Adliye Cerîdesi

Adliye Vekâleti tarafından ayda bir neşrolunur.

Sene: 9 Nisan 1931 Sayı: 105

RESMÎ KISIM

ADLİYE TEVCİHATI

Karar numarası: 2

55 lira maaşlı Kars reisliğine talebile sabık Bitlis müddei umumisi Muharrem Fevzi,

55 lira maaşlı Antalya reisliğine talebile Kütahya reisi Sabri,

55 lira maaşlı Kütahya reisliğine tahviline karar verilmiş olan Antalya reisi Sadık,

35 lira maaşlı Bor müddei umumiliğine talebile harcirahsız Haymana müddei umumisi Rağıp,

30 lira maaşlı İnoz sulh hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan Giresun sulh hâkimi Kemal,

40 lira maaşlı Şerefli Koçhisar hâkimliğine tahviline karar

203

verilmiş olan Uluborlu hâkimi Tahsin,

35 lira maaşlı Şarkışla müddei umumiliğine tahviline karar verilmiş olan Arabgir müddei umumisi Ferit,

35 lira maaşlı Tazkırı sulh hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan Çubuk müddei umumisi Recep,

40 lira maaşlı Uşak müddei umumiliğine tahviline karar verilmiş olan Beypazar hukuk hâkimi Nusrat,

55 lira maaşlı Bursa azalığına tahviline karar verilmiş olan Bandırma reisi Hikmet,

45 lira maaşlı Adana ceza hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan Antalya müddei umumisi Halim,

40 lira maaşlı Antalya müddei umumiliğine Akçaabat hâkimi Osman Nuri,

35 lira maaşlı Akçaabat hâkimliğine Kemaliye hâkimliğinden müstafa Ömer Lûtfi,

40 lira maaşlı İçel müddei umumiliğine talebile Kayseri müddei umumî muavini İlhami,

45 lira maaşlı Çankırı azalığına tahviline karar verilmiş olan İçel müddei umumisi Ali,

35 lira maaşlı Direk hâkimliğine talebile Mardin aza mülâzimi Nafiz,

35 lira maaşlı Pazarcık hâkimliğine talebile harcirahsız Andirin hâkimi Hüseyin,

35 lira maaşlı Andirin hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan Pınarbaşı hâkimi Rıza,

35 lira maaşlı Pınarbaşı hâkimliğine Kayseri sulh hâkimi Cemalettin,

30 lira maaşlı Mardin aza mülâzimliğine tahviline karar verilmiş olan Çankırı aza mülâzimi Şevket,

35 lira maaşlı Çankırı aza mülâzimliğine talebile ve zatî harcirahla Silvan hâkimi sabıkı Ahmet Hulûsi,

35 lira maaşlı Çatalca hukuk hâkimliğine talebile harcirahsız Geyve hukuk hâkimi Nimet Hamdi,

35 lira maaşlı Geyve hukuk hâkimliğine talebile ve zatî harcirahla Darende hâkimi İsmail,

35 lira maaşlı Antalya hâkimliğine talebile Karaisalı hâkimi Ahmet,

264

30 lira maaşlı Çay cuma sulh hâkimliğine talebile Abana sulh hâkimi Hüsnü,

40 lira maaşlı Orhan eli hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan Tefenni hâkimi Ali Rıza,

40 lira maaşlı Tefenni hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan Orhan eli hâkimi Şükrü,

40 lira maaşlı Çölemerik hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan Malatya azasından Zühtü,

55 lira maaşlı Baş müddei umumilik birinci sınıf muavinliğine ikinci sınıf muavinlerden Mustafa Nuri,

22 lira maaşlı Ayvalık müstantikliğine talebile zatî harcirahla Hafik müstantiği Hüseyin Necmettin,

22 lira maaşlı Hafik müstantikliğine tahviline karar verilmiş olan Erciş müstantiği Faris Fevzi,

22 lira maaşlı Erciş müstantikliğine meslek mektebi mezunlarından Cemil,

55 lira maaşlı İstanbul azalığına İstanbul birinci sınıf sulh hâkimlerinden Salâhattin,

45 lira maaşlı İstanbul birinci sınıf sulh hâkimliğine hukuk işleri müdür muavini Kemal Galip,

55 lira maaşlı Bandırma reisliğine tahviline karar verilmiş olan Bursa müddei umumisi Seyfettin,

55 lira maaşlı Bursa müddei umumiliğine şayanı terfi Adliye müfettişlerinden Muzaffer,

35 lira maaşlı Adapazarı sulk hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan İstanbul sulh hâkimlerinden Şerif,

40 lira maaşlı İstanbul sulh hâkimliğine Adapazarı sulh hâkimi Necdet,

40 lira maaşlı İsparta azalığına Siverek azalarından Tahsin,

40 lira maaşlı Siverek azalığına tahviline karar verilmiş olan Burdur azasından Mümtaz,

40 lira maaşlı Burdur azalığına tahviline karar verilmiş olan Antalya azasından Ekrem,

40 lira maaşlı Antalya azalığına Malkara hâkimi Mehmet Ali,

35 lira maaşlı Malkara hâkimliğine Hayrebolu müddei umumisi Ahmet Hamdi,

35 lira maaşlı Nezip hâkimliğine talebile ve esbabı sıhhiye dolayısile Garzan hâkimi Ahmet Tevfik,

265

35 lira maaşlı Garzan hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan Nezip hâkimi Abdülfettah,

25 lira maaşlı Hayrebolu müddei umumiliğine hukuk mezunlarından Ahmet Şerafettin,

35 lira maaşlı Cebel sulh hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan Çankırı sulh hâkimi Fadıl,

40 lira maaşlı Malatya azalığına tahviline karar verilmiş olan Urfa azasından Hakkı,

45 lira maaşlı Urfa azalığına tahviline karar verilmiş olan Ankara azasından Rüştü,

45 lira maaşlı Baş müddei umumilik ikinci sınıf muavinliğine talebile Nevşehir reisi Tevfik,

40 lira maaşlı Nevşehir reisliğine talebile temyiz üçüncü sınıf müddei umumî muavinlerinden Rahmi,

35 lira maaşlı İçel aza mülâzimliğine tahvili kararğir olan Afyon sulh hâkimi Tevfik,

30 lira maaşlı Siirt aza mülâzimliğine tahvili karargir olan İçel aza mülâzimi Tahsin,

35 lira maaşlı Anamor hâkimliğine talebile harcirahsız Diyarbekir sulh hâkimliğinden müsta'fi Ali,

40 lira maaşlı Uluburlu hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan Seyitgazi hâkimi Bahaettin,

35 lira maaşlı Seyitgazi hâkimliğine Kalecik ceza hâkimi Edip,

35 lira maaşlı Karaisalı hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan Islahiye hâkimi Ali Daniş,

30 lira maaşlı Darende hâkimliğine Kayseri aza mülâzimi Rüştü,

35 lira maaşlı Islahiye hâkimliğine ahvali sıhhiyesi hasebile Hasa sulh hâkimi Mehmet,

35 lira maaşlı Hasa sulh hâkimliğine talebile harcirahsız Sultaniye hâkimi Yusuf Ziya,

35 lira maaşlı Sultaniye hâkimliğine talebile Kara isalı hâkimi sabıkı Ahmet Nuri,

35 lira maaşlı Bayburt hukuk hâkimliğine talebile harcirahsız İspir müddei umumisi Hasan Tahsin,

35 lira maaşlı Boğazlıyan hukuk hâkimliğine Güdül sulh hâkimi Ziyaettin,

266

35 lira maaşlı Beypazarı hukuk hâkimliğine Adana sulh hâkimi Abdullah,

35 lira maaşlı Kalecik ceza hâkimliğine Salihli ceza hâkimi İhsan,

35 lira maaşlı Elâziz ceza hâkimliğine talebile harcirahsız Viranşehir müddei umumisi Asım,

30 lira maaşlı Viranşehir müddei umumiliğine hukuk mezunlarından İbrahim,

25 lira maaşlı Saimbeyli müddei umumiliğine hukuk mezunlarından Nazım,

25 lira maaşlı Mecitözü müddei umumiliğine hukuk mezunlarından Sa'di.

22 lira maaşlı Savur müstantikliğine tahviline karar verilmiş olan Malkara müstantiği Besim,

35 lira maaşlı Haymana müddei umumiliğine tahviline karar verilmiş olan Malkara müddei umumisi Cemal,

25 lira maaşlı Kayseri aza mülâzimliğine hukuk mezunlarından Bahaettin,

25 lira maaşlı Manisa müddei umumî muavinliğine hukuk mezunlarından Nadir,

25 lira maaşlı Erbaa müddei umumiliğine talebile harcirahsız Hekimhan müddei umumiliğinden müsta'fâ Nafiz,

25 lira maaşlı Malkara müstantikliğine tahviline karar verimiş olan İçel müstantiği Faik,

22 lira maaşlı İçel müstantikliğine meslek mektebi mezunlarından Ankara zabıt kâtibi Emin,

40 lira maaşlı Amasya hukuk hâkimliğine talebile İsparta azasından Yusuf Ziya,

35 lira maaşlı Adana sulh hâkimliğine tahvilini talep eden Siirt aza mülâzimi Şeref,

35 lira maaşlı Ayintap sulh hâkimliğine Çölemerk hâkimi Yusuf Ziya,

35 lira maaşlı Ankara sulh hâkimliğine Ankara sulh hâkimlerinden Süleyman Nazmi,

30 lira maaşlı Ankara sulh hâkimliğine talebile Uşak müddei umumî muavini Cevdet,

35 lira maaşlı Çankırı sulh hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan İstanbul sulh hâkimi Hayri,

264

30 lira maaşlı Siverek müstantikliğine tahviline karar verilmiş olan Aydın müstantiği Nazif,

25 lira maaşlı Aydın müstantikliğine tahviline karar verilmiş olan Siverek müstantiği Hilmi,

30 lira maaşlı Afyon karahisar sulh hâkimliğine Kocaeli aza mülâzimi Abdüşşükûr,

35 lira maaşlı Kocaeli aza mülâzimliğine tahviline karar verilmiş olan İstanbul sulh hâkimi Ziya,

55 lira maaşlı Ankara azalığına tahvili karargir olan Erzincan reisi Ferit,

55 lira maaşlı Erzincan reisliğine tahvili karargir olan İçel reisi Abdullah,

45 lira maaşlı Kayseri müddei umumî muavinliğine hakkı müktesebi mahfuz kalmak üzere tahviline karar verilmiş olan Van müddei umumisi Hasan,

40 lira maaşlı Van müddei umumiliğine Karaköse azasından Müştak,

25 lira maaşlı Giresun nahiyesi sulh hâkimliğine hukuk mezunlarından Hasan İhsan,

40 lira maaşlı Aydın müddei umumî muavinliğine tahviline karar verilmiş olan İzmir müddei umumî muavini Şükrü Beylerin intihaplarına karar verildi.

17 - 3 - 1931

Karar numarası : 3

30 lira maaşlı İzmir müddei umumî muavinliğine talebile Aydın muddei umumî muavini Hikmet,

40 lira maaşlı İçel reisliğine Kayseri azasından Nazmi,

35 lira maaşlı Kayseri sulh hâkimliğine tahviline karar verilmiş olan Edirne sulh hâkimi Şinasi Beylerin intihaplarına karar verildi.

17 - 3 - 931

268

KANUNLAR

Nakliye vasıtaları hakkındaki kanuna merbut cetvellerin tadiline dair kanun

Kanun numarası: 1753
Neşri tarihi: 8-3-1931

Madde 1 — Resmî devair ve müessesat ile Devlete ait idare ve şirketlerde ve menafii umumiyeye hadim müesseselerde bulundurulabilecek vesaiti nakliye hakkındaki 1296 numaralı kanunun birinci maddesine merbut 2 numaralı cetvelden aşağıda yazılı makamlara ait nakliye vasıtaları, karşılarında gösterilen bedellerile beraber, 1 numaralı cetvele nakledilmiştir.

Madde 2 — 2 numaralı cetvelin 4 numaralı haşiyesinden (bu sınıf otomobillerin açık olması şarttır) kaydı tayyolunmuştur.

Madde 3 — Bu kanun neşri tarihinden muteberdir.

Madde 4 — Bu kanunun hükmünü icraya icra vekilleri heyeti memurdur.

26 - 2 - 1931

	Lira	Adet	Müddeti istimal Sene
Umumî müfettişlik	6 000	1	3
Ordu müfettişliği	6 000	1	3

* * *

Askerî memnu mıntakalar kanununun birinci maddesinin (A) fıkrasile on dördüncü maddesinin tadili hakkında kanun

Kanun numarası: 1764
Neşri tarihi: 17 - 3 - 1931

Madde 1 — 1110 numaralı askerî memnu mıntakalar kanununun birinci maddesinin (A) fıkrasında askerî tesisat meyanında zikrolunan (kışlalar) kelimesi kaldırılmıştır.

269

Madde 2 — 1110 numaralı kanunun on dördüncü maddesi şöylece tadil edilmiştir:

Her nevi barut, hartuç, mevaddı infilâkiye, bombalar ve sair mevadı nariye ve iştialiye muhafazasına tahsis kılınan cephaneliklerin ve sair bu ğibi tehlikeli bina ve depoların, mermi dolduran ve boşaltan imalâthanelerin ve endaht poligonlarının muhafazaları için meskûr müessesat etrafında bulunan muhafaza hüsütrelerinden itibaren dairen madar (100 - 200) metreye kadar imtidat eden emniyet mıntakası dahilinde bunların muhafazasına tahsis edilmiş olan askerî kıt'adan başka hiç bir kimse bulunmaz.

İşbu mesafeler dahilindeki gayri menkul emval sahiplerinin hukuku birinci maddenin (A) fıkrasındaki esas dairesinde temin olunur.

400 metreye kadar olan saha dahilinde de yangın tehlikesini tevlit edecek inşaat ve idharat memnudur.

Madde 3 — Bu kanun neşri tarihinden muteberdir.

Madde 4 — Bu kanunun icrasına İcra Vekilleri Heyeti memurdur,

12 - 3 - 1931

* * *

Memurin kanununun bazı maddelerinin tadili hakkında kanun

Kanun numarası: 1777
Neşri tarihi: 29 - 3 - 1931

Madde 1 — Memurin Kanununun 26 ıncı maddesi aşağıdaki şekilde tadil olunmuştur:

A - İhtar: memuru vazifesine dikkate davettir.

B - Tevbih: memurun idarî ve inzibatî nakiseleri dolayisile muayyen bir fiilden muatebe edilmesidir.

C - Maaş kat'ı: memurun maaşının on beş günlüğüne kadar kesilmesidir.

Ç - Kıdem tenzili: memurun yalnız terfiine müessir olmak üzere kıdeminden üç aydan bir seneye kadar müddet tenzil edilmesidir.

220

D - Sınıf tenzili: memurun maaşça bir derece aşağıya indirilmesidir.

E - Memuriyetten ihraç: memuru bir daha Devlet memuriyetinde kullanılmamak üzere çıkarmaktır.

(A) Fıkrasındaki ihtar cezası inzibat komisyonu kararı ile verildiği gibi âmir tarafından re'sen de verilebilir. Kabili itiraz değildir. Sicile geçer.

(B) Fıkrasındaki tevbih cezası inzibat komisyonu kararile verildiği gibi vekiller ve valiler tarafından re'sen de verilebilir. Re'sen verilmiş tevbih cezası alan memur on beş gün zarfında bu cezayı veren âmire müracaat ve esbabı mucibe göstererek cezaya itiraz edebilir.

Müddeti zarfında itiraz olunmaz veya edilen itiraz âmir tarafından reddolunursa ceza kat'ileşir ve sicile geçer.

C, Ç, D ve E Fıkralarındaki cezalar ancak inzibat komisyonları kararile vekiller veya valiler tarafından tatbik olunur ve sicile geçer.

Madde 2 — Mezkûr kanunun 42 inci maddesi aşağıdaki şekilde tadil edilmiştir:

Bir derece veya sınıfta bulunan merkez ve mülhakat memurları lüzumu sabit olduğu takdirde tayinlerindeki usule göre vekâlet veya vilâyetçe ayni derece ve sınıfdaki diğer memuriyetlere tayin olunabilir.

Madde 3 — Mezkûr kanunun 60 ıncı maddesi yerine aşağıdaki madde konulmuştur.

Her derece ve sınıftaki memur lüzumu sabit olduğu takdirde tayindeki usule göre mensup olduğu vekâlet emrine alınabilir. Bu takdirde on beş seneden aşağı hizmeti olanlara dörtte bir, on beş seneden yirmi seneye kadar hizmeti olanlara üçte bir, yirmi seneden fazla hizmeti olanlara yarım maaş verilir. Bu tarzda vekâlet emrine alınanlardan hizmet müddeti on beş seneden aşağı olanlar en çok üç, on beş seneden yukarı olanlar en çok beş sene zarfında hizmete tayin olunamazlarsa haklarında tekaüt kanununa göre muamele yapılır.

Madde 4 — Bu Kanun neşri tarihinden muteberdir.

Madde 5 — Bu Kanunun hükümlerini icraya İcra Vekilleri Heyeti memurdur.

23 - 3 - 1931

* * *

271

Mübadele ve teffiz işlerinin kat'i tasfiyesi ve intacı hakkında kanun

Kanun numarası: 1771
Neşri tarihi: 28-3-1931

Madde 1 — 16 nisan 1340 tarih ve 488 numaralı mübadeleye tâbi ahaliye verilecek emvali gayri menkule hakkındaki kanunun ikinci maddesinin son fıkrasında yazılı had dahilinde 1331 numara ve 28 mayıs 1928 tarihli mübadil, gayri mübadil ve muhacirlere tahsis olunan gayri menkullerin tapuya raptına dair kanunun birinci maddesinde gösterilen nisbetler kat'î tasfiyeye esastır.

Bu nisbetler dahilinde mevcut hükümlere tevfikan ittihaz edilmiş olan teffiz kararları kai'î ve muteberdir. Bu kanunun neşrinden sonra teffiz kararı ittihaz olunamaz.

Madde 2 — Kat'î tasfiyeye esas tutulan nisbetler fevkinde mal almış olup fazlasını borçlanmış bulunan mübadillerin, fazlası hakkındaki taahhütleri bakidir.

Mezkûr nisbetler fevkinde mal tefevvüz edip fazlasını henüz borçlanmamış olan mübadiller işbu fazlaları bu kanunun mer'iyetinden itibaren üç ay zarfında borçlanma kanununa tevfikan borçlanmaya veya uhdelerindeki malı terkedip mukabilinde istihkak nisbetinde tasfiye vesikası almak üzere müracaata mecburdur.

Madde 3 — 1331 numaralı kanunun 3 üncü maddesinde gösterilen müddet zarfında müracaat etmiş olup mezkûr kanunun birinci maddesinin tayin ettiği nisbetler dahilinde tahakkul eden istihkaklarına mukabil hiç mal almıyan veya kısmen mal alan mübadillere on birinci madde mucibince tasfiye vesikası verilir.

Madde 4 — 1331 numaralı kanunun 3 üncü maddesinde gösterilen müddet zarfında müracaat etmemiş veya müracaat edipte vesikaları ikmal edilmemiş olan mübadiller ile 1341 numaralı kanunun şümulü dahilinde Bulgaristandan gelenlere ve muhacirlere iskânı âdi derecesinde tahsis edilmiş olan emval, aidiyeti ciheti ne olursa olsun, uhdelerinde ipka ve meccanen temlik olunur.

İskânı âdi derecesinden fazlası borçlanma kanununa tevfikan borçlandırılır.

İskânı âdi derecesini gösterir bir cetvel bu kanuna merbuttur.

Madde 5 — Meskene muhtaç harikzedelerin işgallerinde bulunan meskenler aidiyeti ciheti ne olursa olsun uhdelerinde ipka ve iskânı âdi derecesindeki miktarı meccanen temlik edilir. Fazlası borçlanma kanununa tevfikan borçlandırılır.

Madde 6 — İşbu kanunla temlik edilen gayri menkullerden iskânı âdi haddi dahilinde bedelsiz verilecek olanların bu kanunun meriyetine kadar istifa edilmemiş borç taksitleri tahsil olunmaz. Tahsil edilmiş olanlar iade edilmez.

Madde 7 — Gerek iskânı âdi gerek teffiz suretile mubadillere, muhacirlere ve harikzedelere temlik edilecek gayri menkuller tapu harcı alınmadan tapuya raptolunur.

Madde 8 — Kat'î tasfiyeye memur olmak üzere Dahiliye ve Maliye Vekâletlerince tayin edilecek beş zattan mürekkep bir tasfiye heyeti teşkil olunur.

Madde 9 — Üçüncü maddede yazılı istihkak sahiplerinden ellerinde teffiz komisyonlarınca verilmiş istihkak mazbataları bulunan mübadillerin bu kanunun mer'iyetinden itibaren üç ay zarfında mazbatalarını teffiz komisyonu reislerine tevdi edip mukabilinde makbuz almaları ve istihkakları mazbataya merbut bulunmayanların mazbata almak üzere bu müddet zarfında müracaatları mecburidir. Bu müddetleri geçirenlerin hakları sakıt olur.

Madde 10 — Bu kanunun mer'iyetinden itibaren altı ay zarfında her vilâyetten teffiz komisyonlarınca musaddak bordro ile gönderilecek istihkak mazbataları tasfiye heyeti marifetile tetkik edilerek bu mazbataların sahipleri namına muharrer olmak üzere tasfiye vesikaları tanzim ve Maliye Vekili tarafından imza olunur.

Tasfiye vesikaları bu suretle tamamen ikmal edildikten sonra ait olduğu vilâyetlere irsal ve vilâyetlerce makbuz mukabilinde sahiplerine ita olunur.

Madde 11 — Tasfiye vesikası üç tertip kuponu ihtiva eder. Her kupon, istinat ettiği istihkak mazbatasının havi olduğu meblâğı natık olur.

Kat'î tasfiyeye esas tutulan nisbetler dahilindeki istihkakının üçte birinden daha az mal almış veya hiç almamış olan mubadillere üç kuponlu;

Üçte ikisine kadar mal almış olan mübadillere, ikinci ve üçüncü tertiplere ait iki kuponlu;

Üçte ikisi miktarında veya daha fazla mal almış bulunan mübadillere yalnız üçüncü tertibe ait bir kuponlu tasfiye vesikası verilir.

223

Madde 12 — Tasfiye vesikası kuponlarının başkalarına devir ve cirosu caiz ve varislere intikali umumî hükümlere tabidir.

Madde 13 — Bu kanuna tevfikan müstehikleri namına tapuya raptı lâzımgelenler müstesna olmak üçere Dahiliye Vekâleti emrindeki bilûmum gayri menkul emval hazine emrine devredilir.

Bu emvalden evvel emirde, gayri mübadil türklere ait olup 10 haziran 1930 tarihine kadar teffiz kararı alınmış veya bu kanunun mer'iyeti tarihinde muhacirlere tahsis edilmiş veya harikzedelerin işgalinde bulunmuş olan ve 2, 4 ve 5 inci maddelere tefikan ühdelerinde ipkası lâzımgelen gayri menkul emvale mukabil ayni kıymette emval tefrik edilip gayri mübadil hak sahipleri hesabına devrolunur.

Mübadil rumlardan metruk olup birinci ve ikinci fıkralar mucibince yapılacak tefrik neticesi hazine emrinde kalan gayri menkuller ile evvelce taksitle satılmış olan veya borçlanma kanunu ile bu kanuna tevfikan borçlanmaya tâbi bulunan mübadil gayri menkullerinin 1 haziran 1931 tarihinden itibaren tahsil edilecek taksitleri, tasfiye vesikası kuponlarına karşılık tutulur.

Madde 14 — Mübadil istihkaklarına karşılık olup hazineye devredilen gayri menkullerin hazinece bir defteri tanzim edilerek usulen satılığa çıkarılır.

Madde 15 — Üçüncü madde hükmüne tevfikan istihkak sahiplerine verilecek tasfiye vesikaları tertip sırasile 14 üncü madde mucibince satılacak gayri menkul bedellerine mukabil nakit yerine kabul olunur.

Madde 16 — Tasfiye vesikalarına karşılık teşkil eden metruk malların satışlarında nakten istifa edilecek mebaliğ ile bu malların icar bedelleri, taksitler ve siğorta bedellerinden vuku bulacak tahsilât tasfiye vesikaları kuponlarının nakten tediyesine karşılık olarak Ziraat Bankasına tevdi edilir.

Madde 17 — Birinci tertip kuponlar satış bedeline mahsup veya nakten tediye suretile tamamen itfa olunmadıkca ikinci tertip kuponların mahsup veya tediyesine gidilemez.

Kezalik ikinci tertip kuponlar ayni şekilde ortadan kalkmadıkça üçüncü tertip kuponlara geçilemez.

Her tertip kuponun bakiyesini karşılayacak nakit Ziraat Bankasında teraküm etmedikçe o tertibe nakit tevziatı yapılmaz.

Karşılık gayri menkul mal kalmadığı ve Ziraat Bankasında müterakim meblâğ bu kanuna göre tediyesi meşrut kuponların tamamen itfa-

274

sına kâfi gelmediği takdirde sıra dahilinde kalan son tertibe ait kuponlara garameten nakit tevziatı yapılır.

Bu maddede yazılı itfa muameleleri safha safha Maliye Vekâletince usulen ilân olunur.

Madde 18 — Her üç tertibe ait kuponlar tamamen itfa edildiği halde bu istihkaklara karşılık tutulan gayri menkullerden veya Ziraat Bankasına vaki mevduattan veya diğer karşılıklardan bakiye kalırsa bunların kâffesi kat'î surette hazineye intikal eyler ve alâkadarlar artık bir gûna hak iddia edemezler.

Madde 19 — Müzayedeye çikarılacak olan malların ihalesi icra kılınan talipler namına ferağ muamelelerinin icrası için hazineyi temsil eden vekil ve memurların fariğ sıfatile tahrirî beyanları tapu dairelerince kabul ve tapu senetleri mefrugunlehleri üzerine tanzim ve ita olunur.

Madde 20 — Bu kanuna muhalif hükümler mülgadır.

Madde 21 — Bu kanun neşri tarihinden muteberbir.

Madde 22 — Bu kanunun hükümlerini icraya İcra Vekilleri Heyeti memurdur.

İskânı adî derecesini gösterir 4 üncü maddeye merbut cetvel

Hane: Evin evsaf ve müştemilâtı itibarile heyeti umumiyesi (ailenin içtimaî vaziyetine göre). Oda miktarı, nüfusa göre (azamî altı oda).

Dükkân; Nev'i iştigale göre.

Arazi: Vasatî beş nüfus itibarile.

		Azamî dönüm	Asgarî dönüm
	Âlâ: Birinci derecede kuvvei inbatiyeye malik ziraat arazisi	75	50
	Vasat: İkinci derecede kuvvei inbatiyeye malik zıraat arazisi	100	75
	Edna: Üçüncü derecede kuvvei inbatiyeye malik ziraat arazisi	140	100
Tütün yerleri:	Birinci derecede tütün yetiştiren ziraat arazisi (Samsun, Bafra gibi)	15	12
	İkinci derecede tütün yetiştiren ziraat arazisi (İzmir, İzmit gibi)	20	15

275

		Azamî dönüm	Asgarî dönüm
Sebze bahçeleri:	Büyük şehir ve civarında	10	5
	Uzak yerlerde olan bahçelerle bahçe olabilecek kabili iska arazi	15	10
Bağ:	Birinci derece üzüm yetiştiren mahaller (İzmir gibi)	10	6
	İkinci derece üzüm yetiştiren mahaller (merakizden ve vasaiti nakliyeden uzak yerlerde, aralarındaki mesafeye mahsul darlık derecelerine göre)	15	10

Balâda zikredilmeyen diğer nevi arazi de bunlara kıyasen verilir.

Eşcarı müsmire

		Adet Azamî	Asgarî
Zeytinlik:	Birinci derecede mahsuldar ve makbul zeytin mıntakasında	120	100
	İkinci derecede mahsuldar ve makbul zeytin mıntakasında	150	120
	Üçüncü derecede mahsuldar ve makbul zeytin mıntakasında	200	150

Yabani ve aşısız, genç zeytin ağaçlarının beş adedi bir ağaç hesap olunur.

Portakal ve limon ağaçları: kıyasen.

Dut ağacı ve dutluklar: Seyrek ve sıklığına göre mahallince tayin edilecek ve taayyüşü sırf dutçuluğa münhasır kalacak beş nufuslu bir aile için azamî on dönüm olarak hesap olunur.

NOT: A- Muhacirin arasında ziraat, tababet, baytarlık gibi mekteplerden mezun veya mekâtibi sairede yüksek tahsil görmüş olan zevat varsa bunlara yukarıdaki nisbetlerden bir misli fazla tevziat yapılır.

B- Aile miktarı beş nufustan fazla olursa beher nufuz için aşağıdaki nisbetler dahilinde arazi ve eşcarı müsmire adedi artlırılır.

Birinci derece münbit araziden	8 - 10	dönüm
İkinci » » »	10 - 15	»
Üçüncü » » »	15 - 20	»
Tütün arazisi	2 - 3	»
Bağ ve bahçe	1,5 - 3	»
Zeytin eşcarı	20 - 30	adet

C- Aile nüfüsu beşten az olursa noksan olan beher nüfus için bu nisbetin nısfı derecesinde tenzilât yapılır.

22 - 3 - 1931

2776

Umumî Hıfzıssıhha kanunu

Kanun Numarası: 1593
Neşri Tarihi: 6 - 5 - 930

- Mabaat -

Madde 213 — Köyler için tesis edilecek mezarlık mahalleri bu köylerin merbut olduğu kaza kaymakamlarınca Hükûmet tabiplerinin mütalâası alınarak tayin olunur. Müteaddit ve yekdiğerine mücavir köyler için bir mezarlık mahalli tesis olunabilir. Köy mezarlıklarının iyi halde muhafazaları ihtiyar heyetlerine aittir.

Madde 214 — Fennî şartları ve vasıfları haiz olmayan ve sıhhî mahzurları görülen mevcut mezarlıklar hali üzerine terk olunarak yeni mezarlıklar ihdas ve tesis edilir.

Madde 215 — Bu kanunun tarifi dahilinde defin ruhsatiyesi alınmadıkça ve ibraz olunmadıkça hiç bir cenazenin defni caiz değildir. Ruhsatnameler mevtanın hüviyetini, adresini, bilindiği halde vefatın sebebini muhtevi olacak ve defnine ruhsat verildiği sarahatla kaydedilecektir.

Madde 216 — Belediye tabipleri olan yerlerde defin ruhsatiyeleri bu tabipler tarafından, bulunmadığı takdirde Hükûmet tabipleri tarafından mevtanın muayenesinden sonra verilir. Ölümüne sebep olan hastalık esnasında tedavi eden tabibin verdiği ruhsatname resmî tabipler tarafından tasdik edilmek şartile muteberdir.

Madde 217 — Hükûmet veya belediye tabipleri icabı halinde esbabı vefatı tayine medar olmak üzere tabibi müdavinin raporunu talep edebilirler. Tabibi müdaviler talep vukuunda bu raporu vermeğe mecburdurlar.

Madde 218 — Bütün hastane ve sair sıhhî müesseselerde ölenlere ait defin ruhsatiyeleri o müessesenin müdür ve baş tabibi tarafından verilir ve usulü dairesinde resmî tabipler tarafından tasdik edilir. Kendine ait hususî mezarlığı olan müesseselerdeki ölülerin ismi ve hüviyeti sebebi vefatile birlikte yirmi dört saat zarfında belediye dairesine bildirilir.

Madde 219 — Tabip bulunmayan yerlerde ölülerin muayeneleri küçük sıhhat memurları veya bu iş için yetiştirilmiş veya tavzif edilmiş

memurin tarafından icra ve ruhsatnameleri verilir. Bunların bulunmadığı yerlerde defin ruhsatiyesi ya jandarma karakol kumandanları veya köy muhtarları tarafından ita olunur. Her şehir, kasaba veya köyde ölü muayenesi yapacak ve defin ruhsatını verecek olanlar en büyük mülkiye memuru tarafından tayin ve ilân olunur.

Madde 220 — Her belediye ve belediye olmayan yerlerde defin ruhsatiyesi verenler nezdinde vefiyatın kayit ve zaptına mahsus bir defter bulundurulacak ve bu deftere meyitin ismi, adresi, tarihi vefatı, malûm ise mevti intaç eden hastalık ve defin ruhsatiyesi verenin ismi kaydedilecektir. Bu malûmat her ay nihayetinde toplanarak öbür ayın on beşine kadar en yakın Hükûmet tabibi ve sıhhiye müdiriyetine bildirilir ve sıhhat daireleri tarafından da mahallî nüfus idarelerine ihbar olunur.

Madde 221 — Ölü muayene edenler veya defin ruhsatnamesi verenler vefat sebebinin kazaen veya bir sarî hastalık neticesi olduğuna dair şüphe veya kanaat hasıl ettikleri takdirde ait olduğu makamı haberdar etmeden defin ruhsatiyesi veremezler. Tabip olmıyan yerlerde sarî hastalık şüphesile vefat edenler için defin ruhsatiyesi verilip hadiseden akabinde makamı aidesine malûmat verilir.

Madde 222 — Her şehir ve kasabada cenazelerin bulunduğu mahalden mezarlığa kadar ne suretle nakledilecekleri hakkında mahallî sıhhiye memurlarının mütalâası alınmak şartile belediyelerce bir talimatname çıkarılır. Cenazelerin kolayca ve usulü dairesinde nakline nazaret ve bu bapta lâzım gelen vasıtaların ihzarına belediyeler mecburdurlar. Umumî nakil vasaitinin cenaze nakline veya cenaze nakline mahsus vasıtaların sair hususlara tahsisi memnudur.

Madde 223 — Mezarlıklarda her mezara bir ölü defnolunur ve mezarlıkların mebni olduğu arazinin tabiatına nazaran tayin olunacak zaman mürur etmeden ayni mahalde ikinci bir ölünün defnine ruhsat verilmez. Bu müddet beş seneden aşağı olmaz. Mezarlıkların vüs'ati müsait olan mahallerde münasip bir mahal ayrılarak isteyenlere aile mezarlığı olarak satılması caizdir

Madde 224 — Ölülerin yakılması için fennî usulü dairesinde fırınlar yaptırmak isteyen belediyeler evvel emirde bu hususta Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletine müracaat ederek hazırlattıkları projeleri tasdik ettirip müsaade aldıktan sonra tesisata başlıyabilirler.

Madde 225 — Bir cesedi ihrak fırınlarında yaktırmak için aşağıda yazılı vesikaların vücudu lâzımdır.

1 - Ölünün hastalığı esnasında tedavisile meşkul olmadığı malûm ve sabit olan resmî bir tabip tarafından verilmiş olup vefatını her hangi

278

gayri tabiî bir sebepten mütevellit olmadığını bildiren bir rapor ve defin ruhsatiyesi.

2- Cesedinin yakılmasını arzu ettiğini mübeyyin olup mevtanın hayatta iken yazdığı vesika veya bu hususta şifahen arzu izhar ettiğini işidenlerden lâakal üç zatın tahrirî şehadet ve tasdikleri.

3- Müteveffanın ölümünü mucip olan sebebin herhangi cinaî bir fiilden münbais olduğuna dair hiç bir şüphe mevcut olmadığını bildiren ve mahallî polis idaresi tarafından verilen vesika.

İşbu vesikalar ihraktan lâakal yirmi dört saat evvel mahallî belediye sine ibraz olunarak alelûsul vefat defteri mahsusuna işaret edildikten sonra ihrak müsaadesi verilir. Defnedilen ölülerin defninden sonra ihrak için kabirden çıkarılmalarına müsaade edilmez.

Madde 226 — İhrak neticesi cesetten hasıl olan bakaya hususî kaplar derununda mezarlık dahilinde bir dairei mahsusada hıfzedilir.

İKİNCİ FASIL

Ölülerin çıkarılması ve nakil

Madde 227 — Cesetlerin tamamile tahallül ve tefessühünden evvel mezarlar açılarak ölülerin çıkarılması için behemehal mahallî belediyesinin mütaleası alınmalıdır. Adlî otopsiler bu hükümden müstesnadır. Yalnız mahallî belediyesine keyfiyet bildirilir.

Madde 228 — Bir ölünün gerek defninden evvel ve gerek defninden sonra bir kasabadan diğerine nakli için vefat veya defin mahalli olan şehir veya kasaba belediyesinin vesikası istihsal olunur. Bu vesikanın alınması için ölü henuz defnedilmemiş ise defnine ruhsat verildiğini mübeyyin vesikanın ibrazı lâzım gelir. Defnedilmiş ölüler için evvelce vefiyat hakkındaki defteri mahsusuna işaret edilmiş olan kayitlerin bir sureti çıkarılır ve bundan başka her iki halde vefatın sebebi ile nakli halinde sıhhî bir mahzur tevellüt etmiyeceğine dair tabibin tasdiki iktiza eder.

