4971
2
568
11 Mayıs 1935
T.C. İSTANBUL VEKÂLETİ İST. K. VE NEŞRİYAT MÜDÜRLÜĞÜ

Sayı: 4

ADLİYE

Ceridesi

Vekillik tarafından ayda bir çıkarılır mecmua

NİSAN 1935

İSTANBUL
Millî Mecmua Matbaası
1935

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA
219

ADLİYE

Ceridesi

Sayı: 4 Nisan 1935

İÇİNDEKİLER:

Yeni vazife alanlar	
Vekillikçe yapılan tamimler	
Roma hukukunun tekâmül tarihi	*İhering*
İtalyada cezanın infazı sistemi	*Léon Belym*
Hukukî musahabe	*Es. Arsebük*
Yeni kitaplar	,,
Federal mahkeme kararları	,,

Mecmuaya bastırılmak istenen her yazı doğrudan doğruya Vekilliğe gönderilir. Mevzuu tamamlanmamış makaleler veya eserlerin neşrine başlanamaz. Her yazı 10 satırı geçmiyecek şekilde bir hülâsayı ihtiva etmelidir. Basılmıyan yazılar geri verilmez.

221

YENİ VAZİFE ALANLAR:

Açık olan Elbistan âzalığına almakta olduğu 40 lira maaşla hâkimliğin diğer sınıfına nakli icabeden Bolvadın müddeiumumisi Osman Fevzi, 22 lira maaşlı Tirebolu sorgu hâkim vekilliğine sıhhî ahvaline binaen Aluçra sorgu hâkim vekili Selâhattin, 22 lira maaşlı Yenişehir sorgu hâkim vekilliğine memuriyetine muadil bir vazifeye nakli takarrür eden Kula sorgu hâkim vekili Hasan Ziya, Ankara sulh hâkimliğine almakta olduğu 40 lira maaşla muvafakatile Nazilli ceza hâkimi İsmail Hakkı, 35 lira maaşlı Nazilli ceza hâkimliğine ailesinin sıhhî ahvaline mebni Karacabey müddeiumumisi Şakir Turgut, 30 lira maaşlı İzmir müddeiumumî muavinliğine talebile Vize müddeiumumisi Osman Orhan tayin edilmiştir.

12/3/935

Açık olan 30 lira maaşlı Afyon âza muavinliğine talebile Torul sulh hâkimi M. Rauf tayin edilmiştir. 25/3/935

VEKİLLİKÇE YAPILAN TAMİMLER:

Vesayet işlerinde konsolosluklarımızca yapılacak muameleye dair vekillikce yapılan tamim

Vesayet işlerinde konsolosluklarımızca yapılacak muamele hakkında Hariciye bakanlığından tebliğ edilen mütaleanamenin bir örneği aşağıya alınmıştır. Tamimen tebliğ olunur.

«Rodos konsolosluğunun 15/8/934 tarihli ve 2876—42 numaralı tahriratı hakkında mütaleadır:

İtalya hükûmeti ile münakit konsolosluk mukavelenamesinin vesayet ve kayyumluk unvanı altındaki 20 inci maddesi, iktizasında vasi ve kayyum nasbı salâhiyetini ve bunların muameleleri üzerinde mürakabe icrası hakkını karşılıklı olarak iki taraf konsolosluk memurlarına tanımaktadır.

Mukavelenin kabul ettiği bu esasın tatbik tarzına gelince- Bunun Millî kanunlar dairesinde cereyanı yine mezkûr 20 inci maddenin hükmü muktezasından bulunduğuna göre mevzuu bahs mes'elede Rodos konsolosluğumuzun kanunu medenî hükümlerine tevfikan ve birinci derecede vesayet dairesi sıfatını haiz olan (kanunu medenî madde: 347) sulh mahkemesi makamına kaim olarak bir vasi nasbetmek (kanunu medenî Md. 363 ilh.) Ve bu suretle nasbolunan vasinin muamele ve hesaplarını (kanunu medenî Md. 382 ilh.) Yine sulh mahkemesi makamına kaim olarak ve daima kanunu medenînin hükümleri dairesinde ve bilhassa (404, 405, 407, 427 fıkra. 2, 433, 434) üncü maddeleri göz önünde tutularak mürakabe, tetkik ve tasdik eylemek salâhiyetini haiz addolunmak lâzımdır.

Bu suretle Cümhuriyet hükûmetile İtalya hükûmeti arasında mer'î konsolosluk mukavelesinin hükmüne göre İtalyadaki baş konsolos, konsolos ve muavin konsoloslarımızı memuriyetleri sahasındaki vesayet ve kayyumluk işlerinde birinci derecede vesayet dairesi, yani sulh mahkemesi vazifesi ve salâhiyetlerini haiz sayılmak gerektir. Vesayet işlerinde ikinci

derecede yani sulh mahkemesinin fevkinde bir vaziyeti bulunan mahkemei asliyenin vesayet işlerindeki salâhiyet vazifeleri ise konsolosluk mukavelelerinin konsoloslara verdiği vazife ve salâhiyetlerin şumulünde dahil sayılmaz, çünkü vesayet teşkilâtının kanunu medeniye uygun faaliyeti vesayet birinci dairesinden mafevki daireye şikâyet imkânının kanunen mahfuziyetini ve bazı vesayet işlerinde hem sulh, hem asliye mahkemelerinin yani hem birinci hem ikinci vesayet dairelerinin rey ve tasvibinin vücudunu muktazi olduğu için konsoloslar da bu iki merciin her ikisinden de salâhiyet vazifelerinin cem'i halinde kanunu medeninin hükümleri tatbiksiz kalmak neticesi hasıl olur.

Binaenaleyh mevzubahis 20 inci maddenin hükmünü makul ve zarurî haddinde imal ederek İtalyadaki konsolosluklarımıza ancak vesayet birinci dairesi vazife ve salâhiyetleri tanınıp vesayet ikinci dairesinin yani mahkemei asliyenin salâhiyetleri ise vesayet altına alınmış olan şahsın memleketimizdeki ikametgâhı mahkemei asliyesinde bırakılmak ve eğer alâkadarın Türkiyede ikametgâhı yok ise hukuk usulü muhakemeleri kanununun 18 inci maddesi mucibince iktiza ettikçe vesayet ikinci dairesi sıfatile Ankara mahkemei asliyesine müracaat lüzumu mezkûr memleketteki konsolosluklarımıza iş'ar ve ihtar edilmek lâzımdır.

Mütaleatı maruza yalnız İtalyan konsolosluk mukavelesinin 20 nci maddesi münasebetile varit olmayıp konsolosluklarımıza vesayet ve kayyumluk işlerinde salâhiyet tanıyan diğer bütün mukavelelerin tatbikinde hattâ mukavele mevcut olmıyan ahvalde bile (Şehbenderî nizamnamesinin) 95 inci maddesinin tatbikinde konsoloslarımızca takip edilmesi lâzım gelen kanunî hattı hareketi ihtiva etmektedir.

Konsoloslarımızın, bu suretle vesayet birinci dairesi sıfatile dairei memuriyetleri dahilindeki vesayet işlerile alâkadar olmaları halinde idare ettikleri vesayete müteallik ve hükûmet kuvvetile icra ve tenfizi muktazi kararlarını icra ettirmek hususunda hükûmeti mahalliyeden yardım beklemek, yani re'sen tenfiz ve icraya kalkışmamak mecburiyetinde olacakları da arzü izahtan müstağnidir.

Bu dairede muamele icrası hususunun cevaben Rodos konsolosluğumuza ve tamimen diğer konsolosluklarımıza ve konsolosluk şubelerimize iş'ar ve kanunu medeninin vesayet teşkilâtına dair olan hükümlerinin mez-

kûr kanunun 346 ncı maddesinden başlayıp 448 inci maddesinde nihayet bulduğunun dahi sureti mahsusada tebliği ve keyfiyetten müddeiumumiliklerle asliye mahkemelerinin haberdar edilmesi ricasile bu tamimin bir suretinin de yüksek Adliye Vekilliğine irsali münasibi mütalea olmaktadır.»

Ahkâmı şahsiye mesailinde intizamı ammeye mugayir olmamak şartile ecnebilerin millî kanunlarının tatbiki hakkında vekillikçe yapılan tamim

Ecnebilerin ahkâmı şahsiyeye müteallik işlerinde ve bu cümleden olarak vesayet mesailinde intizamı ammeye mugayir olmamak şartile millî kanunlarının tatbiki icap ettiği halde bazan bu hususa riayet edilmediği gelen teftiş raporlarından anlaşılmaktadır.

Ahkâmı şahsiye mesailinde ecnebilerin millî kanunlarının tatbiki hukuku hususiyei düvel kaideleri icabından bulunduğu ve vesayetin tesisinden maksat küçüklerin hukukunu muhafaza ve menfaatlerini vikayeden ibaret ve vesayet küçüğün şahsına müteallik ahvalden madut olduğu cihetle intizamı ammeye mugayir olmamak şartile millî kanunun tesiri altında olması iktiza eder. Bu itibarla mevcut kanun ve muahedata göre mahkemelerimizin salâhiyetli olduğu hallerde vesayetin tesis ve tanzimi vasinin vazifeleri ve vesayetin hitamı gibi hususlarda hüçüğün millî kanunun tatbiki lüzumuna itina edilmesinin mahkemelere tamimen tebliği beyan olunur.

İran adının Fransızca karşılığı hakkında tamim

Tarihî, Coğrafî ve ırkî delillere göre hakikî mefhumları ifade etmemekte olan Fransızca «Perse» ve «Persan» tâbirleri 21 Mart 935 günlemecinden itibaren terkedilerek yerine «İran» ve «İranien» kelimelerinin kullanılması Hariciye Vekâletinin bildirişine atfen ve tamimen tebliğ olunur.

226

Ceza muhakemeleri usulü kanununun (223) üncü maddesi hakkında Mersin C. M. U. liğine tebliğ edilmiştir.

Ağır cezalı suçlardan gelmeyen maznun hakkında duruşma yapılabileceğine dair ceza muhakemeleri usulü kanununda bir hüküm bulunmamakla beraber gelmemenin makbul sebepleri isbat edilmezse maznunun hazır olması emrolunacağı veya hakkında tevkif müzekkeresi verileceği mezkûr kanunun 223 cü maddesinde tasrih edilmiş olmasına ve bütün mütemeddin devletlerin kanunlarında olduğu gibi, usul kanunumuz da duruşmalarda tarafların huzurile iddia ve müdafaaların ve delillerin açıkca ve serbest bir surette tetkik ve münakaşası esasını kabul etmiş bulunmasına göre; ağır cezalı suçlarda maznunun ve birden ziyade maznun bulunduğu takdirde bunlardan herhangi birinin gelmemesi halinde diğerlerinin geldiğinden bahisle duruşma açılması caiz olmadığı mütaleaten bildirilir.

Hukuk âleminde çıkan değerli yazılar serisi:

II

Roma Hukukunun Tekâmül Tarihi

Yazan: *Ihering*

Makalenin başlığı, vehleten bir tenakuzu ihtiva eder gibi görünür. Filhakika tarih kelimesi, aynı zamanda tekâmül mefhumunu da anlatır. Çünkü hukukun tarihini tetkik etmek, binnetice aldığı vicheyi göstermek demektir. Bu viche ise tekâmüldür. Binaenaleyh «hukukun tekâmül tarihi» açık bir mantıksızlık olmuyor mu?

Tarih kelimesine verdiğiniz mâna itibarile bu itirazınız yerindedir. Çünkü şimdiye kadar bu kelime ilmî bir mânada kullanılmadı. Hâdiseleri sıra ile sadece tesbit edenler «müverrih» sayıldı. Halbuki hâdiselerin ruhuna girmek, bunların sebeplerini, hattâ saiklerini aramak da müverrihe düşen bir vazifedir. Binaenaleyh tarihe ait hakikî bir eser daima sübjektif bir mahiyet arzeder. Çünkü eseri kaleme alan kimsenin kavrayışı, zekâsı, muhakemesi hâdiselerin telâkki tarzlarında büyük bir âmil olur. Bu itibarla hâdiseleri anlatan herhangi bir müverrih kendi şahsiyetini, benliğini de ilâve ediyor demektir. Çünkü ister istemez bir muhakeme yapıyor ve bunun neticesi olarak hâdiselere, benliğine mahsus bir cereyan veriyor. Görüşlerinde nufuz kudreti bulunanlar, bu çalışmada basit zihniyetlerden fazla muvaffak olurlar.

İşte bunun içindir ki Roma hukuku tarihini bundan bir asır evvelkilerden daha iyi kavramış bulunuyoruz. Kezâlik Fransa ihtilâline gittikçe daha fazla nufuz ediyoruz. Çünkü evvelâ devamlı surette yapılan tetkikler bize yeni vesikalar elde ettiriyor. Saniyen fikirlerde bir olgunluk vücut

224

buluyor. Bu tarakki dünkü gözlükle görülen şeylerin eksik olduğunu bize anlatır. Halbuki hâdise değişmedi. Değişen telâkki tarzıdır. Şu küçük başlangıçtan sonra maksada girebilirim.

Ben bu yazıda, mazideki hâdiselerden bir çoklarını - dermeyan olunan mütaleaları bertaraf ederek - şahsî kavrayışıma göre tetkik ve tahlil edeceğim. Fakat daha evvel, hukuk tarihinin şimdiye kadar bu sahada müvekkel olduğu vazifeyi yerine getirememesinin sebeplerini tesbit edeyim:

İlimde tarakki, haricî hâdiselerin fikirlerde hâsıl ettiği intibalarla meydana gelir. Bunun istisnası yoktur. İnsan evvelâ maddî hâdiselere şahit olur. Bu müşahede karşısında zihne gelen ilk kelime «niçin?» dir. Bu suale cevap vermek için bazan asırlar ister. Her "niçin?,, kelimesini daima kolaylıkla tatmin edecek bir cevap bulamazsınız. Meselâ bundan bir buçuk asır evvel hayvanat ve nebatata dair yazılmış eserleri tetkik ediniz. Hepsinin «tarihi tabiî» unvanı altında olduğunu görürsünüz. Bu unvan pek yerinde idi. Çünkü mesai hep haricî hâdiselerin tasvirine, yani zahirî şekillere sarfolunmuştu. Halbuki bugün hayvanat ve nebatat başlı başına birer ilimdir. Tabiatin hayat kisvesi altındaki varlıklarını tahlil ederek, vaktile halline imkân bile tasavvur edilemeyen, hayat mefhumile temasta bulunuyoruz. Hilkatin en büyük bir muadelesi halledilmek üzeredir.

Zamanımıza gelinceye kadar hukuk tarihi de aynı zahirperestliği muhafaza etmiştir. Filhakika Roma hukukuna dair yazılmış eserleri gözden geçirirseniz hep zavahirin tasvirine şahit olursunuz. Hukukun kaidelerini yaratan saikler bizce tamamen meçhuldür. Filhakika müellifler hilkatin vücud verdiği her hâdise gibi, tarihin de daimî bir hareketten ibaret olduğunu izah ediyorlar. Hiçbir zaman durmıyan bu hareketin sebebine gelince, burada tam bir sükût hüküm sürer.

Şunu da ilâve edeyim: Bu sahada kurulacak ilmî abidenin iptidaî maddeleri bile bugün eksiktir. Sonra hiçbir hukukçu bu abidenin plânına temas etmedi. Yalnız ben (Roma hukukunun ruhu) nda tarihin [1] muayyen devirlerinde hâkim olan hukuk esaslarını tesbit ettim. Hukukun felsefesi bakımından bu, yapılması lâzım gelen bir işti, fakat kâfi değil. Çünkü muhtelif devirlerde yaşıyan hukuk arasındaki dahilî rabıtanın da anla-

[1] Müellifin 4 büyük ciltten ibaret olan bir eseridir.

şılması, aydınlatılması icabeder. Hâdiseleri tahlil kudretini haiz ve lisana hâkim olmakla beraber, hukukun ve felsefenin inceliklerine vakıf bulunan bir adam için bu mevzu senelerce çalışmayı istilzam edecek kadar geniş ve şumullüdür. Zira hukuktaki her değişikliğin karşısında «niçin?» diyeceğiz. Bu suale ilmî bir cevab bulmak mecburiyeti vardır. İşte elde edeceğimiz bu cevapların tahlili, hukukun değişmesine saik olan kaideleri, esasları meydana çıkaracak ve binnetice hukukun felsefesi kurulacaktır. Zamanla hukukun değiştiğini ve bir kanun daima diğer bir kanuna yerini bıraktığını isbat etmekle büyük birşey elde etmiş olmayız. Çünkü bunun isbatile vasıl olacağımız netice, hukukun müteharrik olduğu keyfiyetidir. Fakat saat de müteharriktir, yelkovanın yalnız kadran üzerindeki hareketini görmek saat hakkında size doğru ve esaslı bir fikir veriyor mu? Hukuk, şimdiye kadar, hep kadran üstündeki hareketlere şahit oldu. Kadranın altındaki makineler bizim için bir sırdır. Bugün hepimiz biliyoruz ki - ve bunu bize tarih de gösterir - saatte olduğu gibi hukukta dahi hareket bizatihi değildir. Bu hareket dahilî bir kuvvetin tesiri altındadır. Bu kuvvetin tahlili ise ilim namına lâzımdır.

Neden bu hadiseye temas edilmedi? Çünkü bugünkü hukukî müesseselerin mümasil kaidelerini tarihte bulmakla günün ihtiyacını tatmin etmiş oluyoruz. Bu surette bir hukuk kaidesinin tekâmül safhaları gözlerimizin önünde bulunuyor. Fakat bu safha hadiselerin zahirî şekilleridir. O derece zahirîdir ki neticenin acılıklarını bütün milletler hissetmişlerdir. Almanyada yirminci asıra kadar Roma hukukunun tatbik edilmekte bulunması [2] Alman hukukçuları üzerinde zahir perestlik tesiri bıraktı. Hukuktan bu tesiri kaldırmak kanunun ruhunu kavrayarak adalet mefhumuna daha yakından temas edebilmek ıztırarındayız.

Vakıâ Savigny'nin "Hukuk, halkın tecellii iradesidir,, şeklinde ileri sürdüğü meşhur nazariyesi bu sahadaki mesainin lüzumsuzluğunu bütün hukukçulara teslim ettirecek kadar kuvvetli idi. Bu nazariyenin pek cazip güzelliği karşısında kalan bir hukukçu, aynile, leziz suları nüfuzuna imkân olmayan kaynaklardan fışkıran bir pınar karşısındaki susamış adama benziyordu: Susuzluğunu giderdikten sonra Allahına şükretmek...

---

[2] Bizde de yakın zamanlara kadar fıkıh hükümlerinin mer'i olması gibi.

238

Savigny'nin bu nazariyesi [3] hukukun kaynaklarını meçhullere atfeder. Fakat hukukçulara mutlak bir istirahat vadeden bu kuş tüyünden yapılmış şilteyi ortadan kaldıralım Bu kadar teshir edici bir muhitte hakikat görülemez. Ve şimdi hukukun ilk esası olmak üzere halkın ruhundan doğan bir örf ve âdetin vücudunu kabul eden bu nazariye tarafdarlarına şu suali soralım :

— Örf ve âdet, bizatihî vücut bulan bir şey midir ?

Buna « Evet ! » diyemezsiniz. Vahşî ormanlardan, yüce dağlardan geçen yollar, hilkatin insanlara bahşettiği bir lûtuf mu idi ? Bugün bu yolların varlığını hepimiz görüyoruz. Fakat o yolları meydana getirebilmek için kim bilir kaç bin nesil o toprakları çiğnemiştir ? Ve ilk geçenler her halde tabiatla müthiş bir mücadeleye giriştiler. O halde hukuk sahasındaki "örf ve âdet,, ismini verdiğimiz muayyen yolların kendiliğinden meydana geldiğini nasıl kabul edebiliriz ? Binaenaleyh bu suale tam bir kat'iyetle cevabımı verebilirim :

— Hiç zannetmiyorum.

