

ADLİYE

Ceridesi

Sayı: 11

II Teşrin 1935

VEKİLLİKÇE YAPILAN TAMİMLER

Yeni hâkimler kanununun muvakkat maddesinin VI ncı maddesine tevfikân tanzim olunup 6 sayılı Adliye Ceridesinde intişar eden hâkimlerin sınıflarını gösterir cetveller hakkında:

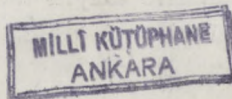
Adliye Ceridesinin Haziran 935 sayılı nüshasının 335 inci ve müteakip sahifelerinde neşredilmiş olan cetveller hakkında vekillığe bazı müracaatlar vaki olmaktadır.

Bu cetveller 2556 sayılı hâkimler kanununun muvakkat maddesinin VI ncı bendine tevfikân tanzim ve intikal devresindeki vaziyeti tesbit eden defterden başka bir şey değildir.

2556 Sayılı kanunun terfi sistemini tatbik için bu kanuna göre terfia esas olacak unsurların ve bu meyanda tasdik ve nakız nisbetlerinin şahsî fişler hâlinde toplanması zarurî idi. Bunlar toplanıncaya kadar tanzim edilecek defterin muvakkat maddenin altıncı bendinde yazılı olduğu üzere 756 sayılı hâkimler kanununa tevfikân elde edilmiş olan vesaike göre hazırlanmış olması tabiidir. İlk terfi levhasının neşrinde hükümsüz kalacak olan bu deftere göre şimdiye kadar yalnız bir hâkimin terfii icra edilmiştir.

2556 Sayılı hâkimler kanununun esas hükümlerine dayanan terfi levhasının hazırlanması gecikmiş olsa idi intişar eden cetvel hakkındaki müracaatların birer birer tetkik ve intacı düşünülebilirdi. Bu kanunun 39, 40 ve müteakip maddelerine istinaden ilk defa olarak tanzimi derdest olan asıl terfi defterlerine esas olacak liste bu günlerde 29 uncu maddede yazılı şekilde neşredilmek üzere bulunduğundan bu terfiler de kanunun esas hükümlerine tevfikân hazırlanacak defter sırasına göre yapılacağından ve böylece neşredilmiş olan defter hükümsüz kalacağından zikri geçen müracaatların ayrıca tetkikine mahal görülmemiştir.

*
*
*



328

Hacze giden icra kâtiplerinin harç tarifesi kanunu mucibince yarım yol tazminatı almaları H:

Bazı yer icra dairelerinde, icra ve iflâs kanununun 80 inci maddesine tevfigan icra kâtiplerine yaptırılan hacizden dolayı, kâtiplerin icra memurunu temsilen ve müstakillen iş yaptıkları düşünülerek, memurlar gibi harç tarifesi kanununun 98 inci maddesi birinci fıkrası hükmüne göre yol tazminatı almakta oldukları gelen teftiş raporlarından anlaşılmaktadır.

İcra ve iflâs kanununun 80 inci maddesi mucibince icra memurunun haczi, kâtiplerine yaptırması bunların memuriyet hak ve sıfatlarında bir değişiklik husule getirmez. Bu itibarla kâtiplerin icra memurunu temsilen ve müstakillen haciz yapmaları, harç tarifesi kanununun 98 inci maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre yol tazminatı almaları hakkını bahşetmez. Çünkü mezkûr maddenin ikinci fıkrasında mutlak olarak kâtip ve müstahdemler denilerek bunların yarım yol tazminatı alacakları tasrih edilmiş ve müstakillen vazife görmeleri hali ile bir hakim veya memur yanında vazife görmeleri hali ayırt edilmemiştir.

Binaenaleyh tebliğden başka bir muamele yapmak için vazifesi başından uzaklaşmağa mecbur olan kâtip ve sair müstahdemler için harç tarifesi kanununun 98 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre yol tazminatı almaları luzumunun memuretiniz dairesi dahilinde bulunan mahkeme ve icra dairelerine tamimen tebliğini isterim. 2-10-935

*
* *

2548 Sayılı kanunun tatbik şekilleri Hakkında.

Ceza evleri ile mahkeme binaları inşası karşılığı olarak alınacak harçlar ve mahkûmlara ödettirilecek yiyecek bedellerine dair olan 30-6-934 tarih ve 2548 sayılı kanunun tatbik şekillerinde bazı yerlerce tereddüt edildiği gelen yazılardan anlaşılmaktadır :

1 — Bu kanunun ikinci maddesi ikinci fıkrasında yazılı (üç gün evvel) kaydının imkân dairesine hasrı icap edeceğinden mahkûmun ikametgâhının başka yerde bulunması gibi sebeplerden dolayı tahkik işinin daha evvel yapılmasında mahzur görülmemiştir.

2 — Mezkûr maddenin üçüncü fıkrası ödenmeyen yiyecek bedelinin bir lira ve kûsuru için bir gün hapisle tazyikî kabul etmiş olmasından dolayı (meselâ 120 kuruş) için bir gün, iki lirayı aştığında iki gün hapsedilmek ve hapsen tazyikî başlangıcı bir lira olmasına göre bir liradan aşağı borç için hapisle tazyik edilmemek gerektir.

3 — Her mahkûm ceza evinde bulunduğu müddetçe yiyecek karşılığını ödemeğe mecbur olmasına göre bu hüküm aynı gayeyi takip eden 25-12-929 tarih ve 8696 sayılı icra vekilleri hey'etinin kararını hükümsüz bırakmış olmadığından bu kararnamenin neşrinden 1-12-934 tarihine kadar yapılmış olan tahkikatla iktidarlari olduğu anlaşılarak ekmek verilmiyen ve o zamandanberi yiyeceklerini kendileri tedarik edenlere yine ekmek verilmemesi lâzımdır.

4 — Mahkûmların yiyecek bedellerini ödemeğe mecbur olmaları karşısında ekmeğini kendisi tedarik eden ve etmekte olan her hangi bir mahpus ceza evinden ekmek almağa icbar edilmez.

5 — Mevkuflar hakkında önceden tahkikat yapılarak iktidarlari olmadığı anlaşılanlara ekmek verilmesi ve bunların mahkûmiyetleri halinde bordro tebliğ edilerek borçlarını ödemedikleri takdirde bu kanun mucibince tahkikat yapılması ve duruşma sonunda az bir ceza verilmesinden veya hüküm günü mahkûmiyetini ikmal etmiş olmalarından dolayı derhal salıverilmeleri icap edenler hakkında tevkifleri sırasında yapılan tahkikatın muteber tutulması ve muhakemeden men veya beraatle neticelenen hallerde kendilerine ekmek verilmiş olanların yiyecek bedelleri göz önüne alınmaksızın derhal serbest bırakılmaları icap eder.

6 — Bu kanun mahkûmlardan bahsetmekte olması itibarile gerek adliye harç tarifesi kanununun 97 inci maddesi ve gerek âmmе borçlarından dolayı tahsili emvâl kanunu hükümlerine tevfikân yapılan hapsen tazyik bu kanunun dışında kalmakla beraber esasen bunların hapsen tazyiki naktî servetlerinin resmen tahakkukuna bağlı olduğundan bu suretle varlıkları anlaşılarak hapsedilmiş olanlara ve bu kanun mucibince hapsen tazyik edilenlere ekmek verilmemesi icap eder.

Para cezasından çevrilme hapislerle icra kanununun 344 üncü maddesi gereğince verilen hafif hapis cezalarında ve buna benzer hallerde şahıs mahkûm olduğundan bu kanun hükümleri dairesinde muamele yapılmalıdır. İcra kanununun 337 inci maddesine göre hapis ile tazyik edilenler mahkûm sayıldığından bunlar hakkında dahi kanun hükümleri tatbik edilmelidir.

7 — Belediye teşkilâtı olmıyan ve kaza ve nahiyelere de mensup bulunmayıp doğrudan doğruya vilâyetlere bağlı olan köylüler hakkındaki tahkikatın vilâyetler ve yabancı mahkûmlar hakkındaki tahkikatın da Hariciye vekâleti vasıtasile yaptırılması zarurîdir.

8 — Mahkûmların çalıştırılmasından hasıl olacak para hakkında tevkifhane ve hapishanelerin dahilî dairelerine dair olan nizamnamenin 72 inci maddesi hükmü göz önüne alınmalıdır.

Ona göre muamele yapılması tamimen tebliğ olunur. 16-10-935

*
* *

Ceza evlerinden her ay sonunda gönderilmekte olan mevkuf ve mahkûm cetvellerindeki bazı yanlışlıkların ortadan kaldırılması Hakkında :

31-5-934 günlü ve 20-95 sayılı umumî tahriratla gönderilmiş olan mevkuf ve mahkûm cetvellerinden bazısının yukarı kısmında bulunan mahkûm mevcudunu gösteren 2 numaralı yekûnun aşağı kısmı teşkil eden müebbet ve muvakkat ağır hapis, hapis ve hafif hapis yekûnundan noksan veya fazla olduğu veyahut bu son yekûna para cezasından ve âmme borcundan dolayı hapis edilenlere ait olan 4 numaralı yekûnun katılmakta olduğu ve mevkuf ve mahkûm yekûnunun suçlara göre tefrikini gösteren ortadaki kısım yekûnunun yukarı kısımdaki 3 numaralı yekûna uymadığı görülmektedir.

Para cezasından ve âmme borcundan dolayı hapis edilenler mevcudunun yalnız birinci kısımda gösterilmesi, bunlar da dahil olduğu halde ceza evinde kaç kişi bulunduğunun bilinmesi içindir. Bunların ortada ve aşağıda bulunan kısımlarla alâkası yoktur. Bundan başka yukarı kısımdaki 3 numaralı yekûnun ortadaki kısım yekûnuna ve yine yukarı kısımdaki 2 numaralı yekûnun da aşağı kısımdaki yekûna uygun olması lâzımdır. Bundan sonra ona göre muamele yapılarak bir yanlışlığa meydan verilmemesi tamimen tebliğ olunur. 7-10-935

*
* *

Kefalet kanunu ve nizamnamesi mucibince mükeffell memuriyetlerde vekâleten bulundurulacak memurların kefalet muamelelerine dair.

2489 sayılı kefalet yasaının ikinci nizamnamesinin 16 ıncı maddelerinde kefilli bir işte vekâleten kullanılacak memurun esasen mükeffell bir işte bulunup namına açılmış bir kefalet hesabı carisi yoksa veya açıktan almıyorsa yapacağı işte kendisine teslim edilecek nakit ve ayniyatın miktar ve ehemmiyetine göre kefalet sandığı idare hey'etince tayin edilecek 1000, 2000 liralık nakdî veya ipotekli teminatın alınması sarahaten emrolunmakta olmasına rağmen bazı mahallerde yasanın bu hükümlerine ittiba edilmediği görülmektedir. Kanuna mugayir olan bu şekil muameleye nihayet verilerek bu kabil vekil memurlardan kanun ve nizamnamenin tarifâtı dairesinde nakdî veya ipotekli

teminat alınması lüzumunun mülhakata tamamen tebliği ehemmiyetle
istenir. 10-10-935

*
* *

Tayyare ianesini henüz taahhüt etmiyen memurlardan da bu ianenin alınması hakkında

Adliye memur ve müstahdemlerinin bir kısmının mezun ve diğer bir kısmının da sair suretlerle vazifeleri başlarında olmadıkları ve bazıların da taahhütte bulunmadıkları vesilesile maaş ve ücretlerinden tayyare ianesi kesilmemekte olduğu vürut eden sarf evrakının tetkikından anlaşılmaktadır.

Mezun ve hastalık ve sair suretlerle vazifeleri başında olmiyan memurların maaşları tayin edecekleri mutemetlere verilmek tabii olduğu gibi tayyarenin kıymet ve ehemmiyetini herkesten daha iyi takdir eder olduklarında şüphe olmiyan adliye hakim ve memurlarının taahhütte bulunmıyacakları da varit olamıyacağından ve esasen mezkûr ianenin tahakkuk memuru sıfatile ve istisnasız olarak tevkifi müddeiumumiliklere düşen bir vazife olduğundan hakim ve memurun maaşlarile müstahdemin ücretlerinin tamamından % 2 tayyare aidatının her ay muntazaman tevkifinin mülhakat müddeiumumiliklerine de tamamen tebliğini ehemmiyetle isterim. 25-10-935

283

BAZI İHTİLÂFLI İÇTİHATLARA SEBEP OLAN MES'ELELER

I

İRTİKÂP VE RÜŞVET SUÇLARI ARASINDAKİ FARKLAR

Yazan : Temyiz âzasından
Ferit Yasa

İrtikâp suçu bizim eski müdevvenatımızda yoktu. İrtikâp ve rüşvet aynı idi. 926 tarihli kanunumuzda kabul olunan bu suç ile beraber makul bir esas kabul etmiş oluyoruz.

Çünkü; her iki tarafça da irade ve ihtiyar dahilinde alınıp verilen bir paradan ibaret olan rüşvet suçile arzu ve irade haricinde bir mecburiyetle verilmesi hasebile yalnız alana mes'uliyet tahmil etmesi tabîi bulunan bir parayı mevzu ittihaz eden irtikâp suçunu birbirinden ayırmak suçta kast ve ihtiyar esasının en zarurî bir neticesidir.

İşte bu esası nazara alarak yapılan bu tefrikın mahiyeti üzerinde biraz inceleme yapmak ve bazı hukuk müntesiplerince değişik içtihatlar doğuran bu mevzuda biraz tafsillere girişmek maksadile bu yazıyı yazıyorum.

İrtikâp ve rüşvet suçlarını iyice anlayabilmek için bunların hukukî mahiyetlerini göz önüne almak lâzım gelir.

İrtikâbın mümeyyiz vasfı; memur tarafından bir şahsın para vermeğe icbar ve ikna edilmesidir. Fakat ikna da iğfal demek olmasına göre her iki halde de para verenin irade ve ihtiyarının giderilmesi yani doğrudan doğruya veya zımnî bir icbar var demektir.

Ceza kanununun 209 ve 210 uncu maddelerindeki kanun unsurlarını tetkik ederek bu mecburiyetin ne suretle vuku bulacağını görürüz.

209 uncu madde de (devlet memurlarından her kim memuriyete ait vazifeyi suiistimal suretile kendisine veya başkasına bigayrı hakkın para itasına ve sair menfaat temin veya vadine bir kimseyi icbar ederse hidematı âmmeden müebbeden memnuiyetle beraber ilâ mücazat olunur.) Diye yazılıyor.

210 uncu maddede ise, (her kim memuriyetine ait vazifeyi suiistimal suretile kendisine veya başkasına bigayrı hakkın para veya diğer

menfaat itasına veya vadine bir kimseyi ikna ederse bir seneden.....
ilâ cezalandırılır) diye yazılıdır.

Şu halde her iki maddedeki suç unsurları, memurun vazifei memuriyetini suiistimal etmesi suretile başlıyor demektir.

Yani irtikâptaki suç unsurları:

1 — Memurun vazifei memuriyetini suiistimal mahiyetinde bir şahıs aleyhinde bir fiil işlemesi ve işlemeye kıyam etmesi.

2 — Bu suiistimal ile o şahıs para vermeye icbar veya ikna eylesidir.

İşte memur tarafından memuriyetin suiistimalile vuku bulan bir mecburiyetle verilen para; alan hakkında irtikâp suçunu teşkil eder. Binaenaleyh bu fiilin tekevvünü için aranacak ilk şart memurun iptidaen bir vazifeyi suiistimal fiili yapıp yapmadığı keyfiyetidir. Ve memurun böyle bir fiil ve harekete kalktığı sabit olmadıkça bu maddelerin tatbikına imkân müsait değildir itikadındayım.

Rüşvete gelince: bunda iptidaen memur tarafından yapılmış ve yapılmaya kalkışılmış bir vazifeyi suiistimalin verdiği mecburiyetle para verilmek lâzım değildir. Belki para vazifeyi suiistimal veya hüsnü ifa için verilmiş olmak lâzımdır.

Yani daha vazih söylemek lâzım gelirse irtikâp da memur tarafından yapılan vazifeyi suiistimalin fert tarafından para verilmek mecburiyetini doğurması rüşvette ise bilâkis para vermenin vazifeyi suiistimali doğurması icabeder.