Madde 229 — Kolera, veba, çiçek, şarbun, cüzam ve ruam illetlerinden vefat edenlerin nakli memnu olduğu gibi bunlardan defnedilmiş olanların vefatları tarihinden itibaren üç sene ve 57 inci maddede zikredilen diğer hastalıklardan vefat etmiş olanların da bir sene mürur etmeden mezarlarından çıkarılarak başka bir mahalle nakilleri de memnudur.

Madde 230 — Bir şehir ve kasabadan diğerine nakledilecek ölülerin

279

Sıhhât ve İçtimaî Muavenet Vekâletince tertip edilerek belediyelere tebliğ olunacak talimatnamede münderiç fennî usuller dahilinde tabutlanması lâzımdır. Bu tarzda tabutlanmıyan ölülerin nakline mümanaat edilir.

Madde 231 — Şimendiferlerle nakledilecek ölüler 228 inci maddede gösterildiği surette müsaade alındıktan ve ölünün tabutlanmasının usulü fenniyesi veçhile yapıldığı tevsik olunduktan sonra şimendifer idaresine teslim ve ancak seyri seri ile naklolunur. Hava tarikile sevkedilecek ölüler için ayni surette muamele olunur.

Madde 232 — Uzun müddet devam edecek nakiller için veya sıcak mevsimlerde, sıhhat memurları tarafından talep edildiği takdirde ölülerin tahnit edilmesi mecburidir.

Madde 233 — Deniz tarikile yapılacak ölü nakliyatı için evvelce ait olduğu makamdan istihsal edilen vesikalar ölünün gemiye tahmilinden evvel bulunduğu limandaki Hudutlar ve Sahiller Sıhhat Umum Müdürlüğünün memuruna veyahut hudutlar ve sıhhat işlerine nezaret edenlere tasdik ettirilmelidir. Başka suretle ölülerin gemilere yükletilmesi memnudur.

Madde 234 — Ecnebi memleketlerinden ğetirilen ölülerin nakline müsaade edildiğine ve bunun için sıhhî mahzur mevcut olmadığına dair mahallî idareden verilip konsoloslarca tasdik edilmiş vesika ibraz edilmedikçe bunların her ne tarikle gelirse gelsin memlekete duhullerine müsaade edilmez.

ON BİRİNCİ BAP

Şehir ve kasabalar hıfzıssıhhası

BİRİNCİ FASIL

İçilecek ve kullanılacak sular

Madde 235 — Hususî kanuna tevfikan belediyelerce idare edilen sularla işletilmesi şirketlere bırakılan suların sıhhî hususları Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletinin mürakabesine tâbidir.

Madde 236 — İçilmek ve kullanılmak için getirilecek suların fennen içilmesine müsaade edilecek evsafta olması şarttır, Olmadığı takdirde bunların fennen icap ettiği surette temizlenmesine ve evsafının ıslahına belediyeler mecburdurlar.

- Mabaadi var -

280

KARARLAR VE TEFSİRLER

Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun 193 üncü maddesinin tefsiri

Tefsir No: 171

Herhangi bir idarî ,karar aleyhine merciinin gayri bir mahkemeye müracaat olunupta müracaatı vakıa vazife meselesinden dolayı reddolunupta bu karar temyiz edilmemiş ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 193 üncü maddesindeki on günlük müddet, bu ret kararının kat'iyet kesbeylediği tarihten başlar.

Karar temyiz edilipte tasdik olunmuş ise tashihi karar edilip edilmediğine bakılır. Tashihi karar olunmamışsa, on günlük müddet tashihi karar müddetinin mürurundan başlar.

Tashihi karar edilipte tasdik olunmuş ise, on günlük müddet, bu hükmün tefhim veya tebliği tarihinden başlar.

26 - 3 - 1931

* * *

Memaliki ecnebiyeye gönderilmek üzere İzmir gümrüğüne getirilen âdi mermer taşlarından alınan naktî cezanın iadesi hakkında

Karar No. 620

Memaliki ecnebiyeye gönderilmek üzere İzmir gümrüğüne getirilen âdi mermer taşlarından alınan naktî cezanın affı hakkında bir karar ittihazına lüzum olmayıp alınan naktî cezanın reddiyattan iadesi, Umumî Heyetin otuz dördüncü in'ikadının birinci celsesinde takarrür etmiştir.

12 - 3 - 1931

VEKÂLETÇE YAPILAN TAMİMLER

Ayrılma veya boşanma davalarında sulh teşebbüsü yapılıp yapılmadığının resen nazara alınmıyacağına dair

H. usulü muhakemeleri kanununun 187 inci maddesinin 6 ıncı bendinde sulh teşebbüsünde bulunulması kanunen lâzım olan davalarda bu teşebbüsün yapılmamış olduğu iddiası itirazatı iptidaiye meyanında gösterilmesine rağmen 494 üncü maddesi sulh teşebbüsü yapılmadıkca ayrılma veya boşanma davalarının mesmu olmayacağı tasrih edilmiş olduğundan itirazatı iptidaiye olarak dermeyan edilmediği taktirde mezkûr davada sulh teşebbüsü yapıldığının resen nazara alınıp alınmayacağında mahkemelerce tereddüt edildiği teftiş lâyıhalarından anlaşılmaktadır.

Sulh teşebbüsünde bulunulması lâzım olan davalarda bu teşebbüsün yapılmamış oldugu iddiası H. U. muhakemeleri kanununun 187 inci maddesi mucibince itirazatı iptidaiyeden madut olduğu cihetle müddaaleyh tarafından esasa girişilmezden evvel dermeyan edildiği takdirde ayrılma veya boşanma davalarında sulh teşebbüsü yapılıp yapılmadığının resen nazara alınmayacağı takarrur etmiş olduğundan keyfiyetin memuriyetleri dahilindeki mahkemelere tebliği mütemennadır efendim.

* * *

İcra işleri hakkında ifası lâzım gelen muamelâta dair

İcra işleri hakkında mahkemei temyiz 4 üncü hukuk dairesi reisliğinden gelen aşağıda yazılı tahrirat suretinin bütün mahkemelerle itiraz mercilerine tebliği temenni olunur efendim.

«Aşağıda tesbit edilen maddeler dairesinde muamele ifası lüzumunun bilûmum mahkemelerle icra itiraz mercilerine tebliği rica olunur efendim.

1 - İcra ve iflâs kanununa göre verilen kararlardan temyiz edilenlere ait dosyalar doğrudan doğruya hey'etimize gönderilecek yerde

282

ekseriyetle noksan bir surette diğer temyiz dairelerine gönderilmekte ve bu yüzden temyiz tetkikatı gecikmektedir. Buna mahal kalmamak üzere bundan sonra dosyaların noksansız bir halde temyizi icra ve iflâs işleri tetkik hey'etine gönderilmesi,

2 - El yazısı ile yazılmış olan kararların çoğu acele yazıldığından müşkülâtla okunmaktadır. Mümkünse makina ile ve değilse okunaklı bir tarzda yazılmasının temini.

3 - İcra zabıtnameleri parça narça kâğıtlara yazılmakta ve numara konulmamaktadır. Sahife numarası vaz'ı ve perakende ise bir araya toplanması.

4 - Temyiz edilen karar bazen icra zabıtnamesine, itiraz arzuhali arkasına, bazen de ayrı bir kâğıda yazılmaktadır, Muttariden icra zabıtnamesine yazılması.

5 - İcra zabıtnamesine malûmatı cariyeyi tesbit ve tahrir eden zata kemali sür'atle yazdığı yazıyı kendisinin değil başka birinin okumak mecburiyeti hatırlatılarak ona göre okunaklı yazması lüzumunun tefhimi.

6 - İttihaz olunan kararlardan bazısının mahkeme kararı mı, yoksa merci kararı mı olduğu anlaşılmamaktadır. tahriratta bu cihetin gösterilmesi ve eğer karar icra reisi sıfatile verilmişse «İcra reisi hâkim» diye tashihi, Yalnız hâkim kelimesile iktifa olunmaması.

7 - Aleyhine itiraz vuku bulan muamele veya karar tarihi ile buna karşı vuku bulacak itiraz tarihinin yine temyiz arzuhali arkasına tesbiti.

8 - Temyiz olunan kararın tebliğ tarihi ile istidanın kayit olunduğu tarih temyiz istidasına yazılarak tevsiki.

9 - Mümeyyezünbih kerarla temyiz arzuhalinin tebliğini natık ilmühaberlerin temyiz arzuhaline rapt edilerek gönderilmesi ve tebliğ ilmühaberleri balâsına behemehal muhatabın ismi yazılması.

10 - İtirazı tetkik eden mahkemeler murafaa yaptıkları işlere ait davetiyeleri göndermiyorlar. Halbuki temyiz edenler murafaadan haberdar olmadıklarını iddia ediyorlar. Bu sebeple davetiyelerin behemehal dosya ile birlikte gönderilmesi.

11 - Merciden verilen kararlardan kabili temyiz olmayanlar hakkında taraflara ihtarat yapılarak musır oldukları surette dosyanın gönderilmesi. Ve bu hususun tahrirata derci.

12 - İcraya esas olan senet veya ilâmın aslı üzerinde tetkikat icap ediyorsa mutlaka aslının gönderilmesi.

283

13 - Merciden verilen kararın neden ibaret olduğu bir cümle ile ifade edilmek ve tarih ile numarası gösterilmek suretile tahrirata yazılması.

***

Berayı tebliğ ecnebi memleketlere gönderilecek evrakı adliye hakkında

Tebliğ edilmek üzere ecnebi memleketlere gönderilecek evrakı adliye hakkında 18 Teşrinisani 927 tarih ve 7116 numaralı ve 24 kânunusani 928 tarih ve 661 numaralı ve 15 Nisan 928 tarih ve 2832 numaralı tahriratı umumiyeler ile vaki olan tebliğat hükümlerine rağmen bazı mahkemelerden usulüne gayri mavafık surette evrak irsal edilmektedir.

Yukarıda tarih ve numaraları tasrih edilen muharreratı umumiye hükümlerine riayet esbabının temini tekiden:

1 - İstinabe varakalarının maksadı vazıh bir surette ifa eder şekilde muntazam kâğıtlara okunaklı surette yazılması.

2 - Adres ve isimlerin orijinal imlâlarila yazılması.

3 - Tebliğin mevzuu neden ibaret olduğunun açıkca beyanı.

4 - Hangi mahkemeden hangi gün ve saat için davet edildiğinin sarih surette gösterilmesi.

5 - Davetiyelerdeki müddetin tebliğatın yadılacağı memleketin uzaklığıyle ve buradaki makamattan geçecek müddetlerle mütenasip ve iki aydan noksan olmamak üzere tesbiti hususlarının dairei kazanız dahilinde bulunan mahkeme ve adliye dairelerine tebliği mütemennadır.

***

Devlet hizme ve müessesatında ademi istihdamlarına karar verilen avukatlar hakkında

Hey'eti mahsusaca devlet hizmet ve müessesatında ademi istihdamlarına karar verilipte icrayi vekâlet etmekte olanların 16 - 3 - 931 tarih

284

ve 261 numaralı tefsiri ahir mucibince devamı vekâletlerine mesağı kanunî kalmamış olduğundan baro müteşekkil olan yerlerde baroda mukayyet bulunan ve baro olmıyan mahallerde icrayi vekâlet eden bu kabil eşhasın ruhsatnamelerinin istirdadiyle irsali ve baro lâvhasından kayıtlarının terkin ve icrayi vekâlet edemiyeceklerinin kendilerine ve mehakime tebliği lüzumu beyan olunur.

***

Şifahî usulü muhakemeye tâbi dava zabıtnamelerinden hangilerinin damga resmine tâbi olduğu hakkında

Şifahî usulü muhakemeye tabi işlerde mahkemece tanzim veya mahkemeye tevdi olunan dava zabıtlarının hangilerinin damga resmine tabi olacağı hakkında Maliye vekâletinden gelen aşağıda yazılı cevabî tezkere suretinin dairei memuriyetleri dahilinde bulunan mahkemelere tebliği temenni olunur.

«Hu. İş. müdürlüğü ifadesile: 21 - 6 - 930 T. ve 366 - 7183 numaralı teskerei vekâletpenahileri C:

1 - Hukuk usulü M. kanununun 474 üncü maddesi mucibince şifahî usulü muhakemeye tabi olan sulh mahkemelerine tevdi edilen dava zabıtları efrat tarafından resmî dairelere vuku bulan müracaat mahiyetindedir.

A - Müddei ve müddeaaleyhin iddia ve müdafaalarını muhtevi kendileri tarafından yapılmış olan dava zabıtlarının her biri,

B - Yalnız müddei tarafından sulh mahkemelerine şifahen vuku bulan müracaat üzerine bir nushası diğer terafa tebliğ edilmek üzere iki nusha olarak verilen dava zabıtlarının kezalik her biri,

C - İki tarafın yazı bilmedikleri ahvalde hâkim tarafından mahkeme kâtiplerine yazdırılan zabıtlar damga kanununun 11 inci maddesinin 38 inci mumarası mucibince 15 şer kuruşluk pula tabidir.

2 - Damga kanununun 32 inci maddesinin 6 ıncı numarasında bin kuruşa kadar olan ayın davalarına ait dava zabıt suretlerinin resimden muaf olacağının yazılı bulunmasına nazaran gerek bu miktardan yüksek olan ve gerek ayn davalarına taallûk etmeyen zabıt suretlerinin pula tâbi olacağı bedihidir. Bunlar evvelki teskeremizde de bildirildiği üzere 11 inci maddenin 78 inci No. mucibince (30) kuruş damga resmine tabidir.»

185

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] --hukuku ceza prensiplerine temas eden mühim tekâmülâtı ihtiva eylemesi itibarile -- bittercüme Türk hukukşinasanının mütalâalarına arzolundu. *T. H.*

- Mabaat -

Yeni kanunu ceza, gerek kanunu hukukî ve gerek kanunu ahlâk muvacehesinde fikri mes'uliyetin esası olarak şuuriyet ve iradiyet prensibini kabul etmekle, ef'ali beşeriyeyi her cismin hadisei arziye kanununa tâbi olması şeklinde insanın iradesi üzerinde hâkim olan bir zaruretin kör bir mahsulü gibi talâkki eden antropolojik mektep tarafından ortaya atılan [fatalismo materialistiko] maddî cebriyon meslekinin merdudiyetini ilân etmek istemiştir.

İradei beşeriyenin her illiyet kanununun haricinde ve fevkında olduğunu iddia eden mesleki felsefî nasıl yanlış ise onu maddî ve mihanikî bir sebebin mahsulü gibi talâkki etmek te doğru değildir.

Hakikat ikisinin ortasındadır. Hakikat şudur ki insanın irade ve arzusu da her bir hadise gibi illiyet kanununun tahtı tesirindedir. Fakat bu illiyet ve sebebiyet ne fizik ve maddî, ne de fizyolojiktir. O sebep, kendisinin tesiri altında bulunan hadisenin ruhî mahiyeti haiz olması hasebile sırf pisikolojiktir. Yani maddî ve mihanikî ve fizyolojik bir determinizim cebriyet değil, belki sırf pisikolojik bir determinizim mevzuu bahistir.

Başka suretle ifade edilmek lâzımgelirse muhakkak iradei beşeriye

286

cebir ve tesir altındadır. Fakat bu determinizim - bu cebriyet bir (oto determinasyondan başka bir şey değildir, Yani herkesin seciyei şahsiyesine göre esbabı şuuriyeye binaen kendi üzerinde cebir ve tazyik etmek kabiliyetidir. Yeni kanunu cezanın kabul ettiği marezzikir manada bu ruhî cebriyet nazariyesi kanunu hukukî ve ahlâkîyi bilhassa ceza kanununu tahrip etmediği gibi ahlâk ile - ve umumiyetle hukuk ve alelhusus ceza kanunu ile kabili telif yegâne nazariyedir.

Filhakika şuurî sebepler dolayısile bir insanın kendi kendini cebretmek kabiliyeti kabul edilmedikçe bir hukuku cezaiye tasavvur olunamaz, zira cezaî müeyyide, diğer her hangi bir hukukî ve ahlâkî müeyyide gibi insanları cürme sevkeden sebepler karşısına cezanın tehdit, tatbik ve icrasından mütevellit pisikolojik sebepler koymağı istihdaf eder.

İnsanın serbes surettet kendi kendini (tayin etmek, determiner) prensibini tanımıyan bir kanunu ceza, ahlâksızlığı terviç eden bir kanundan başka bir şey değildir. Zira serbestii irade üzerine müstenit olan ef'ali beşeriyenin mes'uliyet prensibi reddedildiği gibi mezkûr ef'alin zarurî bir kanun uzvu ile idare edildiğini kabul etmek lâzımdır ki bunun da iyilik ve kötülük, meziyet, liyakat ve ademi liyakat, fazilet ve nakıse, masumiyet ve kabahat ve bu sebeple de mükâfat ve mücazat mefhumlarını ortadan kaldıracağı şüphesizdir.

* * *

4 — Şimdi de bir az yeni kanunu ceza tarafından kabul olunan cezaî sistemden bahsetmek isterim:

Mücazat silsilesinde en yüksek ceza olmak üzere idam cezası kabul olunmuştur. İtalyada idam cezasının tekrar kabulü parlamentonun her iki uzvu tarafından kabul ve haşmetpenahilerinin tasdikına dahi iktiran etmiş olan bir kanun ile olmuştur. Bu itibarla yeni kanunu cezanın getirmiş olduğu bir yenilik değildir. Yenilik idam cezasının tatbik sahasının siyasî cürümlerden en vahim ve en vahşi ceraimi umumiyeye teşmili suretile tevsiinden ibarettir. Bu tevsia efkârı umumiyenin muvafakat gösterdiğine şüphe yoktur. Ceza kanunu daimî ve umumî bir kanun olup devletin müdafaasına ait tedabiri ihtiva eden kanunun ise muvakkat ve istisnaî bir mahiyeti haiz olduğu ve binaenaleyh yeni ceza kanununda idam cezasının tekrar kabul edilmesi onun sabit kaldığı hakkındaki fikir ve iddia doğrudur. Fakat idam cezasının 1890 tarihinde kuvvei teşriiyece ilgasından sonra da onun halen mer'i olan askerî ceza kanunu ile müstemlike hukuku cezaiyemizde ipka edilmesinden dolayı sulh zamanında olduğu gibi harp zamanında dahi bizim cezaî kavanini

287

hususiye sistemimizde muhafaza edildiği de aynı hakikattır. Harp zamanında askerî ceza kanununun bütün vatandaşlara şamil âdi ve umumî bir ceza kanunu olduğu düşünülürse, idam cezasının, hakikatta, münhasıran asker veya yalnız askerlere mahsus bir ceza gibi nazarı itibara alınmadığı ve âdi ceza kanununun ilgasından sonra dahi harp zamanında bütün vatandaşlara kabili tatbik âdi bir caza gibi talâkki olunduğu iddia olunabilir. Avrupa milletleri arasında idam cezasını ilk defa ilga eden İtalyanın bugün âdi mevzuatı kanuniyesinde onu tekrar ihya ve kabul etmesi aslâ mucibi hayret olmamalıdır, İtalyan vazıı kanununa bu hususta hiç bir tenakus isnat olunamaz. 1890 tarihinden evvel ve sonraki İtalyanın şeraiti ile bugünkü İtalyanın şeraitini kıyas etmek mümkün değildir. - 40 - sene evvel fuzulî ve faydasız bir şiddet gibi görünen bir ceza bugün aynı suretle görünmeyebilir. İdam cezası meselesi, her bir teşriî mesele gibi ilmî dahi olsa yalnız felsefî bir mesele değildir.

O bilhassa siyaseti içtimaiye meselesidir. Bir milletin yarım asırdan beri tebeddül eden şeraiti hayatiyesi evvelce ilga olunan bir cezanın tekrar kabul edilmesini icap ettirebilir. Eğer içtimaî hayatın zaruretleri ve siyasî icabat dahi değişmiş gibi görünürse Avrupanın en medenî milletleri nezdinde [meselâ İsviçre] idam cezasının teşriî tariki yekdiğerini takip eden ilga ve tekrar tesis silsilesinden başka bir şey değildir. Amelî zaruretler bu meselede o kadar amiri mücbirdirler ki bizzarure ilgayı icap ettirmeleri lâzımgelen siyasî ve ideolojik sistemlerin hâkim olduğu memleketlerde bile mevcudiyetlerini hissettirmektedirler. Bazı memleketlerde bugün teşriî kuvvetlerin iradesile idam cezasının ya büsbütün veyahut tatbikı sahasının tahdit edilmesine dair yeni teşebbüsler görünmekle beraber, harp ve demokrasinin mehti oldukları halde mevzuatı kanuniyelerinde idam cezasını daima ve şiddetle muhafaza eden milletler de vardır.

İdam cezasının, demokrasi ve hürriyetin menşei olan ferdiyetçi felsefenin en benam ve nafiz muharrir ve taraftarlarınca zarurî addedilmesi gayet merakaver ve enteressan bir hadisedir. Bu hususta Filangieri Rosso, Monteskiyö ve Kantı hatırlatırım. Bekkariyeye gelince: Onun hadisesi tamamile münferit ve hususî mahiyeti haizdir.

O, idam cezasının ilk ve meşhur bir hasmı olmak üzere talâkki edilmiştir. Bekkariye, İtalyan olduğu için ilgacı nazariye, bir çokları tarafından İtalyanın bir şerefi gibi talâkki edilmekte ve idam cezasını tekrar tesis etmek isteyen projelerin o şerefi mahvedecekleri iddia olunmaktadır.

Bunun kadar yanlış bir fikir tasavvur olunamaz. Bekkariyenin - cürüm ve cezalar - hakkındaki eserini, 18 inci asrın nısfı ahirinde ve halen hukuku cezaiye sahasında hâkim olan kurunu vustaî an'aneler ve kanun

288

lara karşı tarihen bir aksülâmel gibi talâkki etmek lâzımdır. Lombardiyada cezaî adaletin [yahut kazanın] halen beşinci Karlonun 1523 ve birinci Frençiskonun 1539 emirnamelerile tanzim ve idare edildiğini düşünmek kâfidir. İtalyada josnatüralistik felsefenin, nadir saliklerinden olan Bekkariyenin mevzuatı cezaiye sahasında da, Alpların öbür tarafında hâkim olan ferdiyetçi fikirleri tatbik etmek istediği doğrudur. Zaten Bekkariyenin sırrı muvaffakiyetini burada aramalıdır. Filvaki Bekkariyenin kitabı derhal Fransızcaya tercüme ve Dealembert tarafından tasvip edilmiş ve Volter tarafından da yıldızlara çıkarılmış ve nihayet Berna cemiyeti tarafından da mükâfatlandırılmıştır.

Fakat ferdiyetçi temayüllerine rağmen Bekkariye idam cezasının mutlak ve umumî bir surette aleyhinde olduğunu söylememiştir.

« Cürümler ve cezalar» ismindeki küçük kitabında Bekkariye şöyle söylüyor: «Vatandaşın idamı ancak iki sebeple zarurî talâkki edilebilir. Birincisi; onun serbestisi nez'edildiği halde dahi milletin emniyetini alâkadar eden münasebetlere ve kudrete malik bulunduğu ve kendisinin idamı başkalarını cürüm irtikâbından menedecek yegâne ve hakikî bir vasıta olduğu zaman»

Bu fikirler Bekkariyenin müteakip neşriyatında, 1789 da Bassako tab'ının ikinci cildine sıkıştırılmış olan «cürümler ve cezalar» kitabı hakkında mütalâalar ve notlar diye tevsim olunan bir esere cevabında daha ziyade tenvir edilmiştir. Bu cevapta Bekkariye, kendisine, hükümdarlara idam cezası vermek hakkını tanımıyor diye vaki olan ittihamdan teberri etmek istiyor ve idam cezası ancak faydalı ve zarurî olduğu zaman verilmelidir, hakkındaki fikri esasisinde ısrar ederek ilâveten diyor ki: «İdam cezası yukarıda zikrolunan iki sınıf ceraim hakkında muhik ve zarurî olabilir. Bir adamın idamı menfaatı umumiye için zarurî ve faydalı olduğu zaman buna zarurî ve haklı bir salâhiyet tesmiye olunacaktır. Milletin selâmeti kanunu alisi idama mahkûm etmek salâhiyetini bahşeder; bu hak tıpkı ilânı harp hakkı gibi doğacak ve bir vatandaşa karşı milletin harbi olacaktır.»

İdam cezasının ilgasını mantıkan icap ettirecek prensipler vazettiği halde nazariyat ve tatbikatta bu cezanın muhafaza edilmesini uzun müddet müdafaa eden ferdiyetçi felsefenin bu garip tecellisi, felsefî individüalizim prensiplerinin naşiri olan Fransız ihtilâli kebirinin cezaî mevzuatında ve insan ve vatantaş hukuku beyannamesinde dahi görülüyor.

İdam cezasının binnazariye ilgasına taraftar oldukları halde Marajor ve ispir binlerce adamları sehpaya göndermişler ve ihtilâlin iki cezaî mevzuatı, dördüncü senede neşrolunan kanun ile Napolyonun 1810 kanunu cezası idam cezasını vasi surette muhafaza etmişlerdir.

289

Tatbikat ile nazariyat arasındaki bu tenakus, idam cezasının siyasî ve içtimaî icabatı zaruriyeye uygun olduğunun en mükemmel bir delilidir. Fakat idam cezası benim fikrime göre devlet ile fert arasında cari ve ferdiyetçi felsefenin iddia ettiği şekilde olmıyan münasebata ait nazariyeye de muvafıktır.

Ferdin, bütün hayatın ve içtimaî faaliyetin gayesi olduğu hakkındaki iddia da doğru değildir. Bilâkis namütenahi batınlar silsilesini temsil eden bir uzviyet gibi talâkki olunan cemiyetin ve onun siyasi bir organizasyonu olan devletin kendilerine mahsus gayeleri vardır.

Ve bu gaye için yaşarlar. Fert, içtimaî uzviyetin geçici ve muvakkat bir unsurudur. O, kendi mevcudiyet ve faaliyetini o uzviyetin gayelerine tâbi kılmak mecburiyetindedir. Devlet ve cemiyet hakkındaki daha doğru olan bu nazariye ile, fert gaye olduğundan dolayı vasıta menzilesine indirilemiyeceğini müdafaa eden Kantın nazariyesinin yanlışlığı tezahür eder. Fert, kendi şahsî hayatını pek çok geçen içtimaî gayelerin vasıtasıdır. Cemiyetin yüksek gayelerine, zarurî olduğu zaman ferdin gayeleri feda edilirse buna aslâ hayret etmemelidir. Devletin ve cemiyetin müdafaai âliyesi namına ibret amiz bir misal vermek ve vahim kargaşalıkları ve intikam hareketlerini bertaraf etmek maksadile vicdanı ammenin muhik netretlerini teskin etmek iktiza ettiği zaman, idam cezasının tatbikı suretile ferde yüksek bir fedakârlık tahmil etmek elbette meşrudur.

Bu fedakârlık hakkında bazılarının hissettikleri ve gösterdikleri istikrah hakikaten pek az kabili müdafaadır. Zira devletin vatandaşlara tahmil ettiği daha vasi ve daha vahim fedakârlıklar vardır: Vatan uğrunda mücadele ederek ölmek fedakârlığı.

Eğer bu fedakârlık yüz binlerce namuskâr vatandaşlara tahmil edilirse aynı fedakârlığın en meşum mücrimlere tatbikı imkânı ahlâkî ve kanunisinden acaba neden şüphe edilmelidir?

Bu tarzı muhakeme aynı zamanda katolik kilisesinin de nazariyesine muvafıktır. Tommazo Dakoino [Tommaso d'Aquino] nun [Summa theologica] nam eserinde yazdıklarını hatırlamak kâfidir. Fenalık yapan kimsenin hayatını izale etmek caiz midir? Her kısım kendi küllüne tahsis olunmuştur. Daha az mükemmel olan bir şeyin daha mükemmel olan diğer bir şeye tahsis olunması gibi. Binaenaleyh kısım tabiatile kendi küllü içindir. Şu halde bir vücudu kurtarmak için onun münfesih ve müfsit olan bazı uzuvlarını kesmek zarurî ise, onu yapmak memduh ve sıhhatbahştır. Bir kısım, kül dahilinde ne ise vatandaş ta medenî cemiyette odur. Bunun içindir ki Eğer bir şahıs cürmü ile cemiyete muzir olur veya onu ifsat ederse o kimseyi ortadan kaldırmak memduh ve sıhhatbahştır. zira bu suretle ammenin menfaati kurtarılmış olur.

Bu sebeple felsefî ve mücerret noktai nazardan da, zarurî göründüğü zaman idam cezasının mükemmelen meşru talâkki olunabileceğine hiç şüphe yoktur. Meselenin noktai merkeziyesi burasıdır. İdam cezası meşrudur, zarurî olduğu zaman. Binaenaleyh efkârı umumiyeyi derin bir surette tehyiç ve sulhu içtimaiyi tehlikeye koyan cürümler gibi vahim ceraim hakkında idam cezası en ziyade veyahut ta yegâne müessir bir vasıtadır.

Cezanın ifa ettiği muhtelif vazifelerden başlıcaları hiç şüphesiz tehdit ve ibretten hasıl olan tahvif vasıtasile icra olunan umumî Privenzione vazifesi ve mincihetin umumî prevensiyon mahiyetinde olan ve tatminkâr denilen vazifedir; zira cezanın tatbik edilmesinden efkârı umumiyenin hissettiği itmi'nan, kargaşalıkların sebebi vahimi ve yeni ceraimin saikı olan kin ve intikam hislerini bertaraf eder. Bu itibarla hiç bir ceza idam cezasının tesirini haiz olmadığı gibi hiç bir ceza da gerek tehdit ve gerek infazı esnasında ondan daha ziyade tahvif edemez; gene hiç bir ceza mağdurun akraba ve dostlarının hissiyatını daha iyi teskin edemediği gibi müteneffir efkârı umumiyeyi de onun kadar tatmin eyliyemez. Cezaların ifa ettiği ferdî prevensiyon vazifesini idam cezasının daha mükemmel bir surette temin edeceğine hiç şüphe yoktur. Zira hiç bir ceza onun kadar def ve tecrit edici değildir.

İdam cezasının ıslâh ve terbiyeyi gayri mümkün kıldığı kabili inkâr değildir. Fakat cezanın vezaifi esasiyesinin bunlardan ibaret olduğunu zannetmiyorum. Bunlar öyle tali ve fer'i gayelerdir ki terbiye ve ıslahlarından bahsetmek abes olan en merdut ahlâklı mücrimlerle en vahşi cürümlere tatbik olunan idam cezasına tahsis olunan sahada cayı tatbik bulamazlar.

İdam cezasının zarureti yalnız onun gayri kabili inkâr olan tesirinden istidlâl olunmaz, bazan muayyen bir zaman tarihinde efkârı umumiye onu bir zaruret gibi kabul eder. Bu takdirde yalnız bu yüksek ceza hissiyatı umumiyeyi tatmin ve cürme karşı gayri kanunî aksülâmelleri bertaraf eder.

Vazıı kanun yüksek ceza meselesinde bir karar ittihaz etmek zaruretinde kaldığı zaman karşısında halletmek mecburiyetinde bulunduğu gayet müşkül iki şık karşısında bulunur. Ya öldürmeden ıztırap çektirmek yahut ıztırap çektirmeden öldürmek.

Yeni kanunu cezanın da kabul ettiği ikinci tarzı hallin daha az âdilâne ve daha az insanî olduğunu kimse söylememiştir. İşte meselenin hakikî görünüşü. Şu halde ilga taraftarlarının ortaya attıkları ve 1889 kanunu ceza projesine Zanarollinin yazdığı esbabı mucibe lâyıhasında gayet açık bir tarzda hulâsa edilen bütün itirazlar kendiliğinden sukut eder.

yapılan itirazlar şunlardır;

I. İdam cezası, vicdanı medenî nazarında vahşi ve nefret aver bir ceza olduğu halde kuvvei tahvifiyeden mahrumdur. Korku veren, bir ibret teşkil etmekten uzak olan idam cezalarının infazı kerih ve gayri ahlâkî bir manzara arzettiği gibi marazî bir merak ile infazda hazır bulunan halkta hunharane arzuların uyanmasına da bais olmaktadır.

II. İdam cezası zarurî değildir. Zira mücrimlerin vücutları izale edilmekle ceraim ortadan kalkmaz. Zanarellinin bu delili bilâhare, bilûmum memleketlerde ve bilhassa bizim memleketimizde vahim kan cürümlerinin tedricî bir surette azalmasından dolayı idam cezasının faydasızlığını teyit eden (Hanriko Ferri) tarafından da tekrar ortaya atılmıştır.

III. İdam cezası yalnız bir mücrimi değil aynı zamanda ıslah edilmesi muhtemel olan bir ferdi beşeri de izale ve imha etmektedir. Bu ise cezanın terbiyetkâr gayelerile kabili telif değildir.

IV. İdam cezası gayri kabili telâfidir. Halbuki hataya düşmesi mümkün olan bir adalet hâkimine gayri kabili tamir hükümler vermesine müsaade edilmemelidir.

Bu itirazlardan hiç birisi kat'î ve kanaatbahş değildir.

İdam cezasının barbar bir ceza olduğu hakkındaki iddiaya, devletin müdafaası mevzu bahsolduğu zaman ferdî noktai nazardan vahşi ve zalim göründüğünden dolayı reddedilecek hiç bir vasıta ve tedbir yoktur diye cevap verilebilir. Harp misalini hatırlatmış idim. Bu meselede hâkim olması lâzımgelen ferdî noktai nazar değil bilâkis içtimaî noktai nazardır.

Ferdî noktai nazardan dahi idam cezasının, müebbet ve höcrelerde daimî surette tecrit gibi bilâ müşkülât kabul edilen diğer cezalardan daha zalim olduğu doğru değildir. Bekkariye diyor ki: «Daimî esaret ölüm kadar ıztıraplı ve bu sebeple aynı suretle zalimanedir diyen kimseye cevaben derim ki esaretin bedbaht zamanları cemedildiği zaman ölümden daha ağırdır.»

Tahvif noktai nazarından idam cezasının tesiri ibretamiziyeti en muannit ve azimkâr ilga taraftarları bile kabul etmektedir. Muhtelif devletlerde ilga lehine bir hareket uyandırmak için yapılan Cenevre müsabakasında idam cezasına dair yazdığı eseri mazharı mükâfat olan - Lukas: Loucas - dahi aynı fikirdedir. Diğer Fransız cezacısı - Trade - de cezaî istatistiklerinden çıkarılan deliller vesilesile ilâve ediyor ki: «Fakat mücrimlerin yaptıkları cemiyetlerin nizamnamelerinin gösterdikleri bir hakikati istatistiklere sormağa ne lüzum vardır? Mücrimler kendi aralarında cemiyet yaptıkları zaman yalnız idam cezasını ihtiva

292

eden bir kanuna tebaiyeti kabul ederler. Onlar için şiddetine rağmen bu kanundan daha ziyade itaat ve hürmet edilen bir kanun yoktur. Şu halde mücrimler bile idam cezasının tahvifkâr tesirini kabul etmektedirler.

2 — Mücrimin vücudunu izale etmekle cürmün ortadan kaldırılamıyacağı delili ile idam cezasının faydasızlığı iddia edildiği zaman hakikatta, umumiyetle cezanın faydasız olduğundan başka bir şey iddia edilmiş değildir. Yalnız idam cezası değil bütün mücazat cürmü izale etmez, Hamurayi kanunlarından beri yani üç bin senedenberi hem cürüm ve hem ceza vardır. Fakat bu keyfiyet, cezanın faydasızlığını, istidlâle kâfi değildir. Cezanın tesiri irtikâp olunan cürümlerle değil, irtikâp olunmıyan fakat ceza olmasaydı ika edilmesi muhtemel olan cürümlerle ölçülmek lâzımdır.

Şu halde bu delil meseleyi halle tamamile gayri kâfi olduğu gibi cezanın vazifei esasiyesinin umumî prevensiyon, «kuvvei mania» olduğunu da unutuyor.

İdam cazasının ilgasının tatbikatta cürümler üzerine tesiri olmadığı da doğru bir iddia değildir. Fransada 1902 den 1904 e kadar olan devre arasında idam cezası tatbikat sahasında ilga olunmuş gibi idi; zira reisi devlet bilûmum ahvalde hakkı afvını muntazaman istimal ediyordu. Halbuki bu devrede en vahim ceraim korkunç bir şekilde artmıştır. 1902 senesinde idam cezasile tecziyesi lâzım gelen cürümlerin adedi - 140 - iken 1907 de - 181 - , ve Pariste ika olunan katil cürümlerinin adedi 1900 de - 795 - iken 1907 de - 1314 - de çıkmıştır.

Ne zaman idam cezasının ilgasına çalışıldı ise çok geçmeden tekrar kabul olunmak mecburiyetinde kalınmıştır. Rusyada Elizabet tarafından ilga, fakat onu istihlâf eden Katerina tarafından tekrar ihya olunmuştur. Avusturyada ilga taraftarı olan imparator ikinci Jozef, idam cezasının zaruretine inanmağa mecbur olmuştur. Finlandiyada kaldırılmış, badehu tekrar kabul olunmuştur. Toskanada - 30 - kânunuevvel - 1786 - kanunile ilga olunan idam cezası 30 ağustos 1795 kanunile tekrar kabul olunmuştur.