Çünkü tarihin satırları arasına nüfuz edersek görürüz ki "hukuk,, u insandaki "Hak fikri,, meydana getirmemiştir. Belki tamamile aksine olarak mevcut ve mer'i olan hukuk "Hak fikri,, ni doğurdu. Çünkü insanlardaki "Hak fikri,, nin bir "hukuk,, yarattığını kabul edersek, hukukun - hiç olmazsa ilk zamanlarda - her yerde aynı simayi arzetmesi icap eylerdi. Havanın tesirlerinden korunmak ihtiyacı nasıl ki libas hakkında, iklim şartları müsavi olan her yerde aynı iptidaî şekilden başlayarak tarakki etmiştir ; hukukta dahi bu müşterek hatları görmekliğimiz lâzım gelirdi. Halbuki hukuk, her yerde birbirine benzemekten çok uzak olan hususiyetler arzeder. Binaenaleyh evvel emirde "hukuk fikri,, nin mer'î ve tatbik edilmekte olan "hukuk,, tesirile meydana geldiğini ispat edeyim.

Yunan hakîmlerinden "Platon,, u misal olarak alacağım. Çünkü tarihin kaydettiği en büyük mütefekkir bir zattır. Platonun eserlerinde esaret aleyhine tek bir kelimeye tesadüf etmiyoruz. Bilâkis bu zat köleliğin meşru olduğunu söyler. Çevresinin fikrî seviyesinden çok fazla yükselmek kabiliyetini göstermiş olan bu filozof köleliği müdafaa etmiyecekti. Halbuki

[3] Fıkıhda dahi hukukun kaynağı olmak üzere "kitap, sünnet, icmaı ümmet„ gösterilmekte idi.

o, müstesna zekâsile yarattığı olğun bir devlet mefhumunda bile esarete hususî bir yer ayırır, Niçin? Çünkü «esaret» Yunan cemiyetinin hayatî şartları arasına girmişti ve Platon gibi bir dahinin fikri hukukîsi bunun tesiri altında bulunuyordu.

Çocukların sokağa atılması bugünkü anlayışımıza göre en kötü bir ahlâksızlıktır. Halbuki çok eski zamanlarda kız çocuklarının terkedilmesi, ne Romalıların ne de Arapların hukuk hislerini incitmiyordu. Çünkü Romada mer'i olan hukuk, erkek çocuklarla en büyük kız çocuğun büyütülmesini ana ve babaya tahmil etmişti. bu da ahlâk telâkkisile hiç bir münasebeti olmayan şu sebepten ileri geliyordu: Cemiyetin hayatî menfaatleri. Çünkü bir taraftan harp ve cidal, erkek kadrosunda daimî boşluklar açıyordu. Diğer taraftan kadın ne kadar az olursa o kadar kıymetli idi. Demek ki cemiyetin menfaatleri hukuk dediğimiz bir takım kaidelere vücut vermiş ve «fikri hukuk» dahi bunu tereddüt etmeden kabul eylemişti.

Yine eski zamanlarda ihtiyarlar idam olunurdu. Niçin? Çünkü ihtiyar hayatını kazanamıyordu; diğerlerinin kazandığı lokmaya iştirak mecburiyetinde idi. Tabiatın nekesliğile (hissetile) boğuşmak ıstırarında kalan cemiyet, kendisi için faydasız olan unsurları ortadan kaldırmaktan başka çare bulamamıştı. Demek ki bu vahşî âdetin yerleşmesine saik, yine cemiyetin hayatî şartları idi.

Görülüyor ki gerek Roma'nın XII levha kanunları gibi yazılı şekilde olsun; gerek örf ve âdet mahiyetinde bulunsun cemiyetin hayatî menfaatleri evvelâ "hukuk,, u meydana getiriyor. "Hukuk,, bir kere meydana geldikten sonra "Hak fikri,, doğuyor. İşte hukuku terakki ettiren, yükselten bu fikirdir.

Her ilim gibi "hukuk,, da yüksek zekâların tesiri altındadır. "Hukuk fikri,, etrafındaki savaşlar ilim ve zekâ şahikalarında cereyan eder. Bu mücadeleye halk daima yabancı ve seyirci kalmıştır. Halktaki hukuk fikrinin inkişafını beklemek lâzım gelseydi bugün hukukun daha başlarında bulunurduk. Böyle insanlığa uymıyan vahşî âdetlerden beşeriyeti kurtaran halk değildir. Hadiseleri yukardan görmek ve tahlil etmek kudretini haiz olan yüksek kafalar, zemini müsait buldukça hukuk sahasını bu vahşîlerden temizlemişlerdir.

İşte hayat şartlarının bu suretle daha iyi bir şekil aldığını gören ve

232

anlayan halk yeni hukuka nazaran kendi menfaatini takdire başlar; ve o zaman halkın sesini işitirsiniz. Bu ses, daima, yerine getirilemeyen şahsî bir menfaatın korunmasını ister. Böylece konulan hukuk prensipleri, halkın hayatî şartları arasına girer.

Meselâ yakın zamanlara kadar edebî ve sınaî mülkiyet, hiç bir memlekette kanunun himayesine mazhar değildi. Daha açık bir tabirle bu sahada hırsızlık meşru görülürdü. Kitap yazanlar ve ihtira yapanlar kanunun himayesini istediler. Madam ki herkes kendi çalışmasının semerelerinden istifade ediyordu; bu adamların da hakları teslim olunmalı idi. Bu haklı istek, kanunun değişmesini icap ettirdi. Bu suretle hukukun maddî milkiyet sahasındaki takyitleri manevî milkiyet sahasına intikal etmiş oldu.

Hülâsa, hukuk tarihinin bütün safhalarında «hukuk» ile «hukuk fikri» arasında bir rabıta vardır. Bidayette «hukuk», «hukuk fikri» ne takaddüm eder. Sonra ikisi birlikte yürür. Daha sonra en başta «menfaat» olmak üzere muayyen saiklerin tesiri altında "Hak fikri,,, "hukuk,, u tekâmüle doğru sürükler. Hâdisenin göz önüne getirilebilmesi için gezmeğe çıkan bir adam farzedin'z: Güneş doğmadan evvel bu adamın gölgesi yoktur. Güneşle beraber gölge de adama refakat eder. Şimdi güneş tarihtir. Gölge "hak fikri,, dir. Adam ise "hukuk,, un bizzat kendisidir. Adam bulunmadan gölge nasıl tasavvur edemezseniz "hukuk,, olmadan "Hak fikri,, nin varlığını da öylece tasavvur edemezsiniz.

Demek ki "hukuk, halkın ruhundan çıkar,, nazariyesi tamamen yanlıştır. Şekli ne olursa olsun, hukuk, daima "şuur,, un bir tecellisidir. Binaenaleyh "illiyet kanunu,, hukukun tekâmülünde dahi cari olur.

Hukukta "illiyet,, iki ma'nayı ifade eder: Birincisi "causa finalis,, ikincisi "causa efficiens,,. Evvelkisine "hedef,, ikincisine "sebeb,, diyoruz. Hedef müstakbel, sebeb ise mazidir.

Filhakika insan, muayyen olmayan bir hedefe doğru gitmez. Hedefi tayin, keyfî bir hareket te değildir. Belki içerden veya dışardan (ruhî ve maddî) gelen bir takım saikler hedefin tayininde âmil olur. Fena yaradılıştaki bir adamın takip ettiği hedefi iyi adamlar takip edemez. Kezalik bir köylü ile bir âlimin hedefleri de aynı olamaz. İşte bütün bunlarda içerden gelen (ruhî) saiklerin tesirine şahit oluyoruz. Mevcut bir tehlike

karşısında müdafaa çarelerine baş vuran bir adam da dışardan gelen (maddî) bir saikin tesiri altında hareket ediyor demektir. Hilkat iradeyi dahilî ve haricî saiklerin tesiri altında bırakmıştır. Bu saikler bir ferdin iradesine hakim olduğu gibi bütün fertlerin yani cemiyetin iradesine de - ki bu hukuk demektir - hâkimdir.

Şu izahat, «hukukun tekâmül tarihi» nden anlaşılmak lâzım gelen mânayı bize gösterir. Hukukun tarihini takip ederek dahilî (ruhî) ve haricî (maddî) saikleri tahlil etmek ve neticede muhtelif milletlere ait hukukun hususî simalarını görmek bu suretle mümkün olur. Filhakika bu yoldaki çalışma bize :

Evvelâ — Bir milletin diğer milletlerden ayrı olarak farik hatlarını, medenî ve içtimaî kabiliyetini (dahilî saik) ;

Saniyen — Yine bir milletin diğerlerile olan münasebetlerinin o millet hayatındaki ekonomik ve siyasal tesirlerini (haricî saik) gösterir. Bundan sonradır ki biz milletin tekâmülüne nüfuz eder ve onu kavrayabiliriz.

Riyazî mes'elelerde bir «illeti kâfiye — Cause suffisante» , bir de « illeti lâzime — Cause nécessaire» vardır. İkincisi mücerred ilimlere hâkim olan mantıkın icabları, Birincisi ise halli lâzım gelen riyazî mes'elenin hususiyeti neticesidir. Hukuk tarihinde «illeti lâzime» esasına gidemeyiz ; «illeti kâfiye» ile hukuktaki değişiklikler anlaşılabilir. Eğer «illeti lâzime» esasına gidersek hukuka mantıkî istidlâl sokmuş oluruz. Bu ise bizi çok yanlış yollara götürür [4].

Bir misal alalım : İlk zamanlarda Romada akdin meydana gelmesi için tarafların aynı mecliste bulunması şart olduğu gibi dava halinde de her iki taraf hâkim huzurunda bizzat bulunması mecburî idi. Fakat o zamanlar memleket geniş değildi. Binaenaleyh kanunun bu emirlerini yerine getirmekte güçlük yoktu. Halbuki sonraları Roma büyüdü. Akit yapılabilmesi için tarafların bir arada bulunması mecburiyeti, binnetice akitlerin husulüne ciddî bir engel teşkil etmişti. Şu suretle hayat şartlarının değişmesi, hukuk sahasında da tesirlerini gösterdi.

---

[4] Mantıkî istidlâl afetine uğramış bulunması fıkhı tatbik edilmez bir hale getirdiği gibi.

234

Şimdi ben, hukuktaki bu değişikliğin saikini memleketin büyümesi ile izah ediyorum. Fakat başka ihtimaller dahi ileri sürülebilir: Muamelelerin çoğalması, fikirlerin terakki etmesi gibi. Binaenaleyh bu ihtimallerden her hangi biri hakkında tarihî bir vesika gösterilmezse - nitekim ben, kendi fikrimi isbat için gösteremiyorum - hepsinin de varid olabileceğini iddia mümkündür. Şu halde « tarihî illet — Cause historique» bir ihtimalden başka birşey olmaz.

Eğer böyle düşünürseniz bu sahadaki araştırmaların bir « hiç » olduğunu kabul mecburiyetinde kalırsınız. Halbuki "illeti kâfiye,, mahiyetinde olan "tarihî illet,, bukadar kuvvetli bir mantık ile karşılaşamaz. Çünkü tarih, bize bu bakımdan hiçbir malûmat vermez. Yalnız vak'aların hikâyelerine şahit oluruz. Bunların sebepleri hakkında hiçbir bilgimiz yoktur. Bir hukukçu gözile hukuk tarihini tetkik ediniz, kanunların birbirlerini takip etmesinden başka birşey göremezsiniz. Adetâ çamaşırcıya verdiğiniz kirli şeylerin listesi gibi her devrin hukukçuları da karşımıza bir liste çıkarırlar.

Çamaşır listesi; mendil, çorap, gömlek, fanilâ, yaka ve saire...

Kanun listesi; satış, kira, müruru zaman, milkiyet, tasarruf, havale ve saire..

Bir hukukçu muhtelif devirlerdeki listeler arasında bulunan farkı göre bilir, fakat saiklerini göremez.

Milletlerin soysal seviyelerini tetkik etmek isteyen bir âlim, muhtelif zamanlara ait çamaşır listelerine bakarak bir hüküm çıkarmak ve bu suretle ulusların hususiyetlerine nufuz etmek mecburîyetindedir. Böyle bir âlim herşeyden evvel, cemiyetin bugünkü hayatî şartlarile bağlıdır. Bir muhitte ki mendil kullanacak kadar umumî terbiye seviyesi yükselmemistir; o memlekette "mendil,, mefhumunu tabiatile başa konulan bir süs olmak üzere kabul eder. Bu anlayış doğrudur. Fakat bu mendilin ayağa sarılması da ihtimal dahilindedir. Fakat bu ihtimal, tarihî bir vesika ile teyid edilmedikçe nazara alınmaz. İşte bir hukuk âlimi de hâdiseleri bu suretle tahlil etmelidir."tarihî illet,, den anladığım mâna budur.

"İlleti kâfiye,, biraz evvel söylediğim veçhile dahilî veya haricî olabilir. Fakat evvelâ haricîdir ve «hukuk, kaynağını halkın ruhundan almıştır» nazariyesi tamamen yanlıştır. Ben bu yazılarımla hukukun derin-

leştirilmesi sahasında bir fikir ihtilâli çıkardığımı zannediyorum. Esasen böyle bir ihtilâlin meşkûr neticelerini diğer bir ilim şubesinde aynen görebilirsiniz. Yakın zamanlara kadar doktorluk, hastalıkların sebeplerini hep dahilde arardı. Bugün anlıyoruz ki bu çalışma tamamen boşa gitmiştir. Çünkü faydalı bir şey elde edemedik. Mikrobun keşfi bu sahadaki tetkiklerin, hep haricî tesirlere sarfedilmesi lâzım geleceğini gösterdi; ve kat'î surette iddia ediyorum ki her hangi bir ilim şubesi olursa olsun kat'î ve semereli neticelerini haricin tetkikinden alır. Gerek fikrî ve gerek maddî sahalar daima haricî tesirlerin nüfuzu altındadırlar.

Roma hukukunda kat'î tesirler yapan haricî âmillerin adedi beştir :

Birincisi : Avam denilen sınıftır «les plébeiens». — zadegân ile aralarındaki hukukî ayrılıkların kaldırılmasında ve XII levha kanunlarının tedvin edilmesinde bu sınıfın büyük tesiri görülür. Bu hal bütün müelliflerce kabul edilmiş tarihî bir mütearifedir. Romadaki cumhuriyet devrinin ilk zamanlarındaki kanunlarda avamın tesirlerini görmemek mümkün değildir. Roma hukukundaki bu değişikliği hukuk fikrinin inkişafına yani dahilî bir sebebe atfedemezsiniz.

İkincisi : Muhacır sınıfının Romada çoğalmasıdır. — Zamanla inkişaf eden bu hareket, hukukta yeni bir takım teşkilâtın meydana getirilmesini icap ettirdi. İki muhacır arasında veya bir Romalı ile bir muhacır arasında geçen hukukî muamele (commerce juridique) lerin halline memur olmak üzere muhacırlardan hâkim ve müçtehit "preteur,, ler [5] tayin olundu. Roma hâkimleri arasına sokulan bu yeni unsur, Romada iki büyük inkılâp vücude getirdi ki biri usule diğeri esasa aitti. Bunlar Roma hukuku için yeni birer ilham kaynağı oldular. Filhakika gerek usulü muhakemedeki bu değişiklik, gerek yeni içtihatlar, tatbik sahasında gösterdikleri iyi neticelerle çok ağır bir imtihanı muvaffakiyetle vermişlerdi. Cemiyetin ihtiyacına uyması ve pek kolaylıkla tatbik edilebilmesi gibi maddî ve gözle görülür faideler bu yeni içtihatların yerli Roma kanunlarından yüksek olduğunu herkese teslim ettirdi. Asıl Roma hâkimleri de bu yola gittiler.

---

[5] İlk zamanlarda Roma hâkimlerine préteur derlerdi. Sonraları muhacırlerden de hâkimler tayin olununca onlara " muhacır hâkim = préteur peregrinus „ ismi verildi. Evvelkiler ise préteur urbanus ismini aldılar ki " şehir hâkimi „ demektir. Daha sonraları bu tarifin hikmeti kalmadı.

236

İşte burada dahi haricî unsurların dahile olan tesirlerini görürsünüz.

Üçüncüsü: Memleketin büyümesidir. — Bu mevzua yukarda temas ettiğim cihetle burada sözü uzatmağa lüzum görmüyorum. İlk zamanlarda bir "şehir hukuku,, manzarasını arzeden medenî kaideler, hudutların genişlemesi üzerine "memleket hukuku,, haline getirdi. Bu da haricî bir tesirdir.

Dördüncüsü: Yunan hukuku ve Yunan harsıdır. — Bir takım hukukî mevzuat vardır ki yalnız isimleri bile Yunan hukukundan alındıklarına bir delil teşkil eder: İpotek = hypothéka; borca karşı mal terki = antichresis; uzun müddetle yapılan kira mukavelesi = emphiteusis; pey akçesi = arrha [6]; sendık = syndicus... vesaire gibi.

Yunan harsına gelince, bu, Roma hukukunda akademik bir devir açmıştır. Filhakika bu sayede Romada iki yeni inkılâba şahit oluyoruz:

a — Umumî mekteplerin açılması. Bu suretle maarif, hukuku hususiyeden âmme hukuku sahasına geçiyor.

b — İlmî usullerin yani umumî esaslardan fer'î hükümlerin çıkarılması. Bu sayede Roma hukuku olgun bir çağa gelmiş bulunuyor.

Beşincisi: Vilâyetlerdir. — Vilâyetlerin Roma hukuku üzerindeki tesirlerini gösteren tarihî vakıalar maatteessüf tesbit olunmamış gibidir. Roma tarihinin en karanlık noktalarından biri budur. Ancak hâdiseleri yakından tahlil edersek uzak, yakın bütün vilâyetlerin millî seciye üzerinde çok fena tesirler yaptığını Romanın büyüklüğünü teşkil eden millî seciyeyi öldürdüğünü görürüz. Çünkü ilhak edilen büyük memleketler, keyfî hareketleri, nisbetsiz servetleri, lüzumsuz gururu ve nihayet büyük mıkyasdaki sefahati kolaylaştıran ve hattâ teşvik eden bir âmil olmuştu. Bu haller Romalıların metin seciyelerini zehirledi ve inhilâl alâmetleri baş gösterdi. İşte burada tarihin çok garip cilvelerinden birine şahit oluyoruz. Vilâyetler, Romayı, imparatorluk derecesine yükselttikten sonra Romaya hâkim oluyorlar.

Muhacırlar arasından tayin olunan hâkimler, ileri sürdükleri yeni içti-

---

[6] Bu esas Fenikelilerden — sâmî lisanında erebe — Yunanlılara ve oradan da Romaya geçmiştir. Bu tarihî hareketi lisan ilmi de gösterir. (r) harfinden sonra (h) harfinin bulunması Romaya Yunanistandan geldiğine bir delildir
" İhering - Roma hukukunun tekâmül tarihi - Sayfa : 36 „

232

hatlarla Roma hukukunun ağır bir imtihana tâbi tutulduğunu söylemiştim. Vilâyetler dahi Roma hukuku için bir imtihan olmuştu. Çünkü ceza muhakeme usullerinin daima değişmesine saik bu vilâyetlerdir. İmparatorluk teşkilâtının icap ettirdiği bütün yenilikler ceza usullerine sokuldu. Hâkimlere verilen geniş takdir hakları, suçlu sayılan kimseleri maddî tazyiklere maruz bırakarak suçunu söyletmek esasları, ölüme kadar varan ağır cezalar hep bu değişikliğin zarurî neticeleri idi. Tabiiyet altına giren vilâyetler halkı, bu yeni usullerin faidelerini gösteren bir tecrübe tahtası addolunmuştu. Fakat sonraları, bizzat Romalılar, atalarının bu düşüncesiz hareketlerinin acılarını çektiler. Aynı usuller kendilerine de tatbik olundu. Roma hukukunun o meşhur "zulüm devirleri,, ne şahit olduk. Başlayan akınlar, istilâlar, bütün bir beşeriyetin Romadan intikamı demekti.

