıs 1927 tarih ve 1042 numaralı kanunun 6 ve Türk Ceza Kanununun 279 uncu maddeleri sarahatine göre Ceza Kanununun tatbikatında memur sayılan Devlet Demiryolları ve Limanları İdarei Umumiyesi müstahdemininin her ne suretle olursa olsun sui istimal ve İdarei Umumiyeye ait eşyayı şirkat, ihtilâs ve zimmete geçirmek gibi vazifelerine müteallik suçlardan dolayı 1441 numaralı kanunun 3 üncü maddesi sarahatine nazaran te'cilden istifade edemiyecekleri ikinci müzakerede ekseriyetle takarrür etmiştir.

* * *

Temyiz Mahkemesi Heyeti Umumiyesinin 17 - 12 - 1930 tarih ve 23 - 31 numaralı Tevhidi İçtihat Kararı

Tayyare Cemiyetine âit mebaliği ihtilâs eden cemiyeti mezkûre memurları hakkında Memurin Muhakemat Kanunu mucibince evvel emirde encümeni mülkiyece muktazi muamele ifa olunmak üzere evrakın Müddei umumiliğe tevdiine dair ittihaz olunan kararların temyiz kabiliyeti olup olmadığı noktasından Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairei Aliyesinin iki kararı arasındaki mübayenetten dolayı cereyan eden müzakere neticesinde:

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 223 ve 253 üncü maddeleri mucibince verilen duruşmanın tatili kararları, gaip ve firarî olan maznunun derdestine ve suçun mahiyet ve maznunun sıfatı itibarile müddeti kanuniye zarfında şikâyetin vukuuna veya mezuniyetin istihsaline intizaren muamelei usuliyeyi durdurmaktan ibaret olup, hüküm manasında olmamasına mebni bu kabil kararların kabili temyiz olmadığı ekseriyetle takarrür etmiştir.

180

Temyiz Mahkemesi Heyeti Umumiyesinin 17 - 12 - 1930 tarih ve 26 - 32 numaralı Tevhidi İçtihat Kararları

Re'sen Temyize tâbi hükümlerin Cümhuriyet Müddei Umumilerince aleyhte temyizi istenilmediği takdirde dahi aleyhe bozma kararı verilip verilmiyeceği noktasından Birinci Ceza Dairei Aliyesinin kararları arasındaki içtihat ihtilâfı üzerine cereyan eden müzakere neticesinde:

Ceza Usulü Muhakemeleri Kanununun (305) inci maddesinde istisnaen kabul edilen re'sen temyiz yolu, yalnız on beş sene ve ondan yukarı ceza hükümlerine maksur olmakla vazıı kanun, haksız mahkûmiyet ihtimallerinin önüne geçmek gayesini istihdaf etmiş olmasına mebni Cümhuriyet Müddei Umumiliklerince aleyhe temyiz edilmiş olmadıkça resen icra olunacak tetkikatı temyiziye neticesinde mahkûmun aleyhine gidilemeyeceği ekseriyetle takarrür etmiştir.

ADLÎ ŞÜUN

Yeni İtalyan Ceza Kanunu
ESBABI MUCİBE LÂYIHASI

İtalya Adliye nazırı Sinyor Rokko tarafından tanzim ve parlamentoya sevk edilmek üzere İtalya Kıralına takdim olunan [Yeni İtalyan Ceza Kanununun esbabı mucibe lâyıhası] -- hukuk ceza prensiplerine temas eden mühim tekâmülâtı ihtiva eylemesi itibarile -- bitterceme Türk hukukşinasanının mütalâalarına arzolunud. *T. H.*

Haşmetmeap;

Tarih, bir hükümdarı bihakkın yükseltebilecek en büyük sitayişlerle zatı haşmetmeabilerini, yadü tezkâr edecektir. Filhakika, muzaffer silâhların fütuhatı ve İtalyan millet ve devletinin hayatını tecdide matuf olan ıslâhatı teşriiye hep haşmetmeabinizin zamanı saltanatlarında tahakkuk etmiştir.

Bu kanunî mevzuatın en yüksek ve meşhur abideleri arasında İtalyan dehayi hukukisinin kudretini gösteren cezaî ıslahatı teşriiye bulunacaktır. Harp ve faşizim ile uyanan yeni millî vicdan, o dehayı, sırf ve tamamile İtalyan olan efkâr ve mefhumlara doğru sevketmek suretile onu ecnebi an'ane ve hislerin tesirinden kurtarmağa muvaffak olmuştur. Yeni mevzuatta cezaî ıslahat, yalnız azemet ve cesameti itibarile değil, aynı zamanda diğer her hangi bir ıslahatı teşriiye karşısında haiz olduğu ehemmiyet itibarile de mütemayizdir. Tecziye hakkı, filvaki hâkimiyetin en yüksek evsafından biridir. Okadar ki bizim ecdadımız o hakkı tecziyede (İmperium) ün en esaslı tezahüratından birini görüyorlar ve onu devletin kuvvei müsellâhasını istimal hakkına benzetiyorlardı. Hakikaten o hak ta müdafaai devletin bir şekli, devletin ve cemiyetin menfaati namına def ve tenkil edilmesi lâzım gelen düşman faaliyetine karşı bir harptir.

188

Haricî düşmanlara karşı elde edilen muzafferiyet, vatandaşlarla dahilî münasebatında devletin mevcudiyetini tahtı temine alacak vesait tesis edilmediği zaman akim bir şeref olarak kalır. Bu vesait arasında bugün zatı hükümdarilerine berayı tasdik arzolunan yeni kanunu ceza birinci mevkii işgal eder.

Faşist idaresinin bu sekizinci senesinde tahakkuk eden hadise, her iki kanunun, kanunu ceza ve usulü cezaiyenin aynı zamanda tanzim ve neşredilmeleri itibarile pek mühim ve daima tahattüre şayandır. Bu hadise bizim devletimizde aslâ vukua gelmediği gibi, Napolyon ıslahatında da Fransada usulü cezaiye kanununun neşri ile - 1808 - kanunu cezanın neşri - 1810 - arasında iki senelik bir fasıla geçmiştir.

Her iki kanunun aynı zamanda neşirleri mühim faydalar tevlit edecektir. Bu kanunların aynı zamanda tanzimleri keyfiyeti onlar arasında mükemmel bir ahenk ve muvafakat temin etmiştir. 1913 usulü cezaiye kanununda, yeni kanunu cezanın icabatına tevfik için yapılacak tadilât bu ahenk ve muvafakati aslâ vücuda getiremiyecek idi.

Bu muvaffakiyete, yıkılmaz bir iman ile yapılan ve vatanımızın en mes'ut ve siyasî şeraiti ile mazharı himaye olan uzun ve muannit bir sa'yile varılmıştır. Bu siyasi şeraitin vücut ve tahakkukunu da faşizmin teceddütkâr kuvvetine ve onun reisinin ihyakâr ve hakîmane teşvik ve tergibine medyunuz. Anî yapılmak şaibesinden azade ve derin ve uzun bir tefekkür mahsulü olan bu büyük ıslahat işi, tanzim devresinin uzunluğu itibarile birincilik iddiasında bulunmağa lâyıktır. Filvaki kanunu ceza ve usulü cezaiyenin ıslahı için yapılan tetkikatın kökleri 13 - kânunu sani - 1925 tarihinde meclisi meb'usana takdim edilen kanun lâyihasına ait esbabı mucibe lâyihamda, aynı meclisteki irat ettiğim nutukta (22 mayıs 1925) ve meclisi mebusan tarafından tasvip ve 5 haziran 1925 tarihinde âyana takdim olunan kanun lâyihasına merbut esbabı mucibe lâyihamda, âyanda irat ettiğim (17 kânunu evvel 1925) ve hükûmete cezaî ıslahata başlamağa salâhiyet ve mezuniyet veren 24 kânunu evvel 1925 tarihli kanuna ait parlamento nutuklarımda ve esbabı mucibe lâyihamdadır. İki iptidaî projelerin tanzimi, reyleri sorulan adlî ve ilmî uzuvların efkâr ve mütalâatının derinden derine tetkiki, iki kıt'a projenin ve onlara ait esbabı mucibe lâyihalarının tahriri, parlamento komisyonlarının münakaşatı ve raporları ve bu komisyon tarafından teklif olunan tadilâtın icrası ve nihayet her iki kanunun kat'î metinlerinin tesbiti ve haşmetmeabınıza takdim edilecek esbabı mucibe lâyihalarının tanziminden ibaret olan ihzarî mesaî benim idarei şahsiyem altında bu güne kadar yani tam altı sene devam etmiştir. 1889 ceza kanununun teşkiline müncer olan tetkikat takriben - 26 - senede ikmal edilmiştir, fakat bu devirde, aradaki az veya çok fasılalar bertaraf edilecek olursa, tam

189

on muhtelif proje hazırlanmış ve her projenin ihzarına iki seneden ziyade bir zaman sarf edilmemiştir.

Bu esere, hükûmete yeni bir kanunu ceza tanzimi hakkında salâhiyet veren 24 kânunu evvel 1925 tarihli kanun; dikkat ve itina ile riayet olunan bir haddolmuş ve esbabı mucibe lâyıhalarımda ve meclisi mebusan ve âyanda irat ettiğim nutuklarımdaki prensipler ki parlamentoca da tasvip olunmuştur - dahi bir rehber teşkil etmiştir.

27 Mayıs 1925 de meclisi mebusanda irat ettiğim nutukta demiştim ki «hükûmet, meclisten yeni kanunu ceza tanzim ve neşri hakkında salâhiyet aldıktan sonra onu ancak bu hususta yaptığı beyanat ile parlâmento tarafından tasvip olunan ruzname takyit edebilir» hiç bir ruzname meclisçe kabul olunmadığı gibi - zira yapılan bütün teklifler geri alınmış ve tavsiyelere inkılâp etmiştir - yeni kanunu ceza ve usulü cezaiyenin teşkilinde hükûmetin meclisin verdiği salâhiyete riayet etmesi hakkında parlamento komisyonunca da hiç bir mukarrerat ittihaz edilmemiştir. Kanunların kat'î metninde de meclisin hak ve salâhiyetine tecavüz eden hiç bir yenilik vazolunmamıştır.

Esbabı mucibe lâyıhalarımda ve parlamentoda vaki olan nutuklarımda: Kanunu cezanın ıslahı için 1889 kanununun ahkâmını ilga veya esasından tadil etmektense onları itmam ve ikmal etmek lâzımdır demiş ve aynı kanunun sistem ve fiziyolojisinin ve cezaî müesseselerinin evsafı esasiye ve prensiplerinin değiştirilmiyeceğini ilâve etmiştim. Ve filvaki böyle de olmuştur.

İtalyan ceza kanununun esasına dokunulmamış ve yapılan ıslahat, cezaî siyaseti teşriiyenin en salim prensiplerinin tatbikından, yeni müesseselerin kabulünden ve eski kanunun teknik noktai nazarından daha mükemmel bir şekle ifrağ edilmesinden ibarettir, Bu tadilât mühim olmakla beraber bizim hukuku cezaiyemizin tarihi ve an'anevî esaslarını ve onun mülhem olduğu ilmî prensipleri değiştirmemiştir. Nitekim ferdin irade ve idrak kabiliyeti ruhiyesi, şuurlu ve ihtiyarî ef'ali beşeriye üzerine müstenit olan cezaî mes'uliyeti hukukiye prensibi, bizim cezaî mevzuatı teşriiye sistemimize bundan böyle de asırlarca olduğu gibi hâkim olmakta devam edecektir.

Benim esbabı mucibe lâyıhalarımda, büyük ve muzafferane biten harp neticesinde fertte ve cemiyette husule gelen ruhî, manevî, iktisadî, içtimaî, siyasî derin tahavvüller sebebi ile bilhassa harpten sonraki devirde artan cürümlere karşı kanun ile mücadele etmek zaruretini göstermiş ve yalnız tenkilî ve cezaî olan vesaitin, bilhassa vahim ve şayanı endişe olan cürümlerle, genç çocukların ve tehlikeli olanların ika ettikleri ef'ali cürmiye ile mücadele etmeğe gayri kâfi olduğunu da ayrıca kaydetmiş idim. Bu ademi kifayete bir çare bulmak için yeni

1090

kanunu ceza yalnız aslî ve fer'î cezalar sistemini teşdit etmekle kalmamış aynı zamanda emniyet tedbirleri namı verilen bir sistem dahi kabul etmiştir. Bu emniyet tedbirleri cezaî mahiyeti haiz olmayıp bir takım tedabiri mania ve ihtiyatiye - preventio - den ibaret oldukları için idarî karekterlerini muhafaza etmekle beraber, cürme karşı mücadelede mücazat sistemine muavin vazife göreceklerdir. Islahatın bu kısmı, ihzar edilmekte olan tedabiri mania ve ceza müesseselerinin ıslahı ile itmam ve ikmal edilecektir.

Yeni ceza mevzuatımızın maksat ve gayeleri ve mülhem olduğu prensipler, cürme karşı şimdiye kadar olduğundan daha ziyade enerjik hareket edilmesini emretmektedir.

Tatbikat sahasında yeni kanunu ceza, müsamaha ile hareket edilmesi lâzım gelen ahvalde eskisinden daha mutedil ve müsaadekâr olacaktır.

Umumî ahkâmın şiddet ve huşunetini izale ve insaf ve âdalet prensiplerinin daha serbest olarak tatbikını temin etmek için, umumî ve hususî muhaffifi ceza ahvalini tayin ve tesbit ve hatta cezanın ref'i salâhiyetini dahi kabul ederek hâkime en müessir ve aynı zamanda en ihtiyatkâr vasıtalar ihzar ve tedarik etmek suretile cezaların şahsileştirilmesi [İndividualizzazion Della pena] prensibini mevkii file çıkarması yeni kanunu cezanın başlıca meziyetlerinden birini teşkil eder.

Kanunu cezanın kat'î projesi hakkında benim gayet vasi olan esbabı mucibe lâyıham, yeni hukuku cezaiyenin bilûmum müesseselerinin esaslarını ve reyleri sorulan adlî ve ilmî uzuvlarla ceza komisyonunun tekliflerinden hangilerinin kabul olunduğunu gösterir.

Kanunun metni kat'isinin teşkil ve tanziminde parlamento komisyonunun rey ve fikirlerini de mümkün olduğu kadar nazarı dikkate almak lâzımgeliyordu. Çok yüksek ve salâhiyettar bir uzuvu teşriî tarafından tavsiye olunan yeni tekemmülâtı temin etmek için mezkûr efkâr ve mütalâatı azamî ve pek hürmetkâr bir dikkat ile tetkik ettim. 1925 kanunu ile tasvip olunan sistem ve prensipleri tadil edemiyeceği tabiî olan bu itinalı tetkikatın başlıca neticelerini, yeni bazı müesseselerin kabul suretile lâyıhada yapmak mecburiyetinde kaldığım tadilât ile birlikte haşmetmeabınızın nazarı tasvibine arzediyorum.

Umumî Mülâhazat

Parlamento komisyonunun mütalâatına hürmeten kat'î projede yapılan tadilâtın tetkikine girişmezden evvel kanunun esas prensipleri etrafında bazı umumî mülâhazalar dermeyan etmek zaruridir.

Her şeyden evvel, yeni kanunu cezanın sistemi ile faşizmin içtimaî siyasî, hukukî felsefei umumiyesi arasındaki münasebatı göstermek faydalı olacaktır.

Haşmetmeabınıza malûmdur ki muzafferiyetten sonra sizin yüksek muvafakatinizle İtalyada tesis olunan siyasî rejim, hükûmetin basit bir tebeddülünü göstermez, belki devletin esaslı ve gayet derin bir tahavvülünü irae eder. Bu tebeddülün esas tarihi, siyasî, hukukî bir felsefe sistemine müstenit olup bu sistem dahi bihakkın denilebilir ki faşizmin felsefesidir. Faşizme göre devlet, aynı zamanda iktisadî ve içtimaî, siyasî ve hukukî ve dinî bir uzviyettir.

İçtimaî ve iktisadî bir uzviyet sıfatı ile devlet artık kendisini terkip eden fertlerden mürekkep riyazî bir heyeti mecmua olmayıp belki onu teşkil eden efrat ve sunufu içtimaiyenin, kendine mahsus gayeleri, ihtiyacatı, menfaatleri ve bir kelime ile hayatı müstakılesi olan bir terkibi ve bir muhassalasıdır, Bu ihtiyaçlar ve menfaatler müddet ve şumul itibarile aynı efrat ve sunufu içtimaiyenin hayatının fevkinde olup geçen hali hazır ve gelecek bütün batınlara şamildir, Şu halde mezkûr gaye ve menfaatlere - ki devletin gaye ve menfaatleridir - muhtemel ihtilâfat vukuunda fertlerin ve sınıfların menfaatleri tâbi olmalıdır. Zira onların menfaatleri devletin hayatına ait menfaatler gibi ebedî ve daimî olmayıp geçici mahiyettedirler.

Hukukî ve siyasî uzviyet sıfatı ile de devlet, âli kuvvet altında bir kütle gibi kendi içtimaî gayelerine vasıl olmak için irade ve hareket kabiliyeti ile mücehhez ve aynı zamanda içtimaî, siyasî ve hukukî bir şahsiyet iktisap edecek şekilde hukukan ve siyaseten organize edilmiş muayyen bir arazinin ahalisi gibi talâkki olunur.

Ahlâkî - dinî bir uzviyet sıfatı ile de devlet, bize organize edilmiş aynı millet olarak görünmektedir. Yani yalnız içtimaî bir vahdet değil belki, ırk, lisan, âdat, tarihî an'aneler, ahlâk ve din rabıtalarile de birleşmiş ve binaenaleyh sırf maddî ve iktisadî ihtiyaçlarla değil, aynı zamanda ve bilhassa ister fikrî, ahlâkî ve dinî olsun manevî ve pisikolojik ihtiyaçlarla da yaşayan teknik bir vahdettir.

Yeni siyasî rejime has olan devletin işbu yeni, içtimaî, siyasî, ahlâkî nazariyesi, haşmetmeabınızın nazarı tasdik ve tasvibine arzolunan ıslahatı cezaiyemizin mülhem olduğu felsefî prensipler üzerine de aşikâr bir tesir yapmaktan hâli kalamazdı.

Yeni eseri teşriinin ilham aldığı cezaî felsefei hukukiye faşizmin umumî felsefei hukukiyesinin bir neticesinden başka bir şey değildir. Bu felsefe, - 1789 - ihtilâlinin, hukuku beşer beyannamesinin, - 1791 - kavanini cezaiyesinin, hariçte ve İtalyada - 1889 - kavanini cezaiyesi de

1912

dahil olduğu halde bir çok kanunlara model olan birinci Napolyonun cezaî mevzuatı kanuniyesinin mülhem olduğu Fransız ansiklopedistlerinin felsefesinden büsbütün başkadır.

Bu felsefelerden birini diğerinden tefrik eden evsaf; biri tamamile [İndividualista] ferdiyetçi olduğu halde diğeri fil'esas içtimaî ve devletçidir. Zira bu ikinci felsefe, devletçiliğin bir takım ifratkâr neticelerini bertaraf ve devlet karşısında hürriyeti ferdiyeyi himaye etmekle beraber, ferdî menfaati devletin mevcudiyet ve muhafazai nefs menfaati âliyesine tâbi kılar ve ferdî hürriyetin keyfî hareketlere inkılâp etmesine mani olur.

Fransız illüminizmine has olan - İndividualist - ferdiyetçi felsefeye göre devletın elinde hakkı tecziye, mukavelei içtimaiye tesmiye olunan yahut devleti ve cemiyeti teşkil eden bir mukavele ile devlete terk ve ferağ olunan ferdin hakkı tabiisinden mütevellit bir haktan başka bir şey değildir. Bazıları bilhassa onlar arasında - Filangieri - devlete terk ve ferağ olunan ferdin bu tabiî hakkı, yapılan taarruzlara karşı intikamı şahsî hakkıdır.

Bu nazariye, devletin hakkı tecziyesini, içtimaî ve umumî bir hakkı intikam gibi talâkki ediyordu.

Bazıları da onlar arasında - bekkariye -, devletin tecziye hakkını, vatandaşın hürriyet hakkı tabiisinin bir neticesi, daha doğrusu hâkimiyeti vücuda getirmek için fertler tarafından terk olunan hürriyeti tabiiyenin en küçük kısımlarının müşterek bir deposu gibi talâkki ediyorlardı.

Haddi zatında kabili tebdil ve kabili rücu olan ve devlete fertler tarafından bahşedilmiş güzel bir metruke gibi talâkki olunan ve mezkûr hakkı tecziyeyi teyitten ziyade inkâr demek olan bu - ultra individualista- fikirlerin karşısında faşizmin cezaî felsefei hukukiyesi vardır.

Faşizmin fikri felsefisine göre devletin hakkı tecziyesi, nazariyeleri bizim Karraopesisna gibi en büyük cezacılarımızın eserlerine hâkim olan Josnaturalistlerin iddia ettikleri gibi ferdin hakkı tabiisinden neşet etmiş değildir. Hakkı tecziye, faşist nazariyesine göre [ki bilâhare antropolojik mektebi cezaî tarafından aşikâr ifratkârlıklarla kabul ve terviç olunan Romanyoji ve Karminyaninin an'anelerine merbuttur.] Devlet ile beraber doğan ve onun müdafaa ve muhafazai mevcudiyet gayesine müstenit olan bir haktır.

Fakat pozitivist cezaî mektep saliklerinin dedikleri gibi basit bir müdafaai içtimaiye hakkı yalnız mücrimin tekerrür tehlikesine karşı bir müdafaa olmayıp belki bütün ceraim yahut herkes tarafından herkese karşı yapılacak yeni ceraim tehlikesine, tabiri diğerle umumî bir hadisei içtimaiye gibi cürmiyet tehlikesine karşı cemiyetin bir müdafaa hakkıdır.

193

Bu müdafaa, cezanın tehdit, tatbik ve icrasile yapılır ve cürümden mutazarrır olanlar dahi hariç olmadığı halde bütün vatandaşlara şamil olmak itibarile umumî ve içtimaî ve mücrimlerin dahi yeni cürüm ika etmelerine mani olacağı cihetle hukukî ve ferdî [Prevenzione] kuvvei mania ile ve böylece ammenin tahvif ve tatmini ve aynı zamanda mücrimlerin de tethiş ıslah ve cemiyetten tecritleri suretile icra olunur.

Bu serdettiğim efkâr ve mütalâat yeni kanunu cezanın İtalyada ve hariçte cezaî mekteplerin mücadelesi karşısındaki mevkiini göstermeğe yarar. Yeni kanunu ceza tamamen ve münhasıran hiç bir mektebin prensiplerine merbut değildir. Evvelâ kanunî bir ıslahat nazarî ve felsefî bir takım efkârı mücerredeye nazaran değil, belki içtimaî hayatın hakikî ihtiyaçlarına yani icabatı içtimaiyeye ve siyasî menfaatlerin ilcaatına göre yapılır. Bu sebeple vazıı kanun, ıslahat işinde hiç bir felsefî veya mezhebî bir akide neşretmek ihtiyacında değildir. O içtimaî zaruret ve ihtiyaçları tatmine en ziyade salih fennî vesaiti teşriiye taharrisinde azamî ceht göstererek yalnız o zaruret ve ihtiyaçlardan ve siyasî menfaatlerden ilham almalıdır.

Saniyen: İtalyada hâkim iki mektep - ki biri klasik veya hukukî diğeri pozitiv, antropolojik veya sosyolojik mektep ismini almışlardır - arasında ihtilâf ve zıddiyet nazarî prensipler sahasında devam etmekle beraber kanunî ve amelî sahada çok tahaffüf etmiş gibi görünmektedir.

Bunun için yeni kanunu ceza iki mektepten münhasıran hiç birinin prensiplerini kabul etmemiştir. O, yalnız vahidüttaraf ve nazarî bir prensibe müstenit kanunî bir sistem vaz ve tesisine pek az ehemmiyet ve bilâkis devletin ve cemiyetin filî icabat ve hakikî ihtiyacatını tatmine salih ve bilûmum mektepleri canlı bir vahdet dahilinde ihtiva eden bir sistem teşkiline fevkalâde ehemmiyet vererek her mektepten hakikî ve iyi olan prensipleri almağı daha muvafık ât ve talâkki etmiştir.

Yüksek ve canlı bir vahdet altında muhtelif ve mütezat ilmî metotları cem ve terkip eden yeni kanunu cezanın bu umumî sisteminin hututu umumiye ve esasiyesini muhtasaran arzetmek isterim:

2 — Devletin hakkı tecziyesinin esasının, umumî bir hadisei içtimaiye gibi talâkki olunan cürmiyet tehlikesine karşı aynı devletin tahaffuz ve mevcudiyetini müdafaa zaruretine müstenit olduğunun inkâr edilemiyeceğini söylemiş idim. Fakat hakikatta, cürüm tehlikesine karşı devletin dahilî müdafaası yalnız ceza tarikı ile temin olunmaz. Binaenaleyh cezaî sistemi, devletin cürüm tehlikesine karşı vasıtaı mücadelesi olan pereventio [manifî] ve represiso [tenkilî] umumî sistemine ilhak etmek lâzımdır.

Filhakika, cürme karşı devletin müdafaası bazan preventio ve bazan da repressiodur [tedbirî veya tenkilî] birincisi; cürümlerin esbabı umu-

miye ve hususiyesine karşı diğeri de aynı cürümlerin tehlikeli ve muzır neticelerine karşı mücadeledir. Birincisi, yani cürme karşı preventio müdafaa, muayyen bir cemiyetin ve muayyen bir zaman tarihinde ika olunan ceraimin heyeti mecmuası gibi talâkki olunan cürmiyet hadisesinin esbabı umumiyesine [içtimaî, iktisadî, ve siyasî] karşı ve bazan da münferiden nazarı dikkate alınan muayyen bir cürmün hususî yani şahsî sebeplerine tevcih olunur. Sureti umumiyede nazarı itibara alınan cürmiyetin esbabı umumiyesine karşı devletin prevenito müdafaasını teşkil ve temin, ne bir kanunu cezanın ve binaenaleyh ne de bu kanunun vazifesi değildir. Mezkûr vazife çocukluk ve valdelik, gençlik teşkilâtı, içtimaî sigorta gibi faşist idaresinin vazettikleri içtimaî mevzuata aittir.

Münferiden nazarı itibara alınan cürümlerin esbabı hususiye ve şahsiyesine karşı preventio müdafaa vesaitinin ihzar ve teşkili dahi kanunu cezanın ve binaenaleyh bu ceza kanununun vazifesi değildir.

Bu vazife de 1926 emniyeti umumiye kanunile tanzim ve tesbit olunan idarî emniyet polis tesmiye edilen teşkilâta aittir. Bununla beraber mezkûr emniyeti umumiye kanunu ile tahtı intizam ve inzibata alınan polis idarî tedabirinden pek farklı olmıyan, cürümlerin şahsî sebeplerine karşı devletin preventio vasıtaları da yok değildir. Bu tedabirin de kavanini cezaiyenin mevzuunu teşkil ettiğine şüphe yoktur ve Avrupada ve başka yerlerde ihzar edilmekte olan en son ceza kanunu projelerinde de derpiş edilmiştir.

Bunlar, emniyet tedbirleri tesmiye olunan bir takım ahkâmdan ibaret olup tasvibi haşmetmeabilerine arzolunan yeni kanunu ceza tedabiri mezkûreyi gayet vasi ve mufassal bir disiplin altına almış ve 1928 senesinde Romada in'ikat eden beynelmilel hukuku cezaiye kongresinde bir çok Avrupa devletlerinin vazıı kanunlarına nümune olmak üzere tavsiye dahi edilmiştir.