Bu izahlarımızı daha açık anlatabilmek için bazı misaller göstereyim. Meselâ bir polis memuru kanunen salâhiyeti olmadığı halde suçsuz bir kimseyi derdest eder de o suretle şahsî hürriyetini kurtarmak zaruretile o kimseyi para vermeğe mecbur ve ikna ederse işte bu suç irtikâptır. Çünkü polisin vazifeyi suiistimali ferdin para vermesi mecburiyetini doğurmuştur. Böyle olmayıp ta bilâkis o memur kanunen salâhiyeti olduğu halde suçlu bir kimseyi derdest eder ve salıvermek için de para alırsa bu da rüşvettir. Çünkü para vermek kanun hilâfı salıvermek suiistimalini doğurmuştur. Ve çünkü memurun o fert hakkında kanunî vazifesini yapması hiçbir zaman o şahsın memura para vermesi için bir icbar telâkki olunamaz. Kanunun hükmünden kurtulmak bir fert için mecburiyet telâkki olunamaz. Ve aynı suretle ruhsatsız ağaç kesen bir şahsın kestığı ağaçları müsadere ederek zabıt varakası yapan bir orman korucusunun ağaçları geri vermek zabıt varakasını yırtmak için aldığı para irtikâp suçunu değil; belki rüşvet suçunu teşkil eder. Vakıâ kanunen tevkif olunmuş bir adamı polisin salıvermesi ve kanunen müsadere olunmuş ağaçları geri vermek ve zabıt varakasını

yırtmak memur için birer vazifeyi suiistimaldir. Fakat bu suiistimal iptidaen ferdi para vermeye mecbur etmek için yapılmış bir suiistimal değil, belki para verilmesi veya teklif olunması hasebile bundan doğmuş bir suiistimaldir. Ve iptidaen memurun yaptığı fiil ve hareket bilâkis kanunî bir salâhiyetle birisini derdest etmek ve ruhsatsız kesilen ağaçları müsadere etmek gibi vazifeyi hüsnü ifadır ki; bundan kurtulmak için ferdin para vermesi hiçbir zaman mecburiyet addedilemez. Binaenaleyh bu maksatla verilen ve alınan para iptidaen yapılmış bir suiistimalin doğurduğu bir mecburiyetle verilmiş ve alınmış olmadığından ve belki memurun yapmağa mecbur olduğu bir şeyi yapmamak için verilmiş olduğundan ihtiyarî verilmiş bir para yani rüşvettir.

Velhasıl irtikâp rüşvet gibi iki taraflı bir suç olmayıp bir taraflı yani yalnız memura mes'uliyet tahmil eden bir suçtur. Çünkü; ferdin bu suçta hiçbir sun'u taksiri yoktur.

Belki bunda ferdin rolü kanunsuz vuku bulan bir taarruzdan hemen kurtulmak için maddî manevî bir mecburiyetle para vermekten ibarettir ki bir nevi fidyei necattır ve bu vaziyetin fert için bir suç teşkil etmemesi de tabiidir.

Ceza kanununun 210 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki irtikâp suçu da mahiyeten aynı vasfı haizdir.

Fıkırada (eğer memur kanunen alınması icabetmiyen bir şeyi diğerrinin hatasından bil'istifade almış olursa) diye yazılıdır.

Bu fıkrayı da tahlil edersek görürüz ki sui istimal ve icbar vasıfları bunda da vardır.

Çünkü; memurun kanunen alınması icabetmiyen bir parayı almasında şüphe yok ki bir sui istimal vardır. Ve parayı veren şahıs da kanunu bilmemezliğinden dolayı bu parayı kanunen verilmesi lâzım zannederek vermiştir. Yani vermeğe mecbur olmuştur.

Hülâsa : irtikâp ve rüşvet suçlarının yazdığıın esas dahilinde ayırdedilmesi tatbikatta kolaylığı mucip olur.

Ve zaten bu iki suçun eyrı ayrı addedilmesi de bu maksada yani memurun ferdi para vermekte muztar bıraktığı haller ile böyle bir izzetir altında olmıyarak ihtiyar ile verilen paranın husule getirdiği vaziyetin tefrik edilmesi zaruretine müstenittir

SAVİNYİ (FRİEDRİCH KARL VON SAVİGNY)

NİN

TERCEMEİHALİ

H. A. G.

Çok büyük bir hukukçu olan FRİEDRİCH KARL VON SAVİGNY 21 şubat 1779 tarihinde Mayın kenarındaki Frankfurt'ta doğmuştur ve 25 ilkteşrin 1861 de Berlin'de ölmüştür. 1795 tarihinden itibaren Marburg'da tahsil etmeğe başlamış ve orada bilhassa Baron PH. WEİS dan ders okumuştur; bundan sonra 1796-1797 de Göttingen'de PROF. HUGO yu dinledikten sonra 1800 de Marburgda "De Concursu delictorum formali," adı altında bir tez (dissertation) yazarak hukuk doktoru oldu. Nihayet gene aynı şehirde profesörlük imtihanını "Habilitation," geçerek 1803 de orada doçent (fevkalâde profösör) tayin olundu. Aynı yılda "zilyetlik hukuku = Das Recht des Besitzes," adlı kitabı intişar etti (bu eserin 7 inci basımı 1869 da Viyanada RUDORFF tarafından çıkarıldı). Savinyi bu eserile Roma hukukunun ilim ve sistematik bakımdan nasıl işlenebileceğine dair bir nümune ortaya koyuyordu. Bu eseri kendisine çarçabuk büyük bir ün temin eyledi. 1804 den 1806 ya kadar önce Fransada sonra Almanyada, bir tetkik seyahatı yaparak bilâhara neşrolunan "Orta kurunda Roma hukuku tarihi = Geschichte des Römischen Rechts im Mittelater," için malzeme (materyal) topladı. Bu sırada yani 1808 yılında önce kendisine yapılan bir çok davetleri reddetmiş olmasına rağmen nihayet Landshut üniversitesi profesörlüğünü kabul etti. Fakat 1810 da Berlinde kurulacak üniversitenin teşkilât komisyonuna aza sıfatıyla Landshut'u terk ederek Berline geldi ve orada ilk Roma hukukunun profösörlüğünü üstlendi. 1811 tarihinde "Berlin ilimler akademisi," azası oldu. 1817 de o zaman yeni kurulan Prusya devlet şurası azalığına tayin olundu. 1819 da, Ren eyaletleri istinaf mahkemesi azalığına çağırıldı ve 1826 da "Kanunları ıslah komisyonuna," tayin olundu. 1842 tarihinde, Prusyada, kanunların ıslah ve yeni kanun ısdarı işi adliye nezaretinden ayrılarak hususî bir nezaret halinde SAVİNYİ'ye verildi; bu suretle akademik okutma hayatına veda etmiş oluyordu. Bu nezareti 1848 ihtilâline kadar idare etti. Maamafih az zamanda maiyetinde kanun hazırlamak veya kanunları ıslah etmek üzere çalışanlarla kendisi arasında pek büyük ihtilâflar ve zıttiyetler peyda oldu ve onun fikri aleyhinde gayrımüsait pek çok akımlar meydana

26x

aldı. İşte bundan dolayıdır ki kendi yönetimile hazırlanan kanunlardan yalnız nikâh davalarına müteallik bulunan nizamnameden başka hiç bir kanun veya nizamname kabul ve neşrolunmadı.

Hayatının artan kısmını münhasıran ilmî çalışmalarına verdi. Hatizatında SAVİNYİ vakıâ, "Tarihî hukuk mektebinin," kurucusu değildir, bunun kurucusu olarak bilhassa GUSTAV HUGO yu görmek lâzımdır. Fakat o, her halde bu mektebin en büyük başı idi. SAVİNYİ, ilk önce "bir alman medenî kanunu yapılmasının zaruriliğine dair," THİBAUT tarafından neşredilen (Heidelberg 1814) çalışmalar aleyhindeki ilmî itirazlarının sistemi bir program halinde inkişaf ettirdi ve onu — SAVİNYİ nin hukukî mesleği ve fikirleri aleyhine intişar eden eserlere mukabele olmak üzere "zamanımızda kanun yapımı ve hukuk ilimciliği mesleği," (Heidelberg, 1814, 3 üncü basım; yeni basım, Freiburg'i Br. da 1892) adıyla neşreyledi. SAVİNYİ bu yazılarında 18 inci yüzyıllık "Tabii hukuk," nazariyesiyle ve mesleği ile yoğrulmuş olan rasyonalist hukuk görüşünü tenkit ve onu reddediyor. Bu hukuk mesleğinin hilâfına olarak SAVİNYİ hukuku, halkın örf ve âdetleriyle ve diliyle kaynaşmış, bizâtihi ondan doğan, onun hususiyetleriyle ve temayüllerile bağlı bulunan bir müessese olarak kabul eder. Savinyinin başlıca eserleri :

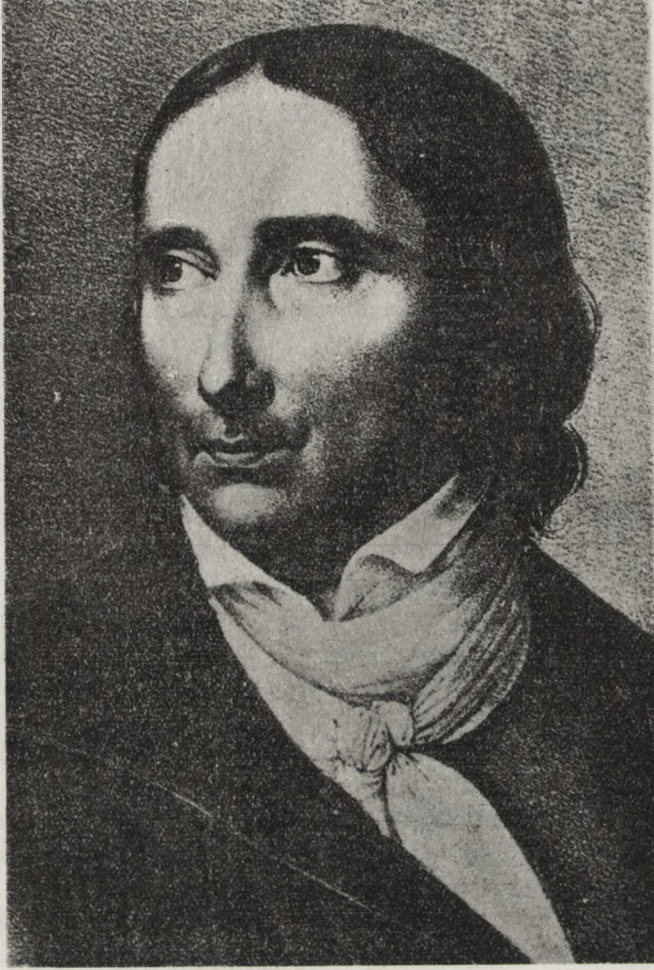
SAVİNY (FRIEDRICH KARL VON), *Geschichte des Römischen Rechts*, Heidelberg 1815-31, 6 cilt; 2 inci basım 1834-51, 7 cilt.

System des heutigen Römischen Rechts, 1840-49, 8 cilt, buna ilâve bir de mündericat ve kaynaklar cetveli, 1851. Bu eseri maalesef tamamlanmamıştır. *Obligationenrecht*, 1851-3, 2 cilt, bu eser bundan evvelkinin devamıdır ve burada tamamlanmıştır.

SAVİNYİ 1815 den itibaren bilhassa EICHORN, un iştirakile : "tahrirî hukuk ilmi dergisi - *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*," namında bir de hukuk mecmuası intişar eylemiştir. Bu mecmuadan 1850 tarihine kadar 15 cilt çıkmıştır.

SAVİNYİ nin daha küçük eserleri "karışık yazılar," adıyla neşredilmiştir. (1850. 5 cilt). Bunlardan başka SAVİNYİ üzerine onun hatırası adına yapılan bayramlardaki hatıra nutuklarından bilhassa şunları kıyaslayınız :

ARNDT (Wien 1861) ve RUDORFF (Weimar 1862) ve STINTZING (1862), BETHMANN - HOLWEG (Weimar 1867). Başkaca LANDSBERG' in " *Allgemeiner Deutscher Biographie*," cilt 30 da SA-



Friedrich Karl Von Savigny

VINYİ hakkındaki makalesini ve ENNECCERUS (1879) ile ED. MÜLLER (1907) nin Savinyi hakkındaki bir broşürünü görürüz.

*
* *

SAVİGNY' nin eserleri hakkında Bilâhara tenkitler ve bildirmeler yapılacaktır.

369

KANUNU MEDENİNİN 639 UNCU MADDESİNİN TATBİKİNA DAİR MÜTALÂALAR

Yazan : Ahlat Sulh hakimi
M. Talât

Kanunu medeninin mer'iyetinden beri 639 uncu maddeye istinaden verilen kararların en ziyade kanunu medeninin mevkii mer'iyet ve şekli tatbikına dair kanunun 20 inci maddesi nazara alınmamış diye bozuldukları temyiz kararlarının okunmasından anlaşılmıştır.

İşaret edilen 20 inci madde (iktisap müruru zamanı mer'iyetinden itibaren yeni kanuna tâbidir. Eski kanunun mer'iyeti zamanında yeni kanunda dahi muteber bir müruru zaman başlamış bulunursa bu takdirde yeni kanunun mer'iyetine kadar geçen zaman işbu kanunun kabul ettiği müruru zaman müddetine mütenasiben mahsup edilir.

Bu madde iki fıkradan ibarettir. Birinci fıkradan şunu anlıyoruz : İktisap müruru zamanı başlangıcından itibaren yeni kanuna tâbidir. Yani yeni kanun ne kadar müruru zaman kabul etmiş ise ona tâbidir demektir. Meselâ : Yeni kanun olan kanunu medenî 639 uncu maddesinde bu müruru zamanı yirmi sene kabul etmiştir. İşte eski kanun meselâ on beş sene kabul etmiş ise yeni kanun çıkmakla yirmi sene olmuştur.

İkinci fıkradan şunu anlıyoruz : Burada iki şart tahakkuk ettiği takdirde yani 1 - eski kanuna göre bir müruru zaman başlayacak ; 2 - başlayan müruru zaman yeni kanunda muteber olacak. Bunlar tahakkuk ettiği takdirde yeni kanunun mer'iyetine kadar geçen zaman yeni kanunun kabul ettiği müruru zamana mütenasiben mahsup edilecektir. Şimdi iki şartın tahakkuk ettiğini ve aynı hadiseye eski kanunun 15 yeni kanunun 20 sene kabul ettiğini ve yeni kanunun mer'iyetine kadar 10 sene geçtiğini farz edersek şu tenasüple karşılaşırız : on beş senede on sene geçerse yirmi senede kaç sene geçmiş sayılır ?

$$\frac{10 \times 20}{15} = \frac{40}{3} = 13 \frac{1}{3} \text{ sene geçmiş olur. Yeni kanunun mer'iyetine göre}$$
$$6 \frac{2}{3} \text{ sene yani 6 sene 8 ay daha geçerse iktisap müruru zamanı hasıl}$$
$$\text{olmuş olur. Yani } 13 \frac{1}{3} + 6 \frac{2}{3} = \frac{39+1}{3} + \frac{18+2}{3} = \frac{40}{3} + \frac{20}{3} =$$
$$\frac{60}{3} = 20.$$

Şimdi şartlar tahakkuk etmediğini farz edelim : bu takdirde eskiden ne kadar zaman geçmiş olursa olsun nazara alınmaz. Ve iktisap müruru zamanı yeni kanun olan kanunu medenin mer'iyetinden itibaren başlar. Mademki bu madde eski kanuna atıf yapıyor, o halde eskiye bir göz atmak icap eder. Türkiye dahilinde beş kısımdan ibaret bulunan toprağın mülk kısmı hakkındaki ahkâmı mecellede arazii emiriye ve mevkufe ve arazii metruke ve arazii mevat kısmı hakkındaki ahkâmı arazi kanunu ve tadili olan emvali gayri menkulenin tasarrufu hakkındaki kanunda görüyoruz. Bundan sonra mecellenin sebebi temellük için müruru zaman kabul etmediğini yani bir mülkü nizasız ve fasılasız şu kadar sene yedinde bulunduran olursa o mülkün kendi namına tescilini isteyebilir, diye bir hüküm olmadığını biliyoruz. Vakiâ orada 15 senelik bir müruru zaman varsa da bizim aradığımız müruru zaman değildir. Buradaki müruru zaman sukutu dava müruru zamanıdır.

Arazi kanunnamesinde arazii emiriye ve mevkufede hakkı karar için on senelik müruru zaman kabul ettiğini görüyoruz. (Madde 78) emvali gayri menkulenin tasarrufu hakkındaki kanunda 36 senelik müruru zaman varsa da bu da mecelledeki gibi dava müruru zamanıdır.

Kanunu medeniye tetkik ile de Türkiye hududu dahilindeki toprakları sahipli toprak ve sahipsizlerle menfaati umuma ait olan topraklar namile ayırdığını ve sahipli toprakta mülkiyeti kabul ettiğini sahipsizlerle menfaati umuma ait olanlarda devletin tasarrufu altında olduğunu kabul ettiğini görüyoruz (K. M. 641, 662, 635 son fıkra).

Bu vaziyetleri gözden geçirdikten sonra 639 uncu maddeye geçebiliriz. (Tapu sicillinde mukayyet olmayan bir gayri menkulü nizasız ve fasılasız yirmi sene müddetle ve malik sıfatiyle yedinde bulundurmuş olan kimse o gayri menkulün kendi mülkü olmak üzere tescili talebinde bulunabilir.

Tapu sicillinde maliki kim olduğu anlaşılamayan veya yirmi sene evvel vefat etmiş yahut gaipliğine hüküm verilmiş bir kimsenin uhdesinde mukayyet olan bir gayri menkulü aynı şerait altında yedinde bulunduran kimse dahi o gayri menkulün maliki olmak üzere tescilini talep edebilir. Tescil ancak hakimnin emrile olur).