Umumî surette, tarihçiler milletleri fert gibi birer tip olmak üzere tetkik ve millî seciyeyi âdeta tanrı vergisi mahiyetinde addederler. Vakıâ Montesquieu milletlerin hususiyetine vücut veren tabiî ve tarihî âmiller üzerinde kuvvetle durmuştur. Fakat düşünceleri hep umumî idi. Hiç bir zaman muayyen bir millet üzerinde bu tesirleri gösteremedi. Binaenaleyh bu yüksek adamın yazdıklarına rağmen elyevm tatbik edilmekte olan tetkik tarzı, millî seciyeleri fıtretin bir arzusu olarak kabul etmekle başlar. Halbuki bu esas yanlıştır. Çünkü ferdde gördüğümüz «benlik» insanla beraber doğar. Millet için "doğum,, tasavvur edemezsiniz. Millet ancak teşekkül eder. Şu halde benlik hilkatin, milliyet tarihin eseridir.

Bir milletin hüviyetinde iklim, toprak, su, gıda gibi tabiî unsurların; istilâ, akın, işgal, muhaceret gibi tarihî unsurların; muhitin yetiştirdiği zekâlâr, dahiler, umumî seviyeler gibi içtimaî unsurların tesirleri vardır. Millî seciye dediğimiz şey bütün bu unsurların bir araya gelmesile vücut bulur.

Şu tafsilât, hukuktaki tarihî tekâmülün hangi gözle tetkik edilmesi lâzım geleceğini ve illiyet nazariyesinin nerelere kadar gidebileceğini kâfi derecede anlatır. Hukukun tekâmülü işte bu bakımdan tetkik olunmalıdır. Şimdi artık hukukun en iptidaî ve en eski bir kaynağına temas edebilirim.

Hukuk, ilk varlığını "ikametgâh,, dan alır. Hukukî hadiselerin en canlı kaynakları hep "ev,, in temellerindedir. Bunun isbatı için vakıaları

mantıkın tazyikine maruz bırakmağa lüzum yoktur. Basit bir tahlil bizi hemen bu neticeye ulaştırır. Binaenaleyh tetkikatımın ana merkezini "ikametgâh,, teşkil edecektir. Umumî lisanda ev, mesken, konak, hane, ocak gibi tabirlerle anlatmak istediğimiz "ikametgâh,, ne demektir? Bunu anlamak için "evlenme,, meselesine temas edeceğiz. Mevzuun inkişafını kendi haline bırakalım.

Her hangi bir medeniyet, muayyen mahalde daimî bir mesken tesisi ile başlar. Bir şeyin mevcudiyetinin devamı için istikrar şarttır. Bütün lisanlarda bu fikri yani ikametgâh fikrini ifade eden kelimeler bu düşüncemin en beliğ birer müeyyideleridir: İkamet, mukim, ikametgâh; sakin, mesken, ev, konak; habitation, demeure, maison... vesaire...

Lâtince lisanı da müstemirren bir yerde kalmak mefhumundan istiane ederek familia kelimesini koymuştur. İştikak ilmine nazaran familia, "ev,, ma'nasınadır. Fakat bu ma'na, meydana getirilen her hangi bir binayı değil; belki ekonomik ve şahsî varlıkların toplandığı yeri anlatır: Karı, çocuklar, tarlalar, hayvanlar... vesaire daha açık bir tabirle varlığın (mevcudiyetin) devam edebilmesi için iktiza eden vasıtaları da ihtiva etmek ve onlara da şamil olmak üzere çoluk çocuk, ev bark.

Familia kelimesinde bir ebediyet ma'nası vardır. Bu ebediyet ancak neslin devamı ile hasıl olabilir. Şu halde kadının erkekle beraber çalışması pek tabiî bir zarurettir. Bu sayede çocuklar meydana gelir ve binnetice "aile yurdu,, nun ebedî olması temin edilir. Neslin idamesi hayatî vasıtaların da idamesini istilzam eder. Veraset esasları bu ihtiyacı karşılamak için konmuştur. Daha kolay anlaşılacak bir cümle ile fikrimi tesbit edeyim: "Aile yurdu,, ndaki ebediyetin tabiî malzimesi, nesil ile sun'î malzimesi veraset ile temin olunur.

Lisan, aile büyüğünü familia kelimesinden istiane ederek ifade eder: pater familias [7] ailenin başı. Bu tabir aileyi beslemek, korumak, yaşatmak vazifesile mükellef olan şahsın ismidir. Bu vazife ancak "reşit,, olan kimse tarafından yerine getirilebilir. Çünkü babanın, çocukların rüştünden sonra ölmesi tabiat kanunu icabındandır. Vakıâ vakitsiz bir ölüm, çocukları baba

---

[7] Sanskrit dilinde "pa,, beslemek, korumak, idame etmek manalarına gelir. İhering - Fondation de la maison romaine. Sayıfa : 46

şefkatinden, baba himayesinden mahrum bırakabilir. O zaman patrimoine [8] çocuğa geçer. Hukuk nazarında beşikteki çocuk bile bu sıfatı alabilir. Yalnız sıfatın medlûlü biraz değişir: Çocuk mamelekin sahibidir. Ancak ehliyetin fıkdanı, mamelekin idaresinde bazı takyitlere sebep olur. Bu takyitlere "vesayet,, diyoruz.

Bir erkeğin evine idhal ve hayatına teşrik eylediği her kadın zevce sayılamaz. Karı olabilmek için bazı şartların bulunması lâzımdır. Çünkü her hangi bir esir ile münasebette bulunmak ve ondan çocuk dünyaya getirmek, "aile kurmak,, demek değildir. Böyle bir hal olursa çocuklar ananın vaziyetine tâbi olurlar. Roma hukuku onları "evlât,, saymaz. Onlar tabiatın iktizası neticesi olarak dünyaya gelmişlerdir ; binaenaleyh anaları gibi esir muamelesi görürler. Kezalik hür bir kadınla arada evlenme bağı olmaksızın yapılan birleşme dahi çocuk doğumuna sebeb olabilir. Bunlar da tabiatın malıdır. Babanın velâyet kudreti onlara şamil olmaz. Umumî lehce bu çocuklara, bir ismi mahsus verir : (Tabiî çocuklar=enfants naturels). Hukuk hakikî çocuk için hakikî ana ister. Demek ki evlenme Roma evinin temel taşıdır.

Evlenmenin bu yüksek şekilde anlaşılmış olması, bize Romayı anlatmağa kâfidir. Bu bakımdan Romalılar, eski milletlerin hemen hepsini geçmişlerdir. Romada "ikametgâh,, ahlâk dininin bir mabedidir. Karı, bu mabedi korumağa müvekkel bir melektir. Romanın en parlak devirlerinin sırrını, hikmetini burada görüyoruz. Romanın inkişafı, büyümesi neticesi olarak aile hayatının kutsiyetinden yapılan fedakârlıklar, hep inhilâl tohumlarının ekilmesine, büyümesine yardım etti. Bugün tam bir kat'iyetle iddia edebilirim ki büyük Roma hükümdarları kadar Roma karılarının da yükselme devresinde iştirak hisseleri vardır.

Karıya hürmet, aile hayatının en birinci şartıdır. Aile muhitinde karının mevkii, kocasından gördüğü hürmetle mütenasiptir. Karı, kocanın, yemeğine ve yatağına iştirak eden bir uzuv sayılamaz. Halbuki Şark kavimleri kadına yalnız bu kadarcık bir yer vermişlerdi. İlk medeniyet kaynağının şark olmasına rağmen, garbın şarka tefevvuku, işte Romalıların dinî bir mahiyet verdikleri bu yüksek esasdan ileri gelir. Umumî muhaceret sıra-

---

[8] Pater = baba : moine = mallar ; patrimoine = babanın malları. Kanunumuzda bu tabirin karşılığı mamelektir.

240

sında şarktan garba gönderilen en güzel ve en değerli armağan budur. Filhakika muhaceret, tabiatın çıkardığı güçlükler karşısında kadınla erkeği daha ziyade birbirine yaklaştırmış ve karıya hürmet hissî birlikte çekilen eziyetlerin meydana getirdiği bir bağ olmuştur. Şarktan hicret eden kavimlerin kâffesi, bu kıymetli hediyeye lâzım geldiği kadar ehemmiyet vermediler.

Eski Romalıya gelince onun nazarında karı tam bir şahsiyet idi. Aralarındaki birlik yalnız maddî şeylere inhisar etmezdi. Dinî telâkkilerde dahi bir müsavat vardı. İşte bu suretle hem maddî hem manevî bir şirket karşılıklı bir itimadın sevginin kaynağını teşkil ediyordu. Binaenaleyh hilkatin vücud verdiği farklardan başka hiçbir ziyadeliği erkek kendisine hasredemezdi. Bu fikri en eski veraset kanunu teyid eder. Kız ve erkek çocuklar müsavi nisbette hisse alırlar. Çocuk olmazsa bütün tereke karıya geçiyor. Halbuki eski Yunanlılarda kızların hepsini mirastan çıkarmak için bir erkek mirasçının bulunması kâfi gelirdi.

Vakıâ Roma hukukunda kadınla erkek arasında pek çok farklar vardı. Karı, erkek kadar geniş bir ehliyete sahib değildi. Fakat bu hal kadınlığa has olan bir eksiklikten ileri gelmiyordu. Belki aile telâkkilerinin icab ettirdiği iş bölümü buna meydan vermekte idi. Çünkü karı «ev» in sevimli bir hükümdarı idi. Hiçbir millette kadın askere alınmadığı halde Roma bu farkı kaldırmış ve kadınlara «bedeli askerî» tahmil etmişti. Bu suretle kazanılan her muharebede kadının da millî gururu tatmin ediliyordu. Ancak kadınlardan bazı salâhiyetler hukukan kaldırılmıştı. Meselâ vasıyet edemezlerdi; şahid olamazlardı. Bunun sebebi kadınların umumî toplantılarda hazır bulunamamaları idi. Çünkü vasıyet, merasimi mahsusa ile umumî mahallerde yapılır, şahitlik için mahkeme huzurunda alenen ifade verilirdi. Bütün bunlar, kadına hürmetsizlik fikrinden doğmuş şeyler değildi. Nikâh mukavelesinin «manus» erkeğe, karısı üzerinde büyük bir hak vermesi keyfiyeti bile fikrimin aksini isbat edemez. Çünkü koca, çocuklarını satabildiği halde karı bunu yapamazdı. Kezalik evlâtlarına karşı fazla düşkün olmak mülâhazası kadınları «vesayet» den menettirmek lüzumunu meydana getirmişti. Bunun sebebi şu idi. Bir Romalı çocuğunun terbiyesi aileye aid bir hususî vazife değil; belki bir nizamı âmme meselesi idi.

Hülâsa etmek lâzım gelirse eski Romadaki evlenme şu hususiyetleri arzeder :

1 — Evlenme yalnız bir erkek ile bir kadın arasında yapılan bir akittir. Binaenaleyh iki veya daha ziyade karı alabilmek salâhiyeti yoktur.

2 — Evlenmede küfüv şarttır. Her kadın ile evlenilemez. Bir erkeğin hayatına iştirak edecek onunla birlikte yaşıyacak bir kadın, içtimaî bakımdan o erkeğin şartlarını haiz olmalıdır. Evlenme müsavi şartları haiz kimseler arasında yapılabilen bir akittir. Çünkü anlaşma bununla mümkün olur. Terbiyeleri, tahsilleri, içtimaî mevkileri müsavi olanlar daha iyi anlaşırlar. Fakat Romada küfüv esasının kabul edilmesine diğer mühim bir sebeb daha vardı. Romaya gelen ve orada yerleşen muhacirler kendilerine bir mevki yapabilmek için asıl yerlilerle evlenmek, onlardan kız alıp onlara kız vermek istiyorlardı. İşte asıl Romalı olan memleket unsurunun temiz kanlılığını bozmamak için küfüv esası konulmuştu. Esasen zayıf olanlar, kuvvetli bulunanları daima evlenme vesilesile elde etmek isterler. Tarih bize bunun pek çok misallerini gösterir. Çünkü memlekette hâkim olan unsurun evine sokulan her kadın o memlekette zaptolunmuş birer kale demektir. Filhakika yabancı bir kadının dünyaya getirdiği çocuklar tabiatile analarına bağlıdırlar. Onun emzirdiği süt, asıl milletin istikbalini teşkil eden çocukları daha beşiklerinde iken zehirler. Görülüyor ki «küfüv» esasının asıl mahiyeti siyasîdir. Hıristiyanlık bu esastan mülhem olarak dinî kaideler koymuştur. Yani mevcut olan ve tesis edilmiş bulunan bir prensip din kisvesine bürünmüştür. Esasen dikkat edilirse görülür ki din, her yerde muzmer fikirleri örtmek için bir manto vazifesini yapmıştır. Bununla beraber Roma, yerli ve yabancı unsurlar arasında evlenmeğe cevaz verdiği zaman bile bu itikat kıymetinden çok bir şey kaybetmedi. Bugün hâlâ yahudilerle hıristiyanlar arasındaki evlenmenin azlığı bu eski itikadın bir neticesidir.

3 — Nikâh bir takım hususî merasime tâbidir. Burada merasimin teferruatını anlatacak değilim. Bu nokta mevzuumuzu alâkadar etmez. yalnız merasimin mahiyetlerini tahlil edeceğim. Romada nikâh merasimi biri dinî diğeri medenî olmak üzere iki kısımdan ibarettir. Tanrıya dua etmek, kurban kesmek gibi dinî merasim,karının evde işgal edeceği yüksek

242

ve kudsî mevki şerefine mabuda yapılan fedakârlıklardı. Medenî merasim ise nikâh akdinin on şahid huzurunda yapılmasından ibaretti. On şahidin bulunması, nikâhın herkes tarafından öğrenilmesi yani ilân edilmesi demek değildir. Esasen hukuk tarihinde şahid, daima vak'aları gören ma'nasına gelmez. On şahid lâzımdı ; çünkü bütün cemiyet kurulmakta olan yeni aile ile alâkadar bulunuyordu. Bu suretle evlenme tarafların rızalarına tâbi bir akid olmaktan çıkıyor ve bir devlet işi oluyordu. Çünkü devletin gerek doğacak çocuklarda ve gerek ailenin mallarında bir kakkı vardı. eğer taraflar arasında küfüv yoksa, eğer evlenen kadın bir esir ise ve nihayet eğer evlenme serbestçe yapılmak istenilen bir münasebetten ibaret ise gelecek çocuklar, Roma için kaybolmuş unsurlardı. İşte bu hayatî ve büyük menfaatleri nazara alarak siyasal ve soysal şartların bulunduğunu gözle görebilmek için âdeta amme hukuku namına şahitlerin huzuru şart kılınmıştı.

4 — Karının malı ve şahsı kocaya aittir. Bu suretle kadın ana ve babasından mutlak ve kat'î bir şekilde ayrılır. Binaenaleyh artık kadın üzerinde babanın velâyet hakkı, vasinin vesayet hakkı kalmaz. Kezalik karının kendi ana babasile olan irsî münasebetleri de kesilir. Romada bu esasların konulmasını icap ettiren sebepleri üçe ayırmak mümkündür.

Birincisi : Ailevî sebepler — Aile reisi olan kocanın mutlak hâkimiyetini temin için bundan başka çare yoktu. Karının üzerinde babasının veya vasisinin nüfuzu, tesiri baki kaldıkça kocanın mevkii tabiatile tahdid edilmiş olacaktı. Bu ise ailedeki samimiyeti ve bunun neticesi olarak sağlamlığı sarsabilirdi.

İkincisi : soysal sebepler — Aileler arasında çıkan ihtilâfların kaynağı umumiyetle «veraset»tir. Kadın bu veçhile ailesinden büsbütün ayrılınca bittabi veraset meselesi mevzuu bahsolmaz. Şu suretle Romada bir aile fertlerini yekdigerine düşman kılabilecek bir ihtilâf vesilesi de ortadan kaldırılmış oluyor. Vakıâ ailesinden malî rabıtasını kesen kadın miras hissesini de feda etmiş demektir. Bunu yapmak istemiyen kızlar, babalarının ölümüne kadar evlenmekten vazgeçebilirler. İşte Roma hukuku pek yerinde olan bu düşünceyi göz önünde tutmuş ve evlenmek istiyen kızlara iki mukabil ıvaz vermişti. Bunlardan biri karının kocaya mirasçı olabilmesi idi. Diğeri ise kız babası cihaz = dot veriyordu. Filhakika

dot [9], kız babası tarafından peşin olarak verilen miras hissesinden başka bir şey değildi. Ancak mirasa konabilmek için tereke sahibinin daha evvel ölmesi şarttır. Binaenaleyh babasından evvel ölen karının cihazını, kocası geriye vermeğe borçlu idi. Çünkü temellük için sebep kalmamıştı. Yalnız çocuklar için her birerlerine beşte bir nisbetinde bir hisse ayrılırdı.

Üçüncüsü : hukukî sebepler - evlenme karıya ana sıfatını verir. Çocuğun doğumu hâdiseye müessir değildir. Hattâ lâtince «matrimonium» tâbiri de «mater = ana» kelimesinden alınmıştır. Bir hukuk ıstılahı olarak kullandığımız (régime matrimonial) tâbirinin tam karşılığı «kızı ana yapan rejim» dir. Şu halde hiçbir çocuğu olmasa bile kadın, kocasının mirasına nâil olur.

Hülâsa hiçbir tenakuza düşmek tehlikesine uğramadan iddia edebilirim ki karıya karşı kocanın mutlak surette hâkimiyetini temin eden bu evlenme sistemi (manus) en sağlam ve en ahlâkî bir âile temelidir. Vakıâ evlenme keyfiyetinden beklenilen neticeyi kendi varlığına hasrettiren aşk ve muhabbet, bu görünmez kalp âlihesi, bizim hukukî esaslarımızla serbestçe istihza edebilir. Fakat inkâr etmemeliyiz ki hukukun geçimsizliğe meydan vermiyecek olan hükümleri ele avuca sığmayan bu şuh âlihenin çapkınlıklarını tahdit için çok tesirli birer âmildir.

5 — Karı kocasına sadık kalmağa borçludur. Burada Romalılardaki evlenme mefhumuna has olan bir noktaya temas ediyoruz. Karısından gözü kapalı bir sadakat isteyen koca kendisini böyle bir kayıtla bağlı görmüyor. Niçin? çünkü karının sadakatsizliği nesle müessirdir. İşte bu sebeple "cürmü meşhut,, halinde yakalanan bir karı, kocası tarafından öldürülebilirdi. Ufak tefek takyitlerden sarfınazar olunursa bu esasın hâlâ bakî bulunduğuna hükmedebiliriz. Fakat kocanın diğer kadınlarla birleşmesinden dolayı karının şikâyet hakkı yoktu. Karıya yükletilen bu sadakat borcu -

---

[9] Medenî kanunumuzun 236 ıncı maddesindeki cihaz usulü bu eski an'anenin zamanımıza kadar gelen izleridir Ancak maddemizdeki hüküm ile bu mes'ele arasında çok fark vardır. Müellif hukukun kaynaklarını tahlil ediyor. Binaenaleyh " cihaz „ ı bu günkü ma'nada almamalıyız.

kanunen değil, fakat örfen ve ahlâkan - kocanın ölümünden sonraya da şamil idi. Vakıâ esas itibarile hukuk, dul kalan kadınların evlenmesini men'etmiyordu. Fakat kocasının ölümünden sonra evlenen birkadın alenî düğün merasimi yapamaz, İsmet Tanrısının mabedine gidemezdi. Binaenaleyh Romalılar nezdinde yalnız tek bir kocanın karısı olmak büyük bir şeref teşkil ederdi.