Kanunu cezaya has olan bu emniyet tedbirleri âdi polis tedabiri ile müşterek mahiyeti haizdir. Zira onlar dahi ceraimin repressio olmayıp preventio vasıtalarından yani şahsî de olsa cürümlerin sebeplerine karşı mücadele vasıtaları olup, aynı cürümlerin tehlikeli ve muzır neticelerine karşı değildir. Fakat bu tedabiri emniyeti umumiye kanunundaki âdi polis tedbirlerinden tefrik eden bazı vasıflar vardır. Yani âdi polis tedbirleri bir cürmün ikaından evvel [ante factum] ittihaz olundukları halde diğerleri badelika [post factum] alınırlar.

Âdi polis tedbirleri cürmün esbap ve ileli şahsiyesi üzerine icraî tesir ederek aynı cürmün vukuundan evvel müdahale ettikleri ve onların önüne geçmeği istihdaf ettiklerinden dolayı her iki manada preventio, mania vazifesini gördükleri halde kanunu cezanın emniyet tedbirleri cürümlerin hususî ve şahsî sebepleri üzerine icrai tesir etmekle beraber

195

yalnız onların önüne geçmeği istihdaf ve cürmün ikaından sonra müdahale ederler, binaenaleyh henüz ika edilmeyen cürümlerin esbabı maniasını teşkil etmekten ziyade ikaı muhtemel yeni cürümlerin esbabı maniasını ve bu sebeple itiyadî ve profesyonel cürümlerle tekerrüre karşı bir müdafaa vasıtasıdırlar.

Başka bir cihetten dahi kanunu cezanın emniyet tedbirleri, emniyeti umumiye kanunundaki tedbirlerden tefrik olunurlar. Adi polis tedbirleri yalnız cürümlerin değil her hangi bir gayri meşru filin hatta insanların efalinden değil kuvayı tabiiyeden mütevellit her hangi bir muzır hadisenin vasıtai maniası oldukları halde kanunu cezanın emniyet tedbirleri yalnız cürümlerin yani faillerin mes'uliyet ve ehliyeti cezaiyesine bakılmaksızın bilûmum cürümlerin vasıtai maniasıdır.

Bundan maada âdi polis tedbirlerini kanunu cezanın emniyet tedbirlerinden tefrik eden diğer bir vasfı da evvelkilerin hakikî müeyyidatı cezaiye ile hiç bir zarurî münasebetleri olmadıkları halde ikinciler cezanın yerine kaim veyahut onun fer'i mahiyetindedirler ve bu itibarla yalnız cürüm maddesile alâkadar olmayıp belki o cürümler hakkında kanunu cezada tesbit olunan mücazat maddesile de sıkı sıkıya alâkadardırlar.

Ve nihayet kanunu cezanın emniyet tedbirlerini emniyeti umumiye kanunundaki tedbirlerden tefrik eden diğer en son bir vasıf ta evvelkiler ceza hâkimlerine mevdu oldukları halde diğerleri idarî memurların daha doğrusu emniyeti umumiye memurlarının salâhiyetine dahildir.

Halen mer'î veya ihzar edilmekte olan en son ecnebi kanunlarında olduğu gibi emniyet tedbirlerinin icra ve tatbikının kuvvei kazaiyeye tevdiine beni sevk ve icbar eden sebepler gayet açıktır.

Evvelâ: Mezkûr tedbirlerle hakikî mevadı cezaiye arasındaki münasebetin, tedabiri mezkûrenin ika edilmiş olan cürümlere kabili tatbik ve mücazatın yerine kaim veyahut onların fer'i mahiyetinde olmaları hasebile gayet sıkı olmasıdır. İkincisi de vazifede iktisattır: Emniyet tedbirlerinin tatbikını hâkimlere vermeyip polis memurlarına tevdi eden bir sistemin ziyaı vakti ve fuzulî enerji sarfını mucip olacağı bedihidir. Son bir sebepte: Vatandaşların ferdî hürriyetlerini azamî surette garanti altına almak zaruretidir. Zira bir taraftan o tedabirin tatbikından mütevellit tahdidi hürriyetin vehameti diğer taraftan onların ceza hâkimleri marifetile tatbikının bitarafane ve ziyade bir teenni ile yapılması bu hakkın cezaî kuvvei kazaiyeye tevdi olunmasını icap etmiştir. Bazan cezadan daha şedit ve müessir olan ve bazan da yegâne tatbiki mümkün olan bu, cürme karşı mücadele vasıtalarını yani emniyet tedbirlerini yeni kanun, onları pek korkak ve müterreddit bir şekilde ihtiva eden ve halen mer'i olan kanundan çok vasi bir şekilde istimal etmiştir.

196

Tasvibi haşmetpenahilerine arzolunan bu yeni kanunu ceza, emniyet tedbirlerinin evvelâ esasatı umumiyesini ve badehu onlardan herbirinin sureti tatbik ve icrasını tanzim etmek suretile mezkûr tedbirleri organik bir sistem altına almak için azamî gayret sarfetmiştir. Şimdiye kadar cezaî veya hukukî represiso vasıtalara tevdi olunan devletin cürme karşı müdafaasını tahtı temine almakta mezkûr tedbirlerin faide ve müessiriyeti aşikârdır. Bu tedbirler evvelâ cezanın gayri kâfi bir müdafaai içtimaiye vasıtası olduğu zahir olan ahvalde meselâ mes'uliyeti cezaiyesi olan sagirler mevzu bahs olduğu zaman onlar tarafından ika olunan cürümlere, itiyadî, profesyonel ve hilkatî mücrimlerle nim şuurlu, fakat tehlikeli olan eşhasın cürümlerine karşı mücadelede tatbik olunacaklardır.

Saniyen: O tedbirler cezanın gayri kabili tatbik olduğu ahvalde meselâ mes'uliyeti cezaiyesi olmayan sagirlerin veyahut tamamen şuursuz olup cemiyete tehlikeli olan mücrimlerin ika ettikleri cürümlerle, kanunu cezaca cürüm addolunmamakla beraber, içtimaî tehlikenin vahim alâmetlerini teşkil eden ef'ale karşı mücadelede tatbik olunacaklardır.

Yeni kanunu ceza, bu sebeple emniyet tedbirlerini ikiye ayırmıştır. Biri ceza ile beraber ittihaz olunan ve onun fer'i olan tedbirler; diğerleri cezanın yerine kaim olan yani cezaların tatbikını ref ve onları tamamile istihlaf eden tedbirlerdir.

Yeni kanunu ceza tarafından vasi mikyasta kabul ve sıkı bir surette disiplin altına alınan mezkûr tedbirler vasıtasile cürme karşı müdafaai içtimaiye, yalnız cezaî ve hukukî repressio bir müdafaa değil belki cürme karşı preventio bir müdafaa mahiyetini alarak an'anevî hudutlarını tevsi etmiştir. Bu itibarla preventio müdafaa, tedaviden ziyade cürme karşı içtimaî bir hıfzıssıhha [İgiene sociale] teşkil ettiği için tenkilî ve tedmirî müdafaadan daha müessirdir.

3 — Mevzuatı cezaiyenin hakikî sahası, yeni kanunu cezaya göre de cürme karşı tedmirî müdafaadır. Yani bizim cürüm tesmiye ettiğimiz cemiyete ve intizamı hukukiyeye mugayir olan ef'ale karşı hukukî ve içtimaî aksülâmel olmak üzere kanunun vaz ve tesbit ettiği umumî veya hususî cezaî veya hukukî müeyyidelere tevdi olunan müdafaadır. Bu cezaî ve hukukî müeyyidelerin ve onların yeni kanunu ceza sisteminde maruz kaldıkları disiplinin esasî prensiplerini tesbit etmek güç değildir; cürme karşı bilvasıta veya bilâ vasıta, umumî veya hususî, içtimaî veya ferdî tedabiri maniadan pek farklı olan cezaî müeyyideler, yeni kanunu cezada, cürüm dediğimiz gayri hukukî ef'alin bilvasıta veya bilâvasıta maddî veya ruhî, ferdî veya içtimaî, muzır veya tehlikeli neticelerine karşı an'anevî aksülâmel mahiyetini muhafaza etmektedirler.

Daha doğrusu mezkûr cezaî müeyyideler, gerek bizzat mücrim ve gerek tecavüze uğrayan şahıs ve gerek amme tarafından ika edilmesi

197

muhtemel yeni cürümlerin ruhî, ferdî ve içtimaî neticelerine karşı aksülâmel gibi görünmektedirler. Fakat siyaseten teşkil edilmiş olan bu cemiyetin mevcudiyetini tehlikeye koyan bu ruhî neticeler, cürümlerin bilvasıta tevlit ettiği neticelerden başka bir şey değildir. Bu netayici tayin etmek için aynı cürümlerin maddî neticeleri olan bilâvasıta neticelerini yani cürümden zarar gören şahsın maruz kaldığı muzır veya tehlikeli hadiseyi nazarı itibara almak zaruridir. Bu hadise bize daima fiil veya ihmalin daha doğrusu cürüm teşkil eden kanunen yapılmaması lâzım gelen bir filin yapılması, veya yapılması lâzım gelen bir hareketin yapılmamasının bir neticesi gibi görünmektedir. Binaenaleyh her şeyden evvel mezkûr hadise ile fiil veya ihmal arasında bulunması zarurî maddî ve fizik sebebiyet ve rabıtası, ilk defa olmak üzere yeni kanunu cezanın yaptığı gibi tesbit etmek lâzımdır.

Bir cürmün mevcudiyeti için muzır veya tehlikeli bir hadisenin maddî ve fizik sebepten mütevellit fiil veya ihmal olması kâfi değildir. Bir insanın gayri şuurî ve gayri iradî olan bedenî hareketlerine ef'al denilemiyeceği için mezkûr fiil veya ihmalin şuurî veya ihtiyarî olması şarttır. Bundan başka iradî fiil veya ihmalin neticesi olan muzır veya tehlikeli aynı hadisenin sebebi ruhisinin de idrakî [İntellttivo] ve iradî veya hiç olmazsa yalnız iradî bir harekete merbut olması da lâzımdır. İşte bu suretle, suçun ruhî unsuru kastî, gayri kastî veya kastı cürmiyi tecavüz veyahut hiç olmazsa kabahat fiil ve ihmallerinde sadece şuur ve irade gibi üç şekilde disiplin altına alınmıştır. Bu disiplin ile yeni kanun, tatbikatta kıymettar rehber teşkil edeceği ümit edilen gayet sarih ve organik kaideler ve prensipler vazetmiştir.

Cürmün ruhî unsurunun tesbitinden sonra failin mes'uliyeti cezaiyesini de tanzim etmek zarurî idi. Eğer cürüm, yalnız fiil veya ihmali beşerinin ve o fiil ve ihmali takip eden muzır veya tehlikeli hadisenin iradî ve şuurî olması [kastı cürmî] yahut hiç olmazsa o muzır veya tehlikeli hadiseyi irade etmek ve tanımak imkânının [gayri kastî cürüm] mevcudiyeti ile tasavvur edilebiliyorsa kanun nazarında faili cürüm olabilecek kimselerin ancak idrak veya temyiz ve şuurlu bir surette irade etmek kabiliyetine malik kimseler olabileceği aşikârdır. Bizim cürüm dediğimiz ef'ali beşeriyetin mes'uliyeti cezaiyesi yeni kanunda dahi, normal kabiliyete, binaenaleyh serbestîi irade ve idrake müstenit olan ruhî ve manevî itap ve muaheze [İmputabilità] prensibine mevdudur. Bunun ile, âlemi maddiyenin hadiseleri içinde iradei beşeriyeyi illiyet ve sebebiyet kanunundan hariç ve onu her hangi bir sebebin tesiri olmaksızın husule gelen illiyetsiz bir netice gibi talâkki ve [arbitrium indiferentise] tesmiye olunan eski iskolâstik ve metemprik nazariye kabul edilmiş değildir.

- Bitmedi -

Terceme edenler: Roma Hukuk fakültesinden mezun Atıf ve Fuat Beyler

198

MÜTALEALAR

CEZAÎ MÜTALEALAR

Hukuk işleri Müdürlüğüne yazılmıştır.

Türk Ceza Kanununun 19, 24 ve mezkûr kanunun mevkii mer'iyete vaz'ına müteallik kanunun 6 ıncı maddeleri hükmüne göre para cezasının hapse tahvili suretile tahsil ve infazının, mahkûmun aczi veya haciz ve füruhtu kabil emvalinin bulunmamasile mukayyet ve meşrut bulunduğu mütalâasile bubaptaki evrak rapten iade kılındı.

28 - 8 - 930

* * *

Muğla C. M. U. liğine Tg. E.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 202 inci maddesi son tahkikatın açılmasına mahal olup olmadığına karar verilmek üzere tetkikat yapılarak davanın vazife haricinde görüldüğünde, ve 263 üncü maddesi dahi son tahkikatın açılması kararile iş mahkemeye verildikten sonra duruşma esnasında suçun davayı gören mahkemenin vazifesini geçtiği anlaşıldığında yapılacak muameleden bahsetmektedir. Yeni kanun sulh mahkemelerine ait olup 205 inci maddede gösterilen haller müstesna olmak üzere evvel emirde son tahkikatın açılmasına karar verilmedikçe mahkemelerin işe vaz'ıyet edememelerini esas olarak kabul eylemiş olduğundan 192 inci madde mucibince evrak tevdi edildikten sonra 194 üncü ve müteakip maddeler mucibince muamele ifa ve son tahkikatın açılmasına mahal olup olmadığına karar vermek üzere tetki-

199

kat yaparken sulh hâkimi işin sulh mahkemesinin vazifesi haricinde olduğunu görürse 202 inci madde mucibince iktiza eden karar ittihaz edilmek üzere evrakı karar hâkimliğine gönderir. Şu kadar ki muvakkat (A) maddesinin 8 inci bendinde karar hâkimliği teşkilâtı yapılıncıya kadar sulh mahkemelerine ait işlerde yazılı iddianameye ve son tahkikatın açılması kararına lüzum olmadığı tasrih edilmiş olmakla halen sulh mahkemesine gönderilecek bu gibi işlerde son tahkikatın açılmasına karar verilmeksizin doğrudan doğruya duruşma hazırlığı ifa veya 386 ıncı madde dairesinde ceza kararnamesile karar verilmesi lâzım geldiğinden karar hâkimliği teşkilâtı yapılıncıya kadar sulh mahkemelerince mezkûr 202 inci madde ile diğer son tahkikatın açılıp açılmamasına taallûk eyleyen maddelerin tatbiki kabil değildir. Şu hale göre suçun vazifeyi geçtiği anlaşılması üzerine sulh mahkemelerince verilecek kararların 263 üncü maddeye tevfik edilmesi icabedeceği ve bu kabil kararların, aynı maddenin ikinci fıkrasında tasrih edildiği veçhile, son tahkikatın açılmasına dair olan kararların bütün neticelerini hasıl edip aynı şartlara tâbi bulunmasına mebni evrakın doğrudan doğruya ait olduğu mahkemeye tevdii iktiza eylediği beyan olunur.

2 - 2 - 1931

* * *

Hasankale C. M. U. liğine Tg. E.

1609 numaralı kanunun 3 üncü maddesi mucibince verilecek tevkif kararlarının usul noktasından reis veya hâkim tarafından tasdik edilmesi lâzımdır.

Şu kadar ki: mezkûr maddenin sarahatından derhal tevkif ve muhakemede duruşmanın mevkufen yapılması mecburî bulunmasına nazaran reis veya hâkimin işbu tevkif kararını tasdiki mecburîdir.

13 - 12 - 930

200

GAYRİ RESMÎ KISIM

Şartı cezaî

Ticaret kanununun 647 ve borçlar kanununun 158 ve müteakip maddelerinde mevzuu bahsolan şartı cezaiyi her iki kanun da tarif etmemiştir. 158 inci madde ibaresine nazaran şartı cezaî şu suretle tarif olunabilir:

Şartı cezaî; borçlunun akti icra etmemesi veya natamam olarak icrası halinde alacaklının muhtemel zararına mukabil ceza olarak para tediyesi vesaire gibi taahhüdatta bulunmasıdır.

Şartı cezainin tahakkuku için bazı şeraite ihtiyaç vardır. Evvelâ böyle bir taahhüt asıl borçtan ayrı bir tediyeyi ihtiva etmelidir. Binaen aleyh bir taahhüdün ademi ifasından mütevellit her zarar şartı cezaiyi tahakkuk ettirmez. Bilhassa asıl borç esasen gayri meşru veya mahiyetini değiştirmiş ise akte münafi bir hareket, şartı cezaîyi icap ettiremez. Binaenaleyh.

(a) — Ceza şartı, evvel emirde bir borçlu ve bir alacaklının ve bir rabıtai hukukiyenin vücudunu istilzam etmesi itibarile fer'i mahiyeti haizdir. Binnetice asıl borç vücut bulmaz veya sakıt olursa şartı cezaî taahhüdü de sakıt olur. Asıl borç; şekilsizlik, yahut kanunen memnuiyet, bazı teminatın noksaniyeti, ahlâk ve âdaba mugayeret sebebile veyahut ahkâmı umumiyeye göre sukutile şartı cezaî de kıymeti hukukiyesini zayi eder.

Şartı cezainin şu mahiyeti fer'iyesi İsviçre borçlar kanununun 1185 tarihli projesinde şu suretle gösteriliyordu. «Bir aktin ademi icrası veya natamam olarak ifası halinde borçlunun ceza veya tazminat olarak bazı tediyatta bulunması akte müteferri olarak taahhüt olunabilir.)

(b) — Şartı cezaî taahhüdü bazı hususî sebeplerden dolayı batıl olabilir. [B. K: 161 - 2] Şartı cezaî kanuna veya ahlâka mugayir bir

291

borcu teyit için şart edilmiş ve borcun ifası gayri mümkün olmuşsa şart olunan cezanın tediyesi talep olunamaz. Gene bu sebepten dolayı akit batıldır. (B. K: 20) Bu takdirde bütün akit mi yoksa yalnız şartı cezaî mi batıldır. Meselenin halli aktin sıhhatini iddia eden kimsenin muamelenin şartı cezaî olmasa da tarafeyn canibinden vaki olacağının isbatına menuttur. [Alman kanunu: 139] Binaenaleyh ceza şartı ancak muteber olan aslî bir vecibeye mülhak olabilir ve şartı cezaî mahiyeti itibarile ne şarta muallâk ve ne ihtimale tâbi bir taahhüttür.

(c) — Şartı cezaînin gayesi (158) inci maddeye göre ikidir. (1) tazminat tehdidi ile borçluyu vecibesini ifaya mecbur etmek. (2) Borçlunun akte riayetsizliği dolayısile alacaklının tahakkuk eden zararının telâfisini teshil etmek. Binaenaleyh vasfı temin edilen bir şeyin o vasfı haiz olmadığı tebeyyün ettiği takdirde borçlunun vecibesi alacaklının bu yüzden vukua gelen zararını tazmindir. Fakat hiç bir zaman şartı cezaî değildir. Alacaklı, şartı cezaî mukavele edilirken hangi gayeyi nazarı dikkate alırsa alsın müsavidir. Bir şartı cezaî her iki maksada da hizmet eder. Burada şartın en mühim vazifesi, akte riayetsizlik dolayısile bir zarar tahassül ettiğini isbattan alacaklıyı vareste bırakmasıdır. Fakat diğer taraftan alacaklının bu yüzden hiç bir zarara uğramadığını isbata mani teşkil etmez.

Meselâ şartı cezainin tahakkuku için borçlunun bir kusuru lâzımmıdır? Türk - İsviçre kanunlarına göre böyle kusurun taharrisine lüzum vardır. Borçlu riayetsizliğe başladıktan sonra rücu ederek akti infaza teşebbüs etse de artık şartı cezainin tahakkukuna mani olamaz.

* * *

Şartı cezainin tahakkukunda husule gelecek hukukî neticeleri borçlar kanununun 158 ve müteakip maddeleri tayin etmektedir. Müsbet surette (positive) cezanın tahakkuku borçlunun teehhürile vukua gelir. Binaenaleyh tediye ihtara rağmen vaki olmaz, yahut tediye için takvime göre tayin olunan günde borçlunun sebebiyet verdiği bir hadise dolayısile eda edilmezse teehhür vakidir. Eğer borçlu vecibesinin ifasını muarızının vecibesinin ifasına talik etmiş ise gene şartı cezaî tahakkuk edemez. Kezalik borçlu muarızının akte mugayir bir hareketinden dolayı iade hakkını haiz ise gene ceza ile muatep olmaz.

Borçlar kanununa göre cezayı icap ettiren hareket üçtür.

I. Aktin icra edilmemesi, II. Aktin natamam olarak icrası. III. Aktin muayyen zamanda veya meşrut mahalde ifa edilmemesi.

Bu muhtelif harekâtın intaç edebileceği ceza itibarile alacaklıya üç türlü talep hakkı tanınmıştır.

1 - Alacaklı hem aktin ifasını hem de cezayı talep eder. 2 - Alacaklı hakkı hıyarı haizdir. Ya cezayı veya infazı isteyebilir. 3 - Alacaklı

202

münhasıran ceza talep edebilir. Fakat asıl olan kaide alacağının hakkı hıyarı haiz olmasıdır.

I - Aktin icra edilmemesi. — Bu takdirde alacaklı ancak hakkı hıyarını istimal eder. Şartı cezaî asıl taahhüdün bir fer'i olduğu için borçlunun her iki borçtan birini tercihe hakkı yoktur. Alacaklı her ikisini de isteyemez. Bu hak kendisinde ancak bir mukavelenin vücudu halinde mevcuttur. Eğer her ikisini istemişse (ştavp) e göre cezayı tercih etmiş farzolunur. Ve ifa talebi hakkındaki iddiasını kaybeder. Fakat cezanın yanında ademi ifadan mütevellit diğer zararları da isteyebilir. Çünkü ceza, zararın tazmininin haddi asgarisidir. Eğer dayin ademi ifadan dolayı sair tazminat talebinde bulunmak istiyorsa cezanın tahakkuk ettiği zaman bu iddiayı dermeyan etmek mecburiyetindedir. Ticaret kanununun 647 inci maddesi bu tazminat talebine (müteahhedün lehin duçar olduğu zarar bedeli maktuan tesmiye olunan haktan ziyade ise kezalik hilâfı mukavelede musarrah olmadığı halde müteahhit ziyadeyi tediyeye mecburdur) fıkrasile vazıhan mesağ vermektedir.

Bazan ahval ve şerait alacaklının bu hakkı hıyarını tevsi edebilir. Meselâ ademi ifadan mütevellit zarar ehemmiyetli miktarda olup ta şartı cezainin bunu tazmin edemiyecek kadar cüz'i olduğu ahvalde alacaklı her ikisini de isteyebilir. Yahut şartı cezaî ademi ifadan mütevellit zararı baliğan mabelâğ tazmin edecek derecede yüksek tayin edilmiş olursa alacaklı müstesna olarak ancak cezaî şartı talep edebilir.

Şurasına dikkat etmek lâzımdır ki alacaklının infaz veya cezadan birisini tercih etmesi bu iki tarzı ifanın mütekabil iki vecibe olmasından değildir. Belki burada alacaklının hukukî vasfını kendi hakkı talebinin hıyar ile müterafık olmasıdır. Bundan dolayıdır ki, eğer infaz (161) inci maddeye tevfikan gayri mümkün bir hale gelirse cezaya taallûk eden hak ta sakıt olur. Alacaklı cezayı tercih ederse infazı talep hakkını kaybeder. Fakat o infazı talep ettikten sonra da cezaya rücu edebilir. Fakat cezadan rücu edıp infaza gidemez.

Borçlu kısmî bir tediyede bulunacak olursa alacaklı ceza isteyebilir mi? [Plauk] gibi bazı müellifler kısmî tediyede bir tediye mahiyeti görerek onu natamam olarak icra da talâkki etmezler ve ceza iddiasını reddederler. (Oser) kısmî tediyeyi natamam bir icra talâkki ederek alacaklının arada bir mukavele olmadığı takdirde ya aldığı şeyi iade veya cezada mütenasip bir tenzilât ile mükellef olduğunu beyan ediyor. Fransız kanunu medenisinin (1231) inci maddesi asıl borcun borçlu tarafından kısmen tediyesi halinde hâkime cezanın tadili salâhiyetini bahşetmektedir. Profesör (Staub) kısmî tediyenin ademi ifa olduğunu beyan ederek şartı cezainin tahakkuk edeceğini söylüyor.

- Bitmedi -

İ. Hakkı

203

(Andreas Von Tuhr) un borçlar şerhinden:

MATLUBUN TEMLİKİ

Mütercimi: Müderris Esat Muhlis Bf.

- Mabaat -

§ 95 - Devri matlubun vüs'ati ve şumulü

Devrin vüs'ati, tarafeynin arzusuna tabidir. Devir, matlubun tamamına şamil olabildiği gibi bir kısmına da raci olabilir. Şöyle ki matlubu devreden kimse matlubun kısmı mütebakisini isterse kendisine hasreder. İsterse başka bir kimseye devredebilir.

Kısmen yapılan devirlerin mevzuu matlubun bir kesri veya başka bir tarzda tayin edilmiş birer parçası olabilir. Bilfarz, tutarı henüz muayyen olmayan bir matlubun, tahminen bin frangı kadar muayyen bir kısmı B. ye (ve mütebakisi devreden kimseye kalmak üzere) devredilir, veya matlubun bin franktan yukarı olan kısmını devreder ki bu takdirde matlubun devredildiği kimse, matlubun baliği, ancak bin frangı tecavüz ettiği takdirde iddiayı istihkakta bulunabilir. Kısmen yapılan devirlerde menşeleri bir ve fakat biribirinden müstakil ve başka başka miktarı haiz iki nevi matlup tahaddüs eder; kısmî devirlerden mütehaddis iki nevi matlup (alelûmum esas itibarile bütün matluplar misillû) aynı kıymeti ve aynı dereceyi haiz bulunurlar. Borçlunun (Eşyasının rehin olarak zaptında) veya iflâsında bu matlupların hiç birisi haizi rüçhan değildir.

Kısmî matlupların müsavi derecesi (220 F. I. madde icra ve iflâs kanunu) ve fariğ ve mefruğunileyhin uyuşmasile değişmiyebilir. Bilmukabil bunlardan biri meselâ fariğ hakkı iddiasını kısmen devredilmiş olan matlubun zarar ve aleyhine istimal etmiyeceğini diğer tarafa vaadedebilir. Bununla fariğ kendi bakiyei matlubuna mukabil borçludan alacağı miktarı mefruğunileyhin tamamile tazminine kadar terketmek mecburiyeti deruhte etmiş bulunur. Bundan başka mefruğunileyh tatmin edilmedikçe borçlunun fariğa tediyat yapmaması veya bunun aksi etrafında borçlu ile uyuşulabilir, Devir; müteaddit matluplara bilhassa fariğin aynı

204

borçluya karşı olan müteaddit veya bütün matluplarına veya fariğin bütün matluplarına ait olabilir.

II. Matlubun devredildiği kimse, (170 F. I.)inci maddemucibince matlup ile birlikte matluba ait rüçhan vesair fer'î hukuku da iktisap eder. Şu kadar ki bu hukuktan devreden kimsenin şahsına ait olanlar müstesnadır. Yani devrin bunlara şumulü yoktur. Bu fer'î hukuk devrin kanunî tesiratı fer'iyesi gibi hukukan (ipso jure) intikal eder. Tarafeynin arzusuna veya devr senedinde derç edilmesine ihtiyaç yoktur.