Burada iki ihtimal vardır.

1 — Tapu sicillinde mukayyet olmayan bir gayri menkul eski ahkâma göre ya mülk ya arazii emiriye ve mevkufe yahut arazii mevat olur.

I. Emlâkte meselâ tapuda mukayyet olmayan falan bağ veya bahçeyi filen zilyet bulunarak nizasız ve fasılasız yirmi seneden beri

malik sıfatıyla yedimde bulundurdum, bunun namıma tescili için bir karar verilmesini isterim dese müracaat günü de 7-1-935 olsa Mer'iyet kanununun 20 inci maddesi göz önüne getirilerek mülkte eski ahkâm olan mecellede iktisap müruru zamanı olmadığından kanunu medenin mer'iyetinden evvel geçen müddet kanunu medenin tayin ettiği müddete mahsup edilemeyeceğinden ve müruru zaman kanunu medenin mer'iyetinden itibaren başlayacağından 639 uncu madde tatbik edilemiyerek dava reddedilir.

II. Aynı şekilde müracaat arazii emiriye ve mevkufeden olduğuna ve yirmi seneden beri yedinde bulunduğunu farz edelim. Meselâ kanunu medenî mer'iyete gireli 9 sene olsun yirmi seneden 9 sene çıkarsa 11 sene kalır. Halbuki arazi kanunu 10 senelik müruru zaman kabul etmiştir. Ve bu da kanunu medenî mer'iyete girmeden evvel bitmiştir. O halde bu davada yine mahkemeden bir karar almağa lüzum yoktur. İdarî yoldan tescil edilmesi icap eder diye dava reddedilir. (Kanunlarımız cilt 4 sahife 315 tefsir 599 bent C.).

17 Seneden beri yedimde bulunduruyorum derse K. M. mer'iyeti 9 sene olduğunu farz edersek 17 den 9 çıkarsa 8 kalır. Yani K. M. mer'iyetinden evvel 8 sene geçmiştir demektir. O halde 10 senede 8 sene geçerse yirmi senede kaç sene geçmiş sayılır. $\frac{8 \times 20}{10} = 16$ $16 + 9 = 25$ sene aynı zamanda müracaat günü ile K. M. mer'iyetine göre tatbikat kanunu 41 inci maddesinin birinci fıkrasındaki Lâakal müddeti de geçmiş demek olduğundan burada 639 uncu maddeyi tatbik ederiz.

2 — Arazii mevatta yani aynı şeraitle müracaat olunsa burada arazi kanununda iktisap müruru zamanı kabul edilmemiş olduğundan bunun müruru zamanı K. M. mer'iyetinden itibaren başlayacağından K. M. mer'iyetine göre müddet ikmal edilmemiş diye dava reddedilecektir.

* * *

İkinci ihtimal.

Tapuda müseccel malların müruru zamanı : bunların yine eski ahkâma göre ya mülk veya arazii emiriye ve mevkufe veyahut arazii mevat olur.

I. Emlâkte : Meselâ tapuda falan namına mukayyet olan falan bağ veya bahçeyi maliki yirmi sene evvel vefat ederek veya gaipliğine hükmedilerek veyahut kim olduğu anlaşılmayarak 20 seneden beri filen nizasız ve fasılasız yedimde bulundurdum. Namıma tescil için bir karar isterim dese müracaat günü de 4-10-935 olsa tatbikat kanununun 20 inci maddesini göz önüne alarak mecellede yeni kanunda muteber bir müruru zaman olmadığından müruru zaman K. M. mer'iyetinden başlayacağından ve mer'iyete göre de 20 senelik müddet tamam dolmamış olduğundan dava reddedilir.

752

II. Arazii emiriye ve mevkufede aynı şeraitle yani tapuda kayıtlı bu gibi arazinin evvelki maliki 20 sene evvel vefat ederek veya gaipliğine kükmedilerek veyahut kim olduğu anlaşılamıyarak 29 seneden beri yedimde bulundurdum, namıma tescili için bir karar isterim dese ve müracaat günü de 4-10-935 olsa eski kanun olan arazi kanunu yeni kanunda muteber müruru zaman kabul etmiş olduğundan birinci ihtimalin 2 numaralı bendinde olduğu gibi mahsup yapılır. Müruru zaman dolmuş ise 639 uncu madde tatbik edilir.

III. Arazii mevatta : tapuda kayıtlı bu gibi arazinin evvelki 20 sene evvel vefat ederek veya gaipliğine hükmolunarak veya kim olduğu anlaşılamıyarak aynı şeraitle yedinde bulundurduğundan bahsile tescilini meselâ 4-10-935 de istese arazii mevat için arazi kanununda, muteber bir müruru zaman olmadığından bu müruru zaman K. M. mer'iyetinden itibaren başlar. K. M. mer'iyetine göre 20 senelik müddet geçmemiş ise dava reddedilir.

Burada şu noktaya işaret etmek lâzımdır : (1515 sayılı kanunla bu 639 uncu maddenin ikinci ihtimalini karıştırmamalıdır. 639 uncu maddedeki hal, tapu sicillinde kayıtlı olmak ve namına mukayyet olan adam kim olduğu anlaşılmamak veya 20 sene evvel ölmek veya gaipliğine hükmedilmiş olmak suretiyle filen zilyet olmak halidir. Bunlar için mahkemeye müracaat etmek lâzımdır. 1515 sayılı kanundaki hal, tapu sicillinde kayıtlı olmak ve gayrı resmî surette tasarruf etmek yani adî senetle bu gibi arazileri satın almak, bağışlamak, taksim, trampa ve emsali muamelelerle ahârın mülkiyetine geçmek halidir. Bu hal K. M. mer'iyetine kadar musakkaf ve bu hükümde bulunan bağ ve bahçe veyahut arsaları 15 diğer araziye 10 sene malik sıfatıyla nizasız ve hüsnüniyetle tasarruf altında bulunduranlar için hakkı karardır ; bu da idarîdir ; hususî nizamnamesine tâbidir. Böyle davalar mahkemeye gelirse redd edilir. Ancak idarenin bu yaptığı tescile karşı alâkadarlar üç sene içinde mahkemeye müracaat edebilir. Şimdi mes'elenin muhakeme usulüne geçebiliriz.

K. M. ve hukuk usulü muhakemeleri kanunu buna dair ayrıca usulü muhakeme koymamıştır. İsviçrede bu mes'elenin usulü muhakemesi Kanton kanunu ile muayyen olup dava hakkındaki usulü muhakemeye tâbi değildir diye Curtinin şerhinde sarahat vardır. Biz bunun usulünü umumî ahkâmımızdan çıkaracağız : Salâhiyetli mahkeme gayrı menkulün bulunduğu mahkemedir. Kıymetine göre asliye ve sulh vazifesi dahilinde olduğu tayin edilir. Birinci ihtimal tapu sicillinde mukayyet olmayan her üç haldir -de yani müracaat falanın müdahalesinin men'iyile tescili istenmek şeklinde olursa hasım muayyen olduğundan

hazine üçüncü şahıs olarak dahil olabilir. Eğer müracaat sırf tescili istenmek şeklinde ise hasım hazinedir. Hazine gösterilmemiş ise dava reddedilir. Çünkü, müseccel olmayan gayrı menkullerde sahipsiz mallar ahkâmı cereyan eder. (K. M. 641, 635 son fıkra).

Bu üç halde tapu sicillinde kayıtlı olup olmadığı tapudan sorulur. Kaydına tesadüf edilemedi diye cevap gelirse bununla iktifa edilmez, bir de kuyudu tasarrufiyeye sorulmak icap eder. Yoksa ondan sonra şerait tahakkuk etmiş midir o tetkik edilir. Kayıtlı olduğuna dair cevap gelirse 2 inci ihtimal dahiline girmiş olur. Bu ihtimalin hangi haline uyuyorsa ona göre muamele yapılır.

2 inci ihtimal yani tapu sicillinde kayıtlı olan üç halde müracaat ya filânın müdahalesinin men'iyle namıma tescilini isterim şeklinde olur, bu takdirde hazine hasım olamaz. Ancak evvelki malikin hazine gaiplik kararını alır veya hazine mirascı olursa o zaman hazine üçüncü şahıs olarak dahil olur. Yahut namıma tescilini isterim şeklinde olur, bu takdirde ilân edilir. İlân müddetinde itiraz eden olmazsa bunun ile iktifa edilerek hüküm verilmez, şerait tahakkuk etmiş midir değildir o tetkik edilir. Tapudan sorulur, itiraz vukuunda mes'eleyi halleder. Meselâ eski malikin mirasçıları itiraz ederlerse zilyedin iddia ettiği 20 sene zarfında icar bedeli vermekle yahut her hangi bir tarikle murislerinin mülkiyetini tanımış olduğunu isbat ederlerse müsted'inin zilyetliği malik sıfatile 20 sene sürmediği ve gayrı menkulü müruru zamanla ihraz edemediği sabit olur. (Hayatta bulunan bir adamın tapuda mukayyet gayrı menkulünü bir kimse malik sıfatile 20 sene tasarruf ettim tescil ediniz ve müdahalesini men ediniz derse davası reddolunur) Buna dair verilen kararlar kabili temyizdir. Burada tapu memuruna tescil emrini bizzat hakim vermesi lâzım geldiği anlaşılmalıdır. Kendi lehine verilen hüküm kat'iyet kesbettiğinde tapu dairesine müracaatla kaydını yaptırmak müsted'ie aittir.

Müruru zamanı kat ve tatil sebepleri için K. M. 640 ıncı madde-sinde işaret edilen B. K. 132 ve 133 üncü maddelerine müracaat etmek lâzımdır.

İZMİR BAROSU DERGİSİ

MÜNASEBETİLE

Yazan : Dr. H. Avni Göktürk

Elimize *İzmir Barosu Dergisi* adında yeni bir hukuk mecmuasının ilk sayısı geldi. Böyle bir hukuk mecmuasının yalnız çıkışı bile içimizi sevinçle taşıracak bir hadisedir. Çünkü yurdumuzda çıkan ağır başlı hukuk dergilerinin sayısı ne kadar az ve bu türlü ilim teşebbüsleri ne kadar korunmağa mühtaçtır.

İzmir Barosu Dergisini, İzmir barosu çıkarmaktadır, ve üç aylıktır. Onun büyük bir çalışma aşkı ve çalışma atılımı ile ortaya çıktığını dolgun ve içli yazılarından anlıyoruz. Dergi etrafında topladığı ve daha da toplamağa azmettiği “değerli bilginlerin yazılarıyla okurlarına faydalı olmağa çalışmak” istiyor.

Bu derginin İzmir barosu tarafından çıkarılmasından dolayı onun, münhasıran, avukatlık mesleğinin ve bilhassa İzmir barosunun menfaatlerini gözetken kuru ve dar çerçeveli bir meslek mecmuası olduğu zannolunmasın. Onda, hukuk ilminin her bakımından doğmatığını yapmak ve bizde, kuru ve dar alanda işleyen hukuk tatbikatına hukuk nazariyelerinin, felsefesinin ve ilminin yardımını getirmek iddiasını seziyoruz. Bu dergi, makalelerle, tercümelerle ve monografilerle garp yurtlarındaki hukuk ilim mecmualarına benzer bir rolü üzerine alarak karşımıza çıkıyor. Bu genç ve cesaretli hamle ile o, ne kadar öğünse yeridir.

Türk hukukunu işlemek gayesini de üstlendiğini derginin önsözünde formüllemiş buluyoruz. Bundan başka İzmir Barosu ayrıca teşkil eylediği (Bilgi komitesi) yardımile bir de aylık konferanslar serisi açmıştır. Bu suretle, dergi, gerek baronun ve gerek *İzmir Barosu Dergisi* nin manevî himayesi (égide'i) altında İzmirde ve dolayısıyla bütün yurttaki hukuk kültürünü beslemek gibi imrenecek bir davanın öncülüğünü de güdüyor

İzmir Barosu Dergisin, şekli, mündericatu ve fikriyatı tekniği bakımından, okuyucularımızla birlikte bir göz atalım: Mecmua mat-

kaolin ve yumuşak kâğıt üzerine küçük formada basılmıştır. Ellenmeğe kolay ve sevimli bir görünüş arzeder. İlk sayısı 121 sayfayı ihtiva eder. Bu muhtevanın ilk 32 sayfasını makaleler, 30 sayfasını tercüme-ler, 40 sayfasını da yukarda haber verdiğimiz konferans serisinin ilk iki konferansı, nihayet artan kısmı da mahkeme içtihatları ve kararları ve bildirmeler teşkil etmektedir.

Makale kısmını teşkil eden dört makaleden birincisi “yeni bir hukuk talâkkisi,, adını taşıyor ve BAY ALİ RIZA TÜREL tarafından yazılmıştır. Sonuncusu ise BAY HULÛSÎ SELEK tarafından yazılmış olup “Akitlerin serbestisi prensibi,, ne dairdir. Diğer iki makaleden birisini avukat Bay M. ADATO’un “ecnebi bir memleket mahkemesinin ilâm ve iflâs kararının memleketimizdeki kıymeti kanuniyesi ve hukukiyesi,, atlı yazısı, ötekini ise Bay Halit Natık tarafından yazılmış olan “Ceza usulünde tefsir esasları,, altı makale teşkil eder. Bu dört makaleyi de sürükleyici bir alâka ve iletici bir zevkle okuduk. Türel ve Selek bayların yazıları daha ziyade hukuk felsefesi ile iştigal eden yazılardır. Buna mukabil diğer iki yazı ise daha ziyade hukuk felsefesinin objektif hukuka ve bilhassa bizim maddî veya formel hukuku- kumuza tatbiki ile uğraşılıyor. Demek ki mecmuanın makale kısmında normal bir muvazene var; sırf nazariye kısmı lüzumundan fazla taşkın olmadığı gibi objektif hukuk araştırmaları da mefkut değildir.

Hukuk mecmualarının - dar kafalı ve hakikî anlamda hukuk kültüründen mahrum bazı kimselerin iddia ettiği üzere - münhasıran objektif hukukun maddelerile iştigal etmesi zaten doğru değildir. Yalnız, (maddî veya formel olsun) objektif hukukun maddelerini tırtıkla- makla uğraşan ve hukuk felsefe ve nazariyelerine ve hattâ içtimaiyat ve iktisadiyata ilişmeyen bir hukukçuluk bizce, keçi boynuzundan bal çıkarmağa benzer. Hem bu nevîden bir hukukçulukla iştigal eden bir dergi veya kitap alelâde ne kupkuru bir kanun veya kararlar mecmu- asından (*Recueil* inden) başka bir şey olmaz. Hattâ bütün, tam ma’na- daki hukuku hususiye şerhleri dahi derin ve şumullü surette hukuk felsefesi ve içtimaiyat yapmağa mecburdurlar. Binaenaleyh her hangi bir hukuk mecmuasında hukukçularımızı her türlü hukuk nazariyele- rinden ve talâkkilerinden, yeni akımlardan haberdar etmek lâzımdır. Meselâ Bay TÜREL in, derginin baş yazısında kısaca izahettiği içti- maî hukuk (*Droit social*) fikri, sistemi yeni işlenmeğe başlanan yep- yeni bir hukuk görüşüdür. Bu fikir, kökü Roma hukuku olan bugünkü klâsik ve fertçi hukukumuzun karşısında mukabil bir kutup teşkil ede- cek mahiyettedir. Hiç, yeni hukuk felsefesi hakkında hukukçularımıza bir fikir vermek faydasız sayılabilir mi? Bunun gibi Almanyada dahi

nasyonal sosyalist prensiplere dayanmak suretile yepyeni bir hukuk sistemi kurmak için durmadan çalışılmaktadır. Milliyetçi sosyalist Almanya klâsik Roma hukuku yerine yeni ve kendi milli eğilimlerine uygun bir hukuk nizamı kurmak iddiasındadır. Bu çalışmaların yalnız literatürü bir dam doldurur. İtalya ve Rusya hakkında da aynı şeyi söylemek mümkündür. Hattâ yalnız hukuk alanına değil, içtimaiyata, cinaî sosyolojiye, hukukun anası yahut efendisi olan iktisadiyata dair yazılan her türlü hukuk mecmuasında yer bulmak zaruretindedir. Bu nokta üzerinde böylece duruşumuzun sebebi şudur: öyle çok nazari hukuk yazılarının ve hele, yepyeni dahi olsa, bir iktisat sistem ve görüşüne müteallik yazıların, ne kadar öğretici olursa alsun, hukuk mecmualarımızda yer bulmasını doğru bulmayan mütalealar işittik. Halbuki bu nevi yazılar bilhassa bizim hukukçularımız için çok yazılmak lâzımdır fikrindeyiz. Çünkü, bugün hukukçularımızın umumî hukuk kültürünü kuracak ve doyurabilecek mahiyette hukuk felsefesi ne dair ve hattâ klâsik el ve mektep kitaplarına dair yazılar yok denecek derecededir. Bu literatür kıtlığı içerisinde bizim hukukcumuz büyük mefhumları ve müsbet hukukun normlarını kuran kanunlardaki mühim prensipleri nazariyesiz anlamak nasıl mümkün olacak? İşte bunun içindir ki hukuk mecmualarımız aynı zamanda hukuk nazariyelerini ve felsefesini ve hattâ asrın mühim iktisat görüşlerini ihmal etmemek mecburiyetindedirler.