İdam cezasının ilgasına rağmen İtalyada vahim kan cürümlerinin azalması - bu tenakusun tevakkuf zamanları da vardır - bu ceraim sahasında İtalyanın gayet hüznengiz olan birinciliğine mani olamamaktadır. Bu tenakus hiç bir şeyi isbat etmez.

Esbabı içtimaiye ve iktisadiyedir ki tenakus tevlit etmiştir. Hakikatta idam cezasını ilga ettikten sonra onu tekrar kabul etmek mecburiyetinde kalan devletlerde yapılan tecrübeler bizim ilga taraftarlarımızın arzu ettikleri şeyin aksini isbat etmektedir.

293

3 — İdam cezasının şahsiyeti beşeriyeyi imha etmekle mücrimin ıslahını gayri mümkün kıldığı hakkındaki delil de yukarıda da işaret edildiği gibi terbiye ve ıslahî cezanın vazifei esasiyesi olduğunu iddia eden yanlış nazariyeye istinat etmektedir. Bu nazariye cezanın içtimaî mahiyetini ve binaenaleyh tahvifkâr ve tatminkâr vazifesini inkâr eden ferdiyetçi bir nazariyedir.

4 — Geriye, idam cezasının gayri kabili telâfi olduğu hakkındaki delil kalıyor ki bu delile idam cezası aleyhinde irat edilen delillerin en kuvvetlisidir denilebilir. Fakat o dahi kat'î bir delil değildir, Hata maatteessüf tabiatı beşeriyeden gayri kabili tefriktir. Hataya düşmek korkusu insanları hareketten menetmesi lâzımgelse bütün ferdî ve içtimaî hayatın felce uğrayacağına şüphe yoktur. Hastaların ölümüne sebebiyet veren doktorların ve operatörlerin hataları adlî hatalardan daha çoktur. Bununla beraber kimse ilâcın veya operasyonun ilgasını düşünmemiştir. Değil yalnız idam cezası, bütün cezalar haddi zatında gayri kabili tamirdirler zira mahkûmiyetin netayicini hiç bir tamir ve tazmin silmeğe muktedir. değildir. Cezanın gayri kabili tamir olması yalnız bir neticeye sevk edebilir ki oda cezanın infazını hususî bir takım . tedabiri ihtiyatiyeye tâbi tutmaktır. İdam cezası hakkında aynı veçhile hareket edilmek lâzımdır. Yani idam cezası, delâile gayet bedihi ve maznunun mesuliyeti gayri kabili ret olacak bir şekilde tecelli ve tahakkuk ettikten sonra icra olunmalıdır. Diğer her türlü ahvalde hatai adlî tesmiye olunan hadiseyi kralın af hakkı bertaraf edebilir.

Hali hazırdaki tarihî zamanda idam cezasının vicdanı ammece vahim cürümler hakkında en müessir bir ceza gibi kabul olunduğunu, 25 teşrini sani 1925 kanunu ile teşkil olunan müdafaai devlet mahkemei mahsusasının vermiş olduğu idam hükümlerine karşı efkârı umumiyenin almış olduğu vaziyet isbat etmektedir. Efkârı umumiyenin bu muvafakatini kimse inkâr etmemektedir. Fakat bazı muharrirler bu muvafakatin yalnız devlet aleyhine ika olunan gayet vahim cürümler için olduğunu söyleyerek idam cezasının yalnız mezkûr cürümler hakkında kabulü lâzımgeldiğini istidlâl etmektedirler. Fakat öyle bir tahdit mümkün değildir, Zira evvelâ haydutluk ve katli am gibi bazı ceraim vardır ki onlar devlete taarruzu hedef ittihaz etmemekle beraber devletin emniyetine vahim bir surette icrayı tesir etmektedirler. Saniyen hiç şüphesiz vicdanı amme içtimaî hayatın emniyetine vahim surette taarruz eden gayet vahşi ceraimi adiyenin siyasî sebeplerle yapılan ceraimi vahimeden daha hafif bir cezaya duçar olmalarını ve bu suretle her iki nevi ceraim arasında tefrik yapılmasını kabul etmiyecektir. Ceraimi adiye ile ceraimi siyasiye arasında hiç bir tefrik mümkün değildir. Her ikisi de müdafaai devlet ve medenî muaşerete zarureti iptidaiyesinin icap ettirdiği dar hudutlar dahilinde, cezaî müeyyidenin tahvif, tatmin ve ikna

294

edici üç tesir ve neticesini nefsinde en mükemmel bir şekilde cemetmiş olan idam cezasile tecziye edilmelidirler.

Yeni kanunu ceza idam cezasını tekrar kabul etmekle aslâ irticaî bir harekette bulunmamış ve İtalyanın mağrur olması lâzımgelen an'anelerinden hiç birini de terk etmemiştir. Böyle bir ıslâhat, İtalyan milletinin ruhundaki tebeddülün, ahalimizin tekrar iktisap ettiği enerji ve metanetin ve ilgacılığın doğrudan doğruya merbut olduğu ecnebi fikirlerin tesirinden hukukî ve siyasî kültürümüzün tamamile tahlis olunduğunun mes'ut bir nişanesidir.

Terceme edenler: Roma Hukuk fakültesinden
mezun Atıf ve Fuat Beyler

295

MÜTALEALAR

HUKUKÎ MÜTALEALAR

Tapu, kadastro umum müdürlüğüne yazılmıştır:

16 - 3 - 931 tarih ve 594 - 52 numaralı tezkereleri C:

10 Şubat 931 tarih ve 1439 numaralı tezkerede arzedildiği üzere icra daireleri icra kanununun 14 üncü maddesi mucibince takipte bulunan alacaklı hesabına verilen paraları kabule mecburdur. Borçlar kanununun 91 inci maddesine göre tevdi edilecek yeri, tediye yerindeki hâkim tayin eder. Bu mevzuat karşısında 28 mart 928 tarihli kanunu muvakkatin 8 inci maddesi dairesinde muamele ifası muvafık görülemez.

İcra kanununun 14 üncü maddesi mucibince icra daireleri vaz'ıyet ettikleri paraları muteber bir banka veya sandığa teslim ile mükelleftirler. İpotekle temin edilmiş olan alacakların icra dairesine tevdii halinde bu paralar orada hıfzedilemeyecektir. Diğer taraftan bu paralardan icra dairesince bir resim alınıp alınmayacağının tayini de lâzımgelir.

İsviçrede icra dairelerince tahsil olunan paraların İsviçre icra ve iflâs kanununun 9 uncu maddesi mucibince tevdi müessesesine yatırılacağı ve 24 üncü maddesi mucibince kantonların bu kabil tevdileri kabul edecek müesseseyi gösterecekleri tasrih ve kanton kanunlarınca bu müesseseler ekseriyetle kanton bankaları olarak tayin olunmuştur

Bununla beraber İsviçre borçlar kanununun tevdia dair olan 91 inci maddemizin mukabili 92 inci maddesinde de tevdi edilecek mahal için hâkime müracaat edileceğinden bahsedilmiştir. Bu hüküm münasebetiyle İsviçre borçlar kanununun ahkâmı umumiyesi hakkındaki şerhinde fontür (Fransızca tercüme altıncı cüzü Sahife 478 not 10) borçlar kanununun tadili sırasında hâkime müracaat külfeti yerine icra ve iflâs kanununun 24 üncü maddesinde mezkûr tevdi müessesesine niçin atfı hüküm edilmemiş olmasını garip görmektedir. Filhakika borçlunun doğrudan doğruya banka gibi bir malî müesseseye tevdi edebilmesi daha doğrudur.

Zaten hâkim tevdiin cevazı hakkında bir karar vermeye salâhiyettar

290

değildir (netekim Fontür aynı kitapta mezkûr mahalde 12 numaralı notta Zürih usulü hukukiyesinin buna muhalif hükmünü federal hukuka nazaran mesnetsiz bulmaktadır.) O yalnız tevdi edilecek yeri tayin edecektir. Bu yer ise bir kanun ile tayin olunabilir. İsviçrede kanton usulü hukukiyelerinde tevdiin nereye ve ne suretle yapılacağı hakkında ahkâm vardır.

Hukuk usulü muhakemeleri kanunumuza esaslı surette me'haz ittihaz edilen nöşatel usulü hukukiyesinin bu baptaki maddeleri (madde 553 - 556) bize alınmamıştır: Bunlara göre tevdide bulunacak olan borçlu evvelemirde tayin olunan mehil içinde borcunu kabul etmesi için alacakliya ihtar edecek ve bu mehil içinde borç kabul edilmediği takdirde para tevdi edilecektir. Ve alacaklıya da tevdi mahallini göstermek suretiyle bundan haberdar edecektir. «Vo» usulü hukukiyesi de (madde 737 - 737) borçlu olduğu parayı yahut malı tevdi suretiyle ödemek yahut teslim etmek vecibesinden kurtulmaya hakkı olduğu kanaatinde bulunan borçlunun borcu ifaya mecbur olduğu mahallin sulh hâkimine müracaat edeceği ve hâkimin verilecek şeyin kime verilmesi lâzım geldiğini tayin eyleyeceğini ve verilecek şey para ise bu baptaki bir makbuz mukabilinde «Vo» kantonu bankasına veya acentelerinden birine verilmesini emredeceğini tasrih etmiştir.

Binnetice tevdi hakkında sarih ve borçlar kanunile ahenktar ve tatbikatta yanlışlıklara meydan vermiyecek surette lâzım gelen ahkâmı muhtevi bir kanun ile maksat temin olunabilir.

* * *

CEZAÎ MÜTALEALAR

Erzincan C. M. U. liğine Tg. E.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 269 uncu maddesinin tarifatı. dairesinde gaip olan mazunlar hakkında duruşma icrasının imkânsızlığı anlaşıldığı takdirde 198 inci madde mucibince son tahkikatın muvakkaten tatiline karar verilebilirse de hali firarda bulunan maznunların mezkûr 269 uncu maddenin tarifine göre gaip addedilmelerine imkân olmamasına nazaran kendileri takip edilmekle beraber haklarındaki tahkikatın

ikmal olunarak neticeye göre son tahkikatın açılmasına veyahut muhakemeden men'ine karar verilmesi icabeder.

Keyfiyetin olveçhile istilâmda bulunan Plümer müstantikliğine tebliği.

* * *

Erzincan C. M. U. liğine Tğ. E.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun son tahkikatın açılması kararı unvanlı 4 üncü faslındaki karar hâkimliğine ait vazifelerin muvakkat (A) maddesinin 3 üncü bendi mucibince müstantiklere verilmiş olmasına ve 183 üncü ve sair maddeler mucibince ilk tahkikatın maznun hakkında son tahkikatın açılmasına veya muhakemenin men'ine karar verebilmeğe müsait bir derecede bütün delillerin toplanması ve elde edilmesini tazammun etmesine nazaran icabında ilk tahkikat faslındaki ahkâma tevfikan müstantiklikce tahkikat tevsi edilebileceği cihetle 195 inci maddedeki karar hâkimliğine ait vazifelerin kimler tarafından yapılacağının tasrihine lüzum görülmemiştir.

Keyfiyetin olveçhile istilâmda bulunan Kemah hâkimliğine tebliği.

* * *

Urfa C. M. U. liğine Tğ. E.

Hafta tatili hakkındaki kanunun 9 uncu maddesindeki zabıta memurları tabirinin mutlak olmasına ve kanunun belediyeleri alâkadar etmesine nazaran Belediye zabıta memurlarının da zikrolunan 9 uncu madde mucibince muamele yapabilecekleri beyan olunur.

* * *

Aydın C. M. U. liğine Tğ. E.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 217 inci maddesinde dinlenme sırasında M. U. maznun ve müdafiin hazır bulunmalarının şart olmadığı yazılı ise de mezkûr maddenin hükmü,

298

ancak mahkemenin kazası dairesi dahilinde naip marifetile yapılacak muamelelere münhasır olup istinabe yoluyla diğer bir mahkeme tarafından yapılacak işlere şumulü olmadığı ve bu gibi ahvalde 219 uncu maddesi mucibince asliye ve ağır ceza mahkemelerinde Müddei umumilerin de bulunmaları icap edeceği cihetle o dairede muamele ifası lüzumunun Nazilli C. M. U. liği ile hâkimliğine tebliği.

* * *

Kırklareli C. M. U. liğine Tğ. E.

Karar hâkimliği teşkilâtı yapılıncıya kadar Ceza muhakemeleri usulü kanununun muvakkat (A) maddesinin 2 inci bendile müstantiklerce Cumhuriyet Müddei Umumiliğinin tevkif talebine karşı maznunun mevkuf olmayarak tahkikatın icrasına tevkife, tevkifin istirdadına kefaletle salıvermeğe ve muhakemenin men'ine dair verilecek kararların mensup oldukları Asliye mahkemesi reisi veya hâkiminin tasdikile tekemmül etmesi usulü konulmuş ve mezkûr bentteki (Muhakemenin men'ine) tabirinin umumî manada kullanılmış olup (son tahkikatın açılmasına mahal olmadığına) dair karar hâkimi sıfatile verilecek kararlara da şumulü bulunmuş olmadığından davacının ferağati hasebile Hukuku amme davasının ortadan kaldırılmasına ve son tahkikatın açılmasına mahal görülmediğine dair Vize Müstantikliğince ittihaz edilen kararın da hâkimin tasdikine tâbi bulunduğu beyanile Rıfat efendi hakkındaki evrak leffen iade kılındı.

* * *

Denizli C. M. U. liğine Tğ. E.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 422 inci maddesile usulü muhakematı cezaiye kanununun müzeyyel 22 Nisan 1341 tarihli kanunun ilga edilmiş olmasına mebni bir ceza davasının rüyeti esnasında hadis olan tashihi sin mes'elelerini aynı mahkemede rüyet edemeyecekleri temyiz mahkemesince içtihat edilmiş olmakla tebliğ olunur.

299

İzmir C. M. U. liğine Tğ. E.

Türk Ceza kanununun 53 üncü maddesinde yazılı bir seneden ziyade hapis veya daha ağır cezayı müstelzim bir cürüm işleyen on bir yaşını bitirmemiş olan çocukların bir müesseseye konulmalarını veya ana ve babaya teslimini emir edecek mahkeme reisinin davayı rü'yet eden ceza muhakemesinin reisi olduğuna Temyiz mahkemesince içtihat edilmiş olmakla keyfiyet tebliğ ve Şadan hakkındaki evrak leffen iade kılındı.

* * *

Mersin C. M. U. liğine Tğ. E.

Hukuku amme davası açılmazdan evvel sulh hâkimi tarafından tevkif müzekkeresi kesilebilmesinin, 125 inci madde mucibince M. U. likçe talep edilmesine veya 158 inci madde mucibince hazırlık tahkikatı icrasına kendisinin başlamış bulunmasına veyahut 128 inci madde mucibince meşhut cürüm sırasında maznunun yakalanarak huzuruna sevkedilmiş olmasına mütevakkıf bulunduğu cihetle zikredilen mes'elede sulh hâkiminin işe ne suretle vazıyet edip maznun hakkında tevkif müzekkeresi vermiş olduğunun vazıhan iş'arı.

GAYRİ RESMÎ KISIM

«Von Tuhr» den:

Tevdi, Bizzat satış, Rücu

I. Bir şey edasına borçlu olan kimse alacaklının kabulde temerrüdü halinde borçlanılan şeyi tevdi suretile borcundan kurtulabilir, madde 91, başkasının borcunu ödemek isteyen üçüncü şahıs dahi alacaklının kabulden imtinaı halinde tevdide bulunabilir.

1 — Tevdi hakkı mevcut olmak için tevdi olunacak şey mahiyeti itibarile ve 92 inci maddede denildiği üzere işin nevine göre tevdia müsait bulunmak ve binaenaleyh para, kıymetli evrak, emtia ve sair hıfzı mümkün bir menkul mal olmak şarttır, Bir gayri menkulün iadesile mükel'ef bulunan borçlu meselâ 266 ıncı madde mucibince (mecuru) evi iadeye mecbur olan müstecir alacaklının temerrüdü halinde borcundan kurtulmak için böyle bir vasıtaya malik değildir. Evin anahtarını tevdi kifayet etmez. Alman kanunu medenisi 303 üncü madde mucibince bu bapta yapılacak bir tehditten sonra zilyetliğin terki bizim borçlar kanunumuza göre borçtan kurtulmağa sebep teşkil etmez.

2 — 91 inci madde 2 inci fıkrasından anlaşıldığı üzere tevdi ifa mahallinde olmak lâzımdır: Götürülecek borçlarda (Bringschuld) alacaklının ikametgâhında ve alınacak borçlarda (Holschuld) borçlunun ikametgâhında olur. Emtia ifa mahallinde bir ardiyeye (madde 473 mukayese) tevdi olunabilir. Ardiyenin intihabında borçlu lâzım gelen ihtimamda bulunmakla mükelleftir. Diğer mallar ifa mahalli hâkimi tarafından tayin olunacak yere tevdi edilir.

Hâkimin tayin edeceği mahal resmî bir sandık olabileceği gibi bir banka yahut hâkimin emin saydığı bir şahıs da olabilir. Hâkim sırf tevdi mahallini tayin eder. Yoksa tevdiin cevazını tayin edemez. Fakat aşağıda görüleceği üzere bizzat satış halinde hüküm başkadır.

Yanlış bir mahalle tevdi hüküm ifade etmez. Meğer ki alacaklı kendisi için tevdi olunan şeyi kabul ettiğini beyan ede. Alman kanunu medenisi 374 üncü maddesi yanlış bir mahalle tevdii muteber addetmiş fakat borçluyu bundan doğacak zararı tazmin ile mükellef tutmuştur.

3 — Kanunen değil, fakat hüsnü niyet kaideleri icabı olarak borçlu alacaklıyı tevdiden haberdar etmekle mükelleftir borçlu bunu yapmadığı surette alacaklının zararlarını tazmin ile mükellef olur. Fakat Roselin 197 inci numarada tevdiin muteberiyetini alacaklıya ihbar ile meşrut kılması fazla bir tevsi sayılır.

4 — Tevdi 463 üncü madde mefhumunca borçlunun tevdi olunan mahal ile aktettiği bir idâ (tevdi) mukavelesinden ibarettir, bu mukavelenin hususiyeti şundadır: Mal, alacaklı bizzat iadeyi talep edebilecek surette ona teslim üzere verilmiştir. Tevdi alacaklı lehine bir mukaveledir. madde 111 fıkra 2 muhteva itibarile tevdi mukavelesi borçlu hakkında beraeti mucip bir hükmü haiz olmak için borçlu tarafından tevdi zamanında ne borçlu bulunuluyor idise alacaklı tevdi mahallinden aynı şeyi talep edebilecek surette aktedilmiş olmak lâzımdır. Tahsis edilmiş borçlarda mal muntazam bir tevdi altında tevdi edilmiş olmalıdır. Nevi, ile muayyen borçlarda bilhassa para borcunda borçlu tevdi mahallile gayri muntazam bir tevdi (madde 472) aktedebilir. Borçlu kendi edası hakkında bir mukabil eda talep etmek yahut kabul hususundaki temerrütten beri yaptığı masraflar için bir tazminat istemek sıfatını haizse tevdi mahallile itilâf ederek alacaklının tevdi olunan şeyi almak hakkını mukabil edayı tevdi mahalline tesviye etmesile meşrut kılabilir. Tevdi masrafları da aynı suretle böyle bir mukavelenin mevzuu olabilir, madde 91 ve sarih bir mukavele olmadığı surette dahi bu şartın zımnen arzu edilmiş olduğunu kabul etmek icap eder. Alacaklı şeyi, ancak bir şartın tahakkuku halinde alabilecek surette tevdide bulunulmuş ise alacak filhal tevdi ile itfa edilmeyip ancak şartın tahakkukunda sakıt olur.

5 — Tevdi yapılmakla borçlu tevdi olunan şeyin ilerideki talii ile alâkadar olmaksızın mükellefiyetinden kurtulur 91 inci madde 1 inci fıkrasında tasrih edildiği üzere mal, hasarı alacaklıya ait olmak üzere tevdi olunur. Alacak ile 113 üncü madde mucibince fer'î haklar (kefalet ve rehin hakları) da sakıt olur. Borçlu rehinlerin geri verilmesini ve tapudaki kaydın terkinine muvafakati talep edebilir (K. M. madde 858, 798).

Alacaklı kendisi için tevdi olunan şeyin mülkiyetini bunu tevdi mahallinden almasile yahut tevdi mahalline karşı hakkını istimal etmek istediğini beyan etmesile iktisap eder. Son halde mülkiyetin intikali K. M. 892 inci maddesi mucibince olur. Mülkiyetin intikali için zarurî olan itilâf tevdi mahalli vasıtasile vukubulur: Tevdi mahalli borçlu tarafından mülkiyeti alacaklıya nakil için tevkil edilmiş olur ve alacaklıdan malı almak istediği hakkındaki beyanı alır.

6 — 111 inci madde 3 üncü fıkrasında olduğu gibi 93 üncü madde 1 inci fıkrası mucibince alacaklı tarafından tevdiin kabulü hakkında

302

bir beyanda bulunulmuş olmadıkça borçlu tevdi olunan şeyi istirdat edebilir. Alacaklı tarafından kabul olunduktan sonra tevdiin borcu itfa hususundaki hükmü kat'i bir mahiyet alır. Ve Alacaklı ile borçlu arasında yapılacak bir mukavele ile de bu hüküm bertaraf edilemez. Tevdi olunan şeyin istirdadı ile borcun mevcudiyetinin devam edeceği mukavele edilse bu mukavele 93 üncü madde 2 inci fıkrasında mevzubahsolan evvelki halin avdetini istilzam etmez, yani mukavele makabline muzaf olmaz; bu halde borçlu zimmetinde eski borç miktarında yeni bir mükellefiyet tevellüt eder. «İstirdat» tabirinden zilyetliğin tekrar istihsali anlaşılmamalıdır. Çünkü bu filî hadise tevdi mahalli tarafından borçlunun zararına olarak tasdik olunabilir. İstirdat borçlunun tevdi mahalline malı geriye istediği veya hiç olmazsa malın alacaklıya teslim edilmemesi hakkındaki bir beyanını tazammun eder, Bu, infisahî bir şekil verme hakkının (Gestaltungsrecht - droit formateur) istimalidir ve daha doğrusu rücu (Miederruf - revocation) kelimesile ifade olunabilir. Rücu ile borçlu için bir istirdat iddiası doğar ve aynı zamanda alacaklının tevdi mahalline karşı olan iddiası sakıt olur. Alacaklının kabulile borçlunun rücuu arasındaki akdemiyet meselesi (Priorität) bu beyanlardan hangisinin daha evvel tevdi mahalline vusul bulmuş olmasına göre hallolunur.

Rücu hakkı borçlunun mamelekine ve bu itibarla onun iflâs masasına dahildir ve iflâs idaresi tarafından istimal olunabilir. Rücu hakkını istimal edilmiş olmadıkça kendisi için tevdi vukubulan alacaklı kabul beyanında bulunabilir. Müflisin hukukî muamelesi (yani tevdi) iflâsın açılmasından evvel vukubulmuşsa icra ve iflâs kanununun 186 ıncı maddesi buna (bu beyana) mani olmaz. (270) inci madde mucibince iptal için de tevdiin iflâsın açılmasından evvelki 6 ay içinde vukuunu araştırmak icap eder. Borçlunun istirdat alacağı ve bununla mürtebit olan rücu hakkı, namına tevdi yapılan alacaklı kabul beyanında bulunmuş olmadıkça, borçlunun diğer alacaklıları tarafından haciz ve istimal olunabilir. Alacaklı tevdii kabul etmiş olmadıkça tevdiden dolayı borçlunun diğer alacaklılarına karşı bir rüçhan hakkını haiz olmaz. Bu noktadan tevdi, borçlunun beraetini mucip olmakla beraber ifadan ayrılır.

Borçlu tevdi mukavelesinde rücudan ferağat etmiş olursa rücu caiz değildir. Alman kanunu medenisi 382 inci maddesinde alacağın müruru zamana uğramasile rücu hakkının gene vücut bulacağı hakkında kabul olunan hüküm borçlar kanunumuzca tanınmış değildir.

Tevdi neticesi alacaklıya ait olan bir rehin hakkı refedilmiş olursa rücu gene mümkün değildir. Madde 93 fıkra 1 ; filhakika 93 üncü madde 2 inci fıkrasında rücu halinde kabul olunan fer'i hakların yeniden tevellüdü keyfiyeti, eğer merhun iade edilmiş, gayri menkul rehin hakkı sicilden terkin olunmuşsa rehin hakları noktasından kendi kendine

(ipso jure) tahakkuk edemez. Alacaklının sonradan rücu edilen bir tevdi ile hiç bir surette hukukî bir zarara uğraması caiz olamıyacağından kanun bu gibi hallerde tevdiden rücua müsaade etmemiştir. Bu itibarla alacaklı rehin hakkını kaybetmemiş ise meselâ merhun kendi yedinde ise yahut gayri menkul rehin kaydı henüz tapu sicillinden terkin edilmemiş ise tevdiden rücu caiz olmalıdır. Filhakika bu vaziyette tevdi neticesi sukut eden rehin hakkı rücu ile doğrudan doğruya tekrar mevcudiyet ihraz edebilir.

7 — Borçlunun tevdiden rücuu halinde alacak, gûya tevdi dolayısile bir sukut vaki olmamış gibi, yeniden kuvvet iktisap eder, madde 93 fıkra 2. Borçlu, tevdi zamanında ne borçlu idise tevdiden beri işlemiş aktî faizler de dahil olduğu halde onu ödemeğe mecbur olur. 113 üncü madde mucibince sukut eden kefalet tekrar vücut bulur. Aynı zamanda borçlu tevdi mahalline karşı tevdi masraflarını ödemekle mükelleftir.

8 — İfa yerine yapılan tevdi hakkında olduğu gibi diğer maksatlarla yapılan tevdi hakkında da aynı kaideler tatbik olunur. Alacaklının borcun edasını değil de üçüncü bir şahsa tevdiini talep edebileceği haller vardır. Meselâ 166 ıncı madde fıkra 3 K. M. 875. Tevdi ekseriya da bir teminat edası olmak üzere yapılır.

II. Alacaklının kabulde temerrüdü halinde borçlu bazı hallerde borçlanılan şeyi tevdi edeceğine, satarak bedelini tevdi edebilir, madde 92. Borçlunun bu hareketine bizzat satış (Selbsthilfeverkauf) denir. Burada mevzu bahsolan şeyler kaideten borçluya ait olup mülkiyetini borçlunun (meselâ bayi sıfatile alacaklıya nakil ile mükellef olduğu şeylerdir. Fakat borçlunun, zilyetliğini (meselâ müstecir sıfatile) alacaklıya iade ile mükellef olduğu alacaklıya ait şeyler de olabilir.

1 — Bizzat satış yapılabilmek için şu şartlar lâzımdır:

a) Şeyin mahiyetine nazaran yahut işin nevine göre tevdiin yapılamaması;

b) Şeyin sür'atle bozulmak tehlikesine maruz bulunması;

c) Şeyin iaşe masraflarını (meselâ canlı bir hayvan gibi) yahut ehemmiyetli hıfız masraflarını mucip olması.

Bizzat satış esas itibarile kabulde temerrüt eden alacaklıya karşı borçlunun bir hakkıdır. Bazı hallerde meselâ bozulma tehlikesi halinde yahut fahiş derecede masraflar icap etmesi halinde borçlu malı satmak suretile alacaklının menfaatini muhafazaya mecburdur. B. K. madde 201 fıkra 2, 436 bakınız.

2 — Satıştan evvel bir ihtar yapılmak lâzımdır: Satışın mahal ve zamanı kabulde temerrüde meydan kalmayacak yahut müzayedeye işti-

304

raki mümkün kılacak surette vaktile alacaklıya bildirmek lâzımdır. Alacaklı kabulden daha evvel imtina etmiş olsa bile ihtar yapılmak icap eder. Eğer yapılması mümkün değil ise ihtardan sarfınazar olunabilir.

3 — Satış açık artırma ile yapılmak lâzım gelir. 225 inci madde 2 inci fıkrasına nazaran bu bapta aleniyet ve herkesçe iştirak şarttır. Artırmaya bizzat satış takibinde bulunan borçlu da iştirak edebilir. Mal borçlu üzerinde kalırsa ihale bedelini tevdi eder.

4 — Satış hâkim tarafından tasvip edilmek lâzımdır. Hâkim (alacaklının dinlenmesine lüzum olmaksızın) kabulde temerrüt var mıdır ve bizzat satışa ait şeraiti mahsusa mevcut mudur noktalarını tetkik ederek satışın mahal ve tarzını tayin eder. 92 inci madde 2 inci fıkrası mucibince borsa ve piyasada kıymeti bulunan şeylerde yahut müzayede masraflarına nazaran kıymeti az olan şeylerde pazarlık suretile satışa müsaade edebilir ve ihtar mecburiyetinden de vareste kılabilir. Hâkimin müsaadesi olmaksızın yapılan satış borçluyu esas mükellefiyetinden kurtaramaz.

5 — Kabul temerrüdünde bulunan müşteri hemen umumiyetle olduğu üzere aynı zamanda tediye temerrüdünde ise 212 inci madde ticarî münasebetlerde bayie, bir merasime bağlı olmaksızın hususile hâkimden bir müsaade istihsal etmeksizin hüsnü niyetle bizzat bir satış için mezuniyet vermektedir.

6 — Bizzat satış yapıldıktan sonra borçlu artık esas şeyi borçlu olmayıp bedeli borçlu olur. Bu bedeli alacaklıya vermekle ve eğer kabulden imtina ederse tevdi ile mükelleftir; madde 92 fıkra 1. Borçlunun muaccel halinde bir alacağı varsa bu alacağı bedel ile takas edebilir.

Borçlu alacaklının temerrüdüne rağmen borçlanmış şey üzerinde bizzat satış şerait ve şekil haricinde başka suretle tasarruf edemez. Borçlu keyfî bir satış ile ifa imkânsızlığına düşmüş olursa tazminatla mükellef olur.

III. Şey edalarından maadasında kabulden temerrüt halinde ne tevdi ve ne de bizzat satış mevzu bahsolmaz. İsviçrenin eski borçlar kanununda bu gibi hallerde borçluya borçtan kurtulmak için hiç bir imkân vermediği halde muaddel borçlar kanununun 95 inci ve ondan naklen bizim 94 üncü maddeye göre borçlu akti fesih suretile mükellefiyetini bertaraf etmek salâhiyetini haizdir. Fesih borçlunun temerrüdü hakkındaki hükümlere, madde 106, tevfikan yani münasip bir munzam mehil verdikten sonra bu mehilin mürurunu müteakip derhal yapılacak bir beyan ile olur. 94 üncü maddenin tatbik olunduğu en mühim hal ıstısnâ aktinde görülür. Istısnâ'da iş sahibi kendisine düşen ihzarî muameleleri (madde 90) yapmaktan imtina suretile işin başlanmasına ve yatırılmasına mani

305

olursa mezkûr madde hükmü tatbik olunur. İş sahibi rızasını tebdil edinciye kadar müteahhidin beklemeğe mecburiyeti yoktur. Belki 94 üncü madde mucibince fesih suretile müştereddit vaziyete bir nihayet verebilir. 94 üncü madde muhayyerlik hakkı bulunan alacaklının intihap beyanından imtinaı halinde kıyasen tatbik olunabilir. Borçlu bu temerrütten dolayı tevdide bulunamayacağından hadise şey edasına müteallik olsa dahi kendisine 94 üncü madde mucibince fesih hakkı tanınmak lâzım gelir. 94 üncü maddede emir ve tasrih edilen borçlunun temerrüdüne müteallik hükümlerin tatbiki 108 inci madde mucibince aktin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın (negativen İnteresse - menfi menfaatlerin) tazminine de matuf bulunduğu cayı sualdir. Bilhassa ıstısnâ akti noktasından buna müsbet surette cevap verilebilir. Çünkü aksini kabul edersek müteahhit yukarıda tasvir olunan halde mükellefiyetin ifası için hazırlıkta bulunmuş olduğu takdirde iş sahibinin hareketile haksız surette zarara duçar olacaktır.

VI. Borçlu alacaklının şahsında mevcut bir sebepten dolayı veya alacaklının şahsı hakkında tasavvura gayri müstenit meşkûkiyet neticesi ifada bulunamazsa 95 inci madde mucibince alacaklının temerrüdü olmaksızın ve bilhassa eda teklifinde bulunulmaksızın tevdi, bizzat satış ve fesih yapılabilir. Alacaklının şahsındaki bir mani meselâ alacaklının medenî hakları istimale ehliyetsizliğini ve borçlunun edada bulunabilmesi için bir kanunî mümessili bulunmaması yahut alacaklının ikametgâhında bulunmaması ve oturduğu yerin malûm olmaması gibi hallerdir. Alacaklının şahsı hakkında gayri muayyeniyet kendisinin ölmesi ve mirası münazaalı veya müştereddit bulunması veya alacağın temliki iddia olunup da temlik olunan kimsenin kâfi derecede taayyün edememesi halinde mevzubahsolabilir. Bütün bu hallerde borçlunun, alacaklının bu bapta salâhiyeti haiz bir vekiline eda suretile borcundan kurtulacak vaziyette bulunmaması şarttır. Alacaklının yahut vekilinin hüviyeti bir vesikaya müstenit ise borçlu ancak bu vesikanın sıhhatinde şüpheyi varit kılacak sebeplerin mevcudiyeti şartile eda yerine tevdide bulunabilir.

Alacaklının şahsı gayri muayyen yahut alacağın aidiyeti münazaalı ise tevdi, hakikî hak sahibi olduğu anlaşılacak olan kimse lehine yapılmış olur. Bu itibarla tevdi mahalli ancak hakkı olduğunu kâfi derecede isbat eden kimseye edada bulunmak suretile borcundan kurtulabilir. Alacağın münazaalı bulunması halinde bu bapta ya diğer tarafın muvafakati yahut diğer taraf aleyhine kazanılmış bir hüküm bulunmak lâzımdır.

V. Kanunun, kabul temerrüdü veya diğer ifa maniası halinde borçluya temin ettiği vasıta haricinde borçlu mukavele ile daha hafif borçtan kurtulma imkânları elde edebilir. Meselâ borçlunun kabul temerrüdü halinde şey tevdia salih olsa dahi bizzat satışa tevessül edebileceği veyahut bizzat satışı pazarlık suretile yapabileceği mukavele olunabilir.

S. Ş.

Türk Temyiz Mahkemesi Kararları

.....

Tevhidi meskûkât

1 - Tevhidi meskûkât ve evrakı nakdiye kanunları ahkâmının ecnebi nükuduna şumulü yoktur.

2 - Yeni ticaret kanununun tarihi meriyetinden evvel aktolunup kanunu mezkûrun mevkii tatbika vaz'ı zamanında ahkâmı henuz ifa edilmemiş olan ticarî ukut ve mukavelât yeni kanunu ticaret ahkâmına tâbidir.

3 - Bir akit te altın olarak aynen tesviye edileceği tasrih edilmiş olan ecnebi naktin hini akitte raici kanunisi yok ise ecnebi naktin aynen altın olarak tediyesi lâzımdır.

Kadıköyünde mukim Kirkor kömürcüyan Efendinin hamil bulunduğu Üsküdar kadıköy su şirketine ait yirmi adet istikraz tahvillerinin 1 kânunusani 928 tarihine kadar kupon bedelleri olan 250 frank'ın istikraz şartları dairesinde altın olarak tahsili hakkında mezkûr şirket aleyhine açtığı davadan dolayı Kadiköy sulh hukuk hâkimliğinden badennakız sadır olan 2 kânunuevvel 929 tarih ve 937 numaralı fıkrai hükmiyenin temyizen tetkiki müddeti kanuniyesi zarfında müddeaaleyh mezkûr şirket vekili Gadfrango ve Nurettin beyler tarafından talep olunmakla bittetkik icabı müzakere olundukta: Müddeabih meblâğın müddeiye henüz tediye edilmemiş ve binaenaleyh meblâğı müddeabihe ait hükmü mukavele el'an dahi infaz kılınmamış olduğu cihetle yeni ticaret kanununun sureti mer'iyet ve şekli tatbiki hakkındaki kanunun onuncu maddesi mucibince hadiseye yeni ticaret kanunu ahkâmının şumulü bulunmasına mebni talebi temyiz zabıtnamesinde bu cihete mütaallik olarak serdedilen itiraz varit olmadığı gibi evrakı nakdiye kanunu ahkâmının ecnebi nukuduna ademi şumulü derkâr ve tevhidi meskûkât kanunu gayei ahkâmı da Türk paralarının vahidi kıyasisini tayine matuf olmasına nazaran her iki kanunda hadiseye tatbiki mümkün olacak hiç bir nokta görülememiş ve yeni ticaret kanununun Türkiyede rayici kanunisi olmayan bu gibi ecnebi nukudiyle tediyesi teahhüt olunan borç-

907

ların ne suretle ifası lâzımgeleceğine mütedair olan 643 üncü maddesi ahkâm ve içtihadatı sabıkayı ilga ederek bunun yerine ahkâmı cedide ve sariha vazetmiş ve Belçika ve İsviçre franklarile Fransız frank'ının altun itibariyle kıymetlerinde fark ve tefavüt mevcut olmadığı umuru malûmeden olması hasebile faizin hangi memleket frankı ile tediye edileceğinin mukavelenamede ve davada zikrütayin edilmemesinin esası hükme tesiri olamayacağı derkâr bulunmuş olmasından dolayi talebi temyiz zabıtnamesinde bu hususlara temas eden itirazlar dahi şayanı kabul değilse de mezkûr faizin aynen altın frank ile tesviyesi mümkün olup olmadığının tahkikiyle halen aynen altın frank ile tediyesi mümkün olmayacağı anlaşılırsa müddeabih ikiyüz elli altın frankın vadesi hulûl ettiği tarihteki rayici itibarile ona muadil miktarda türk parası olarak tahsiline hükmedilmesi iktiza ederken bundan zuhul olunması muhalifi kanun bulunmuş ve nakız talebi bu sebeple varit görülmüş olduğundan hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesine tevfikan hükmü mümeyyezünbihin işbu sebepten dolayi nakzına vemuktazayı kanunisi ifa olunmak üzere evrakın mahalline iadesine 2 şubat 930 tarihinde müttefikan karar verildi.