I. Fer'î hukuk meyanında şunlar zikrolunabilir:

a) Matlubun teminine hadim hukuk ve bilhassa bir kefile veya rehin hakkına müteferri matlup. Menkulün rehninde fariğ bir (rahine karşı salâhiyettardır.) Kendi yedinde hulunan merhunu mefruğunileyhe vermek mecburiyetindedir. Fariğ ve mefruğunileyh arasında vaki bir uyuşma ile kefalete müteallik iddia ve menkul rehninin devri hariç bırakılabilir. Fariğ; kefalet hakkını kendisi için muhafaza edebilir. Hakkı rehin, matlupsuz varidi hatır olamıyacağı için rehnin muhafazası, hakkı rehinden ferağati ifade eder. Emlâk rehin hakları matluptan ayrılamaz. Emlâk rehin hakkını muhafaza kaydi ihtiyatisile devri batıl talâkki edilmelidir. Rehin hakkına (K. M.) 837 madde ve (B. K.) madde 523 te tasrih edilip hakkı rehnin tesciline ve mucirin (B. K. 272 madde) hakkı hapsine mütedair iddia müsavidir. (272 inci madde) kanunu medeninin 895 inci maddesinde münderiç ve dayinin temellük ve tasarrufuna muallâk olan hapis hakkı mefruğunlehe intikal etmez, bilâkis (borçlunun muvafakatile eşyaya tasarruf) gibi şerait kendi şahsında mevcut olduğu takdirde mefruğnnleh için yeniden vücut bulabilir. Noktai nazarıma göre 170 inci maddeye nazaran temellük kaydı ihtirazisi bedeli mütezayidi temine hadim olsa bile fer'i bir hak değildir. K. M. 715 B. K. 226 Bayi mefruğunileyhe satış bedeline müteferri matlup ile birlikte meşrut mülkü dahi devredebilir ve ona rücu salâhiyeti verebilir.

Bayi satış bedelinin ademi tediyesinde kendisine düşen ve belki kıymetçe bedeli iştirayı tecavüz eden maddeyi mefruğunileyhe terk etmek istediği kendiliğinden anlaşılmaz; onun için temellük şartı, bedeli iştiranın mefruğunaleyhine iş ancak bu şekilde kararlaştırıldığı takdirde intikal edebilir zannındayım. 170 inci maddeye tevfikan hiç bir fer'î hak, keza alacaklının teminine hizmet etmesine rağmen itimaden devir edilemezler. Bu haklar matlubun hini devrinde fariğde kalır. Çünkü fariğ bunları borcun edasında borçluya iade ile mükelleftir.

Fariğin selefi kanunisinden borçlunun edayı deyne muktedir olduğu hakkında aldığı teminatı fer'î haklardan değildir madde 171 II. bu hak

225

(matlup) ancak mefruğunileyhe devredildiği takdirde buna intikal edebilir.

b) Matlubun tevsiine delâlet eden fer'î hukuk meyanında birinci derecede (mukaveleye müstenit ve kanunî) faizler gelir. Devirden itibaren alacaklı sınıfına giren mefruğunleh için faiz matlupları teşekkül eder. Tezyit edilen faiz 104 II inci madde mucibince mefruğunileyhin tüccar olup olmadığına tabidir. İşleyen faiz, matlupla beraber mefruğunileyhe intikal eder. Ve hatta yalnız son hulûl eden vadeden itibaren işleyen faizler değil belki 170 inci maddeye nazaran bakiye kalan faizler dahi dahil olduğu halde ona intikal eder.

- Mabaadi var -

Esat Muhlis

208

HUKUKU MEDENİYE TETKİKATINDAN:

Babalık Davası

- Mabaat -

Alman hukuku. — Nafaka hükmü kaziyei muhkeme teşkil etmiş olsa dahi taraflar hükümde tadilât yapılması için müracaat hakkını haizdirler. (Alman hukuk usulü muhakemeleri kanunu madde 323). Bu müracaat nafaka miktarı ve müddetini tayin hususunda evvelki hükmün istinat ettiği ahval ve şeraitte zuhura gelen esaslı tebeddüller dolayısile vukubulacaktır. Ancak alman kanununda nesebi sahih olmayan çocuklara ait hususî nafaka babanın malî kudretinden (Leistungfahigkeit) mücerret olarak takdir olunduğundan babanın servetinde hasıl olan tahavvülât nafakanın tadili hususundaki talebe esas olamaz. Kezalik bu nafakada çocuğun zarureti de (Bedürftigkeit) nazarı dikkate alınmadığından çocuğun kendi varidatile yaşayabileceğinden bahisle nafaka ilga veya tenzili talebile babanın müracaatı da mümkün değildir. Buna mukabil nafaka ananın şeraitine göre verilmekte olduğundan bu şartta vukubulacak tahavvül dava ikamesini meşru kılacaktır.

İsviçre hukuku. — İsviçre hukuku daha vasi bir sistem kabul etmiştir. Ana, baba ve çocuğun şeraiti hayatiyesinde iyi veya kötü vukua gelen tebeddüller davanın yeniden görülerek yeni bir nafaka tayinini istemeğe hak verir.

İsviçre kanunu medenisinin 320 (T. K. M. 307) inci maddesi « ahval ehemmiyetli surette değişmiş ise nafaka miktarına dair olan karar taraflardan birinin istid'ası üzerine tadil olunabilir.» Demektedir.

Yani ana ve çocuk babanın vaziyetinde hasıl olan tezayüdü servetten dolayı tezyidi nafaka talep edebilecekleri gibi baba da kendi servetinde vukubulan tenezzülden veya çocuğun servetinde husul bulan tezayütten istifade ile tenzil ve hatta nafakanın büsbütün kaldırılmasını isteyebilir. Şu halde baba yalnız zarurette bulunduğunu değil belki ananın çocuğa bakabilmek için daha ziyade servet sahibi olduğunu veya yalnızca çocuğun kendi varidatının kendini iktara kifayeti bulunduğunu ileri sürebilir. Tadil taleplerinde kanunun istediği yegâne şart vaziyeti ma-

207

liyede husule gelen tebeddülün ehemmiyetli «notable» olmasıdır. Bu ehemmiyetli vasfından maksat, şayet hükmü verirken hâkim bu tebeddülden haberdar bulunsaydı bu ciheti nazarı itibara alarak hükmünü öylece vereceğine şüphe bulunmıyan ahvaldir. İsviçre kanununda babanın nafakanın büsbütün kesilmesini istemeğe de hakkı vardır. Kanunu medeninin 320 inci maddesinin (T. K. M. 307) son fıkrası «içtimaî vaziyete göre, kâfi derecede şahsî geliri olduğu gün çocuğun nafakası kesilebilir. Demektedir. Esbabı mucibe lâyıhası da bu hükmün bütün münazaaları hüsnü niyetle bertaraf etmeğe kâfi olduğunu ve nesebi sahih olmayan çocuklara karşı babalarının meşru çocuklardan daha ziyade bir vecibe ile mükellef tutulmalarının doğru olamıyacağını bildirmektedir.

İşte gerek baba ve gerek babanın varisleri çocuğun kendi mesaisi irsen veya hibe tarikile iktisap ettiği servetin kendini iktara kifayetinden bahisle müracaat hakkını haizdirler.

Çocuğun varidatının ancak zarurî ihtiyaçlarına kâfi gelmesi bu tebeddüle delâlet etmez. Tebeddülün vukuunu takdirde hâkimin vasi bir salâhiyeti vardır.

Bu suretle nafakanın kesilmesi bir gün tekrar yeni bir davaya mevzu teşkil ederek yeniden nafaka bağlanmasına mani değildir. Şayet çocuk henüz on sekiz yaşına vasıl olmamış ve vaziyette çocuğun servet itibarile aleyhine bir değişiklik husule gelmiş ise yeniden nafaka takdir olunur. (Curti 320: 12) vaziyette tebeddül husule geldiğini iddia eden taraf iddiasını isbatla mükelleftir.

Nafaka borcunun babanın varislerine intikali

Nafaka borcunu karabet esasına istinat ettiren nazariye mucibince çocuğu babasına rapteden rabıta ve bu rabıtanın neticesi gerek babanın ve gerek nesebi sahih olmıyan çocuğun berhayat bulunmaları şartına bağlıdır. Taraflardan biri vefat edince kaideten borç sukut etmelidir. Fakat tetkik etmekte olduğumuz kanunlar bu neticeyi kabul etmemişlerdir.

Nafakaya müteallik dava taraflardan birinin vefatile sakıt olmıyacağı gibi tayinden evvel babanın vefat etmesile sakıt olmayıp vereseye karşı devam ettiği gibi evvelce baba aleyhine hükmedilen nafaka onun vefatının vukuile veresesine karşı devam eder. Nafaka borcu da terekenin diğer borçları gibi varislere intikal eder, Bu hüküm gerek cemiyetin ve gerek çocuğun menfaatlerine tamamen uygundur.

Avusturya hukuku. — Babanın varisleri anadan evvel bu nafaka ile mükellef olurlar. Ve bunların mes'uliyetleri babanın mes'uliyetlerinin

208

tâbi olduğu şartlara tabidir. Nafaka borcu bütün emvali mevrûse üzerinden talep olunur. Şayet vefat vukubulduğu zaman çocuk babasının evinde ise bu çecuk kendisinin verese tarafından bakılmağa devam olunmasını talep edebilir. Fakat bu bakım hududu hiç bir zaman meşru çocuklara karşı olan borcun hududunu geçemez.

Alman hukuku. — Burada da babanın varislerinin borcu herkesten evvel gelir ve çocuğun muhtaç bulunması şartile alâkadar olamaz. Alman kanunu medenisi 1712 inci maddesinin ikinci fıkrasında bu varisleri (Abfindungsrecht) denilen bir hak tanımıştır. Bu hak şayet çocuk meşru olsaydı babasının mirasından ne miktar mahfuz hisse sahibi olacak idise o miktarı kendisine tesviye etmek suretile nafakadan kurtulmak hakkıdır.

Alman kanunu medenisinin ikinci ihzar komisyonu tarafından teklif edilmiş olan bu madde epeyi münakaşaları mucip olduktan sonra kabul edilmiştir. Bu maddenin aleyhine olarak deniliyordu ki: Nafaka borcu da terekeyi işgal eden ve diğer borçlar gibi tereke tarafından tamamen ödenmesi lâzım gelen bir borçtur. Vereseye bu suretle mahfuz hisse vererek kurtulmağı temin etmekle çocuğun nafakaya olan hakkı meşkûk bir hal almış olur. Bu muahaze bir az aşırıdır. Çünkü haddi zatında nafaka borcunun vereseye intikal etmemesi lâzım gelir, Vazıı kanun bu esastan inhiraf ile nafakanın varislerden de talep edilebileceğini kabul etmesile bu hükmün şumulünü tahditten sarfınazar etmediği neticesine vasıl olunamaz. Bahusus bu mevzuda meşru çocuklar ve meşru ailenin de menafii mevzu bahistir.

Şu halde Alman kanunu medenisine şöre varislerin iki hakkı vardır; birincisi nafaka vermeğe devam etmek; veyahut bir defa bu çocuk meşru olsaydı ne kadar mahfuz hisse sahibi olacak idise onu vererek borçtan kurtulmak. Şayet çocuğa verilecek nafaka miktarı indelhesap bu mahfuz hisseyi geçecek ise varislerin (Abfindungsrecht) denilen haklarını istimal etmekte menfaatleri olacaktır.

Bu hakkın istimali müddet veya saire gibi şartlara da bağlı değildir. Ve mahfuz hisse bir kere tevdi edilince artık çocuğun malı olur ve on altı yaşına girmeden çocuk vefat ederse bu mallar çocuğun varislerine intikal eder.

Şayet baba kanunu medeninin 1714 üncü maddesi mucibince nafaka hakkında çocukla bir mukavele yapmış olursa mirasçılar (Abfindungsrecht) haklarını istimal edemezler. Çünkü sulh ile kanunî olan nafaka borcu aktî bir mahiyet iktisap etmiş olur ve varisleri de diğer borçlar gibi ilzam eder. Bir kere verese bu hakkı istimal ederek çocuğa mahfuz hisseyi verince artık nafaka borcu nihayet bulur ve çocuk bilâhare zarurette kalmış olsa dahi yeniden nafaka talebinde bulunamaz.

İşte hissei mahfuze teslimi suretile kurtulmak hususundaki hal müstesna olmak şartile nafaka borcu bütün kuyudu şurutile varislere intikal eder.

İsviçre hukuku. — İsviçre kanunu medenisinin 322 inci (T. K. M. 309) maddesi de veresenin nafakadan mes'uliyetini tahdit etmiştir. Bu maddeye nazaran mirasçılar çocuğun tanınması halinde mirasçı sıfatile alabileceği miktardan fazla bir şey itasile mükellef olmazlar; acaba maddenin şu şekli tahririnden ne anlaşılmalıdır? Yani verese doğrudan doğruya çocuğun tanınmış olduğu takdirde mirasçı sıfatile alacağı olan miktarı defaten vermekle mi yoksa nafaka bu miktara vasıl oluncıya kadar tesviyede devam etmekle mi borçtan kurtulacaklardır? Tabiri diğerle burada da Alman hukukunda olduğu gibi (abfindungsrecht) karşısındamıyız yoksa nafaka borcu hakkında mirasçılar için miktaren yapılmış bir tahdit mi vardır?

Curti ve Egger mirasçıların (abfindungsrecht) sahibi olduklarını kabul etmektedirler. Gerçi kanun böyle bir sarahati ihtiva etmeksizin veresenin mes'uliyetinin hududundan bahsetmekte ise de maddeyi biraz daha vasi surette tefsir ile Alman hukukundaki hakka müşabih bir hak tanımak ta pekâla mümkündür. Yalnız burada mahfuz hisse değil çocuk tanınmış olduğu takdirde mirasçı olarak ne alacak idise miktar o olacaktır.

Nafaka borcunun hitamı

Nafaka borcu aşağıdaki hallerde nihayet bulur:

1 — Çocuk kanunun tayin ettiği yaşa girdiği zaman. Alman kanunu medenisi madde 1708 on altı yaş İsviçre kanunu medenisi madde 319 (T. K. M. 306) on sekiz yaş veya çocuk kendine bakabilecek bir hale gelince. (Avusturya ve Alman kanunları)

2 — Çocuğun vefatile (Alman İsviçre Avusturya kanunları)

3 — Nafaka borcu üzerine yapılan sulh ile.

4 — İsviçre ve Alman kanununda (abfindungsrecht) in istimalile (Avusturyada böyle bir hak yoktur.)

5 — Alman ve Avusturya kanunlarında çocuğun nafakası müruru zamana tabi değilse de muayyen zamanlarda verilmesi lâzım gelen miktarlar umumî müruru zamana tabidirler. İsviçrede davanın açılabilmesi zamanla tevkit olunduğundan bu müddet zarfında dava açılmadıkça hak sakıt olur.

210

Alman kanunu medenisinde tabiî babanın fevkalâde nafaka borcu

Bazen çocuk on altı yaşını ikmal ettiği halde ya aklî veya bedenî malûliyet sebebile kendisini beslemek kudretinden mahrum bulunur. Böyle bir halde nafakayı 16 yaştan daha ileriye götürmek mi yoksa hal ne olursa olsun yaş haddini bulunca nafakanın artık ortadan kalkması lâzım geldiğini mi kabul muvafık olur. Rayiştağ komisyonu bunu hiç düşünmemişti. Maahaza böyle nesebi sahih olmayan çocuklar arasında malûllerin fazla bulunması (assistance publique) müesseselerine masraflı olduğu düşünüldü. Ve 1708 inci maddenin ikinci fıkrası tabiî babaya on altı yaştan sonra da bir nafaka mükellefiyeti tahmil etti.

Bu fevkalâde nafakada dahi evvel emirde babalığın sübutu icap eder. Dava ve müdafaa ve esbabı sübutiye hep aynıdır. Çocuk onaltı yaşından sonra aklî veya bedenî illet saikasile kendine bakamıyacak halde olmak lâzımdır. Bu malûliyet 16 ıncı yaşın hitaminda bulunmak şarttır. 17 inci yaşta birdenbire ariz olacak malûliyetin fevkalâde nafaka talebine esas olamıyacağı hususunda bütün hukuk alimleri müttefiktirler. İlletin devamlı olması şart ise de gayri kabili tedavi olması lâzım gelmez. İlletin sebebi mahkemenin arayacağı hususattan değildir. Asıl mesele alilin kendine bakıp bakamıyacağı meselesidir. Hatta çocuk kasten kendini alil bıraksa bile nafaka gene lâzımdır. Çocuk alil olup kendine kâfi derecede servet sahibi ise bu nafakayı talep edemez; meğer ki mevcut servet çocuğun içtimaî mevkiile mütenasip olmasın. Kezalik baba bu fevkalâde nafaka ile ancak kendinin ve meşru ailesinin malî vaziyetini zarardide etmemek şartile mes'uldür. Burada nafakaya müteallik umumî hükümler caridir.

Fevkalâde nafaka onaltıncı yaşla beraber zuhur eder.

Nafakanın miktar ve tarzı edası diğer nafakadakinin aynıdır. Geçmiş günler hakkında nafaka hükümleri burada da caridir. Yalnız bu nafakada babanın varidatı şartı mevcuttur.

Nafaka borcunun mirasçılara intikali kaidesi bu nafaka hakkında da kabili tatbiktir.

Fevkalâde nafaka:

1 — Çocuğun kendine bakması kabil olduğu takdirde,

2 — Çocuğun vefatile,

3 — Uzlaşma ile,

4 — (Abfindungsrecht) in istimalile,

Son üç halde sukut kat'idir.

Nafaka borcunda uzlaşma (sulh)

Aile hukukundaki nafakadan ferağat mevzu bahsolamaz. Fakat burada her ne kadar gene karabetten mütevellit hukuk karşısında isek te müessesenin malî cephesi daha kuvvetli olduğundan aktî ihtimalâta müsaittir. Babanın uzun müddet nafaka mesuliyeti altında ezilmekten ise bir defaya mahsus olmak üzere bir miktar tediyatta bulunmak suretile borçtan kurtulmakta menfaati olacağı gibi diğer taraftan çocuğun da atide bir sürü tahavvülâta uğraması melhuz olan nafaka yerine toptan bir sermaye almak hususunda menfaati olabilir.

Uzlaşmanın şekli ve şartları

Uzlaşma hiç bir şekle tabi değildir. Şekli resmiyi hiç bir kanun emretmemiştir. Hatta mahkeme haricinde de uzlaşmak mümkündür. Şekli tahrirî de şifahen huzuru hâkimde davanın esnayı cereyanında yapılabilir.

Uzlaşma baba ile çocuk veya mümessili kanunisi arasında yapılır. Avusturya kanunu ana ile baba arasında yapılan sulhtan bahsederse de çocuk veya mümessili kanunisile yapılan sulhtan bahsetmez.

İsviçre kanununda ananın yapabileceği sulh hakkında (Curti, madde 319 numara 18 e müracaat.)

Alman hukukunda. — Çocukla babası arasında vukubulacak sulhler daima vesayet mahkemesinin tasvibine arzolunur.

Avusturya hukukunda. — Ana ile baba arasında vukubulan uzlaşma tasvibine muhtaç değildir. Baba ile çocuk arasındaki uzlaşma vesayet mahkemesinin tasvibine arzolunacaktır.

İsviçre hukukunda. Hâkim çocuğun vasisinin baba ile yaptığı sulh için izin verecektir. Fakat ana velâyet hakkını istimal ediyorsa yaptığı sulh için izin istihsaline ihtiyaç yoktur.

Alman kanunu nafakanın bilâ ivaz iptidaen ıskatının hükümsüz olduğunu sarahaten göstermektedir.

İsviçre kanunu çocuğu ananın yapacağı sulha karşı himaye etmiş ve ana açıktan açığa çocuğun menfaatine mugayir şartlar altında davadan sulh olmuş veya ikamesinden sarfınazar etmişse çocuğun dava hakkı gene bakidir; demiştir

Uzlaşmanın mevzuu

Sulhtan maksat tarafeynin nafakanın miktar, tarzı eda ve itfası hakkında işlerine gelen surette mukarrerat ittihaz etmeleridir. Meselâ nafakanın aynen verilmesi veya babanın çocuğu kendi evinde beslemesi gibi.

Kezalik tarafeyn çocuğa toptan bir meblâğın itasile nafakanın sukutunu da mukavele edebilirler. Bu sulh vesayet mahkemesince kabul edilip baba da taahhüt ettiği mebaliği verince nafaka sakıt olur. Bunun üzerine baba artık borçtan kurtulur ve çocuk atiyen zarurete düşse bile nafaka talep edemez.

Sulh yapıldıktan ve baba bedeli sulhü vermeden vefat ederse tereke bu borcu tamamen ödemekle mükellef olur, yani mirasçılar burada (abfindungsrecht) i kullanamazlar.

Alınan bedeli sulhün idaresi tabiî vasiye aittir. Şayet ana velâyet hakkını haizse alınan işbu bedelin idaresine ancak hâkim tarafından mezun kılınmış olduğu takdirde karışır.

Bu hükümler Alman kanununun fevkalâde nafakası hakkında da caridir.

Yazan
Kemal

Türk Temyiz Mahkemesi Kararları

.....

Tatbikat

Ceza kanununun 53 üncü maddesi muktezasını mahkeme reisi emreder.

Kasten katilden maznun ve gayri mevkuf Tahir oğlu Kâzımın kısmen vicahen ve bilâhare mahkemeye gelmemesine mebni vicahî addedilmek üzere gıyaben bilmuhakeme merkumun fiili mezkûre mücasereti subut bulmuş ise de hini ikaı cürümde 15 yaşını doldurmadığı ve farik ve mümeyyiz olmadığı anlaşılmasına mebni ceza kanununun 54 üncü maddesi delâletile 53 üncü maddesine tevfikan merkumun tekayyut ve nezaretinde teseyyüp ve ihmal ile bir cürüm işlemesine meydan verirlerse kendilerinden 200 liraya kadar cezai nakdî alınacağı ihtarı ile mevcut olduğu surette ana veya baba veya vasisine teslimine dair Aydın ağır ceza mahkemesinden verilen 26 - 12 - 929 tarihli kararın temyizen tetkiki Cumhuriyet müddei umumisi tarafından istid'a edilerek dava evrakı Cumhuriyet Başmüddei umumiliği memuriyeti aliyesinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu.

1 — Türk ceza kanununun 54 üncü maddesinin matufunaleyhi olan 53 üncü maddesi mucibince muamelei müktaziyenin Riyasetçe icrası için evrakın Cumhuriyet müddei umumiliğine tevdiine karar verilmek lâzım gelirken hususu mezkûre mahkemece karar verilmesi.

2 — Usulü muhakematı cezaiye kanunu ve zeyilleri mülga olduğu halde ceza muhakemeleri usulü kanununun mer'î olduğu zamanda merkum Kâzım hakkında vicahî olmak üzere gıyap kararı verilmesi.

Yukarıda gösterilen sebepler bozmayı mucip bulunmuş ve tebliğname talebile lâyiha muhteviyatı bu itibarla varit görülmüş olduğundan kararı mezkûrun ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi

mucibince bozulmasına ve evrakın yerine iadesine ve 800 kuruş bozma harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 6 - 4 - 930 tarihinde ittifakla karar verildi.

***

Temyiz kabiliyeti

Mahalli: Beyoğlu itiraz mercii.

Tarihi: 4 - 12 - 930

No: 238

Alacaklı: Emil Elâgöz ve Herman Cambeden Ef. ler vekili.

Borçlu: Markos Vitalis ve kefili karısı Madam margarit.

Temyiz olunan kararın hulâsası: Şikâyetin reddine karar verilmiştir.

Temyiz eden: Alacaklılar vekili.

Temyiz kararı

İcra ve İflâs kanunu merciin vereceği kararların kat'î olacağı esasını kurmuş ve temyize tâbi olanları da ayrıca göstermiştir. Şu halde bu kanunda kabili temyiz olduğu tasrih edilen hallerden maada merciden sadır olan kararlar kabili temyiz değildir. Temyiz talebinin reddine ve aşağıda yazılı temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 2 kânunsani 931 tarihinde ittifakla karar verildi.

İsviçre Federal Mahkemesi Kararları

Poliçe - Matlubun devri

Bayi tarafından bedeli mebiin tediyesi zımnında müşteri üzerine çekilen poliçe - bayiin mümessili emrine ihtas edilen poliçe - tediye için arzolunan poliçenin ademi kabulü - müşteri olan muhatabın tediyeden imtinaı - cirantanın muhatap aleyhine davası - senedin teslimile devrin vukubulduğu iddiası - davanın reddi.

[B. K. 163]

Kararın hulâsası :

Muayyen bir şahıs emrine ihdas edilen poliçenin o şahsa teslimi, Bu kimse lehinde poliçe muamelâtına esas olan matlubun devrini teşkil etmez.

4 - 2 - 930

Hadise :

Atinada alkollü mevat anonim şirketi Cenevre'de bir şubeye ve müddeinin şahsını teşkil eden bir de mümessile maliktir, Bu şirket, müddei tarafından teşrinisani 928 tarihinde alınan bir siparişi ifa maksadile müddeaaleyhe nisan 929 bidayetinde 7677,05 frank kıymetinde iki vagon Yunan şarabı teslim ediyor. 3 Nisan 929 tarihinde müddei, müddeaaleyh bayi sirketin faturasını gönderiyor ve bedelinin, mayıs nihayetinde tediyesi muktezi ve kendi üzerine çekilmiş bir senetle tesviye edileceğini bildiriyor. Bu senet ticarî anonim şirket tarafından müddei emrine ihdas ve tanzim olunuyor. Bu da senedi Cenevre'de İsviçre bankaları heyeti müttahidesi bankasına o da Bern'deki kantonal bankaya ciro ediyor.

Nisan 929 tarihinde Bern kanton bankasının (Lau fon) acentesi poliçeyi müddeaaleyhin kabulüne arzediyor. İsviçre bankaları heyeti müttahidesi bankası acente tarafından doldurulan meşruhatı müddea-

216

aleyhin poliçeyi kabulden imtina ettiğini fakat vadesinde tediyeyi taahhüt eylediğini bildiriyor.

24 Nisan 929 tarihinde (Lavfon) daki icra dairesi müddeaaleyhe gönderdiği bir tebliğnamede alkollü mevat anonim şirketinin şarap bedeli olarak kendi zimmetinde matlubu olan 7677 frangın (Bienne) de (Yosé Parqué) isminde bir alacaklı tarafından haczedildiğini ve fimabaat ancak icra dairesine yapılacak tediyenin muteber olacağını bildiriyor.

3 Haziran 929 tarihinde (Lavfon) daki Bern kantonal banka acentesi poliçeyi tediye için arzediyor. Müddeaaleyh, icra dairesinin tebliğinden bahsederek tediyeden imtina eyliyor. Poliçe müddeiye iade olunuyor. Bu da avukatı vasıtasile müddeaaleyhe vadesinde tediyeyi taahhüt eylediğini hatırlatarak borcunu ifa etmesini ve alacağın alkollü mevat anonim şirketine değil fakat müddei sıfatile kendisine ait olduğunu bildiriyor. Bunun üzerine müddeaaleyh 8 haziran 929 tarihinde 7677 frangı (Lavfon) icra dairesine tediye ediyor.

Müddei, müddeaaleyhe 7677,5 frangın maa masarif ve faiz tediyesi zımnında bir ödeme emri gönderiyor.

10 eylül 929 tarihinde müddei işbu davayı ikame ederek müddeaaleyh tarafından 7677,5 frangın 31 mayıs 929 tarihinden itibaren yüzde altı faiz ve 49,65 frank rücu masrafının da tarihi mezkûrdan itibaren % 5 faiz ile birlikte tahtı hükme alınmasını istiyor.

21 teşrinievvel 929 tarihli kararile Beren kanton ticaret mahkemesi, davayı reddediyor.

Müddei bu hükmü temyiz ediyor. Federal mahkeme de bu hükmü tasdik eyliyor.

Esbabı mucibe

1 — Müddei (Blanc) Emrine ihdas edilen senedi ticarî müddeaaleyh (Pluudt) le hiç bir poliçe vecibesi tahmil etmemiştir. Müddeaaleyh ne keşideci ne de ciranta ve ne de kefil idi. O ancak kabul ettiği takdirde senedin borçlusu olurdu ki müddeinin dediği gibi onu da kabul etmemişti. Bu yalnız müddeinin ikrarından ve Bern kanton bankasının (Lavfon) daki acentasının İsviçre bankalar heyeti müttahidesi bankasına yaptığı tebligattan değil fakat aynı zamanda müddeaaleyhin imzasını ihtiva etmeyen senetten de müsteban olur.