Mecmuanın tercümeler kısmında tanınmış hukukçuların, alâka ile okunacak, yazıları vardır; bu yazılar yalnız seçim ve yayım bakımından değil aynı zamanda tercüme dili bakımından da Derginin iyi doğuşuna şahadet etmektedirler. Çünkü tercümelerin ifadesi dürüst ve akıcı, anlaşılması kolaydır.

Mecmuanın konferanslar kısmı da ilgi uyandırıcıdır. Hele avukat bay SÜLEYMAN FAİK ÖZKAN'ın " bizde mahkemeler teşkilâtı hakkında düşünceler," atlı konferansını yalnız adliyeciler değil, bütün hukukçular okumalıdır.

* * *

Bu mecmua hukuk dünyamızda büyük bir boşluğu dolduracak kadar ümit bağlatıcı bir mahiyette ortaya çıkıyor. Onun daima ve her halde tekâmüle doğru gideceğini umuyoruz. Bu itimatla onun ve memleket hukukçuluğunun iyiliğine sandığımız düşüncelerimizi söylemekten çekinmiyoruz.

" İzmir barosu dergisinin „ fikir çerçevesini teşkil edenler ve onun yazıları daha ziyade Fransız hukuk kültürüne veyahut fransızca ile

297

yazılı hukuk kültürüne bağlı görünüyorlar. Binaenaleyh derginin, Alman, İsviçre ve İtalyan hukuk ilimleriyle de vasıtasızca temasını temin eylemek üzere Almanca ve İtalyanca bilen hukukçulardan da etrafına yardımcı çekmeğe çalışması onun hayatiyetini arttıracacağı kanaatindeyiz.

Unumî hukuk meselelerine, hukuk nazariye ve felsefesine dair yazıları ihmal etmemekle beraber Türk hukukunun her alanında daha mütenevvî ve daha zengin yazıları *dergi'*den beklemekte haklıyız.

Bir nevi adaptasyon mahiyetinde de olsa, gerek hususî ve gerek kamu (âmme) hukukumuzun her meselesi üzerine yazılacak monoğraflar bizde, nihayet, müsbet ve sistemli bir hukuk ilmi kurmağa her halde çok yardım edecektir.

Sonra, "*İzmir Barosu Dergisinden* „ biz şahsen daha mühim bir vazife bekliyoruz : o da içinde kanunlarımızın, nizamlarımızın ve hattâ temyiz kararlarının tenkitlerine mahsus rübrikler (fasıllar) açmasıdır. Bu işi meselâ resmî mahiyeti haiz olan bir *Adliye Ceridesi* pek muvaffak bir şekilde yapamaz.

Artık yurdumuzda da bitaraf ve ilmî tenkide herkesin tahammül etmeğe alışması lâzımdır. "*İzmir Barosu Dergisi* „ bu türlü ilmî münakaşalara yol açarsa ne mutlu ona.

Hülâsa biz "*İzmir Barosu mecmuasından* „ çok ümitliyiz. Ona uzun ve muvaffakiyetle dolu yaşayışlar dilerken onu çıkaranları da candan kutlularız.

Son dakikada "*İzmir Barosu Dergisinin* „ ikinci sayısının da çıktığını haber aldık. Bundan başka, *Adliye Vekâletinin*, bu mecmuadan lüzumu kadar satın alarak hâkimlere dağıtmak niyetinde olduğunu öğrendik. Memleketimizde bu neviden mecmuaların ve diğer sırf ilmî eserlerin başlangıçta kendilerini koruyamadıkları (rentable olmadıkları) düşünülürse *Adliye Vekâletinin* bu himayeci kararını alkışlamak lâzımdır. Filhakika memlekette tek tük çıkmakta olan ilmî mecmualar ve eserler ya maddî müşkülât içinde bocalamakta veyahut neşriyatını tatil etmek mecburiyetinde kalmaktadır. Meselâ V. TUHR'un İsviçre Borçlar kanunu üzerine yazdığı büyük sistematik eserin bir iki yıl önce Prof. SITTİK SAMİ ve Avukat HAZIM baylar tarafından türkçeye çevrilmekte olduğunu sevinçle öğrenmiştik. Hattâ bu eserin iki fasikülü de basılmıştı. Fakat sonradan haber aldığımıza göre, kıymetli meslektaşlarımız, eserin tab'ını korunamaması yüzünden, onun tercümesini durdurmuşlar. Halbuki V. TUHR'un kitabı Avrupada, hiç itirazsız, sistematik kitapların en iyilerinden olarak geçer. Bu eserin dilimize tamamen çevrilmesi çok temenni olunacak bir şeydir.

248

TÜRK CEZA KANUNU ÜZERİNDE İNCELEMELER

Sekizinci babın bir, iki
ve üçüncü fasılları hakkında

Yazan :
Prof. Dr. Fahri

Türk ceza kanununun (âdabı umumiye ve nizamı aile aleyhindeki suçlar) dan bahseden sekizinci babının birinci faslında 414, ve ardı sıra gelen maddelerde yazılı (ırza geçme), (ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın fiil ve hareket) terimlerinin mahkemelerde uyandırdığı fikir ve içtihat akisleri, ve işlenen suçlardan meselâ livata taaddisinin ırza geçme suretinde telâkkisi ilim bakımından tetkik ve tenkit edilmeğe değer mevzulardandır.

Bilhassa 419 uncu madde ile, yine bu babın ikinci faslında 430 uncu maddedeki (fiili şeni) [*] terimi, davet ettiği fikir hareketi ile hâkimlere vehleten (ırza geçme) fiilini düşündürdüğü için tatbikatta ilmî ve cezaî esaslara uygun olmıyan sonuçlar husule gelmesine sebep olmuş, ve livata taaddisi faillerinin 414 üncü madde ve 416 ıncı maddenin birinci fıkrası hükümlerine çarpıtılması neticelerini vermiş bulunduğundan bu cihetlerin de ilmî araştırmalarla aydınlatılması pek gereklidir.

Ben iddia makamlarının, sorgu hâkimlerinin, değerli mahkemelerin livata fiilini - suç vasfı olacak şartlar dahilinde işlenmiş olduğu ahvalde - ırza geçme saymaları sebebini, yukarıda zikri geçen maddelerdeki (kimse, ve çocuk) teriminin her iki cinse de şamil olarak telâkki edilmesine ve bilhassa (fiili şeni) in 430 uncu madde ile kadın ve erkek üzerinde işlenen bahî muamelelere teşmil edilmiş bulunmasına, ve bu bahî muamelelerin münhasıran ırza geçme sayılmasına göre, erkek üzerinde işlenen livata taaddisinde (fiili şeni = ırza geçme) kabul edilmesi esasına temayül etmiş olmalarında buluyorum.

[*] Erkeğin kadın ve erkekle şercî cimâ (coit anal) yapması ma'nasına gelen lûtîlik (sodomie), taaddii livata (attentat pédérastique) bir çok ceza kanunlarında açık olarak zikredilmemiştir. Misal olarak Türk, Fransız, Belçika, İspanyol, ve İtalyan kanunlarını gösterebiliriz. Yalnız İtalyan ceza kanunu 331 inci maddesinde (zükûr ve ünâsın icbar edildiği cismanî münasebetten bahsetmek suretile oldukça açık bir imâda bulunmuştur. Bunun dışında saydığımız diğer kanunlar - asıl fiile ceza veren maddelerde - erkek ve kadın terimlerini hiç kullanmazlar. (Fransız ceza kanunu, 330-334 üncü maddeler, T. C. K. 414-419 uncu maddeler.

300

Halbuki kanun metni sarîh olmamakla beraber, böyle bir kanaat ve içtihat doğmasına da asla müsait değildir.

Mes'elenin düğümünü, (kimse) ve (fiili şeni) terimlerinde bağlı sanarak bu eğri kanaat mahrekinde dolaşış, ilmin, ve selim aklın alâkasız kalabileceği hareketlerden değildir.

Onun için kanunumuzun (âdabı umumiye ve nizamı aile aleyhindeki suçlar) dan bahseden hükümlerini ilmî bir intikat ile gözden geçirmeği uygun ve gerekli buldum.

Yalnız Türk ceza kanunu 421 inci maddede (kadınlara ve genç erkeklere) tabirini kullanmış. 420, 421 423 üncü maddelerde kadın ve kızdan bahsetmiş, 430, 431 inci maddelerde (erkek, kız, kadın kaçırmayı) kaydeylemiştir.

Livatadan eski Sardunya kanunu (M. 425), Alman ceza kanunu (M. 275) Macar kanunu (M. 241) Avusturya kanunu (M. 129) ve İngiliz kanunları (24, 25) ayrıca bahseder, ve ayrı cezalar tayin ederler. Bu fiilin - küçükler, fark ve temyizi noksan olanlar, şuuru marazî inhisaf halinde bulunanlarla, cebre uğramış, mukavemeti selbedilmiş kimseler üzerinde icrası şartile - bizim ceza kanunumuzda mevcut tabirlerden (ırza geçme) içinde mütalâası da âdet olmuştur.

İrz ve namusa tasaddiyi mutazammın ef'al ise, (fercî ve şercî cimâ) a etiket olan (ırza geçme) den gayrı bahî muameleleri ihtiva eder telâkki edilmiştir.

Daha hafif olarak sarkıntılık derecesinde kalan fiilleri ise, tadilden evvel, temyiz genel hey'eti 415 inci maddeye ve 416 ncı maddenin son fıkrasına tevafuk etmekte idi. Tadil ile bu nevi muamelât 421 inci maddeye ilâve edilmiştir.

Bundan başka ceza kanunumuzun 419 uncu maddesi (alenen hayasızca vaz'u hareketlerde bulunanlarla, o suretle "fiili şeni" icra edenleri cezalandırmaktadır.

Kanunumuzun (âdabı umumiye ve nizamı aile aleyhindeki suçlara) tahsis ettiği fasıl İtalyan ceza kanunundan alınmıştır. Hattâ ondan uzaktan uzağa dahi mülhem gibi görünmektedir. Türk ceza kanunu bu fasılda daha ziyade Fransız ceza kanunu ahkâmile uygunluk halindedir.

Fransız ceza kanunu (ırza geçme) keyfiyetini "viol," tabirile ifade etmiş, fakat "crime de viol," u izah etmemiştir.

"Viol," lûgat ma'nasile (ırza geçme), (bir kız veya kadına tasarruf etme) ma'nasına gelmez. Bu kelime (bozmak, tahrip etmek, nakzetmek, zorlamak) ma'nalarına gelen "Violier," latince "Violare," cezrinden menşeiini alır. Yine bu cezre bağlı "Violence," şiddet ve hiddet, "Violent," şedit, mücbir, anif ma'nalarına gelir.

Yalnız “Viol,, başlı başına bir ıstilahtır, ve bir kız veya bir kadının rızası hilâfına olarak cinsî muameleye mecbur tutulması demektir. Bu terim içine mukavemete muktedir olmıyan, veya mukavemete iktidarı selbedilen kadın veya kızlara yapılmış tasarruflarla, küçükler üzerinde ika edilen tenasülî fiiller de dahildir. Bu tasarruf “possession,, bu muamelei cinsiye, tabiî cimâdan ibarettir. “Coit,, latince “coire,, den gelir. Bu kelime ; birleşmek ekleşmek “se joindre,, , çiftleşmek “s'accoupler,, , ma'nasınadır.

Tabiî cimâ, erkek uzvunun, kadın tenasül uzvuna girmesidir. Yani erkeğin kız veya kadına cinsî şekilde tasarruf etmesidir. Bu tabiî “normal,, ve fizyolojik “physiologique,, olan cimâdan başka bir de gayrı tabiî cimâ “coit anormal,, , tabiata mugayir şehvî muamele “acte lubrique,, , vardır. En tipik misali erkeğin erkek veya kadın şercine kadibini sokması, mef'ule şercen tasarruf etmesidir. Buna şercî cimâ “coit anal,, , denir. Erkeğin erkek veya kadın ağzına kadibini sokmak suretile yaptığı femmî cimâ (coit buccal) da bu nevidendir. Hattâ bazan kadibi sadece mehpil dehlizine sürüştürmek suretile de bir çeşit cimâda da bulunmak mümkündür. Buna dehlizî cimâ “coit vestibulaire,, , denir.

Fakat anormal cimâların hiç birisinde, (kız veya kadına tasarruf edilmiş olmak) neticesi, vasfı yoktur. Tasarruf için tek şart ; erkek tenasül uzvunun kadın mehbiline girmesidir. Oraya girmedi de bedeninin sair deliklerinden birisine sokuldu mu gayrı tabiî cimâlar, tabiata aykırı cimâlar vücade gelir.

Irza geçme vukua gelebilmek için, cimânın birinci şekilde, tabiî vasıfta olması gereklidir. (Kanunî şartlar ve unsurlar içinde) erkek veya kadının, birbirlerinin vücudu üzerinde, kadip veya diğer beden âzası, yahut sair vasıtalarla yaptıkları bilcümle bâhî muameleler, ve ikinci nevi cimâlar (iffet ve hayayı bozan taaddiler) “attentat à la pudeur,, , e girer.

Bu nevi taaddiler ise bizim kanunumuzun 415 inci maddesinde ve 416 inci maddenin ikinci fıkrasında (ırz ve namusa tasaddiyi mutazamın fiiller) etiketi altında tetkik olunmuştur.

Irza geçme “Viol,, diyince neden yalnız erkek uzvunun kadın fercine girmesile - rıza hilâfına - neticelenen anif ve cebrî muamelei cinsiye kastedilmiş olsun da, neden diğer cimâlar, meselâ erkek veya kadına şercen tasarruf varit bulunmasın ?

Bu müddeayı aklî ve naklî delillerle isbat güç değildir.

Evvelâ irza geçme ile sadece mehbilî cimânın maksut olduğunu isbat edelim :

A : 1 — Tabiî ve mehbilî cimâ fizyolojik bir çiftleşmedir. Hâdi-

Viol

seye iki cinsin tenasül uzuvları iştirak etmiştir. Yalnız bu münasebet- tir ki (cinsîyi tenasüli) birleşme adını alabilir. Binaenaleyh, erkeğin tenasüli iştihaları tatmine mahsus uzvunu kullandığı, ve kadının da tenasüli zevkin uyanmasına, mukabil cinsin tenasüli zevklerinin tatmi- nine yarayan âletinden tecavüze oğradığı suça münhasıran (ırza geçme) adını vermektedir.

2 — Bu muamele - mehbili cimâ - neslin üremesine varan fizyolojik prensiplere tamamen uygun bir hâdisedir. Sonucunda gebelik husulüne daima intizar edilir. Erkekle kadını birbirine doğru kuvvetle iten teca- züp; cinsî sevki tabîilerden, neslin üremesi gayelerinden, bu en tabîi ve yüksek kaynaklardan gelir. Onun içindir ki sosyete bu zarurî ve fa- ideli münasebeti bazı merasimle tes'îd takdis etmeği muvafık bulmuş, dişi ve erkek arasındaki çiftleşmeğe evlilik bağile meşrû ve makbul bir manâ vermiştir.

Bundan gayri olan çiftleşmeler hiç bir devirde mazur ve meşru sayılmamış, onlara ahlâk bozukluğunun, ruh çarpıklığının gösterişleri gözile bakılmış, ve bütün kurum ve kanunlar büyük bir dikkat ve ih- timam ile yalnız tabîi münasebeti meşru ve makul sınırlar için de ko- rumaya, yüksek ve erişilmez tutmaya savaşımıştır. Bu sınır içinde sos- yete hesabına, dokunulmaz, temiz mubarek bir hadise gibi saklanan çiftleşmeleri za'fa uğratacak, sosyete ve aile bütünlüğü aleyhine so- nuçlar verdirecek tecavüz ve taaddileri şiddetle cezalandırmak her sos- yal zümrede ilk ödev olmuştur.

3 — Kanunun gelecekteki aile uzvuna, yahut aile birliğinin dişi tekine karşı yapılan ve kurulacak, yahut kurulmuş ailelerin emni- yetini, neslin dürüstlüğünü bozacak olan cinsî taaddiyatı daima ilk pilânda bakıma alması, onu bahî suçların en kötüsü sayması pek ge- reklidir. O halde kendisine en ağır cezanın ayrıldığı suçunda yalnız bu nevi suçlar olması zarurîdir. Diğer bahî ve iffeti bozar taaddilerden önce ve en ağır biçimde cezalandırılan (ırza geçme) bu itibarla münha- sınan - Rıza hilâfına - kız veya kadınla icra edilen cinsî münase- betler olarak sayılmalıdır.

4 — Irz diye ifade edilen sosyal - ahlâkî mefhum yalnız bu çeşit taaddilerle, hiç şüphe götürmeyecek şekilde, tüm ve karışksız olarak kirleneceği içindir ki (ırza geçme) ancak cinsî münasebet halinde ta- hakkuk eden bir fiil sayılmalıdır.