6 — Nikâh bozulmaz bir akittir. Romanın ilk devirlerinde "boşanma,, ya dair konulmuş hükümlere tesadüf etmiyoruz. «boşanma» mefhumunu anlatan kelimelerin eski Romada bulunmaması ve ilk boşanmanın altıncı asra doğru vukua gelmesi bu iddiamın bir delilidir.

İşte eski Romadaki evlenmenin göze çarpan hususiyetleri bundan ibarettir. Bu kadar yüksek bir ahlâk hissi ile çevrelenmiş olan Roma izdivacının en zayıf noktası, erkeklerle kadınlar arasında sadakat bakımından müsavat olmaması idi. Hıristiyanlık bundan dolayı Romalıları şiddetle tenkit eder. Ancak bu tenkit hiç te yerinde değildir. Romanın ruhunu kavrayan bir adam dini ne olursa olsun - hıristiyanlığın bu hücumuna taraftar olamaz. Çünkü Romada "fazilet mefhumu,, kadınlarla erkeklerde ayrı ayrı ma'nalara gelirdi. Fazilet erkek için şecaat, kadın için sadakat demekti. Evvelkisi vatanın ikincisi âilenin ismetini müdafaaya borçlu idi. Hattâ evlenme merasiminde bile bu fikirleri anlatan işaretler vardı. Erkek ok, kadın duvak taşırdı.

Hıristiyanlık kadınla erkeğe aynı sadakat vecibesini tahmil ediyor. Niçin? "çünkü İsâ öyle emrediyor,, mı diyeceksiniz? halbuki fikrimce herhangi bir itikadın aslında semâî mahiyetler aramak doğru olmaz. Kâinatta ortaya atılan herhangi bir fikir, tek bir günün mahsulü değildir. Tabiatin koyduğu bu kaideye hıristiyanlığın bir istisna teşkil ettiğini kabul edemeyiz. İsâ esirlerle dolu olan bir memlekette bulunuyordu. Kendisine kavilerden taraftar bulamazdı. Çünkü onlar hayatlarından memnun idiler. Binaenaleyh zayıfları etrafına toplamak mecburiyetinde idi. Şu halde kendisine yarayacak unsurlar hep esirler arasında idi. Bunları kazanmak için onların da efendileri gibi olduğunu ve çünkü bütün insanların müsavi yaratıldığını iddia etti. Müsavatın böylece teşmili, evlenme sahasındaki bu değişikliğe sebebiyet verdi.

Romalılar gibi bütün varlıklarından hakşinaslık fışkıran bir millet, neden bu hakikatları görememiş, kavrayamamıştı? çünkü daha büyük ve soysal bir ihtiyaç karşısında kalmışlardı. Çünkü her kadın çocuk doğuramaz ve binaenaleyh Romaya asker yetiştiremezdi. Halbuki buna ihtiyaç ta vardı. Tabiatın esirgediği bir meyvayı, erkek başka vasıtalarla elde etmek mecburiyetinde idi. Kaldı ki her Roma âilesi beş çocuk dünyaya getirmeğe borçlu idi; ve kız çocuklar bu mikdara dahil değildiler. Esasen harbeden kavimler, kız çocuklara ehemmiyet vermezler. Bu sebepten dolayı hukukan babanın kız çocuklarını terke selâhiyeti vardı. Erkek çocuklara gelince bunlar kolayca terkedilemezdi. Yeni doğan bir erkek çocuk, komşulardan beş erbabı vukuf huzurunda muayene olunur. alil ve sakat oldukları anlaşılırsa terkedilirdi. Binaenaleyh bu günün ahlâk telâkkilerini bundan yirmi beş asır evveline götürerek tatbik etmek doğru olmaz ve neticeler de yanlış çıkar.

Bu izahattan anlıyoruz ki çocuğun dünyaya gelmesiyle, babanın oğlu olmuyor. Ona bu sıfatı verebilmek için evvelâ babanın sonra da cemiyetin söz söylemeğe hakkı var. Demek ana ile çocuk arasındaki münasebet sırf tabiî, baba ile evlât arasındaki münasebet hem tabiî hem de hukukîdir. Evlât edinmek suretile bir baba, hukukî ihtiyacını tatmin edebilirdi. Fakat kadın bunu yapamaz. Velâyet için babanın vücudu şarttır.

Roma hukukunun gösterdiği bu inceliğin, bu tekâmülün ehemmiyetini anlamak için sair milletlerin âile teşkilâtına göz gezdirmek kâfi gelir. Filhakika diğer milletlerde erkek istediği kadını seçebilir. Bir esir ile evlenmek caizdir. Doğan çocuklar babanın sulbünden gelmiş sayılır. Hiçbir millette küfüv aramak esası âmme hukukundan addedilmemiştir. Eski milletlerin hiçbirinde hukuk, âile yurdunun kapısından içeri giremez. Fakat Romada en küçük teferruata kadar, âile ismetini muhafaza edecek esaslar konuluyor. İşte Romalıların tarakki ve yükselme sebepleri buradadır.

Bir aile reisi kendi ikametgâhı içinde hudutsuz bir selâhiyete maliktir. Âdetâ mutlakiyet rejimi yaşayan bir memleketin hükümdarı gibi hareket eder. Kanunlar, ancak, âilesinin bu saltanatını teyit için evin kapılarından içeri girebilirler. Çünkü «ev» mefhumu yalnız insanların oturdukları yeri ifade etmiyor. Orada mabutlar da var. Karı ismet ilâhesini burada temsil

eder. Koca dinî nezirlerini kutsî bir rahip sıfatile burada yapar.

Binaenaleyh bu kutsîliği itibarile, ikametgâh - ayniyle bir mabet gibi - taarruzdan masundur. Hattâ alacaklılar bile borçlularının evine giremezler. Sokakta beklemeğe mecburdurlar. Âmme velâyeti namına âile reisine yapılacak her resmî tebliğ, kapının dışarısında icra olunurdu.

Kocanın bukadar geniş bir selâhiyete malik olması neden ileri geliyor ? çünkü evinin hâkimi odur. Daha açık söyleyeyim : Roma her aile reisine ikametgâhı çevresine maksur kalmak üzere bir kaza hakkı vermişti. Eski Romada bu itikat o kadar kuvvetle yerleşmişti ki, devlet, kendi hâkiminin kaza hakkını mürakabeye bile lüzum görmüyordu. Devlet tarafından gösterilen bu mutlak itimat, tabiatile hâkimin de gururunu okşuyordu. Çünkü hâkim, adilâne hüküm veren kimse demektir. Verdiği kararlardan ailesine mensup olanlar için çıkardığı hükümlerden dolayı tenkit edilmemek isterdi. İlk zamanlarda hissiyata tâbi olmamak ve binaenaleyh tenkitlere ugramamak endişesile yapılan ve fakat sonraları - kanunen değil - örfen teessüs eden bir usul vardı ki buna nazaran ailesi efradı hakkında esaslı kararlar vermek istiyen aile reisi ailenin ileri gelenleri ile istişarelerde bulunurdu.

Velâyet altında bulunan fertler arasında yapılan akitlerin, mukavelelerin hukukî hiç bir müeyyideleri de yoktu. Çünkü Romalılarca, bu akitleri kanunun himayesi altına koymak, adliye kuvvetini aile fertleri arasına sokmak demekti. Roma ise bu fikri hiç bir zaman kabul edemezdi. Bugün bir hükümdar ile tebeası veya aynı devlet efradı arasındaki ihtilâflar için yabancı bir hükümdarın hakkı kazasına nasıl müracaat edilemezse Romalılar da bunu öylece kabul edemezlerdi. Yine ayni esasın bir neticesi olarak, aile reisinin menfaatine de olsa devletin aile muhitine müdahaleye hakkı yoktu. Çünkü hükümdar, idare etmek kudretine malik olan kimsedir. Yardım istemek, hükümdarlık sıfatile telif edilemez. Binaenaleyh babasına karşı koyacak çocuk hiç bir ceza görmezdi. Ancak bu fena unsurun ortadan kalkması için o çocuğun öldürülmesi mubah sayılmıştı. Bir canavar gibi herkes onu öldürebilirdi.

Bu yazdığım şeylerin hepsini eski Roma hukukunda bulamazsınız. Fakat en eski ıstılâhlar tetkik olunursa bu hükümler kolayca çıkarılabilir. Filhakika manus kelimesi aile reisinin geniş ve mutlak bir salâhiyeti olduğunu

anlatır. Niçin? Çünkü el, kudret ve kuvvetin remzidir. Öpülen el, kendisinden korkulan el kendisine itaat edilen el demektir. Babanın nufuzundan kurtulan çocuklar için hukuk bir tabir bulmuştur: Emancipation. Bunun manası «elin nufuzundan çıkan» dır, gerek Romada ve gerek eski Jermen hukukunda «kudret» hep «el» kelimesile anlatılır.

Türkçeye çeviren
Es. Arsebük

İtalyada Cezaların İnfazı Sistemi

Yazan: Léon Belym
Belçika ceza müesseseleri umumî müfettişi

Sabık nazır *M. Rocco* tarafından tertip ve tanzim olunarak 18 haziran 1931 tarihli kararname ile kabul olunan bir nizamname, İtalyada, cezaların infazı, emniyet tedbirleri, muvakkat tevkif usullerini tesbit etmektedir.

İtalyan hâkimlerinden «*Roberto Vozzi*» nin noktai nazarına göre bu nizamnamenin, ceza müesseseleri teşkilâtını tamamen değiştirdiği iddia olunamaz [1]. Eskiden beri tatbik edilmekte olan usulleri tetkik ederek 1930 tarihli yeni İtalyan ceza mevzuatına uydurmağa çalışmakta, bu kaidelere riayet olunmak mecburiyeti tahmil etmek suretile, ceza müesseseleri müdiranı arasındaki noktai nazar farklarını ortadan kaldırmaktadır. Maahaza, eskiden beri tatbik olunan bu kaidelerin yanı başında bazı yenilikler de mevcuttur.

İşte gerek bu noktadan ve gerekse *Rocco* nun: «beynelmilel bakımdan İtalyayı birinciliğe yüceltecek bir eser» diye tavsif etmesinden dolayıdır ki, bu talimatnamenin yabancı memleket cezacılarını da alâkadar edeceği şüphesizdir.

Talimatnameyi derin bir tahlile tâbi tutmak gerek. Yapılacak her hangi bir muhakeme ve münakaşanın bir kıymet ifade edebilmesi için herşeyden önce, bitaraf bir tenkidin mahsulü olması lâzımdır. Bunun içindir ki, biz de

---

[1] "Ceza müesseselerinin yeni talimatnamesindeki kıymet, şimdiye kadar kimsenin düşünmediği hal çarelerini bulmuş olmasında değildir. bu kıymeti zaten mevcut olan nazariyelere kanunî bir kisve giydirerek, idarî tatbik sahasında müstakar bir hale getirmesinde aramalıdır.„ Roberto vozzi
Riv. Diritto pénitanziario 1932 No. 6.

her ilmî tetkikte olduğu gibi bu tetkikatın da şe'nî noktai nazardan ifasına çalıştık.

Tetkikatımıza maznunların tâbi tutuldukları usulün tahlilile başlıyacağız.

I

Mevkufiyet hali, umumiyet itibarile, « tevkif evleri » nde geçirilir. Mahza ceza evlerinde de, maznunlara tesadüf olunabilirse de, bu hal istisnaî ve ihtiyatî bir tedbir mahiyetinden başka bir şey değildir. Filhakika, bu müesseselerin müdürlerine, hapishane firarilerini; cürmümeşhut halinde tevkifi mecburî bir suç işlediklerini ihbar ederek teslim olanları; haklarında tevkif müzekkeresi gibi tevkiflerini müstelzim esbap mevcut olduğunu bildirip te bu hususu vesika ile isbat edemiyenleri 24 saat müddetle, adliyenin emrine amâde bulundurmak salâhiyeti verilmiştir. (Madde : 62) [2]

Tevkif emirleri merkezde veya kazalarda bulunur. (Madde 22) Merkez tevkif evleri mahkemenin tâbi bulunduğu vilâyet merkezinde, kaza tevkif evleri ise sulh mahkemeleri nezdinde bulunur. Ancan, Adliye nazırına, sulh mahkemesi nezdinde bulunan muhtelif tevkif evlerini bir merkezde toplamak salâhiyeti verilmiştir. (Madde 25).

Tevkif evleri yalnız maznuniyet halinde bulunan kimselere mahsus değildir. Emniyeti umumiye veya mümasili makamların emirlerile tutulan eşhas bu müesseselere konulabildiği gibi, bir mahalden diğer mahalle nakledilen mahkûmlar, iadei mücrimin ahkâmına tevfikan yakalanan kimselerde tevkif evlerinde muhafaza olunabilirler. Bunlardan başka, bazı nevi mahkûmların da cezalarını tevkif evlerinde çekmeleri kabul olunmuştur. Âzamî iki sene hapis cezasına mahkûm olanlarla, hafif hapis mahkûmlarının, cezalarını merkez tevkif evlerinde çekmeleri kabul edildiği gibi, âzamî altı ay hapse mahkûm olan cezalılar da ceza müddetlerini sulh mahkemesi nezdinde bulunan tevkif evlerinde geçirirler. Ancak suç işlemeği bir meslek halinde kabul edenler, itiyad ve temayül neticesi olarak cürüm işleyenlerin ceza müddetlerini, tevkif evlerinde geçirmeleri hiç bir suretle tecviz edilmemiştir. (Madde 26)

Kadın maznunlar için ya ayrı birer tevkif müessesesi mevcuttur,

---

[2] Parantez içerisinde gösterilen maddeler. talimatnamenin maddeleridir. "Çeviren„

yahud da esas tevkif evlerinde bunlar için ayrılmış mahaller vardır. (Madde 38)

Hafif meşreb kadınlar diğerlerinden ayrılmıştır. Müdiriyetçe kendilerine iki yaşından küçük çocuklarını yanlarında bulundurmak salâhiyeti verilmiş olan kadınlar için, ancak elzem olan eşya ile tefriş edilmiş mahaller tefrik olunmuştur. (Madde 43)

On sekiz yaşından küçük olan maznunlarla, bu yaştan büyük olub 25 yaşını tecavüz etmiyen ve ilk defa bir hapis cezasile mahkûm olan maznunlar, tıpkı kadınlar gibi, ya ayrı müesseselerde ve yahud da umumî tevkif evlerinin bunlara mahsus ayrılmış kısımlarında muhafaza olunurlar (Madde 28, 29, 45). bunlardan başka rühban sınıfına mensub maznunlar da mevkufiyet müddetlerini hal ve derecelerinin istilzam ettirdiği cürmüne göre, diğer maznunlardan ayrı mahallerde, geçirirler. (Madde 47)

Maznunlar infirad halinde bulundurulur. Bu infirad halinden kurtulmak, salâhiyettar adlî makamın kararına bağlıdır. Bu kararı müteakib, yalnız geceleri infirad halinde bulundurulur. Ancak, müessesenin şeraiti ve iş teşkilâtı müsaid olduğu takdirde tevkif evi müdürünün rıza ve muvafakatile, hüsnühalleri dolayisile kendilerine hususî muamele tatbik edilmek istenilen mahkûmlara, tevkif müddetlerini gece ve gündüz münferid höcrede geçirmek hakkı bahşolunabilir. [3]

Haklarındaki infirad hali kaldırılan maznunlar, müesseselerin mahkûmlardan tefrik edilmiş olan kısmına naklolunurlar. (Madde 45) bu tefrik usulüne, dershanelerde, teneffüs mahallerinde, atelyelerde hülâsa, maznunların diğerlerile temas edecekleri bütün yerlerde, imkân nisbetinde

---

[3] Buradaki fikir bir az karanlık olduğundan izahına lüzum hissediyorum. Mevzuu bahs nizamnamenin 42, 43, 44 üncü maddeleri birlikte mütalâa olunduğu zaman şu neticeye varılıyor: Tevkif evine giren bir maznun, hakkındaki ilk tahkikatın sonuna kadar daimî bir tecrid halinde bulundurulmak mecburiyetindedir. İlk tahkikatın hitamını müteakib bu infirad hali salâhiyetli hâkimin kararile refolunabilir. Ancak, diğer mevkuflarla ihtilât halinde bulunmak istemeyen mevkuf, eğer hüsnühal göstermiş ve tevkif evinin şeraiti de müsaid bulunmuş ise, hâkimin infirad halini kaldıran kararından evvelki vaziyette yani kimse ile ihtilât etmeksizin mevkufiyet halini geçirmek hakkını iktisap edebilir. Bu hak mevkufa iyi halleri dolayisile bahşolunmuş bir lûtuf mahiyetindedir. (Çeviren)

riayet olunur. Hattâ tefriki temin edecek derecede kâfi teneffüs mahalli mevcud olmadığı takdirde, teneffüs zamanları, maznunlarla diğer eşhasın temas edemiyeceği şekilde tanzim olunur. (Madde 48)

Maznunlara tefrik ve tahsis olunmuş olan bu kısım, tevkif evi idaresinin müsaadesi olmadan, bu hususta vazifedar olan hâkim, idare ve emniyeti umumiye memurlarından gayri kimse tarafından ziyaret olunamaz. (Madde 57)

*
* *

Muvakkat tevkif teşkilâtının vasfı mümeyyizi, maznunları mevkufiyetlerinden maksud olan adlî gayeyi istihsal edebilecek bir rejim altında bulundurmaktır, ki bu, başka memleketlerce kabul olunmuş *liberalisme* [4] sistemine karşı vaki, oldukça müfrit, bir aksülâmelden başka bir şey değildir.

Tahkikat hâkimi, huzuruna gelen maznunun, tevkif evindeki bütün vakayii ile alâkadar olmak mecburiyetindedir. (*İnzibati ceza, hastalık, doğurma, şahsa aid elbiselerin muhafazası, ceza evlerine aid masarifin tahsili ve saire gibi*) tevkif evi müdürü, hâkime tahmil edilmiş olan bu vazifenin, doğrudan doğruya değilse bile, hiç olmazsa dolayisile, bir yardımcısı vaziyetindedir. (*Maznunun tevkif evine girerken teselläm ettiği eşyaları, tıbbi muayenesi esnasında görülen hususiyetleri maznunun diğer kısımlardaki maznunlarla olan ihtilâtı, şüpheli bir ziyaretci ile görüşüşü ve saire gibi halleri hâkime ihbar etmek gibi*) maznunların kendilerini ziyarete gelenlerle temas ettirilmesi, ekser ahvalde, adlî tahkikatı işkâl edecek, muvaffakiyetsizliğe uğratacak neticeler verebilir. Bunun içindir ki, maznunların, ziyaretçileri hattâ avukatlarını dahi kabul etmeleri bu hususta salâhiyettar olan hâkimin müsaade ve mürakabesine bağlıdır. (Madde 96) maznunun muhaberatı, kezalik adlî makamın kontrolu altındadır. Maznunun müdafaa vekili ile taati ettiği muhaberat dahi bu kayıt-

---

[4] Liberalizm, bugünkü ma'nası itibarile cebir ve kuvvetle tutunmak istiyen her nevi meslek ve mezhebe aleyhtar olan tarzdır. Sosyalizme, komünizme iştirak fikirlerine karşı aleyhtardır, bunlarla mücadele eder. Çünkü bu mezheplerin şiddet ve kuvvetle yer tutmak istemeleri, liberalizmin bunlara karşı cebhe almasını intaç etmiştir. "Çeviren„

252

tan âzade tutulmamıştır. Maznuna okumak hakkı verilmiştir. Ancak müessesenin kütüphanesine aid olmıyan, kitab ve gazetelerin okunması salâhiyettar hâkimin müsaadesine bağlıdır. (Madde 140)

Hülâsa olarak diyebiliriz ki : Nizamname kavi prensiplere istinad etmekte ve muvakkat tevkifi şüpheli bir vatandaşın adaletin eline teslim olununcıya kadar muhakeme safhasına aid malûmatın toplanması için muhafaza altına alınmasından başka bir şey telâkki etmemektedir.