* * *

Temyiz kabiliyeti

Mahalli: İstanbul itiraz mercii.

Tarihi : 23 - 12 - 930

Numarası:

Alacaklı: Kostantin ve Apostol Efendiler.

Borçlu: Sava Efendi.

Temyiz olunan kararın hülâsası Şikâyetin reddine karar verilmiştir.

Temyiz eden: Sava Efendi vekili.

Temyiz kararı

İcra ve iflâs kanunu merciin vereceği kararların kat'i 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 4 - 1 - 931 tarihinde ittifakla karar verildi.

308

İsviçre Federal Mahkemesi Kararları

Bir ameliyei cerrahiyeye tâbi olmak mecburiyeti

[İsviçre federal temyiz mahkemesi içtihadatile nazariye hulâsası]

(Maire) in (Pittard) aleyhine ikame eylediği davaya mütedair 4 şubat 931 tarihli kararında federal temyiz mahkemesi bir şahsın bir ameliyei cerrahiyeye tâbi olmasının kendisinden hangi ahval ve şerait dairesinde talep olunabileceğini tetkik fırsatını buldu. Ve mahkeme bu mesele ile müteaddit defalar meşgul oldu.

Temyiz mahkemesinin kararına hâkim olan fikir şudur: Her ferdin kendi vücudu üzerinde tasarruf hakkı mutlak değildir. Bu hak ancak nizamı amme ve ahlâkın çizdiği dairede mevcuttur, ve binnetice kazadan mes'ul olan şahıs mutazarrır olan şahsın bilâ tehlike bir ameliyei cerrahiyeye tâbi olmak suretile kolaylıkla tevakki edebileceği netayici muzırrayı tahammül ile mükellef değildir. Temyiz mahkemesi prensip olarak (eğer mecruh bazı ahval ve şerait altında bilvasıta bir ameliyei cerrahiyeye tâbi olmağa mecbur tutulabilirse hâkim kolaylıkla böyle bir cebre müsaade etmemelidir. Çünkü burada mevzu bahsolan ferdin tamamiyeti ferdiyesinin hürmetine bir tecavüzdür) prensibini koydu.

Nazariye de aynı görüşte müttefiktir. (Ahkâmı umumiye: B. K. 94 Von Thur) diyor ki: Her hususî halde mecruhun zararı bertaraf veya tahfif için ne gibi tedabir ittihaz ettiğini tetkik etmelidir; bu tedabir, makul bir adamın kendi nef'i zımnında ittihaz edeceği ve bilhassa hayat ve sıhhat için mühim tehlikeyi intaç ettiren tedabir değildir. Tamamiyeti cismaniyeye tecavüz o derece şahsî bir iştir ki zararı tamir ile mükellef olan şahsın menfaati burada hâkim değildir. Mutazarrır olan şahsın ameliyata tâbi olmak vazifesi oldukça dar bir hudut içine alınmıştır. Bu şahsın ameliyei cerrahiyeye tâbi olmak mecburiyeti ancak hiç bir

tehlike mevcut olmamak ve fazla bir ıztıraba maruz kalmamak ve hastanın halinde mahsûs bir tebeddülün husulü kat'iyetle mefruz bulunmak ve ameliyat masrafı müddeaaleyh tarafından peşinen verilmiş olmak kayıtlarile mukayyettir.

Oser Borçlar kanunu şerhinin ikinci tabında 144 üncü maddeyi şerh ederken buna müşabih bir rey dermeyan ediyor: Bir ameliyei cerrahiyeye tâbi olmaktan imtina; icabı hale göre mutazarrır olan kimsenin mes'ul addedilebileceği bir sebebi müşeddit teşkil eder. Bir taraftan ameliyatın tehlike ve müşkülâtını ve aynı zamanda hastanın maruz kalacağı ıztırabı diğer taraftan tedavi ile ceriha ve fenalığın ehemmiyetini ve muvaffakiyet ihtimallerini nazarı dikkate almak lâzımdır.

Nazariyat ve içtihadata göre taayyün eden şu şerait, federal temyiz mahkemesi tarafından tetkik edilen hadisede tahakkuk etmiş değildi. Ameliyat azmi cidaride ensicenin bir kısmının ihracını istilzam ediyor ve bu suretle müddeinin altında himayekâr bir mücehhiz temin edilmiş oluyordu. Ehli vukufa nazaran bu ameliyat bir tehlike arzetmiyor ve tehlike addolunmayor ve fakat ameliyatın mahal veya umumî anestezi sayesinde tatbik olunması ve tedavinin 6 - 8 hafta kadar devam etmesi mecburî görülüyordu. Binaenaleyh nazik fakat tehlikeden azade olmayan bir müdahale mevzu bahis idi. Birinci karine hükümleri doktorların teşhislerine rağmen ameliyat zahir bir surette mühim ve nazik olduğuna karar verdiler.

Hulâsa eden: E. T.
Tercüme eden: İ. H.

METHAL

USULÜ CEZAİYE HUKUKU[1]

FASIL: 1

Usulü cezaiyenin ruhu

Usulü cezaiyenin vazifeleri —

Hukukî nizam (kanun) haksızlığa karşı mücadelesinde ceza tehdidi *(Strafdrohung)* ve cezaî cebir *(Strafzmang)* vasıtalarını kullanır. Hukukî nizam ceza tehdidi sayesinde kanuna tâbi olanların içtimaî hali ve münasebeti üzerinde icabeden nüfuzu elde etmeğe, cezaî cebir ile de muhalefet arzularını kırmağa çalışır, cezaî cebrin temin ettiği tesir olmasa ceza tehdidi boş bir sedadan ibaret kalır. Bu itibarla cezayi mucip olan kanuna muhalefeti - Suçu *Verbrechen* - hiç bir suçlunun müstahak olduğu cezadan kurtulmıyacak surette hemen cezanın takip etmesi, demirden bir ihtiyacın emri addolunur. Bununla beraber adalet de hiç bir masumun müstahak olmadığı bir cezanın sert kazasına uğramamasını icabeder. Binaenaleyh bir kimsenin cezaya çarptırılması için suçun her türlü şüpheden azade surette subutu zarurî bir esastır. Bir file ceza verilmek için o cezanın fiil ika edilmeden evvel kanunda yazılı olması lâzım olduğu gibi (Ceza kanunu Madde 2) maznunun suçu da muayyen usul ve şekil dairesinde isbat edilmiş olmalıdır.

Bir muayyen şahsa isnat olunan suçun mevcudiyetini tetkika ve bu bapta karar itasına dair olan işbu vazife devlet vazifelerinin tefriki esasına tevfikan mahkemelere verilmiştir. Cezaî takip *(Strafverfolgung)* ve cezanın tenfizi *(Strafvollstreckung)* icra kuvvetinden teşa'up eder. Filhakika da bunlar bir idarei adliye makamına - müddei umumiliğe - tevdi olunmuştur. Fakat maznunu bulup meydana çıkarmakla cezayi tenfiz arasına her türlü idarî emir ve talimattan müstakil ve yalnız kanuna bağlı hâkimin kazaî faaliyeti girer. Delâilin *(Belastungs material)* ahzı gerek maznunun gerek bir üçüncü kimsenin şahsî sahasına

[1] Bonn darülfünunu müderrislerinden Graf zuDohna nın Strafprozessrecht (Usulü Cezaiye Hukuku) namındaki kitabından tercüme.

müdahaleyi istilzam ettiğine göre bunun da tâbi olduğu şerait, kanunen daha evvelce tesbit edilmiş ve bunun için hâkimden karar alınması emrolunmuştur. Nihayet icraî safhada da hâkimden karar alınması icabedebilir.

Cezaî cebrin tatbiki için bulunması muktazi şartların mevcudiyetini tesbit edecek tahkikat usullerini gösteren bu kanunî hükümlerin cümlesi birlikte ceza muhakeme usulleri hakkındaki hukuku teşkil eder. Tahkikata *(Verfahren)* ceza tahkikatı *(Strafverfahren)* yahut ceza muhakeme usulleri *(Strafprozess)* denilir. Çünkü bu tahkikat muayyen bir gayeye doğru giden *(Procedere)* ve bir silsile dahilinde biribirini takip eden, şerait ve hükümleri kanunen mansus bulunan (muhakeme muameleleri = *Prozesshandlungen* denilen) muamelelerden mürekkeptir. Bu tahkikat silsilesi prensip itibarile artık cerhi kabil olmayan kaziyei muhkeme halindeki bir hüküm ile nihayet bulur. Bu hüküm (mahkûmiyet halinde) üç vazife *(Funktion)* ifa eder. Bunlar da maznunun suçunu tesbit (ihbarî = *Deklaratorisch)* kanunî çerçevesi içinde istihkak kesbedilen cezayı tayin (inşaî = *Konstitutiv*), bu cezayı infaz için salâhiyettar mercie havale (emrî = *İmperativ*), den ibarettir.

Cinaî cezaların *(Kriminelle Strafe)* tatbiki ekseriya pek hassas bir surette şahsın hayatî haklarına müdahaleyi istilzam ettiğinden ve bundan başka ortaya çıkan bir zannın tekrar tetkiki devlete ait cebrin istimalinden ferağate sebep olamıyacağından suçu takip hususunda masruf mesaî her adımda asrî hukuku esasiyenin, şahsın emniyetini resmî makamların *(Obrigkeit)* müdahalesine karşı himaye için koyduğu manialarla karşılaşır. Böylece cezaî takibatta bulunan makam tarafından her hangi gelişi güzel müdahale tehlikesine meydan vermemek mezkûr hukukun vazifesi olmakla beraber diğer taraftan ferdin şahsî menfaatlarına lüzumundan fazla riayette cezaî adaletin mesaisini semeresiz kılabilir. Bir taraftan hukukdaşlar heyeti umumiyesinin *(Gesamtheit der Rechtsgenossen)* huzurlarını ihlâl edenlere karşı hukukî sahalarının himayesi hakkındaki iddiaları ile diğer taraftan her ferdin kendi hukuk ve hürriyetlerine riayet olunması hakkındaki iddiaları arasında hakikî muvazeneyi bulmak vazıı kanunun ağırca bir vazifesini teşkil eder. Bunun içindir ki usulü cezaiye hukukuna müteallik kavaidin *(Anordnungen)* sırf hukukî olan bünyesi bariz surette bir siyasî nesci *(Einschlag)* de ihtiva eyler. Filhakika esas itibarile yekdiğerine müzahim olan her iki nizam ve hürriyet kaziyeleri - ki bütün devlet hayatında olduğu gibi burada daha ziyade bir hususiyet arzeder - ahenktar bir tevazün halinde bulunmak mecburiyetindedir. İmdi bu prensiplerden birini bilâ kaydü şart diğerine feda imkânı olmayacağı şüphesiz görüldüğünden ceza usulleri hukuku sahasındaki doğru kaidenin ilk şartı olan muvazeneyi

312

tesis edebilmek için iki tarafın anlaşmak mecburiyetinde oldukları karşılıklı müsaade hududunu tam bir itilâf halinde tayin etmek kolay bir şey değildir.

Burada tezahür eden meselelerden hemen hemen hiç bir mesele yoktur ki bunların hallinde yukarıda mezkûr muhalif noktai nazarları muhtevi tezdeki *(Antithese)* siyasî esas talâkkiler kat'î bir âmil gibi tecelli etmesin. Bilhassa bir tarafta iddia merciinin *(Anklagebehörde)* ve diğer tarafta müddeaaleyhin techiz edilmesi lâzım gelen usule müteallik hakların şumulü, maznunun tevkifi, maznun olmayanların dahi vücutlarının aranması *(körperliche Durchsuchung)* ve diğer cebrî tedbirlerin ne gibi şartlar altında olabileceği, ittihaz olunan mukarreratın hangi hudut dahilinde cerh ve iptal edilebileceği ve diğer bu gibi meseleler bu talâkkiye göre tayin olunur. Bütün bu meselelerde doğru vaziyet kanunun tedvininde iştirak eden şahısların müsavi surette sarfına mecbur oldukları gayretlerle elde edilebilecek olan mutavassıt bir hat üzerinde kabildir. Bunun içindir ki müşterek gayretlere, ancak siyasî mefkûrelerin *(İdeale)* bir taraflı olarak galebe çalmasından ferağat etmek ve ancak karşı tarafın noktai nazarına anlayışla yaklaşmak suretile müemmen bir muvaffakiyet mev'ut olabileceği hakkında müteyekkan *(nahe liegende)* olduğu kadar nadirce bulunan bir şuur *(Einsicht)* bu vadide faidebahş teşriî bir faaliyetin zarurî bir şartıdır.

Usulü cezaiyenin bünyesi —

Usulü cezaiye hukuku, ceza hukukunun tatbikını mümkün kılan şekilleri tanzim ve bununla birlikte - amme hukuk ve vazifelerini tesis ettiğinden dolayı - amme hukukunun bir kısmını teşkil eder. Usulü cezaiye hukukunun muhtevası devletin kazaî mercilerinin ceza hukukunu tatbik ederken göz önünde tutmaları lâzım gelen kaidelerden ibarettir. Usulü hukukiye usulü cezaiyeden, vazifelerinin başkalığile ayrılır. evvelkinin vazifesi enfüsî hukuku hususiyeyi tesbit, ikincisinin vazifesi bir enfüsî amme hakkını temin yani devletin tecziye salâhiyetini taharri etmektir. Bu hususiyet ceza tahkikatının bütün bünyesinde sabit bir alâmet gibi tecelli eder. Her iki usulün biribirinden mühim surette iftirakları doğrudan doğruya vazifelerindeki işaret olunan bu ayrılığa istinat eyler.

Usulü hukukiyede yekdiğerine müsavi iki hukukî süjenin *(Rechtssubjekt)* menfaatları arasındaki ihtilâf mevzuu bahsolduğu halde ceza muhakeme usulünde devlet tabia karşı *(dem Untertan)* velâyeti ammenin sahibi sıfatile ahzı mevki eder. Bundan dolayı burada (ceza muhakeme usullerinde) taraflar beynindeki bir davadan (Parteiprozess) ancak mukayyet bir surette bahsolunabilir. Gerçi bugün ceza tahkikatında dahi

317

dava, mürafaa ve hüküm vazifeleri üç muhtelif uzva tevzi edilmiştir. Burada dahi haricen bitaraf bir üçüncü şahıs huzurunda iki taraf mürafaa olmaktadır. Fakat bu taraflar, tarafların karakteristik vasfından mahrumdurlar; yani bunların muhalif menfaatleri mevzu bahis değildir. Usulü hukukiyede kaideten müddei müddeaaleyhin mahkûmiyeti ve müddeaaleyh te davanın reddi için uğraşır. Münazaada bulunanlar biribirine karşı muhalif emeller takip eder. Bunların gayretleri sırf enfüsîdir. Bilâkis ceza tahkikatında nadir istisnalardan sarfı nazar maznun kendisini filhal suçlu veya suçsuz hissetse de ortaya beraet talebile çıkar. Buna mukabil müddeinin menfaatini yalnız suçlunun mahkûmiyeti tatmin eder. Bilâkis kâfi derecede mücrimiyet delili bulunmazsa bu menfaat zarurî surette beraettedir. Müddei umuminin faaliyetindeki bu afakî emelin duruşmada (*Hauptverhandlung*) niçin nadiren izhar edilmekte olduğunun sebebi müddeinin ekseriya haksız surette farzedilmekte olan tarafgirliği değil, bilâkis tetkikat (*Ermittelung*) neticesinde müddeaaleyhin suçluluğu hakkında elde etmiş olduğu kanaattir ki bu kanaat olmasaydı dava ikamesi cihetine gidilmezdi.

Müddei umumî devletin vekilidir (*Anwalt*). Bu vekil kendinin değil, belki münhasıran devletin menafiini himaye ile mükelleftir. Şu kadar ki bu menfaatin hukukî nizamın temininden gayri bir gayede bulunabileceği hiç bir vakit tasavvur edilemez. Bundan dolayı müddei umumî için tasavvur edilebilen yegâne vazife, suçu (*Schuld*) tarafgirlik etmiyerek ve sadece afakî surette tahkikten ibarettir. Fakat tarafgirlik olmıyarak taraf olmak (*Unparteiliche Partei*), kadı ile aynı olan taraf kadar büyük bir tenakuz teşkil eder. Bununla beraber devlet vazifelerinin muhtelif devlet uzuvları arasında taksimi hakikî süjenin - ki mümessili sıfatile burada müddei umumî ötede hâkim icrayi faaliyet eder - bir ve aynı yani devlet olduğu hakikatini tezelzüle uğratamaz. Binaenaleyh müddei umuminin ve hâkimin ifa ile mükellef oldukları vazifeler ne kadar biribirinden ayrı olsa da faaliyetin hedefi gene aynı olarak kalır; yani hakikatın afakî surette taharrisi. Bu itibarla tahkikat şeklen bir hâkim huzurunda iki tarafın muhakemesi gibi tertip olunabilirse de bunda taraflar arasındaki bir davanın esas karakteri hiç bir zaman yoktur.

Aynı zamanda bir nokta daha vardır. Hukuk tahkikatında kendi menfaatlerinin müdafaası serbestçe taraflara bırakılmıştır. Münazaacılardan her birinin sırf enfüsî gaye takip etmesindeki mülâhaza geçen vakıaların ayan olması için iki tarafın hodgâmlığını tahrik etmektir. Davanın intacındaki bütün mes'uliyet kendilerine tahmil olunmakla muhakemeden elde edilen vaziyetin hakikata mutabakati en emin surette garanti edilmiş olur. Fakat müstesna olarak iki tarafın tarihen geçmiş (yani vuku bulmuş) bir hadiseden başka bir şeyi hükme raptiçin hâkime

arzetmekte bir menfaatleri bulunmuş olsa şüphesiz devletin bunlara mani olmasına bir sebep yoktur. İşte hukuk tahkikatında, şeklî *(formelle)* veya nisbî *(relativ)* hakikat diye maruf olan neticesile tarafların (dava üzerinde) tasarruf edebilmeleri hakkındaki prensibin *(Dispositions prinzip)* ve mahkemenin tarafların talep ve beyanlarile mukayyediyeti kaidesinin *(Verhandlungsmaxime)* cari olması bununla tezahür eder; bu hakikatten ekseriya daha az kıymeti haiz bir hakikat anlaşılmakta ise de bu talâkki tamamen haksızdır.

Ceza işlerinde böyle bir kaideye bizatihi yer verilemez, Maznunun, kendisini tehdit eden ceza tehlikesinin bertaraf edilmesi hususundaki enfüsî talebine karşı devletin suçluluğun veya suçsuzluğun tahkiki ve binaenaleyh maddî ve tarihî bir hakikatın zahire çıkarılması noktasından afakî faaliyeti mevzu bahsolur. Müddeinin münazaalı madde üzerinde ciddî bir tasarrufu görülemez. Filhakika müddeinin serdettiği bu haklar, devletin haklarıdır. Devletin elindeki haklar ise aynı zamanda vazife karakterini haizdirler. Bundan başka, hâkim dahi aynı hukuk süjesinin mümessili olduğundan dolayı iddia mümessilinin arzettiği vasıtalarla bağlı kalamaz. Çünkü isbat vasıtalarının intihabındaki isabetsizlik hukuk usulü muhakemelerinde olduğu gibi tarafların değil, umumun zararına olur ve ma'sum bir kimsenin mahkûmiyetini yahut bir mücrimin beraetini mucip olabilir. Maddî, tarihî bir hakikatın zahire çıkarılması hakkındaki kat'î ve her halde sarfedilmesi lâzım gelen mesai bu itibarla zarurî surette resen tetkik *(Offizialprüfung)* esasile yani hâkimin tarihî hadisenin tahkikinde bizatihi fe'al surette iştirak hakkile el ele gider.

İşte bu günkü ceza muhakeme usulümüzün kendine mahsus bünyesi en umumî hatlar içinde bu suretle gösterilmiş oluyor.

FASIL: 2

Teşriî vaziyet

Tarihî irtibat

Alman ülkesinde iki defa bir ecnebi usulü muhakemesi kabul edilmiştir. Bu her iki defasında mutasavver bir gaye altında ve müstahzar bir plân mucibince değil, bilâkis bir dereceye kadar muasırların aktif olmaktan ziyade passif bir surette karşılaştıkları dahilî bir zaruret neticesi vukubulmuştur. Bununla beraber bu ecnebi hukukun girişi her iki defasında biribirinden çok farklı olmuştur.

Yavaş yavaş ve hemen fark edilemiyecek tedricî istihalelerle 15 inci

J15

asırdan 16 ıncı asıra dönüm sıralarında kanonik hukukun engizisyon usulüne dair kaideleri Alp'ın bu tarafında yerleşiyordu. İtalyadan bu yana doğru, orada yerleşen hukuk müesseselerinin de Alman hukuk ilminin ilk izlerini takip etmiş olması tabiî bir hal olarak görülebilir. Âlim bir hâkim sınıfının fütuhatına karşı eski cermen ceza tahkikatı kaideleri daha fazla meriyet iddia edemezdi. İmparator beşinci «Şarl» ın «Karolina» namile maruf kanununda (Constitutio Criminalis Carolina 1532) mezkûr muhakeme şekli bütün Almanya için kanuniyet halini aldı.

Fakat geçen asrın ortalarına doğru mevcut müesseselerde büyük bir inkılâp vukua geldi. Engizisyon usulünün kusurları herkesçe çoktan anlaşılmiş ve nazarlar gıpte ve hasretle hemen yarım asırdanberi modern icaplara muvafık ceza muhakeme usulüne *(Strafverfahren)* nail olmuş olan münevver garba teveccüh etmiş idi. Bununla beraber tamamen umumî bir mevzuu ifadeden başka bir şey yapılamamış - şöyle ki frankfort millî meclisi tarafından 1848 kânunuevvelinde ısdar olunan «Alman milletinin hukuku esasiyesinde madde 46 fıkra 1» her şeyi ihtiva eden ve fakat hiç bir şey ifade etmiyen şu cümle; Ceza işlerinde iddia usulü *(Anklageprozess)* caridir, cümlesi yazılmış idi - ve ancak aynı senenin mart ihtilâlidir ki Fransanın ittiham usulünü *(Akkusations prozess)* Rayn üzerinden bu tarafa nakletmiş ve hususî teşrii [1] *(partikulare Gesetzgebung)* hayrete lâyık kısa bir zamanda hemen bütün Alman devletlerinin kendi ceza usullerine müteallik kanunlarını Fransız nümunesine tevfikan esasından değiştirmelerini mucip olacak surette sür'atle harekete getirmiş idi.

İki usulü muhakeme sistemi arasındaki tezattan daha büyük bir tezat tasavvur edilemez. Birinci sistemde şüphe altında bulunan şahıs *(Verdächtige)* hâkimin tahkikatının mevzuunu *(Objekt)* teşkil eder. İkincisine nazaran ise hükmü verecek hâkim huzurunda müddeaaleyhe karşı bir müddei bulunur. Bu iki usulün şekilleri arasındaki esaslı başkalık bu keyfiyetle sıkı sıkı münasebettardır: Birincisinde tahrirîlik ve gayri alenîlik beyyineleri ahzindeki *(Beweis aufnahme)* bilvasıtalıkla, ikincisinde şifahîlik ve alenîlik beyyinelerin ahzindeki bilâvasıtalıkla mürtabıttır. Bütün bu tezatların manası ancak bunların tam bir surette tahlili neticesinde tezahür edebilir. Fakat az çok yapılan bu işaret umumî Alman usulü cezaiyesinin *(gemeindeutsche Strafprozess)* esas tahavvülünün Fransız nüfuzu altında vücut bulduğu hakkında bir fikir vermeğe kâfidir. Yeni Almanyanın ilk usulü cezaiye kanunu da doğrudan doğruya bundan müteessir olmuştur.

Şimalî Alman ittihadının teşkilâtı esasiyesi henüz bir sene meriyette kalmadan Rayhiştağın teşebbüsile bütün Almanya için bir müşterek teşkili mehakim ve muhakeme usulleri hakkındaki plân kabul olunmuş idi.

[1] **Yani Almanyayı teşkil eden müttehit memleketler teşriini.**

1877 senesi iptidalarında büyük iş bitirilmiş idi. Bu, teşkili mehakim kanununu, usulü cezaiye, usulü hukukiye ve iflâs kanunlarını ihtiva ediyordu. İşbu dört kanun - Alman adlî kanunları - aynı zamanda 1 teşrinievvel 1879 tarihinde meriyete girdi. Aynı tarihte yeni teşkil olunan Rayh mahkemesi işe başladı. Teşkili mehakim kanunu asıl üç usul kanunlarının yanı başında mütemmim bulunuyordu. Bu kanunda mahkeme tahkikatının (*Gerichtsverfahren*) her nev'i için mer'i olması lâzım gelen mahkeme teşkilâtı ve faaliyetleri hakkındaki hükümler derç edildi.

Mer'iyet sahası —

Alman usulü cezaiye kanunu, eski Alman usul hukukuna esas itibarile dokunmadı. Diğer taraftan ayrıca mahfuziyetlerine dair bir hüküm konmamış olan usule müteallik bütün hususî usulü muhakeme hukuku [2] meriyetten düşürüldü; usulü muhakemei cezaiyeye methal kanunu EP madde 5 ve sonraki). Bu baptaki ahkâm kâmilen bu kanunda tanzim edilmiş olduğundan bundan böyle de müttehit memleketler kanunile mütemmim kaideler konulmasına imkân yoktur. Teşkili mehakim kanunu noktasından ise vaziyet tamamen başkadır. Müttehit hükûmetlere bırakılmış olan adlî idare sahasındaki salâhiyetlere pek fazla müdahale etmemek için Alman vazıı kanunu şuurlu olarak şumullü bir takninden feragat etmiş ve memleket kanunlarile yalnız esaslı bir surette itmam edilecek olan değil, bilâkis itmam edilmesi lâzım gelen düsturî kaidelerle iktifa eylemiştir. Bunları teşkili mehakim methal kanununun (EG) 4 üncü maddesinde kendilerine genişçe salâhiyet verilmiş olan her memleketin tatbik kanunları (*Ausführungsgesetz*) ihtiva etmektedir.

Usul kanunları kaideten mer'iyetleri gününden itibaren ve hasran tatbik edilmek lâzım gelir. Bu aralık yeni hukukun, eskisinden inhirafı ne kadar büyük ise derdest olan davalar noktasından münasip intikal hükümlerile sistemin birdenbire tebeddülündeki yalçınlığı tahfif zarureti o kadar fazla baş gösterir. İşbu zaruret teşkili mehakim kanunu methal kanununun (EG.) 14 üncü ve sonraki maddelerinde ve usulü cezaiye methal kanununun (EP.) 8 ve sonraki maddelerinde lâyık olduğu tarzda olmamakla beraber bir dereceye kadar nazara alınmıştır. Bununla beraber bu baptaki hükümlerin bu gün için hiç bir faydası kalmamıştır.

Usule ait hukukî kaidelerin mahal itibarile tatbik sahası Almanyadır. (EG 1, EP 1) işbu mahalliyet prensibi (Territor, alitatsprizip) kaideten Alman hâkiminin bir ecnebi mercii tarafından istinabe edilmiş olsa dahi Alman muhakeme usullerini tatbik etmek mükellefiyetinde bulunduğunu tazammun eder. Fakat Alman hâkimi de ecnebi memleket hâkiminin hukukî müzaheret (Rechtshilfe) hakkındaki muamelelerini ecnebi huku-

[2] Yani Almanyayı teşkil eden müttehit memleketlerin usulü muhakeme hukuku.

317

kuna göre müteber tutuluyorsa nazara almakla mükelleftir. Kanun bu hususta ekseriya asgarî şerait prensibine (das Prinzip des minderen Erfordernisse) tebaiyet etmektedir (Alman usulü muhakemei hukukiye kanunu ZPO. 369) [1]

Eski hukuktan yeni hukuka.

Teşkili mehakim kanunu ve usulü cezaiye kanunu bugün artık ilk şeklile mer'i değildir. Daha pek erken, noksanlarına dair şikâyetler ve ıslâhı hakkında hareketler başladı. 1883 senesinden beri Rayhiştağ tarafından daima yeni yeni talepler ve hükûmet tarafından da teklifler tekrar edildi. Hükûmetin 1895 senesi kânunu evvelinde yaptığı bir teklif Rayhiştağda üçüncü kıraati sırasında mahkemelerin teşkilâtile telif imkânsızlığı karşısında akim kaldı. Bundan sonra da 20 inci asrın ilk on senesi zarfındaki dağınık ihzarî mesaî yeni baştan çok vaatli bir hal almasından dolayı bir itilâf istihsal edilemedi. 1902 tarihinde davet edilen serbest komisyonun iki ciltlik protokolu (1905 de intişar etmiştir) iki resmî lâyıha (1908 - 1909) ve hemen bin sayıfa tutan Rayhiştağ komisyonunun raporu (teşrini evvel 1910) mukaddema sarfedilmiş olan mesai hakkında birer şahadet teşkil eder. Mesaî Rayhiştağda gene tıkıldı, kaldı. Teşriî devrenin müruru yalnız haricî maniayı teşkil ediyordu; galebe edilmesi daha müşkül olan şey, bu defa yeniden baş gösteren dahilî ihtilâflar idi.

Harbin ilânı mevzua karşı olan alâkayı uzun seneler başka cihete çevirdi. Her şeyden evvel tezelzüle uğrayan devlet binasını korumak lâzım idi. Bundan dolayı ceza muhakeme usulleri ışlahatının başa çıkarılmasını teşkilâtı esasiye kanununu yapan millî meclisten beklemek fazla bir düşünce idi. 1919 - 1920 senesi dönümünde Alman adliye nazırı Schiffer Rayhiştağa teşkili mehâkimin tadili hakkında bir kanun projesi ile ceza işlerinde hukukun revşine dair (überden Rechtsgang in Strafsachen) bir kanun projesi tevdi etti. Bu teşebbüsün ilerilemesine haricen 1920 senesinin siyasî hadiseleri, dahilen de mutasavver ıslahatın (Reform) esaslarına karşı salâhiyettar makamlarda yükselen itirazlar mani oldu.

Bu meşakkatli yoldaki ilk merhaleyi Alman adliye nazırı (Radbruch) un 19 haziran 1922 tarihile Rayhisrata tevdi ettiği ve Alman adliye nazırı *(Héinze)* [2] nin hemen hemen bir sene kadar sonra 29 mayıs 1923 te pek çok değiştirilmiş bir halde rayhiştağa sevkeylediği ceza

[1] Mezkûr 369 uncu madde mucibince yapılan istisnaya göre ecnebi merci tarafından yapılmış olan «delillerin ahzi» ecnebi hukuka nazaran malûl olsa dahi Alman ahkâmına muvafık olduğu takdirde Almanyaca muteberdir. Mütercim

[2] Adliyemizde müşavir olarak hizmet etmiştir.

38

olduğu iddia edilebilir, şu sebepten ki şuursuz hafıza uzun bir tecrübe silsilesine istinat eder.

Başkalarının hafızalarından istifade edilmek istenildiği zaman yapılacak mühim işlerden biri de - hafızanın saklamış olduğu müteaddit resimler arasındaki ittisal hatlarını aramaktır. Herkes kendi hafızasına nasıl yardım ettiğini bilir. Mahfuzatımızı biribirine ekleriz, mahfuzatımızdan her biri bir takım mu'tâlar verir, o mu'tâlar da diğer mahfuzatımızı hazırlamağa yardım eder. Bilfarz bir malı ne zaman satın almış olduğumu birdenbire hatırlayamazsam başka bir hatıranın yardımile bulmağa çalışırım. Meselâ bu malı taşırken parmaklarım donmuştu derim: Demek ki kışın almışım. Sonra üşüyen elimi korumak için hemen bir yün eldiven aldım. Yün eldiveni geçen sene kullanmıştım: Demek ki malı geçen senenin kışında aldım. Eve geldiğimde filâncayı görmüştüm, Ankaradan gelmişti, tayin edildiği memuriyete gidiyordu. Gazetelerden o zatın ne zaman tayin edildiğini ve mahalli memuriyetine gitmiş olduğunu öğrenebilirim. ilâ... Böylece malı almış olduğum günü tamamı tamamına hatırlayabilirim.

Münevver bir adam hatıralarını bu tarzda bir iştirak ve içtima halinde kolaylıkla toplayabilir. Fakat bir çok beceriksizler vardır ki iki hatıra arasındaki ittisal hattını bir torlü bulamazlar, onları düşünmeğe davet ve onlara düşünmek için vakit vermek bir faide temin etmez. onlara yardım etmek lâzımdır, bunların verecekleri ifadelerin doğruluğu onlara yapacağımız yardımda göstereceğimiz maharetle mepsuten mütenasiptir.

Şahidin yaşadığı muhit ve vaziyeti içtimaiyesi naima nazarı dikkatte tutulmalıdır. Bir köylünün hatırası ancak ziraati alâkadar eden hadiselerle tazelendirilebilir. Bir ihtiyar kadının hafızası için dinî günlerle kandil veya bayramlarla ve bunlara taallûk eden kamerî aylarla kasımlar ve nevruzlarla tazelendirilebilir. İşsiz, güçsüz bir adamın hafızası yapılmış dedi koduların yapıldığı zamanları hatırlatmakla tazelenir. Fakat bu saydığımız gibi bariz hassaları olmıyan adamların hafızalarını tazelendirmek için en iyi usul onlarla konuşmak ve bu muhavereler yardımile kaı'î mu'tâlara varmaktır. Bu da tecrübe ile öğrenilecek şeydir. Bilfarz zamanı doğru olarak bulmak çok lâzım ise zabıtnameye hafızanın kayit ve muhafaza etmiş olduğu bütün hadiseleri yazmak lâzımdır. Çünkü bu sayede zamanın tayini, diğer hadiselerin aynı zamanda cereyan eylemiş olmasının doğruluğuna muallâk kalır. Meselâ: « A hadisesinin B hadisesile aynı zamanda cereyan eylemiş olduğu doğru ise ve B hadisesi de C mahallinde cereyan eylemiş bulunuyorsa şahit D de o zaman C de bulunuyor idise A hadisesinin de C de cereyan eylemiş olacağı

doğrudur.» B hadisesini, zaman ve mahalli cereyanını herkes kolaylıkla tetkik ve tahkik eyleyebilir.

Hafızaya, hatırlamasında yardım etmek çarelerinden en mühimmi ayni vaziyet ve şeraite rücu etmektir. Hemen hepimiz hayatımızda bir kaç kere « evden çıkarken filân işi yapmağa niyet eylemiştim amma aksi şeytan tamamile unutmuşum eve dönünce tekrar aklıma geldi» demişizdir. Fakat hepimiz sokakta iken aklımızdan tamamile çıkmış olan şeyin eve gelince aklımıza tekrar gelmiş olması esbabını araştırmağı ihmal etmişizdir. Sebebi şudur ki; evde, sokağa çıktığımız zaman yapacağımız işi düşünürken beş hissimizin hasıl etmiş olduğu duyguları eve döndüğümüz zaman tekrar şuursuz bir surette hissetmeğe başlıyoruz; filhakika eve döndüğümüzde aynı eşyaları aynı yerlerde görüyoruz, demek ki gözlerimizin sokağa çıktığımız zaman yapacağımızı düşünürken gördüklerini eve dönüşümüzde tekrar görüyoruz. Gene eve döndüğümüzde kulağımız sokağa çıktığımız zaman yapacağımızı düşünürken işitmiş olduğu bilfarz saat rekkasesinin ahengini tekrar işidiyoruz. Gene vücudümüz koltuğumuzun rehavetkâr tesirini duyuyor.. ilâ.. Prôfesör Grashey diyor ki: « Çok mühim bir kanun vardır, gışayı dimağî üzerine aynı zamanda tesir eden duygular biribirine bağlıdır.»