Binaenaleyh ırza geçme (viol) teriminin ifade ettiği mana birinci pilânda, zarurî ve bedihî olarak, erkekle kadın tenasül uzuvlarının samimî ve tam bir şekilde rol aldıkları bir muamelei cinsiyeye teka- bül eder ki, ikinci pilânda, bu çiftleşme fiilini (ırza geçme) vafına ulaş-

tıran unsurlar, yani cebir, Rıza hilâfı, fiilin çocuk üzerinde, akli sahifeler, ve şuuru bozuklar üzerinde yapılması gibi keyfiyetler yer alır.

B: Şercî cimâ (coit anal) dan ibaret olan taaddiyi livata (attentat pédérastique) ya gelince, bunun erkek veya kadının, erkek veya kadın üzerinde kadip veya sair aza yahut diğer vesaitle yaptıkları iffete aykırı bahî icraattan (femmî cimâ, dehlizî cimâ, hayasızca temaslar gibi) hiç farkı yoktur. Çünkü:

1 — Vakîâ işlenen fiil tabiata karşı, (contre nature), sosyeteğe aykırı, (antisocial), ve ahlâka uymaz (immoral) bir hâdisedir. Fakat nihayet sosyete tam kalbinden, en nazik ve hayatî yerinden vurulmuş değildir. Aile hariminde ihtimam ve kocunma ile saklanan (nesli üretme) gayesine dokunulmamış, evlenme bağı ile birleşen veya birleşecek olan dışının erkek eşine ayırdığı meşru imtiyaza sataşılmamıştır, sadece bizim temyiz mahkemesinin sarkıntılıktan bahis bir genel hey'et kararında söylediği gibi (İsmet ve İffete hürmetsizlik) vuku bulmuştur. Bu kıymetler ise erkek ve kadın için de aynı derecede ehemmiyeti olan birer ahlâkî mefhumdu. Livata taaddisi de ahlâkî mefhumlara yapılmış açık ve çirkin bir tecavüzden başka bir şey değildir.

2 — İşin içinde hiçbir suretle, asıl (ırza geçme) de mevcut olan tenasül ihtilâtı, ve cinsî (sexuel) münasebet çeşnisi yoktur. Zira:

3 — Bahî zevk istihsali bir taraflıdır. Şercen tasarruf edilen kimse tenasülî zevklere yarayan uzvundan musap olmamıştır. Şöylece ayrı bir bent ile tafsilen ifade edelim:

4 — Şerç bilcümle hayvanatta olduğu gibi ıcsanda da cinsî zevklerin yerleştiği yer değildir. Burası hazım cihazının sonudur. Muzaddi temessül mahsullerinin dışarı çıkmasına mahsus bir deliktir ki, kalın barsakların sonuna, düz barsağın dış ucuna açılmıştır. Hazım cihazının başı olan ağızdan farkı yoktur. Ağız gıdaların girmesine, şerç gıda bakiyelerinin çıkmasına yarayan bir sukbedir. Şerce kadibin girmesi keyfiyeti - kanundaki şartlar dahilinde - ırza geçme olunca, ağza kadibin girmesi de (ırza geçme) olmalıdır. Ağza kadibin girmesi (ırza geçme olunca) aynı uzvun nefes almaya mahsus burun deliğine, sesleri toplamağa yarayan dış kulak deliğine ve diğer buna benzer delik ve çukurlara sokulması da ırza geçme olmalıdır. Zira şercin o delik ve yerlerden gayri, onlarda ayrı hiç bir fizyolojik imtiyazı, tenasülî, bahî, cinsî hiç bir değeri yoktur.

Binaenaleyh şerce kadibin sokulması ile sair deliklere (ağız, burun göz çukuru, kulak deliği gibi) kadibin sokulması arasında hiçbir fark tasavvur edilemez. Bütün diğer fiiller (ırza ve namusa tasaddiyi mutazammın) mahiyette oldukları halde şerce kadibin girmesini (ırza

geçme) saymak bu itibarla anatomik ve fizyolojik mantıka da aykırı düşer.

5 — Irza geçmenin tahakkuku için muamelenin iki tarafından da tenasülî âletler kullanılarak icrası lüzumu şu hâdise ile de sabittir: Kadibden gayri bir uzvun kız veya kadın fercine sokulması (ırza geçme) değildir, (ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eder) bir fiil icrasıdır. Kadının tenasül aletine tenasüle yaramayan bir uzvun girmesi ırza geçme sayılmıyor da neden erkek tenasül aletinin tenasüle yaramayan bir uzva girmesi ırza geçme sayılsın? Evvelkisi nasıl bir (ırz ve namusa tasaddi) ise ikincisi de öyledir.

6 — Kız veya kadın meşru ve kanunî (licite et legitime) mahiyette bulunan cinsî münasebete (relation sexuelle), mehbili cimâa (coit ve ginal) maruz olursa ortada (ırza geçme) suçu aslâ mevcut olmaz. Irza geçme (viol) keyfiyeti ancak gayrimeşru (illicite) gayri kanunî (illegitim) münasebetler de varittir. Kız veya kadının zevç tarafından bu nevi muameleye maruz kalması ise izdivacın icabı olan meşru ve kanunî bir file uğraması demektir. Koca cinsî münasebette bulunmak için cebir kullanır da o suretle cimâa muvaffak olursa kendisine (ırza geçme suçu) isnadolunamaz. Zevç sadece cebrî bir şekilde meşru bir fiil (acte licite) yapmış demektir. [1]

Fakat aynı zevç karısını şercen vatyetmeğe kalkarsa (sodomie conjugal) iş değişir. O zaman zevc gayrimeşru (illicite), gayrikanunî (illegitim) bir fiil irtikâp ediyor demektir. Bu fiil gaye itibarile evlilik bağının (union conjugale) icap ettirmedeği bir muamelei bahiyedir, ve mahiyeten karıda haya ve ismeti bozucu vasıftadır. Cebirle, rıza hilâfına olarak karısını şercen vatyeden kimse onun ırzına geçmiş olamayacağından sadece - temyizini kullandığı terimle - hürmeti ismetten ibaret olan (ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın) ef'al ve harekâtta bulunmuş demektir. (Irza geçme) tabiri ancak bir tek hadise üzerine mevzu, kanunî bir etikettir: rızası hilâfına veya diğer şartlar dahilinde kız veya kadının gayrimeşru olarak cinsî muameleye tâbi tutulması hadisesi...

İzdivaç rabitasile bağlı kadın cinsî muameleye uğramak için evlenmiştir. Bundan dolayı - tabiî münasebata maruz kalınca - ırzına geçildiğini iddia edemez.

Fiil cebirle vukubulmuş ise, sadece bu yönden - fili müessirin sebep olduğu bedenî ve aklî arızalar sebeble - takibat yapılabilir.

[1] Yalnız koca cebir kullandığı için T. C. K.nun 456 nci maddesinin muhtelif bentlerine ve fıkralarına göre cezalandırılabilir.

Yoksa cebir, tenasülî fili ırza geçme mahiyetine sokmaz. Zira fiil asıl unsur olan (gayrimeşruluk) vassından uzaktır.

Fakat (ırzına geçildiğini) iddia hakkından mahrum olan kadın, kendisini şercen vatyeden koca aleyhinde bir (ırz ve namusa tasaddi) davası açabilir. Hattâ 417 inci madde hükmünce müşeddît sebeplerin de bakıma alınması gerekli olur. Her şey olur., Yalnız bu açılacak dava (ırza geçme) davası olamaz. Zira hiç bir halde koca karısının ırzına geçmiş addedilemez. Gayrimeşru ve gayrıkânunî bulunduğu, rıza hilâfına müstenit olduğu ahvalde (ırza geçme) ismile suç olan cinsî münasebet meşru ve kanunî olunca sosyal ve ahlakî bir kıymet alır. Halbuki aslâ tenasülî mahiyette bulunmayan ve sadece bahî icraat ve ef'alden madut olup meşru ve kanunî bir kıymet, sosyal ve ahlakî bir vasıf almasına imkân bulunmayan şercî cimâ için mesele böyle değildir. Koca, karı aleyhinde cebren bu fiili işlerse ırz ve namusa tasaddi ettiği için ceza görür. [1]

[1] İzmir ağır ceza mahkemesinin bir kararı, karı aleyhinde bu nevi bir suç işleyen kocanın filini 478 inci maddeye temas ettirmektedir. İzmir müddeiummiliği keyfiyette sadece rahim ve şefkatle telif edilemez bir muamele değil, taaddiyi livatada mevcut olduğunu kaydederek (ırza geçme) fiilinin vukuunu iddia eylemiştir. Temyiz müddeiummiliği mahkeme kararında isabet bulmuş, fakat temyiz ceza dairesi ve genel hey'et İzmir müddeiummiliği kararına temayül etmiştir. Filhakika kocanın karı üzerinde icra ettiği bu nevi taaddiyatı rahim ve şefkatle telif edilemez hareketler sayan ve bilhassa, sadece bir müessir fiil mahiyetinde telâkki ederek 456 ncı maddenin tatbiki icap edeceğini düşünenler de vardır. Bu kanaatte bulunanların mülhem oldukları fikir şudur :

Koca karısının vücudüne - bahî münasebat ve muamelât yönünden - tamamilе sahiptir. Onunla dilediği gibi, istediği şekilde yakınlık yapabilir, ve her nevi bahî menş'eli ihtirasları tatmin edebilir. Bu icraâtın (ırza geçme), (ırz ve namusa tasaddi) addedilmesi mümkün olmamalı, sadece cismanî veya aklî âzaya sebebiyet vermiş ise, müessir fiillere mukadder olan ceza verilmelidir.

Bu mütalâa yerinde değildir. Kanun vazının şîârı bir fiilin neticesine göre ceza vermeden evvel, failin kasdını, niyetini o file sebep olan enfüsî ruh hareketlerini göz önünde tutmak ve bu unsurlara göre cezanın nev'ini, derecesini tayin ve takdir etmektir. Bu itibarla meselâ, adam öldürmek filine - işin faile ait olan enfüsî anasını göz önünde tutarak - idâm ile dört sene hapis arasında ceza vermeği münasip görmüş, hattâ bazı ahvalde katili büsbütün cezasız bırakmıştır. Çocuk düşürme için müessir fiiller faslında ceza tayin eden kanun vaznı, hadisenin faile ait enfüsî kıymetlerini düşünerek ayrıca 468 ile 472 arasında meseleyi yeniden göz önüne almıştır. Misalimizde de iş öyledir: Kocanın kariya reva gördüğü muamele, müessir fiil mahiyetinde olsa, ve rahim ve şefkatle telifi kabil bulunmasa dahi işin faile ait olan enfüsî unsuru, suçludaki kast ve niyetin mahiyeti bu filin "adabı umumiye ve nizamı aile," aleyhinde suçlar arasında mütalâa ve tetkikini icap ettirmektedir. (Koca karısının vücudüne sahiptir) iddiasına gelince; bu doğru ve yerinde bir mütalâa olmakla beraber

L05

Mesele şöyle hulâsa edilebilir :

(İrza geçilme) imkânı yalnız kadın için varittir. Kadının ırzına da yalnız erkek geçebilir. Filin husulü için kullanılacak uzuv erkek tenasül uzvu olup, fiil; izdivaçla meşru ve ahlakî sayılan, ve sonunda tenasül veya hamil melhuz olan vazıh cinsî muamele olmalıdır. Bunun dışında gerek kadın ve gerek erkek vücudüne, gerek erkek tenasül uzvu, gerek başka vesaitle, erkek ve dişi tarafından tatbik edilen bilcümle bâhî mahiyetli fiiller (ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın) ef'alden madut olmak lâzım gelir. Aksine ictihat, tabiata, ahlâka, ve selim akla aykırıdır, ve kanuna da uygun değildir.

Tertip ettiğimiz kaziyenin aklı delillerle anlatılması kabil birinci haddini hallettikten sonra naklî delâile müteallik ikinci haddini de aşâğıda görüldüğü veçhile isbat edeceğiz.

Kanunumuz gerek 414 üncü maddede, gerek onun ardınca gelen 415, 416 ıncı maddelerde (ırza geçme), (ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın fiiller) terimlerini kullanmış, ve 414 üncü maddede mağ-

sahipliğin nereye kadar devam edeceğini bilmek, şümul ve hududunu dikkatle çizmek lâzımdır. Şüphesiz evlilik bağının kanavası neticede nesil yapmağa ulaşacak cinsî muamele üzerine kurulmuştur. Bu muamelenin kolayca husulüne yarar bâhî mücamelât, hiç kuşkusuz, meşruttur. Ancak kocadaki ters ve bozuk zevkler istikametinde alınmış teşebbüsler, - cinsî muameleyi kolaylaştırmak değil, za'f ve akamete götürecektir mahiyetteki bâhî fiiller - meşru ve kanunî sayılamaz. Bu fiillerin rıza hilâfına ve cebirle vukuu halinde evlilik muâdelesinin dişi haddi, izdivacının aslı prensiplerine tamamen aykırı olan nefsânî tecavüzlere karşı kanunun himayesini bihakkın isteyebilir, ve bu gibi ahvalde faile verilecek cezada (adabı umumiye ve nizamı aile) aleyhindeki fasılda yazılı cezalar olur. Kocanın karı üzerindeki livata taaddisi, ve cimâi femmiye tevessülü tasvir ettiğimiz hadiseye ne uygun iki misal teşkil eder. Her halde kocanın karı vücudündeki hakimiyeti kayıtsız ve şartsız değildir. Bu hakimiyetin sınırını bir taraftan edep ve ahlâk, diğer yönden evliliğin fizyolojik ve içtimâî gayesi tahdit eder. Bu hudutları aşan bâhî muameleler - alelâde müessir fiiller, veya rahim ve şefkatle telif edilemez anif tecavüzler değil, - tam aile nizamı aleyhinde işlenmiş suçlardır.

Fransız temyiz mahkemesi bir çok ilâmlarında, koca tarafından karı üzerinde rıza hilâfına ve cebren ikâ edilmiş livata taaddisini (tasaddiyi ırzı mutazammın) ef'âl mahiyetinde telâkki etmiş ve o suretle cezalandırmağı münasip görmüştür.

İddiamızı pekletmek için Fransız temyiz mahkemesi ünlü baş müddeiummisi "Dupin, nin bir mütalâasını buraya aynen geçirelim: (Evlenme erkekle kadının birleşmesi maksadile vuku bulmuş, ve karı ile kocanın samimî ve zarurî münasebetini vazife haline komuş ise de bu; kadının izdivacın kanunî gayesine aykırı fiillere uğratılmağa icbar edilebilmesi ve kadının kanun himayesinden tamamen mahrum bırakılması demek olmadığına göre, cebir kullanmak suretile karısını yakışmaz bâhî muameleye maruz bırakan koca (332) inci madde icabı (ırz ve namusa tasaddiden bâhis ceza görmelidir.

406

dur hakkında (çocuk ve kimse), (415 ve 416 ncı maddelerde ise sadece kimse) terimini seçmiştir.

(Kimse ve çocuk) terimleri içine erkek ve dışının girebileceği muhakkaktır. Lâkin sırasına, taaddinin nevi ve mahiyetine, üzerinde suç işlenen kimsenin kanunca maksut olan cinsiyetine göre (çocuk ve kimse) terimi sadece erkek, yahut sadece kız ve kadına meşmul olabilir. Bunun en bariz ve itiraz edilemez misalini yine kanunumuzda bulacağız : Meselâ, T. C. K. sekizinci babı üçüncü faslında fuhşiyata tahrikten bahseden 435 inci madde (her kim onbeş yaşını doldurmuş olan bir küçüğü kandırarak fuhşa teşvik ederse) demektedir. Küçük terimi gerek erkek gerek kız çocukları hakkında kullanılabilir. Fakat burada taaddinin mahiyetine, ve üzerinde suç işlenen kimsenin kanunca maksut cinsiyetine göre mevzuu bahsolan küçük (kızdır). Zira ne ceza kanunumuz ne de men'i fuhuş nizamnamesi erkeğin fuhşunu kabul etmez. Erkeği fuhşa teşvik varit değildir.

Keza aynı maddenin ikinci fıkrasında (kandırmak keyfiyeti onbeş yaşını doldurmuş olup ta henüz yirmi yaşını bitirmemiş olan kimseler hakkında vuku bulur... ilh..) demektedir. Burada da (kimse) kelimesinin kadın veya erkeğe mahmul olabileceği düşünülürse de taaddinin mahiyetine, ve üzerinde suç işlenen şahsın kanunca maksut olan cinsiyetine göre mevzuu bahis (kimsenin) (kız) olduğu aşikârdır. Kanun bu mevki ve bu fıkrada da (kimse) tâbirini sadece kızlara, kadınlara hasretmiştir. Netekim kanunumuzun zinaya mahsus faslında 440 ncı maddenin ikinci fıkrasındaki (kimse) tâbiri de ve açıkca sadece erkeğe muzaftır. Anlaşıyor ki kanunumuz metninde (kimse) terimini bazan her iki cins için kullanmış, bazan da arzettiğim gibi hususî ahvale, taaddilerin mahiyetine göre bu kimse terimile sadece kadın veya sadece erkeği kasteylemiştir.