Şimdi şöyle bir sual irad edebiliriz. Bu muvakkat tevkif sistemi, adlî tahkikatın icabatı ile maznunun kendini müdafaa etmesi icabatı arasında bir muvazenesizlik tevlit etmiyor mu ?

Adalet ve cemiyetin, bir filin failinin meydana çıkarılarak mahkûm edilmesinde menfaatleri bulunduğu şüpheden âzade bir keyfiyettir. Ancak, yine şüphe edilemiyecek bir hakikattir, ki haksız bir ittiham altında bulunan vatandaşın masumiyetini meydana çıkarmakta da, cemiyet ve adaletin, birincisi kadar büyük menfaatleri mevcuttur. haksız bir ittiham Altında bulunan vatandaşın masumiyetini izhar halinde, hey'eti hâkime, şüphesiz ki daha ziyade büyümüş ve manevî nufuzunu daha ziyade takviye etmiştir. Birinci halde, yani maznun hakkındaki mahkûmiyet delillerini arayıp bularak onu mahkûm etmesi şıkkında ise, ancak meslekî vazifesini vicdanının hükümlerine tevfiki hareket ederek, ifadan mütevellit bir gurur duyulabilir. Masumiyeti meydana çıkaracak delilleri güçleştirmek, camiaya, cürmün cemiyet içerisinde açtığı rahneye müsavî bir huzursuzluk tohumu atmaktan başka bir şey değildir.

İtalyan rejiminde muvazene, müdafaa hakkının ziyanına olarak kırılmış mıdır? ziyaretçi kabulü ve muhabere etmek haklarının sıkı bir surette tahdid edilmesi [5], muhaberatın müdafaa vekilile taati olunanlara dahi teşmil edilmek suretile sansöre tâbi tutulması bizi bu hususta temin edecek mahiyette değildir. Nitekim, mecburî ders saatlerinin çokluğu (günde hiç olmazsa iki saat), mesaînin fazlalığı (günde sekiz saat) maznuna müdafaa vasıtalarını ihzar için çok az vakit bırakmaktadır.

Maznunun ziyaret kabulü ve muhabere haklarının takyid edilmesi

[5] Maznun, hasta bulunduğu zamanlar müstesna olmak üzere, haftada bir kere ziyaret kabul etmek ve iki defa da mektub yazabilmek hakkına maliktir.

sıkı ve devamlı bir surette ders saatleri tahmil olunması [6] müşterek dinî âyînlerde bulunmağa mecbur tutulması [7] ve en nihayet maznunun mesaîsi mahsulü olan kazancından, mahkûmiyeti halinde, tevkif evindeki şahsî masraflarına karşılık tutulmak için, bir miktar paranın kesilerek muhafaza altına alınması [8] gibi haller, başka memleketlerdeki *liberalisme* siyasetine karşı vaki aksülâmelin temayüllerinden addolunabilir.

Bu noktadan, İtalyan rejimi, bilhassa Belçikada kabul olunan şekle benzemez. Belçikada maznun, tahkikat hâkimi tarafından ilk isticvabını müteakib üç gün müddetle ihtilâttan menolunur. Ondan sonra kendisine her gün ziyaretci kabul etmek ve haricle muhaberede bulunmak hakkı verilir. Bilhassa maznunun avukatla vaki muhaberatına son derece hürmet edilir. Bu muhaberat hiçbir kayda tâbi tutulmaz. Dinî merasimde bulunmak, derslere devam etmek mecburiyeti yoktur. Çalışmak maznunun arzusuna bağlıdır. İsterse çalışır, isterse tevkif evine tahsis olunan masrafla geçinir gider.

Birçok hakların tahdid ve taksir edilmemiş olması, hürriyeti tahdid edilen vatandaşın, sıkışık hudutlar arasında tazyik edilmiyerek masumiyeti zannını tevlid edecek bir hava içerisinde bulundurulması gibi haller, Belçi-

---

[6] Okuyup yazması olmıyan maznunlardan 40 yaşını geçmiyenlerle, bu yaşı tecavüz edipte müessese müdüriyetince iptidaî tahsile devam edebileceklerine kanaat getirilenler, müessesede verilen dersleri günde hiç olmazsa iki saat takibe mecburdurlar. (madde : 1) 40 yaşını geçipte müessese müdüriyetince kendilerine bir mecburiyet tahmil edilmeyen maznunlar, ihtiyarî olarak derslere devam etmek hakkını haizdirler. (madde : 137)

[7] Tevkif evine girerken katolik mezhebinden başka bir mezhebe salik olduklarını beyan etmeyen maznunlar, müessesede icra olunan müşterek ayinlere iştirak etmek mecburiyetindedirler (madde 1 ve 142)

[8] Tevkif evlerindeki iaşe, ibate, mualece gibi masraflarını tediye etmekten âciz bulunan maznunlar çalışmak mecburiyetindedirler. Çalışan maznunlara mesaileri mahsulünün onda dokuzu verilir. Ancak bu meblağın nısfı, maznunun mahkûmiyeti halinde devletin ödemek mecburiyetinda kalacağı masraflara mukabil olarak muhafaza edilir. Beraet ve tahliye halinde teraküm eden para, adliye nezaretince tayin edilmiş olan faizle beraber maznuna verilmek icap eder. Ancak bir sene zarfında alâkadarlar tarafından istenilmiyen paralar, koruma meclisi kasasına irad kaydolunur. (Bu meclis hakkında izahat almak için mart 935 tarihli Adliye Ceridesinde çıkan "İtalyanın yeni ceza kanunu„ isimli yazıya müracaat ediniz) Mahkûmiyet halinde devlet, ondan biriken sermayeden tevkif zamanına ait şahsî masrafları alır. (Madde 125, 126, 127, 128).

254

kada, maznunun masumiyeti yolundaki zannın daha galib bir mevkide bulunduğunu göstermektedir. Nitekim maznunun infak ve iaşesi, asgarî bir nısfet eseri olarak, bedava temin edilmektedir. İçtimaî vazifenin cüz'î bir zamânı mahiyetinde olan bu hareketler, adlî tahkikat ve âmmenin huzuru namına selâmeti müeddî bulunduğu gibi mevkufiyet halini, maznunun şahsî haklarını zedeliyen bir «ihlâli hak» olmaktan da kurtarmaktır.

Belki bu telâkki safdilâne olduğu kadar, mübalegalı da addolunabilir. Hakikati halde, masumiyet zannının ekseriya hukuk fikrile istihza eder bir vaziyete düştüğünü görüyoruz. İstatistiklerde, her gün kabarık yekûnunu gördüğümüz mükerrirlerde olduğu gibi. İşte bunun içindir ki, ilk defa suç işliyen maznunlarla, mükerrir maznunların ayrı ayrı teşkilâta tâbi tutulması fikrine mütemayil bulunmaktayız.

İtalyan vazıı kanunu, «masumiyet zannı» fikrini büsbütün atmamakta, bu fikri el ile tutulmaz bir akide, bir sanem gibi muhafaza etmektedir. Bu fikir okadar müphem bir surette kabul edilmiştir ki, maznunun infak ve iaşesi gibi zarurî masraflarına dahi yer verilmemiştir. Esasen adliye nazırı *Rocco* ceza usulü muhakemeleri kanununun ilk projesi için yazdığı raporda, «kendi noktai nazarına göre, maznunlara, masum oldukları zannını verecek bir rejim takib edilmesi için makul esbab mevcud değildir.. Demek suretile fikrini beyan etmiş ve bu fikir maznunlar için tatbik olunacak sistemin esasını teşkil etmiştir. İtalyan sisteminde mevcud mecburî ders saatleri için *Rocco* şu suretle mütalâa beyan ediyor.» Cürmün, ekseri ahvalde, cehalet saikasile işlendiği hakkında umumî bir telâkki mevcuttur.

Şu hale nazaran, ağır bir suç işlediği zannile yakalanan bir şahsın, velev bilâhare mahkûm olmasa dahi, okutup yazdırılmaması, devlet için kaybedilmiş bir fırsattan başka bir şey değildir. Bilâhare masumiyetlerinin tezahür edeceği düşüncesine gelince: Devlet, tahsil mecburiyetini koymakla, zan altında bulunan eşhası, ileride cürüm işlemiyecek bir vaziyete sokmakta onların şahıslarına karşı ihtiyatî bir tedbir almak suretile vazifesini hüsnü suretle ifa etmektedir.» Bu mütalâa yalnız, mecburî ders saatleri için maznuna tahmil edilen müddetin fazlalığı itibarile şayanı tenkittir. Günde iki saat mecburî derse tâbi tutulan maznuna, müdafaasını ihzar için az bir vakit bırakılmış olur.

Katolik dini mucibince icra olunan müşterek ayinlere iştirak mecbu-

riyetine gelince: Mösyö *Rocco* bu hususu da şu suretle müdafaa ediyor: «Noktai nazarıma göre devletin resmî dini mucibince icra edilen âyinlere iştirak, ceza müessesesindeki müşterek hayatın tabiî bir neticesidir. Ayni mecburî nizam ve kaidelere tâbi cemiyet efradından hiçbirisinin bu nizam ve kaidelerden müstesna tutulmasına imkân yoktur. Zira, bu nizam ve kavaide müştereken tebaiyet, manevî rabıtanın haricî bir tezahürü mahiyetindedir ki, bu tezahür nizam ve intizam fikrinin esasını teşkil etmektedir.» *Rocco* nun bu mütalâasına hâkim olan nokta, inzibat fikrinden başka bir şey değildir. Nitekim bu raporun başka bir yerindeki «mesaî, ders, dinî ayine iştirak; cezaları infaz sisteminin, gayri kabili münakaşa üç esaslı rüknüdür.» Mütalâası da, *Rocco* nun bu meselelere, «inzibat» fikri zaviyesinden bakmakta olduğunu sarahaten gösterir.

Belçikada dinî tedrisat, İçtimaî ahengin kıymetli bir uzvu olarak tanınmakta ve tatbikatta kudret ve kıymetini tenkis edecek hiçbir mania ile karşılaşmamaktadır. Belçika kanunu esasisinin on beşinci maddesinde: «Ne suretle olursa olsun, hiçbir kimse, her hangi bir dinin ayinine ve icrasına muhalefet edemez» denmektedir. İşte bu sebepledir ki Belçika ceza müesseseleri, İtalyan vazıı kanununun yürüdüğü yolu takip etmemişlerdir.

Yeyip içme masarifinin maznunlara tahmili hususunda ise Mösyö *Rocco* "Maznunlar için, masumiyetleri nazara alınarak, ayrı bir rejim takip edilemez,, telâkkisinde pek ileri gitmemiş, mutedil bir sistem üzerinde tevakkuf etmiştir. Bu sistem, muvakkat tevkifin mahkûmiyetle neticelenmesi halinde maznunlara karşı harekete geçmek, mücrimiyet zannının masumiyet zannına galebe çaldığı ahvalde maznunlardan yiyip içme masrafını istemekten başka bir şey değildir. Bu tarz, bu makul hadler dahilinde kalmak şartile, doğrudur, münakaşa edilemez. Ancak;

1930 tarihli ceza kanununun 189 uncu maddesi, maznunlardan, mahkûmiyet halinde ödeyecekleri şahsî masraflarının temini için kefil talep etmektedir. Kefil veremiyen maznunun emvali terhin edilebildiği gibi haciz altına da alınabilir. Bundan başka, cezaların infazını gösterir nizamnamenin birinci maddesi, mahkûmiyet halinde, şahsî masraflarını zatî servetile ödeyemiyen maznunlara çalışmak mecburiyeti tahmil etmektedir. İşte bizim fikrimize göre şahsî masrafları ödetmek için maznunlara tahmil edilen mecburî çalışma, kefil göstermek, mallarının terhin olunarak haciz altına alınması gibi haller, zaid ve müfrit bir telâkki mahsulüdür.

256

Rocco bu hususu da şu suretle izah ediyor. «İşsizlikle geçen uzun bir mevkufiyet devresi, en iyi işçide bile, tevkif evine girmeden evvelki kudret ve kabiliyeti izale edebilir. Bundan başka, maznunu çalıştırmak, ona bilâhare şahsî masraflarını tediye için bir imkân bahşetmektedir ki bu hal, her halde, vatandaşı, bu masrafları tediye için, hürriyeti tehdit eden kayıtlar altında bulundurmak, emvalini rehin ve haciz altına almaktan daha makul bir keyfiyettir.»

Fakat düşünmeli ki, maznunu günde sekiz saat çalışmağa mecbur tutmak, ona müdafaasını ihzar için lâzım olan zamanı vermemek demektir.

Bu hal, maznuna, mahkûmiyeti halinde devlete borcunu ödemek kabiliyetini vermekten daha kârlı addolunamaz.

Çalışma mecburiyeti tahmil edilmemiş olsaydı, vaziyet ne olabilirdi?

Maznun, çalışmayı ya kabul veya reddedecekti. Kabulü halinde, İtalyan mevzuatında olduğu gibi devletin kendisi için ihtiyar ettiği masrafları, mesaisi kazancının yarısı nisbetinde ödemiş olacaktı. Ret halinde şahsî masraflarını zatî servetile ödeyerek borçtan kurtulmuş bulunacaktı. Üçüncü bir ihtimal olarak ta, zatî serveti bulunmayan maznunun borcunu ödeyemiyerek devlete borçlu kalması halini tasavvur edebiliriz. Madem ki maznun mahkûmiyeti halinde bu borçları ödeyecektir, şu halde mahkûm olan maznun, mahkûmiyetini çekerken mecburî olarak çalıştırılır ve mesaisi mahsulünden devlete ait borçlar ödettirilebilir. Hattâ mahkûmun mesaisi mukabilindeki kazancının mecmuu bile bu husus için karşılık tutulabilir. Mevkufiyet halinde çalışmayı kabul etmiyen maznunun buna karşı birşey demeğe hakkı olamaz. Çünkü kendisi ihtiyarile çalışmayı reddetmiş ve devletin masraflarını zatî serveti ile de ödeyemiyerek bu âkibeti kabul etmiştir.

Buna muhalif bir sistemin kabulü, maznunu yalnız - bilhassa fakir ve mühtaç ise - müdafaasının ihzarı hususunda müşkül mevkie sokmakla kalmaz. Zatî servetine istinaden çalışmak mecburiyetinden vareste tutulan maznunun halini bir tarafa bırakarak çalışmayı kabul ederek. Bilâhare beraet eden maznunun halini göz önünde tutalım. Zatî servetini karşılık göstererek çalışmak mecburiyetinden vareste tutulan maznunun vaziyetinde tevakkuf edilecek nokta yoktur. Mahkûmiyeti halinde devlete karşı olan borcunu öder kurtulur. Zatî serveti olmaması dolayisile mecburî çalışmaya tâbi

tutulan maznun da, beraeti halinde, mesaisi mahsulünü eline almaktadır. Halbuki, binnetice mahkûm olan maznun bunların hepsinden mahrum edilmektedir.

Maznun çalıştırılmazsa ne suretle meşgul edilebilir, tarzında bir sual varidi hatır olabilir. Mevzuubahs mesele, işsizliğe ve tenbelliğe karşı tedbir taharrisi olsaydı bu suale hak verilirdi. Ancak maznunun müdafaasını ihzar için lâzım gelen bir takım güçlüklerle uğraşmasını temin için serdolunan bu fikirlere karşı böyle bir itiraz yer tutamaz.

Yukarıda, maznun olupta mahkûm olan şahsın, tevkif evinde kendisi için yapılan masrafları devlete ödediğini söylemiş idik. Bu sistem ayni zamanda yine ayni esbaba istinaden, muhakeme neticesinde beraet eden maznunun, mevkuf bulunduğu esnada şahsî masrafları için cebinden yaptığı masrafların da tazminini icabettirmektedir.

Mahkûmiyet halinde, devlete ödenen infak ve iâşe masrafları ne gibi makul esasata istinat ettirilmektedir ? münhasıran ihtiyatî bir tedbir olan muvakkat tevkifin doğurduğu mes'uliyet tezine istinat ettirildiğini bilâ münakaşa söyleyebiliriz. Mahkûmiyetine hükmolunan maznun tevkifini müstelzim bir fiil işlemiştir. Binaenaleyh, devletin çektiği masraflar da uhdesine yükletilmek üzere, işlediği bu filin bütün neticelerinden mes'ul tutulması lâzım gelir. mahkûm olan maznun için kabul ettiğimiz bu esası, beraet eden maznuna neden teşmil etmediğimizi mantıkımız bizden sorabilir. Bu esası bu maznuna tatbik edemeyiz. Çünkü beraet eden maznunun tevkif altına alınması, huzuru ihlâl edilen cemiyetin teskin edilmesi için, ittihaz olunmuş bir tedbirdir.Yoksa bu maznunun henüz taayyün etmiş bir mes'uliyeti mevcut değildir.

Hülâsa olarak, ilk defa cürüm işleyenlerle mükerrirler için ayrı ayrı rejimler takip edilmesi fikrinde bulunduğumuzu söyleyebiliriz. İlk defa cürüm işleyenler için çalışma ihtiyarı ve mevkuf bulunduğu zamana âit şahsî masraflardan muaf tutularak bu masraflar ancak mahkûmiyeti halinde kendisinden istenilmelidir. Mükerrirler için çalışma mecburî olmalı ve bu mesaiden kazandığı paradan tevkif evindeki şahsî masrafları için tevkifat yapılarak bu para ancak beraati halinde kendisine iâde olunmalıdır.

İlk defa suç işleyenlerin mahkûmiyeti halinde şahsî masrafları kendi zatî servetinden ve yahut mahkûmiyeti esnasında çalışarak kazanacağı pa-

radan tahsil edilmelidir. Ancak ilk defa suç işleyen maznun, tevkif evinde kendi ihtiyarile çalışmış ise bu mesaî mahsulünün nısfını devlet, alacağına karşılık tutulmalıdır. Mükerrirlerin beraetleri halinde, tevkif evinde tâbi tutuldukları mecburî işten ne kazanmış iseler kendilerine tamamen verilmelidir.

Bu sistem bize daha makûl görünmektedir. İlk defa suç işlemiş olan bir maznun için, hiç olmazsa hakkında ilk dereceli mahkeme kararı çıkıncıya kadar, masumiyet zannını galip görmekte bir mazarrat hissetmiyoruz. Mükerrirlerde ise mesele böyle değildir. Onun savabıkının tevlit ettiği bir şüphe mevcuttur ki, bu, hiç olmazsa masumiyet zanniyle aynı seviyede bulunan bir mücrimiyet zannı tevlit etmiştir.