Fikirlerin bu şirket hali büyük bir ehemmiyeti haizdir. Hislermizin bazı duyguları bahusus aldığı tesirleri doğruca muhafaza eden şammemizin duyğuları, şahidi olduğumuz eski hatıraları bize hatırlatmak hassasını haizdir. Binaenaleyh hafızamızdan büsbütün silinmiş olduğunu zannettiğimiz hatıralar beş hissimiz üzerinde yapacağımız tesirlerle yavaş yavaş zahmetle de olsa gene tazelendirilebilir. Bütün mesele bu kaide ve müşahedelerden ameliyatta istifade edebilmek çaresini bulmaktadır. Binaenaleyh şahidin meşhudu olan vak'ayı mümkün olduğu kadar doğruca hatırlaması lâzım olduğundan şahidi, vak'ayı müşahede ederken bulunmuş olduğu vaziyet ve halde bulundurulmalıdır. Bunun için şahidi yalnız vak'a mahalline götürmek kâfi gelmez, vak'ayı müşahede ederken muhat bulunmuş olduğu vaziyet ve hali de iade etmek lâzımdır. Aynı saati, hatta mümkün ise aynı mevsimi intihap etmelidir; tiyatro sahnesine benzetmeğe çalışmaksızın eski hal mümkün mertebe doğru olarak iade edilmelidir. Mürekkep ve karışık işlerde bir adamın hareketinin takip etmiş olduğu seyri tayin edebilmek veya müteaddit adamların kısa bir zaman zarfında yapmış olduğu fiilleri tayin edebilmek, arzeylediğimiz bu usule müracaat ile mümkün olur.

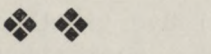
Bir fiilin müteaddit safhalarını hafıza ianesile hatırlamağa muktedir değiliz. Fakat bizi o filin cereyan eylediği yere götürürler ve cereyan eylediği ahval ve şerait içine koyarlarsa o zaman kolaylıkla hatırlayabiliriz.

370

Binaenaleyh bu usule müracaat edildiği zaman şayanı hayret neticeler elde ediliyor. Mustantiğin odasında bir şey hatırlayamıyan kimseler vak'a mahalline gittikleri zaman değişiyorlar. Evvelâ teferrüatı hatırlıyorlar, sonra esaslı cihetleri tamamen veya kısmen hatırlamağa başlıyorlar. Yalnız vak'a mahalline götürülmüş bir şahide hemen ilham vaki olacağını zannetmeğe kalkışmak hata olur, şahide düşünmek için bir az vakit vermelidir. Şahitle mahal hakkında ve hatta ehemmiyetsiz şeyler hakkında konuşmağa başlamalıdır; ondan sonra vak'ada mühim olan cihetten veya şahidin hatırlayabildiği şeylerden bahsetmeli; böylece şahide bütün görmüş olduklarını hatırlatmak mümkün olur. Yalnız şahide telkinde bulunmaktan şahidi bilmediği şeyleri söylemeğe sevkedecek telkinlerde bulunmaktan behemehal içtinap etmek lâzımdır. Onun için gene en iyi çare şahitten bazı va'alar saklanarak sualler irat etmektir. Unutmamalıdır ki hafızanın da serapları vardır. Filhakika serap yalnız çöllerin malı değildir. Bazı hiç görmediğimiz şeyleri görmüş olduğumuzu zannederiz. seraplı hafızalar mutlaka hasta hafızalarda değildir. Arzeylediğimiz gibi serap yalnız çöllerin yorgunluk ve meşakkatlerine verilmiş aldatıcı bir deva değildir. Cismen ve fikren yorgun olan sıhhatli ve salim adamların da hafızalarında seraplar hasıl olur. Hafıza bahusus «mahal» de çok aldatır.

Bazen hiç gitmemiş olduğumuz bir yeri seyrederken bize o yeri vaktile görmüşüz gibi bir his gelir. Bu hata müteessir olmuş bir şahitte çabuk vukua gelir ve çok tehlikeli neticeler verir.

Ribot'un garip gözüken şu mühim sözlerine dikkat ediniz: «Unutmak hafızanın bir icabıdır.» Bu sözlerile Ribot demek istiyor ki hafızada ancak bir miktar bir şey hıfzedilebilir: Eğer hafıza ehemmiyetsiz şeylerle doldurulursa ehemmiyetli şeylere yer kalmaz; ehemmiyetli şeyler ancak ehemmiyetsizleri unutmak şartile hıfzedilebilir. Ribot'un koyduğu bu kaideyi şahidin hafızasında tâli derecede ehemmiyeti olan şeylerden pek azını hatırlatmak suretile tatbik eylemelidir; fakat müşkül olan cihet ikinci derecede ehemmiyeti olan şeylerden ancak mühim olan şeylere esas olabilecek ve mühim olan şeylere intikale müsait olabileceklerini seçebilmektedir.



II. — Hususî hükümler

a) Heyecan, müşahedelerde hataya sebebiyet verir.

İnsanlar en ehemmiyetsiz şeyleri bile muhtelif tarz ve şekillerde ahzü talâkki ederler; hatta müşahede edilen fiillerin müşahitlerde, onların sükûnet ile müşahede eylemelerine mani olacak heyecanlar uyandırabileceği aslâ varit olmadığı takdirde dahi müşahedeler tahalüf eyler; Eğer ahval ve vaziyet müşahitlerde heyecan, haşyet ve korku hasıl edebilecek mahiyette ise artık müşahitlerin doğru müşahede edebilmelerine imkân olmaz. Bu iddia bir çok misallerle teyit ve isbat edilebilir o misallerden biri olmak üzere (Marie Stuart) ın idamına ait safhalardan olan şu tarihî vak'ayı zikredebiliriz: 1830 ile 1840 seneleri arasında (Marie Stuart) ın tabutu açtırıldığı zaman kıraliçenin idam edilirken iki satır darbesi yemiş olduğu görüldü. Bunlardan biri yalnız ensesine tesir etmişti; ikincisi başı gövdeden ayırmıştı. Halbuki bu idama dair hakikaten doğru ve çok mufassal yazılar yazılmış idama ait en ufak teferruat nakledilmiş olduğu halde hiç kimse celladın kıraliçeyi idam için iki kere kılıç havale etmiş olduğunu fark edememiştir. Eğer seyircilerden biri bunu fark etmiş olsaydi bu tafsilât mutlaka kayıt ve nakil edilirdi. Fakat seyirciler okadar heyecan halinde idi ki hiç biri celladın havale ettiği yanlış darbeyi fark edememiştir ve bu adamlar şahit olarak mahkemeye celp edilse idiler mutlaka hepsi de kıraliçenin başının göğdesinden bir kılıç darbesile ayrılmış olduğunu yemin ederek nakil ederlerdi. Avusturya hâkimlerinden (Hanns Gross) diyor ki: «Bir idam vak'asında bulunuyordum. Cellat bilmem neden ellerine eldiven geçirdi. İdamdan sonra, idamda hazır bulunan dört resmî zata celladın giymiş olduğu eldivenin rengini sordum. Biri siyah dedi; ikincisi açık kurşunî dedi; üçüncüsü beyaz dedi; dördüncüsüne gelince celladın elinde kat'iyen eldiven yoktu iddiasını dermeyan eyledi. Gariptir ki bu dört zat ta siyasetgâhta ve sehpanın yanında bulunuyorlardı ve dördü de tereddütsüz cevap verdiler ve çok iyi görmüş olduklarını iddia eylediler.»

Gene (Hanns Gross) diyor ki: «Daima vukur ve sakin halli olan tanıdıklarımdan eski bir asker şahidi olduğu bir şömendifer kazası hakkında bana malûmat verirken dedi ki: Ölenlerin adedi en aşağı yüz kişidir. Bulunduğum vagon yarı yarıya parçalanmıştı, ben vagondan çıkarken şömendüfer tekerleklerinin kesmiş olduğu kafalar şose boyunca yuvarlanıyorlardı. Hakikatte ise bir kişi çiğnenmiş ve beş kişi de yaralan-

322

mıştı. Bundan ötesi her zaman sakin olan bu adamın duyduğu haşyet ve korku ile tahrik edilmiş olan hayaletin zâdesi bulunuyordu. Aynı şömendifer kazasında pehlivan, yapılı, genç, kat'iyen sinirli olmıyan bir adam harap olmuş vagondan atlar atlamaz tarlaların arasından koşaraküç çeyrek saat mesafede olan civar kasabaya kadar gitmiştir. Bu adam korkusundan yoldan çıkmış olan lokomotifin kendisini takip etmekte olduğunu görür ve işitirmiş ve hayaletin oyuncağı olan zavallı, lokomotifin takibinden kaçmak için koşarmış. Adamcağız o kadar koşmuştur ki bu koşma neticesi ciğerleri iltihaplanmış ve bir kaç ay sonra bu iltihaptan ölmüştür.»

(Hanns Gross) tarafından nakledilen bu müşahedeler bize korkmuş bir adamın neler işitmek ve görmek kabiliyetinde olduğunu iyice izhar eder. Korku esnasında bir lokomotif teferrüatile görülebiliyor ve bu görgü insanı bütün kuvvetile koşturtabiliyor.

Gazetelerin naklettikleri şu vak'a da şayanı dikkattır. «Norveç hapishanesinde Gudor isminde şerir bir katil gezinti esnasında gardiyanın üzerine atılarak kaçmıştır. Gardiyan Gudor'un elinde uzun bir biçağın parlamakta olduğunu görünce kaçmıştır. Gudor yakalandıktan sonra dakik bir tahkikat yapılmıştır; meğerse herifin elindeki balık imiş; zavallı gardiyan korkusundan balığı biçak gibi görmüş.»

Hâkimler bu müşahedelerden istifade eylemelidirler. Eğer aynı vak'a, müteaddit kimseler şahit bulunuyor ve bunlardan yalnız biri harikulâde bir şey görmüş olduğunu iddia ediyorsa bu kimsenin şahadetinden şüphe etmek lâzım gelir. Fakat şahit bir olursa görmüş olduklarının yanlış olduğunu ne ile isbat edebileceğiz. Acaba hiç bir hâkim hayalini hakikat diye alan ve anlatan tek şahidin söylediklerinden maznun için elim bir netice çıkartmamış mıdır? Bu gibi bir felâkete düşmemek için ne yapmalıdır? Bunun için her şahidin sözünü diğer şahidin sözile mürakabe etmek lâzımdır. Şahit tek ise «şayanı itimat bir kimsedir. Her halde doğruyu söylüyor.» diyerek vicdanını tatmine çalışmamalıdır. Şahit tek olursa söylediğini kat'iyen nazara almıyarak vak'ayı yeniden inşaya çalışmak lâzımdır. Eğer şahidi dinlemeden evvel vak'ayı yeniden inşa daha kolay idise ve şahidi dinledikten sonra vak'ayı yeniden inşa daha güçleşiyor ise şahidin sözlerini bahusus bu şahadet maznun aleyhine yegâne delil teşkil ediyorsa mutlaka ihtiyatla talâkki etmek lâzımdır. Şahidin sözleri hakikate mugayir gibi gözüküyorsa ve şahit vak'ayı gördüğü zamanda heyecanlı bulunuyor idise müşahedesinin doğruluğunu çok dekik bir tarzda tetkik etmek lâzım gelir.

Eğer şahidin sözlerinin hakikate mugayir olduğu pek bedihi bir tarzda gözüküyorsa tehlike o kadar çok değildir. Çünkü bu mugayeret bizatihi bizi ihtiyatkâr olmağa sevk eder. Tehlike hakikatı söylemiyen

şahidin sözlerinin hakikate muvafık olarak gözükmesindedir. Onun için işe şahidin söylediklerinin doğruluğundan şüphe ederek başlamalıdır ve ondan sonra şahidin vak'ayı müşahede ederken nasıl bir haleti ruhiyede bulunmakta olduğunu araştırmalıdır. Vak'anın şahitte uyandırdığı heyecan muvakkat olabileceği gibi mütemadi de olabilir.

(Hanns Gross) der ki: «Çocukluğundan beri tanıdığım ve hiç yalan söylemediğini bildiğim bir köylü hayatında ilk defa olarak büyük bir şehire gitmişti ve şehirde gördüğü şeylerden en ziyade hayretini mucip olan şey bir hayvanatı vahşiye meşheri olan seyyar cambazhane olmuştu. Köylü bana hayvanları ve hayvan mürebbisinin yaptıklarını anlattıktan sonra sonunda, dedi, büyük bir yılan geldi ve arslanı yutmak için arslanın üzerine atıldı. Ozaman çırçıplak vahşiler geldi; yılan ve arslan ile cidale tutuştular ve yılanı da arslanı da öldürdüler. Köylüyü, hakikate mugayir olan bu yılan hikâyesini bana anlatmağa sevkeden esbabı araştırdım ve buldum. Köylü seyyar Cambazhanenin kapısının üzerinde halkın nazarı dikkatini ve merakını celbetmek için asılmış büyük lâvhayı da hayretten mütevellit heyecanı arasında hakikaten cambazhanede yapılmış olan şeylerle karıştırmış ve o lâvhada yapılmış resim hafızasında cambazhanede geçmiş bir vak'a gibi menkuş kalmış.» Köylünün anlattıklarında yalan yoktur; fakat müşahedesinde yanlış bir talâkki vardır.

Gene (Hanns Gross) anlatıyor: «Zeki, müreffih bir köylü bana birgün adliye tabibinin sağırlığını nasıl harikulâde bir surette geçirtmiş olduğunu anlattı. Ve dedi ki: Doktor kulağımın içine baktı ve sonra büyük bir zahmetle siyah büyük bir böceğin vücudunu parça parça çıkartarak beyaz bir kâğıdın üzerine koydu; hayvanın başı, vücudu ve ayaklarının bazısı gözüküyordu. Sağırlığım da geçti. Bir kaç gün sonra doktora bu mucizevî tedaviyi nasıl yapmış olduğunu sordum, meğerse pek basit imiş. Köylünün kulağında kulak pisliği birikmiş ve bir tıpaç yapmış; doktor bu tıpacı çıkartmış, köylü sağırlığına pek müteessif imiş ve adeta ye'se düşmüş. Ameliyat esnasında çok korkmuş; ameliyattan sonra sağırlığı geçince çok sevinmiş ve bu muhtelif heyecanlar tesirile köylü kulağından çıkan pisliği böcek gibi görmüş.»

Burada köylü yalan söylemiyor, yalnız heyecanı doğru görmesine mani olmuş. Hüsnü şöhreti olan bu köylüler bir vak'ai cinaiyede şahit olarak dinlenseler ve söyledikleri bu derece hakikate mugayir olmasa herkes söylediklerine inanır.

b) Başta alınan bir yara dolayısile müşahedede husule gelen hata başları yaralanmış kimseler şahit olarak dinlenir iken çok ihtiyatlı bulunmak lâzımdır. İşin ehemmiyeti yaralı olan kimsenin ekseriya vak'anın yegâne şahidi olmasındadır. En hazık doktorlar bile yaranın dimağ-

324

üzerinde müessir olup olmamış olduğunu aslâ iddia edemezler. Dimağdaki «muhtelif merkezler» meselesi henüz halledilmemiştir.

Doktor Holland dimağ hastalıklarına ait eserinde bir gün büyük bir yorgunluk tesirile Almancayı unutmuş olduğunu hikâye eder.

Meşhur cerrah Abercrombie bir gün attan düşer ve başı yarılır. Düştüğü yerde bir doktor bulunmadığından yarasını cerrahlığın bütün icabatı dahilinde temizlemiş ve sarmıştır. Yarasını sararken san'atın en dekik cihetini bile unutmamış olan cerrah evli olduğunu ve çocuğu bulunduğunu unutmuştur.

Carpenter bir çocuğun tepesi üstü düşmüş olduğunu ve üç gün kendine gelememiş olduğunu söyledikten sonra derki: «Çocuk iyileştikten sonra çocuğun musiki malûmatını tamamile unutmuş olduğunu ve bundan başka hiç bir malûmatını unutmamış olduğunu gördük.»

(Hanns Gross) da atideki vak'aları anlatır:

a) Bir inek satın almak için pazara giden bir köylüyü yolda eşkıyalar ağır surette yaralamışlar ve üzerindeki parayı almışlar. Köylü ertesi gün sorguya çekildiği zaman başından geçen bütün vak'ayı tamamile anlattı ve doğru olarak anlattı. Yalnız eşkıyanın parasını çalmayıp satın almış olduğu ineği çaldıklarında ısrar eyliyordu. Köylüye pazardan bir gün evvel pazara giderken, inek almadan soyulduğunu ve yaralanmadan bir çeyrek evvel köylülerin kendisini görmüş olduğunu anlatmakta ısrar ettik. Köylü bizi dinliyor bir kaç dakika düşünüyor, sonra inatla başını sallayarak: «Zarar yok benim paramı değil ineğimi çaldılar, ineğin nasıl olduğunu bilmiyorum; kaça satın almış olduğumu bilmiyorum fakat yanımda inek olduğunu biliyorum.»

Bu vak'ada köylünün söylediklerinin hakikate mugayir olduğu gözüküyor. Fakat bu mugayeret gözükmese de adliye de aslâ çalınmamış olan bir ineği elinde bulunduran kimseyi araştırmağa koyulsa idi ne olurdu ?

b) Bir değirmenci çırağı bir kavga esnasında kafasına kuvvetli bir darbe yemiş; darbe o kadar kuvvetli imiş ki adamcağız epice zaman kendini kaybetmiş ve kafa tasında sakatlık hasıl olmuş. İki gün sora sorguya çekildiği zaman kendisine vuran kimsenin çok büyük boylu ve siyah sakallı bir adam olduğunu büyük bir itminan vekat'iyetle söylemiştir. Kavgaya karışmış olanlar arasında uzun boylu ve siyah sakallı kimse yoktu. Fazla olarak bir çok şahit vuranın kısa boylu sarı bıyıklı birisi olduğunu söyliyorlardı. Eğer işte başka şahit bulunmasa idi ve kavgaya karışanlar arasında uzun boylu ve siyah sakallı bir adam bulunsa idi mağdurun bu kat'î ve sarih iddiası karşısında o adamı tevkiften çeki-

125

nilmezdi. Mağdurun tanımadığı maznunu korumak ve kurtarmak istemesi de muhtemel değildi, çünkü mağdur kavga edenlerin hiç birini tanımadığı gibi maznunu da tanımıyordu. Değirmenci çırağı tamamile iyileştikten sonra tekrar isticvap edildiği zaman o da maznun olarak şahitlerin maznun diye göstermiş oldukları adamı göstermiştir. İlk ifadesinin saikı soruldukta bayğın yatarken gözüne hayaletler gelmiş; kendisine, uzun boylu siyah sakallı bir adam kendisini yatağından zorla çekip almak istiyormuş gibi bir his gelmiş; ilk ifadesi bu hissin tesirile söylenmiş.

c) (Hans Gross) un samimî ve sözüne itimat ettiği dostlarından bir marği bir gön dostlarile birlikte amcasının arazisine gidiyormuş. Bir çok dağlardan geçmek lâzım geldiğinden fırsattan istifade geyik avlamak isterler, Margi bir kayanın üstünden inerken düşer bacağı kırılır ve kafa tası sakatlanır ve kendisini kaybeder. Amcasının şatosuna bu bayğın halde getirilir ve bir hafta mütemadiyen baygın, kendini bilmez bir halde kalır. Bu sukutun şayanı hayret neticesi şu olmuştur, Margi ne düştüğünü ne de sukutuna tekaddüm eden bir buçuk saat evvelinden itibaren geçen vak'aları kat'iyen hatırlayamamasıdır. Margi hareketlrinin, dağa çıkışlarının, mükâlemelerinin en ufak teferruatına kadar hepsini hatırlıyor. Yolda dostlarına kendisine av hatıralarından bir kaçını hatırlatan bir ağacı göstermiş olduğunu da hatırlıyor. Bundan sonrasını kat'iyen hatırlıyamıyor, halbuki ondan sonra sukuta kader geçen bir buçuk saat zarfında mühim şeyler konuşulmuştur. Yemek yenmiştir, (sudan başka da bir şey içilmemiştir) bir av tertibinden bahsedilmiştir. Üzerinden düştüğü kayanın üstüne çıkmıştır ve nihayet düşmüştür. Sukut bütün bu şeyleri hafızasından tamamile silmiştir.

Diğer şayanı hayret cihet de Margi evinden hareket ederken annesi amcasına tarafından söyleyeceği şeyleri tenbih etmiştir. Margi bayğın ve kendini kaybetmiş bir halde amcasının şatosuna götürüldüğü zaman amcası haşyetle Marginin ismini söyleyerek bağırmıştır. O zaman Margi, annesinin amcasına söylemesini tenbih etmiş olduğu sözleri pürüzsüz olarak ve ayılmaksızın tamamile baygın halinde söylemiştir. Bu vak'a cinaî bir vak'a olsa idi Marginin baygın halinde amcasına söylemiş olduğu doğru şeylere mutlaka hezeyan denir ve doğruluğu kabul edilmezdi veyahut bukadar doğru söyleyen maznunun baygınlık haline inanılmazdı.

d) Büyük memurlardan biri araba ile gezerken atlar ürker memur arabadan dışarıya düşer; başından tehlikeli surette yaralanır ve ıssız olan yolda yarım saat kadar kendinden geçmiş bir halde kalır. Yarım saat sonra kendine gelir ve yaya olarak civarda ikamet eden dostlarından birinin evine gider. Hiç kimseye gözükmeden ve kimseye haber

vermeden yemek odasına girer ve oradaki kanepenin üstüne oturur; bir saat sonra - vakit öğleden sonra idi - ev sahibi memuru yemek odasında görür ve konuşmağa başlarlar. Memur gayet makul ve mantıkî bir tarzda konuşuyordu. Yalnız muhavere esnasında ev sahibi misafiri Memurun sabahtan beri evde olduğu veya yemeği burada yemiş bulunduğu kanaatinde olduğunun farkına varmıştır. Bu doğru değildir. Biraz zaman sonra ev sahibi memurun kafasındaki yarayı görür ve sorar. Memur kat'iyen kafasında yara olduğunu bilmediği gibi ne kazayı ne de başka bir şeyi hatırlıyamamıştır ve sabahtan beri burada bulunduğunu iddiaya koyulmuştur. Geceleyin memura yarasının yaptığı ateş gelmiş ve sayıklamağa başlamıştır.

Bu vak'a cinaî bir vak'a olsa idi, memur zabıtaca maruf bir hırsız olsa idi ve eve nasıl girmiş ulduğunu hatırlayamadığını söylese idi inanılır mı idi? Memur bir cinayetin mağduru olsa idi vak'ai cinaiyeyi kat'iyen hatırlıyamıyacaktı ve adliyeyi beyanları ile hataya sevk edebilecekti.

e) Bir mühendis yaşlı bir adam ile bir nanın önünden geçerken handan birdenbire bir asker çıkmış ve mühendisin üzerine atılmıştır. Bir kaç sarhoş asker handa kavga etmişler, bunun üzerine hancı tarafından dışarıya çıkartılmışlar ve içlerinden biri oradan geçmekte olan mühendisin kafasına müthiş bir kılıç zarbesi havale eylemiş; askerler arasındaki kavga bununla da bitmemiş, Mühendisin yanındaki yaşlı zat kavganın devam etmekte olduğunu görünce kaçmış ve civar köyden imdat aramağa gitmiş. Tekrar köylüler ile beraber hana döndüğünde mühendisi orada bulmuş. Mühendis başından geçenin kat'iyen farkında değilmiş ve hatta arkadaşının neden kaybolduğunu nereye kitmiş olduğunu bir türlü anlayamazmış. Uğradığı hücuma ve aldığı yaraya inanmıyormuş. Halbuki yara da pek derinmiş.

Bir yara almadan evvel geçen vekayii unutmak, yıldırımla vurulmuş adamlarda da gözükür.

f) 28 mart 1893 tarihinde mektep muallimi (Brunner) isminde bir adamın evinde hırsızlık kastile bir katil yapılmıştı. Muallimin iki çocuğu bağçe bellemeğe mahsus bel ile öldürmüştu. Muallimin karısı ve hizmetçisi de ayni bel ile çok ağır bir surette yaralanmışlar ve baygın, kendini bilmez bir halde bulunuyorlardı. Diğerlerinden ayrı bir odada oturan muallim sorguya çekildiği zaman fazla bir şaşkınlık gösterdiğinden ve söyledikleri de çok garip şeylerden olduğundan fiilin maznunu zannedilmiştir. Karısının aklı başına gelince o da sorguya çekilmiş fakat «derin bir uykuda idim, yatakta bir ıslaklık duydum hava aydınlaşmağa başlamış olduğundan ıslak şeyin kan olduğunu gördüm, tekrar kendimi kaybettim» demekten başka bir şey söylememiştir. Kendisine binlerce sual sorulduğu halde ne zaman yaralandığını, kimin tarafından yaralandığını, nasıl yaralandığını bir türlü söyleyememiştir. Yaralarının hepsi de başında imiş. hatta ya-

ralı olduğunu kendisine bir üçüncü şahıs söylemiştir. Nihayet zabıtnameyi yazarlar ve imzalaması için kendisine uzatırlar. Kadın (Marie Brunner) diye imza atacak iken tereddütsüz bir surette (Mari Guttenberger) diye imza etmiştir. müstantik (Gutenberger) isminin karının kız iken taşıdığı kendi ailesinin ismi olmasında şöphelenmiş; tahkik etmiş bakmış ki o da değil. Ondan sonra (Guttenberger) isminin neden kadının kalemi ucuna gelmiş olduğunu ve kim olabileceğini araştırmağa koyulmuş. O zaman (Guttenberger) in muallimin eski hizmetçisinin aşıkı olduğunu ve muallim tarafından ahlaksızlığından dolayı evden kovulmuş ve eve girmesi kendisine menedilmiş olduğunu öğrenmiş.

(Guttenberger) müstantiğin emrile tevkif edilince her şeyi itiraf eylemiştir.

Muallimin karısı Madam (Brunner) sui kaste uğradığı zaman maznunu tanımış fakat kafasına aldığı yaraların tesirile her şeyi unutmuş. Yalnız tamamile unutmamış vak'anın hayali ve (Guttenberger) isminin vak'ada bir ehemmiyeti haiz bulunduğunu pek mühim bir surette kendisinde menkuş kalmış. (Guttenberger) ismini kendi ismi gibi zikrederiken bu ismin vak'adaki ehemmiyetini kendi kendine müphem bir tarzda ihtar etmiş oluyor.

Baştaki yaraların ehemmiyeti yalnız mağdur şahitlerin ifadeleri üzerinde yaptığı tesirle kalmaz. Katillerin de çok eskiden beri başlarında husule gelmiş ve çoktan beri iyi olmuş yaralarının irtikâp ettikleri fiilde tesirleri olduğu farkolunuyor. (Delbruck) şuurunda hastalık olan 58 mahbustan 21 inin başında eski yara yerleri bulmuştur. 214 caniden 73 ünün başında eski yaraların izlerini bulmuştur. İdam edilen bir caninin beşında 14 yaşında yediği bir at tekmesinin husule getirmiş olduğu gayri tabiilikler görmüştür.

c) Şahitlerdeki dimagî terbiye ve dımagî terbiye derecesinin tehalüfü müşahedelerinde tehalüf husule getirir.

Şahitlerin sorgusunda hâkim için en esaslı müşkülât sözlerin kıymetini takdir etmektedir. Şahitlerin yalan söylemez namuslu adam olmalarını öğrenmek, bilmek kâfi değildir. Mesele şahitlerin ifadelerinde gözüken tehalüfün neden ileri geldiğini araştırmak ve öğrenmektedir. Şahitlerin hepsi de doğruyu söylemek istedikleri halde neden başka başka söyleyorlar; Eğer doğru muşahede edebilselerdi mutlaka hepsi de aynı şeyi söyleyecekti. Binaenaleyh ayrı ayrı söylemelerindeki sebepler nedir?. Bu sebebi araştırmadan evvel hâkim, müstantik şahidi sorguya çekerken bizzat kendisinin hata işleyin işlememiş olduğunu bilfarz şahitten lüzumundan fazla istemiş olup olmadığını araştırmalıdır. Herkes iyi müşahit ve râsıt olamaz binaenaleyh bazı teferruatı görememiş şa-

328

hide istenildiği kadar sual sorulsa boştur. Sonra bu gün vak'anın bize mühim gözüken bir ciheti o zaman şahide mühim közükmemiş olur.Meselâ şahit bir adamın bir evden çıktığını görmüştür. Şahidin o adamı sokaktan geçen her adamı gördüğünden fazla görmesine bir sebep yoktur. Amma o adam belki çıktığı evde bir cinayet işlemiştir. Olabilir! Fakat zavallı şahit binlerce sualin işkencesi altında inletilir durulur; daha fenası şahit zorla ifadede bulunmağa sevk edilmiş olur. Binaenaleyh bir çok şahit olup ta sözlerinde tehalüf olursa ve bu tehalüf müstantiğin hatasından ileri geliyor ise sebebi ikiden halî değildir: Ya şahitlerin sorgusu yeknesak olmamıştır, yahut sorgu usulü fena kullanılmıştır.

Birinci tarzda işler böyle geçmiştir; ilk şahit sorguya çekilmiştir. Şahit fazla bir şey bilmiyor ise öteki şahitlerden öğrenmek tesellisile fazla bir şey sorulmamıştır. Fakat diğer şahitler de dinlenildikçe ve onların da fazla bir şey bilmedikleri görüldükçe hâkim sabrını kaybeder ve bir şey bilmiyen şahitlerden bir şey öğrenmeğe çalışır. Sualler artar, tabiî cevaplar da artar fakat sözlerin doğruluğu bu ziyadenin nisbetinde bozulmağa başlar. Ondan sonra ifadeler mukayese edilmeğe başlanınca şahitlerin sözlerinin biribirini tutmadığı gözükür. Çünkü şahitler yeknesak bir halde sorguya çekilmemişlerdir ve şahitlerin her biri başka bir tarzda tazyik edilmişlerdir. Şahitler fena görmemişlerdir, yalnız mustantik onları fena isticvap etmiştir. Bu sözler ile müstantikleri sorgularını lâkaydî ile yapmağa sevketmek istemiyoruz. tecrübe ile sabittir ki köylüler ve hayat hakkında bilgileri olmıyan cahil ve görgüsüz şehirliler, bahusus cahil kadınlar ifadelerini ya görgüsüzlüklerinden veya korkularından bir şey bilmediklerini söylemekle başlarlar. Bunlar ancak sorgu ianesile söyletilebilirler. İhtimam ve isabetle sormak başkadır ve şahide bilmediğini söylemek için suallerle tazyik etmek gene başkadır.

Fakat şahitler hakikaten yeknesak bir tarzda isticvap edilmiş olduğu halde mütehalif ifadelerde bulunuyorlarsa mutlaka şahitlik kabiliyetlerinde tehalüf ediyorlardir. Bu tehalüf te daima şahitlerin vak'ayı müşahede hususundaki kabiliyetlerinin tehalüfünden ileri gelmez. Filhakika şahitler çok kere cinayetten kendilerinin mes'ul tutulacağını zannederler. Bu korkuları bazen vak'ada göstermiş oldukları teseyyüpten ileri gelir. Bu takdirde şahit hakikati kendi menfaatine tevafuk eyler şekilde söylemeğe çalışırlar. Bu da bazı teferrüatta onu ısrar eylemeğe, bazı teferrüat hakkında sakit kalmağa ve vak'ayı başka tarzda tertibe sevkeyler.

Mustantik hayali vasi bir adam olup ta kendisi gibi hayali vasi bir şahit önünde bulunuyorsa o zaman tahkikat çorbaya döner. Bu takdirde müstantik vak'a hakkında cür'etkâr tertipler yapar, bu tertipleri şahide

329

bildirir; şahit ruhî meyline tebean bu tertipleri doğru olarak kabul eder ve ikmale uğraşır. Müstantik şahidin söylediği yeni teferruat hakkında yeni tertipler yapmağa başlar ve ondan sonra ne müstantik şahidin kendisine söylemiş olduklarını bilir ne de şahit sorguya çekilmeden evvel bildiklerini hatırlar ne de mustantik ile birlikte vak'anın uydurmuş oldukları kısımlarını hakikaten görmüş olduklarından tefrik edebilir.

Namuslu bir şehadetin bu hale düşemiyeceğini, ne olursa olsun hakikatten ayrılmıyacağını farz ve tahmin etmek hatadır. Çünkü çabuk müteessir olan bir insanın hayaletin nelere kadir olabileceğini tasavvur edememeğe delâlet eyler. Bu takdirde herkesin diğerinin nüfuz ve kudretine sarılacağını da göz önüne getirmek lâzımdır. Hâkim, vak'ayı bildiğine itimat eylediği şahidin nüfuz ve kudretine sarılır, şahit te kanunları iyi bildiğine emin olduğu hâkimin nüfuz ve kudretine dayanır ve böylece biri diğerinin nüfuz ve kudretinde hayaletin dizginlerini istediği gibi salıvermek sebeplerini bulur ve bu hal de her ikisinin hoşuna gider.

Bu söylediklerimizin hakikatine kail olmak için çabuk müteessir olan insanlar görmedikleri, işitmedikleri şeyleri söyletmeğe kolaylıkla sevketmek mümkün olduğuna dikkat etmek kâfi gelir. Bu gibi şahitler doğruyu söylemek arzui samimilerine rağmen ilk fırsatta sağa, sola kaçmaktan fariğ olamazlar ve nihayet söylediklerinden hangisini hakikaten görmüş ve hangisi hayal eylemiş olduklarını kendileri bile ayırt edemezler. Müstantik, hele kendisi de hayal sahibi ise bu gibi şahitler muvacehesinde çok ihtiyatlı, çok donuk kalmalıdır.

Fakat şahidin kendisi donuk, az söyler ve söylediklerini tartar ise alâka göstermemesi dolayısile yalnız söylemeğe mecbur olduğu şeyleri söylemekle iktifa eder bir kimse ise müstantik hayal sahibi bir şahide karşı istimal edeceği usulün tam aksi bir usul takip eylemelidir. Fakat bu usulü, şahidi söyleyinceye kadar sıkıştırmak suretinde kabul eylemek hata olur. Hayir şahit sıkıştırılmıyacak, şahit birlikte alınıp götürülecektir, birlikte sürüklenecektir. Bunun için de müstantik şahide, kendisine verilen ehemmiyeti kendisine hasredilen zamanı ve bu zamanın kıymetini ihsas etmeli. Vereceği ifadelerin ehemmiyet ve kıymetini anlatmalı, her şeyi doğru olarak söylemesinin ne kadar lâzım olduğuna kendisini ikna eylemelidir. O zaman şahit müstantik ile müstantiğin meşgul olduğu işi anlarsa yavaş yavaş canlanmağa başlar ve iyi düşünmek, iyi hatırlamak lâzım olduğunu idrak eyler ve aklına yavaş yavaş gelmekte olan hatıraları anlatmağa başlar, Müstantik bu sırlar bu meharetler ianesile en kayıtsız şahitten en kıymettar ifadeleri güçlükle de olsa gene de alır.

Bunun içindir ki müstantik evvel emirde karşısındaki şahidin tabi-

ätını anlamalı ve tesbit eylemelidir. ondan sonra şahidin sorgusunda o şahidin tabiatına tevafuk eyliyen usulü kullanmalıdır. Fakat şahidin tabiatını anlamak için o şahidin fikri halini ve karakterini esas olarak almak kâfi gelmez; mevkii içtimaisini, meyillerini dinî, içtimaî ve siyasî fikirlerini ilâ.. de nazara almak lâzım gelir. Bir çok kimseler, en feci ve ağır vaziyetler karşısında ve hakikate kat'iyen ihanet eylemek arzusunu beslemedikleri halde bile dinî, siyasî ve içtimaî hallerinin mesleklerinin tesirine kendilerini kaptırmaktan azade olamıyor; bu kimseler bir çok teferruatı, olduğundan gayri bir manada anlamakta ısrar ederler. Bu şahitler lehe şahit olmaları lâzım gelen hallerde aleyhe ve aleyhe şahit olmaları lâzım olan hallerde lehe dönerler.

Şahidin cinsiyetinin ve yaşının da ehemmiyeti vardır. Şahidin, şehadetine azçok ve şevk verecek yaşını kat'iyetle tayin etmek kolay değildir. Çünkü yaş insanı yapan, teşkil eden unsurlardan biridir; diğer unsurları da nazara almak lâzımdır. O unsurlar da insanın tabiatı ve dimağî terbiyesidir. Fakat yaş hakkında bazı kaideler vazedilebilir.