414, 415, 416 ncı maddelerde de çocuk ve kimse terimile, (ırza geçme) mevzuu bahsolunca kız veya kadını - zira erkeğin ırzına geçilemez. (ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın fiillerin) mezkûr olduğu fıkralarda da her iki cinsi kasteylemiştir. Binaenaleyh bu maddelerde kimse tâbirinin mevcut olduğu her yerde kadın ve erkek cinsinin aynı zamanda kastedildiğini iddia mantıksızdır. Zira kanun bu terimi halin icabına göre müteaddit yerlerde yalnız kadın veya yalnız erkek için kullanmıştır, ve kimse terimine dayanarak kanun vazının livatayı da (ırza geçme) saydığını ifade de hatalı bir görüşten başka bir şey değildir. Zaten kanun vaznı (ırza geçme) teriminin yalnız kız veya kadın hakkında varit olabileceğini 430 uncu maddede sarahaten tayin etmiştir.

Bu maddenin ikinci fıkrasındaki (kaçırılan kız veya kadın kocalı ise) veyahut cebren ırzına geçilmiş ise kaydı pek açıktır.

Kanunumuz metnin hiç bir yerinde - ve bilhassa lüzum görseydi tam bu tâbiri kullanmak icabedeceği bir fasılda, kız, kadın, erkek kaçırma faslında - erkek için (ırzına geçilmiş) terimini kullanmağa yanaşmamıştır.

Türk ceza kanunu sadece erkek, kız, kadın üzerinde yapılabilecek bâhî muameleleri iki yerde müşterek bir terimle ifade etmiştir ki o da (fiili şeni) terkibi vasfisidir.

Bu tabiri 419 uncu maddede kullanmış ve orada erkek, yahut kadına muhassas olduğunu zikretmemiş ise de, kız kadın, ve erkek kaçırma faslında 430 uncu maddenin üçüncü fıkrasında (kaçırılan kimse erkek olsun kadın olsun fiili şe'ni vuku bulmuş ise) cümlesile fiili şe'niin iki cins üzerinde de yapılabileceğini tayin etmiştir.

O halde (fiili şeni) nedir, önce onu anlıyalım :

Bu terim şu veya bu fikre, filân veya falan ma'naya hemen uyan bir kalıp değildir. Hattâ açıkça söyliyelim, münasebetli, iyi bir terim de diyemeyiz. Bu sakim ve isabetsiz terkibi vasfî ancak uzun tahlillerden sonra, zan ve tahmine müstenit bir fikre tekabül edebilir. Frenk adlî edebiyatında buna karşılık düşen bir kelime yoktur. Frenk kanunları metninde bu kelimenin karşılığı kullanılmamıştır. Filvaki 1890 tarihli İtalyan ceza kanununun Manyo tarafından yazılmış şerhini tercüme edenler orada 331 inci maddede mevcut (commerce charnel) terimini fiili şeni diye nakletmişlerse de bu fahiş bir hata olup karşılık olarak (cismanî münasebet), (bâhî münasebet) terkiplerinden başkasını kullanmak aslâ münasip değildir.

Olsa olsâ fiili şeni terimine İtalyan ceza kanununun 337 inci maddesinde yazılı (rapport incestueux) terkebile ifade edilen (usul, fûru, hısım, akraba, hemşire, birader) üzerinde işlenen alenî ve rezalet çıkarıcı muamelât tekabül edebilirse de bizim kanunumuzdaki (fiili şeni) terimile bu nevi icraat ve muamelâtın maksut olmadığı aşikâr bulunmasına binaen kanunumuzda yazılı mezkûr terimin hangi ma'naya mahmul olduğunu araştırmağa devam etmelidir.

Evvel emirde (fiili şeni) terimile münhasıran ırza geçmenin maksut olmadığı riyazî bir surette sabittir. Kanunumuz 419 uncu maddesinde (alenen hayasızca vaz'u harekette bulunanlar onbeş günden iki aya ve o suretle fiili şeni icra edenler altı aydan bir seneye kadar hapsolunur.) demektedir.

Farzedelim ki bir karı-koca alenî olarak tabîî-şekilde - münasebette bulundular. İffet ve hayayı umumî, âdâp ve ahlâkı muhil olan (outrage public à la pudeur) bu hareket kanunun 419 uncu maddesile ve bu maddenin zikri geçen bendine tevfi kan (alenî fiili şeni) icra edildiği için tecziye edildi.

Karı ile koca arasında (ırza geçme) fiili vaki ve mefruz olamaz. Münasebetleri meşru (licite) ve kanunî (legitime) dir. Meşru ve kanunî münasebeti cinsiyei tabiiye ırza geçme sayılamıyacağına, ve alenî olarak böyle münasebette bulunan karı-kocanın (ırza geçme) fiili yapmadıkları halde (alenen fiili şeni) icra ettikleri için ceza görüşlerine göre (fiili şeni); (ırza geçme) değildir.

Bir kâhil kız veya kadınla - rızaya müstenit olarak - tabîî münasebette bulunanlar için dahi - meşru ve kanunî münasebet - olmasa bile ırza geçme varit olamaz. Ancak herhangi bir kadınla rızaya dayalı olarak ve fakat alenen tabîî mukarenette bulunan kimse kanunen (ırza geçme) filini yapmış olmadığı halde (fili şeni) icra ettiği için ceza görür.

Bütün bu mütalâalar, rızasile ve fakat alenen kâhil bir kadın veya erkeği şerccn vatyeden veya yine rızaya müsteniden bu veçhile femmî cimâ yapan kimseler için de aynen caridir. Onların da fiilleri ne ırza geçme, ne ırz ve namusa tasaddiyi tazommun eder ef'al mahiyetinde oldukları halde (fili şeni) etiketi altında cezalandırılırlar. Şu halde bu maddede mevzubahsolan keyfiyet filin şerafet veya şenâatinden evvel alenen icrasıdır.

Öyle amma bir fiilin şeni olması her halde bir şey, o file mülâsık bir keyfiyet, bir vasfıdır. Bu keyfiyet, bu vasfı acaba neden ibarettir?

Kanun sahifelerini çevirmekte devam edelim, ve 437 inci maddeye kadar gelelim.

Burada bir (fili şeni) terimi daha bulacağız, ve iyi tetkik edersek bu terimin altında aradığımız mânâyı da elde edeceğiz :

O maddede (kaçırılan kimse) erkek olsun, kadın olsun "fili şeni," vuku bulmuş ise) yazılıdır. Burada filin şenaati aleniyete muzaf değildir, bizatihî ve bilhassa şeni fiil maksuttur.

Acaba 437 inci madde (fili şeni) ile münhasıran (ırza geçme) - yi mi kastediyor? Hiç zannetmiyoruz.

Irza geçmenin anâsır ve evsâfı kanuniyesi gayet sarîh olduğu halde 419 uncu maddede fili şeniin ırza geçmeye tekabül ettirilmemesi, ve ancak alenî olarak çirkin ve edep ve hayaya aykırı bir filin, lâalettayin bir cismanî münasebetin irtikâbedilmiş olması maksut oldu-

ğu düşünülürse burada fili şeni terimile münhasıran “ırza geçme”nin ima edilmediği pek sarîh olarak tebarüz eder.

Bizce 437 inci maddedeki fili şeni, bâhî arzu ve istikametlerde yapılmış cismanî bir münasebettir. Dosdoğruca odur. Aslâ “her zaman için,” ırza geçme değildir. Kaçırılan küçük kız üzerinde tabîi cinsî münasebet şeklinde tecelli ederse “ırza geçme,” olabilir, fakat bu; kaçırılan kıza veya erkeğe tatbik edilen şu veya bu şekilde gayri tabîi çiftleşmelerle neticelenen her fiilin - şeni olmasına rağmen - “ırza geçme,” adedilmesini icabettirmez.

Bu terimle kanunun münhasıran ırza geçme düşünmediğini şöylece riyazî olarak isbat edebiliriz:

1 — Kaçırılan küçüğü erkek farzedelim. Kaçıranın da bir kadın olmasına mâni yoktur. Bu kadın tahrik ve tenbih ederek, erkek çocuğu kendisile cismanî münasebette, tabîi münasebeti cinsiyede bulundurabilir.

Ortada ırza geçme fiili vuku bulmadığı halde, kadın tarafından erkek üzerinde yapılmış bir ırza tasaddi mevzuubahistir. İşe erkek ve kadın tenasül uzuvları karışmış, bâhî mahiyette cismânî ve hattâ cinsî bir münasebet icra edilmiş, küçüğün İffet ve hayâsı yırtılmış, ırz ve namusa tasaddi mahiyetini haiz bir (şeni fiil) irtikâbedilmiştir.

Fiil, kâhil ve kaçırın kadın, küçük ve kaçırılan erkek üzerinde yapılmıştır. Bu hadise ile erkeğin ırzına geçilmemiştir. ırz ve namusa tasaddi etiketi altında şeni bir fiil işlenmiştir. ohalde :

Fiili şeni, ırza geçme değildir, cismânî münasebettir...

2 — Kâhil bir erkek, küçük bir erkeği kaçırmış ve onu bâhî bir tenebbüh haline ika ederek kendisini şercen vatıyettirmiştir farzedelim. Magdur ve fakat fail çocuk olduğu için bu neticeyi istihsal zımında cebir veya rızada mevzuubahsedilemez. Rıza telâhuk etse de yine suç vardır. Ancak bu suç ne çeşit bir suçtur? ırza geçme mi? Hayır. Artık bir çocuk kadibini kendi şercine sokan bir kâhilin, bu çocuğun ırzına geçtiği de iddia edilemez ya?.. ortada ırza geçme mevcut olmadığına göre fiil sadece bâhî maksatlarla yapılmış bir cismanî münasebet vasfında kalır, ve bu cismânî münasebet sözü üstüne fili şeni hüviyeti alarak meydana çıkar.

3 — Bu misale bir kadının küçük bir kıızı kaçıarak onun ferç ve şercinde elile, dilile, veya sair vesaitle yapmış olduğu taaddiller neticesi tekevvün eden durumu da ekleyebiliriz. Bu da bir ırza geçme değil bir ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın fiil mahiyetinde olduğu halde bâhî maksatlarla yapılmış cismânî münasebetlerden madut bulunduğu

için 430 uncu maddenin üçüncü fıkrasındaki (fili şeni vuku bulmuşsa) kaydına tamamen tekabül eder.

Mesrudatı anıfeye dayanarak diye biliriz ki: fili şeni meşru olsun (licite), gayrimeşru olsun (illicite) erkeğin erkekle, erkeğin kadınla, kadının kadınla yapmış olduğu cinsî veya cismânî münasebat demektir. Ve bu münasebat sırasına, derecesine ve mahiyetine göre kâh bir (ırza geçmedir). Kâh alenî icra edildiği için rızaya mülâhik ve meşruiyete muzaf bile olsa (edep ve hayâyı muhil) tenasüliyi cinsî münasebetlerdir, kâh - içinde livata ve femmi cimâ da dâhil olmak üzere - tasaddiyi ırzı mutazammın ef'âl manasındadır, kâh sadece, ne tasaddiyi ırz, ne de ırza geçme mahiyetinde olmayan ve fakat alenî yapıldığı için ceza gören cinsiyi cismânî, tabîî gayrı tabîî muamelâtı bahiyedir.. Yani bu terim muz gibi ne niyete yenirse onun çeşnisini veren, bukalamun gibi bulunluğu zeminin rengini alan, ve heyeti umumiyesile her şekilde cismânî münasebet (commerce charnel) mahiyetinde bulunan bir fiiller serisini ifade eder. Ohalde:

(Kimse ve çocuk) terimlerle bazan sadece kız - kadın veya sadece erkek kastedilmiş olabileceğini, bazan da bu terimlerin her iki cinse muzaf olarak kullanılacağı anlaşıncı ve erkek veya kadına teşmil edilen (fili şeni) ifadesile de yalnız ırza geçmenin maksut olmadığı tebarüz edince (ırza geçme) terimini tahdit etmek ve ancak, kanunî ahval ve şartlar içinde bir kız veya kadının mehbiline erkek tenasül uzvunun girmesile mevsuf bir fiil olarak târif etmek iktiza edeceği, ve bunun haricinde cinsiyi tenasülî olmayan bahî ve cismanî münasebetleri - keza kanunî haller ve şartlar çerçevesinde - ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın ef'al addetmek icap eyliyeceği sarahaten anlaşılmış olur ki bu son kısım muamelelerin başında da bizzarur livata taaddisi gelir.

Zaten bütün Fransız Hukukî ve cezaî müellefatı, bütün Fransız kazaî içtihatlarında görüşümüzle muvazi olarak yürümektedir.

Üstat (Garraud) (Archive d'anthropologie criminelle) in 396 ncı sahifesinde (ırza geçme yalnız cimâ ile olur. Bu da erkek tenasül uzvunun kadın mehbiline girmesile vasıflı bir keyfiyettir. Bütün diğer fiiller, iffet ve hayâyı bozar taaddiler sayılmalıdır.) diyor.

(Lacassagne), kendi başına ayrı bir ceza mektebi kuran bu büyük âlim (precie de medcine légale) inin 593 üncü sahifesi sonunda bu günkü kanunlar livatayı ırz ve namusa taaddiyi mutazammın ef'al içine sokuyor.) demekte ve 586 ncı sahifada (ırza geçmenin) yalnız kadın üzerinde yapılabileceğini söyleyerek, ırz ve namusa taaddiyi

411

mutazammın fiil diye tarif ettiği livatanın, şercî cimâ diye kabulünü tavsiye eylemektedir.

Paris tıp ve hukuk fakültesi müderrislerinden Balthazard, (*precie de médecine legale*) nın 373 üncü sahifasında cebren veya cebirsiz olsa bile küçükler üzerinde icra edilen livata taaddisine ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın) fiil nazarıle bakmak lâzımgeldiğini söylemekte ve 336 ıncı sahifede ırza geçmeyi (kadın üzerinde icra edilen cimâ) diye tavsif eylemektedir. Hele ırza geçme bahsında 348 inci sahifada bu kanaatı aynen şu cümlelerle ifade ve izah eylemektedir:

(Irza geçme “viol,” rızası olmayan kadınlara yapılan cimâdır. Bu suçu iyice tarif ve tahdit edebilmek için kanun vaznının bu file, cebirle icra edilen ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın fiillerden daha ağır cezalar vermeğe sevkeden düşünceyi göz önünde tutmalıdır. Kanun vaznı ırza geçmeye ağır ceza verirken bunun neticesindeki gebeliği, ve bu hâdisenin sosyete ve aile ortasında sebep olacağı vahim akibetleri nazarı dikkate almıştır.

Bu veçhile hattâ cebirle dahi olsa küçük bir çocuk üzerinde icra edilen şercî cimâların ve kadın ve kızlara yapılsa bile gebelik ihtilâtını husule getirmesi melhuz olmayan livata taaddilerinin ırza geçme adde-dilmesine imkân olmayıp bunların ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın fiil sayılmaları icap edeceği tezahur eyler.)

L. Thoinot, *Précie de médecine legale* nın ikinci cildinde, dördüncü sahifada ırza geçmeyi, fransız temyiz mahkemesi içtihatlarına atfen şöyle tarif etmektedir :

(Irza geçme, kadına veya kıza rızası hilâfına olarak tasarruf edilmesi, yani cimâ yapılmasıdır.) ve 43 üncü sahifada (ırza geçmede cimâ vardır. Yani kadibin mehbile girmiş olması lâzımdır. Livata taaddisi, yani şercî cimâ ise, ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden bir fiilden ibarettir.)

R. Piédelièvre *Pratique médico chirurgicale*) nın sekizinci cildinin 1120 inci sahifesinde ırza geçmeyi şöyle tarif ediyor :

(Irza geçme, rızası hilâfına bir kadınla yapılan cimâdır. Bu tarif şu esası ihtiva eder: Irza geçme terimiyle fizyolojik manada tabii fiili tenasülünün icra edilmiş olması maksuttur. Bu tahdit ile ırza geçmeyi ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın bir fiil olan şercî cimâ ve livatanı ayırmış oluyoruz.)

Ch. Vibert adlı âlim *Précie de médecine légale* nın 417 inci sahifesinde livata taaddisi (*Pédérastie*) bahsinde:

(livata kadibin şerce girmesile muttasıf olan bir cismânî muamele dir ki rızaya dayalı olmazsa ırz ve namusa tasaddiyyi mutazammın bir fiil olur.) demekle ve 362 inci sahifede (ırza geçmeyi) tarif ederken (ırza geçme, rızası hilâfına olarak, bir kız veya kadınla cimâdır) kaydını ilâve eylemektedir.

Büyük ve âlim üstad P. Brouardel, Les attentats aux mœurs adlı kitabında, (ırza geçmeyi) “rıza hilâfına olarak bir kadın veya kız mehbiline erkek kadibinin girmesile mevsuf olan cimâdır.” diye tarif ediyor. (S. 73)

22 inci sahifede de (livatanın ırza tasaddiyyi mutazammın ef'al arasında zikri icap edeceğini) kaydediyor.