Bu çarei hal İtalyan sistemi için yapmış olduğumuz itirazların hududu haricinde kalır. İtalyan sistemi, «masumiyet zannı» ile «mücrimiyet zannı» na mütekabilen aynı ehemmiyeti atfetmek suretile ilk defa suç işleyenlerle mükerrirler hakkında büsbütün başka bir yol takip etmektedir. Maznunlara tahmil edilen çalışma mecburiyeti muvacehesinde, mükerrir olan, müdafaasını ihzar noktasından şüphesiz ki, ilk defa suç işleyen maznundan daha az zarar dididir. Çünkü mükerririn adlî tahkikatta tecrübesi vardır. Girintili çıkıntılı noktalarını bilir. Beraet için baş vuracağı çareleri tevkifinden evvel ve hattâ suçu işlemezden mukaddem kurmuş hazırlamıştır. Tercih ettiğimiz bu usul, mükerrir ile ilk defa suç işliyen maznunu, beraetleri halinde, infak ve iâşe masrafları noktasından, müsavi bir derecede tutmaktadır. İlk defa suç işleyen maznunlar çalışma hususunda muhayyer bırakılmakta, infak ve iâşe masraflarını zatî servetlerile ödemek mecburiyetinde tutulmamaktadır. Buna mukabil mükerrirlerin de mecburî mesaîleri neticesi kazandıkları paralar ellerine verilmektedir.

Eğer mösyö *Rocco* sistemini bu suretle tadil ve ıslah etmiş bulunsa idi eserine vermek istediği tarakkiperverlik karakterini her halde tenkis etmiş olmazdı.

İnfak ve iaşe masraflarının tediyesi hususunda, İtalyan sisteminde mevzu usullerin amelî bir faydası mevcut olabilmek için, her şeyden evvel, ceza müesseselerinin her maznuna kâr temin edebilecek bir iş bulabilmesi iktiza eder, ki, bugünkü vaziyet böyle bir neticeden çok uzaktır.

Devair siparişatından bir kısmının ceza müesseselerine yaptırılmasını

âmir bulunan 9 Mayıs 1932 tarihli kanunî mecburiyete, ve bu hususu temin için toplanan nazırlardan mürekkep bir komisyonun bu müesseselere iş tevdi etmelerine rağmen küçük yaştaki maznunlar, halen işsiz bir vaziyette bulunmaktadırlar. Vaziyet, büyük yaştaki maznunlar için daha müsait değildir. Merkez tevkif evlerinde bulunan büyük yaştaki maznunların ancak % 17 si iş bulabilmektedirler. Adliye nezareti, bu vaziyet karşısında muztar bir mevkie düşerek, tevkif evleri idarelerine, bırakacağı kâra bakılmıyarak küçük yaştaki maznunlara iş verilmesini tamim ettiği gibi, 20 mart 1933 tarihli diğer bir tamimle de müesseşe müdürlerinden, yeni talimatnamenin esasatına göre mesai tarzının tanzimindeki ademi imkânı göz önünde bulundurmalarını ve eşhas hesabına satılmak üzere iş yapılıp yapılamıyacağı meselesinin tetkikini istemektedir.

İş meselesi halledilmedikçe, infak ve iaşe masraflarının tediyesi için maznuna tahmil edilmiş olan külfet bir «nazariye» mevkiinde kalmaktan kurtulamıyacaktır.

II

Bahsimize mevzu ittihaz ettiğimiz bu nizamnamede, hürriyeti tahdit eden cezaların infazı hakkında dikkate şayan muhtelif hükümler vardır.

*
* *

1 — *Rocco* ya nazaran cezadan maksat mahkûmların salâh kesbetmesi gayesini temindir. Bu gayeyi temin için, cezanın infaz tarzının terhip ve tahvif vasfını göstermesi lâzımdır. Zira, cezaya ıslah vasıtası vasfını vermek onun bir zecir, kefaret ve âmme selâmetinin muhafızı vasıtası olduğunu da kabul etmek demektir. "Nizamnameye methal teşkil eden rapordan„

Bu prensip, Belçika ve Fransa ilim adamlarından ekserisinin fikrine tam bir surette uygun görünmemektedir. Onlar, şahıstan ziyade suçun işlenmesine sâik olan âmile kıymet izafe etmekte ve fikirlerinin kabulü için müdafaalarını yalnız bu esasa istinat ettirmektedirler.

Rocco tarafından ortaya atılan prensip, ceza müesseselerinde eğlence fikrini tamamen ortadan kaldırmaktadır. Musiki memnudur, ancak terbiyevî

ve ilmî kıymeti haiz olan konferanslarla, sinema filimlerine müsaade edilmiştir. (Madde : 1)

Rocco nizamnameye methal teşkil eden raporunda şöyle diyor: «Nizamnameye, cezanın ciddiyeti ile telifi kabil olmıyan oyun, şenlik ve her nevi eğlenceyi yasak eden hükümler konulmasına kani oldum ve koydum. Yalnız terbiyevî kıymeti olan sinema filimlerini bu kayıttan âzade tuttum. Çünkü sinema, bugün medenî terbiye vasıtaları meyanına girmiş bulunmaktadır. Musikiye gelince: filvaki musikinin beşer ruhunu yükseltecek asil bir vasıta olduğunda şüphe yoktur. Fakat o gayeyi elde edecek başka vasıtalar vardır. Musiki, serbest hayat yaşayan namuslu vatandaşların hakkıdır. Cezasını çekmek suretile salâh bulması beklenen şahsa bu hak verilemez.»

Biz, görüşümüze nazaran, cezanın ciddiyeti üzerine müesses olan bu telâkkinin, böyle bir netice tevlit etmesini doğru bulmamaktayız. Hapishane içinde geçen boş vakitlerin gereği veçhile kullanılmaması yüzünden hapislerin fena vaziyetlere düştüklerini tecrübe bize göstermiştir. Prağ ceza kongresinde izah ettiğimiz gibi burada da, hapislerin boş vakitlerini her nevi terbiye vasıtalarile işgal etmek lâzım olduğunu ve bunun aksine hareketin ceza infazı sisteminde bir boşluk doğuracağını tekrar edebiliriz.

***

2 — Maahaza, İtalyan vazıı kanunu, cezanın ciddiyeti ve huşuneti fikrine muhalif olarak, "hücre usulü,, tarzını terk etmekten kendini alamamıştır. *Rocco*, hücre usulünün terk edilişini, ceza sahasında tahakkuk ettirilmiş büyük bir zafer olarak telâkki etmekte ve fikrini şu suretle izah eylemektedir: «İnfirat halinin mahkûmu kendi kendini dinlemeğe sevkedeceği ve böylelikle nim tasavvufî bir hayat yaşatacağı zannolunmuştu; fakat bilâhare hücre tarzının mahkûmdaki, muzır temayülleri tahrik ve teşvik ederek mahkûmu serbest hayat için daha tehlikeli bir unsur haline getirdiği anlaşıldı.»

Belçikada mahkûmun hücreye konulmasının bir ceza unsuru olarak telâkki edilmediğini kaydetmek lâzımdır. Orada hücre, mahkûmun ahlâkî ve terbiyevî tekâmülü için takip edilmesi lâzımgelen bir vasıta telâkki olunmaktadır. İtalyada ve Belçikadaki hücre rejiminin netayici, ve gösterdik-

leri farklar hakkında muhtelif yazılar yazılmıştır. Bu fikirleri burada tekrara mahal görmüyoruz. ancak şu kadarını söyliyelim ki hücre usulünün *Rocco* nun dediği iyi neticeleri vermediği kanaatinde değiliz [9].

Maahaza İtalyan sisteminde de hücre usulü büsbütün kaldırılmış değildir. İtalyan mevzuatında hücre, hapishane hayatının «ihtiyaç halinde müracaat edilen bir vasıta»sı olarak yaşamaktadır. Hücre hayatı hakkındaki yeni İtalyan telâkkisi nev'anma bu hususiaki Belçika noktai nazarına yaklaşmaktadır. Yeni nizamnameye göre hücre, bütün mevkufları geceleyin infirad halinde bulundurmak için kullanmaktadır, (Madde: 42)

Bazı ahvalde âzamî üç ay ve bazı ahvalde de âzamî 20 gün olmak üzere inzibatî cezalar için hücre hayatı tatbik olunduğu gibi (Madde 153) tevkif altına alınan maznunlarda mustantik tarafından hilâfı bir karar verilinciye kadar hücrede muhafaza olunurlar. (Madde 44) iyi ahlâk sahibi oldukları ceza müesseseleri tarafından takdir ve tasdik olunan mahkûmlarla maznunlara da mevkufiyet müddetleri ile ceza müddetlerini geceli gündüzlü hücrede çekmek müsaadesi verilebilir. (Madde 42, 41) ancak cürüm işlemeği bir meslek edinenlerle, bir temayül neticesi suç işleyenler, itiyadî mücrimler, adliye veya emniyeti umumiyenin müşterek hayat haricine çıkardığı kimseler müstesna olmak üzere, hapis mahkûmları *arresto* tedbirsizlik ve dikkatsizlik neticesi memnu fiil işliyenler, esbabı muhaffifeden istifade eden mahkûmlar, cezayı nakdiden münkalib hapis cezasına mahkûm olanlar haklarında hücre usulü tatbik olunmaz.

Her nevi tevkif, mevkuf veya mahbusun geceli gündüzlü hücrede nezaret altına alınması suretile başlar, Bu nezaret altına alınmak keyfiyeti bazı ahvalde, üç ay kadar imtidat eder. Ondan sonra da cezanın infazı devam ettiği müddetçe, lüzum görüldükçe yine ayni müddetle, nezaret altına alınmak imkânı vardır.

İnzibatı ihlâl etmeleri dolayisile ceza görmeleri icab eden mahkûmlar geceli gündüzlü olmak üzere, âzamî altı ayı geçmemek şartile hücre

---

[9] Hücre usulü takip olunan tevkif evlerinde büyük sui istimaller görüldü. Hücrede mevkuf bulunan şahsın ailesi her gün mevkufa mebzul mikdarda yiyecek getiriyordu. Getirilen yiyecek mikdarı o kadar mebzul oluyordu ki, ayni daire hücrelerine kapatılmış mevkuflar arasında ziyafetler verilmesine sebebiyet veriyor. ve bu hal, mücrimler arasında fesat ve intizamsızlığı mucip oluyordu. "Rocco„

262

rejimine tâbi tutulurlar. (Madde 232) ceza kanununun 72 inci maddesi mucibince, vahim neticeler tevlid eden birkaç cürmü işliyen mahkûm hakkında, mütemmim bir ceza olarak asgarî altı ay, âzamî dört sene geceli gündüzlü hücre hayatı geçirmek cezası da hükmolunur.

(*Ergastolani*) Bütün bunlardan başka, cezalarını «içtimaî ıslah müesseselerinde çekenlerden gayri her mahkûm, tahliyesinden evvel âzamî beş gün müddetle, diğer mahkûm ve maznunlarla temas etmiyecek şekilde ayrı bir hücrede bulunmak mecburiyetindedir. (Madde 187)

Verilen şu izahat, İtalyan infaz sisteminin hakikî ehemmiyetini halâ muhafaza etmekte olduğunu göstermektedir. Gelecek seneler ihsaiyatının tahlili bu ehemmiyetin derecesini daha kat'î bir surette meydana koyacaktır. Tahlilini yaptığımız 18 haziran 1931 tarihli nizamname, 51 ve 236 ıncı maddelerinde olduğu gibi, yukarıda saydığımız esbap haricinde, hücre usulüne müracaati tamamen nezetmiş değildir. Yukarıdaki esbap haricinde hücre usulünün tatbiki zan ve tahmin olunduğundan fazladır. Bilfarz 51 inci madde infirad halinde müşahede vaziyeti geçiren maznun veya mahkûmun birdenbire müşterek hayata naklini kabul etmemekte, mahkûm veya maznunun müşterek hayata elverişli olmadığı anlaşıldığı takdirde müşahede müddetinin uzatılabileceğini söylemektedir. 236 ıncı maddede hapishanenin emniyet ve inzıbatını temin sadedinde nizamnamede mevcut olmıyan ahkâm haricinde, çarelere tevessül olunabileceğini âmir bulunmaktadır.

Netice olarak şunu söyliyebiliriz ki yeni İtalyan sistemi, hücre usulünde, eski sistemin kabul ettiği mutlak infirat, işsizlik, ahlâkî kayıtsızlık gibi noktaları kaldırmıştır. Hücre hayatına tabi tutulan mahkûm ve maznunlar bundan böyle, muayyen zamanlarda teneffüshanelere çıkacak ve kendilerine kazanç getirecek tarzda, çalışmağa mecbur tutulacaktır. Müessese müdiri, papası ve doktoru tarafından sık sık ziyaretler yapılarak mahkûm veya mevkufların cesaretini arttıracak teselliaver sözler söylenecektir.

İnfirad hali, hastalık esnasında, hastalığın devam ettiği müddetçe kaldırılabilir. İtalyada hücre usulü, bu suretle Belçikada hemen bir asırdan beri tatbik olunan usule yaklaşmakta ve hakikî bir tarakki çehresi arzetmektedir.

***

3 — Maznun veya mahkûmlar, umumiyet itibarile, gündüzün müşterek hayat rejimine tâbidirler. Ancak bu rejim ademi itimada yakın bir ihtiyatla telâkki olunmaktadır. *Rocco* bu hususta : «ceza müesseselerinde mahkûm veya maznunların müşterek hayat yaşamaları usulü esas olarak kabul olunmuştur. Binaenaleyh bu usulün tevlit edeceği bütün mehalike karşı tedbirli bulunmak lâzımdır» demektedir.

Tedbir için ittihaz olunan çareler ise : müesseselerin tefriki, maznun veya mahkûmların müşahede altında bulundurulması, müessese dahilinde sınıflara ayrılması ve inzibatı ihlâl etmesi muhtemel bulunanların sıkı bir disiplin altında bulundurulması hususlarından ibarettir. *A*) müesseselerin tefriki — bu, *Rocco* ya göre üzerinde çok işlenilmiş, ve daha ziyade tekâmül istidadı gösteren bir keyfiyettir. Müesseseler, cezaların nev'ine, ergastolo), şakka hizmetleti, ağır hapis, hapis müesseseleri, ki, ya asıl memleket dahilinde veyahut deniz aşırı memleketlerde bulunurlar) mahkûmların bedenî ve aklî hallerine, (akıl veya beden malülleri için ceza evleri ile adlî sanatoryomlar) [10] yaşlarına, (18 yaşına kadar olan küçükler için ayrı, 18 den 25 yaşına kadar olanlar için ayrı olarak ayrılan mahaller.) tehlikeli olup olmadıklarına, (hilkî, itiyadî mücrimlerle suçu mesleki mahsus halinde işleyenlere mahsus ceza evleri) nizam temini lüzumuna göre tefrik olunmaktadır.

Mahkûmun hangi nevi müessesede ceza çekeceğini, esbab tayini suretile mahkeme, kararında beyan eder. Cezanın çekileceği mahal ise, Adliye Nazırı ve yahut müddei umumî tarafından tayin olunur. [11] cezanın infazı esnasında, mahkûmun şahsî vaziyetini değiştiren ahval tahaddüs ettiği takdirde nezaret hâkimi bu vaziyeti değiştiren şeraiti nazarı itibara alarak mahkeme kararını, buna göre tadil edebilir. Ancak cezanın çekileceği mahallin tebdili hususundaki selâhiyet, kuvvei icraiye ile müddei umumîden başka kimseye verilmemiştir. Her müessesede tatbik edilmesi lâzım gelen hususî ahkâm hakkında, bahsımıza mevzu ettiğimiz nizamnamede fazla malûmat yoktur.

---

[10] Adlî sanatoryomlar üç kısımdır. Verem başlangıcı arazını gösterenler için : Preventorium, veremliler için sanatorium, bir üçüncü kısımda nekahet devrinde bulunanlar için ayrılmıştır.

[11] İki seneyi tecavüz etmiyen mahbusiyetler için müddei umumî ondan yukarısı için Adliye Nazırı tarafından tayin edilir.

264

242 inci madde, intizamı temin için mahallî ihtiyaçların talep ettiği kavait haricinde, umumî nizamname hükümlerinin müstemleke müesseselerinde tatbik edileceğini bildirmektedir. 237, 238 ve 240 ıncı maddelerde ise mütehassıs hekimlere tevdi olunan adlî sanatoryomlarla, akıl hastalarına mahsus müesseselerde, tatbik olunan tedavi usullerinin semeresi görülebilmek gayesile, dahilî nizamnameler yapılabileceğini ve bu nizamnameler ahkâmının ziyaretçi kabulü, muhaberat ve çalışma mecburiyeti hakkında umumî nizamname ahkâmına mugayır bulunabileceği yazılıdır. 241 inci madde, umumî nizamname hükümlerinin ağır hapis ve hapis ceza evlerindeki itiyadî ve hılkî mücrimlerle meslek halinde suç işleyenler haklarında tatbik edileceğini bildirmekte, ancak bu müesseselerde de mahkûmun itiyat derecesi, suç işlemeği meslek edinmesinin esbabı, hılkî mücrimiyet vasfının zaif veya kuvvetli bulunduğu gibi hususlar göz önünde tutularak, infazın icrası için dahilî nizamnameler yapılabileceğini işaret etmektedir.

Küçüklere mahsus ceza müesseseleri hususunda talimatname vazıh ahkâmı ihtiva etmektedir. *Rocco* bu hususu şöylece izah ediyor: "Umumî arzu, küçüklerin ceza müesseselerine girmemeleri yolunda tezahur etmektedir. Bu hususta hâkim olan noktai nazar, ceza müesseselerinin, küçüklerin ruhu üzerinde tahripkâr tesirler gösterdiği ve ekseriya küçüğün terbiyesi üzerinde ihtilâl vukua getirdiği merkezindedir. Fakat küçüğün, hürriyeti tahdit eden bir ceza ile cezalandırılmasını, veyahut muvakkaten tevkif altına alınmasını istilzam eden ahval mevcuttur. Şu halde, ceza müesseselerinde, melhuz tehlikeleri önleyecek ve küçüğün şahsiyetinde, terbiye ve teşekkülü noktasından, salim bir uzuv yaratarak onu doğru yolda yürütecek olan bir sistem bulunması lâzımdır.„ (Nizamnamenin methalini teşkil eden rapordan)

Küçüklere mahsus müesseselerin binaları dahi, büyüklerinkine benzemez. Bu müesseselerdeki mahkûmlar, büyük yaştaki mahkûmlar gibi iksa ettirilmezler. Giydikleri üniformalar itamhanelerdeki çocukların elbiselerine benzer. Müdür ve müstahdemler bu hususta ihtisas sahibi olan kimselerden intihap edilmiştir. Bir yerden diğer bir yere nakledilecek olan küçük mahkûmun muhafazası, yine bu müesseseler müstahdemlerinden birisine tevdi olunarak bunlar hakkında, büyük yaştaki mahkûmlar için istimal olunan nakil vasıtalarından daha başkaları kullanılır (Madde: 214, 215, 216).

Fakat küçüklere ait bu müesseseler teşkilâtının esasını *Rocco*nun dediği ve nizamnamenin 218 ve 220 inci maddelerinde gösterildiği veçhile «çalışma ve tahsil» teşkil etmektedir.