2 — Binaenaleyh evvel emirde şarap satışından mütevellit ve senedi ticariye esas olan alacağın müddeiye ait olup olmadığını tetkik etmek lâzımdır. Bu alacağın sebebi vücudu Atinadaki alkollü mevat anonim şirketinin bir talep ve iddiasıdır. Yoksa müddeinin iddiası değil. Ve filhakika müddeaaleyhin müddei ile değil fakat şirket ile akti mukavele ettiği münaziünfih değildir. Bu alacağı kendi namına talep edebil-

21 A

mek için müddeinin; senedin kendisine devrolunduğunu isbat etmesi lâzımdır. Müddei bunu isbat etmek istemiştir. Müddeaaleyh ve onunla birlikte kanton mahkemesinin müddeinin böyle bir devrin mevcudiyetini iddia etmediğini söylemeleri pek güçlükle anlaşılıyor. Dava arzuhalinin hulâsai müddeası bilâkis kâmilen senedin tesliminin bir devir teşkil ettiği ve müddei emrine poliçenin ihdasının anonim şirketi hesabına borçlar kanununun 165 inci maddesinin talep ettiği tahriri bir devir vesikasına muadil olduğu iddiasına istinat ediyor.

Poliçenin tesliminde, poliçenin ihdasına esas olan alacağın devri mahiyeti görmek borçlar kanununa münafidir ve binnetice hukukî bir hatadır. Ne borçlar kanunu, ne de poliçe hukukuna mütedair Alman nizamnamesi; emre muharrer bir poliçenin ihdasını alacağın devri talâkki ettirecek sarih bir prensip tanımıyorlar. Borçlar kanununun 726 ıncı maddesine göre poliçe ihracının keşideci ile hamil arasında ihdas ettiği münasebeti hukukiye, keşideci için poliçe ahkâmına tevfikan yalnız poliçenin kabul ve tediyesinden ibarettir. Poliçenin tevdiine bir temlik kıymeti vermek için poliçenin bizzat devir rızasının izharını ihtiva etmesi ve temlikin mevzuunu göstermesi zarurî idi. Bir senedi ticarinin tevdiinde ekseriya vaki olan bir hal değildir. Ve bilhassa davada mevzuu bahsolan senedi ticari de mutasavver değildir, Keşideci poliçeye müstenit olan alacağını temlik değil fakat senette münderiç meblâğı hamiline veya menlehülhaklarına tediye ile mükellef olduğunu muhataba ihbar etmek istiyordu. Bu ihbar, muhatap nezdinde bulunan karşılıkta veyahut mumaileyh zimmetinde keşidecinin bey'den mütevellit alacakta hiç bir akte tasarrufu istilzam etmez. (Lehman Grünhut: Wechtelrecht. II. P. Lehrbuch des Wechselreihtes) bu tarzı talâkki, federal temyiz mahkemesinin müstakar içtihadına muvafıktır. Ve onda sebat etmelidir. Eğer müddeinin noktai nazarı doğru olsaydı o takdirde yalnız poliçenin tevdiinde değil fakat ciroda da bir matlubun devri mahiyetini görmek icap edecekti. O suretle ki müddei, poliçe üzerinde mevcut cirolardan sonra matlubunu tahsil için hiç bir sıfatı haiz olmayacaktı. Poliçenin teslimi matlubun devrini istilzam etmediği cihetle müddei, bir devir ve temlikten istifade iddiasında bulunamaz ve iddia gayri varittir.

3 — Müddei, icra dairesinin haciz ihbarnamesini alması üzerine matlubun artık mahcuzunaleyh medyuna değil fakat müddeiye ait olduğunu beyan etmediğinden dolayı müddeaaleyhi mes'ul addetmek istiyor. Müddei, 3 nisan 929 tarihli mektup ile poliçenin ibrazından matluk sahibinin tebeddülünü, müddeaaleyhin istidlâl etmesi lâzım geldiğini iddia ediyor. Fakat 3 nisan tarihli mektup poliçe mahiyetinden bakşa devre dair hiç bir sarahati ihtiva etmiyor. Ve ayni veçhile müddeaaleyh poliçenin ibrazından matlubun devredildiğini istidlâl edemezdi. Müddeaaleyh matlubun artık anonim şirkete ait olmadığını kabul için hiç bir sebebe malik olmadığı ve haczedilen poliçeden mütevellit alacak değil, fakat beyi bedelinden mütevellit matlup olduğu cihetle müddeaaleyh bu sebepten bir poliçenin mevcudiyeti hakkında icra dairesinin nazarı dikkatini celp ile mükellef değildi.

28

İsviçre Kanton mahkemeleri mukarreratından:

İsviçre kanunu medenisi madde 379, 381, 388
Türk kanunu medenisi madde 363, 365, 372

Akıl zaifliği ile malûl olan bir kaasır dahi kendisine bakmasını istediği kimse hakkında müstakil bir rey ve karar izhar ve beyan edebilecek vaziyette ise şikâyet edebilir. Vasinin tayini kaasıra bildirilir. Vesayet dairesi (bizde sulh hâkimi) muayyen haricî sebepler altında kaasır tarafından vasi olması arzu edilen şahsın vazifelerini doğru olarak yapacağı hakkında itimat ve kanaat hasıl edemezse bu şahsın tayininden sarfınazar edebilir.

Bern Regierungsrat 6 - VI - 1928
Schn. J. Z. 15 Dezember 1929 S. 232

* * *

İsviçre kanunu medenisi madde 604.
Türk kanunu medenisi madde 583.

Hiç bir mirasçı 2 inci fıkraya istinaden mirasın taksiminin gayri muayyen bir zamana talikini talep edemez. Sırf istisnaî bir surette ve muvakkat icaplar altında terekenin menfaatine olarak vaziyette bir tebeddül vukuuna kadar taksim tehir olunabilir. Mirasçılar mirasın taksimi davasını terekenin menkul mallarına hasredebilirler.

Geneve Cour de Justice 20 - *XI* - 1928
Schn. J. Z. 1 Juli 1929 *S.* 9.

* * *

İsviçre kanunu medenisi madde 317 numara 3.
Türk kanunu medenisi madde 304 No: 3.

317 inci madde 2 inci fıkrası mucibince iaşe masrafları olarak tediyesi lâzım gelen tazminat, müddeiyenin sa'yile tahakkuk eden kazancın aynı değildir. Bu tazminat sadece müddeiyenin nafaka ve mesken masraflarını ve bir şahsın iaşesine muktazi diğer alelâde masrafları ihtiva eder.

Bern Cour d'appel Sect 2. 4 - *X* - 928.
Schn. J. Z. 15 Juillet 1930 *S. 28*

* * *

İsviçre kanunu medenisi madde 325
Türk kanunu medenisi madde 312

Ahvali medeniyeye müteallik netayicile tanıma, babanın çocuğuna karşı vaziyeti:

Kanunu medeninin 325 inci maddesi mucibince evlilik haricinde doğan çocuğu ahvali medeniyeye müteallik neticelerile tanıyan baba çocuğun kendisine teslimi hakkında hiç bir kanunî iddiada bulunamaz. Evlilik haricindeki çocuğun yalnız malî edalarla mükellef olan babası ise böyle bir iddiayı hiç yapamaz. Vasi ve vesayet dairesi bütün icabatı nazara alarak ve her şeyden evvel çocuğun menafiini derpiş ederek çocuğun teslimi hakkındaki ana veya babanın talebi hakkında serbestîi takdir dairesinde karar verirler. Bunların kararının murakabe makamı tarafından ref'i veya tebdili mukarrer içtihada nazaran ancak vesayet dairesinin kanunî ahkâmı ihlâl veya mükellef oldukları takayyüde ihtimam etmemeleri halinde olabilir.

Bern, Regierungsrat 14 - *X* - 930
Schn Y. Z. 15 Februar 1931 *S. 246.*

* * *

İsviçre kanunu medenisi madde 145.
Türk kanunu medenisi madde 137.

İhtiyatî tedbirler ittihazına salâhiyettar hâkim münhasıran boşanma davasının ikame olunduğu hâkimdir. Ecnebi memlekette ikamet eden İsviçreli karı veya kocanın vatanının salâhiyettar mahkemesinde boşanma davasını ikame etmiş olması halinde de aynı hüküm caridir.

Geneve, Cour de Justice 30 - V - 930
Schn Y. Z. 15 Dezember 1930 *S. 184*

* * *

İsviçre borçlar kanunu Md. 60
Türk borçlar kanunu 60

Bu maddedeki müruru zaman müddeti mutazarrırın zarara uğradığını öğrendiği tarihten itibaren işlemeğe başlar. Çünkü bu tarihte mahkemeye müracaatla dava ikamesi mümkündür yoksa zararın sâha ve şumulünü anladığı tarihten başlamaz, Dava ikamesinden sonra meydana çıkan bir zarar sonradan yapılacak bir dava ile hüküm altına aldırılabilir.

Geneve, Cour de Justice 11 - VII - 930
Schn J. Z. 1. Januar 1931 *S. 202*

220

İsviçre kanunu medenisi madde 319.
Türk kanunu medenisi madde 306.

Kanunu medenî 319 uncu maddesi mucibince iaşe iddiası çocuğa aittir. Bu itibarla nafaka olarak bağlanan paralar çocuğa yani kanunî mümessile verilir. Şu kadar ki çocuğa nafaka edası hakkındaki dava hakkını yalnız bizzat çocuk mu yoksa ana dahi haiz midir meselesi itilâflıdır Egger 307 inci madde 2 inci notunda Silbernagel 12 inci notunda ve federal mahkeme (Praxis 7 No. 112) ikinci noktai nazardadır. 307 ve 309 uncu maddelerin babalık davasını ana ve çocuğa verirken meselenin ananın iddialarına mı yahut çocuğun iddialarına mı ait olduğu hakkında bir tefrik yapmamasından her ikisinin gerek ananın ve gerek çocuğun iddialarını dermeyan edebilmesi hükmünü istintaç etmek yanlış bir hüküm olur. Filhakika şüphe edilemez ki çocuk ancak kendine ait olanı iddia edebilir, yoksa ananın iddialarını da dermeyan edemez, çünkü böyle bir iddiada çocuğun bir menfaati yoktur. Fakat ananın çocuk için zatî büyük menfaati olan nafaka tediyatı hakkında dava hakkını haiz olması her şeyden evvel 319 uncu madde 3 üncü fıkrasından müsteban olmaktadır. Bu maddeye göre ana esas itibarile çocuğa ait nafaka iddiasından sulh olacağı gibi bundan ferağat de edebilir.

Basel istinaf mahkemesi 21 Juni 1927
Schn J. Z. 1 Dezember 1929 *S.204*

***

İsviçre kanunu medenisi madde 554, 602
Türk kanunu medenisi madde 553, 581

Miras resmen idare edilmekte ise artık 581 inci madde 3 üncü fıkrasına tevfikan miras şirketine bir mümessil tayinine lüzum yoktur. Cünkü mümessilin ittihaz edeceği tedbirler miras idaresinin salâhiyeti cümlesine girmiştir.

Lusern Conseil D'état 19 - *XI* - 1928.
Schn J. Z. 1 Marz 1929 *S. 265.*

***

İsviçre kanunu medenisi madde 559.
Türk kanunu medenisi madde 538.

Mirasçılık hakkındaki vesikada her bir mirasçının hisselerinin de gösterilmesi lâzımdır. Mirasçılık hakkının tetkiki basit usulü muhakeme ile olabilir ve tetkikte vasiyetname mündericatı nazara alınır. Miras

hissesi hakkında kat'î ve nihaî tetkikat icrası alelâde usulü muhakemede yapılabilir.

Vaud, Tribunal kantonal 19 - *IX* - 1929
Schn J. Z. 15 November 1930 *S.* 149

* * *

İsviçre kanunu medenisi madde 837 numara 3, 961 *numara 1.*
Türk kanunu medenisi madde 807 : 921

İnşaat işçileri alacağının mevcudiyetini kanaatbahş derecede isbat ederse rehin hakkının muvakkaten tescilini talep edebilir. Bu baptaki talebin iş bittikten itibaren üç ay zarfında yapılmış olduğu meselesi bu tescil muamelesi esnasında değil, esası dava sırasında halledilir. Hâkim tescili tasvip ederse istida sahibine dava ikame etmesi için bir mühlet tayin eder.

Tessin istinaf mahkemesi 15 - 3 - 930
Schn J. Z. 15 November 1930 *S.* 149

* * *

İsviçre kanunu medenisi madde 2 fıkra 2.
Türk kanunu medenisi madde 2 fıkra 2.

Kendisine hiç bir zararı olmıyan ve halbuki komşusu için büyük bir istifadeyi mucip olan bir inşaatın uzaklaştırılmasını komşusundan talep eden bir irtifak hakkı sahibi hakkın sui istimalinde bulunmuş olur,

Tessin istinaf mahkemesi 1 - 7 - 930.
Schn J. Z. 1 Dezember 1930 *S. 166.*

S. Ş.

Şahitlerin Dinlenmesi

Maznunun sorgusu ile şahitlerin dinlenmesi arasında fark o kadar mühim değildir. Her iki halde de mesele, hakikatı aramaktan ibarettir. Fakat her iki hal için takip edilecek yollar ayrıdır: Şahitlerin dinlenmesinden hakikat şahitlerin beyanlarından doğrudan doğruya istihraç edilecektir. Halbuki maznunun sorgusundan hakikat bilvasıta, yani maznunun lehine söylediği şeylerin toplanan malûmat ile mukayesesinden bilvasıta çıkartılır. Her iki sorgu arasındaki esaslı fark ta budur. Bu farkı bırakıp ta şahit ile maznunun sorguları arasındaki farkı tabi oldukları sorgunun haricî şekline iptina ettirmek hata olur. Fakat bu iki nevi eşhas tarafından verilen malûmattan istifade etmek tarzındaki fark o kadar mühimdir ki şahitlerin dinlenmesinin maznunun sorgusundan ayrı olarak tetkik edilmesi lâzım gelir.

Maznunun sorgusunu tetkik ederken demiştik ki sorgunun gayesi müstantiği suçun işlenmesinde hazır ve nazır imiş gibi kılmaktır. Eğer şahitler suçun işlenmesinde hazır ve nazır idiseler müstantiğe gözlerile gördüklerini ve kulakları ile işittiklerini söylemelidirler ki müstantik te söylenenleri kendisi işitmiş ve görülenleri kendisi görmüş gibi muhakeme ve takdir eylesin. Dinlenen şahitler, ifadeleri ancak bilvasıta sübut vasıtası olabilecek şahitlerdense anlattıkları vak'alar biribirine raptedilince hâkim üzerinde vak'ayı bizzat görmüş imiş gibi tesir yapmalıdır.

Bu hususta maznun ile şahitlerin ifadeleri arasında fark olamaz. Filhakika maznun itiraf ederse bu ikrarın tesiri vak'ayı bizzat görmüş şahidin söyliyeceklerinden farklı değildir. Suçunu inkâr eden maznunun ifadeleri ise diğer vasıtalarla elde edilmiş malûmatı itmam eder. Hatta ehli vukufun ifadeleri de hâkimi yalnız kendi irfan ve ilmi ile bırakmamağa hâkimi ehli vukufun vukuf ve nurile de techiz eylemeği istihdaf eylemez mi? Hulâsa maznun, şahit ve ehli vukuf tarafından verilen her ifadenin neticesi hâkimi tahkik edilen mes'ele hakkında bizzat hazır ve nazır imiş gibi tenvir etmek ve hâkimi gördüklerini anlayacak bir vukuf ile techiz etmekten ibarettir. Hâkim bu neticeyi istihsal edince tahkikat gayesine vasıl olmuş bulunur. Eğer istenilen bu netice istihsal edilemezse ya hakikaten sübut vasıtalarını toplamak mümkün değildi veya müstantiğin aczi bu imkânı hasıl edemedi. Eğer sübut vasıtalarının toplanmasının mümkün olmasına rağmen toplanamaması müstantiğin muvaffakiyetsizliği yüzünden hasıl olmuş ise tahkikat ya itmamı mümkün olacak tarzda nakıstır, yahut artık tamiri kabil olmıyacak derecede

bozulmuştur. Birinci takdirde müstantiğin hiffetine, ikinci halde beceriksizliğine hükmolunur, zaten bir müstantik hakkında hüküm verebilmek için en iyi mikyas, en iyi esas, kimi şahit olarak dinlediği ve nasıl dinlediğidir. Zira şahitler, müellif ve müstantik (H. Gross) un dediği gibi bir tahkikatın iskeletidir; ifadeleri ise tahkikatın eti, derisi ve kanıdır; sinirleridir. Şahit olarak dinlenmesi lâzım olan kimselerden biri veya bir kaçı dinlenmemiş ise iskelette bir kaç kemik eksik demektir; yani çatının temelin salâbeti yok demektir. Eğer dinlenmesi lâzım olan kimselerin hepsi dinlenmiş ve fakat ifadeleri eksik kalmışsa ortada iskelet mevcut demektir; fakat üzerinde eti, derisi, kanı siniri mevcut olmıyan veya eksik olan bir iskelet mevcut demektir: Yani ortada cansız ve ruhsuz bir vücut var demektir.

Kimler şahit olarak dinlenmelidir? Göz önünde ihbar veya şikâyetname duruyor. Orada malûmat verebilecek birkaç isim zikredilmiştir. Onlar çağrılır ve sorguya çekilir. Bunlar ve maznun da yeni birkaç isim söylerler. Onlar da çağrılır ve belki onlar da yeni isimler bildirirler. Yeni bildirilenler de çağrılır, böylece artık yeni bir isime tesadüf edilemeyinceye kadar devam olunur. Bundan sonra belki bir iki ehli vukuf dinlenmek lüzumu hasıl olur; o da yapıldıktan ve dosyaya lâzım olan vesikalar da konulduktan sonra tahkikat bitmiş olur. Bu iş kolaylıkla ve tabiî bir tarzda cereyan eylemiş olur. «Bunun üzerine tahkikatta ismi geçen her şahıs dinlenmiştir, her şey tamamdır ve artık tahkikatta noksan yoktur» denebilir mi? Cereyana kapılmış giden bir odun parçasına menzili maksuduna doğru gidiyor denilemiyeceği gibi tahkikata kendisini kaptırmış giden müstantiğe de tahkikatın hedefine doğru gidiyor denemez. Müstantiği tahkikat idare edecek değildir bilâkis tahkikatı müstantik idare edecektir.

Bu gibi inceliklere lâkayt olan müstantik istediği gibi tahkikata yakasını kaptırmakta devam etsin. Fakat hâkimlik vazifesini doğrulukla yapmağa yemin etmiş bir müstantik vazifesini bu tarzda görmez. İyi bir müstantik işlerin tabiî inkişafında hamleler, sıçrayışlar olmadığını gayri kabili izah, münferit, ahenk ve rabıtadan azade bir şey bulunamıyacağını aklına koyar. Beşeriyetin bir iptidası olmuştur beşeriyet inkıtasız bir tarzda vücude gelmiştir, Vücude gelişinde fasılalar ve fitretler olmadığı gibi tesadüfün de tesiri yoktur. Beşeriyet hakkında söylediğimiz bu sözler beşer hakkında da yani beşerden çıkan her iş hakkında da söylenebilir. Beşerin dili, eserleri, iradesi, kabiliyeti cehti ve cehtinden elde ettiği neticeler yavaş yavaş ve tabiî bir surette inkişaf eden zihayat uzuvlar gibidir; iyi tertip edilmiş ve muhteviyatının her birinin illeti vücudu bulunan ve zarurî bir tarzda bulunması lâzım gelen bir uzuv gibidir. Beşerden çıkmış hiç bir fiil yoktur ki sırf tesadüfün eseri olsun, beşerin her bir fili diğer bir file merbuttur ve mutlaka kabili izah-

tır. O fiiller mutlaka vücut bulacak semerelerdir ve o yemişlerin vücude gelmesi ona vücut veren uzviyetle kabili izahtır. Nasıl yapraklar üzerinde çıktıkları ağaçlara bağlı iseler bizden çıkan fiiller de bize bağlıdır. Onu hasıl etmek itiyadında bulunan ağaçtan nekadar tabiî ve mutlak bir surette peyda oluyorsa icraatımız da bizden o kadar tabiî ve zarurî bir tarzda vücut buluyor.

Eğer müstantik bu söylediğimiz fikirleri bilirse tahkiki ile meşgul olacağı her suç hakkında şöyle düşünür: İşe karışmış olan her şahsın, o iş ile zarurî ve muhakkak bir münasebeti vardır, İşte oynadıkları rol ne olursa olsun, ister müteaddi ister lâzım bir vaziyette olsun ister muhbir ister maznun bulunsun isterse işin ikinci derecede bir şahsiyeti bulunsun mutlaka ve muhakkak bir tarzda işle alâkadardır. Tarihi tabiî ile uğraşan bir âlim hiç görmediği bir uzvu yahut hilkatin çoktan beri zail olmuş devrine mahsus bir uzvu tetkik ederken diğer hangi uzuvlarla beraber vücut bulmuş, yaşamış ve zail olmuş bulunduğunu nasıl anlayabilirse müstantik te işi tetkik ve tahkik ederken hangi cins insanların buna karışabileceğini, hangi nevi insanın mazur olabileceğini ve etraftaki insanların hangi kıratta insanlardan olabileceğini anlamalıdır. Müstantiği ne tesadüfe bağlı buluşlar ne de ilk dinlenen insanların hüsnü niyeti sürüklememelidir. Bilâkis müstantik kendisine rehber olarak işin bir usul dahilinde yeniden tertibini almalıdır. İşin tabiî tekâmülünün vazıh ve doğru bir talâkkisi müstantiğe rehber olmalıdır. Hiç şüphesiz ki caninin cinayetini nasıl yapmış olduğunu görenler sorguya çekilecektir; fakat bundan maksat fili, cinayeti tesbitten başka bir şey değildir. Bu sorgu işin nasıl olup ta bu neticeye varmış olduğunu izah edemez. Bu cinayetin illeti ve gayesi nedir? Bu cinayete karşı duran kuvvetler hangileridir? Bu kuvvetler nasıl mağlup edildi. Mütekaddim fiiller ne idi ve o mütekaddim fiillerin bu sonuncusu ile nisbeti nedir? Bütün bu suallerin müstantik cevabını bulacak vak'ayı yeniden tertip edecektir. Bunun için de ne tesadüfe ne de şahitlerin hüsnü niyetine bel bağlıyabilir.

Sonra ya vak'ayı kimse görmemişse binaenaleyh elde bir ip ucu yoksa nasıl hareket edilecektir? Etrafta rasgelen ilk şahsı çağırmak ona bir şey işitip işitmediğini sormak, bunun ismini vereceği ve bildireceği şahitleri çağırmak, şahit şahit üstüne yığmak ne netice verebilir? Bu takdirde en iyi çare fili yeniden tertip etmektir. Cehtü sai sayesinde zihayat bir uzuv yaratmalıdır nasıl yemişi görünce ağaç tanınırsa cinayeti de görünce bu semereyi veren hal istihraç edilmelidir. Failin kastı keşfolunmalıdır; böylece kimlerin iştirak edebileceği anlaşılır ve fiilde alâkadar ikinci sınıf insanlar kendiliklerinden meydana çıkar.

Bu vaziyet karşısında işi en emin ve iyi bir tarzda kestirmek usul-

225

lerini kimse yazamaz; bununla beraber böyle bir vak'ada daha en güç bir vaziyette bile işin nasıl olmuş ve nasıl geçmiş olabileceğini ihtiyatla, tefekkürle ve sükûnetle tertip ve tasavvur etmek sayesinde iş hakkında malûmat verebilecek kimselerin hangi muhitlerde bulunabileceği hemen hemen kat'iyetle tayin edilebilir. Bu kimselerin kimler olabileceğini de bulmak polise ait bir iş olur. Şahit dinlendikçe, bir adım atıldıkça yeniden işin nasıl geçmiş olabileceğini tertip ve tasavvura başlamalı elde edilen netice ile ilk düşünülen şekil arasında mukayese yapılmalı ve lâzım gelen tamimat icra edilmelidir. Fakat müstantik hiç bir zaman şahitlerin kendisini kasten veya tesadüfen soktukları yolda gitmekle iktifa eylememelidir.

Şahitlerin dinlenmesi: Hâkim şahitleri dinlerken

Evvelâ: Meselenin tenviri için ehemmiyeti olan her noktanın, her cihetin mevzu bahsedilmesine, meskût kalmamasına.

Saniyen: Şahitlerin hakikatı tamam olarak ve olduğu gibi söylemesine ihtimam eylemelidir.

Meselenin tenviri için ehemmiyeti olan her noktanın, her cihetin mevzu bahsedilmesine meskût kalmamasına muvaffak olmak için şahitlere sorgu nasıl yapılmalıdır? Bu meseleyi ancak müstantiklerin ehliyet ve ilimleri halledebilir; müstantiğin; gayreti ve hüsnü niyeti halledebilir; müstantiğin doğuşta haiz olduğu meziyetler halledebilir. O meziyetleri zaman ve tecrübe tekemmül ettirebilir, fakat sonradan iktisap edilemez. Fena bir müstantik çekingen bir şahidi büsbütün korkutur; geveze bir şahidi büsbütün gevezeliğe sevk eder; cüretkâr bir şahidin cüretini artırır ve onları sorguya çekmesini beceremez. Çünkü her insan diğerinden farklıdır. Herkes diğerinden daha başka türlü hisseder, görür, işitir ve tasavvur eyler; binaenaleyh gördüklerini de başka tarzda arzeyler. Bununla beraber insanlar yekdiğerinin aynıdır ve şahsen aralarında mevcut olan farklar insanın büyük ve müşterek hatları arasında kaybolup gider. İnsanlarda esas birdir onlara ayrı olan şekillerdir. Binaenaleyh şekle ve surete saplanırsak arada fark görürüz esasa bakarsak birlik görürüz; en liyakatli müstantik esasa ait olan ile şekle ait olanı yekdiğerinden ayırt edebilendir.

Şahitlere doğruyu söyletmek için müstantik iki müşkülât ile çarpışmağa mecburdur. Bir taraftan şahit hakikaten doğruyu olduğu gibi ve tamam olarak söylemek arzusundadır; fakat ya iyi görememiş veya iyi anlayamamış olmasından dolayı buna muvaffak olamamaktadır. İkinci müşkülât şahidin yalan söylemek arzusudur. Bu iki takdirde de takip edilecek usul ve alınacak tedbir biribirinden farklıdır. Bu müşkülâttan birincisi daha mühimdir.

226

Birinci hal. - Şahidin doğruyu söylemek arzusu

Evvel emirde meseleyi umumî bir noktai nazardan tetkik edelim: En âdi en olagan hadiseleri herkesin başka başka tarzda telâkki eylemiş olduğunu başka başka tarzda anlatmakta olduğunu görmez miyiz? Tecrübe ediniz. Bir vak'ayı onu görenlerin hepsine anlattırınız; yahut sizin de bizzat şahidi olduğunuz bir vak'ayı onu sizden başka daha görmüş olanlara anlattırınız. Göreceksiniz ki hepsi başka başka anlatacaktır. Vak'anın ehemmiyetli olması bu tefavütü izale edemez. Fakat tecrübeyi yaparken siz vak'ayı çok iyi görmeğe çalışınız; siz gördüklerinizi sadakat ile hıfzetmiş olduğunuza kani olunuz, göreceksiniz ki vak'ayı yanlış anlattığına emin olduğunuz adam size karşı vak'anın anlattığı gibi geçmiş olduğunu ne büyük bir kat'iyetle iddia edecektir. Bu iddia karşısında cür'et etmemek elinizden gelmiyecektir. Yalnız hayret etmek işe yaramaz. Ne için o adamın vak'ayı sizin gördüğünüzden başka bir tarzda yanlış bir tarzda anlatmakta olduğu esbabını araştırmanız lâzımdır. yanlış mı görmüş? Mizacı, yaşı, mevkii içtimaisi, işe verdiği ehemmiyet ve daha bir çok sebepler müşahidin üzerinde icrayı tesir edebilir; binaenaleyh müstantik uzun tecrübesine binaen, demevî, sinirli insanların, çocukların uşakların ilâ kimselerin müşahedelerinde ve ifadelerindeki hataları tasnif eylemeli ve huzuruna çağırdığı şahidin bu sınıflardan hangisine mensup olduğunu tayin eyledikten sonra ona göre ifadelerdeki hataları meydana çıkartmalıdır.