Müellif Francisque Goyet 1925 tarihli *précie de droit pénal spécial* in 167 inci sahifesinde (eğer koca, karısını tabiata aykırı fiillere zorla icbar ederse işlediği ırz ve namusa tasaddiyyi mutazammın fiilden dolayı ceza görür.) demekte ve aynı sahifede (ırza geçme) yi tarif ederken (ırza geçme rızası hilâfına olarak bir erkeğin bir kadınla cinsî münasebette bulunması fiilidir. Cinslerin birleşmesi şarttır. Suçlu da tenasül uzvunu kadının tenasül uzvuna sokmalıdır. Bu unsur mevcut değilse ırza tasaddî vardır, ırza geçme yoktur. Meselâ bir şahsın cebirle bir genç kızı tabiata aykırı muameleye uğratması ırza tasaddîdir. Keza kadipten gayri bir vasıta ile bir kızı bozarsa bu bakımdan ceza görür.) kanaatini izhar eylemektedir.

Müddeamin etrafına topladığım bütün bu delilleri saydıktan sonra, sözü bitirmeden evvel 1931 senesinde mer'iyete giren italyan ceza kanununu bahsimize taalluk eden faslındaki değişiklikleri de bilhassa işaret etmek isterim :

1890 tarihli İtalyan ceza kanunu (Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhindeki suçlar) a müteallik sekizinci babın birinci faslında ve 331 inci maddede, kadın ve erkeğin icbar edildiği cismânî münasebetten bahseylemekte ve şarihler bu cismânî münasebetten kadın için fercî erkek için şercî cimâ maksut olduğunu söylemektedirler. Calibi dikkat olan nokta bu kanunun (ırza geçmeden) bahsetmeyişi, sadece iki cins de şamil cismânî münasebeti kaydediştir.

1931 tarihli yeni kanun ise selim akla, genel ahlâk telâk-kilerine, fizyolojik ve sosyal temellere dayanarak bu maddeyi tamamen değiştirmiş ve (umumî ahlâk ve âdaba karşı ikâ edilmiş suçlar) dan bahis dokuzuncu babın birinci faslında ve (viol) başlığı altındaki 519 uncu maddede hâdiseyi şu şekilde tarif eylemiştir.

(Her kim, bir kimseyi cebir veya tehdit icrasile cinsî münasebete

- cismâni münasebet değil - icbar ederse üç seneden on seneye kadar hapse mahkûm olur).

521 inci madde (cebirle müterafık, ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın fiilleri) tarif ederken (her kim yukarıki maddelerde yazılı şartlar dahilinde, o vasıtaları kullanarak cinsî münasebetten gayri ah-lâksızca ef'al icra ederse) demektedir.

Bu tarif ile cinsî münasebeti gayet vazıh olarak yerinde kullanmış - 1890 tarihli kanundaki kadın veya erkek terimlerini de kaldırarak - kimse kelimesini mahal ve şarta, işlenen suçun mahiyetine göre gâh kız veya kadına, tahsis, ve gâh her iki cinse teşmil etmiş, ve diğer bahî münasebetleri cinsî münasebetten ayırarak, başka madde içinde cezalandırmıştır.

Irza geçmeyi yalnız cinsî münasebata hasreden ve ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden fiilleri cinsî mahiyetli münasebetten ayırarak ahlâksızca fiil diye tavsif eyleyen yeni kanun bu suretle selim akla en uygun durumu almıştır. Hülâsa

İki cümle ile inanımı bir kerre daha tebarüz ettirmek isterim :

1 — Irza geçme fiilinin tahakkuku için - kanunda yazılı haller ve şartlar içinde - erkek kadibinin kız veya kadın mehbiline girmiş olması gereklidir.

2 — Kadın veya erkekle - kanunî şartlar ve durumlar içinde - şer'î cimâ demek olan livata taaddisi ise irza geçme mahiyetinde bir fiil olmayıp (ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın fiiller) çerçevesine girer.

3 — Kanunumuzun metninde hiç bir bap ve fasılda bu görüşümü-zün zıddı olan bir madde, bir bent, bir fıkra bir imâ yoktur.

BİR TENKİT YAZIMIZA VERİLEN CEVABA CEVAP

Dr. Hüseyin Avni Göktürk

Kıymetli meslektaşım, İstanbul hâkimlerinden Bay İSMAİL HAKKI, İsviçrenin çok değerli hukukçularından C. WIELAND'ın aynî haklar altı şerhini epiyden beri türkçeye çevirip İstanbul Barosu mecmuasında ¹) neşretmektedir.

Bu şerh tercemesi münasebetiyle ben de bir tenkit yazısı yazmıştım. ²) Aziz arkadaşımın tenkidime verdiği cevabı ³) okudum. Mahza hakikatin ortaya çıkması için bu cevabı cevapsız bırakmağa gönlüm razı olmadı.

1. Ben tenkidimde diğer bir çok fikirler arasında asıl şu noktaya ilişmiştim, ve hülâsaten şöyle demiştim: "Profösör WIELAND'ın şerhi vakıâ çok kıymetli bir eserdir. Fakat 1909 yılında ve İsviçre medenî kanunu henüz neşrolunmadan yapılan bu eser şimdi artık ihtiyarlamıştır. Hem WIELAND'ın bu şerhi yazdığı o zamanda aynî haklara müteferri bir çok nizamnamelerle gerek federal ve gerek kantonal tatbikat kanunları henüz neşrolunmamıştı. İşte bundan dolayıdır ki bu şerhin bir ikinci basımını çıkarmak lâzım geliyordu. O da Bern Üniversitesi profösörlerinden Dr. ROBERT HAAB tarafından 1929 dan beri çıkarılmaktadır. Profösörün çıkardığı seriden 693 üncü matmeye[*] kadar varan beş fasikül çıkmıştır ve mütebakisi de çıkmak üzredir.

Bundan başka WIELAND'ın şerhinin bu ikinci basımını daha çabuk bitirmek için profösör HAAB çalışmayı taksim etti; ve zilyetlik ile tapu sicilline ait olan (IMK mat. 918 gr.) kısmını da gine Bern Üniversitesi profösörlerinden Dr. A. HOMBERGER üstlendi. Bu kısımdan da şimdiye kadar elimize iki fasikül geldi (yâni İsviçre medenî kanunun 945 inci mattesine kadar çıktı). Bundan takriben bir fasikül daha çıkarsa bitecektir.

Bu ikinci basım ortada iken WIELAND'ın çok ihtiyarlamış olan birinci tab'ından tercemeye başlamayı elbette anlayamazdık. Çünkü

1) En son kısım Agustos - Eylül 1935 nüshasında çıkmıştır.

2) Adliye Ceridesi, sayı : 6

3) İstanbul Barosu mecmuası sayı : 8-9, Agustos - Eylül 1935, S. 388.

* Bu yazıda, muharririn (Fonetik) imlâsı aynen ibka edilmiştir.

Ad. C.

dediğimiz gibi bir kere birinci basımdan bugüne kadar 16 yıl gibi büyük bir zaman, bilhassa harp devresi gibi gayet sarsıntılı ve sarsıcı bir müttet geçmiştir. Mahkemeler içtihadı ve literatur sonsuz derecede zenginleşmiştir. Sonra asıl mühimmi: o vakittenberi aynı haklara müteferri yeni nizamnameler ve tatbikat kanunları neşredilmiştir. İşte bütün bu sebeplerden dolayı, ikinci basıma rağmen, birinci basımdan tercemeye başlamayı hem gayrı ilmî ve hem de müellifin ismine karşı ilmî bir hörmetsizlik talâkki eyledik.

Halbuki kıymetli meslektaşımız bu mülâhazalarımıza verdiği, bir az da iğneli cevaplarda, bir çok noktalar üzerinde durduktan sonra bilhassa şu ittiada ısrar ediyor; ve hülâsaten şunu demek istiyor: “türkçeye çevirdiğim eserin yalnız bir tek basımı vardır. HAAB ve HOMBERGER taraflarından ikinci basımı çıkarıldığı söylenen eser bambaşka bir eserdir. Onunla WIELAND’ın şerhinin alâkası yoktur.”

Hattâ aynen, “sayın arkadaşımız, eğer WIELAND’ın kitabı yerine - kendi kanaatına göre - daha ilmî bir kitap çıkıyor, deseydi bunu bir noktaî nazar talâkki edecek ve cevap vermeğe lüzum görmeyecek idim,” diyor. Şu halde bana her şeyden önce meslektaşımın diğer fikirlerine cevabı sonraya bırakarak çıktığını bahsettiğim ikinci tab’ın WIELAND tarafından 1909 da çıkarılan birinci tab’ı ile alâkası olup olmadığını bir kere daha tespit etmek vazifesi düşüyor. Bu alâka tespit edildikten sonra zaten münakaşaya tahammülü olmayacak kadar aşikâr olan tenkitlerim herkes indinde gün gibi aydınlık olacaktır. Bunun için de metodik bir şekilde hareket etmiş olmak arzusuyla almanca çıkan bu ikinci basımın unvanlarını ve önsözlerini burada aynen terceme edeceğim: profösör Haab tarafından çıkarılan kısmın adı: *Das Sachenrecht Zweite umgearbeitete auflage* = Aynî haklar, İKİNCİ ve değiştirilmiş basım.)

PROFÖSÖR HOMBERGER tarafından çıkarılan kısmın adı: (*Das Sachenrecht (art 919-977). Zweite umgearbeitete auflage* = aynî haklar (mat. 919 - 977) ikinci ve değiştirilmiş basım). Görülüyor ki bu kitapların adı da ikinci basımdan bahsediyor. Halbuki bu iki müellif de aynı haklara dair başka eser yazmış degillerdir. Şu halde bu kitap hangi eserin ikinci basımıdır? Buna muhterem meslektaşımız ancak dolambaçlı bir şekilde cevap veriyor, bu da belki birinci tab’ın fransızcaya tercemesinden yaptığı türkçe tercemeyi mazur göstermek gayretiyle olacak! fakat biz açıkça tekrar edelim. Bu eser WIELAND’ın kitabının ikinci tab’ıdır. Dahası var, şimdi HAAB’ın önsözünü aynen türkçeye çeviriyorum: “Bu şerhin profösör

C. WIELAND tarafından vaktiyle Balde neşredilen birinci basımı 1909'da bitmişti. Bu eser aynı hakların ilk ilmî izahını teşkil ediyordu ve aynı hakların tatbikatı sırasında gayet mühim hizmetler ifa etti.

Bu şerhin medenî kanunun mer'iyete girmesinden bir çok yıllar evvel neşredilmiş olması keyfiyeti tabii bir kısım mahzurları haizdi: Çünkü o zaman yâni yazılış sırasında ne aynı haklar alanında gayet mühim olan tatpikata dair nizamnameler ne de kantonların tatpikat kanunları ortada yoktu ve binaenaleyh nazarıdikkate alınmalarına da matlû imkân mevcut değildi. İşte bundan dolayı ikinci bir basımın ortaya çıkarılması lüzumu çoktanberi kendini hissettirmekteydi. Vakiâ bu ikinci basımı herkesten evvel Bay Prof. *WIELAND*'ın çıkarması lâzımgelirdi. Fakat maalesef başka yerlerdeki şumullü ilmî çalışmalarından dolayı aynı hakların yeni basımının işlenmesini üstlenemedi. İşte bundan dolayı bu yeni basımın işlenmesi kendi muvafakatile bana verildi; bu eserin mesuliyeti yalnız bana aittir. „ (Bern ve Zürih, Mayıs, 1929 Prof. R. Haab, Schulthess und Co.) Görülüyor ki *HAAB*'in çıkardığı eserin aslı yani birinci basımı *WIELAND*'ındır. Ve ancak onun müsaadesiyledir ki ikinci basımı çıkıyor. Bu eserin mesuliyetinin yalnız *HAAB*'a aidiyeti ise gayet tabiidir. Herkesin yazdığı veya değiştirdiği kısmın mesuliyetini taşıması zaruridir. Halbuki sayın mütercim tenkidimize cavapta şu terceme etliğimiz önsözün yalnız son satırını alarak bizi ilzam etmek istiyor. Zaten *OSER - SCHÖNENBERGER*'in şerhi için de hal böyledir. Bu şerhin mukattemesinde de müellifler, "herkes üstlendiği kısmın mesuliyetini üzerine almıştır,, derler. Bu deyiş o eseri ikinci basım olmaktan çıkarıp başka bir eser haline koymuyor. Bundan başka böyle denildi diye bu tab'ı ortada dururken birinci tab'dan başka dile çevirmeğe kalkışmak doğru olabilir mi?

Şimdi de Homberger'in işlediği kısmın önsözünü aynen terceme edelim: "Bal üniversitesine bağlı geniş mikyastaki tetris vazifelerinden dolayı, Bay Profesör *HAAB* ⁴⁾ aynı haklara dair şerhi yani *WIELAND*'ın şerhinin ikinci basımını, hukuk tatbikatının temenni eylediği sür'atle bitirmek imkânına malik değildi. İşte bundan dolayı Bay Profesör *HAAB*, gerek Bay Profesör *WIELAND* ve gerekse tâbi ile anlaşarak medenî kanunun dördüncü kitabının 3 üncü kısmının ikinci işlenmesini bana teklif etti ve zilyetlik hukukuyla tapu sicilli

4) Çünkü Profesör *HAAB* bu arada Berlinden Bale geçmişti.

4/2

hukuku, mülkiyet ve diğer aynı haklardan ayrılarak ayrıca bir cilt teşkil eylemesi kararlaştırıldı. Bay Profösör *HAAB* topladığı litara-tura ve mahkemeler içtihadına dair vesikaları lûtfen bana verdi ; bu şekilde işimi çok kolaylaştırdığından ötürü kendisine sonsuz müteşekkirim. Şerhin ikinci işlenmesi hususunda ve orada da müdafaa edilen görüş tarzlarından yalnız ben mes'ulüm. "(Bern. Temmuz 1934 Prof. Homberger).

Bu mukattemeden de görülüyor ki aynı hakların ikinci tab'ı *WIE-LAND*'ın 1909 da çıkardığı ve meslektaşımızın fransızcasından terce-me ettiği şerhin ikinci tab'ıdır. Onun ittia ettiği gibi yani başka bir eser değildir.

2. Zaten böyle aynı kitabın müteakip basımları başkaları tarafın-dan neşredilmek gibi ilmî kombinezonlar Avrupa fikir aleminde çok görülüyor. Meselâ : Alman medenî kanunu üzerine beş ciltlik mühim bir "öğretim kitabı = *Lehrouch* „ vardır ki bu serinin topunun birden adı, ilk müelliflerine izafetle, *ENNECCERUS — KIPP* ve *WOLF* dır, fakat bu serinin birinci cildi *ENNECCERUS*'ün ölmesindenberi 13 kere basılmış olup son tab'ı profösör *NIPPERDEY* tarafından işlenmiş-tir. Aynı serinin ikinci cildi on kere basılmıştır ve son tab'ı profösör *H. LEHMANN* tarafından işlenmiştir. Fakat kitabın ismi değişmiş de-ğildir. Şimdi bu ciltlerin son tabıları dururken daha evvelki tabıların-dan veya onların başka dillere tercemesinden dilimize eser çevirmeği istemeğe ilmen imkân ve cevaz yoktur. *WIELAND*'ın eseri için de hal tamamen böyledir.

3. Hülâsa: buraya kadarki söylediklerimizden şu gayet aşikâr bir surette tebaruz ediyor ki Prof. *HAAB* ile *HOMBERGER*'in çıkarmakta olduğu aynı haklar vaktiyle *WIELAND* tarafından 1909 da çıkarılan şerhin ikinci tap'ıdır. Bu tap'ı *WIELAND*'ın ne gibi hususî ve şahsî sebeplerden dolayı bizzat kendisinin çıkarmadığı bizi alâkadar etmez.

Bu eserin ortada ikinci tab'ı varken ve hem dört kere daha bü-yümüş, artmış ve işlenmiş bir ikinci tab'ı varken birincisinden terce-meye başlamak hiç bir bakımdan doğru değildir, hattâ bu, heder olmuş emek ve paradır.

Çünkü bu ikinci basımın meslektaşımın ittiası hilâfına olarak *WIELAND*'ın ilk şerhinin ikinci basımı olduğunu yukarda tercemelerini verdiğimiz önsözlerle ispat ettik.

Muhterem mütercimın tercemeye birinci basımdan başlamasını haklı

5/14

gösterecek, meselâ kendisinin bizzat dediği gibi, “ *Fransızca lisanındaki bilgisinin bir az daha eyi* „ olması yollu şahsî ve hususî sebepler mevcut olabilir ; buna karşı bir şey deyemeyiz. Fakat biz objektif olarak gine tekrar edelim ki, bir kitabın ancak en son tab’ından terceme yapılır.

Dahası var : farzımahal, *HAAB* tarafından çıkarılan kitap *WIELAND* tarafından vaktiyle yazılan aynı haklar şerhiyle hiç bir suretle alâkadar olmasaydı bile, *HAAB* tarafından çıkarılan kitabın evvelkine nispetle kat kat üstün olduğu aşîkârdır. Bu taktirde de tercemenin, daha eyi, daha mütekâmil olan kitaptan yapılması kadar tabîî bir şey tasavvur edilmez. Bu sözlerimizle biz *WIELAND*’ın, zamanı için şâhe-ser sayılan bu kitabını küçültmek gibi hatşinaslık yapmak ittiasında değiliz. Yalnız demek istediğimiz şudur : *WIELAND*’ın eserinin birinci tab’ı eskimiştir, çünkü üzerinde on altı sene ve harp devresi geçmiştir.