218 ve 220 inci maddeler hükümlerine göre mahkûm adedi müsait olduğu takdirde iptidaî tahsilden başka, mahkûmlara, meslek ve mümasili mekteblerde gösterilen meslekî malûmat ta verilebilir. Küçüklerin görecekleri iş, bilhassa bir san'atın öğretilmesine yardım edecek vaziyette bulunmalıdır. Çalışma müddeti, müessesenin müdiri tarafından tayin ve tesbit olunur. Öğretilecek san'at, müessesenin bulunduğu mıntakada en çok geçen san'atlardan birisi olarak intihap edilir. Bazı müesseselerde küçükleri zeriyat işlerine de alıştırmak maksadile, ekim işleri mütemmim bir vazife olarak kabul olunmuştur. Küçüklerin, muhtelif müesseselere taksim ve tevzii, âilelerinin şeraiti hayatiyeleri gözönünde tutularak yapılır. Bundan maksat, müesseselerde kendilerine verilen tahsil ve terbiye tarzının, bilâhare tahliyelerini müteakip serbest hayatta tâbi olacakları şeraiti hayatiye ile, mümkün olduğu kadar, tevafukunu temin içindir. Küçükler, bulundukları müessesede de bu husus için ayrılmış yer mevcut ise, açık hava mesaisine *(All'aperto)* de tâbi tutulurlar. (Madde 219, 220)

Küçükler, hiç bir zaman tabur halinde hapishaneden çıkarak angaryeye giden ve yine o suretle hapisaneye avdet eden, mahkûmlardan müteşekkil amele kafilelerine iştirâk ettirilmezler. *Rocco*, nizamnameye medhal teşkil eden raporunda, bu husus için, şöyle demektedir: «Bu tarzı mesaî küçükler için muvafık görülmemiştir. Küçüklerin serbest vatandaşlar huzurunda bu suretle teşhir edilmeleri ve şakka hizmetine mahkûm imişler gibi parmakla gösterilmeleri, onlar için daima elemle yad olunacak bir yeis teşkil edecektir. Küçüklerin, mahkûmiyetlerini bitirerek serbest hayata atıldıkları zaman, serbest vatandaşlara mahsus yüksek hissi kaybetmemiş olmaları lâzımdır.»

Nizamnamenin 217, 221 ve 222inci maddeleri çocuklar için kabul olunan sistemin evsafını daha vazıh bir surette gösterir hükümleri ihtiva etmektedir.

217 inci madde küçüklere tütün, şarap ve her nevi küullü içkileri menetmektedir. Kalkma ve yatma saatleri, mahkûmların yaşları ve bedenî kabiliyetleri nazarı itibara alınarak, hekimin mütalâası alındıktan sonra,

266

müessese müdürü tarafından tayin ve tadil olunabilir. Küçükler günde iki saat bahçede veya teneffüs mahallerinde, gezdirilerek jimnastik veya müdiriyetçe tesbit olunmuş oyunlarla işgal edilirler. (Madde 221, 222)

Küçükler için tatbik olunan inzibatî rejim de, büyükler için tatbik olunan rejimden farklıdır. Onlara, ancak aşağıda yazılı inzibatî cezalar tatbik olunur :

İhtar, ziyaretçi kabulünün azaltılması, müşterek gezintilerden memnuiyet, muktazi yiyecek verilmek ve yatacağı yer de temin edilmek suretile on beş gün müddetle hücreye konulmak.. son iki ceza, yani hücreye konulmak ve gezintiden memnuiyet cezaları, hekimin mütalâası alınarak tatbik olunduğu gibi, hücreye konulmak cezası, inzibat meclisinin kararına vabestedir. (Madde : 224)

İş ve derslerine itina gösteren ve hüsnü ahlâk sahibi bulunan küçüklere, bilhassa tahliyelerine yakın bazı imtiyazlar verilir. Bu gibi küçükler, müessesenin hapishane hissini verecek vasıflardan âri hususî mahallerinde hergün akrabalarile görüşmek, müessese dahilinde tertib edilen hususî eğlencelere iştirak etmek, müdürün tesbit edeceği hudutlar dahilinde sık sık akraba ve arkadaşlarına mektup yazmak haklarını bir mükâfat olarak kazanırlar. (Madde : 223)

Rocco, bu hususu izah ederken : «bilhassa tahliyelerine takaddüm eden zamanda verilen bu imtiyazlar sayesinde, küçükleri serbest hayata ihzar eden bir sistem tahakkuk ettirilmiştir. Bu sistemle, küçükler, sevdikleri kimselerle münasebetlerini yeniliyecek ve müessesede başlanılmış olan terbiye ve tahsillerini, serbest hayatta da takip edebilmek fırsatını elde etmiş olacaklardır.»

Bu sistemin, *Hoogstracten* [12] de hem mektep, hem hapishane vazifesini gören müesseseler kadar terbiyevî tekâmül göstermediğini hatırlatmak isteriz. Orada küçük mücrimler, sıkı bir mevkufiyet hayatından sonra serbest hayata tedricî bir surette, dört merhale geçirerek kavuşurlar. O suretle ki tahliye olundukları güne takaddüm eden günler âdeta bir «nim hürriyet» manzarası arzeder.

b) Müşterek hayatın doğurabileceği tehlikeleri karşılamak için kulla-

[12] Belçikada anvers civarında 2770 nufusu olan bir kasaba.

nılan vasıtaların ikincisi mahkûm veya maznunu müşahede altında bulundurmaktır. Her nevi ceza müessesesinde mahkûm, mevkufiyet halini geçirmeğe, bir ayı tecavüz etmiyen, mutlak bir infirad devresi ile başlar. Bu esnada müessesenin müdürü, hekim, papas ve bazan da müessesedeki sınaî çalışmanın iş başıları mahkûmu muntazaman ziyaret ederek mahkûmun seciyesini, maddî ve manevî evsafını, çalışmak kabiliyetini, müşterek hayata elverişli olup olmadığını mütalea ederler. (Madde : 50)

Müşahede altına alınmak keyfiyetinin başlıca gayesinin, müşterek hayatın tevlit edebileceği tehlikelere karşı mücehhez bulunmak olduğunu işaret etmek isteriz. *Rocco*, bu keyfiyeti şu cümlelerle izah ediyor: «Müşterek hayat geçirmeğe lâyık görülen mahkûmun vasıf ve seciyesinin tespitinde gösterilecek tek bir yanlışlık yalnız mahkûm için felâketli bir hal olmakla kalmaz. Aynı zamanda müessesenin bünyesini de ihlâl ederek, diğer mahkûmlar için telâfisi gayri kabil zararlar husule getirir.» Diğer taraftan *Rocco*, nizamnameye medhâl teşkil eden raporunda, müşterek hayatı takip edebilecekleri hakkında kat'î kanaat mevcut olan dikkatsizlik ve tedbirsizlik ile icra olunmuş suçların failleri, cezayı nakdiden münkalip para cezasına mahkûm olan eşhas gibi bazı nevi mahkûmlar hakkındaki müşahede altına alınmak keyfiyetinin muafiyetini haklı görmektedir.

C) Müşterek hayatın tevlit edebileceği mahzurları önlemek üzere, her nevi ceza müessesesindeki mahkûm ve maznunlar muhtelif tazyiklere tâbi tutulmuşlardır.

Bu tazyiklerin bazılarını yeni ceza kanunu işaret etmektedir. Ceza kanununun 143 üncü maddesinde, vazıı kanun, cürmün tekerrürü ve tabiatı noktasından umumî bir tasnif yapılmasını emretmektedir. 141 inci madde mahkûmların kabahat mahkûmları, itiyat veya mesleki mahsus halinde suç işleyenler suretile tasnif edilmesini küçük mahkûmlardan on sekiz yaşında olupta bedenî malûliyet veya uyuşturucu maddelerle tesemmümleri dolayısile cezaları tenkis edilmiş olanların ayrılmasını mutazammın bulunmaktadır. 142 inci madde ise 18 yaşında olup ta itiyadî, hılkî mücrim bulundukları veya bir mesleki mahsus halinde suç işledikleri ilân edilmiş olan mahkûmların diğerlerinden ayrılmasını istemektedir.

Bunlardan başka tasnife tâbi tutulan esasat ta, bahsimize mevzu ittihaz ettiğimiz nizamname ile tesbit olunmuştur ki şunlardır:

262

1 — Yaşlarına veya ceza evinde görecekleri işlerin nevilerine göre taksim.

2 — Hafif meşrep kadınlar için ayrı bir yer ayrılması. (madde 43)

3 — İki yaşından küçük çocuklarını yanlarında tutmak mecburiyetinde bulunan kadınların yeri.

4 — Din taşımayan mahkûmlarla dindar mahkûmlar için ayrı yerler. (madde 47)

5 — *Ergastolani* denilen hücre mahkûmları ile, ağır hapis mahkûmları için başka başka mahaller. (madde 33)

6 — Ceza müesseselerinde gençler ile 18 yaşından büyük 25 yaşından küçük olupta ilk defa suç işlemiş olan mahkûmlar ve 18 yaşına kadar cezalarını küçüklere mahsus ceza evlerinde çekerek cezalarının ikmaline 3 senesi kalan hüsnü hal eshabı mahkûmlar için hususî mahal tefriki. (madde 28, 29)

d) *Rocco*, müşterek hayat için vuku bulacak tehlikelere bu saydığımız çarelerle karşı gelemiyeceğine kani olarak bu makanizmayı bir emniyet supabı ile itmam etmeği lüzumlu addetti. İtaatsiz, gayri kabili ıslah, vücudu diğerleri için zarar teşkil eden mahkûmların umumî ceza müesseselerinden, bunlara tahsis olunmuş hususî müesseselere gönderilmesi, işte bu telkinin mahsulüdür.

Hücre hapsine konulmağı istilzam eder bir suç işleyen mahkûm, hücredeki cezasını çektiği esnada itaatsizlik ve serkeşliğinde devam eder veyahut inzibatî cezayı müstelzim yeni bir memnu fiil işlerse inzibat meclisinin mütaleası alınarak nezaret hâkiminin kararile «İnzibat evi - *maison de punition*» ne gönderilir. (Madde 231)

Aynı akıbet, ceza evine ilk defa giren bir mahkûmun başına da gelebilir. Müşahede altına alındığı zaman müşterek hayat için ehliyet gösteremiyen mahkûmlarda, bu ademi ehliyetin müvellidi maddî ve manevî bir malûliyet olmamak şartile, inzibat evlerine gönderilirler.

İnzibat evine gönderilen mahkûm, âzamî üç ayı tecavüz etmemek üzere, mütemadî bir surette infirat haline konulur. (Madde 232) Müdür, hekim ve babası sık sık, infirat halinde bulunan mahkûmu ziyaret ederek temayül ve seciyesini mütalea ve icabına göre, tekdir veya teşçi ederler. Mahkûmun gayrı tabiî vaziyetindeki esbap bu suretle mütalea olunarak,

şahsiyetinin manevî ve maddî ıslah çareleri tesbit olunur. Mahkûmun infirat halinde, bulunduğu inzibat evindeki müşterek hayata kavuşması inzibat meclisinin kararına bağlıdır.

Mahkûm naklolunduğu müşterek hayatta bir sene müddetle sakin, muntazam, inzibatî cezayı müstelzim bir fiil işlemekten müçtenip, inzibat evine naklini lüzumlu kılan ef'ale karşı müteyakkız bir vaziyet alırsa, buraya nakledilmeden evvel bulunduğu ceza evine iade olunur. Bu husus, inzibat meclisinin teklifi üzerine nezaret hâkiminin kararile icra olunur.

Mahkûm gösterilen ihtimama rağmen, itaatsizlik ve serkeşliğinde israr ettiği takdirde infirat hali, mahkûmun gösterdiği tehlikeli hale karşı, bir müdafaa vasıtası olarak tahdit olunabilir. Bu vaziyet karşısında inzibat meclisi, nezaret hâkimini haberdar ederek bir karar ittihazını taleb eder. Nezaret hâkimi, vaziyete göre, ya mahkûmun «ağır inzibat evi *maison de rigeur*» ne nakline karar verir, yahud da müddeiumumiye müracaat ederek mahkûmun nezaret nezdindeki sıhhiye müfettişine muayene ettirilerek aklî hastalıklar müesseselerinden birisine naklini ister.

İnzibat ceza evlerindeki mahkûmlara tatbik olunacak muamele hakkında, nizamname, mahkûmun infirad haline konulması, müdür ve müs tahdemler tarafından sıksık ziyaret edilmesi hükümlerini koymakta ve bir de müdüre, her mahkûmun ahvalini nazarı dikkate almak suretile, ailevî ziyaretlere ve muhabere icrasına müsaade edib etmemek hakkını vermektedir.

Rocco inzibat evlerinde, mahkûmlara yapılacak tarzı muameleyi: «hakkında inzibat evine konulmak gibi elim bir tedbir alınmak mecburiyeti hasıl olan mahkûmun tarzı hareketi, sıkı bir nezaret altında bulundurulmalıdır. Nizam ve intizamı ihlâl eden mahkûmu, bu hareketinden dolayı ağır cezalara duçar ediyoruz. Mahkûma ceza vermek, onunla alâkamızı keserek mukadderata terketmekliğimizi istilzam etmez. Nizamı ihlâl eden uzviyetin idare makamı tarafından sıkı ve devamlı bir surette nezaret altında bulundurulması gerektir. Bu suretledir ki, mahkûmu ihlâli intizama sevk eden ruhî şurişin derin sebepleri bulunmuş ve muvazeneyi temin için ittihazı lâzımgelen tedabir alınmış olacaktır» demek suretile izah etmektedir.

«Ağır inzibat ev»leri için nizamnamede yalnız «mahkûmların veya

220

nezaret ve saire için bunlarla birlikte bulunmak mecburiyetinde olanların şahsî selâmetlerini temin için hususî emniyet tedbirleri alınır. Dahilî talimatnamelerle tedbiri mutazammın ayrı hükümler dahi konulabilir. Mahkûmların hal ve hareketleri hakkında, her üç ayda bir, inzibat meclisi tarafından «nezaret hâkim»ine bir rapor verilir» kayıtlarını ihtiva eden tek bir madde mevcuttur.

Nizamnameye methal teşkil eden raporda da bu evlerden bahsolunurken bu evlerin inşa tarzlarının bilhassa bazı noktalardan hususiyet arzettiği söylenilmekte, mahkûmun infirat hayatını huzur ile geçirebilecek, gerek kendisine ve gerek kendisi tarafından başkalarına karşı vuku bulacak taarruzları menedecek teşkilâtı havi bulunduğu zikrolunmaktadır.

Bu evlerin birer emniyet supabı vazifesini gördüğünü bilâ itiraz kabul edebiliriz. Filhakika hapishanelerle, cezanın infazına mahsus diğer müesseselerdeki zarar verici eşhas, bu evlerin sayesinde iyi bir tasfiyeye tâbi tutulmaktadır. Bu emniyet bağının mahkûmlar üzerindeki tesirini gösterecek olan istatistikleri görmek hakikaten şayanı arzu bir hadise teşkil edecek ve bu istatistikler, bize, mahkûmların müşterek hayata tâbi tutulmaları usulünün tevlit edeceği zararların, emniyet tedabiri ile ne suretle önüne geçildiği hakkında bir fikir verebilecektir.

Bu ahkâmın hey'eti umumiyesi, İtalyanın hapishane sistemindeki "müşterek hayat,, rejimine, itiraz olunmayacak kadar kuvvetli, bir terakkî perverlik ve mümtaziyet hali izafe etmektedir. Mahkûmların geçirecekleri müşterek hayat rejimi, tatbikatta, mahkûmların hususiyetlerine göre bir çok aksama ayrılmıştır. Ancak bu hususî taksimlerin teşkil ettiği mahkûm gurupları, adet itibarile istiksar edilecek vaziyette değildir. Bu itibarladır ki, müşterek hayatın tevlit edebileceği muhtemel zararlar asgarî bir hadde indirilmiş, fakat büsbütün ortadan kaldırılamamıştır. Düşünmeli ki, fenalığın doğup, yayılabilmesi için muhitin adet itibarile azlığı ve çokluğunun ehemmiyeti yoktur. Yaşlara, suçların müşabehetlerine, aklî ve bedenî nevakısın nevilerine göre ne kadar ince bir taksim yapılırsa yapılsın, yine tam bir surette fenalığın intişarına mani olunamaz. Biz, *Ruszteck*'in, Prağ konğresindeki raporunda söylediği gibi mücrimin, beraber yaşayacağı kimselerle tam surette ruhî bir müşabehet arzetmeden, müşterek hayata konulmaması fikrinde musır bulunmakta ve yine bu fikre istinaden, İtalyan

sistemindeki bir aylık müşahede müddeti zarfında, mahkûmların ekserisinde bu ruhî temessülün istihsal olunacağına şüphe etmekteyiz.

Tahlil etmekte bulunduğumuz nizamnamede, müesseselerin dahilî rejimi için, pek az hüküm bulunması şayanı nazardır. *Rocco*, bu hususu da şu suretle izah ediyor: «dahilî talimatnamelere, tatbikatta kullanılacak hükümler koymak, idare memurları için umumî viçheler verebilir. ancak bu umumî viçhelerin taharri ve istimalini müessese müdürlerinin dirayet, cehit ve hüsnü nazarlarına terk etmek daha muvafık görülmüştür.» müessese müstahdemlerinden, her zaman için dirayet cehit, ve hüsnü nazar beklenilebilir. Ancak nizamname, muhtelif ceza müesseselerinin, teşkilâtını dahi, vazıh bir surette tesbit etmiş olmasından uzak bulunmaktadır. Bu ahval bize, İtalyanın, ceza infaz müesseseleri sisteminde henüz bir tecrübe devresi geçirdiğini göstermektedir. Maahaza bu mütalâayı tenkit fikri ile serdetmiyoruz. Zira, diğer memleketler de hemen hemen ayni vaziyette bulunmaktadırlar.

Noktai nazara göre, *Rocco*, yapmış olduğu esere yalnız umumî hükümler vazetmekle iktifa etmiş ve böylelikle, idare makinesine, ceraimin günden güne almış olduğu muhtelif tahavvüllere göre, ânî tedbirler ittihaz edecek bir elestikiyet bahşetmiştir. *Rocco*, bu hareketile, *Palermo* kongresinde müdafaa ettiğimiz fikirleri tatbikat sahasına vazetmiş bulunmaktadır.

*
* *

4 — *Rocco*, nizamnamenin hüsnü ahlâk sahibi mahkûmlara tatbikini emrettiği sistemi şu suretle sena etmektedir ; «ceza ilmi, sahası dahilinde olup methe şayan bulunan usullerden birisine, son zamanlarda büyük bir ehemmiyet atfetmektedir. Mevkufiyet halinin icabatı ile hem ahenk olan bu usul, hüsnü hal sahibi mahkûmlara tatbik olunan rejimin şiddetini, tedricî bir surette azaltmaktan ibarettir. Bu hususta takip olunan gaye, mahkûmları, bir mahkûmiyet vak'asile içerisine atılacakları, uzun müddet bigânesi kaldıkları bir hayata, serbest hayatın lâ yüat müşkülât ve mehalikine karşı hazırlamaktır. (Nizamnamenin methalini teşkil eden rapordan)

Maahaza, taammüm etmiş olan bu sistemin kabulünü, hücre hayatı ile müşterek hayatı yanyana kabul etmiş olan İtalyan sistemi için bir yenilik olarak kabul etmeğe lüzum yoktur. Nitekim, bunun gibi, «açık hava çalış-

27-2

ma evleri» nin de İtalyan sistemine ithalini bir tarakki merhalesi addetmek zaid telâkki olunmalıdır. Zira bu müesseselerin tesisinde ceza sahasını alâkadar eden bir gaye mevcut değildir. Mesai tarzının ve nevinin hususiyeti itibarile diğerlerinden ayrılan bu müesseselerin tesisi maksadını, Faşist hükûmetinin umumî plânı meyanına giren, verimsiz toprağın ıslâh ve inbatında aramalıdır.