Bir manaya göre denebilir ki en iyi şahit çocuktur. (Yedi) yaş ile (dokuz) yaş arasında bulunan bir çocuk için kin, hırs ve riya dinî ve içtimaî düşünceler, mevki ve servet talâkkileri meçhul hislerdir. Çocuk ruhu saf bir ayna gibidir. Çekingenlik, asabiyet ve uzun bir tecrübe ile daha bozulmamıştır. Fakat bu menfaatlere mukabil mazarratlar da vardır. Bunun da en mühimmi anlayışımızı bir çocuğun anlayışına intibak ettiremeyişimizdir. Çocuk konuşurken bizim kullandığımız tabirleri kullanır, fakat o tabirlere bizim verdiğimiz manaları vermez. Sonra çocoklar eşyayı bizim talâkki ettiğimiz gıbi talâkki etmezler. Büyüklük ve küçüklük, sürat ve yavaşlık, güzellik ve çirkinlik, uzaklık ve yakınlık mefhumları çocuklarda ve büyüklerde biribirine benzemez. Bizim lâkayt kaiacağımız vak'alar çocuğu sevindirir veya korkutur; bizim için iyi veya elim olan vak'alar çocuğu müteessir etmez. Fakat bu vak'aların çocukta hasıl ettiği tesiri öğrenmemize imkân yoktur; müşkülât yalnız bununla kalmaz. Çocuğun ufku rüyeti bizim ufku rüyetimizden daha dar olduğundan bizim görüp işitebildiklerimizi çocuk görüp işitemez. Binaenaleyh çocuğa karışık bir dolandırıcılığın nasıl irtikâp edilmiş olduğunu yahut erkekle kadın arasında geçen zina münasebetinin nasıl tevessü etmiş olduğunu çocuğa soramayız. Çünkü çocuğun böyle şeyleri bilmediğini ve böyle şeylere akıl erdiremediğini biliriz.

Fakat diğer bir çok hususat dolayısile çocuğun müşahede kudretinin başladığı noktayı öğrenemiyoruz. Bu cehaletimizi bazen çocuğun anlayamıyacağını farz ve tahmin ettiğimiz şeyleri anlamakta gösterdiği ferasete hayranlık göstermek veya anlaması lâzım geldiğine kani olduğumuz şeyleri anlamamakta gösterdiği acze hayret etmek suretile ibraz

eyleriz, Ekseriyetle çocuğun kudretine emniyetsizlik gösteririz Çocuktan nadiren kudretinin fevkında bir şey bekleriz, fakat çocuk buna rağmen ekseriya kendisinden beklenilmiyecek derecede bilir ve müşahede eyler. Bunun içindir ki çocuğun yanında anlayamıyacağına emin olarak söylediğimiz şeyleri çocuk yalnız anlamakla kalmaz daha evvel işitmiş ve görmüş olduğu şeylerle de telif eyler. Yalnız şunu unutmamalıdır ki çocuk kastî, veya kastî bir tarzda icra edilmiş haricî tesirlere herkesten ziyade maruzdur. Eğer bir şahıs bir çocuğun mahkemede isticvap edileceğini öğrenir ve çocuğun ifadelerinden de iyi veya fena bir tarzda müteessir olacak vaziyette bulunuyor ve çocuğun üzerinde nüfuzu varsa mutlaka o nüfuzu kullanacaktır çocuk büyüklerin sözlerine çok inanır. Eğer yaşlı bir adam çocuğun üzerinde müessir olursa bahusus müşahededen çok sonra müessir olursa çocuk gördüğüne inanmayıp, ikna edildiği şeye inanır, eğer yaşlı adam ihtiyatla ve yavaş yavaş hareket ederse, böyle değil mi idi?» Gibi suallerle çocuğu istediği noktaya getirebilir.

Çocuk üzerine yapılacak tesir arzettiğimiz gibi kastî bir tarzda olmayıp gayri kastî bir tarzda da olabilir. Mühim bir vak'a olduğu zaman tabiidir ki o vak'adan çok bahsedilir, neticeler istihraç edilir ve başkalarının müşahedeleri anlatılır. Vak'ayı görmüş olan bir çocuk bu dedi koduları, bu muhavereleri işitirse, dinleye dinleye âlemin anlattığı sözleri kendi görgüsü ile karıştırmağa başlar.

Binaenaleyh bir cocuğu isticvap ederken çok ihtiyatlı bulunmak lâzımdır. Çocuktan maharetle alınmış bir ifade çok kıymetlidir.

Çocukluktan çıkıp ta daha büyük yaşlara basmış olanlar nazara alındığı zaman cinsiyet mühim bir fark ibraz eyler. Oğlan çocuk ile kız çocuk arasındaki cinsiyet farkı yalnız şekil harici ile gözükmez; her iki çocuğun ahval ve eşyayı müşahede tarzlarından da tecelli eyler. Zeki ve biraz büyümüş bir oğlan çocuk bilâ şüphe en iyi bir râsıttır. Cihan binlerce güzel şeyleri ile oğlan çocuğunu sarmağa başlar ve artık mektebin ve her günkü muttarıt hayatın ona öğrettiği şeyler ılık ve coşkun kalbini doldurmağa kâfi gelmez, bunun için her yeni hadis olmuş şeyi, her şayanı dikkat ve garip olan şeyi iki eli ile yakalamağa çalışır: Evin içinde husule gelen bir değişikliği çocuktan başka kimse farketmez; bahçedeki bir kuş yuvasını çocuktan başka kimse bulamaz; tarlalardaki bir gayri tabiiliği çocuktan başka kimse görmez: Hayatın yeknasaklığını aşan her şey çocuğu müstefit eder. Malûmatını tevsi ettirir ve keşiflerini kendilerine bildirdiği büyüklerin nazarını üstüne celbeder.

Oğlan çocuğunun fikri henüz hayat ihtiyaçları, hayat kavgaları, hayat

kasırgaları ve fitneleri ile inhiraf eylememiştir. Binaenaleyh çocuk fikrini şayanı kayıt gördüğü her şeye serbestçe terk edebilir. Oğlan çocuğunun hayatı henüz terbiye ile ihlâl edilmemiştir binaenaleyh her hangi bir olgun adamın görmesinden daha vuzuh ve daha ziyade bir vüsuk ile görür. Sonra çocuk yalandan nefret eder; gururu da vardır ve haklı çıkmak fırsatını kaybetmek istemez. Bu hisler dolayısile oğlan çocuk başkalarının ilhamına kapılmaz ve gördüklerini gördüğü gibi anlatmakta ısrar eyler. Tekrar edelim; zeki bir oğlan çocuk dünyanın en iyi şahididir.

Halbuki büyükçe kız çocuklar böyle değildir. Maatteessüf bu günkü terbiye sistemi ve biraz da cinsiyetin verdiği fıtret kız çucuğuna lâzım olan malumat ile mücehhez olmasına müsait olmuyor, gene bu itibarla kız çocular, rasıtlığın iktiza ettirdiği ve oğlan çocuklarında bulunan geniş görüşten de mahrum bulunuyorlar. Çünkü kız çocukları ailenin dar sahasından dışarıya çıkartılmazlar, annelerinin yanından ayrılamazlar. Halbuki oğlan çocuk arkadaşlarile birlikte çıkar ve sokakta, kırda ve ormanda eşyanın tabiî görünüşleri hakkında her türlü mülâhazalarda bulunur; Bu da fevkalâde bir tarzda tecellî edecek olan şeyleri görmek farketmek ve müşahede eylemek için en iyi bir çaredir. Oğlan çocuk babası ve arkadaşları ile hayatı yapan binlerce amelî şeyleri öğrenir. Halbuki kız çocuklar böyle midir? Kız çocuğu sokağa az çıkar. amele, esnaf ile hiç bir münasebette bulunmaz. Hayatı beşerin derinliklerine hayata ait münasebetler ianesile inilir, fevkalâde bir şey, tehlikeli gürültülü bir şey çıktığı zaman oğlan çocuk oraya koşar, kız çocuk ise korkarak kaçar ve bir şey görmez.

Kız çocuk, işe alâkadar olduğu veya bizzat kendisi işin merkezini teşkil ettiği zamanlar çok tehlikeli bir müşahit olur: Çünkü ya mubaleğaya kaçar, yahut uydurur. Bir kız çocuk kendisinden fazla bir merak ile meşğul olunduğunu görür ise gururlaşmağa ve işi büyültmeğe başlar.

Fakat şunu da itiraf etmeli ki bazı şeyleri de bir genç kızdan daha mahirane bilecek, daha mahirane tetkik edecek kimse yoktur. Hayaletin ihanetine, muazzipliğine duçar olmıyan bir kız en zeki bir oğlan çocuğundan daha iyi malûmat verir. Çünkü oğlançocuğunu mübaleğaya ve uydurmaya sevkeden sebep, aynı zamanda kız çocuğunu bazı şeyleri iyi müşahede etmeğe sevkeyler. Filhakika ne mektep, ne ev ne de hergünkü meşgalesi kız çocuğunun hayal ve rüyalarını bilmeğe kâfi bir gıda teşkil edemiyor. On iki yaşlarına gelmiş bir kız çocuğunda cinsiyet hisleri uyanmağa başlıyor, binaenaleyh etrafından bu hissini velev ki uzaktan olsun tatmin edecek hadiseler arıyor. Bu itibarla etrafta cereyan eden ufak muaşekaları bir kız çocuğundan daha iyi kimse keşfedemez. Hassasiyetindeki incelik ona tarassut etmekte olduğu iki kişinin yekdiğerine gösterdikleri muhabbetin nevini ve derecesini anlamağa müsaade eyler. Hatta sevi-

şen iki kişi biribirlerini sevdiklerini anlamadan evvel onları gözetleyen, onları müşahede eyleyen kız çocuğu anlar. Samimiyetlerinin doğuşunu görür ve biribirlerile ne zaman ilk defa konuştuklarını fark eyler ve hatta bunun ayrılığa veya mukarenete mi müncer olacağını bile kestirir. Güzel bir kadının, komşu bir delikanlının 12 yaşındaki bir kızdan daha ihtimamkâr bir bekçisi yoktur. Ne yaptıklarını, ne zaman çıktıklarını, nasıl giyindiklerini, kimlerle görüştüklerini kız çocuğundan daha iyi bilen kimse yoktur. Kız çocuk harekâtlarını takip eylediği adamların haleti ruhiyesini de müşahede eyler, keder ve sevinçlerinin, ümit ve yeislerinin farkına varır. Bu gibi mevzular üzerinde malûmat verecek en iyi şahit - söylemek istemeleri şartile - kız çocuklarıdır.

Tahaftır ki yetişmiş adamlar yani 18 yaşlarında olanlar, kız olsun erkek olsun iyi şahit olamazlar. Çünkü hayatın en mes'ut devrine gelmiş olan bunlar kendilerinden başka bir şey göremezler; bunun için de etrafı müşahede edemezler. Ümit ve mefkûre ile meşbu olan bu çağda bulunanlar yalnız kendileri ve arzularile alâkadardır, bunlar kendilerinden daha mühim bir şey bulamazlar: Filhakika o çağda bulunanlar için çocuklar geride ve uzakta bırakılmış şeylerdir, nihayet yaşamağa hakları olan ve fazla tetkike değerleri olmıyan şeylerdir; kırkında olanlar ile ihtiyarlar ise çoktan yaşamaktan, var olmaktan fariğ olmuş kimselerdir; bu itibarla vaptıkları lâkaydî ile karşılanabilir. Dünya baştan başa gençlerindir, gençleri yegâne alâkadar eden şeyler de mevcuttur. Bakisi ise meşgul olmağa değmez, değersiz nesnelerdir. Gençlik bedir halindeki, kemal halindeki kuvvetile cihanı tasarrufuna alan ve bütün eglencelerinde kendini gören gürbüz bir hodbinliktir.

Fakat kendisinden başka bir şey görmiyen delikanlı kazara görmüş ise müstakimane ve doğru bir ifadede bulunacağında aslâ şöphe yoktur. Çünkü hayatının buraları daha tab'ındaki istikameti yere serememiştir.

Hayatın evcinde insan halikının kendisine bahşettiği bütün kuvvetlere sahiptir. İyi veya kötü cihetleri kemaline varmıştır, hisleri inceleşmiştir, fikri tekemmül etmiştir, olğun bir kadın veya bir erkek görmek istediğini çok iyi görür ve anlatır. O yaşta olanların artık meslekleri, didinmelerinin gayesi, artık tavazzuh etmiştir. Bunun için böyle adamlar her mes'ele hakkında sarih bir vaziyet almışlardır. Bu sebepten dolayı olgun adamlar ifadelerinde kat'î olur. Bu söylediklerimiz iyi adamlara racidir. Çünkü bir adamın hırs ile en ziyade kıvrandığı, husumetlere en ziyade maruz kaldığı, en ziyade hodbin olduğu ve menfaati şahsiyesine düşkün bulunduğu zaman bu olgun zamanıdır. çünkü bu zamanda mevcudiyeti için daha geniş bir yer ayrılmasını ister, insan bu yaşta fa'al olduğu kadar da müddeidir. Bütün bu hırslar insanı gayri şuurî bir yalancı kılar, iyilikte olsun kötülükte olsun bütün kuvvetlerine sahip bir insan kadar müstantik için tehlikeli kimse yoktur.

324

- teker teker nazarı dikkate alındıkları takdirde - müruru zaman müddeti beş senedir. Fakat alacak hakkında müruru zaman vaki olunca mütedahil taksitler hakkında da - velev ki bunların üzerinden beş sene geçmiş olmasa bile - müruru zaman vaki olur.

Müddetler nasıl hesap edilmek lâzımdır? Müruru zamanın başladığı gün *(aics a quo)* nazarı itibara alınmaz.

Müddet, alacağın muacceliyet kesbetmesinden itibaren güzerana başlar. Binaenaleyh alacağın muacceliyet kesbeylemiş olduğu gün müddete dahil değildir. Yani bilfarz alacak 1 martta muacceliyet kesbetse müddet iki marttan itibar olunur. Müruru zaman vücut bulmak için müddetin sonuncu gününün de alacaklı tarafından kullanılmadan geçmiş olması lâzımdır. Meselâ 1925 martının ilk günü muacceliyet kesbeden bir alacak 1935 martının ilk gününün hitamında müruru zamana uğrar. 132 (T. B. K. 130) inci maddenin son fıkrasında «borçların ifası meselesinde müddetlerin hesabına müteallik kaideler burada da tatbik olunur» deniliyor. Şu halde, müddetin sonuncu günü pazara - bizde cumaya - veya tatil günlerinden birine tesadüf ederse alacaklının hakkı, tatili takip eden günün hitamından evvel zeval bulmaz.

IV. Müruru zamanın tevakkufu.

Kaideten müruru zaman, muaccel bir alacağın edasını talebe müteallik hakkın kullanılmaması halinde vaki olur ve burada alacaklı ile vereceklinin şahısları kale alınmaz. Bununla bazı hallerde mevcut vaziyeti mahsusayı nazarı dikkate alarak müruru zamanın durmasını kabule lüzum vardır.

Bu halleri teksir etmek ve bu suretle, umumun menfaatleri hilâfında, müruru zamanın hikmeti vücuduna zarbe indirerek efradın haklarını ilânihaye kullanmalarına mahal bırakmak doğru değildir. Bu düşünceye riayetendir ki asrî mevzuatı kanuniyede *(Contra non valentem agere non currit prescriptio)* kaidesine mevki verilmemiştir. Filhakika müruru zamanın husulüne rağmen küçüklük veya hakkın vücudüne vukufsuzluk yahut muhaberat ve nakliyattaki müşkülât gibi mazeretleri serde müsaade edilse kat'î olarak hiç bir müddet tesbitine imkân kalmaz.

Maahaza vazıı kanun alacaklı ile verecekli beynindeki muvakkat bazı rabıtalar dolayısile bazı hallerde müruru zamanı tatil etmeği muvafık görmüştür. Bu mütekabil vaziyet temadi ettiği müddetçe müruru zaman durur ve şayet henüz cereyana başlamamış ise ancak vaziyetin zevalinden sonra başlar.

335

Eğer müruru zaman müddeti kısmen güzeran oldu da sonra alacaklı ve verecekli arasında inkita sebeplerinden sayılan bir vaziyet tahaddüs eylemesi hasebile inkitaa uğradı ise bu vaziyet zail olunca müddet gene güzeran eder ve evvelce geçen zaman hesaba dahil edilir. Meselâ 10 senelik bir müruru zamanın altı senesi geçip te sonra tevekkufa uğradığı farzedilirse tevekkuf sebebinin zevalinden dört sene sonra müruru zaman vaki olmuş olur.

Müruru zamanın cereyanına mani veya cereyana başlamış ise durmasını mucip olan haller şunlardır:

I. Velâyet devam ettiği müddetçe çocukların baba veya analarına karşı olan hakları.

II. Vesayet devam ettiği müddetçe vesayet altında bulunanların vasî veya sulh hâkimi ve mahkemei asliye hâkimleri zimmetinde olan alacakları.

Bu iki halde müruru zamanı tatbik her türlü adalet kaidesine münafi düşeceği aşikârdır.

III. Nikâh devam ettiği müddetçe karı ve kocadan birinin diğeri zimmetinde olan alacakları.

Bilvesile burada Kanunu medeninin 173 (T. K. M. 165) üncü maddesini hatırlatalım: «Karı koca evlenmenin devamı müddetince kanunen muayyen haller haricinde yekdiğerine karşı cebrî icra talebinde bulunamaz.» Kanunen muayyen bu hallerde bile müruru zaman tevakkuf eder. Adlî talepler ile aile sükûn ve saadetinin izalesine mahal vermek doğru değildir.

Kanunen ayrılık halinde müruru zaman vuku bulabilir mi? Bu noktada müelliflerin fikirleri mütehaliftir. Fakat bizim noktai nazarımız müruru zamanın cereyan edemiyeceği manasındadır. Filhakika ayrılık, nikâhın zevali demek değildir. Velev ki gayri muayyen bir zaman için de hükmedilmiş olsa.

IV. İş mukavelesinin devamı müddetince hizmetçilerin istihdam edenlere karşı olan alacakları.

V. Borçlu alacak üzerinde intifa hakkını haiz olduğu müddetçe işbu nevi alacaklar; **Meselâ:** Ahmet Mehmetten alacaklıdır. Ahmet vefat ederken mallarının sırf mülkiyetini Ömere ve bu aynı mallardan intifa hakkını Mehmede bırakır. Bu suretle Mehmet, kendi zimmetinde mevcut bir alacak üzerinde intifa hakkı iktisap etmiş olur. Borç muacceliyet kesbetse bile Ahmedin onu talepte bir menfaati yoktur. Zira bu gibi hallerde borçlu, borcunu aynı zamanda

malik ile intifa sahibine tesviyeye mecbur bulunduğu, halbuki burada intifa Mehmede yani borçluya ait olduğu için kendisi talebinden müsbet bir netice istihsal edemiyecek demektir. (Kanunu medeninin 774 (T. K. M. 746) üncü maddesi) [1]

VI. Alacağı bir İsviçre - bittabi bizde bir Türk - mahkemesi huzurunda iddia etmek imkânı olmadığı müddetçe.

Müruru zamanın durmasını mucip olan bu haller kanunda misal olarak değil, tahdit makamında zikredilmiştir. Binaberin alacaklı kendisini, hakkını kullanmaktan mahrum bırakan diğer mücbir sebepleri dermeyana mezun değildir.

VII. Müruru zamanın inkıtaı. İnkıta, tevekkuftan daha mühim bir netice husule getirir: Yani inkıta vuku bulunca o zamana kadar güzeran olan müddet te hükümsüz kalır.

İnkıtaı muktezi fiiller, ya bizzat borçludan yahut alacaklıdan sadır olabilir.

A) Borçludan sadır olan ve müruru zamanın kat'ını icabeden fiil borcun tanınması keyfiyetidir. Bu fiil borçlunun alacaklı tarafından haber alınabilecek bir surette vaki beyanatından ibaret olduğu gibi keza borçlunun borcunu edaya taraftar olduğunu gösterecek hareketleri de bu mahiyettedir.

Birinci takdirde dediğimiz gibi, alacaklının ona muttali olabilecek bir mevkide bulunması şarttır. Binaenaleyh borçlunun borcu bizzat ticarî defterlerine kayıt ile iktifa etmesi müruru zamanı katedecek bir sebep addolunamaz. Buna mukabil, alacaklının borçlu tarafından vaki ikrara muvafakat eylemesine lüzum yoktur.

İkinci takdirde ise borcun faizini veya alelhesap suretile borç üzerine bir parayı tediye etmek maksadın husulüne kâfidir. Rehin vermek veya kefil göstermek de bu kabildendir, Asıl olan şey borçlunun alacaklıya karşı bir borç altında bulunuyormuş gibi hareket eylemesidir. Filin hukukan tasarruf hakkına malik bir borçludan sadır olması lâzımdır.

Borçlunun borcunu ikrarda bulunması, alacaklının kaybetmek üzere olduğu hakkına yeni bir kuvvet izafe eder ve onun kendi tarafından ve müruru zamanı kateden sebeplere tevessül etmesini lüzumsuz kılar.

---

[1] 746 ıncı madde: «Malik ile intifa hakkı sahibinden yalnız birine ödemeye mezun edilmemiş olan borçlu borcunu ya her ikisine birden tediye veya notere tevdi etmekle mükelleftir.»

337

B) Biraz evvel işaret ettiğimiz üzere müruru zaman alacaklının fili ile - yani hakkını dermeyan etmesi halinde - de inkıtaa uğrar.

Müruru zamanın hikmeti vücudu alacaklının ataleti olduğuna nazaran onun tarafından hakkını kullanmağa teşebbüsün de işbu müruru zamanı kateylemesi tabiidir. Müruru zamanın kat'ını hasıl etmek için alacaklının hangi vasıtalara tevessül etmesi lâzımdır?

135 (T. B. K. 133) inci maddenin son fıkrasında inkıtaı mucip fiiller tadat edilmiş bulunmaktadır. Bu halleri tadat ve izah etmezden evvel bunların misal makamında mı zikredilmiş olduklarını yoksa tahdidî mahiyeti mi haiz bulunduklarını araştırmalıyız. Mösyö (Ozer) in kavlince ikinci fıkrada zikredilen haller tahdidî mahiyettedirler. Halbuki *(Becker)* in fikrince alacaklıdan sadır olacak her nevi takip fili veya hakkı yerine getirmeği istihdaf eden muameleler müruru zamanı inkıtaa uğratmağa kâfidir. Hakikat halde bu iki noktai nazar yekdiğerinden zannolunduğu kadar uzak değildir, yeter ki takip tabiri vâsi manasında telâkki olunarak «icra ve iflâs» kanununda musarrah icraya münhasır addolunmasın.

İnkıtaı mucip fiiller şunlardır:

I. Takibat icrası, (İsviçrede) icra ve iflâs kanununun 38 inci maddesi muktezasınca) nakte veya rehin itasına müteallik icrada takibat tediye emri *(Commandement de payer)* denilen bir ihtar ile başlar. Maamafih; takibat icrası zımnında *(Office des poursintes)* denilen dairei aidesine yapılan müracaatın da müruru zamanı kat'a kâfi olduğu umumiyetle kabul edilmiştir.

II. Dava veya def'i dava keyfiyeti. Bittabi bu dava veya def'i davanın müruru zamana maruz bulunan hakka taallûk etmesi ve alacaklı tarafından verecekli aleyhine ikame veya dermeyan edilmesi lâzımdır, Davadan ferağat halinde inkıta da hükümsüz kalır. (Ozer bu fikre muhaliftir sahife 379).

III. Usule muvafık olarak tayin edilen hakem huzurunda dermeyan edilecek dava veya def'i dava keyfiyetleri de, mahkeme huzurunda yapılmış gibi, aynı neticeyi husule getirir.

IV. İflâs masasına müdahale.

V. İtilâf zımnında celp *(Citation en conciliation)* [1] bunu taki-

[1] Fransa ve İsviçrede muhasemei adliyenin, mehmaemken, önünü almak için vazedilmiş bir usul vardır ki buna «Essai de conciliation telifi beyn teşebbüsü» itlak olunur. Bu, bir davayı ikame edebilmek hakkını iktisap için, berveçhi peşin ifası meşrut bulunan bir muameledir. Fakat usulü muhakemeye dahil addolunmaz.
Mütercim

138

ben dava yapılmamış dahi olsa müruru zaman gene inkıtaa uğrar - Resmî Mecmua: Cilt:; 25, ikinci kısım. numara 80 (bizim kanunumuzda işbu maddenin telifi beyn zımnında davete mütedair fıkrasının mahzuf bulunduğunu söylemek bittabi zaittir.)

Yukarıdaki izahattan görülüyor ki alacaklının hakkını istimal hususunda kanunî vasıtalara müracaat etmiş olması, müruru zamanın kesilmesi için lâzımdır. Alelâde bir ihtarda bulunmak, hatta taahhütlü mektupla tebligat yapmak maksadın husulüne kâfi gelemez.

Mahkeme nizâ esası hakkında kararını verip te dermeyan edilen hakkı veya def'i reddeylediği takdirde artık müruru zamanı mevzu bahsetmeğe mahal kalmaz, Binaenaleyh müddei gene mahkemeye müracaat ederse müddeaaleyhin dermeyan edeceği şey müruru zaman değil, kaziyei muhkemedir. Fakat bazı hallerde müddeinin talebini mahkeme esasa taallûk etmeyen bir sebepten dolayı reddetmiş olabilir. Bu takdirde hak baki demektir. Böyle bir vaziyette reddedilen davanın veya ref'in müruru zamanı inkıtaa uğramış olup olmadığını tayin etmek ehemmiyeti haizdir. Zira davanın ikamesi ile müddeinin talebinin - bilfarz mahkemenin salâhiyetsizliği veya şekle dair bir noksan hasebile - reddi tarihleri arasında müruru zaman vukubulmuş olabilir. İşte bu ihtimali nazarı itibara alan vazıı kanun mümasil hallerde alacaklıya munzam bir müddet daha bahşetmektedir. 139 (T. B. K. 137) inci maddeye göre bu müddet altmış gündür: «Dava veya def'i dava vaz'ıyet eden hâkimin salâhiyetsizliği veya tamiri kabil ve şekle müteallik bir noksan veya vaktinden evvel ikame edilmiş olması sebebi ile reddolunmuş olup ta arada müruru zaman müddeti hitam bulmuşsa alacaklı hakkını talep etmek icin altmış günlük munzam bir müddetten istifade eder.» Bu hüküm hangi hallerde tatbik olunur ve ne gibi neticeler hasıl eder? 139 (T. B. K. 137) inci madde aşağıki halleri tadat etmektedir:

A. Dava veya defi, işe vaz'ıyet eden hâkimin salâhiyetsizliğinden dolayı reddedilmiş ise, Bu takdirde mahkemece verilen karar, hakkın vücuduna tesir icra etmez.

B. Dava veya defi, şekle müteallik ve tamiri mümkün bir noksandan dolayı yani hukuk usulü muhakemelerince hakkın vücuduna zarar iras edemiyecek butlan sebepleri - Vullité - den birinin vücudu hasebile reddolunmuşsa.

C. Dava veya def'i dava vaktinden evvel ikame edilmiş olmak sebebile reddolundu ise. İnsan vaktinden evvel ikame olunan aynı

zamanda da hemen hemen müruru zamana uğramak tehlikesine maruz bulunan bir hakkın vücudunu güçlükle tasavvur edebiliyor.

Yukarıdaki hallerde alacaklıya, biraz evvel işaret ettiğimiz gibi, hakkını kullanması için daha altmış gün verilir. Bu munzam müddet hükmün kaziyei muhkeme mahiyetini iktisap ettiği günden itibaren güzerana başlar. Misal: Mahkemenin salâhiyetsizliği hakkında verdiği hüküm, farzedelim ki 1 nisanda kat'iyet kesbetmiş, müruru zaman müddeti ise 1 martta hitam bulmuş olsun. Bu vaziyette alacaklı 1 nisandan itibaren daha iki ay zarfında hakkını kullanmağa mezundur. Fakat, müruru zaman, meselâ: 2 nisan tarihinde hitam buluyorsa alacaklıya 1 nisandan itibaren iki ay munzam mühlet vermeğe mahal olmayıp alacaklı bir gün zarfında yani ret hükmünün kat'iyet kesbeylediği 1 nisandan müruru zamanın nihayeti tarihi olan iki nisan arasında hakkını kullanmak salâhiyetini haizdir. Görülüyor ki böyle bir halde alacaklının vaziyeti müruru zamanın, davayı ikame ettiği zaman ile hükmün isdarı tarihi arasında hitam bulması halinden daha zararlıdır. Kanunun bu takdirde dahi alacaklıya iki aylık munzam müddeti bahşetmesi icap eder ve muvafık olurdu.

Müruru zamanın kesilmesi keyfiyeti yalnız alacaklı ile verecekli arasındaki rabıtaya tesir icra ile kalmayıp aynı zamanda alacaklı ile bu aynı borçtan dolayı borçlu mevkiinde bulunan diğer şahıslar beynindeki rabıtaya da müessir olur.

Bahsettiğimiz şahıslar şunlardır:

I. Müteselsil borçlular *Codébiteures solidaires* müteselsil borçlulardan biri aleyhinde inkıtaa uğrayan müruru zaman diğer borçlular hakkında da munkati addolunur, Bu kaide müteselsil borçlulardan her birinin borcu muhafaza zımnında yekdiğerine vekâlet vermiş addolunmaları nazariyesinin tatbikî bir neticesidir.

II. Taksim kabil olmıyan borçlarda müşterek borçlar. Madde 70 (T. B. K. 69)

III. Kefil. Asıl borçlu hakkında munkati olan müruru zaman kefil hakkında da katedilmiş olur. Buna mukabil kefile karşı inkıtaa uğrayan müruru zaman asıl borçlu için dahi munkati olmak lâzım gelmez. Hatta, şunu ilâve edelim ki, kefile karşı vaki inkıta da hakikat halde hiç bir hüküm ifade etmez. Zira asıl borçlunun istifade ettiği müruru zamandan kefil dahi müstefit olur. Borç sukuta uğramış olacağı için kefil de taahhüdünden beri kalır,

240

Yukarıda dediğimiz gibi, inkıta halinde ozamana kadar vaki müruru zaman hükümsüz kalır; büsbütün ortadan kalkar. Fakat, alacaklı hakkını kullanmağa devam etmezse müruru zaman yeni baştan cereyana başlar. Madde, 137 (T. B. K. 135)

Bir dava veya defi dava ile katedilmiş olan müruru zaman, dava devam ettiği müddetçe iki tarafın muhakemeye mütedair her muamelesinde ve hâkimin her emir ve hükmünden itibaren tekrar cereyana başlar Müruru zamanın kesilmesi, icraî takibattan neşet etmişse müruru zaman takibe dair her muameleden itibaren yeniden cereyana başlar. Müruru zamanın kesilmesi, iflâsa müdahaleden neşet etmişse alacağı yeniden talep etmek mümkün olduğu zamandan itibaren yeni bir müruru zaman cereyana başlar.

Tekrar başlayan müruru zamanın müddeti, umumiyet itibarile inkıtaa uğrayan müruru zamanın müddetine müsavidir.

Müşterilerinden biri zimmetindeki alacaklı hakkında 128 (T. B. K. 126) ıncı madde muktezasınca beş senelik müruru zaman cereyan etmekte olan perakendeci bir esnafa farz edelim ki bu müşterisi - borcuna mahsuben - bir miktar tesviye etmiş olsun. Bittabi bu takdirde müruru zaman inkıtaa uğrar. Mütebaki alacak hakkında müruru zaman vaki olmak için yapılan tesviye gününden itibaren daha beş sene geçmek lâzım gelir - Bu aralık gene inkıta vaki olursa keza beş sene daha ilâ... - . Fakat bu kaidenin bir istisnası vardır ki o da borcun bir senede ikrar edilmiş veya bir hüküm ile sabit bulunmuş olması halidir. Bu takdirde yeni müddet on senedir. (137 inci maddenin ikinci fıkrası, T. B. K. 135 inci madde) Senet, muharrer bir vesika *(Urkunde)* dır. Binaberin, bahsettiğimiz esnaf, müşterisinden borcu ikrarı mübeyyin bir senet istihsal ederse müruru zaman yalnız munkati olmaz; bundan maada senette ikrar edilen borç ancak o senedin tarihinden itibaren on sene mürurunda sukut edebilir.

Alacağın mahkeme hükmü ile sabit bulunması halinde de vaziyet böyledir.

741

Borçların enva *]

DES MODALİTES DES OBLİGATİONS

BİRİNCİ FASIL

Müteselsil borçlar

OBLİGATİONS SOLİDAİRES

Alelâde hallerde, borçtan hasıl olan rabıta *(lien obligatoire)* yalnız bir alacaklı ile bir borçlu arasında mevcuttur. Fakat müteaddit alacaklıların, müteaddit borçluların vücudu da tasavvur olunabilir. Borçluların taaddüdü halinde, umumî kaidelere nazaran bunlardan her biri borcun bir cüzünden mesul tutulmak lâzımdır. Fakat teselsül esasının kabulünde alacağı ve borcu alacaklılar veya borçlular arasında taksim imkânı refedilmiş olur.

Yukarıdaki izahat gösteriyor ki teselsül ya alacaklılar arasında *(Solidarité active)* veya borçlular arasında *(Solidarité passive)* mevcuttur.

§ 1 - Borçlular arasında teselsül

Borçlular beyninde teselsül esası kabul edilince bunlardan her biri borcun tamamını tediye ile mükellef olur, yani alacaklı alacağının tamamını borçluların herbirinden isteyebilir. Bu onun için bittabi faydalı bir şeydir. Zira müteselsil borçlulardan yalnız bir tanesinin borcunu edaya muktedir bir halde bulunması onun matlubunu temine kifayet eder.

Borçlularda teselsül aşağıki hallerde vuku bulur:

A) Borçluların bu hususiaki niyetlerini beyan etmiş olmaları. 143 (T. B. K. 141) inci maddede şöyle deniliyor: Alacaklıya karşı her biri borcun mecmuundan mes'ul olmağı iltizam ettiklerini beyan eden müteaddit borçlular arasında teselsül vardır. Böyle bir beyanın fıkdanı halinde teselsülün vücudu kabul olunamaz. Maamafih ka-

*] Kanunun dördüncü babı,

342

nunun tayin ve tasrih eylediği bazı haller vardır ki bunları istisna etmek icap eder.

Burada şurasını kayde lüzum görüyoruz: İsviçre federal mahkemesi ilâmlarından birinde «teselsülün vazıhan kabulüne lüzum olmayıp bunun halin icabından da müsteban olacağı» esasını kabul etmiştir. [1] Bu karar, itiraf edelim ki, kanunun metni ile taaruz etmektedir.

Teselsül, yalnız borçluların bunu iltizamından hasıl olmaz. Vasiyet eden kimse de, bir şahıs lehine muayyen bir mala müteallik olmak üzere yaptığı tasarrufu (*legs*) yerine getirmeğe mirasçılarını müteselsilen memur kılmış olabilir. Burada dahi mirasçılar müteselsil borçlu vaziyetindedirler, Fakat kanun teselsül vücudunun kabulüne dair iradenin asıl borçlulardan gayri bir kimseden suduru halini zikretmemektedir.

B) Kanun da oldukça kesir hallerde, borçlulara teselsül mecburiyetini tahmil etmektedir. Meselâ bir cürmün ikaına iştirak eylemiş olan şahıslar ondan doğacak zararı telâfiye müteselsilen mecbur tutulurlar (madde, 50)

§ 1 - Alacaklı ile borçlular arasındaki münasebet

Yukarıda, dediğimiz gibi, alacaklı ile olan münasebetinde müteselsil borçlulardan her biri sanki bütün borcu kendisi yapmış ve kendisi ödemeğe mecbur imiş vaziyetindedir. Alacaklı hakkını kullanmakta, istediği gibi harekete mezundur: İsterse borçluların cümlesinden, dilerse onların yalnız birinden kısmen veya tamamen borcu eda talebinde bulunabilir. Şu halde müteselsil borçluların kâffesini, yahut onlardan birini borcun tamamı için - yahut borçlulardan her birini - uhtesine isabet eden cüzü veya her hangi bir miktar için - takipte muhayyerdir. Misal: Ahmet, Mehmet ile Ali ve Recepten 9000 lira alacaklı olduğuna nazaran aralarında teselsül bulunan bu borçluların herbirinden üçer bin lira dava eder. Bu yolda hareket etmekle yani dava hakkını böylece taksim eylemiş olmakla Ahmet bir şey kaybetmez; teselsüle nihayet vermiş olmaz, ve şayet takibatı neticesinde faraza Aliden borç hissesini istihsal edemezse bu miktarı bir diğerinden veya diğerlerinden isteyebilir. Meğer ki onları ibraen kendilerine makbuz vermiş olsun. Bu hal 144 (T. B. K, 142) inci maddenin ikinci fıkrasını teşkil eyliyen şu:

[1] Resmî Mecmua 15, numara; 45

340

«Borcun tamamen edasına kadar bütün borçluların mes'uliyeti devam eder.» Hükmünün bir neticesidir.

Borçlulardan birinin borcun tamamını tesviyeye mahkûm kılmasını alacaklıdan diğer borçları takip etmek salâhiyetini nez eylemez. Bu salâhiyet borcun tamamen tesviyesine kadar bakidir.

Müteselsil borçluların alacaklıya karşı dermeyan edebilecekleri defi neden ibarettir?