Şimdi evvelâ bir şahidin ifadesine hâkim olan umumî hükümleri arzedelim; o hükümler şahidin müşahedesine ve hafızasına müteallikdir, Ondan sonra da doğru olmıyan ifadelerin hususiyetlerini arzeyleriz.

1 . – Umumî hükümler

Müşahede veya hislerimizin aldanması

Vak'ayı şahitlerin anlattıklarına göre tesbit etmeğe kalkışırsak şahitlerin bize tamamile gördüklerini ve işittiklerini söylemiş olduklarını kabul etmekliğimiz lâzım gelir. Şahidin doğruyu söylemek istediğine kail ve kani olur olmaz şahidin anlattıklarını hakikatin ifadesi olarak kabul eylemeğe meyil ederiz. Şahidin hisleri bir fotoğraf makinesi

224

değildir. Fotoğraf makinesi tabir caizse gördüklerini bilâ muhakeme düşünmeden zapteder. Halbuki şahidin havası hamsesinden biri ile vaki ahzü talâkkisi muhakeme ve düşünüşten azade ve mücerret bir hareket değildir; hatta tek bir muhakemede yoktur, bir muhakeme ve düşünüş silsilesi vardır. Ufak bir misal arzedeyim: «Masanın üzerinde cam vardı» diyen bir şahit yalnız görmek hissim pek basit bir hadiseyi rüyet etti demiyor bilâkis şu uzun silsilei muhakematı yürütüyor; «Gözümün önüne şimdiye kadar hayaletler gelmemiştir; camı gördüğüm zaman da hasta değildim, hümmam yoktu. Bastonun su içinde kırık gözükmesi gibi fen ve hikmet vasıtasile, aynalar yardımile bende bir galeti rüyet vücude getirilmiş olduğunu farz etmekliğime de bir sebep yoktur. Masanın üzerinde gayet mahirane yapılmış bir cam resmi de yoktu ki resim camı sahici bir cam yerine almış olayım.»

Şüphesiz ki her ifadede bu kadar uzun bir silsilei muhakemat aramak doğru değildir «masanın üzerinde cam vardı» tabirinden ne anlatılmak istediğini herkes bilir. Bizim arzetmek istediğimiz her ifadenin arkasında uzun bir silsilei muhakematın saklandığını müstantiğin bilmesidir. Müstantik ifadelerin bir muhakeme ve düşünüşü iktiza ettirdiğini bilmeli ve o muhakeme ve düşünüşün yanlış olabileceğini daima hatırında bulundurmalıdır.

Hastalık hallerini bir tarafa bırakalım ve her günkü müşahedelerimizi alalım. Hislerimizin bir şeyi nasıl ahzü talâkki eylediklerini ve ondan sonra da o şeyi bizim nasıl tasavvur eylediğimizi düşünelim. Her gün bir şeye bakarken kat'iyen o şeyin teferruatını tetkik eylemeyiz; yalnız umumî şekline bakarız. Okurken kelimelerdeki imlâ yanlışını görmeyiz. Sebebi, çünkü kelime bildiğimiz şekilde yazılmıştır, o şekli gördükten sonra artık onu teşkil eden harf ve hecelerin tetkik ve tahliline lüzum görmeyiz. Karşımıza şeklinden heyeti umumiyesinden birşey anlayamadığımız bir mana çıkartamadığımız bir kelime çıkmayınca kat'iyen harfler ve hecelerle meşgul olmayız. İskambil kâğıtlarında onlu, dokuzlu, sekizli, yedili ilâ... nın muayyen bir şekli vardır, o şekli görür görmez teker teker saymadan, bu altılı, bu dörtlü bu ikili deriz. Fakat meselâ kupanın yedilisi bildiğimiz şekilde tertip edilmeyip te başka bir şekilde tertip edilse görür görmez kupanın yedilisi olduğunu anlayamayız ve hemen tetkik ve tahlile başlarız.

Gözle vaki bütün talâkkilerimizde buna benzer haller geçer. Heyeti umumiyeyi daha kolay talâkki eder ve hafızamızda saklarız, zira bir şeyin ne olduğunu bize derhal ifşa eden o şeyin alâmeti farikalarını ararız ve yalnız onu muhafaza eyleriz. İnsan ilk defa bir odadan geçerken bir köşede hendesî bir şekilde ve o cismin üzerinden de tavana doğru bir şeyin uzandığını görürsem derhal o şeyin soba olduğuna

218

hükmederim. Arkasından gördüğüm bir insanın kadın veya erkek olduğunu elbiselerinden tayin ederim. Fakat her vakit bir şeyin ne olduğunu şekli haricisine göre tayin etmek bu kadar kolay olmaz. Bir şeyi görmekle onun ne olduğuna hükmetmekte insanın mahiyet ve ilminin çok tesiri vardır; o mahiyet ve ilme göre de hükümler doğrulukta tefavüt eder. Tiyatro dekorlarını yapan ressamlardan çok şey öğrenebiliriz, O ressamlar bir iki boya lekesile gözümüzün önüne en güzel manzaraları getiriyorlar, Bu ressamlar meselâ bir gül bahçesine girdiğimiz zaman bize gül bahçesinde bulunduğumuzu öğreten bahçenin farik alâmetleri ne ise o alâmetleri bezin üzerine resmediyorlar bizde kendimizi gül bahçesinde zannediyoruz, Dekor ressamları görgü, görüş tarzlarını bize öğretebilseler görmek tarzını bir kaide ve zabıtaya raptedebilseler cezacılar için çok şayanı istifade bir şey olacaktır. Fakat ressamlar eserlerine vücut veren zavabıt ve kavaidi tayin edemiyorlar. Çünkü öyle bir kaide vücude getirebilseler muvaffak olamadıkları eserleri tashihe imkân olurdu. Ressamlar ise muvaffak olamadıkları eserlerini tashih edemiyorlar, muvaffak olamazlarsa yenisini yapıyorlar. Bundan şu neticeyi de istihraç edebiliriz. Herkes bir eşyayı tanımak için o şeyin muayyen bir yerini alâmeti farika olarak almıyor. Bir kaç ressam biribirinden habersiz bir adamı iki çizgide tasvire kalkışsalar her biri o adamın farik ciheti olmak üzere mutlaka başka başka yerlerini eserlerine esas olarak alırlar.

Bir de şu ciheti nazara almalıdır. Eğer aldığımız misal üzere gül bahçesini tasvir eden perde yalnız olarak sahneye konsa belki seyircilerin büyük bir kısmı resmi iyi bulmaz. Fakat dekor heyeti umumiyesile sahneye konursa o zaman seyircilerin hepsi resmi iyi bulur. Bundan şu netice çıkar ki bazı ahval dairesinde hislerimizi, istediğimiz şekilde talâkki etmesine hazırlayabiliriz. Yani dekorun bir kısmının doğru olarak tersim edilmiş olması nazarımızı esir etmeğe, tekmil dekoru doğru bulmağa hazırlanmasına kâfi gelir. Bir mevzuun iyi temsil edilmiş olması kanaati diğer eşyaya da sirayet eyler. Bu da en ziyade «panaroma» resim diye tevsim edilen resimlerde gözükür. Bir muharebe mi tasvir edecekler? Ön safa hakikî top tekerleği, ağaç kütüğü, taş gibi hakiki eşya koyarlar, bu eşyaları, hissedilmiyecek derecede arkada duran muharebe resmine raptederler. Seyircilerin gözü bu hakikî eşyaya ilişir, onların hakikî olduklarına kani olur, sonra bu kanaatini arkadaki resme sirayet ettirir ve resmi de hakikî bir muharebe gibi kabul eyler. Bu istihraç ve istıkra' ameliyeleri cezacılar için çok ehemmiyetlidir. Bir çok ahvalde şahidin vak'ayi müşahede ederken veya vak'ayı naklederken heyecan halinde bulunduğunu da unutmamalıdır; bu heyecan da şahidi bir istihraç ve istıkra'dan diğer bir istihraç ve istıkra'ya sevkeder. Bir kere de bu istihraçlar ve istıkra'lar yol aldı mı? artık nerede duracakları kestirilemez. Hislerimizin hali tabiide yaptıkları ahzü

229

talâkkilerde iş böyle olunca, bazı haller hissi bahusus rüyeti fazlaca müteessir edince istihraç ve istıkra'larının seyri daha kuvvetleşir.

Hislerin aldanması da bir istihraç ve istıkra' neticesidir. Bu cihetle galeti hissî olarak tabiî ve hükmî sebeplerden doğan aldanmaları kabul etmek lâzımdır. Göz bebeğinin üzerinde yandan vaki bir tazyik hayali çift gösterir. Buna galeti rüyet denir. Bir pergelin iki ucu açılıpta insan kalçasının yukarı kısmı gibi şebekei asabiyesinin az olduğu mahallere her iki uç ta batırılacak olursa o adam çift batmayı hissetmez ona pergelin bir tek ucu batıyormuş gibi gelir. Fakat bu galeti hisler galeti his değildir, galeti istihraç ve istıkra'dır. Eğer tabiatı mavi bir camın arkasından mavi veya kırmızı bir camın arkasından kırmızı görürsem hissimin manzarayı yanlış bir renkte ahzü talâkki etmesinden değildir. Belki benim gözümde mavi veya kırmızı bir camın bulunmasındandır. Kırmızı veya mavi olduğunu iddia etmem hissimin galetini ifade etmez, gözümdeki camı nazara almıyan muhakememin galetini ifade eyler. Yağmur yağmadan biraz evvel gözümüz dağları daha yanaşık görürse aldanmış olmaz aldanan bizim düşüncemizdir; galet, hissimizde değil muhakememizdedir. Çünkü dağlar arasındaki mesafeyi takdir ederken rutubetle meşbu havanın zıyayı kesreylediğini hesaba dahil etmiyoruz. Suya soktuğumuz bastonu da kırık gören gözlerimizde galeti rüyet yoktur. Çünkü suya sokulmuş deyneğin fotoğrafını alsak orada da kırık çıkar. Eğer suya bakıp ta deynek hakikaten kırıktır dersek işte o zaman biz muhakememizde hata etmiş oluruz yoksa rüyetimizde galet yoktur. Filhakika zıyanın inkisarının havada ve suda aynı olmadığını nazara almamış oluruz. Siyahlar giyinmiş bir adam açık renk bir elbise giymiş adamdan daha ince gözükür. Elbisenin çizgileri o çizgilerin murabbalara ayrılıp ayrılmamış olması bizi daha uzun daha kısa daha enli gösterir, fakat bütün bu arzeylediğimiz hallerde hata eden hissimiz değildir, optik kanunlarını nazara almıyan, zavahiri hakikat diye kabul eden düşünüşümüzdedir. Fakat bütün bu zavahir ve daha bir çokları şahidin ifadeleri üzerinde müessir olabilir ve şahidin ifadesini - hangi istihraç ve istıkra'ların neticesi olabileceğini araştırmaksızın - olduğu gibi kabul edersek tahkikatta şehadette fahiş hatalar yer bulmuş olur. Gece yarısı açık renk elbise giymiş bir kimseyi tasvir eden şahit o kimseye uzun boylu bir adam idi diyebilir. Halbuki o kimse belki bir çocuktu. Şimdi şahidin uzun boylu demesindeki sebep araştırılmaksızın, şahit bu ifadesini hangi bir hadiseden istihraç eylediği araştırılmaksızın olduğu gibi kabul edilecek olursa bu hal feci hataların başlangıcı olabilir. İtiraf ederek şahidin ifadesindeki hatanın nereden geldiğini yani şahidin hislerinin neden aldanmış olduğunu bulmak çok kere kolay olmaz, hatta mümkün olmaz. Bu hatayı izah için çok kere hikmet kaideleri kâfi gelmez, ekseriya bu hatalar çok karışık olan ruhî sebeplerden doğar. Meselâ: çok karanlık ve sisli bir gece-

230

de eşyalar bize harikulâde büyük bir cesamette gözükür. Binaenaleyh çok karanlık ve sisli bir gecede beklemediğimiz bir ande birdenbire sis dolayısile hududunu, çerçevesini farketmediğim bir at gördüğümüzü farzedelim. Tecrübe eyliyebiliriz ki hududunu, etraf çizğilerini iyi seçemediğimiz eşya bizden uzak bir mesafede bulunmaktadır. Ve sonra gene tecrübe bize öğretmiştir ki uzak bulunan eşyalar küçük gözükür. Şeklinin çizgilerini iyi farkedemediğimiz bu at demek ki bizden uzak bir mesafededir, bu kadar uzak bir mesafeden cesameti tabiiyede gözüken bir at kim bilir ne büyük bir cesamettedir. Demek ki silsilei muhakematımız şu yolda cereyan eyliyor: Vuzuh ile göremiyorum, demek ki uzakta bulunuyor; uzakta olmasına rağmen cesameti tabiiyede gözüküyor. Yakından bakılsa kim bilir ne büyüktür.

Şahit ifadesini teşkil eden neticeye vücut veren muhakemesini böyle yavaş yavaş yapmaz. Dimağda muhakeme bir şimşek sür'atile vücuda gelir, o kadar süratle vücuda gelir ki bizzat şahidin kendisi bile hatasının menbaını bulamaz. Gören adam gördüklerinde izah edemediği bir boşluk görse iş ona esrarengiz gelir. Şahitlerin ifadelerinde büyük bir rol oynayan esrar bundan mütevellittir. Meselâ - hoşa gitmeyecek hal ve vaziyette bulunduğum bir ande - bir hayvanın ayağından ses çıkmaksızın koştuğunu görür isem; yahut ruzgârı ben hissetmeden ağaçların kımıldadığını görür isem veya ay ışığında giden bir adamın gölgesini görmez isem gördüklerim bana esrar engiz gelir ve beni korkutur, çünkü mantıkan beraber bulunmasını görmeğe alıştığım şeylerin eksikliğini izah edemem. Esrar engiz bir vaziyet karşısında bulunduğunu farz ve zanneden bir adamın haleti ruhiyesinin nasıl olduğunu nasıl olabileceğini izah etmeme lüzum bile yoktur. Endişe ve korku içinde bulunan bir adamın havassı hamsesinden hiç biri şayanı itimat olmaz. Hatta korkmadan evvel gördüğünü ve işittiğini söylediği şeylerin bile doğruluğundan şüphe edilebilir. Felâket birçok kimsenin korktuğunu itiraf edememesindedir; hatta bazıları korktuğunu bile bilmez. Binaenaleyh şahidin bir netice olan ifadesine sevkeden sebepleri tenvir ve izah etmek kadar lâzım bir ameliye yoktur. Çünkü bu sayede şahidin endişeleri ve hatalarının menbaı hakkında bir malûmat elde edilebilir.

Hataların büyük bir kısmı da müşahedeleri cem ve tarh etmekten çıkar. Bu cem ve tarh ameliyeleri bilhassa hareketleri takdir esnasında yapılır. Hangi eşyanın hareket halinde bulunduğunu takdir eder iken nasıl hatalarda bulunduğumuzu âlim (Einştein) in nazariyelerinden evvel biliyorduk. Şimendüfere binmiş bir adam kendisinin içinde olduğu vagonun mu harekette olduğunu yoksa vagon haricinde bulunan eşyanın mı hareket halinde bulunduğunu çok kere fark edemez. Yüksek bir köprünün üstünden uzun müddet köprünün altında akan suya baksak suyun

281

rakit ve köprünün suyu çıkmakta olduğunu zannetmeğe başlarız. Bu hataların sebebi bizim bir eşyanın hareket veya sükûnet halinde bulunduğunu ancak diğer bir eşya ile uzaklaşmakta veya yakınlaşmakta bulunmasile anlayabilmekliğimizdedir. Fakat bir hareketi tefrik ve tahlile kalkışırsak mesele değişir. Şahitlerin çoğu maznunun, mağdurun başına elindeki surahiyi mi atmış olduğunu yoksa surahi ile mi vurmuş olduğunu tasrih edemezler. Şahitlerin kimi maznun surahiyi mağdurun kafasına attığını söyler kimi de surahi ile vorduğunu söyler. Bundan şahitlerin bir kısmının yalan söylemekte olduğu neticesini çıkartmak hata olur. Müşahitler surahiyi tutup kaldırdığını ve sonra surahinin mağdurun başında patladığını görmüşlerdir, fakat bu iki hareket arasındaki fasılayı nazarları zaptedememiştir. Çünkü hareket gözün zaptedemiyeceği kadar sür'atle cereyan eylemiştir; binaenaleyh her şahit gözünden kaçırdığı hareketleri istihraç ve istıkra' ile inşa eyliyor ve bu ameliyeyi şahsiyetine ve o zamanki haleti ruhiyesine göre tanzim ediyor. maznunun önünde duran surahiyi kaptığı anda şahitlerin bir kısmı «ha şimdi mağdurun kafasına atacak» demişlerdir. Bir kısmı da «ha şimdi mağdurun kafasına surahi ile vuracaktır» demişlerdir. Ondan sonra şahitlerin her biri gözlerinden kaçmış olan hareket yerine bekledikleri fili ikame etmişlerdir.

Rü'yetteki bu nisbî bataet bizim için çok büyük bir ehemmiyeti haizdir. Dört nala koşan bir atın enstantane bir fotoğrafını çıkartıp baksak hemen resim doğru değildir deriz, çünkü gözümüz hiç bir zaman dört nala koşan atı o vaziyette görememiştir, fotoğraf en kısa bir imtidadı tesbit etmiştir. Gözümüz ise o kadar kısa ve seri bir hareketi zapt ve tesbite muktedir değildir.

Demek ki göz ile bir birini sür'atle takibeden hareketleri bilmeden zapt ve tesbit ediyoruz ve sonra bu enstantane bir surette zapteylediğimiz şekillerden bir resim vücuda getiriyoruz. Vücuda getirdiğimiz bu resim ise doğru değildir. Enstantane bir fotoğrafta bu resmi istediğimiz kadar arayalım bulamayız; tabiidir ki estantane bir fotoğraf bizim bir resimde cem ve telfik eylediğimiz hareketleri gösteremez. Bir filin çok büyük bir sür'atle husule gelmekte olduğunu farzedelim, bu filin a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l, m, hareketlerinden mürekkep olduğunu da farzedelim, hareketin sür'ati gözümüze a, b, c, d, ilâ hareketlerini görüp zapt ve tesbit etmeğe imkân vermez. Bizim gözümüz bu hareketlerden ancak bir kaçını gürüp zapt ve tesbit edebilir.

Binaenaleyh her şahit gördükleri kısımlar ile bir resim vücuda getirecektir. Her şahit eksiksiz ve fazlasız olarak aynı kısımları görmüş olsa idi belki her şahidin dimağında hasıl olabilecek resim de aynı olabilirdi. Şahidin birinin (a b c d i k m) hareketlerile vücuda getireceği

282

resim, diğer şahidin zapt ve tesbit ettiği (l d e f g l) hareketlerile vücuda getireceği resmin aynı olamıyacağından her şahide vak'ayı ayrı ayrı bir tarzda nakledecektir.

Şimdiye kadar göze ait olan, aynî, (optik) hataları arzeyledim. Şimdi de kulağa ait olan sem'î (akustik) hataları arzedeyim.

Sem'î hatalar hastalarda, aynî hatalardan daha fazla vaki olur. Onun içindir ki müstantik marazî bir hatai sem'î bulunup bulunmadığını iyice araştırmalıdır. Tabiî biz burada tabiplerin salâhiyetleri dairesine giren hususlardan bahsetmeyecegiz. Biz burada sıhhatte olan insanların veya kendini sıhhatte zanneden ve bir an için hali tabiide bulunmayan kimselerin düşecekleri sem'î hatalardan bahsedeceğiz. Bilhassa fevkalâde korkmuş veya ölüm tehlikesi halinde bulunmuş kimselerden bahsedeceğiz. Binaenaleyh bir kavga esnasında tehlikeli surette yaralanmış, veya bir katil teşebbüsü karşısında kalmış bir kimse isticvap edilirken bu cihet aslâ hatırdan çıkartılmamalıdır. Korku, acı tasavvur edilebilen bütün sui tefehhümleri hasıl eder, buhusus marazî bir hale muadil bir halde bulunan kimselerde sui tefehhümleri azamî hale getirir ve o adamların gözlerinin önünde hayaletler peyda olmağa başlar ve kulakları hiç söylenmemiş kelimeleri işitir gibi olur. Bu sebepten dolayı bu adamlar kendilerini takip edenlerin seslerini, hiç söylenmemiş tehdit sözleri işitir gibi olurlar. Hatta etrafta kendilerine yardım edecek kimse olmadığı halde imdat sesleri işitir gibi de olurlar.

Bu hususta sem'î hatalar müşahede edilmiştir. Çoktanberi unutulmuş sözlerin birdenbire kulağa çalındığı görülmüştür. Müelliflerden (Hoppe) bogulmak üzere bulunan bir tayfanın kendisini kaybetmeden evvel annesinin «Joni (Johni) kız kardeşinin üzümlerini yedin mi!» dediğini vuzuh ve sarahatla işitmiştir. Joni bu sözleri ta çocukluğunda işitmiş ve tamamile de unutmuştu. Herkes bilir ki dünyada aklı başında olan bir insan tayfaya boğulurken yanında olmayan annesinin bunu söylemiş olacağına inanamaz.

Bir cinayetin kurbanı olan ve ağır surette yaralanmış bulunan bir kimsenin şu veya bu sözün söylendiğini işitmiş olduğunu iddia eylediğini farzedelim. Belki de bu yaralının ifadelerinin doğruluğundan şüphe edecek bir sebep yoktur. Fakat herhalde şahitlerin sesin istikameti, uzaklığı ve kudreti hakkındaki ifadelerini mizana çekmeden evvel kabul etmek daima hatalıdır. Hemen şahidin sem'î kudretini tecrübelerle isbat etmelidir. Bu tecrübeleri yapmağa kalkışırsanız bir sesin önden mi arkadan mı; sağdan mı, soldan mı; yukarıdan mı, aşağıdan mı; uzaktan mı, yakından mı? geldiğini farkedemiyecek adamlara rastgeleceğinizden emin olabilirsiniz.

Zaten çok kişi sedaları, vazıh bir tarzda ve ayrı ayrı anlayamaz.

289

Bir çok kisi işittiklerinin ne olduğunu cümledeki kelimelerden anlamazlar, cümlenin umumî manasından bir şey anlarlarsa anlarlar, eğer cümlenin ma'nası hakikaten anlaşılmış ise bunda bir mazarrat yoktur. Fakat çok kişi işittikleri cümleyi hakikî manasında anlayamaz. Cümleye, ifade etmek istediğini zanneyledikleri manayı verirler; bu da bizi şahitlerin anlamak tarzlarını kontrol etmekliğimize sevkeder, eğer önümüzde bir şahit yerine bir çok şahit bulunursa şahitlerin ifadelerini biribirile mukayese edebilmeğe biribirlerile tashih edebilmeğe gene imkân hasıl olur, fakat tek şahit olursa o zaman o tek şahidin ifadesini mahzı hakikat gibi telâkki etmeğe meylederiz, çünkü bu ifadeyi tekzip edebilecek diğer bir şahit ifadesinden mahrumuz.

Hatta ahvali adiyede bile ihtiyatkâr bulunmak ve şahidin işittiğini iddia ettiği sözleri ihtiyatla telâkki etmek lâzımdır. Eğer ses pek uzaktan geliyorsa yahut boğuk veya canhıraş olması gibi gayri tabiilikler gösteriyorsa daha fazla ihtiyatkâr olmalıdır. Sesi işidilen kimse şahidin milliyetinden değil ise yahut şahitle aynı seviye ve terbiyei fikriyede bulunmuyorsa gene fazla ihtiyatkâr olmak lâzım gelir. Eğer şahit sesi hiç intizar etmediği bir zaman ve halde işitmiş ise; işittiği sözlerle geçen vak'anın arasındaki münasebeti anlayamamış ise büsbütün ihtiyatkâr davranmak ve şahitlerin münasebetini tayin edemediği sözlerle vak'a arasındaki nisbette muhakkak aldanabileceğini akılda tutmalıdır. Seviyei fikriyesi, dimagî terbiyesi olmayan kimseler işittikleri cümleleri aynen tekrar edemezler. Aynen tekrar etmesini zorlarsanız size büsbütün başka bir cümle söyler. Bu adamlar tekrarından âciz oldukları cümlelerin manalarını da tağyir ederler.

Havası hamsemizden diğerlerinin yapacağı hatalara dair söylenecek söz pek azdır. Çünkü göz ve kulaktan gayri olan hislerimizin oynayacakları rol ikinci derecede bir ehemmiyettedir.

«Lems» in bir çok hataların menbaı olduğunu herkes bilir. Bu hataların cezacılar için çok büyük ehemmiyeti vardır; bahusus alınan yaraları tayin etmekte büyük bir ehemmiyeti vardır. Bir kama ile veya efvahı nariye ile vücude getirilen yaralar evvelâ bir çarpma, bir yumruk yeme tesirini yapar. Âdi bir burkulma, âdi bir çarpma büyük acılara sebebiyet verdiği halde öldürücü bir yara güçlükle hissedilir. Bir kavga esnasında bir çok hafif yara ve bir de ağır yara almış olan adam ağır yarayı ne zaman aldığını tayin edemez, hatta yaralılar kaç yara aldıklarını tayin edemezler, Binaenaleyh yaralıların lemsi alâkadar eden ifadeleri ya pek muhtasardır; yahut kaydi ihtiyatla talâkkiye şayandır.

Bir de nazara alınmakta daima ihmal edilen şu ciheti de hatırda bulundurmalıdır: Vücudumuzun muhtelif kısımlarının mutavassıtlık vazi-

284

felerini tabiî bir tarzda ifa edebilmeleri için tabiî hallerinde bulunmaları lâzımdır. Bilfarz bir cismi baş parmağımızla şehadet parmağımız arasına alır ve kaldırırsak lems duygumuz bize her iki parmağımızla ayrı ayrı gönderildiği halde bir sıklet hissederiz, fakat üçüncü parmağımızı dördüncü parmağımızın üstüne atar ve bu şekilde duran iki parmağımız arasına bir cisim alırsak iki sıklet hissederiz; çünkü parmaklarımız tabiî hallerinde bulunmuyorlar ve lems duygusunu muzaaf olarak hasıl ediyorlar.

Ellerinizi bir elin parmakları diğer elin tersinin üstüne gelecek şekilde birleştiriniz. Sonra ellerinizi dışardan içeriye doğru çeviriniz, o zaman parmak uçlarınız yukarıya doğru durur ve elin tersi birbir üstüne gelir. Bu vaziyette sağ parmaklar sağ tarafta sol parmaklar sol taraftadır. Birisi size parmaklarınıza dokunmadan sağ şehadet parmağını oynat! derse siz mutlaka sol şehadet parmağınızı oynatırsınız. Parmakların mahallini dahi tayin edememeniz parmaklarınızın vaziyeti tabiiyesinde bulunmamasındandır.