Şu halde kıymetli mütercime şunu söyleyelim ki : kendilerinin kıymet ve iktidarına hörmet ettiğimiz kadar tevazularına da hörmetkârız. Yalnız ortada kat kat daha eyisi varken eski basımdan terceme yapmak gayrı ilmîdir ve faydası mahtuttur.

Bu hususta sarf eylediği emeğe bir kaç kere katlanmak fedakârlığında bulunursa meslektaşımızın bu kitabı Almanca yeni tab’ından da terceme edebileceğine de eminiz ve bu suretle hukukumuz ve mahkemeler içtihadımıza sonsuz hizmet etmiş olur. Böyle hareket etmekle zannettiğinin hilâfına, hiç bir “*Gaf yapmayacağı*„ gibi, *HAAB*’ın ismini de tercemenin üzerine yazmış olmakla ona hörmetsizlik dahi bahis mevzuu olmazdı. Hem zaten kendisi *IMK* mat. 919 dan sonraki kısmını *HOMBERGER*’in Almanca ikinci tab’ından terceme edebileceğini de söyleyor.

Bundan başka “kitap bitince de imkân olursa *HAAB*’ın eserinde tesadüf edeceği doktrin ve içtihat yeniliklerini hülâsa olarak bir lâhika halinde tercemeye ilâve,, edeceğini de itiraf ediyor.

Fakat bütün bunlar eserin eskiliğini telâfi edemiyen muvakkat tetpirlerdir.

4. Kıymetli meslektaşım cevabının bazı yerlerinde bana söylemediğim veya düşünmediğim şeyler isnat ediyor, bilhassa diyor ki : “*Bay AVNİ*, bu tab’ın, *WIELAND*’ın eseri olduğunu zannediyor,,.

Böyle bir zanda bulunmadığımızı ve yazdıklarımızı toplu olarak yazdığımızı anlamak için tenkitimizi tekrar okumalarını kendilerinden rica ederiz. Bilâkis yazımızda ⁵⁾ *WIELAND*’ın eserinin ikinci tab’ının kısmen 1929dan beri *HAAB* ve *HOMBERGER* taraflarından çıkarılmakta olduğunu ısrarla kaydeyledik.

5) Bak : Adliye Ceridesi sayı : 6 s. 406, satır : 4 ve ilh.

h/9

5. Meslektaşım diyor ki : Profösör *HAAB* bu yeni şerhi *WIELAND* ile birlikte yazsaydı bile o zaman gine kitabı terceme etmekte düşünür ve belki de hiç tercemeye başlamazdım... Fransızcada bile mukabilleri bulunmayan kelimeleri terceme ederek türkçe hukukî tâbirlerini bulmak benim işim değildir.....”.

Kıymetli arkadaşımın bu ihtiyatı hörmete şayandır, ve fakat yalnız tevazudur. Çünkü aynı yazıda, kontrol altında olsa da, zilyetlik ve tapu sicilli kısmını *Almancadon (HOMBERGER*’den) terceme edeceğini söylüyor. Şu halde biraz daha emek ve zahmet çekseydi hepsini de başaraçağında şüphemiz yoktu.

6. Sayın meslektaşım gine cevabının bir yerinde *HAAB*’ın eserinin tercemesinin zamanı gelmediğini söylüyor ve “çünkü.... 1929 senesinde neşrolunmaya başlayan bu eserde henüz beş cüzü içinde 44 matte şerhedilmiştir,, diyor. Evvelâ bu beş fasiküle *HOMBERGER* tarafından zilyetlik ve tapu sicilli kısmı hakkında çıkarılan iki fasikülü de ilâve etmek lâzımdır. Sonra : çıkanları terceme edinceye kadar bir taraftan yenileri yetişebileceği gibi şayet terceme daha çabuk yörürse o vakit tamamını beklemekte ne mahzur vardır? Yahut bu mahzur her halde eski basımdan terceme etmekten çok daha ehvendir.

Meslektaşım bu münasebetle benim terceme etmekte olduğum *OSER*’in borçlar kanunu şerhine bu bakımdan işarette bulunuyor. O halde izah edelim : *OSER*’in borçlar kanununun ikinci tab’ından şimdiye kadar on yedi fasikül çıkmıştır. Bu da takriben 1600 büyük sayfa tutar, ve şerh 388 inci matteye kadar ilerlemiştir. Ben elimdekileri terceme edip neşredinceye kadar kalan bir kaç fasikülün yetişeceğinde şüphe yoktur. *OSER*’in eserinin merkezi sıklığı borçların umumî hükümlerine dair olan birinci cildindedir ve bu kısım çok mühimdir. Bu kısım zaten çıkmış olduğundan mütebakisi eldekiler çıkıncıya kadar, farzımahal, yetişmezse biraz beklemekte mahzur her halde birinci basımdan terceme yapmaktan daha azdır.

*
* *

Bay *İSMAİL HAKKI, ROSSEL*’in şerhi hakkında söyledigimiz sözlere de iliyor. Zaten o yazıda biz *ROSSEL*’in şerhini tenkit mevzuu yapmış değiliz. Orada ancak dolayısıyla o şerh hakkında İsviçre hukuk aleminde mevcut olan ilmî kanaata yalnız işaret ettik. Binaenaleyh bu şerhin müdafaasını ittialı bir şekilde üstlenmenin mevzuumuzla

münasebetini kestiremiyoruz. Biz o yazıda bilhassa *ROSSEL*'in türkçeye tercemesinin, bir çok ellerden yapılmak yüzünden, ahenksiz ve ittatsız olduğunu, düzeltme cetvelinin azametini tebaruz ettirmek istemiştik. Yoksa bizatihi *ROSSEL*'in şerhi tenkit mevzuu değildir.

*
* *

Nihayet meslektaşımız çok mühim bir meseleye dokunuyor: ıstılâh ve hukuk dilimiz meselesi.

Bu mesele hakikaten çok ve hem çok korkunç bir meseledir, fakat bunu halletmek de hukukçularımızın vazifesidir.

Biz henüz körpe olan yeni türk hukukunda da bir ıstılâh dili yapmak ve yaratmak meçpuriyetinde olduğumuzu zannediyoruz. Bu vazifeyi hukuk mütefekkirî yazacağı veya terceme edeceği eserlerle yapmayıp ta kim yapacaktır? Çünkü bugün her hukukçunun teslim etmesi lâzımgelen bir hakikatın karşısındayız, evvelâ: bütün hukuk nizamımıza şamil sistemli ve kâfi hukuk ıstılâh dilimiz yoktur.

Saniyen: yalnız hususî hukuk alanını alsak bile hukuk ıstılâh dilimiz ittiratlı ve kâfi derecede inkişaf etmiş değildir. Medenî kanunun ve borçlar kanununun kendi mattelerindeki ıstıllah dillerinin mukayesesini veyahut bu kanunların ticaret kanunuyla, diğer hukuku hususiye kanunlarıyla mukayeselerini yapmak bu hakikatı meydana çıkarmağa kâfidir.

Bundan başka, İsviçre ve Alman hukukunda mevcut olup da bizde karşılıkları henüz bulunmayan kelimeleri, tabirleri ve ıstıllahları dilimize geçiremiyecek miyiz? Hayır denildiği zaman İsviçre hukukunu ve binaenaleyh yeni medenî hukukumuzu anlamağa imkân yoktur. Bu işide, bizde, ancak hukukçularımızın işleyeceği ve besleyeceği yeni türk doktrini (ilmî içtihadı) dili ve cereyanı başarabilecektir. Şu halde ilmî hukuk eserlerinin tercemesinde veya telifinde, lüzumu halinde, zaten mazbut olmayan ıstıllah dilimizden ayrılmak hattâ elzemdir.

Meslektaşımız, terceme edilirken kanun dilinden hiç bir yerde ayrılınmadığını ve buna misal olmak üzere *V. TUHR*'un Fransızcadan tercemesini anıyor. Fakat meslektaşım bu sırada Fransız dilinin türkçeye nispetle haiz olduğu mütekâmil üstünlüğü, mefhum bolluğunu ıstıllah ittiratını unutuyor. Türkçenin bugün yalnız ıstıllah dili değil, konuşma dili bile galeyan halinde, daha doğrusu oluş (tekevvün = *Daswerden*) halinde değil midir?

421

MÜTALÂALAR

Ankara C. M. U. liğine tebliğ edilmiştir:

Karar hakimliğince son tahkikatın açılmasına mahal olmadığına ve tahliye dair verilen karar üzerine tahliye kararı riyaset ve ya hakimlikçe tasdik edilmediği takdirde yapılacak muamele hakkında :

Yerleşmiş temyiz içtihadı gereğince tasdika muhtaç olmayan ve netice itibarile muhakemeden men mahiyetinde bulunan "son tahkikatın açılmasına mahal olmadığı,, kararile ceza M. U. K. 123 üncü maddesi uyarınca tevkifin hükmü nihayet bulmuş olacağından, tahliyenin tasdik edilmemesi keyfiyeti hukukî bir kıymet ifade etmez.

Binaenaleyh suçlu sanılan kimsenin derhal tahliyesi icap eder.

*
* *

Alanya C. M. U. liğine tebliğ edilmiştir.

İcra ve iflâs kanununun 94 üncü maddesinde yazılı kanunî masraflara dair.

25-2-1935 tarih ve 129 sayılı yazı karşılığıdır.

İcra ve iflâs kanununun 94 üncü maddesi son fıkrasında; bahsedilen kanunî masrafları, tapu intikal harçları veraset vergileri ve emsali gibi kanunen muayyen masraflar olup alacaklının bizzat gitmesi veya vekil marifetile takip eylemesi halinde ihtiyar edeceği yol ve orada ikameti müddetince yapacağı masrafların kanunî masraf çerçevesine idhaline dair kanunda bir kayıt olmadığından bu masrafların kanunî masraflar arasında bu maddeye istinatla hükümsüz doğrudan doğruya tahsiline mesağ görülmemekte, ve bu itibarla; alacaklı tarafından ihtiyar edilen yol masrafiyle gayri menkulün bulunduğu mahaldeki ikamet masraflarının, borçlusundan ancak hükümle tahsili lâzımgereceği ve 94 üncü maddede zikrolunan kanunî masrafların tapu intikal harçları ve veraset vergileri ve emsali gibi kanunen muayyen masraflardan ibaret olacağı mütalea edilmektedir.

Keyfiyetin icra dairesine tebliği temenni olunur.

102

Mahkemelerle adliye Dairelerinde hizmet görmekte olan başkâtip, kâtip ve mübaşirlerin ve bu hizmetlere yeniden tayin edileceklerin haiz olmaları lâzım gelen vasıflar hakkında

YÜKSEK VEKİLLİĞİN ÖNEMLİ BİR TAMİMİ

Mahkeme ve Adliye dairelerinde hâlen hizmet görmekte olan mubaşir, kâtip ve başkâtiplerle yeniden bu vazifelere alınacakların tayinleri sırasında aşağıda yazılı şart ve vasıfları haiz olmalarının nazara alınması.

Yeniden vazifeye alınacaklar :

I — Mubaşirler :

A — Gerek suvari ve gerek yaya mubaşirlerinin hukuk usulü muhakemeleri kanununun tebligat kısmına ait hükümlerini bilmeleri.

B — Tebligat muamelâtından doğacak hâllerde kanunî şeraiti haiz bir zabıt varakası tanzim edebilecek kabiliyette olmaları.

II — Kâtipler :

1 — El ile yazı yazmakta :

A — Dakikada on iki kelime el ile yanlışsız ve okunaklı yazabilmeleri.

B — Dakikada makine ile yazılmış bir yazıdan seksen beş kelime okuyabilmeleri.

2 — Makine ile yazmakta :

A — Takrir suretile dakikada 30 kelime yanlışsız.

B — Bakıp yazmakta dakikada 24 kelime yanlışsız yazmaları. (Bu bilginin beşten az onbeşten çok olmamak üzere devam ettirilmesi şarttır.)

III — Başkâtipler :

Kâtipler hakkında lüzumlu görülen bilgiyi haiz olmakla beraber harç kanunu hakkında sorulacak her suale mutlak doğru cevap vermeleri icra kanununun umumî hatlarını bilmeleri şarttır. Müddeiumu-

milik ve sorgu hâkim vekilliği ve noterlik işlerinde umumî malûmat sahibi olmaları, terfide bu çeşit malûmatı olanlar hakkında faik evsaf olarak nazara alınacaktır.)

A — Namzet olarak alınanlarda bu evsafın mevcudiyetinin diğer kanunî şart ve ehliyetlerle birlikte aranması.

B — Namzetlik devresinden memur sınıfına geçirileceklerin bu devre esnasındaki mesaî ve vaziyetleri tetkik olunurken iş kabiliyeti meyanında bu hususun da mevcudiyetinin tahakkuk ettirilmesi.

C — Diğer memurlarla beraber adliye memurlarının da bir sicilli bulunacağı kanun hükümleri icabından olmasına göre vazife görmekte bidayeten aranılan iş kabiliyetinin hizmet müddeti esnasında devam edip etmediği cihetinin de tutulacak sicillerde behemehal sureti mahsusada salâhiyettar amirlerle Adliye müfettişleri tarafından bu keyfiyetin tebarüz ettirilmesi.

D — Bu yazı ile iktisabı istenen hususatin alâkadarların istenilen derecede öğrenmelerini teminen kendilerine üç ay mehil verilmesi.

E — Gösterilen müddet zarfında bu ehliyeti ibraz edemiyenlerle bu hususta kendilerinden beklenen vazifeyi ifa edemeyecekleri müfettişler tarafından yapılacak kontrol neticesinde anlaşılacaklar haklarında kanunî muamele tatbik edileceğinin vazifedar bil'umum memurlara bildirilmesi tamimen tebliğ olunur.

12-11-935

*
* *

Yıllık safi geliri elli lirayı geçmiyen noter muavinlerinin ruhsat ve unvan tezkere harçları hakkında :

Her yıl 25 lira ruhsat ve unvan tezkere harcı vermesi lâzımgelen Noter ve muavinlerinden senevî geliri elli lirayı geçmeyen noter muavinlerinin bu vergiden istisnalarının Maliye Vekâletine yazıldığı 16-2-34 tarih ve 43 sayılı umumî yazı ile bildirilmiştir.

Bu kerre alınan karşılıklı : Noter ve muavinlerinin kazanç ruhsat tezkeresi harcından istisnaları hususunun vergi kanunları üzerinde yapılmakta olan umumî tetkikat ve tadilât sırasında nazara alınmak üzere not edildiği bildirilmiştir.

*
* *

424

Nüfus kanununun 11 inci maddesinde yazılı davalardan harç alınmıyacağına dair tamim :

Nüfus kanununun 11 inci maddesinde yazılı davalardan harç alınmıyacağına dair olan hususî hüküm, sonradan çıkan adliye harç tarifes-i kanuniyle ilga edilmemiş olduğu hakkındaki kamutayın 23-12-1934 tarih ve 844 sayılı kararına rağmen bazı mahkemelerce bu davalara ait hükümlerden harç alınmak suretile kanun hükümlerine muhalefet ve halkın ızzar edilmekte olduğu teftiş raporları mündericatından anlaşılmaktadır.

Nüfus kanununun 11 inci maddesi hususî hükmüne muhalif olarak harç alınmaması hususuna, memuriyetinize bağlı bütün mahkemelerin dikkat nazarlarının celbedilmesi tamimen tebliğ olunur.

17-10-935

*
* *

Noterlerce tasdik olunan 2000 liradan aşağı ve yukarı parayı havi senet ve mukavelelerin sayı ve ihtiva eyledikleri meblâğ yekûnlarının bildirilmesine dair tamim :

Noter ve Noter muavinlerince 934 senesinde tasdik edilip Noter kanununun 83 üncü maddesine tevfi kan harç alınmış olan senet ve mukavelelerden, münderecat veya kıymet ve müstenidatı 2500 liradan aşağı olanlarla bu miktardan yukarı bulunanların sayısı ve ihtiva eyledikleri meblâğlar umumî yekûnlarının bilinmesine lüzum hasıl olmuştur.

İlişik formüllerin memuriyetiniz dahilindeki noter ve muavinlerine doldurtularak en kısa bir müddet içinde gönderilmesini isterim :

4-11-935

*
* *

WS

[Noterlerce doldurulacak cetvel formülü]

1

Muhteviyatı 2500 liradan aşağı
olan senet ve mukavelelerin sayısı :

2

1 sayılı bentde gösterilen se-
net ve mukavelelerin ihtiva eyle-
diği meblâğların umumî yekûnu :

3

Muhteviyatı 2500 liradan yu-
karı olan senet ve mukavelelerin
sayısı :

4

3 sayılı bentde gösterilen se-
net ve mukavelelerin ihtiva eyle-
diği meblâğların umumî yekûnu :

426