145 (T. B. K. 143) üncü madde bu defilerin neler olduğunu tahdidî surette tadat etmektedir:

A) Borçlulardan biri alacaklı ile kendisi arasındaki şahsî münasebetlerden tevellüt eden hususları dermeyan edebilir: Meselâ, borçlunun kaasıriyeti rızasına icrayı tesir eden fesat; ve sureti mahsusada kendisine verilmiş olan bir mühletin vücudu gibi.

B) Müşterek borcun sebebinden neşet eden defi hakkı. Bilfarz şekle riayetsizlik, umumî asayiş ve ahlâka mugayeret gibi butlan sebeplerinin vücudu.

C) Müteselsil borcun mevzuundan doğan defi hakkı. Meselâ: Edası talep edilen borca mukabil karşı tarafın da bir taahhüdü ifa etmesi icap ediyor iken onun bu taahhüdü yapmamış (*Exception non adimpleti contractus*) olması, yahut tesviyesi istenilen borcun ödenmiş bulunması... ilâ.

Tadat olunan bu hallerden gayri sebepleri dermeyan kabil değildir. Ezcümle müteselsil borçlulardan biri diğerinin şahsen haiz olduğu defi hakkını ileri süremez. Buna mukabil, müteselsil borçlulardan her biri diğerlerine de müşterek olan yani borcun sebep veya mevzuundan neşet eden def'i davayı dermeyan hakkına maliktir ve bu onun için yalnız bir hak değil aynı zamanda bir de vazifedir. Yeter ki o, bu mahiyetteki def'in vücudunu bilmiş veya bilmesi icap etmiş olsun. Binaberin borçlu, ihtiyatkârane hareket etmiş olmak için, bahsettiğimiz mahiyette bir defi sebebinin mevcut bulunup bulunmadığını diğer borçlulardan tahkike meselâ onlardan birinin borcu tamamen veya kısmen ödeyip ödemediğini anlamağa çalışmalıdır.

Umuma müşterek defi dermeyanda ihmal gösteren borçlu diğerlerine karşı mesul olur; ve eğer kendilerine rücu teşebbüsünde bulunursa diğer borçlular bu ihmali ileri sürerler. Misal: Ahmedin Mehmet ile Tahsin zimmetinde bir alacağı vardır. Borçlular arasında da teselsül usulü kabul edilmiştir, Ahmet Tahsinden mütale-

bede bulunmuş, o da borcun mevzuundan doğan, binnetice, hem kendisine hem de Mehmede şamil ve müşterek bir defi, bilfarz yukarıda bahsettiğimiz (*Exciption non adimpleti contract*) dermeyan edebilecek iken etmemiş ve borcu ödemiştir. Bu takdirde Tahsinin Mehmede rücuu mümkün olamaz.

Nazariyatta müteselsil borçlular, borcu muhafaza ve devam ettirmek için yekdiğerini mütekabilen vekil tayin etmiş addolunurlarsa da bu vekâlet borcu büsbütün ağırlaştırmak için değildir: (*Ad conservandam Vel perpetnandam obligationem non autem ad angendam.)*

Bu fikir, 146 (T. B. K. 144) üncü maddedeki hükümlerin esasını teşkil ediyer. Filhakika maddede şöyle denilmektedir. Hilâfına hüküm olmadıkça müteselsil borçlulardan biri «kendi fili ile diğer borçluların vaziyetini ağırlaştıramaz» bu fiil ne olabilir? Kendi sun'u taksiri neticesinde alacaklıya zarar iras etmiş olan borçlu tazminat tesviyesine şahsen mecbur tutulur. Bu mecburiyet diğer borçlulara tahmil ve teşmil olunmaz. Misal: Ahmet, Mehmet ve Ali müştereken bir şeyi ariyet almışlardır ve bittabi bunu müştereken iadeyi borçludurlar. Ahmedin bir fiil ve hareketi neticesinde ariyet alınan şey harap olmuş olursa alacaklı o malın değerini Ahmet, Mehmet ve Aliden istedikten maada şayet bu değerin fevkında bir de tazminat verilmesi icap ediyorsa bu tazminatı yalnız Ahmetten talep edebilir.

Alacaklı borçlulardan hangisine tediye talebinde bulunmuşsa temerrütten doğan faizi vermeğe o mecbur tutulur.

146 ıncı maddenin yukarıya metnini derç ettiğimiz hükümleri umumî inzibata müteallik değildir. Kanun, bu hükmün hilâfına mukavele yapılabileceğini kabul etmiştir. Fakat müteselsil borçlulardan birinin mukaveleye diğerlerinin vaziyetini ağırlaştıracak bir madde dercetmesi ihtimalini pek te varit ve tasavvuru kabil bir ihtimal görmüyoruz. Müellif Oser borçlulardan biri aleyhine inkıtaa uğrayan müruru zamanın diğerleri aleyhine de kesilmiş olacağını natık bulunan 136 (T. B. K. 134) üncü maddeyi bu esasa istisna teşkil eden bir hüküm addediyorsa da bu yanlıştır. Zira, müruru zamanın kesilmesi müteselsil borçluların vaziyetini ağırlaştırıyor yani borcun miktarını artırıyor değildir, ki bu mütalâa varit olsun inkıta, borcun vücudunu muhafaza neticesini hasıl ediyor. Burada gördüğümüz şey, borcunun vücudun muhafazasına müteallik fiillerinde müteselsil borçlulardan her birinin diğerini temsil eylediği esasıdır.

345

Menfi müteselsil (*Solidarité passive*) tefrik edici sıfatı, ortada bir borcun, fakat müteaddit borçluların bulunmasıdır. Borç mevzuunda vahdet, fakat alacaklı ile borçluların münasebetlerinde taaddüt vardır [1] bunun neticesi şudur ki: Borçlulardan birinin borcu sukut ettiği takdirde diğerlerinin de behemehal borçtan kurtulmaları lâzım gelmez.

147 inci madde bu hususta bazı kaideler yazetmektedir. Bu madde iki nevi sukut sebepleri derpiş ve bunları yekdiğerinden tefrik ediyor.

Birinci nev'e tediye ve takas ithal edilmekte ikinci kısımda ise müteselsil borçlulardan birinin (borç eda olunmamış iken) ondan beraet eylemesi ihtimali nazarı dikkate alınmaktadır.

Bu maddenin tahrir tarzı hatalıdır. Tediye ve takas bir tarafa bırakıldıktan sonra tediyeden gayri, sukut sebepleri ile iştigal edilmektedir. Binaenaleyh takas birinci kısma değil; ikinci kısma ithal edilmek icap ederdi. Bu maddenin manasını anlamak için Almanca metnini göz önüne almalı. Almanca metninin birinci fıkrasında alacaklının «tediye veya takas suretile, borçlulardan biri tarafından tatmin edilmiş olması» mevzu bahistir. İkinci fıkrada ise alacaklı «tatmin edilmemiş olduğu halde (*ohne Befriedigung dis Glânlugers*) müteselsil borçlulardan birinin borçtan beraeti ihtimali derpiş edilmektedir.

Alacaklı, Alacak mikdarı mamelekine munzam olunca «tatmin» edilmiş olur; bu netice ise ya tediye veya takas icrası halinde vakidir. filhakika takas alacaklının kendi borcunu ödemiş ve kendi alacağını, bilmukabil, istihsal eylemiş olması demektir. Halbuki borcun gerek tecdit, gerek alacaklı ve verecekli sıfatlarının birleşmesi veya müruru zaman vukuu gibi sebeplerden birinin vukuu ile sukuta uğraması halinde alacaklı «tatmin» edilmiş olmaz.

Bu malûmat 147 T. B. K. 145 inci maddenin manasını izaha kâfidir. Madde iki nevi sukut sebeplerini biri birinden ayırt etmektedir.

Birinci kısım tediye ve takası camidir. Müteselsil borçlulardan

[1] Teselsül halinde bir borç ve müteaddit şahıslar mı vardır, yoksa yekdiğerinden az çok müstakil müteaddit borçlar mı mevcuttur meselesi münakaşayı badi olmaktadır. Fikrimizce en iyi hal tarzı şudur:

Müteselsil borçlarda aktin mevzuunu teşkil eden şey itibarile vahdet, fakat müteselsil borçluların deruhte eyledikleri taahhüt noktai nazarından taaddüt vardır. (auleri et Ron beşinci tabı dördüncü cilt 36 ıucı sahife)

346

biri, alacakliya tesviyede bulununca borç tamamile zail olur; ve alacaklının diğer borçlulardan bir şey istemeğe hakkı kalmaz. müteselsil borçlulardan birinin ayni zamanda alacaklıya karşı bir alacağı mevcut olup ta takas dermeyan ederse bundan hasıl olacak netice de diğerinin aynıdır.

Borçlulardan biri kısmen tediyede bulunur, alacaklı da bunu kabul ederse, borç, diğerleri lehine kısmen sukut eder. Keza borcun cüz'üne taallûk eden takasda da hüküm böyledir.

İkinci nevi sukut sebepleri ise alacaklı tatmin edilmemiş olduğu halde müteselsil borçlulardan birini borçdan kurtaran sebepleri muhtevi bulunmaktadır: Tecdit, müruru zaman ilâ gibi; bu takdirde diğer borçlular ancak halin veya borcun mahiyetinin gösterdiği nisbette bu beraetten müstefit olurlar. Diğer bir tabirle veya borcun diğer borçlulara şamil ve müteallik olup olmadığını mümasil hadiselerde ayrı ayrı araştırmak lâzımdır.

Tecdit, umumiyetle, bütün borçlulara taallûk eder, onları borçtan beri kılarsa da iki tarafın niyet ve kastlarına göre bunun aksine hükmetmek te kabildir.

Müruru zaman, borçluların kâffesini borçtan kurtarır, şu şartla ki borç, ayni zamanda bunların cümlesi için muaccel olsun. Fakat böyle olmayabilir de. Bu takdirde borçlulardan biri diğerlerinden evvel müruru zaman vukuile beraet edebilir. Bundan maada, müruru zaman borçlulardan birine taallûku itibarile inkitaa uğrayabilir.

Borçlu ve alacaklı sıfatlarının aynı şahısta birleşmesinin burada hükmü nedir.

Meselâ, Ahmede karşı Mehmet, Hasan ve Ali 9000 liralık bir para için müteselsilen borçlu mevkiinde bulunup da bunlardan Mehmet vefat etse ve Ahmedi mirasçı bıraksa bittabi iki sıfatın birleşmesinden dolayı Mehmedin borcu sukut eder. Fakat bu sukutun Hasan ile Ali hakkındaki hükmü nedir? nazariyatta Hasan ve Ali bu ayni meblâğın yani 9000 liranın henuz borçlusu mevkiindedirler. Fakat onlardan biri borcu tamamen tesviye ederse bittabi Mehmedin mirasçısı sıfatile Ahmede karşı 3000 liralık rücu hakkı iktisap eyler. Buna nazaran alacaklı yani mirasçı, borcun kendi uhdesine isabet eden kısmını tenzil etmeden, borcun tamamını diğerlerinden talep etmekle hüsnüniyet kaidesine mugayir hareket etmiş olur. (Fransız kanunu medenisinin 1301 inci maddesine bakınız.)

347

§ 2 - Müşterek borçlular arasındaki münasebet

Müteselsil borçlulardan herbiri borcun tamamından mes'uldür. Fakat bu, borcun kâffesini ödeyen borçlunun onu münhasıran tahammül edeceği manasında telâkki olunmamalıdır. muhtemel olan şey borçlulardan her birinin borcun diğerleri uhtesine isabet eden miktara müsavi bir cüz'ünü deruhte etmesidir. 148 (T. B. K. 146) inci maddenin vazettiği prensip budur. Maddede «borcun mahiyetinden hilâfı istidlâl olunmadıkça müteselsil borçlulardan her biri alacaklıya yapılan tediyattan biribirine müsavi hisseyi üzerlerine almağa mecburdur» deniliyor. Bu ifadeden de anlaşıldığı üzere işbu prensip mutlak değildir. her şey müşterek borçlular arasındaki hukukî münasebete bağlıdır. Eğer mukavele bu borçlulardan yalnız birinin menfaati için yapılmış idi ise borcun tamamını da onun tesviye etmesi lâzım gelir ve keza, şayet borçlulardan birinin o işte menfaati diğerlerininkinden fazla ise onun da borçtan hissesine isabet edecek miktarın diğerlerinin uhtesine düşen miktardan ziyade olması icabeder.

Maahaza kanun, borçlular arasında müsavat esasını kabul ediyor. Bu esas aşağıdaki neticeleri tevlit eder:

A) Hissesine isabet eden borç miktarından fazlasını tediye etmiş olan borçlu, bu fazlayı diğerlerinden istemek hakkına maliktir. Borcun hepsini ödediği takdirde ise diğerlerinden kendi hisselerine düşen miktarları talebeder.

Tediyeyi yapan borçlunun bu rücu hakkı vekâletten veya vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruftan doğan talep hakkına benzer. Zira tediyeyi yaparken, o, diğerlerinden almış olduğu bir vekâlete müsteniden veya bilâ vekâlet onların işini görmek suretile hareket etmiştir.

Bundan maada tediyede bulunan borçlu, 149 (T. B. K. 147) uncu madde mucibince, tediye ettiği miktar nisbetinde alacaklının haklarına halef olur.

İstihlâf *(Subrugation)* kanunun emretmiş olduğu bir «Matlubun temliki» mahiyetindedir. Alacaklı borcu kendisine tediye eden müşterek borçluya, diğer borçlulara karşı olan haklarını terk ve devreder. İstihlâfın kıymeti ve faidesi borcun rehin, ipotek veya kefalet gibi müeyyidelerden biri ile temin edilmiş bulunması ha-

348

lindedir. Borcunu geri veren borçlu, diğerlerine karşı rücu hakkını kullanır. Bu hak, maa teferrüat, alacak miktarına şamildir. [1] Maamafih onun diğer borçlular zimmetine ihraz ettiği bu alacak, müteselsil hassasını haiz bulunmayıp borçlulardan her birinin kendi hissesine isabet eden borç miktarına taallûk eder. Alacaklının kendisine tediyede bulunan borçluya haklarını - işbu borçlunun diğer borçluların her hangi birisinden borcun tamamını mütalebede bulunabilmesi kaydi ile - terk ve temlik eylemesi kabil değildir. [2] **Misal:** Ahmedin Mehmet, Hasan ve Recepten 9000 lira alacağı vardır. Borçlular arasında farzedelim ki, teselsül esası mevcut bulunsun.

Mehmet, Ahmede alacağını iade etmiştir. Bu takdirde o, Hasan ve Recebe karşı haklarında Ahmede halef olacak ve bunların her birinden üçer bin lira talep eyliyecektir. Bu mütalebesinde Mehmet, Ahmede verilmiş olan teminattan da istifade edebilecektir.

Alacaklıya karşı mevcut bir hakkını borcu ile takas etmiş olan borçlu da tıpkı tesviye yapan borçlunun haklarını ve mevkiini haizdir.

B) Müşterek borçluların birinden tahsil edilemiyen miktar siyanen diğerleri arasında taksim olunur.

Tahsile mani olan sebep bittabi o borçlunun borcunu ödemeğe iktidarsızlığıdır. Bu takdirde matlup kalan kısım, dediğimiz gibi diğer borçlular beyninde mütesaviyen taksim ve onlardan talep edilir. Bilfarz yukarıdaki misalde Mehmedin Hasan ve Recebin her birinden üçer bin lira isteyeceğini gördük, Hasanın borç ödemeden aczi halinde hissesine düşen miktar diğer borçlular arasında taksim edileceğine ve bu meyanda Mehmet te bulunduğuna nazaran onun Recepten talep edebileceği borç miktarı 4500 liradan ibaret kalır.

C) Alacaklı diğerlerinin zararına olarak müteselsil borçlulardan «birinin vaziyetini iyileştirdiği takdirde bu fiilinin neticelerini kendi üzerine alır.»

Alacaklının diğerleri zararına olarak borçlulardan birinin vaziyetini iyileştirmesi demek, kendisine tediyede bulunan şahsın işbu burçluya karşı rücuundan bir netice elde edememesine mahal vermesi demektir. **Misal:** Mehmet ve Hasan Ahmede karşı müte-

[1] Müteselsilen borçlu olan ve tediyeyi yapan kimsenin önüne geçebilmesi mümkün bulunan masarifi teferruat meyanına idhal etmemelidir.

[2] Hafner: Das schw. obligation enreht. 71 inci sahife.

349

selsilen on bin lira borçludurlar. Mehmet alacaklıya en aşağı beş bin lira tutan bir rehin vermiştir. Ahmet, bu rehinden vazgeçmiş ve bilâhara Mehmet borç ödemeden âciz bir hale gelmiştir. Hasan bu hareketinden dolayı Ahmedi yani alacaklıyı mes'ul tutacaktır. Zira onun fiili neticesi olarak kendisinin Mehmede karşı rücuu faidesiz kalmış olur. Bu takdirde Hasan kendi hissesine isabet eden miktardan, yani beş bin liradan fazlasını vermez. Fakat alacaklı, Mehmede borcunu bağışlamakla iktifa etmiş ise diğer borçlu bu hareketin kendi rücu hakkına mani olduğunu iddia ile borcun hissesine deşen miktardan ziyadesini tediyeden çekinebilir mi ?

Müelliflerin fikrince, borcu ödeyen müşterek borçlunun diğer borçluya karşı rucu hakkı bu bağışlama fiilinden mutazarrır olmamak lâzımdır. Rücu, borçtan olan hissesi kendisine bağışlanan borçluya karşı, kemakân, istimal olunur. Müellifler bubapta federal mahkemesinin verdiği hükümlerden kanaat istinbat etmektedirler.

Borçlulardan biri lehine alacaklının kabul etmiş olduğu mühlet diğer borçlular zararına bahşedilmiş bir faide suretinde talâkki olunamaz.

§ 2 - Alacaklılar arasında teselsül

Solidarité active

Borcun tamamını istemek hakkını her birine bahşeylediğini borçlu beyan ettiği hallerde müteaddit alacaklılar arasında teselsül mevcut demektir.

Alacaklılardan her biri borcun tamamını talep hâkkına malik olduğu gibi alacaklılardan her hangi birisine vaki tediye de borçluyu bütün diğerlerine karşı borçtan kortarır. Borçlu, alacalılardan birinin takibatta bulunduğundan haberdar edilmedikçe onlardan dilediğine tediyede muhayyerdir. Buradaki «takibat tabirinden murat yalnız filî bir takip yani yukarıda bahsettiğimiz İsviçre kanununa has olan bir şekle tevessül ile (*Commandement de Payer*) tediye emri göndermek değil aynı zamanda borçlu aleyhinde mahkemeye müracaat etmiş olmaktır.

Takası, tediyeye benzetmek lâzım gelir. Takibattan evvel borçlu alacaklılardan birine işbu alacaklının kendisine borçlu

350

nereden aldıklarını söylemek lâzımdır. Daha yukarıda âdetin nüfuzunun herkesin riayet ederek tasvip etmesi hadisesinden ileri geldiğini göstermiştik. Hergün hemen hemen şuursuz olarak bir kaideye itaat olunması bu kaidenin herkes tarafından kabul edildiğini isbat eyler. Kanun tarafından ilân edilen kaidenin nüfuzu aynı cinsten fakat bir derece daha kuvvetli bir şeydir. Filhakika siyasî cemiyetin azaları kanun yapmak kudretile sureti mahsusada mücehhez olan makamı intihap ve tayin ettiler, binaenaleyh onlar evvelden bu kanunî münasebetlerinin kaidesi olarak kabul etmeğe razı oldular. Bir kıral kabul ederek, meb'uslar tayin ederek bu kıralın, bu meb'usların ilân edecekleri kanunî kaideleri bunların vücude gelmesinden evvel kabul etmiş oldular. Artık kanuna inkıyat, itaat gayri şuurî değil şuurlu, mülâhazalı, iradeye müstenittir. Bu da kanunun âdete bir faikiyetidir.

Maamafih bu faikiyet hali hazırda müttefikan kabul edilmiş değildir. İngiliz ve İngiliz - Amerikalıların nazarında âdet hukukun başlıca menbaı gibi talâkki edilmiştir. Âdetin noksanlıkları bu milletlerin fikrini pek tehyiç etmiyor gibi görünüyor. Bu milletler nezdinde kanun şüphesiz meçhul değildir, âdetin yanında kanun da bulunuyor, fakat lûtfen sofranın alt başına kabul edilmiş fakir bir akraba gibi ikinci plânda. Kanunî hukukun bu kadar az muvaffakiyetinin sebebi bir milletin hukukunu ifade etmek için kanunun mükemmel bir alet olmamasıdır. Bu ademi mükemmeliyete, bir defa içtimaî münasebetlerin kaidesi olarak ilân edilince kanunun bütün zaruretleri tehvine gayri kâfi ve ikmale, tashihe, tatbikatta yumuşatılmağa, cemiyetin daima değişen ihtiyaçlarına uydurulmağa muhtaç olduğu bahsine avdet edeceğiz. Bu tecdide müteallik mesainin bizzat kanundan sudur edemiyeceğini bunun muhtelif şekiller altında tefsirin ve bilhassa hususî mahiyette bir nevi âdet olan ve kendi kendine hasıl olan âdete faik bir neviden bulunan adlî tefsirin eseri olduğunu göstereceğiz. Yalnız bu takdirdedir ki kanunun lüzumundan fazla hoşa gidebilecek surette çizdiğimiz resmi hakikata mutabık olacaktır. Binnetice kanunî hukukun faideleri hasebile âdetten mütevellit hukuka faik olduğu esası mahfuz kalıyor. Tarih parlak bir tarzda bu faikiyeti teyit ediyor. Her yerde, her devirde medeniyetin büyüyerek yerleştiği andan itibaren âdete müstenit hukukun mahzurları hissedildi, kanunun eseri olan açıkça resmen ilân edilen hukuk ona tercih olundu. Hemen bütün modern mevzuatı hukukiyemizin ceddi olan Roma hukuku bunun bir delilidir: Fransız tarihi hukuku en mukni delillerin bir başkasıdır. Bu hususta tafsilâta girişemeyiz. Eski Fransız hukukunun menbalarına tahsis edilmiş eserler, eski Fransada âdetlerin resmen tahriri ile âdete müstenit hukuk rejiminin ne tarzda ne kadar erken nihayet bulduğunu, bilâhare kıraliyeti mutlaka devrinde, kıral emirnameleri sayesinde ve nihayet Fransız ihtilâli ve kanunlarının neşir ve ilânile birinci Napolyon hükûmeti devrinde mektup hukukun zaferini temin et-

351

tiğini gösterir. Biz şimdi kanunî hukukun hükmü altında yaşıyoruz: kanun, âdeti mağlup etti, vuzuh, karanlığa, musavat, iltimas ve keyfî harekete ğalip geldi.

Bu faidelerden istifade eden yalnız biz olmadık Napolyonun fütuhatı siyasî faikiyetimiz altında cemettiğimiz milletleri bunlarla techiz etti ve Belçikada, Holândada, İtalyada, İsviçrede hattâ Almanyada Ren nehrinin sol sahilinde mukadderatımıza teşrik etmeğe teşebbüs etti. ve Fransa eski hudutları içine döndüğü vakit bu muslihane zafer devam etti. Tekrar istiklâlini kazanan milletler bizim misalimizi takip etmekten vaz geçmediler. Yalnız İngiltere kendi eski âdetlerinde israr etti. Âdete müstenit hukuk «Common law» orada mektup hukuk önünde ric'at etmedi. Almanlara gelince, resmen ilân edilen hukukun meziyetleri onların o kadar nazarı dikkatini celp etmişdi ki 1814 tarihinde Heidelberg darülfununu profösörlerinden Thibaut bir yazı neşretti. Bu yazıda Thibaut Fransız kanunları gibi mektup ve bütün Almanyaya şamil bir kanunu medenî istiyordu. Bu proje Alman muhitlerinde pek şedit muhalefetle karşılaştı. Savigny aksülamel fikrile âdetin ve hukuku gayri mektubenin mübalâğalı bir methini yaptı. Ona göre, âdet hukukun en mükemmel, tabiatı beşeriyeye en uygun bir şeklidir, zira bu, kendi kendine hasıl olur, en iyisidir, çünkü daima hareket halindedir, binaenaleyh terakkiyi takibe ve ifadeye en salih olanıdır. Hukuka müteallik işlerde kanunun müdahalesi tazyikkârdır.

Kanun hukukun inkişafını sıkar, tabiî tekâmülünü ihlâl eder. Savigny böyle söyliyordu, bu mektep reisinin fikirlerini kabul edenler de böyle söylediler. Fakat bu tez galip gelmemeliydi. Eski vaziyetinden Fransız mesaisi ile tardedilmiş âdet bu yolda bir mukabil taarruz yapmıştı, fakat muvaffak olmadı. Almanya gibi hukuku mektubeye muarız bir memlekette bile hukukun bu şeklinin şayanı tercih oldugu teslim edildi. Almanlar 1900 tarihinde mevkii meriyete giren ve bütün Almanyaya kabili tatbik olan kanunu medenilerini 1896 da tanzim ettiler. Demek ki Almanlar evvelâ muarız bulundukları Fransız nazariyesini kabul ettiler. Filhakika Savigni'nin tezi hemen hemen 1814 de mağlûp olan Fransaya karşı kurulmuş bir harp makinesinden başka bir şey değildi; bu devrede Fransız fikirlerinin Alman mütefekkirleri nezdinde artık itibarı kalmamıştı. Fakat bilâhare noktai nazar değişti. Bismark'ın politikası sayesinde ittihadını temin etmiş olan Almanya, bütün imparatorluk memleketleri için müşterek bir kanunla bu ittihadı tetviç ve teyit etmek ihtiyacını duyuyordu.

BEŞİNCİ BAP

Hukukun müeyyidesi

Hukuk insanın riayet etmesi icap eden hattı hareket kaideleri vaz eder. Fakat tecrübe isbat ediyor ki fertler hukuk kaidelerine daima riayet etmeğe mütemayil değildirler. İnsan çok kolaylıkla hotbinliğine, ihtirasına mağlup olur. O zaman başkasının hakkını tanımaz. Meselâ kendi mülkünün komşusunun pek yakın kısmına agaç diker, başka birine ait olan şeyleri tahrip eder, tokat atar, sirkat yahut katil ika eder. Herkesin hakkı bu hakkı ihlâl edeceklere karşı müdafaa edilmeğe mühtaçtır. Bunu nasıl yapmalı? Hukukun ihlâli sadedinde iki insan arasında zuhur edecek ihtilâf, cebrü şiddet istimaliyle mi halledilecek? Bu tekrar anarşinin hükümranlığı olur. Muslihane bir tarzda nizaı bertaraf edecek vasıta yok mudur? Hakem usulünü icadederek buna çare bulunması pek erkenden düşünüldü. İki hasım üçüncü bir şahıs, namuslu, bitaraf bir kimse intihap etmek için mutabık kalıyorlar. Bu adam bunların muarazasını tetkik eder, hangisinin haklı olduğunu, hakkın kimin tarafında bulunduğunu gösterir. Lâkin hakem usulünün iki tarafın mütabık kalmasını istemek gibi vahim bir mahzuru var. Şayet onlardan biri ihtilâfı bir hakeme tevdiden imtina ederse diğer taraf onu bu hususa cebredemez. Hakem usulü daima ihtiyarîdir. Bunun içindir ki fertlere faik, onların nizalarını tetkik etmekle mükellef Ve zarurî surette fertlerin kendisine müracaatı mecburî, içtimaî bir makam ihdas olundu. Bu mecburî bir hakem usulüdür. Bu vazife ile tavzif edilmiş olan makam kuvvei adliye yahut makamı adlîdir, Kuvvei adliye münaziünfih hali tetkik, hakkın hangi tarafta olduğunu tahkik, tahkikatının neticesini ilân eder, ve mübaşeret ettiği tetkikatın neticelerini çıkararak hukuk kaidesini ihlâl eden kimsenin temine mecbur olduğu şeyleri tayin eder. Meselâ komşunun mülküne pek yakın olarak ağaçlar dikilmiştir. Kuvveî adliye bu ağaçların hakikaten cok yakın dikilip dikilmediğini tetkik, eğer pek yakın dikilmişse komşunun hukuku ihlâl edilmiştir diyecek ve binnetice ağaçların sökülmesini emredecektir. Bir sirkat, bir katil ika edilmiş midir? kuvvei adliye maznunun hakikî fail olup olmadığını tetkik eder. Esbabı müşeddide veya muhaffifeyi araştırır, mücrime karşı cezayı hükmeder. Hukuku muhtel olan şahsın adlî makam huzuruna hasmını davet ve bu makamdan ihtilâfa nihayet vermesini talep eylemesi muamelesine dava denir. Kuvvei adliye cemiyet tarafından hâkim ismi verilen bir veya müteaddit şahsa tevdi edilmiştir. İcabına göre ya tek hâkim yahut müteaddit hâkimin içtimaı ile hüküm verilir. Bu hâkimi münferit yahut bu müçtemi hâkimler bizim mahkeme, meclis dediğimiz teşekkülü vücuda getirirler.

Mahkemenin, meclisin verdiği karara hüküm derler. Fakat hakkı

ihlâl eden şahıs adlî makam huzuruna gelmekten imtina edebilir. Bu suretle hakkın takibine ve ika edilen zararın tamirine mani olabilir. Bu suretle hareket hoş görülemez. Böyle bir halde takip edenin, hasmının mevcut olmamasına rağmen nizaı faslettirebileceği, adlî bir karar istihsal edebileceği kabul edilmiştir. Hâkimlerin huzuruna gelmekten imtina eden kimseye gaip ve bu suretle verilen hükme gıyabî hüküm denir. [I]

Hâkimler tarafından bir defa hüküm verildikten sonra iki vaziyet nazarı itibara alınmak icap eder; haksızlığı tahakkuk eden ve aleyhine hüküm verilen fert adlî makamın kararı önünde iğilebilir. Hâkimler tarafından verilmiş emirleri ihtiyarî olarak icra, onlar tarafından hükmedilmiş bütün maddî şeyleri tedarik eder. Meselâ ağaçları söker, tazminat olarak gösterilmiş meblâğı öder, hapse girer. Çalınmış şeyi iade eder yahut bedelini verir. Bu takdirde hiç bir müşkülât yoktur. Ekseriya bilakis haksızlığı adlî surette tesbit edilen kimse, adlî mücadelede mağlûp olmaktan gayri memnun mütavaattan, hâkimler tarafından kendisine emredilen şeyi icradan imtina eder. Bu icradan imtina cezasız kalacakmıdır? Bunu kabul etmek mümkün değildir; zira eğer bu mukavemet kırılmasaydı mutazarrır olan şahsa hak vermek, hukukun lehinde olduğunu ilân etmek pek faydasız olurdu. Bu veçhile adliye tarafından tanınmış olan hukuk ölü bir ibare halinde hakiki bir tesiri olmaksızın kalırdı. Hukukunun ihlâlinden mutazarrır olan kimse sadece manevî bir memnuniyet elde ederdi. Her ne olursa olsun bu netice şayanı temenni değildir. Filhakika eğer hukuku tanınmış olan kimse hakikî bir memnuniyet elde etmemeğe mecbur olursa mücadeleden nizamı içtimaiden gayri memnun adlî mukarrerata karşı bu hükümler kendi aleyhinde bulunduğu gün isyana hazır olarak çıkacaktır. Birinin mukavemetini tasvip etmek diğerinin mukavemetini teşci etmektir. Bu veçhile hukuk kıymetsiz bir şey olur.

Eğer bilâkis davayı kazanan kimse bu kadar az şey ile iktifa etmek istemezse, eğer hasmını hakkı bulunan ve kendisine teminden imtina olunan şeyleri tedarike icbar etmek isterse bunları kuvvet vasıtasile istihsal edecektir. Bu, yeniden cebrü şiddet, adaleti hususiye devri olacak ve tekrar anarşiye düşülecektir. Eğer bu geriye dönüş bertaraf edilmek isteniyorsa kuvvei adliye tarafından lehine hüküm verilmiş olan ferdin bu hükmün icracısı olmasına müsaade etmek gayri mümkündür.

İşte bunun içindir ki bütün medenî cemiyetlerde adlî mukarreratın

[I] Mütercimin tahşiyesi: Bu tafsilât Fransız usulü muhakemesine göre verilmiştir. Bizim hukuk usulü muhakemeleri kanunu bu hususta biraz farklı hükümler koymuştur.

394

tenfizini temin etmeğe yalnız içtimaî kuvvetin salâhiyettar olduğu ve bunu bizzat kuvvet istimalile yapabileceği karargir oldu. Burada kuvvetin rolü tekrar tezahür ediyor. Fakat ferdin ihtiraslı, nizamı bozulmuş, adaletsiz kuvvetinin değil içtimaî kuvvetin, hukukun emrine verilmiş kuvvetin rolü. Adlî kararın tenfizi ile mükellef içtimaî kuvvet bu icranın ifasını kuvvei ammenin memurları olan kimselere tevdi eder.

Tenfize gelince bu mutavaat etmiyenin emvali yahut şahsı üzerine tazyik muamelelerinden ibarettir: Malların haczi, satılması, hapis yahut daha ağır cismanî cezalar. Adaleti temsil eden resimlerde adaletin bir elile teraziyi tutarken diğer elile kılınç tutmasının hikmeti bu suretle anlaşılır. Kılınç hukukun imdadına yetişen ve ona hürmeti temin eden kuvvettir. En büyük mütefekkirlerimizden biri olan «Pascal» hukuk ile kuvvetin zarurî ittihadını pek cazip bir tarzda ifade etti: «Kuvvetsiz hukuk gayri muktedirdir, hukuksuz kuvvet müstebittir.» O halde hukuk ile kuvveti birleştirmek lâzımdır. Ve bunun yapılması için hukukun kuvvetli olması ve kuvvetin haklı olması icap eder.

Bütün bu yukarıdaki izahatı hulâsa ederek mükemmel bir nizamı hukukî ancak üç şart ile mevcut olur diyeceğiz: (1) Fertlere faik, münazaa halinde hükmetmekle ve hukuku ihlâl edilen kimseye temini lâzım gelen şeyleri göstermekle mükellef âli bir makam mevcut olması; (2) dostane bir surette ihtilâflarını halledemedikleri takdirde fertlerin bu makama müracaat etmeğe mecbur olmaları (3) bu makamın kararlarının içtimaî kuvvet tarafından icra edilmesi. Hukukun müeyyidesi: (1) Her birimiz için makamı adliye müracaat imkânı, (2) her birimiz için ihtilâflarını bu makama arzetmek borcu, (3) her birimiz için içtimaî kuvvet tarafından kendimizi cebredilmiş görmek tehdidi altında bu makamın kararlarına itaat etmek zaruretidir. Bu müeyyide mefhumu daha yukarıda denildiği gibi hukuk kaidesinin en mümeyyiz faslıdır.

Hukuk kaidesini din, ahlâk, adabı muaşeret tarafından insanlara tahmil edilmiş olan hattı hareket kaidelerinden tefrik eden budur. Hu kukun tarifi ancak müeyyide ilâve edilirse tamam olur, Binaenaleyh «hukuk» siyasî bir cemiyetin bütün azaları tarafından mütekabil münasebetlerinin kaideleri olarak tanınan ve kudreti içtimaiyenin bu kaidelere hürmeti müeyyide yolile temin ettiği bir mecmuai ahkâmdır» denecektir.

Bu müeyyide fikri, yani hulâsaten maddî bir tazyik hukuk fikrinden ayrılamaz mı? Bir çokları böyle düşünüyorlar ve müeyyidenin noksan bulunduğu yerde hukukun mevcut olmadığına ve onun insana verilmiş bir nasihat, bir ikna teşebbüsü, bir şeyi yapmağa yahut yapmamağa sadece bir davet halinde kalmakla iktifa ettiğine zahip oluyorlar. Ben bu fikre iştirak etmiyorum. Eğer bütün insanlar namuslu, hodbinlikten âzade, gayet derin bir surette sulhperver ve daima zeki olsalardı hukuk, müeyyideye ihtiyaç olmaksızın yalnız kendi meziyetile bu insanlara

355

kendini kabul ettirecekti. Lâkin mesele bu suretle mevzuu bahis olamaz. Meseleyi halletmek için devirleri tefrik etmek ve fikirlerin tarakkisini hesaba katmak lâzımdır. Şüphesizdir ki: İlk zamanlarda müeyyide tehdidi insanın nizamı hukukiye hürmetini izaha kâfidir. Fertlerin ekseriyeti hatta hepsi için diyebiliriz ki bunların hattı hareketlerini hukukun vazetmiş olduğu kaidelere tevfik etmeğe imale eden, hukukî kaidenin ihlâlinin kendileri için feci neticeler davet edeceği yolundaki az yüksek hodbin saiktir. Yavaş yavaş bu kaideyi ilân eden makama hürmet, bilâ hare kaideye muhakeme edilmeksizin hürmet gibi diğer saikler meydana çıkıyor, Zira itiyat bu kaide önünde iradeleri eğer daha sonra ammenin menfaati için bu kaidenin zarurî olduğu hissi ve nihayet diğerinin şahsiyeti için sempati ve bazı incelmiş vicdanlar nezdinde bizzat kendisine hürmet kendi nazarında sukut korkusu. Bütün bunlar aynı neticeye yardım eden bir saikler manzumesi teşkil eder. Medenî insanda bazılarının dediği veçhile kanunî elyaf yani bir müeyyide korkusundan müstakil olarak hukuka hürmet etmek temayülü teşekkül etmiştir. Binaenaleyh böyle bir haleti fikriyeyi hesaba katmamak bir hatadır. Bu, çoklarında yoksa da bazılarında az veya çok mütebariz şiddetli bir derecede mevcut ve medeniyetin tarakkiyatı sayesinde faaliyet derecesi artmaktadır. Şu neticeyi çıkartalım ki ekseriyeti azime hukukî müeyyideden sarfı nazar edemez ve müeyyidesiz çok çabuk tanınmamazlığa maruz kalır. Fakat bu müşahede hukukun çözülmez bir surette müeyyide fikrine bağlı bulunduğunu göstermez. Müeyyideden mahrum hukuk gene hukuktur. Ve hukuk olmak hasebile hürmet edilmeği iktiza eder. Biz bu meseleyi bilâhare daha ilerde hukuku umumiyei düvel münasebetile tekrar bulacağız.