Lems hissi en az tekemmül etmiş olan bir histir, Ekseriya diğer bir hissin bahusus gözün yardımına ihtiyaç gösterir, Bunun içindir ki lems ianesile yapılan talâkkiler doğru olamaz, zira lems ile hasıl olan bilgi pek kaba alâmeti farikalara istinat eder. Misal mi istersiniz? Birkaç kişiyi bir masanın etrafına oturtunuz herkes ellerini masanın altına koysun, pişmemiş hamur parçası, üzerine ufak ufak tahta parçaları saplanmış bulunan soyulmuş bir patatesi, ıslak ve içi kumla doldurulmuş bir göderi eldiven gibi zararsız bir şeyi masanın altından kimse görmeden elden ele dolaştırmağa kalkınız, bu dolaştırdığınız zararsız şeylere elini süren, korku ile elini çeker ve eline almışsa atar, Hatta zararlı bir şey olsa bir kere siz o şeylere el süremiyeceğinizi bile düşünemez, Çünkü lemsleri kendilerine sovuk, ratıp, müteharrik bir şeyin hissini vermiştir, yani yılan veya yerde sürünen haşaratın kaba alâmeti farikalarını nakletmiştir. Hayali lems ianesile duyulan hissi ikmal edince ellerini hakikaten bir yılana sürmüş olduklarına kani olurlar ve korkarlar.

Lemsin eksikliği nakleylediğim bu fena tesirlerle kalmaz. Bize sahte temas hisleri de verir. Bir «bit» mi gördünüz? Üzerinizde, oranızda buranızda bitler yürüyor hissini duyarsınız. Size bir yara mı tasvir ediliyor! hemen vücudunuzun mütekabil kısmında bir ağrı hissetmeğe başlarsınız. Fazla hassas şahitlerde bu hal ne hatalara sebebiyet vermez.

Lems hissi kat'iyen müstakil değildir; fazla olarak duyguları diğer hislerin duygularından daha nisbîdir. Bir mahzen kışın sıcak, yazın serin gelir. Çünkü biz bu serinliği veya bu sıcaklığı dışarının derecei hararetine göre tayin edebiliyoruz. Bir elinizi sıcak suya koyunuz, diğer

235

elinizi de soğuk suya. Sonra her iki elinizi birden ılık bir suya sokunuz, sıcak sudan çıkardığınız eliniz suyu sıcak hisseder, soğuk sudan çıkardığınız eliniz de suyu soğuk hisseder.

Müstantikler yalnız şahit ve mağdurun lemslerine müstenit hislerini kaydi ihtiyatla talâkki etmemelidir; bizzat kendisinin lems ianesile hasıl edeceği bilgilerinin doğruluğundan da şüphe etmelidirler.

Zaika ve şamme hislerimize gelince bu hislerimiz hastalık dolayısile çok çabuk bozulur; seriüttadattır. Sıhhatte bir adamın bile zaika ve şammesinin hali tabiîde olup olmadığını anlamak pek güçtür; çünkü kontrolu mümkün değildir, Bu iki hissin hayattaki rolleri göz ve kulağın rolleri kadar mühim değildir. Bir kimseye iyi görüp görmediğini veya iyi işitip işitmediğini sorabiliriz, fakat zaika ve şammesinin hali tabiide olup olmadığını sormak bile abes olur; çünkü vereceği cevabın doğru olup olmadığını tetkike bile imkân yoktur. Fazla olarak zaika ve şammede tuhaf karışıklıklar oluyor. Bilfarz önünüze konan bir tabak yemeğin görünüşünden onun tatlı olduğuna hükmedersiniz ve sonra yediğiniz zaman tuzlu bir yemek olduğunu hissedersiniz, zaikanızda şeker ile tuzun hakikaten karışmasından hasıl olacak müstekreh tadı hissedersiniz.

Şammeye gelince birisinin beğendiği kokuyu diğeri beğenmez. Biri sirke kokusundan hoşlanır, diğeri müstekreh bir ter kokusuna benzeterek ikrah eder. Avrupada av etleri hafif kokutulur. Kimisi bu kokuya «müstekreh leş kokusu der.» Diğeri «nefis kebaplık koku der.»

Şammenin doğruluğunu tayin ederken pek ihtiyatkâr davranmak lâzım gelir. Fakat şunu da unutmamalıdır ki şammenin şayanı hayret bir sadakati vardır. Bir kere kokladığınız kokuyu on sene sonra tekrar koklarsanız hemen hatırlarsınız. Yalnız kokuyu hatırlamakla kalmazsınız, o kokuyu koklarken görüp, işittiklerinizi de aynen hatırlarsınız, bunun şahitlerin hatırasında büyük bir kıymeti vardır.

Hafıza

Sorguya çekilen bir kimsenin halâtı ruhiyesinde mevzu bahsolacak ikinci bir şey de o kimsenin hafızasıdır. Hafıza o kadar şayanı hayret, o kadar mürekkep bir şeydir ki faaliyeti o kadar mütenevvi bir tarzda zahir olur ki müstantiğin bunu tamamile tetkik edebilmesine imkân yoktur, Hadisenin ifşası şahidin hafızasındaki sadakatle ve hafızasının iyi işlemekte olmasile mukayyet ve meşrut değil midir?

Forel' in dediği gibi hafızanın vazifesi üç cephelidir. 1 - vak'a bir

tesir yapmalıdır. 2 - Bu tesir hatırlanmalıdır. 3 - Bu tesirin vak'anın aynı olduğu kabul edilmelidir.

Forel der ki: «Eğer dün hayatımda ilk defa olarak bir beyaz ayı gördümse ve bugün de o ayıyı düşünüyorsam sebebi 1 - beyaz ayı dün bende tesir yaptı. 2 - Bugün zihnimde beyaz ayının resmini tekrar vücuda getirdim. 3 - Dün gördüğüm resimle bugün zihnimde vücuda getirdiğim resmin birbirinin aynı olduğunu tesbit ettim.»

Bu misal, zihnin bu hususdaki faaliyeti hakkında söylenecek sözleri şamildir. Biz bu üç ameliyeden her biri ile istihsal edilebilen şeyleri tesbit edeceğiz. Telâkkilerdeki doğruluktan bahsedelim: Zihinde resmin iadesi telâkkideki doğruluğa bağlıdır.

İkinci ameliye hissedilen tesirin tekrar hasıl edilmesinden ibarettir. Tekrar hasıl edilen tesirin doğruluğu da iyi veya fena bir tarzda müşahede edilen şeyin göz önüne getirilirken taşıdığı vuzuha ve mecburî olarak bulunan boşlukları doldurmak tarzına bağlıdır. Boşluklar bazen göz önüne getirilen resmin hey'eti umumiyesine nazaran doğru bir tarzda doldurulur; bazen de fantezi hayaller ianesile yanlış bir tarzda doldurulur; bazen de hiç doldurulmaz.

Bu ikinci ameliyeden biraz sonra müşahede edilen şey ile müşahidin zihnen iade ve tekrarından hasıl olan resmin biribirinin aynı olup olmadığı ve ne dereceye kadar aynı olduğu ciheti tetkik edilmeğe başlanır. iddiadaki şek veya kat'iyet bu tetkikin muvaffakiyetine bağlıdır. Tekrar Doktor Forel'in misaline rücu edelim: Birinci ameliyenin doğruluğu beyaz ayıya bakan nazarımın doğruluğuna ve inceliğine bağlıdır. İkinci ameliye yani görmüş olduğumu tekrar zihnen görmekliğim bana doğru veya eksik bir resim elde ettirir. Farzedelim ki beyaz ayıyı zihnen doğru olarak tahayyül eyledim, yalnız kuyruğu olup olmadığını yahut kuyruğu varsa nasıl olduğunu hatırlayamıyorum. Ayının zahir halinin tamamından doğru bir netice çıkartabiliyorsam bu eksikliği, bu boşluğu doğru olarak tekmilleyebilirim. Fakat hayalden doğan yanlış fikirler bana hayvanda mevcut olmıyan bir ziyadeliği hayvana izafe ettirir. Kıyas ve hayali hesaba sokmazsam eksiklik zihnimde olduğu gibi kalır ve ben de hayvanda kuyruk olup olmadığını ve varsa nasıl olduğunu tayin edemem.

Resmin zihinde tekrar ve iadesinden sonra hakikattaki resim ile zihinde iade edilen resim arasındaki benzeyişin tesbitine başlanır ve doğruluk tenkidin kudretine bağlı kalır.

Müstantik her mühim işte şahitlerin hatıralarında aldandıklarından şüphe eder ise bu üç ameliyeyi biribirinden ihtimam ile ayırt etmelidir.

287

Şahitlerin aldandıkları noktayı, şahitlerin hafızalarındaki bozuk noktayı tesadüfî bir surette bulmağa uğraşır ise uğraşması hiç bir muvaffakiyet temin etmez. Fakat arzeylediğimiz üç ameliyeyi ayrı ayrı tetkik ederse muhakkak muvaffak olur. Binaenaleyh şahide vak'ayı müşahede ederken geçen zaman müddetini yani müşahededeki imtidat müddetini, vakanın nasıl hasıl olduğunu vak'adaki hususiyet ve şeraiti sormalıdır; yani müstantik müşahedenin doğruluğunu tesbitten evvel salâbet ve metanetini tesbit etmelidir.

Bundan sonra hasıl edilen tesirin zihinde nasıl tekrar ve iade edildiğini ve bahusus boşluk ve eksikliklerin nasıl doldurulduğunu tetkik eylemelidir; ve nihayet hasıl edilen tesir ile o tesirin zihnen yapılan iadesinin biribirinin aynı olduğunun nasıl tesbit edildiği ile iştiğal eylemelidir. Müstantik ekseriya bu üçüncü ameliyeyi tetkik ederken hatayı keşfeder. Bu usulün çok vakit kaybettireceğini söylemek doğru olmaz. Vak'anın doğruluğunu tesbit ederken kaybedilecek vakit, hatalı yollar üzerinde gitmekle kaybedilecek vakitten her halde daha azdır.

Hafızalı şuurlu faaliyeti ile şuursuz faaliyetini biribirinden ayırmak lâzımdır. Hafızanın şuursuz faaliyeti zannedildiğinden fazla bir rol oynamaktadır. Kendisine «En Büyük Avrupalı» ismi verilen meşhur Alman mütefekkir ve şairi Göthe (Göte) hakkındaki tetkikatı ile meşhur İngiliz müellifi Lewes hafızanın şuursuz faaliyetini maddî bir misal ile göstermektedir: Beyaz bir kâğıdın üzerine bir anahtar koyunuz ve güneşe bırakınız. Sonra kâğıdın üzerinden anahtarı kaldırın ve kâğıdı da karanlık bir yere koyun. Bu kâğıda, hatta epice bir zaman sonra bile baksak, anahtarın resmini daha doğrusu gölgesini görürüz, üzerimizde az çok tesir yapan öyle hatıralarımız vardır ki bu hatıralar şuurumuz olmaksızın, biz farkında olmaksızın harekâtımızı tanzim ederler. Forel diyor ki «felsefî bir düşünceye dalmış bulunduğum esnada bir su birikintisine basmayıp ta o birikintinin etrafını dolanıyor isem bu hareketimle bilmeksizin, şuursuz bir tarzda bir çok muhakeme yapmış oluyorum.» Forel'in bu müşahedesinin ise kıymeti pek büyüktür. Çünkü bazı adamların tarzı hareketini ancak hafızasının şuursuz faaliyeti ile izah edebiliriz. Fakat gerek hafızanın şuursuz faaliyetini hatırlayamadığımızdan gerekse mevzu bahsolan kimsenin itiyatlarını bilmemekliğimizden hafızanın bu şuursuz faaliyetini daima dahili heap etmeği ihmal ederiz. Bizim faaliyetimizden başka bir faaliyette bulunan kimsenin bizim uzun düşüncelerle yapabileceğimiz bir hareketi şuursuzca yapmış olması bizim için inanılmaz bir hal olur. Bunun içindir ki mevzubahs ve tetkik olan kimsenin itiyatlarını bilmek çok lâzımdır, çünkü ancak bu sayede hafızanın şuursuz bir faaliyeti mevcut olup olmadığını ve mevcut ise ne nisbette olduğunu anlayabiliriz. Şuursuz hafızanın en sadık bir hafıza

238

kuvveti elinde bulunduran bu reis, bu kuvveti hukuk kaidelerini tesis ve bunlara riayeti temin etmek için kullanıyor. Bu, hukukun menşei, mikyası, teşriî (justification), teminatı kuvvettir demeğe varıyor. Fikir nihayetine kadar götürülerek hukuku yaratan kuvvet kendi mahsulü ile ayniyet iktisap eder, kuvvet bizzat hukuktur demeğe kadar ileri gidiliyor. Bu sistemin muharriki olan Alman nazariyecileri «kuvvet hukuktur» tarzında fikirlerini ifade ediyorlar.

Bu nazariyenin neticeleri malûmdur. Beynelmilel münasebattaki tatbikatının ihtiva ettiği menfur huşunetlerle bu nazariyenin kıymeti anlaşılmıştır. Fertler arasındaki münasebetlerde bu nazariye daha az şayanı nefret değildir. Bir az daha yakından bakılınca bu nazariyenin manası şudur: Kuvvetin ihdas, tahmil, idame ettiği ve hikmeti vücudunu, yegâne meşruiyetini tesis ve idame edenin hâkim iradesinde bulan fili bir vaziyet, daha kuvvetli bir irade ve iktidarın münakaşa, muhalefet ve mağlup etmediği bu iradenin galip gelmesi icap eder. Bu irade kendini ve kaideyi kabul ettirir. Binaenaleyh bu kaide her iki tarafın menfaati müşterekesine uygun ve makul olduğu için değil, birisi tarafından arzu edilmiş olduğundan şayanı hürmettir. Diğer taraf bunu kabul etmez, fakat bu kaideye tabi olur, başka türlü yapamıyacağı, kendi kuvveti faik kuvvete karşı mücadele edemiyeceği, kaideye isyan etmeğe kâfi derecede kuvveti olmadığı için tâbi olur. Hulâsa bu, zaifin kaviye mutavaatı, insanların müsavatını dahili hesap etmeyen, hayatta insanların müsavi olduğu hadisei tabiiyesini inkâr eden bir vaziyettir. Kuvvetin eseri olan bu vaziyet, münakaşa edilmeğe, hatta yeni bir teşekküle götüren daha büyük bir kuvvet zuhur ederse ortadan kaldırılmağa maruz az müstakar bir hadiseden neş'et eden bir vaziyettir. Fertler istikbalden emin değildirler. Böyle bir rejim kargaşalık, nizam yokluğu, anarşidir; çünkü en şiddetliye daima bir prim verilmiş demektir. Şu halde kuvvetle hukuka ayniyet veren nazariye hürriyet, müsavat, sükûn ihtiyacının ve herkesin arzu ettiği sulhun muharribidir. Bu, beşerî cemiyetin yıkılmasıdır. Bu nazariyeyi teklif edenler beşeriyetin düşmanıdırlar. Hukukun ilâhî iradeden yahut en kavinin iradesinden değil, fertlerin mütevafık iradesinden sudur ettiğini müdafaa eden sistemi de birinci gurup sistemleri meyanına ithal etmek icap eder. Fertler medenî cemiyeti tesis ettikleri vakit bu cemiyeti idameye hadim hukuk kaideleri vazettiler. Onlar bu kaidelere, hukuk kaidelerine bir itilâfın neticesi, bir mukavelenin mevludu denecek tarzda arzularile tebaiyet ettiler. Bu, yukarıda izah edilen ve görüldüğü üzere haklı tenkitlere maruz bulunan mukavelei içtimaiye sistemidir.

Birinci gurubu teşkil eden sistemlerin hepsi hukuku mütefekkir bir iradenin neticesi farz ediyorlar. İkinci guruba dahil sistemler tamamen muhalif bir noktai nazardan hareket ediyorlar. Bunlara göre hiç kimse

289

hukuk ihdas edemez. Zira hukuk bizatihi mevcuttur, tabiri diğerle hukuk bilkuvve tabiatta mevcuttur. İnsan hukuku, hattı hareket kaideleri şeklinde tesbit ettiği vakit insanın hukuku ihtas ettiği söylenemez; bu takdirde insan tabiatın daha evvel kararlaştırmış olduğu şeyi ifade ediyor, yahut ifade etmeğe çalışıyor, «insan hukuku, hukuku mevzua haline getirmek için, bilkuvvelik halinden çıkarıyor» demektir.

Aklî hukuk sistemini, hukuku tabiiye sistemini, tarihi hukuk sistemini ilham eden düşünce budur.

İlk iki sistem biribirinden pek az farklıdır, bunları ayıran hafif muhalefetlerdir. Bu sistemlere göre hukuk bütün cemiyetten evvel mevcuttur, hukuk mahiyeti eşyaya merbuttur, hukuk bütün zamanlarda ve bütün memleketlerde müşterek aynı şekilde ve tebeddül etmez prensiplerden terekküp eder; zira eşyanın cevheri bizzat gayri mütehavvildir. Hukuk kendisini keşfeden, tesbit eden, ilân eden insana akıl vasıtasile malûm olur. İnsanın vücuda getirdiği mevzu kanunlar bu ebedî nümunenin hututunu haiz olmalıdır. Bu kanunlar ebedî nümunenin sadık kopyası oldukları vakit mükemmel, aslından inhiraf ettikleri vakit mühtacı ıslah ve gayri mükemmeldir. Bu fikirlerin taraftarlarından bazıları binnetice hukukun aklî seciyesini ilân ederler, zira bunlara göre hukuk akıl tarafından icat edilmiş değildir, fakat yalnız daima ayniyeti haiz aklın kudretile bulunmuştur; diğer bazıları tabiî denilen hukuka müracaat ederler, zira bunların nazarında hukuk tahavvül etmeyen tabiatın bir mahsulü, insanın istifade etmeyi bilmesi lâzım gelen ve bilhassa daha iyi gayelere vasıl olmak arzu ettiği takdirde aleyhine yürümemesi, muhalefet etmemesi lâzım gelen bir kuvvettir. Zarurî olarak muhtasar bir şekilde izah edilen tasavvufî temayülleri ve müphem bir dinî rengi haiz olan bu sistemlerin bertaraf edilmesi lâzım gibi görünüyor. Daha ileride, eserin sonunda hukuku tabiiye sisteminin bir tenkidi bulunacak. Şimdilik bu fikirlere başlangıç noktası hizmetini gören ipotezin ne kadar az muhtemel olduğunu işaret etmek kâfidir. Hukukun cemiyeti beşeriyeden evvel mevcut olduğunu söylemek bedaheti tanımamaktır, zira tarife nazaran hukuk cemiyete kaide vazifesini görür. Ordular vücut bulmadan askerî disiplin vardı, ticaret yapmak için şirket teşkil etmek düşünülmeden ticaret şirketleri nizamnameleri vardı demek gibidir. İlk zamanlardan itibaren mükemmel bir hukuk, bizim hukukumuzun menşeini teşkil eden ebedî bir hukuk, aklı beşerin aramak ve menbaından çıkararak keşfetmek vazifesini deruhte ettiği ve pek büyük gayretler bahasına bulunduğu bir hukuk var demek bütün hakikate benzeyen ahvale mugayir olarak insanı ta menşeinden itibaren, o zamandan beri görünmediği halde daha zeki, daha müdebbir, daha akıllı farzetmek demektir. Nihayet bize tabiat tarafından tahmil edilmiş, tabiat kanunlarının gayri mütehavvilliğini haiz bir hukuk var demek hiç bir şeyin haklı göster-

200

mediği, müşahede ve an'anenin hakikate derecei mukarenetini tetkike müsait olmadığı bir iddiada bulunmak demektir.

Bu sistemlerin, ne kadar cür'etkârane olursa olsun, on sekizinci asırda Fransız filesof ve hukuku ammecileri nezdinde hüsnü kabule mazhar olduğunu, 1789 tarihinden itibaren siyasî fikirlerimiz üzerinde icra ettiği tesiri ve hukukun menşelerini tetkik etmekle meşgul olan 19 uncu asırdaki hukukşinaslarımızın bu sistemlere verdikleri kıymeti unutmamak icap eder. Bununla beraber aklî hukuk ve tabiî hukuk tezlerinin kazandığı parlak ve uzun zaman devam eden muvaffakiyet bir aksülâmel tevlit edecekti. Bu aksülâmel Alman tarihi mektebi tarafından ileri sürülen sistemin zuhurile 19 uncu asrın iptidasında kendini gösterdi: Mazinin faaliyeti ve tarihin mahsulü hukuk sistemi; tarihi hukuk sistemi.

İddia olunuyor ki hukuk bir milletin sevki tabiilerinden, mizacından ihtiyaçlarından mukadder olarak doğar; Hukuku, aklın aydınlığı sayesinde kendisini keşfeden, yahut tabiattan alan vazıı kanunun müdahalesine, şuurlu iradesine medyun değiliz. Hukuk, kendisini millete, milletten sadır olan ve bertaraf edilemiyen bir kuvvet gibi tahmil ediliyor. Hukukunu kendiliğinden, müphem bir şekilde, arzuya müstenit olmıyarak tesis ve tadil eden millettir; o suretle ki hukuk tahallûk etmez, teebbüt eder denilebilir, nitekim denilmekte kusur edilmemiştir.

Şerefi Alman tarihî mektebine ve bilhassa onun reisi olan Savinyiye verilen hukukun menşe'inin bu tarzı izahı, şu şeyleri yazdığı vakit, Monteskiyö'nün dehası hissetmişti: «İnsanlar yalnız kendi keyiflerile hareket etmezler, yaptıkları kanunlar, bu kanunların namütenahi tahavvüllerini izah eden memleketin tabiî teşekkülü, arazinin keyfiyeti, vaziyeti, büyüklüğü, ahalisinin tarzı hayatı, dinî, temayülleri, ticareti, âdatı gibi bir çok ahvalin heyeti umumiyesinin icabatıdır. Fransız büyük siyaset filesofunun bu realist fikirleri ve derin görüşlerini 19 uncu asrın iptidasında Alman hukukşinasları alarak münakaşai kalemiye ihtirası, muaraza harareti ve âdetleri olduğu üzere mebzul delâille tevsi ettiler. Tez, ihtilâl zamanının hukukunu ve Napolyon kanunlarını ilham etmiş olan Fransız fikirlerini protesto niyeti ile ortaya çıkarılmıştı Eğer akliyecilerin muarızlarının elinde sadece ahvalin icap ettirdiği bir silâhtan ibaret olsaydı, bu tezin muvaffakiyeti geçici olurdu. Tarihî tezin bizatihi bir kıymeti vardı ki zamanla teeyyüt etti. Hücum eden tarzı bir tarafa bırakılınca, bu tez, muaraza ettiği tamamen nazarî sistemlerden çok fazla hakikate yakın göründü. Bu teze çok şey medyunuz. Bu tez, hukukun ve birbirini takiben vücude getirdiği şeylerin ekseriya aklı beşerin muta'larına yabancı amillerin, muhitin, ırkın, an'anenin, maddî ihtiyaçların tahtı tesirinde olduğunu bize ihtar etti. Ve bizi bunları tesbite mecbur kıldı. Bu tez bize hukukta bu muhtelif kuvvetlerin ve bu kuvvetlerin kendi aralarında tahakkuk ettirdikleri imtizaçların bir muhassalasını

görmeyi öğretti. Bundan biz, hukukun mutlak surette sabit seciyesi olmadığı, ve kezalik hukukun cevheri icabından bulunduğu iddia olunan yeknasaklığa malik bulunmadığı, fakat her milletin hukukunu kendi tasavvuruna göre yaptığı ve milletlere göre zarurî surette başka başka olan bu hukukun aynı millet için zamanla siyasî i'vicaçların tesiri altında değiştiği neticesine varmağa mecbur olduk; böylece tarihî tez, çok nazarî olan görüşleri tardederek hukuku sudur ettiği şe'niyetler seviyesine irca etmek meziyetini kazandı ve hukuku, tabir caizse, arza tekrar getirdi.

Maamafih mübalâğadan sakınmak icap eder. Tarihi hukuk nazariyesi yalnız insanın haricindeki hadiseleri hesaba kattığı vakit çok uzağa gider. Irktan, muhitten, zamandan başka şey düşünen, isteyen, hareket eden fertler vardır. Siyasî müesseseler - hukuk bunlar meyanındadır - insanların haricinde olarak insanlar için değil, insanlar tarafından, insanların akıllarının kuvveti ve iradelerinin mesaisi ile yapılıyor. Tarihî nazariye kaderciliğe çok fazla hisse veriyor, beşerî unsuru, ferdin tesirini onun şahsiyetinin kudretini pek fazla ihmal ediyor. Beşerî hukukun teşekkülünde, insan kabili ihmal bir kemmiyet değildir ve olamaz, Nihayetsiz bir hissi selim ve kâhinane bir nüfuz ile denildiği gibi «iyi kanunlar zaferler gibidir, kendi kendine gelmezler.»

Üçüncü gurubu teşkil eden sistemler positivist mektebin fikirlerinden ilham alıyor. Biz bu sistemleri tafsilâtile izah etmiyeceğiz. Yalnız işaret edelim ki bunlar şu manada toplayıcı (eclectique) dirler: Hukuku teşkil muhafaza ve tevsia yardım eden amilleri hesaba katarak bunları telif eder ve her birinin payını verir. Onlar nazarında, içtimaî bir hadise olan hukuk izah edilmek isteniyorsa, hayatı tamamiyeti içinde bütün manzaralarile, yalnız ferdin mücerret hayatını binaenaleyh maddî, ruhî hayatını, ihtiyaçlarını, aklını iradesini değil, fakat müşterek hayatını ve bunun yarattığı itiyatları tahmil ettiği zaruretleri hatta bazen onu idare ve hükmü altına alan mukadderatı hesaba katmak icap eder.

Yukarıda izah ettiğimiz nazariye, görüldüğü üzere, telif edici fikirler ister. Bize göre hukuk kablî olarak insanın haricinde, fevkinde ve insandan evvel tasavvur edilemez. Hukuk tekrar bulunmuş değil kazanılmış daha iyisi yavaş yavaş insan tarafından fethedilmiştir. İnsan hukuku binefsihi müdafaanın alâtı gibi vücuda getirdi, ve onu maddî ihtiyaçlarına, manevî arzularına uydurmak ister; hukuku gittikçe kendini idrak eden aklına göre ve geride değil ileride bulunan mefkûreye nazaran tanzim eder. Bunda kablî, fevkalbeşer, esrarengiz hiç bir şey yoktur. Münferit insan gurubun tahakkümüne karşı kendini müdafaa etmek için, gurup ta münferit ferdin inhiraflarına karşı kendini müdafaa etmek için pek erkenden hukuka ihtiyaç hasıl oldu. Zaruretin lâyenkati tazyiki altında, fertle cemiyet, biribirine kaderin perçinlediği bu iki ebedî rakip

arasında ve zamana göre bazen hürriyetin, bazen otoritenin galip geldiği yerde daima biribirine karşı koyan mütezat kuvvetlerin muvazenesini, daima bozulmak tehlikesinde bulunan mütarekeyi, daima yenilenen fakat aslâ kat'î olmayan sulhu tesis etmek lâzım geldi.

DÖRDÜNCÜ BAP

Hukukun menbaları

Fertlere hitap eden bir emirler mecmuasından ibaret olduğuna göre hukuk, ferdî iradelerin fevkinde zarurî kaideleri temyiz edecek derecede nufuzu nazara malik, münasip zamanda bunları tadil edecek derecede kâr âşina, bunlara hürmeti temin edecek kadar kudretli bir iradenin eseridir. Bu irade ister bir kişinin, ister müteaddit kimselerin iradesi olsun ve bu son ipotezde gurup azalarının hepsinden müttefikan yahut yalnız ekseriyet kısmından sadır olsun, bu cihetin ehemmiyeti yoktur. Bütün bu hallerde ortaya çıkan mesele bu iradenin hangi suretle ifade edileceği, idare edeceği kimselere hangi şekil altında kendini izhar edeceği, bir kelime ile, hukuku ilân etmek için kullanılan usulün neden ibaret olduğu, daima denildiği gibi hukukun menbalarının neden ibaret bulunduğu meselesidir.