İzah olunduğu üzere müeyyide mefhumu sıkı surette kuvvet ve kudret mefhumuna bağlıdır. Cemiyet namına bu kudret hukuka hürmeti emreder. Hukuku tesbit ile mükellef uzuvları vücude getirir yani adlî kuvvetleri tesis eder. Ve ihtiyaç halinde adlî makamattan sadır olmuş kararların tenfizini kuvvet vasıtasile temin eder. Bu içtimaî kudret devletin kudretidir. Hukuku kanun şeklinde ilân eden devlettir. Hâkimler ihtilâfları devlet namına tetkik ve hallederler, hâkimlerin hükümlerini tenfiz ettirmek için kuvayi umumiyenin müdahalesi de devlet namınadır. Devlet talâkkisi şüphesiz birdenbire bütün genişliği ile ve halen atfettiğimiz ehemmiyetile teşekkül edemedi; devletin tayin ettiği ve hükümleri mukavemet halinde devlet tarafından harekete getirilen kuvvet vasıtasile tenfiz ettirilecek hâkimlerin devlet namına tevzii adalet mefhumu için de vaziyetin aynı olduğu aşikârdır. Bir defa teşekkül ettikten sonra devlet nasıl oldu da vazifelerinden biri olan hukukun tahakkukuna hadim uzuv olmağı yani hukukun tatbikatından zuhur eden münazaaların zarurî hkümü verilen kararların icrasını alâkadar taraflara temine mahsus icbar vasıtalarını işletmeği deruhte etti. Burada da başka yer-

750

lerde olduğu gibi işler pek fazla daha bataatle yürüdü. Hali hazırdaki talâkkiyata vasıl olmak üzere devlet lehine insanlar arasında çok müthiş olan hükmetmek kudretinin tesisinden evvel beşeriyetin geçmeğe mecbur olduğu sarp manialarla dolu yolları tekrar çizmek için uzun izahat lâzımdır. Bu tekâmülün derin bir surette tetkiki burada yer bulamaz. Bunun başlıca merhalelerini işaret ile iktifa edilmek lâzımdır.

Ferdin ferde yahut aile gurubunun aile gurubuna hususî harbi rejimiyle başlandı. Bu intikamı hususî sistemidir. Bu sistemde hakaret gören kendi kavgasına kendini hâkim, duçar olduğunu iddia ettiği haksızlığın intikamcısı, zatî hükmünün icracısı yaparak fenalık edene yahut hakaret edene yaptığı fenalığa müsavi fenalık tatbik eder. Buna «talyon» derler. Fakat bu müdafaa binefsihi devam edemedi, zira bu sistem gerek muhtelif aile gurupları arasında, gerek aynı gurubun âzaları arasında daimî bir mücadele hali uyandırır. Bu sistem yerini kompozision sistemine terk etti. Bu yeni sistemde hakaret eden mutazarrıra maddî bir şey, veya bir kaç baş hayvan, muayyen ağırlıkta kıymetli maden verir ve bunun mukabilinde hakaret gören kendini tatmin edilmiş telâkki ederek intikamın icrasından vazgeçer. Düşman iki klan yahut iki fert arasında muhasımların arzuyu tamları dairesinde münakaşa edilmiş şartlar dairesinde bir nevi sulh muahedesi yapıldığı mülâhaza edilebilir. Bilâhare yapılan zararın vehameti hesaba katılarak evvelden vücuda getirilmiş tarifeye göre gayri mütehavvil surette kompozisionun miktarı tesbit edildi. Bununla beraber yavaş yavaş aileler, rakip klanlar birleşmeğe daha geniş guruplar içinde erimeğe başladılar. Bu guruplar içinde onların ilk şahsiyeti gaip oldu. Fert itibariyle daha zengin olan ve muayyen bir arazisi üzerinde yerleşen bu yeni guruplar içindedir ki: millet ve milletin şahıs halindeki tecellisi olan ve hakimane bütün azalarına emreden, emirlerini maddî bir tazyik ile teyit eden devlet mefhumu zuhur etti. İşte bu zamandır ki devlet, kuvvetinin tavazzuh ettiğini ve faâliyet ibraz ettiği nisbette arttığını hissederek fertler için kendi aralarındaki ve bizzat devletle olan münasebetleri için hattı hareket kaideleri vazetmeği deruhte etti. tabiatile devlet vazettiği kaidelere riayet olumnasına nezaret etmek istedi. Ve bu tarik ile halen mevcut olan aile gurupları arasında yahut münferit fertler arasındaki mücadelelere karıştı. Bir zaman geldi ki hususî intikam rejimi ve bunun halefi olan kompozision sistemi hüsnü intizama, büyüyen içtimaî adalet, devlet namına devletin tayin ettiği hâkimler tarafından tevzii adalet mefhumuna mugayereti dolayisile ortadan kalktı. Binnetice ihtilâfların halli münhasıran hususî bir iş olmaktan kurtuldu. devletin samimî surette karıştığı umumî menfaat meselesi oldu. Devlet zarurî hakem, tahmil edilmiş hakemdir, kuvvei adliye denilen uzvu vasıtasile kat'î şekillere göre münakaşayı kestiren devlettir. Ve nihayet hükmetmek kudretini tevdi ettiği kimseler tarafından verilmiş kararlara hürmeti tahmil eden o dur. Devlet

umumî sulhun hamisi, tahakkukun uzvu, hukukun müdafii olmuştur. Mazinin en karanlık noktalarından zamanı hazıra kadar uzun asırlar serisine uzanan bu istihale tarihi işaret edilmek lâzımdı. Bu, bütün genişliği içinde hukuk mefhumu namını daha eyi kavramaya, cebrü şiddet devrini kapadığı ve her insanın taşıdığı ademi itaat, hodbinlik, hırs gibi ecdattan mevrus sevki tabiileri zabt ve tadit ettiği nisbette hukukun ne kadar mütezayit bir faaliyetle terakkisinin bir âmili olduğunu göstermeğe müsaittir.

İKİNCİ KISIM

Hukuk ilmi

Daha yukarda izah edildiği veçhile insan tarafından diğer insanlarla münasebetlerinde riayeti mecburî olarak ihdas edilen hukuk, teşkilât altına alınmış cemiyetlerin devam ve terakkisinin zarurî şartıdır. O halde hukuk dinî, ahlâkî, siyasî, iktisadî hadiseler gibi içtimaî bir hadisedir. Şimdi bu içtimaî hadisenin ilmî bir tetkik mevzuu olarak ne suretle nazarı mülâhazaya alınacağı mevzuu bahistir. Hukuk, ilim olarak mütalâa edilebilir mi? Bu ilmin mahiyeti nedir, diğer ilimlerle münasebetleri nelerdir, bu ilmin muhtelif şubeleri hangileridir ?

İşte halli lâzım gelen mes'eleler bunlardır. Şu nokta aşikârdır ki: İlim mevzuu bahis ise burada tabiî denen ilimlere müşabih bir ilim düşünülemez. Bu ilimlerin mevzuu maddî şeylerin kendilerine sahne vazifesini gördüğü hadiselerin mütalâasıdır, Bu şeyler canlı yahut cansız mahluklardır. Ve tabiî ilimlerin rolü bunların teşekkülünü ve bunlarda ve bunların üzerinde hareket eden hayat kuvvetlerini mütalâa etmektir. Halbuki hukuk insanda hayatın fizik kanunlarına tâbi maddî mahlûku değil fakat düşünen, makul, başkasının menfaatine olarak kendi faaliyetini tahdit için kaideler ihdas eden mahluku nazarı mülâhazaya alır. Hukuk insanda akıl denen ve kendisine hukukun icadını ilham etmiş olan manevî bir hassayı nazarı teemmüle alır. Ve bundan dolayıdır ki: Hukuk ilmini manevî denen ilimler meyanına ithal ederler.

Lâkin hukuk insanda manevî mahluk ile beraber içtimaî bir gurup içinde yaşayan içtimaî mahluku da nazara alır. Halbuki hukukun yanında içtimaî hayatın ilmî surette mütalâa edilebilen diğer tezahürleri de vardır. Dinler, Tabiatlar, fikrî istihsalât, siyasî, iktisadî, beşerî guruplar ilimleri mevcuttur. Hukuk müstesna olamaz. Eğer şimdi isbat edileceği veçhile hukuk, ilmî bir tetkik mevzuu olabilirse hukuk, ilmi içtimaî denen ilimler gurubuna dahil olur, zira bu ilimler muhtelif manzaraları altında içtimaî hayatı mütalâa eder.

358

Bu ilimlerin herbiri şüphesiz muayyen bir mevzua ve kendisine mahsus bir usule maliktir. Bununla beraber madam ki bütün bu ilimler içtimaî avamı tetkik eder, o halde aralarında mecburen temas noktaları ve yakınlık bağları mevcuttur. Bundan bu ilimlerin hakikatte ilmi içtimaî namı verilmiş olan bir tek ilim teşkil ettikleri istintaç olundu. İlmi içtimaî mebadisinde, tezahürlerinde ne kadar muhtelif olursa olsun içtimaî hadiselere ait yegâne ilim gibi göründü.

İlmi içtimaî bütün hususî içtimaî ilimleri içine almak için bunları nefsinde cem ettiği iddiasını ileri sürdü. Bu balâpervazane görüşler, bir aksülâmel tahrik etmekten geri kalmadı. Bu ilimler Uzun zamandanberi münhasıren kendilerine tahsis edilmiş gibi talâkki ettikleri bir sahada ihtisas etmiş ve birleşmiş olduklarından bu muhtelif ilimlerin mümessilleri kendilerini tehdit eden bu istilâya karşı isyan ettiler; onlar bu yeni gelenin hayat haklarına itiraz ettiler, ve usulünü tesis edecek, meşgul olacağı şeyleri ikmal edecek, hudutlarını taharri edecek bir ilmin mevcudiyetini inkâr ettiler. Bu tenkitleri kısmen hesaba katmak lâzımdı. En yeni süsyoloğlar başlangıcın balâpervaz iddialarından sarfınazar etmişe benziyorlar. İlmi içtimainin hususî içtimaî ilimlerin faaliyet sahasına tecavüzden içtinap etmesi lâzım geldiği teslim olunuyor. İlmi içtimaî bu ilimleri içine alamaz. İlmi içtimainin, gayreti bu ilimlere hâkim olan prensipleri meydana çıkarmağa ve bunların neticelerinin terkibini göstermeğe inhisar eder. İlmi içtimaî, içtimaî ilimlerin felsefesi gibi mülâhaza edilebilir.

Şimdi isbat edilecek nokta kendisine mahsus bir seciyeyi haiz olan içtimaî bir hadise olmak itibarile hukukun ilmî bir surette mütalâa edilebileceği keyfiyetidir. Her ilim muayyen, ayrı tasnif edilmiş bir mecmuai malûmattır. İlim hadiseleri tesbit eder, Onları biribirinden tefrik eder, her türlü karışıklıkları bertaraf etmek için onlara kat'î isimler verir, kendilerine mahsus ayniyet yahut sebebiyet münasebetlerini - ki bunlar o hadiselerin cevherinden doğar - hesaba katarak bunları bir gurup haline koymağa çalışır; nihayet ilim o zamana kadar tanınmamış diğer hadiseleri, henüz müşahede edilmemiş diğer münasebetleri keşfetmek için tafsilâta ait bu müşahedelerden ve bu guruplardan istifade eder. Her ilmin mevzuu hakkındaki bu umumî mefhum hukukî hadiselere de tatbik olunur. Hukukî hadiselerin vücudu şüphesizdir. Meselâ: Bir erkek bir kadınla beraber yaşar, bu kadından çocukları vardır, bu çocuklar ebeveyni ile beraber yaşarlar: insan maddî şeyler temellük eder, bunları ihtiyaçları için kullanır; insan sıyasî cemiyet yahut gurup halinde yaşar, bu guruplara emreden şefler tayin eder. Bu içtimaî hadiseler zarurî surette münasebetlere, ferdin ferde münasebetlerine mahal verir: Karı kocanın kendi aralarındaki münasebet karı kocadan her birinin çocuklarla münasebeti bir malikin komşu malikle münasebeti,

159

idare edenlerin idare edilenlerle münasebeti. Biz daha evvelce dedik ki hukukun mevzuu bu münasebetleri tanzim etmektir. Hukukî hadise bir kaidenin mevcudiyeti, bu kaidenin insan tarafından ihdasıdır.

Hadiselerin tanınması, ilmin ilk mevzuu olduğundan hukuk ilmi evvelâ siyasî bir gurupta insanların, bu gurup azalarının herkese tahmil edilmesi lüzumile kabul ettikleri muhtelif hukuk kaidelerini tesbit etmek mecburiyetindedir. Şüphesiz bu kaideler adetçe pek çok ve pek muhteliftir. Bununla beraber dikkatli bir müşahede ile, bu kaidelerden aynı bir neticeye müteveccih olan bazıları vardır ki bunların takip ettikleri gayenin ayniyeti sebebile birleşmiş bir manzume halinde bir gurup teşkil edebilecekleri görülür. Meselâ: Karı koca arasındaki hukuk münasebetlerini idare eden kaideler vardır. Bu kaideler aile birliğinin sıhhatı şartlarına, bu birliğin tesbiti tarzına, bilhassa karı kocanın her birinin şahsî serveti üzerinde hasıl ettiği hükümlere birliğin feshini mucip olabilen sebeplere taallûk eder. Bütün bu kaideler tek bir neticenin teminine çalışır: Aile birliğini evlenmeyi tanzim etmek, evlenme bu suretle hukukî bir müessese, yani tek bir gayeye müteveccih kaideler mecmuası teşkil eder.

Hukukî müesseselerin itina ile yekdiğerinden tefrik edilmesi lâzımdır. Bunun içindir ki bu müesseseleri hususî isimlerle göstermek, kat'î bir ıstıllahat kollüksiyonu vücuda getirmek icap eder. Istıllahat burada diğer ilimlerdeki ehemmiyeti aynen haiz olup aynı rolü oynar; ıstıllahat karışıklıkları, hataları, zaman zıyaını bertaraf eder. Haklı olarak bir ilim iyi yapılmış bir lisandır denilmiştir. Hukuk ilmi teknik bir lehçeden sarfınazar edemez, gayet sağlam bir surette tesbit edilmiş bir mecmuai ıstıllahata muhtaçtır.

Vazıh bir surette isimleri konmuş müesseseler halinde cem ve tesbit edilmiş hukuk kaideleri mevzu hukuku yani hali hazırda muayyen bir millet nezdinde mevcut hukuku teşkil eder. Binaenaleyh hukuk ilmi evvelâ bu mevzu hukukun doğru olarak bilinmesinden ibarettir. Fakat mevzu hukuk, ne kadar haizi ehemmiyet olursa olsun, hali hazırdaki hukukî münasebetlerin tanzimi için kabul edilmiş kaidelerin bir nevi tavsifî cetveli, vücuda getirilmiş bir kataloğundan başka bir şey değildir. İlim bununla iktifa ve taharriyatını böylece tahdit edemez. Daha çok nazik ve daha yüksek ehemmiyeti haiz diğer meseleler ilmin dikkatini celbeder.

Hukuk kaidelerinin her zaman şimdi mevcut bulundukları gibi olmadıkları anlaşılmıştır. Hali hazırdaki hukukî müesseselerin evvelce başka kaideler tarafından idare edildiği ve biribirini takip eden bu mazideki hallerin her birinin hali hazırı ihzar ettiği tesbit edilmiştir. Halin, mazinin şeraitine tâbi olduğu, binnetice zamanımızın hukukunu iyi anlamak için asırlar serisini aşmak ve hukukî müesseselerin tarihini

ve bu müesseseleri terkip eden hukuk kaidelerini tanımak lâzım olduğu anlaşıldı. Hukukî müesseselerden her birinin mazisi vardır ve şimdi göründüğü gibi bu müesseseleri anlamak arzu edildiği takdirde bu mazinin bilinmesine ihtiyaç vardır. Meselâ: Evlenme hali hazırdaki Fransız hukukuna nazaran boşanma ile bozulabilir. Fakat boşanma her zaman kabul edilmedi. Eski Fransız hukuku bunu menetmişti: Fransız ihtilâli buna müsaade etti; 1804 kanunu medenisi bunu kabul ve tanzim etti; 1816 tarihli bir kanun boşanmayı ilga etti. 1886 ve 1908 de ikmal edilen 1884 tarihli kanun boşanmayı tekrar tesis etti. Yalnız bu kanunların mevcudiyet ve muhtevasını değil, bu tahavvüllerin hikmeti vücudunu da bilmek lâzımdır. Boşanmaya dair mevzuatı kanuniyemizin hali hazırı ancak bu tarih bilindiği takdirde anlaşılabilir.

Lâkin hukukun mazideki tahavvüllerini doğru olarak çizmek kâfi değildir, bu tahavvüllerin sebep ve hikmeti dikkatle araştırılmak icap eder. Bunun bilinmesi insanı alâkadar eder, Filhakika bu bize hukukî hadiselerin diğer içtimaî hadiselerle münasebet ve sıkı bir irtibatı olduğunu gösterir. Hukuk ve müesseseleri artık insana keyfî surette tahmil edilmiş emirlerin mahsulü gibi değil her hangi bir devirde cemiyetin içinde bulunduğu haleti fikriye, ahlâkiye ve maddiyenin bir neticesi gibi görünür. Bu tahavvül sebepleri filhakika siyasî fikirlerdeki tebeddül hayatın itiyatlarındaki nüfuzlar, ve iktisadî istihalelerin neticesi olabilir.

Müesseselerin mazisine taallûk eden bütün bu taharriyata hukukî müesseselerin tarihi, yahut hukuk tarihi denir. Bu hukuk ilminin ikinci bir manzarası, bu ilmin en canlı, en cazip kısımlarından biridr.

Fakat hukuk ilminin sahası burada bitmez. Tarih bize gösteriyor ki bir milletin mevzu hukukunu mütekaddim hukukun kaideleri hazırlamıştır. Bu, hali hazırdaki hukukun da müstakbel bir hukukun âmili olacağını kabul icap eder.

Filhakika mevzu hukuk eskiyecek, hangi millet için yapılmışsa o milletin âdatını, siyasî yahut dinî fikirlerini, iktisadî ihtiyaçlarını tatmin edemez bir hale gelecektir. Bir an olacak ki hukuku değiştirmek icap edecek fakat hangi istikamette? Bu, hadiselerin tesadüfü, düşüncesiz beşerî ihtirasların ve belki geçici ihtiyaçların tazyiki altında tekâmüle terkedilecek mi? Yoksa bazı esasları nazara alınarak zarurî olan tekâmül iyi tayin edilmiş bir istikamete, daha mükemmel görünen bir gayeye tevcih edilebilir mi?

Şüphesiz daha makul görünen ikinci şıktır, ve yeni bir şekil tahtında bu müdebbirane hattı hareketi kabul edenlerin imdadile gelecek hukuk ilmidir. İlmin bu kısmına teşrih ilmi derler, zira burada hukuk ilmi vazifeleri yeni kanunlar yapmak olan kimseleri, vazıı kanunları tenvir eder. Gayesine varmak için teşrih ilmi muhtelif sınıflardan malûmata müracaat

341

eder. milletin ihtiyaçlarını taharri eder, ve hukukî, iktisadî zaruretlerle telife gayret eder. Mümkün olduğu kadar mevzuatı ecnebiyeden ilham alır. Kezalik daha yüksek bir sınıfa mensup talâkkilere göre kararını verir: Şahsiyeti insaniye hakkında insanların gittikçe yükselen talâkkisini hesaba katar; aynı zamanda devletin vazifesini yapmasına içtimaî rolünü oynamasına müsaade etmek için ferdin hürriyetinin ne miktarını almak icap ettiğini tayine gayret eder.

Bununla beraber burada bir itiraza tesadüf ediliyor. Hukukun teşekkülünde vazıı kanunun müdahalesi ilme değil, san'ata aittir, vaz'ı kanun ilmi değil san'atı mevcuttur, diyorlar. İlim ile san'at arasındaki bu ihtilâf, beşerî faaliyetin cereyan ettiği her sahada mevcuttur. Filhakika ilmin rolü müşahede etmek, san'atın vazifesi icat etmektir; ilim bilgiyi istihdaf eder, san'atın gayesi tahakkuk ettirmektir. Şüphesiz san'at ilmin mütalâalarından istifade eder, fakat ilimle san'at biribirine karışmaz. O halde hukukta başka türlü olması için sebep yoktur. Binnetice ilmî surette hali hazırı mütalâa, menşe'leri tetkik edilen hukukun yanında mevcut hukuku ıslaha mahsus kaideleri müşahededen istihraç eden bir vaz'ı kanun san'atı var; bize göre ilimle san'at arasındaki bu tefrikte mübalâğaya düşülmemek lâzımdır. Biribirinden ne kadar farklı olurlarsa olsunlar ilimle san'at yekdiğerinden ayrılamıyacak kadar sıkı rabıtalarla birleşmişlerdir. Mevcut hukuku tadil etmek isteyen kimse için faydalı, başka yerlerde tatbik edilmiş, şayanı arzu olan şeylerin bilinmesi zaruridir. Vaz'ı kanun ilmî mu'tâlar üzerinde çalışan bir san'at sahibinden başka bir şey değildir, İlâve edelim ki vazıı kanun istikbalin ilmini ihdasa yardım eder, zira ilme kanun şeklinde, kendisinin daha evvel çizmiş olduğu kadrolara ithal, tasnif ve tensik edeceği mevadı tedarik eder. Şu halde vazıı kanun ilmî eser için müştereken çalışanlardan biridir, ve eğer ilim dünün hukukunu tavsif ile iktifa ederek yarının hukukunun hazırlanmakta olduğu yolları tenviri ihmal ederse natamam kalır. Binaenaleyh denebilir ki ilmi hukuk, hukuku üç muhtelif manzarasile nazarı itibara alır: Hukuk nedir, ne idi, ne olmalıdır. Birinci noktai nazara göre, hukuk ilmi kaidelerin şimdiki tatbikatını mütalâa eder; bu amelî noktai nazardır. Hukuk ilmi hali hazıra gelmeden hukukî müesseselerin mazide geçtikleri yekdiğerini takip eden merhaleleri taharri eder, bu tarihî noktai nazardır. Hukukun ne olması lâzım geleceğini göstererek ilim, müstakbel tekemmülleri ve tahakkuku kabil olan tarakkiyatı keşfeder. Bu felsefî ve siyasî noktai nazardır.

Hukuku siyasiyeden bir misal alalım. Hakkı rey ve bunun verildiği şahıslar mevzu bahistir. Fransız hukukunun hali hazırında muayyen bir yaştan itibaren bu hak bütün erkek vatandaşlara aittir. Başka hiç bir şart aranmaz, Fakat bu her zaman böyle olmadı. Bu hususta, devri hazıra takaddüm eden devirlerde tahavvülât oldu. Bu tahavvüllerin tarihi burada izah edilemiyecek kadar mu'dıldır. Söylediğimiz şarttan başka

şerait tahmil edilmişti. Bir intihap vergisi vermek, üç yüz frank bilâ vasıta vergi tediye etmek lâzımdı, bu bilâhare iki yüz franga indirildi. Fakat 1848 kanunu esasisi intihap vergisine ait şartı lâğvetti, yaştan gayri hiç bir şarta tâbi olmamak üzere reyiam usulünü tesis etti. Bu tarihtenberi tebeddül olmadı. Bununla beraber umumî olan rey hakkı kadınlardan esirgenmiştir. Halbuki kadınlara bu hakkı vermek fikri Fransada kadınlar lehine hakkı re'yin tevsii meselesi mevzu bahsolacak veçhile modern âlemde gittikçe intişar ediyor. Bu vaz'ı kanun ilminin sahasına dahil bir mes'eledir. Bu ilim gerek nizamı iktisadiden istinbat olunan esbaba, gerek kadınların siyasî reyini kabul eden bazı ecnebi mevzuatı kanuniyesinin verdiği misale, nihayet erkeğinden daha az olmayan kadının fikrî ve ahlâkî kıymetine müteallik mülâhazata ve siyasî işlerin iyi idare edilmesi hakkında kadının haiz olduğu alâkaya nazaran mezkûr hakkın kadınlara bahş edilmesinin doğru olup olmadığını taharri eylemek mecburiyetindedir.

Eğer hukukun ilmî surette mütalâası gösterdiğimiz gibi halin (hukuku mevzua), mazinin (tarihi hukuk) ve istikbalin (vaz'ı kanun ilmi) nazara alınmasını icap ediyorsa bunda şayanı hayret hiç bir şey yoktur. Bu hayat işlerine ait ilmin modern talâkkisine muvafıktır, Bu arz üzerindeki hayat aslâ durgun değildir. O ebedî bir istihale yolundadır, ve değişiklikler hemen daima vücuda gelmek için uzun seneler isteyen gayet bati bir tarzda olur. Bunun içindir ki ilim tezahür ettiği sahaların her hangi birinde hayatı mütalâa etmek isterse onu mazideki şekillerinin ihzar ettiği ve müstakıl şekillerini gösteren eşkâli hazırası ile nazarı teemmüle almak mecburiyetindedir. İçtimaî hayatın kaidesi olan hukuk, tekâmülün bu büyük kanunundan kurtulamaz. O da ebedî tahavvül halindedir.

Şüphesiz hukuk fikri esasisi daima aynı kalır. Beşerî cemiyetler mevcut oldukça fertlerin hürriyetini müşterek hayatın zaruretlerile telif etmek lâzım gelmiştir ve daima lâzım gelecektir. Hukukun kat'î olarak bu teliften ibaret olduğu yukarıda görülmüştür. Müşkülât bu mutavassıt haddi bulmakta ve her mesele için gayri kabili ictinap olan bu uzlaşmanın şeraitini vazetmektedir, Hürriyet fikrini yani ferdin haklarını üstün mü tutmalıdır? Bunları tesanüt fikrine, içtimaî gurubun menfaatlerine feda mı etmelidir? Bu, muhtelif manzaraları altında ferdin devlete karşı ebedî mücadelesidir. Bu ağır meselenin sureti halli her hususî hal için zamana ve muhtelif memleketlere göre değişir, yeni memleketlerin keşfi, ilmî ihtiraat gibi haricî maddî hadiseler muhtelif istikametlerde bu sureti halle müessir olurlar; kezalik bu sureti hal hukuku hakikî surette ilham eden aklı beşerin istihalelerine tabidir. [1] O halde hukukun ta-

[1] Bunu büyük siyasî filosofumuz Montesquieu pek iyi anladı: Kanunların mahiyeti zuhur eden bütün arızalara tâbi olmak ve insanların iradelerinin tahavvülü ile mütenasiben değişmektedir.

havvülleri gayri kabili içtinaptır ve netice itibarile, hukuk ilmi hukukun tahavvüllerini ve mazide bu tahavvülleri vücuda getiren yahut az veya çok uzak istikbalde bunları hasıl edebilecek her nevi tesirleri tanımak şartile bu ilim ismine lâyık olarak mevcut olur.

Hukuk ilminin muhtelif şubeleri hukukun teemmül edilmesi icap eden üç manzarasından birine zarurî olarak tetabuk eder: Sükûn halinde hukuk, mazide hareket halinde hukuk, istikbale doğru hareket halinde hukuk.

ÜÇÜNCÜ KISIM

Hukuku mevzua

Bu kaidelerin menbaı ne olursa olsun, gurup azasının ister sarih, ister zımnî iradesinden neş'et etsin, bir milletin tarihinin her hangi bir anında siyasî cemiyetin bütün azasını mecbur eden hukuk kaidelerinin heye'ti umumiyesinin hukuku mevzuayı vücuda getirdiği ikinci kısımda söylendi. Bu kaidelerin idare ettiği siyasî cemiyet, kendine mahsus bir hayat yaşayan ve kendisine benzeyen diğer Beşerî guruplardan açık bir surette farklı bulunan bir birliktir. Bu birlik devleti teşkil eder. Her devletin kendine mahsus hukuku mevzuası vardır.

Bir devlet mevcut olduğuna göre siyasî cemiyetin azası olan muhtelif fertler arasında, bizzat hükmî şahıs olarak nazarı itibara alınan devlet ile bu devletin azası olan fertler arasında; yahut devlet ile diğer devletler arasında mecburî olarak hukuk münasebetleri teessüs eder. Bundan dolayı hukuku mevzua iki büyük şubeye taksim edildi:

1 — Efradın biribirlerile olan münasebetlerine taallûk eden kaidelerin heyeti mecmuasını teşkil eden hukuku hususiye;

2 — Devletin fertlerle yahut devletin diğer devletlerle olan münasebetlerine taallûk eden kaidelerin hey'eti mecmuasını teşkil eden hukuku âmme.

Vereceğimiz ve iki bap teşkil edecek olon izahatımızda daha evvelce Romalılar tarafından teklif edilmiş olan bu taksimi kabul ediyoruz. Bırinci bap, hukuku hususiyeye, ikinci bap hukuku âmmeye tahsis edilmiştir.

BİRİNCİ BAP,

Hukuku hususiye

Dediğimiz gibi hukuku hususiye aynı devlet dahilinde fertler arasındaki münasebetlere taallûk eden kaidelerin heyeti mecmuasıdır. Bu-

rada fertler hususî insan olarak nazarı itibara alınmıştır. Pek eski olan ve Romalılardan gelen « hukuku hususiye » ismi bunban mütevellittir. Buna hukuku medeniye de derler, zira mevzuu, nizamı siyasiye ve binnetice hukuku âmmeye temas eden her türlü münasebetten müstakil olarak, vatandaşlar arasındaki münasebetlerdir. Bununla beraber hukuku medeniye tabiri umumiyet itibarile hukuku hususiyenin hey'eti mecmuasını değil, tatbikattan birini, başlıcasını işaret etmek için kullanılır. Hukuku hususiye filhakika hukuku medeniye, hukuk usulü muhakemeleri, hukuku ticaret, beynelmilel hukuku hususiye namlarile dört kısma inkısam eder. Bunların her biri hususî bir fasılda izah edilecektir.

BİRİNCİ FASIL

Hukuku medeniye

Hukuku medeniye ferfleri, mesleklerine, meşguliyetlerine bakmadan tüccar, sanayi erbabı, amele, köylü, şehirli meslek sahibi olup olmadıklarını araştırmaksızın « mevcudiyeti beşeriye » olmak itibarile nazarı mülâhazaya alır. Hukuku medeniye «ahkâmı umumiye» (droit commun)ü yani meşgul olunması icabeden hadiseye kabili tatbik istisnaî bir hüküm mevcut olmadığı takdirde tatbik edilmesi lâzım gelen hukuku teşkil eder. Meselâ bir şirket mukavelesi yapmış olan iki tüccar arasında mukavelenin nazarı teemmüle almadığı ve ticarete ait hukuku mahsusa (hukuku ticaret) tarafından tanzim edilmemiş bir müşkül tehaddüs eder. Bu takdirde tatbik edilmesi icabeden hukuk kaidesi, umumiyetle şirket mukaveleleri için mevzu hukuku medeniye kaidesidir.

Hukuku medeniyenin tanzin ettiği hukuk münasebetlerinin hepsi ezelî olmadığı şüphesiz olmakla beraber, kurunu ulânın en eski devirlerine çıkan iki içtimaî hadiseden doğar; Aile, mülkiyet.

Bir fert aslâ tamamen münferit değildir. Fert zarurî olarak tabiî bir gurupa, küçük bir fertler cemiyetine doğrudan doğruya evlâtlık bağı yahut müşterek bir asla giden bir bağ ile merbuttur. Bu gurupa arzusile değil doğum hasebile iştirak etmiş diğer fertler de vardır. Bu gurup aileyi teşkil eder. Ailenin ve ferdin ailesile olan münasebetlerinin tetkiki hukuku medeniyenin iştigal ettiği ilk mevzudur. Filhakika bir ferdin aile içinde işğal edebileceği muhtelif vaziyetleri, aile gurupunun diğer azalarına karşı muhtelif müesseseler sebebile haiz olabileceği hukuku tayin etmek lâzımdır: Meselâ bir fert evlidir. Evlenme bu fert için hukukî bir vaziyet, diğer eşine (karı, koca) karşı hak ve vazifeler ihtas eder. Bu ferdin çocukları vardır; Bu çocukların ebeveynine karşı hukukî hak ve vazifeleri vardır. Bu çocukların da kendi aralarında

965

hukukî münasebetleri, bir asıldan gelmelerinden neş'et eden hak ve vazifeleri vardır.

İnsanı yaşamak zarureti maddî şeylerin temellüküne, bunları kendisinin ve ailenin gündelik ihtiyaçlarını istifa için kullanmağa, istikbalinin ıslahı için bunlardan istifade etmeğe sevkeder. Maddî şeyleri böylece takip ederken insan mecburen diğer insanların rekabetile karşılaşır. Bu rekabetin ortaya çıkarmaktan geri kalmayacağı şiddetli tesadümleri bertaraf etmek için herkesin eşya üzerinde inhisarî haklara malik olduğu yahut olabileceği kabul edilmiştir. Bu haklar mülkiyet hakkı ve mülkiyetin inhilâlinden doğan haklardır. Hukuku medeniyenin iştigal ettiği ikinci mevzu mülkiyet hakkile bu hakkın inhilâlinden mütevellit hakların tetkikidir. Bu tetkike borçların tetkiki inzimam eder. Borç iki fert arasında teşekkül eden bir hukuk münasebetidir; bunun hükmü bu iki fertten birine, alacaklıya, diğerinden, borçludan, bir şey yapmayı yahut yapmamayı istemeğe müsaade etmektir. bu fiil yahut bu içtinap alacaklıya istifade temin etmelidir, neticesi bunu talep edebilen kimsenin servetine, mamelekine bir kıymet ithal etmektir. Şu halde borç alacaklıyı zenginleştirir, onun servetinin müsbet (actif) kısmını tezyit eder, borçluyu o miktarda fakirleştirir, servetinin (passif) menfi kısmını çoğaltır.

Alacaklı ile borçlu arasında hangi ahvalin neticesi olarak borç münasebeti teessüs eder? Borcun kendi kendine doğmadığı malûmdur. Ferler tabiatile biribirlerinden müstakil biri diğerine yabancıdır. Bunlar arasında husule gelecek münasebet ancak iradî bir itilâftan yahut kanunun hükmünden tevellüt edebilir.

Bir borcun ihdasını müstelzim iradî itilâfa mukavele, ve bu itilâftan doğan borca da mukavele esasından mütevellit yahut aktî borç denir. Bu suretle teşekkül eden borç, ciddî bir medeniyet devresine vusulünden itibaren cemiyetin iktisadî hayatında pek büyük bir rol oynar, Filhakika mütemeddin bir cemiyet içinde insanın istifadesine yarayabilen şeylerin hepsi ferdî temellükün mevzuu olmuştur. Bu şeylerin hepsi bir kimseye aittir, ve bu malik tabiatile bu şeyleri kendi ve ailesinin ihtiyaçları için muhafaza etmek ister. Eğer bir başka ferdin bu şeylere ihtiyacı varsa bunları o fert ancak malik ile bir itilâf neticesinde elde edebilir. O fert bu malik ile maliki şeyi tedarike icbar edecek, o şeyin borçlusu yapacak tarzda bir mukavele aktedecektir, Kendisine gelince o bu şeyin alacaklısı olacak. Meselâ, bu suretle bir alım satım, bir kira mukavelesi yapacaktır. Bu andan itibaren tahtı tasarrufumuzda olmayan bir şey tasarrufumuz altına girecektir ve evvelki malik ile aramızda kararlaştırılan şekle göre tamamen veya kısmen bu şey üzerinde tasarruf edebileceğiz. Bu mukavele sayesinde mamelekimize, servetimize bir kıymet ithal edilmiş olacak. Fakat bu işin böyle olması için şeyin malikinin bu şeyi bize teslim etmeğe razı olması lâzımdır. Malik buna niçin razı olacak?