Burada hemen her yerde hasıl olmuş bulunan bir hadiseye tesadüf edilir. Hukuk âdat ve teamülden doğan bir kaideler mecmuası olarak vücut bulur, yani örfî olarak başlar. Sonra bir çok sebeplerden dolayı, bilhassa âdetin mahzurları hasebile hukuk âli makam tarafından memleketlere ve teşkilâtı esasiyelere göre irade, nizamname, kanun gibi muhtelif isimler alan vesikalar da resmen ilân edilir. Fransada alelusul kullanılan kelime «kanun» dur. Böylece kanunî hukuk âdete müstenit hukuku istihlâf eder, kanunî hukuk âdete müstenit hukukun yerine tamamen kaim olmaz ve onu mevkii meriyetten ıskat etmezse de, ona inzimam eder. Bu gittikçe ilerleyen istihlâf memleketlere göre az veya çok bataatle hasıl olur. Bu istihlâf Fransada onaltıncı asır iptidasında bitmişti; İngilterede İngiliz - Amerikan memleketlerde hali hazırda gayesine ermekten uzaktır. Ne olursa olsun, bu tekâmülün merhaleleri ve muhtelif sebepleri kat'iyetle gösterilebilir.

İptidaî cemiyetlerde, hatta bunların en basitlerinde fertlerin kendi aralarındaki münasebetlere müteallik bazı kaidelerin mevcudiyeti daima müşahede olunur. Meselâ: Çocukların ebeveynlerile olan münasebetlerine fertlerin biribirine ika'ettikleri haksızlık ve zararlara, ölümden sonra miraslara müteallik kaidelere rasgelinir. Bu hukuk kaidelerini ekseriya zamanın ihtiyaçlarının tesiri altında halkın vicdanı tesis etmiştir. Fakat

245

ne kat'î olarak bunların ihdas ettikleri gün ne de kim tarafından vücude getirildikleri söylenebilir. Bilâhare bu kaidelerin lüzumu gittikçe daha vazıh surette tezahür etmiştir, Fertler bu kaideleri, ister düşünerek, ister beşerî fiiller üzerinde çok nafiz olan taklit kanununun tesiri altında olarak, her gün tatbik ettiler. Bu tekerrür eden tatbikat bu kaidelere itiraz edilmemesini mucip oldu. Bu kaideler cari bir teamül haline geldi. Bunlar âdetlerdir. Bu veçhile uzun veya kısa bir zaman nihayetinde içtimaî münasebetlerin kaidesi gibi herkes tarafından kabul edilmiş kâfi derecede sabit ve ekseriya çok mütecanis bir mecmuai ahkâm vücut bulur. Bu ahkâmın haiz olduğu nufuz bir defa değil ekseriya, daima tatbik edilmiş olmalarından ileri gelir. Ve filhakika bu yekdiğerinin aynı ahval içinde takarrür etmiş tatbikat serisi mezkûr ahkâmın daimî surette tasdiki, zımnî fakat mükerrer kabulüdür ki sarih ve resmî bir kabulden daha az kuvvetli değildir. Bu kendiliğinden hasıl olan âdet safhasını, hemen daima kanunî safha takip eder. O zaman âdete müstenit hukuk kanunî hukuk şeklinde kuvvetlenir. Adet feyizli bir mahsul menbaı olmaktan uzak kalır, ve artık hukukun yalnız bir menbaı vardır: Kanun. Fakat bazen öyle olur ki âdete müstenit hukuk kanunî hukuk ile birlikte devam eder. Her iki halde kanunî hukuk, âdete müstenit hukuku istihlâf yahut onu ikmal etmek için zuhur eder. Âdetin ve âdetten hasıl olan hukukun mahzurları bu tebeddülü izah eder. Adet şüphesiz, halkın hukukî hissinin in'ikâsıdır. Bu hatta âdetin belli başlı meziyetidir. Lâkin halkın bu hukukî hissi, daima vazıh ve müeyyet değildir. Bundan başka halkın bütün diğer hisleri gibi bu da ekseriya pek mütehavvildir. Demek ki âdetten doğan hukuk, emniyet ve sebattan mahrumdur. Tamamen yerleşmiş, halkın vicdanının derinliklerine girmiş, orada kökleşmiştir. Bir milletin hayatından teşekkül eden bazı kaideler müstesna olmak üzere bir çok ahvalde vaziyet böyledir, Netice fertlerin takip mecburiyetinde oldukları kaidenin hangisi olduğunu bilmemek tehlikesine ekseriya maruz bulunmalarıdır.

Şöyle muayyen bir halde, mevcut hukukun ne olduğunu bilmezler. Hesaba katılmamış bir hadisenin tadil etmek isteyeceği filî vaziyetler karşısında insanın duyduğu tabiî, emniyet ihtiyacı âdette kendisini tatmin edecek bir vasıta bulmaz. Bir çok menfaatlere zararlı olan hukuk hakkındaki vukufsuzluk ikinci bir sebepten de ileri gelir: İyice yerleşmiş, sabit bir hale gelmiş farzedildiği halde dahi âdete müstenit kaidenin mevcudiyetini müşahede ve tesbit etmek güçlüğü, filhakika bu kaideyi hiç kimse muayyen bir günde ilân etmemiştir. Binaenaleyh bu kaidenin mevcut olmadığı iddia edilebilir, ve inkâr etmekte bir menfaat bulunduğu vakit bu yapılır. Şüphesiz bu kaideyi ileri sürmekte menfaati olan, mevcudiyetini iddia edecektir. Mahkemelerin nasıl bir karar ittihaz ettiği araştırılır. Adlî emsale müracaat olunur. Fakat bunları not etmek, muhafaza etmek külfetini kim tahammül edecek? Bir

defa daha, ekseriya sadık olmıyan insanların hafızası; hattâ emsalin hatırası muhafaza edilmiş olsa bile şimdiki halin evvelce hükme raptedilmiş hale sureti mutlakada müşabih bulunduğundan emin olunabilir mi? İstinat edebilecekleri hukuk kaidesini bilmek istedikleri vakit fertlerin maruz bulundukları bu müşkülâta pek ciddî bir tehlike inzimam eder. Huzurunda âdete müstenit şüpheli bir kaide ile ihticaç edilen hâkimin bu kaideyi bilmemezlikten gelmesi korkulacak bir şeydir. Yahut daha vahim olmak üzere hâkimin mevcut olmıyan bir kaide icat etmesi ve kendisine arzedilen hale bu kaidenin tatbikını iddia etmesi mümkündür, Her veçhile fertlerin hürriyeti, servetleri, en mukaddes hakları hâkimin cehli, keyfî ve tarafgirliğinin tesiri altında kalacaktır.

Nihayet bazen olur ki âdetten doğan hukuk, her hangi bir zamanda, tatbikat hayatına, hadiselerden doğan ihtiyaçlara nazaran geride bulunur. Zira âdetlerin, bir defa takarrur edince, sabitleşmeğe, ebedileşmeğe, hikmeti vücutlarından fazla yaşamağa temayülleri vardır. Bu, hukuk ile hiç bir münasebeti olmıyanlar da dahil olduğu halde bütün âdetler için doğrudur, zira bu, bir defa bir istikamet aldıktan sonra yol değiştirmeği sevmiyen bizim fikrimizin tenbelliğinden ileri gelir. Fakat bilhassa hukuk için, tahavvüle karşı bu nefret, bu yenileşmemek temayülü acaip bir kuvvetle tebarüz eder. Herkes evvelâ tecrübe edilmiş olduğu, saniyen yeni vaziyetin daha iyi olmıyacağından korkulduğu için vaziyeti hazırasını idame, mevcut hali muhafaza etmeyi ister. İşte hukuk esas itibarile muhafazakârdır. Hukuk adamları, hukukşinaslar muhafazakâr fikirlerle meşbudur denerek ifade edilen şey budur. Bir defa kabul edilen âdetin değişmemeğe temayülü varsa da hayat durmaz. O hukukun önüne geçer. İçtimaî münasebetler bazen hissedilemiyecek tarzda bazen, ilmî keşiflerde olduğu gibi, birdenbire hareket eden muhtelif sebeplerin tesiri altında istihale eder. O zaman yeni kaideler zarurî görünür. Adete müstenit hukuk bu yeni içtimaî münasebetlere intibak etmekte, bu münasebetleri idare edecek kaideler haline gelmekte pek gecikir. Geciken âdet tarakkiye bir mani teşkil eder. Bütün bu mahzurlar muayyen bir günde hukuk kaidesini resmen ilân etmek usulile bertaraf edilmiştir. Bu ilân bu vazife ile sureti mahsusada tavzif edilmiş bir makamın eseridir. Bu makamdan sadır olan vesika memleketlere göre emirname, nizamname, kanun gibi muhtelif isimler alır. Fransada kullandığımız kelime kanundur. Bu kanunu vücuda getiren, bunu herkesin ıttılaına sevkeden, bunun herkes için mecburiyürriaye olduğunu ilân eden makama kuvvei teşriiye denir. Bu kuvvet memleketin teşkilâtı esasiyesine göre muhtelif şahıslara aittir. Hükümdarlıkla idare olunan memleketlerde bu kuvvet devlet reisine, kıral yahut imparator denen hükümdara aittir, Demokrasi rejimi ile idare edilen memleketlerde bu kuvvet bütün millete yahut millet tarafından tayin edilmiş ve milletin vekâletini haiz bir veya müteaddit meclise aittir.

245

Böylece kuvvei teşriiye tarafından bir kanun halinde ilân edilen hukuk, kanunî hukuku teşkil eder ve görüleceği veçhile âdete müstenit hukukun kusurlarından, mahzurlarından salim bulunur. Bu hukukun ilk meziyeti vazıh surette elde edilebilecek bir formül halinde kat'iyeti calibi dikkat ve bir emirname gibi, herkesin anladığı bir lisanda ifade edilmiş olmasıdır. Böylece kendisine bir şekil verilmiş olan hukuk kaidesinin müşahedesi kolaydır. Mevcudiyeti, muhtevası hiç bir şüpheye mahal vermez. Zira, muayyen bir günde bu kaide, şifahî bir ilân ile yahut dıvarlara ilân yapıştırmak suretile, yahut ta modern, medenî memleketlerde gazeteler vasıtasile, umumun nazarı ıttılaına arzedilmiştir. Binaenaleyh kanun herkes tarafından kolayca bilinir. Zengin yahut fakir kuvvetli yahut zaif herkes bundan istifade iddiasında bulunabilir aleniyet hukukun müsavatının bir teminatıdır. Bu, kezalik hâkimler tarafından hukukun bir tazyik aleti haline getirilmiyeceğinin de bir teminatıdır. Hâkimler kanunu bilmediklerini yahut hakikatta mevcut olandan başka bir şey olduğunu iddia edemiyeceklerdir. Aleniyet vatandaşların hayat, hürriyet ve servetlerinin bir muhafızıdır. Nihayet kanun, âdetin ataletin kuvvetini yenecek, zarurî görülen bir tarakkiyi tahakkuk ettirecek bir vasıtadır. Yukarıda âdetin bazen olduğu yerde tevakkuf, inatla mukavemet ettiğini, yerine başka bir şeyin kolayca gelmesine mani olduğunu söylemiştik. Kanun bu mukavemete, kolayca bir hamlede nihayet verecektir. Kanun doğmak istiyen yeni hukuka âdetin tehir edici temayüllerine galebe etmek için müsaade eder.

Bundan başka âdetin, hiç olmazsa yeni hayata atılan milletlerde daha aşağı derecede kalmasının sebeplerinden biri de bu milletler nezdinde yazının meçhul olmasından ileri gelir. Âdete müstenit kaideler mevcuttur, tatbik edildikleri için malûmdur, fakat bunlar yalnız hükümleri itibarile malûmdur. Bu kaideler maddî şekilde yaşayan, hafızaya tahmilden evvel nazara çarpan cümle halinde görünmez. Bilâkis kanun fikrine sahip olunur olunmaz, hiç olmazsa muayyen bir hars derecesine vasıl olmuş bütün milletlerde kanunî kaideleri yazı ile tesbit etmek itiyat olundu; Bu milletler kanunî kaideleri tahtadan, mermerden bronzdan mamul levhalar üzerine yazdılar, hâkkettiler. Bu veçhile bunları unutulmaktan, alâkadarların tahrifinden kurtardılar. Bundan başka herkese kanunun temin ettiği menfaatleri talep etmeğe yol açmak için kanunun yazılı olduğu levhalar ammeye teşhir edildi. Pek eski mabetlerde cereyan eden hadise bundan ibarettir. Mûsanın kanununun levhaları, Roma hukukunun on iki levhası hatırlanmalıdır. Bunun içindir ki pek eski zamandanberi kanunun ilân ettiği hukuka hukuku mektube namı verildi, halbuki âdete müstenit hukuka hukuku gayri mektube deniyor.

Kanun ile âdet arasındaki mukayeseyi ikmal etmek için kanunî kaidelerin nüfuzu, mecburiyürriaye olmak hususunda haız oldukları kuvveti

tezi şekillere riayet lâzım gelir. Yani aktin tahriren yapılması icabediyor idi ise tadilâtın da tahriren icrası lâzım olur. Meselâ bağışlama taahhüdünün muteber olması tahrirî olmasına mütevakkıftır. (Madde 243 T. B. K. 238) İki tarafın bağışlanması tahriren taahhüt olunan meblâğı tenzile matuf itilâfları şifahen de olsa muteberdir. Fakat bilâkis arttırmak için yapılacak itilâfın tahriren yapılması lâzımdır.

§ 3 - Tecdit

Novation

Tecdit, eski bir borcun sukutu ile yerine yeni bir borcun doğmasıdır.

Üç tarzda vuku bulur:

I. Borcun mevzuunun değişmesi.

II. Borçlunun değişmesi.

III. Alacaklının değişmesi.

Tecdit artık ehemmiyetini kaybetmiş ve, tatbikatta borçlunun değişmesi ile vaki tecdidin yerine borcun nakli *(Reprise de dette)* muamelesi, alacaklının tebeddülü ile yapılan tecdidin yerine ise matlubun temliki *(Cession de créances)* muamelesi kaim olmuştur.

Yukarıda söylediğimiz gibi tecdit borcun sukutu sebeplerinden biridir: Eski borç, ferileri de dahil olmak üzere sukut etmiş ve onun yerine yeni bir borç kaim olmuştur. Bundan dolayı tecdit ekseriya alacaklı için zararlı bir keyfiyettir. Binaenaleyh kanun tecdidin akitten «vazıh surette anlaşılmasını» şart kılmaktadır. Yani borcun sukutu için alacaklının ondan feragatini vazıhan beyan etmiş olması lâzımdır. Kanun misal olarak bazı halleri tadat etmektedir ki bu hallerde, - aksine dair mukavele aktolunmamış ise - tecdit yapılamaz.

A) Mevcut borç için kambiyo taahhüdünde bulunmak.

Hakkı, rehin ile müemmen bulunan alacaklı, borçlunun kendisine, tediye için, poliçe vermesine muvafakat eder ise bu hal kendisinin evvelce mevcut alacaktan feragat yani onun sukutuna muvafakati manasında tefsir olunamaz. - Meğer ki bunun aksine vazıh bir şart dermeyan edilmiş olsun - .

B) Yeni bir alacak senedi imza etmek.

C) Yeni bir kefaletname imza etmek.

Bu hallerde tecdidin vücudunu kabule saik bir sebep yoktur.

D) Muhtelif kalemlerin bir hesabı cariye derci.

İki adam, hassaten iki tacir yekdiğerile ticarî münasebetlerde bulundukları zaman ekseriya hesaplarını her altı ayda veya her sene sonunda kapatıp, halletmeği kararlaştırırlar. Hesapları kapatılıp hangi taraf diğerine karşı daha fazla borçlu çıkarsa onu tesviye eder. Bu tarzda hareket edenler beyninde hesabı cari mukavelesi denilen bir mukavele mevcuttur ve bunun muktezasınca her iki taraf ta muayyen bir zaman için yahut muayyen bir meblâğı geçmemek üzere biribirine mütekabilen kıredi açarlar ve dediğimiz gibi hesabı kestikleri zaman mevcut olan alacakları mahsup edip fazla kalan borcu alacaklı olan tarafa öderler. İşte bir maddenin böyle bir hesabı cariye kaydı tecdit mahiyetinde addolunmaz.

Alacağı veya vaki tediyeyi hesabı cariye geçiren tacir, yaptığı hukukî muamele muktezasınca ya alacaklı yahut borçlu mevkiinde olup bu vaziyetten doğan haklara veya defilere *(Exceptions)* sahiptir.

Buna mukabil, hesap kesilip her iki tarafça fazla kalan miktar kabul edilince borç tecdit edilmiş olur. Hesabın muhtelif kalemlerini teşkil eden alacaklar bu ande sukut etmiş ve bakiyeden ibaret olan bir alacak onların yerine kaim olmuş addedilir. Binnetice, ve bakiyeden dolayı alacaklı olan adamın takip hakkı mevcut olup, evvelce mevcut ve muhtelif kalemlerde münderiç alacaklar artık münakaşa edilemez.

Böyle hesaplarda iki taraftan biri lehine, mevcut ve hesaba dahil kalemlerden birine ait teminatın da fer'i olmak itibarile tecdit esnasında sukutu icabeder idi ise de kanun, vazeylediği esasın bu neticesini kabul etmektedir: 117 (T. B. K. 115) inci maddenin son fıkrasında şunu görüyoruz: « ... eğer kalemlerden biri mukabilinde teminat varsa hesap kesilip tasdik edilmiş olsa bile hilâfı şart edilmedikçe, işbu teminata halel gelmez.»

Teminat ait olduğu kalemin yekûnuna münhasırdır. - bu bittabi işbu kalemin hesap bakiyesine faik olmaması, ondan aşağı olması takdirinde böyledir - **Misal:** Ahmet ile Mehmet arasında hesabı cari mevcut olduğunu farzedelim. Bu hesabın bir kalemi

248

mucibince Ahmedin Mehmetten alacağı olan 500 lira rehin ile de müemmendir. Hesap kesildiği zaman Ahmedin lehine 600 liralık bir bakiye kaldığını farzedersek rehin bu bakiyenin 500 lirasını temin edecek, yüz lirası teminatsız kalacaktır. Yok eğer bakiye 300 liradan ibaret ise rehin bittabi bunun heyeti mecmuasına ait bulunacaktır.

İki taraf, bu usulün hilâfını kararlaştırmakta muhtardırlar.

§ 4 - Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi

Confusion

Alacaklı ve borçlu sıfatını aynı adam nefsinde cemederse borcun edası bittabi gayri kabil bir hale gelir. Bu vaziyet alacaklının borçluya, veya borçlunun alacaklıya yahut bir adamın hem alacaklının hem de borçlunun mirasçısı olması takdirinde hadis olur. O zaman borç ferileri ile beraber sukut eder ise de vaziyetin tagayyürü yani hem alacaklılık hem borçluluk sıfatının zevali halinde tekrar avdet eder. **Meselâ:** müteveffanın mallarına mirasçı olan kimse ona karşı ya alacaklı veya verecekli vaziyette olup ta mirası reddederse hal böyledir. Kanun gayri menkul rehini ile kıymetli evrak hakkındaki hususî hükümleri mahfuz tutmaktadır. (Kanunu medeninin 863, 728, 827, 836 maddeleri ile Borçlar kanununun 843 üncü maddesine müracaat)

§ 5 - İfanın mümkün olmaması

İmpossibilité de l'exécution

Yapılmakta olan bir aktin mevzuu, icrası gayri kabil bir keyfiyet ise bu akit, yukarıda gördügümüz veçhile, batıldır. Bu gibi hallerde borcun sukutu mevzu bahsolamaz, çünkü borç, zaten vücut bulmamıştır.

119 (T. B. K. 117) uncu maddenin taallûk ettiği vaziyet bundan farklıdır. Akit mevzuunun icrası mümkün olması hasebile sahihtir. Fakat bilâhare bu mevzu gayri mümkün bir hal kesbettiğinden akit te sukut etmiştir.

219

İfanın imkânsızlığı borcu sukut ettiren sebeplerden addolunabilmek için bu imkânsızlığın borçluya isnat olunamıyacak hallerden ileri gelmiş bulunması icabeder. Bu 97 inci maddenin vazettiği esastır. Malûm olduğu üzere 97 inci maddeye nazaran borçlu kendisine hiç bir kusur isnat edilemiyeceğini isbat etmedikçe borcun ifa edilmemesinden mes'ul tutulur. Binaenaleyh kendisinin dahlü tesiri haricinde hadis olan bazı haller borcun ifasına mani bulunduğunu isbat edince mes'uliyetten kurtulur.

İmkânsızlık borcun mevzuuna taallûk eden «şey'î imkânsızlık *Impossibilité Objective*» veya borçlunun şahsını alâkadar eden «enfüsî imkânsızlık *Impossibilité subjective*» olarak ikiye ayrılır. Bu tefrik imkânsızlığın akit yapıldığı esnada mevcut bulunması takdirinde mühimdir. Bu vaziyette akti batıl kılan imkânsızlık şey'î olan imkânsızlıktır. Diğeri yani şahsa ait bulunanı borcun vücuda gelmesine mani değildir. Yalnız bu takdirde, borç nakit borcuna yani zararu ziyana inkilâp etmiş olur. Zira insanın yapmaktan âciz olduğu bir şeyi vaat ve taahhüt eylememesi lâzımdır.

Lâkin eğer imkânsızlık aktin itmam ve in'ikadından sonra hasıl olmuş ise burada şey'î ve enfüsî tasnifini yapmağa mahal yoktur. Binaberin, taahhüdün ifası - şahsına isnadı caiz bulunmıyan bir sebep dolayısile - kendisi için imkânsız olan borçlu, velev ki bu taahhüdü başkalarının yapması kabil de olsa mes'uliyetten beraet eder. **Meselâ:** Bir tablo yapmağı taahhüt etmiş olan ressam kör olur, yahut, hatta, sadece, rüyeti işkâl eden bir hastalığa uğrar ise hüküm böyledir.

Borcun ifası tamamen gayri kabil olmuş ise borçlu tamamen, aksi takdirde kısmen mes'uliyetten kurtulup taahhüdünün kabil ve alacaklı için faideli olan cüz'ünü ifa ile mükellef tutulur.

Borçlunun mes'uliyetten nefsini tahlis zımnında ikame etmesi lâzım gelen delili ikame edememesi halinde borç sukut etmez ve mevzuu zararu ziyana inkılâp eyler.

İfanın imkânsızlığı bir taraflı akitlerde olduğu gibi iki taraf için taahhütleri cami akitlerde de vakidir. Bu sonuncu kısım akitlerde imkânsızlık hasebile zimmetindeki borç sukut etmiş olan taraf, acaba diğer taraftan kendi uhtesindeki borcu ifa eylemesini isteyebilir mi ?

Maddenin ikinci fıkrasına göre bu kabil değildir. İki taraftan birinin beraeti diğerinin de beraetini intaç etmek gerektir ve şayet diğer âkit kendi taahhüdünü ifa etmemiş idi ise imkânsızlık

750

halinde kalan borçlunun ondan aldığını haksız iktisaplara müteallik hükümler mucibince kendisine iade etmesi lâzım gelir.

Misal: Mehmede ait bir evde kiracı olan Ahmet ona senevî 3000 lira kira vermekte ve bu parayı her altı ayda bir peşinen tesviye etmektedir. 1 kânunsani tarihinde Ahmet bin beş yüz lira kirayı mehmede vermiş fakat 1 martta ev yanmıştır ve bu yangının zuhurundan ne Ahmet ne de Mehmet mes'ul bulunmamaktadır. Bu takdirde Ahmedi evinden istifade ettirmek hususundaki taahhüdünden Mehmet beraet eder. Fakat buna mukabil Ahmet te kirayı vermekten kurtulur. Halbu ki o, bu kirayı kânunsaniden 1 temmuza kadar olan altı ay müddet için peşinen vermiş olduğu cihetle evin yandığı tarihten haziran nihayetine kadar dört aya mütaallik kira haksız yere Mehmedin elinde kalmış olur. Bu halde Ahmet *(Condictio ob cansam finitam)* kaidesine tevfikan Mehmetten bin lira istirdadına mezundur.

Maamafih, zarar ve hasarın, borç ifa edilmezden evvel bile olsa gene alacaklıya ait bulunacağı kanun muktezasından ise veya akitte meşrut bulunuyor ise o zaman bu izah eylediğimiz hükmü tatbik kabil olamaz. Satımda kanun aktin itmamı anından itibaren hasarı alacaklının uhtesine nakletmiştir. 185 (T. B. K. 183) inci madde:

«Halin icabından, bahusus şartlardan doğan istisnalardan maadasında satılan şeyin nefi ve hasarı aktin in'ikadı anından itibaren müşteriye intikal eder.» diyor. Şu halde malın kazara zayi olması satıcıyı teslim borcundan beri kılar ise de müşterinin her halde semeni tesviye eylemesi icabeder.

Kanunun lâzım görmediği akitlerde ve hallerde bile iki taraf zarar ve hasarın alacaklı uhtesine ait olmasını kararlaştırabilirler. Bilfarz, kira mukavelenamesine kiracının kiralanan şeyden istifade edemiyeceği bir müddet zarfında dahi kira vereceğini natık bir madde dercedilebilir.

§ 6 - Takas

Compensation

Takas, yekdiğerile mütevazin iki borcun sukutudur.

I. Takasın şartları — Kendisine borçlu olduğumuz bir adam-

257

dan bize karşı mevcut borcunu ödemesini istememiz hakkaniyete muğayir düşer; bilhassa bu talebi dermeyan ettiğimiz esnada biz borcumuzu ifaya gayri muktedir bir halde isek.

Kanun, âkitlerden birinin ne gibi şartlar dahilinde, diğerinin muvafakatini istihsale lüzum olmaksızın, takas yapabileceğini tayin etmektedir. Takas muamelesi kanundan münbais olduğu gibi, bunun icrası için vücuduna lüzum olan haller ve şartlar mefkut dahi bulunsa, iki tarafın aktettikleri mukaveleye takas yapılmasına dair bir şart vaz'eylemeleri de mümkündür Böyle olana: «akte müstenit takas» *(Compensation comventionnelle)* itlak olunur.

Kanunî takasın vücudu şartları aşağıki veçhiledir:

A) İki şahıs yekdiğerine karşı mütekabilen alacaklı ve borçlu vaziyetindedirler. Borçlarda mütekabiliyet esastır. Yani Ahmet Mehmetten, Mehmet te Ahmetten alacaklı olmalıdır. Borçlu kendisinden alacaklı olan kimsenin üçüncü bir şahsa karşı borçlu mevkiinde bulunduğunu dermeyan ile takas iddiasında bulunamaz.

Bu esası, 122 (T. B. K. 120) inci maddede üçüncü şahıs lehine mevzu şartlarda dahi tatbik edilmiş görüyoruz: «Bir üçüncü şahıs lehine taahhütte bulunan kimse borcunu diğer âkidin kendisine borçlu olduğu şey ile takas edemez.» (Başkası lehine şart bahsine müracaat). **Misal:** Ahmet, Hasanın lehine Mehmetten bir taahhüt istihsal etmiştir. Bilâhare Mehmet Ahmede karşı alacaklı mevkiine girmiş dahi olsa bu Alacağını evvelki taahhüdünden doğan borcu ile takas edemez. Zira bu borç Hasan lehine aktedilmiş olduğu için Mehmet onun borçlusudur.

Bu maddenin müeddası gösteriyor ki «üçüncü şahıs lehine şart» akitlerinde vazıı kanunun talâkkisine göre, bu üçüncü şahıs, vaadedene karşı doğrudan doğruya alacaklı mevkiine girmiş oluyor; ve bu taahhüdü istihsal eyleyen kimse, borçluya karşı dava hakkına malik yegâne kimse olduğu takdirde dahi böyledir. O dava ikame ederken üçüncü şahsın hakkını kullanmış oluyor. Binaenaleyh borçlu kendisine karşı diğer bir cihetten alacak dermeyan eyleyebilse bile bunu borcu ile takas edemez. Buna mukabil, akitten müstefit olan üçüncü şahıs hakkını kullanmak arzusunda olduğunu henüz borçluya bildirmemiş ise bu sonuncunun taahhüdü kendisinden istihsal eyleyen alacaklı ile - aralarında mevcut alacak ve verecekten dolayı - takas yapmasına cevaz vardır. Zira, unutmamalıdır ki, bu vaziyette iki taraf üçüncü şahıs lehine mevcut şartı, nezi ve iptal hakkına bile malik bulunmaktalar idi.

252

Alacakların mütekabiliyeti esasından hasıl olan ikinci bir netice vardır ki o da Şudur: Borçlu alacaklının, kefiline karşı olan borcu ile kendi borcunu takas edemez. Kanunda eskiden bu esası teyit eden bir madde vardı. Fakat zait addile bilâhare hazf edildi. Buna mukabil 121 (T. B. K. 119 uncu maddeye göre «asıl borçlunun takas dermeyan etmeğe hakkı oldukça kefil alacaklıya tediyede bulunmaktan imtina edebilir.» Bu hüküm, kefaletin borca nazaran fer'i mahiyette bulunmasının bir neticesidir: Asıl olan borç sukut ettiği için kefil de taahhüdünden beraet eder. Şu kadar var ki asıl borçlunun takas dermeyan etmek kastını alacaklıya bildirmesine kadar takas vaki değildir. Bununla beraber kanun borçlunun bu hususiaki hakkı kullanmakta gösterdiği ihmale rağmen kefile tediyeden imtina salâhiyetini vermektedir.

B) Takas yapılabilmek için mütekabilen mevcut olan borçların ya nakit borcu, yahut aynı cinsten borçlar olması muktezidir.

Bu hususa dair olan eski 131 inci maddede, Fransız kanununun 1291 inci maddesinde olduğu gibi, «takas yapılabilmek için borçların ya para borcu yahut ayni nevi misliyattan olması lâzımdır;» yazılı idi. Tadil esnasında «misliyat» tabiri çıkarıldı ki bu hiç te iyi olmamıştır. Bunu yapmakla vazıı kanun ihtimal ki mütekabilen mevcut iki «yapmak» borcunu birbiri ile takas etmek imkânını derpiş etmiştir. Fakat iki şahsın biribirine karşı tamamile aynı fili yapmağı taahhüt eylemiş olduklarını tasavvur, biraz yerinde değildir. Takasın vukuu için, dediğimiz gibi, iki borcun biribirile tevazün etmesi icap eder. Bu şart ise ancak bu borçların aynı neviden misliyata taallûk etmeleri takdirinde mevcuttur.

C) Takas yapılabilmek için mevcut borçların muaccel ***(exigible)*** **olması lâbittir.** Borçlardan biri şarta muallâk bulunuyor, yahut henüz ifası lâzım gelmiyorsa takas yapılamaz.

Her iki borcun tutarı biribirine müsavi olmak icap etmez. Böyle hallerde takas, miktarı az olan borç nisbetinde yapılır.

Borçlardan birinin diğerine nazaran daha fazla teminatı bulunması, takasın dermeyanına mani değildir. Her iki borcun ayni mahalde eda edilmeyecek olmaları da keza takas yapılmasını men edemez.

Fransız kanunu medenisi hilâfına İsviçre borçlar kanununda takas edilecek borçların miktarları muayyen *(Dettes le quides)* olmak şartı münderiç değildir, Bilâkis alacaklardan birinin münaziünfih *(Créance contestée)* olması halinde bile takasın yapılabileceği 120

253

(T. B. K. 118) inci maddede musarrahtır: Ahmet Mehmetten alacaklıdır. Fakat Mehmet te Ahmetten alacaklı olduğu iddiasını dermeyan eyliyor ve bu yüzden takas dermeyan ediyor. Mahkeme, Ahmedin bu iddiayı reddeylemesine rağmen takas talebini terviç edebilir.

Bu hükmün ihtiyat dairesinde tefsiri lâzımdır. Zira aksi takdirde kavga ve ihtilâflara yol açılmış olur. Müddeinin muhik bir talebini hükümden ıskat etmek kastile müddeaaleyhin asılüesastan âri bir hak dermeyan etmesine hâkim mani olmalıdır.

Müruru zamana uğramış bir alacaktan dolayı takas dermeyan olunabilir mi? Eski borçlar kanunu mevkii meriyette iken federal mahkemesi bu bapta menfi bir hüküm vermişti [1] ve bu hüküm makul idi. Zira takası, ancak borçlunun onu dermeyan kastını ifade eylemesi takdirinde vakidir. Binaberin, o bu niyeti izhar ederken diğer tarafa karşı mevcut bir alacağından dolayı dava hakkı *(action)* bulunmak lâzımgelir. Halbuki müruru zaman halinde dava hakkı zail olmuştur.

Böyle olmakla beraber yeni kanunda bunun aksi bir noktai nazar kabul edilmiştir 120 (T. B. K. 118) inci maddenin son fıkrasında şöyle deniliyor: «Müruru zamana uğramış bir alacak, takas dermeyan edilebileceği zamanda müruru zaman ile sakit olmuş değilse onun da takası dermeyan olunabilir.» Bu hüküm, takas dermeyanı kastının izharına müteallik olan madde müeddası ile tevafuk etmiyor. Bahsettiğimiz son fıkraya nazaran, müruru zamana uğramış alacaklardan dolayı da takas dermeyan olunabilir. Şu şart ile ki bu alacaklardan doğan dava hakkı elyevm diğer tarafın borçluya karşı serdettiği hak ile, evvelce - velevki bir an, bir gün - karşılaşmış olsun. **Misal:** Farzedelim ki bir alacak 15 mart 1926 da müruru zamana uğramıştır. Bu alacağın sahibi 13 mart 1926 da tediyesi lâzım olan diğer bir alacaktan dolayı mukabil tarafın kendisine karşı bilfarz 20 haziran 1928 de ikame eyliyeceği davada takas dermeyanına mezundur. Zira 14 mart 1926 da her iki alacak mütekabilen mevcut bulunmakta idi. Eğer böyle olmayıp ta müruru zaman 14 martta vuku bulmuş olsa idi takas yapılamayacak idi. Çünkü 13 martta diğer tarafın alacağı, tediyesi lâzım bir hale geldiği için bu alacaktan doğan dava hakkı o günün hitamında yani 14 mart sabahında doğmuş, halbuki bu tarihte diğer alacak müruru zamana uğramıştır. Binaenaleyh her iki tarafın dava hakları aynı zamanda biribirine tekabül etmiş değildir.

[1] Resmî Mecmua cilt 34, ikinci kısım numara: 13

284

Hem borçlu hem alacaklı mevkiinde bulunan kimsenin iflâsı, takas üzerine müessir mi dir?

İflâs, müflisin borçlarını muaccel kılar. Binnetice müflise karşı alacaklı mevkiinde olan kimseler - bu alacakları henüz tediyesi lâzım bir halde olmasa bile - kefilinin kendilerinden olan alacağına karşı takas dermeyan edebilirler. Bu gibi hallerde, bu alacaklılar kârlı bir vaziyette bulunmuş olurlar. Zira iflâs masasına müracaatla kendilerine isabet edecek cüz'ü almak mecburiyetinde değildirler.

II. Takasın hükmü — Takas kendiliğinden vuku bulmayıp bu hususta borçlunun kastını alacaklıya izhar etmesine lüzum vardır.

Takasa müteallik kanunî şartların mevcudiyeti halinde yapılacak olan bu tebliğ mahkeme vasıtasile de, onun haricinde de icra olunabilir. Kanun, hiç bir müşküle lüzum göstermiyor.

Tebliğin makabline şumulü vardır. Yani mevcut borçlar, miktaren az olanı nisbetinde sukuta uğrarlar ve bu sukut «iki borcun takas edilebilecekleri andan» itibar olunur. Alacağa merbut fürular da onunla beraber zail olur.

Hesabı cari meselesinde ticarete müteallik hususî taamülleri kanun ipka etmiştir.

III. İki taraftan birinin izhar edeceği takas arzusuna diğer tarafın muvafakati meşrut değildir. Maamafih bazı haller vardır ki bunlarda alacaklının iradesi hilâfına takas yapmak kabil değildir. Bu haller de şunlardır:

A) Birinci gurup:

1. Tevdi edilmiş bir şeyin iadesine veya bedeline taallûk eden talepler. Tevdi edenin dermeyan edeceği iade hakkının taallûk ettiği şeyler umumiyetle menkul bir mal, bir ayndır. Takasa dair esaslar zaten böyle muayyen cisimlerin takas edilmesine manidir. Fakat bu maddenin taallûk ettiği şeyler usulsüz vedia ile tevdi edilmiş bir şeyin bedelinin iadesidir.

Usulsüz vedia diye şuna denilir: müstevdi tevdi eden tarafından kendisine verilen bir miktar parayı aynen değil, mislen iadeyi taahhüt etmiş olur. İşte böyle bir halde takas yapılabilmek için alacaklının muvafakati şarttır.

Tevdi edilen şeyin bedelinin iadesinde yani bu şeyin ziyaı veya hasarı takdirinde müstevdi'ce verilmesi lâzım gelen zararü ziyanda dahi hüküm böyledir.

255

2. Haksız olarak alınmış veya hıyle ile alakonulmuş bir şeyin iadesine yahut bedeline müteallik talepler. Binaenaleyh kendisine ait bulunmıyan bir malı tasarrufuna geçiren veya başkasına ait bir malı hıyle ile alakoymuş olan kimse ya bu malı aynen veya - şayet o zayi oldu ise - bedelini nakden iade ile mükelleftir ve bu bapta takas hükümleri diğer tarafın muvafakati olmaksızın cereyan edemez.

B) İkinci gurup:

Hususî mahiyetleri itibarile filen alacaklının eline verilmesi icap eden alacaklar kanun, nafaka ve iş ücreti gibi borçlunun ve ailesinin iaşesi için mutlak surette lüzum olan alacakları burada misal olarak zikretmektedir.

Lâkin tabiatları itibarile filen alacaklıya tesviye edilmeleri icap eden başka alacaklar da vardır. Haczedilemiyecek alacaklar bu kabildendir. Binaenaleyh onlar da takas edilememek icap eder.

Maamafih Mösyö Ozer'in fikrince alacağın haczedilemiyecek mahiyette bulunması takasa mani olamaz.

C) Üçüncü gurup:

Devlet ve belediyeler [1] lehine olarak hukuku ammeden neşet eden alacaklara müteallik talepler. Devlet, bu alacağının efrada karşı kendi zimmetinde bulunan borç ile takas edilmesine muhalefet hakkına maliktir. Buna nazaran devlet hesabına inşaatta bulunan bir müteahhit bu yüzden olan alacağını vergi borcu ile karşılık tutarak mahsup edemez.

Yukarıda tadat ettiğimiz şu üç kısma dahil hallerde alacaklı kendisine karşı takas dermeyanına muhalefet etmek hakkını haizdir. Bununla beraber bu hakkından feragatle takas kabul etmesine de cevaz vardır. Bu takdirde vuku bulan mahsup muamelesine akte müstenit veya ihtiyarî takas *(Compensation conventionnelle ou facultative)* denilir.

IV. Takastan ferağat. — Borçlunun iptidaen takastan feragatine kanunî mesağ vardır. İptidaen tabirinden kast, takas için vücudu matlup şartların tahassülünden evvel demektir. Eski 139 uncu maddede misal olarak kendisinin aynı zamanda alacaklı olduğunu bildiği halde borcunu gene peşinen ve filen tesviye eden borçlunun hali zikrolunmaktadır.

[1] Bizim kanunumuzda «devlet, vilâyet ve köyler lehine» madde 123.

256

Borçlunun, takastan feragat arzusunu izhar ve kendisi de karşı taraftan alacaklı olmasına rağmen borcunu gene tesviyeye teşebbüs eyleyip eylemediğini hâkim takdir edecektir.

Takastan ibtidaen, değil, fakat her iki borcun da mütevazin ve muaccel bulundukları bir zamanda ferağat edilmesi, makbuldür. Madam ki takas, borçlunun bunu dermeyan edeceğini bildirmesi halinde icra edilebilecektir. Şu takdirde onun böyle bir tebliğde bulunmıyarak borcunu tediye etmesi ferağat manasında tefsir olunur. Bittabi bu takdirde o, sukut etmiyecek olan alacağını bilmukabele talebeder.

Fransız kanunu medenisi 1299 uncu maddesinde, üçüncü şahısların bilhassa daha aşağı dereceden teminatlı alacaklıların hukukunu mahfuz tutuyor. Fakat borçlar kanununda bu hüküm mevcut değildir. Misal: Ahmet Mehmede karşı hem teminatı haiz alacaklı hem de borçlu mevkiindedir farzedelim. Ahmet Mehmede olan borcunu tesviye ile takastan ferağat eylediği takdirde kendisinden olan alacağı talep hakkını muhafaza eder ve bu alacak teminatlı olduğu için işbu teminatı da ondan sonra gelen derecedeki alacaklılara karşı elinde tutar.

§ 7 - Müruru zaman

Prescription

I. Müruru zamanın mahiyeti — Müruru zaman, borçların sukutunu mucip hallerden biri olup alacaklının uzun müddet hakkını kullanmamasından ve buna mukabil borçlunun da işbu hakkın vücudunu tanımamasından ibarettir.

Mehilin hitamında alacaklının dava hakkı, müruru zaman serdinden dolayı tesirini gaip etmiş olur. Uzun bir müddet hakkını kullanmakta tekâsül gösteren kimse o hakkı işin sonunda zayi eder ve bu inzibatı ammeye taallûk eyleyen bir kaidedir. Böyle bir kaide vazedilmiş olmasa idi herkes bir takım eski talepler karşısında kalacak ve buna karşı müdafaa vasıtalarından mahrum bulunacak idi.

Vindşayit «zaman, tesirinden kimsenin azade kalamıyacağı bir kuvvettir» diyor. Hakkını kullanmakta ihmal gösteren şahıs o haktan ferağat etmiş addolunur.

257

Müruru zaman iki nevi'dir. Birincisi haksız yere yapılan tasarrufun, uzun bir müddet geçmesini müteakip, bir hak doğurmasından ibaret olup buna iktisap müruru zamanı *(Prescription acqusitive)* denilir. Diğeri ise mevcut bir hakkın zevalini intaç eyler ki buna da borcu düşüren müruru zaman *(Prescription libértatoir ou extinctive)* itlâk olunur.

Müruru zaman, biraz evvel işaret ettiğimiz veçhile, umumî inzibata müteallik bir esas olduğundan iptidaen ondan ferağat batıldır. Böyle olmasa idi âkitler mukavelenameye müruru zamandan fariğ olmadıklarına dair birer madde derci ile iktifa edebilirlerdi. Fakat burada bu noktayı tasrih etmek icabeder. Kanunen makbul olmayan şey, borçlunun müruru zaman iddiasını dermeyandan iptidaen ferağat göstermesidir. Yoksa alacaklının davayı ikame eylemesi üzerine borçlunun o zamana kadar iktisap eylemiş olduğu müruru zamandan ferağat göstermesi daima mümkündür. (63 «T. B. K. 62» üncü Madde) «müruru zamana uğramış bir borcu yahut ahlâkî bir vazifeyi ifa için verilen şeyin geri alınamıyacağını» natıktır. Zira müruru zamana rağmen borcun ifası, manevî bir borcun edası mahiyetindedir.

İptidaen müruru zamanın butlanından bahsederken kanun, biraz mevzuu haricine çıkarak, müteselsilen borçlu şahısları da mevzuubahs ediyor: «Müteselsilen borçlulardan biri tarafından vuku bulan ferağat diğerine karşı dermeyan olunamaz. Ferağat, taksimi kabil olmıyan bir borcun müşterek borçlularından biri tarafından sadır olduğu takdirde de hüküm böyledir. Asıl borçlu tarafından vuku bulan ferağat, kezalik kefile karşı dermeyan olunamaz» diyor.

Müruru zamanın, inzibatı ammeyi alâkadar eder bir esas olmasının diğer bir neticesi de şudur: Müruru zamana müteallik hükümler tarafların rıza ve itilâfı ile tağyir olunamazlar. 129 (T. B. K. 128) uncu madde bu hükmü işbu bahiste mevzu bahis yani borçların sukutuna müteallik müruru zaman müddetlerine tatbik ve hasrediyor. Bu müddetler ne uzatılabilir ne de kısaltılabilir. Binaenaleyh, sigorta poliçelerine taleplerin kumpanyaya muayyen bir zaman zarfında dermeyanını natık olarak dercedilen hükümlerin kanunî kıymeti yoktur.

Nazariyatta müruru zaman ile bir hakkın sukutu *(Déchéance du droit)* keyfiyetleri biribirinden tefrik olunmaktadır. Birincisine mütedair kaideler ikincisine tatbik edilmemektedir. Hakkın sukutu kendiliğinden vuku bulur; müruru zamanda olduğu gibi işbu müruru zamanın cereyanına mani veya onu tatil edici bazı sukut

258

sebepleri ve hakların izaası bahsında mevzu bahsolamaz. Müruru zaman dava hakkını iskat etmekle beraber ortada manevî bir borç bırakır. Burada ise böyle değildir.

Bununla beraber nazariyatta müuru zamanı (hakkın sukutu)ndan ayırt edecek miyarları tayin de pek müşküldür. *(Obry & Rau)* a göre iza'a - dava hakkına malik şahsın ihmal veya ferağati mevzu bahsolmaksızın - binnefis hak üzerine tesir icra eder. Mösyö *(Fick)* ise şöyle diyor:

Müruru zaman, dava hakkının kanunen muayyen müddet zarfında kullanılmamış olmaktan naşi zevalidir. Sukut *(Déchéance)* e gelince, bu da bir hakkın veya dava hakkının, muayyen bir müddet zarfında icrasına mesağ bulunan hukukî bir fili icra etmemekten dolayı ziyaıdır.

İsviçre federal mahkemesine nazaran boçlar kanununun 31 inci maddesinde fesadı rıza ile malûl bir akte karşı alâkadara verilen tariz hakkının kullanılmasına dair müddet, müruru zaman müddeti değildir. Çünkü bu, bir hakkın veya dava hakkının iskatı neticesini hasıl etmeyip evvelce iptali caiz bir akti sahih kılmaktadır.

Bütün bu mütalâalar müruru zamanın (hakkın sukutu) ndan farkı ne olduğunu iyice anlamağa kâfi gelmemektedir. Her iki takdirde de bir hak kullanılmamak hasebile ziyaa uğramaktadır.

Feshi kabil olan akitler, icazet ile sıhhat kesbeder. Bu da alâkadar tarafın akti ifa etmemek hakkındaki kararını diğer âkide bir sene zarfında beyan etmemesi veya verdiğini geri alamaması takdirinde olur. Buradaki bir sene müddeti müruru zaman müddetinden tefrik kabil midir? anlamıyoruz.

II. Müruru zamanın hükümleri:

Müruru zaman borcun ve bu borçtan dolayı diğer tarafın haiz bulunduğu dava hakkının tamamile sukutu neticesini hasıl eder mi? yahut borcu iskat etmeyip yalnız borçluya def'i dava salâhiyeti mi bahşeder? nazariyatta bu mesele fikir ihtilâfına mahal vermemiştir.

Kanuna göre, müruru zaman borcu iskat eden hallerden biridir. Bununla beraber sukut kendiliğinden vaki olmayıp borçlunun onu dermeyan etmesi lâzımdır. Zira «Hakim müruru zamanı kendiliğinden nazarı itibara almak» salâhiyetini haiz bulunmaktadır. Müruru zamana uğrayan bir borcu tediye eden bir borçlu verdi-

259

ğini geri alamaz. Bu da gösteriyor ki müruru zamana rağmen borç el'an bakidir.

Halbuki sukutu hak *(Déchéance)* mephasinde hâkimin işbu sukuttan doğan vasıtaları ve sebepleri alacaklıya karşı kendiliğinden dermeyan etmesi kabildir.

Asıl alacaklar hakkında müruru zaman vaki olunca faiz ve sair fer'î alacaklar hakkında da müruru zaman vaki olmuş olur. (madde, 133 - «T. B. K. 131» - üncü madde) Bu suretle, kaydi hayat ile irada müteallik hak, müruru zaman neticesinde sakit olunca son senelere ait taksitlerde - her ne kadar beş senelik müruru zamana uğramamış iseler de - keza sukut ederler.

Diğer fer'î alacaklara gelince: Burada maksut olan şey kefalettir. Kefil borçlu ile aynı zamanda borçtan kurtulduğu gibi ondan evvel de kurtulabilir. Zira asıl borçlunun müruru zaman serdile def'i davadan ferağati kefile müessir olamaz; onun aleyhinde kullanılamaz.

Menkul ve gayri menkul rehinleri gibi bir alacağı temin eden hukuk, feriden madut oldukları cihetle asıl alacak ile beraber, esas itibarile sukut ederler ise de gayri menkul bir rehnin tescili alacak hakkında müruru zamana mani olur. (Kanunun - 807 - T. B. K. 779 - inci maddesi)

Menkul bir rehnin tesisi de aynı hükmü hasıl eder mi? Borçlar kanununun eski 146 ıncı maddesi buna müsbet bir cevap vermekte idi. Fakat bu maddenin yerine şimdi 140 (T. B. K. 138) ıncı madde ikame olunmuştur ki buna nazaran «Alacaklının bir menkul rehni ile temin edilmiş bulunması bu alacak hakkında müruru zaman cereyanına mani olmaz» fakat alacaklı rehinden hakkını istifa etmek salâhiyetini muhafaza eder. Yani alacak müruru zaman hasebile sukut etmekle beraber rehinden doğan aynî haklar bakidir.

Eski 146 ıncı madde ile şimdiki 140 ıncı madde hükümleri arasındaki fark şu suretle izah olunabilir. Müruru zamandan sonra borcu temin eden rehin zayi olduğu takdirde - şimdiki hükümlere göre - alacaklı hakkını istifa imkânından mahrumdur. Zira rehin elinden çıkmıştır. Halbuki 146 ıncı madde mevkii meriyette iken böyle bir vaziyetin tahassülünde alacaklıya karşı müruru zaman işlemeğe başlıyor. Yani müruru zaman rehnin ziyaı tarihinden itibar olunuyor idi.

III. Müruru zaman müddetleri:

Müruru zaman müddeti umumiyetle on senedir. 127 (T. B. K.

260

125) maddede şöyle denilmektedir. «Kanunda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde her dava on senelik müruru zamana tabidir.»

Bu müddetten kısa zamanlar olduğu gibi uzun olanları da vardır. Fakat bu sonuncu neviler nadirdir: Müteveffa tarafından yapılan tasarrufların iptal ve tenkisi mephasinde «tasarrufun butlanı gerek kanuna muhalefet ve adabı umumiyeye mugayeretten gerek ehliyetsizlikten neş'et etsin sui niyet sahibi müddeaaleyhe karşı iptal davası otuz sene geçmesile sakıt olur» deniliyor. Keza miras sebebile istihkak davalarında *(Action en pètition d'hérédité)* de müruru zaman otuz senedir.

Aşağıdaki alacaklarda beş senelik müruru zaman cereyan eder.

I. Alelûmum kiralar ile resülmal faizleri ve muayyen zamanlarda tediyesi meşrut aidat.

Bu nevi tediyatın ayırıcı vasıfları muayyen zamanlarda yapılmakta olmalarıdır. Bu vasıf mevcut değil ise beş senelik müruru zaman müddeti tatbik edilemez. Ceste ceste tesviyesi meşrut bir borç on senede müruru zamana uğrar. Muayyen devrelerde tediye edilen âidatın miktar itibarile yekdiğerine müsavi olmasına lüzum yoktur.

Netekim, eshama isabet eden temettu hisseleri, baliğ oldukları miktarlar bizzarure mütehalif olmasına rağmen, beş senelik mürnru zamana tabidirler.

II. Erzak bedeli, nafaka, otel ve lokanta masraflarına ait davalar.

Erzaktan kast doğrudan doğruya müstehliklere verilmiş olan erzaktır. Tüccara verilenlere ait değil.

III. San'atkârların işleri hakkındaki davalar.

San'atkârdan kastolunan, amele değildir. Mösyö Ozer'in fikrince burada mevzuu bahsolan müteahhitler de değildir. Şu halde bu tabirin hangi sınıf halka taallûk ettiği kolaylıkla anlaşılamıyor. İhtimal ki kanunun işaret ettiği küçük esnaftır.

Perakendeci esnafın müşterilerine verdikleri erzak bedelinden doktorların ve sair san'at erbabının ifa ettikleri mesaiden doğan davalar. Bu son cümle kanunun Almanca metnindeki *(aûs ärgtlicher Besorgung)* tabirinin tercümesi olup doktor olsun veya olmasın hasta tedavisi ile meşgul bulunan kimselerin mesaisine müteallikdir:

Dişçi, hasta bakıcı, ebe gibi. Eczacılar ile baytarların da bu kabilden olup olmadıkları noktası biraz şüphelidir.

Avukatların, vekillerin, noterlerin meslekî hizmetleri, başkalarının hizmetinde çalışan kimselerin, müstahdemlerin, hizmetçilerin, yevmiyecilerin ve amelelerin ücretleri hakkındaki davalar,

Müruru zaman ne zaman cereyana başlar?

Müruru zamanın sebep ve hikmeti alacaklının uzun bir müddet hakkını kullanmamış olmasıdır. Buna nazaran o hakkı kullanmağa imkân bulunmadığı müddet zarfında müruru zaman bittabi mevzu bahsolamaz. Binaenaleyh müruru zaman iptida etmek için alacağın muaccel bir hale gelmesi lâzımdır. İmdi, ecil meşrut olmıyan veya işin mahiyeti muktezasınca ecil icabetmeyen hallerde alacak mukavele aktedilir edilmez muacceliyet kesbeder. Yani borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir. (Madde, 75 - T. B. K. 74 - inci madde)

Borçlunun 102 (T. B. K. 101) inci madde mucibince ihtar ile temerrüt haline konulmuş olması müruru zamanın başlaması için şart değildir. Alacağın muacceliyeti kâfidir.

Maamafih, alacağın muacceliyeti ihbar vukuuna tâbi ise, müruru zaman bu haberin verileceği günden itibaren başlar. **Meselâ:** Ahmet Mehmede 1000 lira ikraz etmiş ve bu paranın tarafından vuku bulacak ihtardan üç ay sonra kendisine iadesini şart kılmıştır. Fakat bu ihtarin da aktin vukuundan iki sene sonra yani bilfarz 15 mart 1928 tarihinde yapılabileceği mukarrerdir. Müruru zaman bu takdirde 15 haziran 1928 den iptida eyler.

Kaydi hayat şartlie irat bahsinde müruru zamanın başlayacağı zamanı tayin biraz müşküldür. Zira, malûm olduğu üzere, burada alacağın mevzuu bir resülmal değil, ancak muayyen zamanlarda tediyesi meşrut âidattır. Zararu ziyanın irat şeklinde tesviyesi hükmolunduğu hallerde ve buna müşabih vaziyetlerde de aynı kaide caridir. İrada destires olmak hakkı on senede müruru zamana uğrar ve müruru zaman tediye edilmemiş olarak kalan ilk taksitin muacceliyet kesbettiği günden başlar. Farzedelim ki kaydi hayat şartile tesis edilen bir iradın ilk taksiti 1 mart 1925 de tediye edilmek lâzım gelsin. İrada olan hak bu günden itibaren müruru zamana uğramağa başlayıp, borçlu tediye etmediği takdirde, on sene mürurunda sakit olur. Taksitlerden her biri için