Umumiyet itibarile, müessese müdürlerine, tahliyeleri zamanı yaklaşan mahkûmlara, nizamnamenin çizdiği hududlar dahilinde mülâyim muamelede bulunulması tavsiye olunmuştur. Ancak bu tarzda muameleye tâbi tutulacak mahkûmun, «iyi ahlâklı» vasfını almış olması şart olduğu gibi, beş seneden fazla hücre hapsine mahkûm bulunmamış olması ve tahliyesini müteakip hakkında, hürriyeti takyid eden bir emniyet tedbiri de alınmamış bulunması lâzımdır.

İyi ahlâklı mahkûm hakkında tedricen tatbik olunan bu rejim mahkûmun ceza evine girmesinden itibaren beş safha arzetmektedir: (1) mahkûmun müşahede altında bulundurulmak suretile mutlâk surette tefriki. (2) alelâde şekilde müşterek hayat ve müşterek mesaiye tâbi tutulması. (3) hakkında tatbik olunan muamele tarzının mülâyimleştirilerek mahkûmun zaman zaman mükâfatlandırılması [13] (4) mahkûmun «cemiyete hazırlama» evlerinden birisine naklolunması. (5) Mahûmun meşrutan tahliye edilebilmesi.

Birinci safhanın müddeti, bir kaç günden başlıyarak üç aya kadar imtidat eder. Mahkûmun ikinci safhada geçireceği zaman, kendisinin dersde, işte, dinî rasimelerde emirleri ve diğer mahkûm arkadaşlarile olan münasebetlerinde göstereceği ahval ve harekâta bağlıdır. Üçüncü safha, aşağıda yazılı dört şartın tahakkuku halinde tatbik olunur:

1 — Mahkûm, mükerrir değilse, mahkûma bulunduğu cezanın üçte birini, mükerrir ise hiç olmazsa yarısını çekmiş bulunmalı.

2 — Mütebaki cezası, sekiz seneyi mütecaviz olmamalı.

3 — Üç sene bilâ fasıla «iyi ahlâklı» vasfını taşımış bulunmalı.

---

[13] Mükâfatlar şunlardır: mahkûma bedava mektup kâğıdı ve pul verilmesi, ihtiyaç halinde ailesinin yardımına müracaat edebilmesi. Sık sık ziyaret kabul edebilmesi. Ayda bir kere hapishane hissini vermeyen hususî mahallerde ziyaretçi kabulü. Sık sık mektup yazmasına müsaade olunması. Mesaisi mahsulünden eline verilen onda dokuz mikdardan tevkifat yapılmıyarak onda on olarak kendisine verilmesi gibi.

4 — Müdür, inzibat meclisi ve nezaret hâkiminin mucipnamelerini almış olmalı.

Dördüncü safhanın, mahkûmun cemiyete hazırlama evlerine nakledilmesi bulunduğunu söylemiş idik. Cemiyete hazırlama evlerinde tatbik olunan dahilî rejim, diğer ceza evlerinde tatbik olunan rejimden farklı değildir. Yani, mahkûmlar, orada da geceleyin infirad halinde bulundurulur, gündüzün müşterek hayata tâbi tutulurlar. Ancak nizamnamenin 228 inci maddesinde de zikrolunduğu veçhile, cemiyete hazırlama evlerinde mahkûmların serbest hayata avdetlerini ihzar edecek şekilde, cemiyet için lâzım olan vasıflarının takviye ve tenmiye edilmesine itina olunur.

Bu maksadı temin için cemiyete hazırlama evi müdürü, mahkûma, yukarıda saydığımız mükâfatlar haricinde, mektuplaşma ve ziyaretçi kabul etmek gibi hususlarda, daha müsaid davranmağa başlar. Koruma meclisi azasından birisi, mahkûmu her hafta ziyaret eder.

Cemiyete hazırlama evindeki mahkûmların her birisi için ayrı ayrı, raporlar tanzim olunarak her ay başı, Adliye nezaretine gönderilir. Nizam ve intizam telâkkisi, bu evlerde daha ciddîdir. Altı aylık yoklamalarda, velev bir def'a için olsun, «iyi ahlâklı» vasfını kazanamıyan mahkûm, içtimaî islâh evinden derhal uzaklaştırılır.

Nizamnamede bu husus için daha fazla tafsilât mevcut değildir. *Rocco*, kendi fikrine göre cemiyete hazırlama evlerini şu suretle telâkki etmektedir:

«Cemiyete hazırlama evlerinde, mevkufiyet ile hürriyet arasında mutavassıt bir hayat tarzı kabul edilmiştir. Bu sistem sayesinde, mahkûmun haricî hayat ile olan münasebatı daha sık ve daha samimî olacak, mahkûm, mevkufiyet haline mahsus olan dar bir çenberden kurtularak, şahsiyetini elde etmiş bulunacaktır.»

Mahkûmun ceza evinde geçen hayatını beş safhaya ayırmış idik. Bunların dördünden kâfi derecede bahsettik. Beşinci safha, mahkûmun meşrutan tahliye olunabilmesi halidir. Meşrutan tahliye, ancak beş seneden fazla hapis cezasına mahkûm olan mahkûmlara mahsustur. Şu şartla ki, mahkûmun mükerrir olup olmadığına nazaran, cezasının hiç olmazsa yarısını ve ya dörtte üçünü çekmiş bulunması lâzımdır. Bu şarttan başka, mütebaki cezanın beş seneyi tecavüz etmemesi, mahkûmun, mahkûmiyeti neticesi tahassül eden hukukî mes'uliyetleri edâ etmek hususunda hüsnü niyet sahibi

bulunması ve tahliye olunduktan sonra hakkında hürriyeti tahdit eden bir emniyet tedbiri alınmasına da mahal bulunmaması iktiza etmektedir. (Ceza kanunu madde: 176) Müessese müdirinin, inzıbat meclisinin ve nezaret hâkiminin müsait mütalâaları da, meşrutan tahliye hususunda bir şart olarak zikrolunabilir.

Meşrutan tahliye, İtalyan sisteminde, iyi ahlâklı mahkûmlara tatbik olunan mülâyim tarzı muamelenin son safhasını teşkil etmektedir. bu teşekkül, ammenin emniyeti için, Belçikada olduğu gibi, mahkûmun tahliyesini müteakip kendi haline terketmekten daha ziyade faydalı görülmektedir.

İtalyada kabul edilmiş olan bu sistem, nazaret altında bulundurulan bir serbestiden başka bir şey değildir. Nazaret hâkimi, gerek polis ve gerekse koruma meclisi ile temas ederek, meşrutan tahliye olunan şahsın ahval ve harekâtından her zaman için haberdar olmaktadır. Almış olduğu malûmat üzerine, meşrutan tahliye şeraitini, tadil edebilmek selâhiyeti bu hâkimde, her zaman için mevcuttur. bundan başka, meşrutan tahliye sistemi, tahliye olunan şahsa karşı, bir cesaret menbaı olduğu gibi, onu himaye eden, koruyan bir yuva vazifesini de görmektedir. Tahliye olunan kimse, muayyen zamanlarda koruma meclisi huzuruna giderek ahval ve harekâtı hakkında malûmat vermek, ihtiyaçlarını, tasavvurlarını bildirmek mecburiyetindedir. Koruma meclisi, bu şahsın daimî bir yardımcısıdır. Eline nakid para vermemek şartile her nevi yardımı esirgemeyen meclis, icabı halinde, meşrutan tahliyesi yapılan şahsa, sabit bir iş bularak onu çalıştırmak mecburiyetini dahi tahammül etmiştir.

Bu sistemin tatbiki, izah ettiğimiz veçhile, bir takım kuyud ve şuruta tâbi bulunduğundan bundan istifade edecek mahkûmlar da o nisbette mahdud bulunmaktadır, ki, bu cihete biz de taraftar bulunmaktayız.

Eğer meşrutan tahliye, yukarıda saydığımız diğer safhalarda bulunan mahkûmlara, bilfarz münhasıran inzıbata riayet eden, teseyyübî bir içtimaîlik gösteren eşhasa da tatbik olunmuş olsaydı, bu tarzı hareket insanın kendi kendisini aldatmasından başka bir mana ifade etmezdi.

Bu hususu *Rocco* da teyid etmekte ve nizamnameyi teşrih ederken, bu rejimin tatbiki için, müessese müdürlerinin yalnız mahkûmun ceza evindeki hal ve harekâtını göz önünde bulundurmakla iktifa etmiyerek,

onun, ahlâkî tekemmülünü elde etmek için gösterdiği cehdü gayreti de nazarı itibara almalarını işaret etmektedir.

Rocco tarafından serdolunan bu mütalâa, iyi bir surette anlaşılarak icra sahasına konulduğu takdirde, mahkûmların tedricî bir surette hürriyete kavuşmalarını temin eden bu İtalyan sistemi, on senedenberi Belçikanın hem mekteb, hem hapishane olarak kullanılan müesseselerindeki tarza tamamen yaklaşmış olacaktır.

* * *

5 — «Müşterek hayat»ın tevlid edebileceği tehlikelere karşı alınan tedbirlerin esasını, *Rocco*'nun izah ettiği veçhile: «İhtilât halinde bulunan mahkûmlara ayrı ayrı muamele tarzı lâzımdır.» kaidesi teşkil etmektedir.

«Her mahkûma şahsiyetinin icap ettirdiği tekayyüdü temin etmek.» Yani, cezanın idarî olarak ferdîleştirilmesi meselesi; son asır ceza mevzuatının, adlî mukarreratın ferdîleştirilmesi yolunda izhar ettiği temayülün, mantıkî bir neticesi addolunmalıdır. Ancak, bizim noktai nazarımıza göre «ferdîleştirmek» sisteminin İtalyadaki tarzı tatbiki, bu sistemden beklenilen neticeyi, yalnız başına istihsale kâfi değildir. Bu, ancak, maniaları ortadan kaldırmakta, «ferdîleştirmek» sistemi ancak bir yol ihzar etmektedir. Ferdîleştirmek hususunda İtalyan nizamnamesinin, tercihe şayan gördüğü tedbirler nelerden ibarettir?

Mahkûmun ceza evine girer girmez, müşahede altına alınmaması bu tedbirlerden birisidir. Fakat bu keyfiyeti tam bir tedbir olarak telâkkiye imkân yoktur. Müşahede altına alınmak keyfiyetinin yegâne gayesi, mahkûmun müşterek hayata lâyık olup olmadığını tesbit ciheti bulunduğunu yukarıda izah etmiş idik. Yalnız burada, müşahede altına alınmak keyfiyetinin, «cezayı ferdîleştirmek» sistemi noktasından, Belçikada olduğu gibi, ilmî esaslara istinat etmediğini zikretmek isteriz. Orada mahkûm, tesbit edilmiş kaidelere tebean müşahede altına alınır. Mahkûmun, antropoloji mütahassısı doktorlar tarafından, ruhî, içtimaî, teşrihî muayenesi yapılarak, ittihaz olunacak tedbir bu muayenenin neticesine göre tayin ve tesbit olunur.

Cezanın ferdîleştirilmesi hususunda, İtalyan sisteminin ittihaz ettiği usullerden birisi de, mahkûmların ahlâk ve inzibat cephelerinden tazyika

276

tâbi tutulmalarıdır. Nizamnamenin 173 üncü maddesi şu hükmü ortaya koymaktadır: «Müessese müdürü hekim ile dinî memurun mütaleasını aldıktan sonra, her altı ayda bir, müşterek hayat rejimine tâbi olan mahkûmlar arasında bir tasnif ameliyesi yapar.

Bu altı ay zarfında, iyi ahlâkı, derse ve işe devamı ile mümtaziyet göstermiş olan mahkûm, «iyi» sınıfına ayrılır. Mahkûmun «iyi» vasfını alabilmesi için, tazyikın yapıldığı ay zarfında, ihtardan başka hiçbir inzibatî ceza ile tecziye edilmemiş olması esası şarttır. Fakat bu da kâfi değildir. Mahkûmun «iyi» sınıfına geçebilmesi için, derste, atelyede, dinî rasimelerde, müessese müstahdemleri ve diğer mahkûmlarla olan münasebatında tam bir liyakat arzetmesi iktiza eder. İyi sınıfına geçen mahkûmlar, nizamnamenin 151 inci maddesinin birden yediye kadar olan fıkralarında yazılı mükâfatlarla mükâfatlandırılırlar.,, Bu mükâfatlar şunlardır:

1) Müessese müdürü tarafından mubassır, müstahdemlerden birisi ve eğer mümkün ise, o sene zarfında mükâfat görmüş üç mahkûm huzurunda takdir.

2) İhtiyaç halinde, mahkûmun ailesinin yardımına müracaat edebilmesi.

3) Ayda âzamî iki defa, mahkûma bedava mektub kâğıdı ve mektub pulu verilmesi.

4) Ailesine daha sık ve daha uzun bir surette mektub yazmak salâhiyetinin verilmesi.

5) Ailesinin ziyaretlerini daha sır kabul hakkı, ve âzamî ayda bir defa, hapishanenin hususî mahallinde ziyaretçi kabulü.

6) Mesaîsi mukabili kendisine verilen onda dokuz kazançtan hiç kesilmiyerek tam olarak verilmesi.

7) Mahkûmun, koruma meclisine, hususî surette tavsiye olunması.

Cezanın ferdîleştirilmesi hususunda ittihaz olunan tedbirlerin sonuncusu, bazı nevi mahkûmlara, kayıd numaralarile değil, kendi öz adlarile çağrılmak salâhiyetinin bahşolunmasıdır.

Zikrettiğimiz bu hükümlerde, bir ibda' vasfı mevcud değildir. Alenî takdir, onda bir nisbetinde kesilen kazancın mahkûma verilmesi keyfiyetlerinden maadası, takriben bir asırdır, hücre usulünün teessüsündenberi, Belçika ceza infaz müesseselerinde mevcuttur. Mahkûmların mükâfatlandırılması hususuna gelince; bu prensib, bize, tenkitten azâde bir keyfiyet

gibi görünmemektedir. Adalet huzurunda mahkûmun da bir hakkı vardı.

Aynı kıymeti haiz olan bir mesaiyi, vücude getirenin «iyi» veya «fena» olduğu nazara alınarak ayrı ayrı kıymetlere tâbi tutmak, adalet mefhumile telifi kabil bir hareket addolunamaz.

* * *

6 — *Rocco* diyor ki: "Ceza evlerindeki çalıştırma mecburiyeti, ceza infazı sisteminin istinat ettiği bir temel taşıdır.,, *Rocco*'ya göre, "Cezaların infazı ilmile meşgul olan en mütevazı talebe tarafından dahi kabul edilen bu bedahat,, İtalyan hapishanelerinde tatbik edilmektedir.

Cezaların infazı hakkındaki talimatnamenin birinci maddesine nazaran, çalışma mecburîdir. İtiyadî bir surette çalışmayı ihmal eden veya imtina eyleyen mahkûmlar için, inzibatî ceza vermek suretile tedbirler alınmıştır. Katık teşkil eden yiyeceklerin, ancak mesai mahsulü olan kazançla satın alınmasına cevaz verilmiştir (Madde 248).

İş, umumiyet itibarile, âmme müesseseleri hesabına olarak işlenir. Nezaretin muhtelif dairelerinden alınan memurlardan müteşekkil bir komsiyon, her ceza müessesesinde yapılacak iş mıkdarı ile, yevmiyelere verilecek faiz mikdarını tesbit eder.

Çalışma, ya hapishane dahilinde, yahut ta, açık havada icra olunur. Açık hava çalışma teşkilâtı iki sistem üzerine müessesdir: Birisi, sureti mahsusada bu husus için tesis edilmiş olan "açık hava çalışma evleri,, nde yapılan mesai; diğeri de mahkûm amele kolları tarafından, hapishane haricinde işlenen iş sistemidir. Seyyar bir halde bulunan bu amele kollarının gündüz işe gidip, akşamleyin hapishaneye dönmeleri usul iktizasındandır. Ancak, çalıştıkları mahal, inzibatın temini maksadile, muhtelif barakalar inşasına müsait bulunduğu takdirde bu amele kollarının geceyi dahi, dışarda geçirmelerine müsaade olunur. Açık hava çalışma evleri, hapishane haricinde, ziraî, sınaî tesisatı havi, müesseselerdir. Nizamname, bu müesseselerin dahilî teşkilâtı itibarile, lâzımgelen hususların ittihazını, müdürlere terketmiştir. Arazinin inbatı ve ziraatin ıslahına tahsis olunan mahkûmların yapmış olduğu iş neticesinde, ıslah olunan arazi bu hususstaki kanuna tevfikan, tedricî bir surette, mahkûm bulunmıyan ameleye terk ve tevdi olunur.

Açık hava çalışma sistemi, hiç olmazsa cezasının üç senesini çekmiş bulunan hücre mahkûmları *Ergastolani* ile asgarî cezasının bir senesini çekmiş bulunan ağır hapis mahkûmlarına da tatbik olunabilir. Asgarî çekilmesi istenilen ceza müddeti, deniz aşırî müstemlekelerde bulunan mahkûmlarla, on sekiz yaşından küçük olan mahkûmlar için, tenkis olunabilir. (Ceza kanunu madde: 22, 23, 142)

Bu tarzı mesaîye kabul edilebilmek için, her halde, müessese müdürile hekiminin mütalâası alınmak suretile, nezaret hâkiminin bir karar ittihaz etmesi iktiza etmektedir.

Açık hava çalışma sistemi, nizamnamenin neşrinden evvel de İtalyada mevcuttu. Ancak bugünkü şekil, eskisinin daha ziyade tevsi ve teşmil edilmiş bir şeklidir. Esasen bu tarz senelerdenberi, bir çok memleketler meyanında, bilhassa Yunanistan tarafından kabul edilmiş bir sistemdir.

Açık hava çalışma sistemine taallûk eden hükümlerin başlıcaları şunlardır:

1) İhtiyarlık, malûliyet, verem, kaza, ölüm gibi ahvale taallûk eden bütün kanunlar çalışan mahkûmlar hakkında da kabili tatbiktir.

2) Mahkûm bu işlerde paralı olarak çalışmaya başlamadan evvel, istidad ve kabiliyetine göre, uzun veya kısa bir müddet, meccanî olarak çıraklık edecektir.

3) Yevmiyelerin faiz mikdarı adliye nazırı tarafından tesbit olunur. Verilmesi lâzımgelen yevmiyelerden onda altı nisbetinde hücre mahkûmlarına, yedi nisbetinde ağır hapis mahkûmlarına, sekiz nisbetinde hapis (*arresto*) mahkûmlarile tedbirsizlik ve dikkatsizlik yüzünden mahkûm bulunanlara, cezayı nakdiden münkalib hapis mahkûmlarına ve cezayı hafifletici sebeplerle mahkûm olanlara verilir. Geri kalan mikdar devlete aid olur. Ancak, adliye nazırı, maliye nazırı ile mutabık kaldığı takdirde, bu geri kalan mikdardan verilmek üzere, çalışmaları dolayısile varidatı artıran mahkûmların hakkını, mahdud hududlar dahilinde olmak üzere, mükâfat kabilinden artırabilir.

4) Mahkûmlara aid olan mikdarın üçte biri, altıncı aydan itibaren işlemeğe başlayan faizle birlikte mahkûm namına hıfzolunur. Ancak mahkûmun firar etmesi hali bu hususiaki hakkını ıskat eder. Geri kalan üçte iki kısmı şu suretle istimal olunur: Bu para ile evvelâ mahkûmun ödemek

mecburiyetinde bulunduğu zarar ve ziyan, saniyen mahkûm için devletin tahammül etmiş olduğu masraflar, salisen muhakeme masrafları ödetilir.

5) Yukarıda söylediğimiz kaidenin neticesi olarak, mahkûmun şahsına kalan para ancak, maişetine kâfi mikdardan ibarettir. Mahkûm bu parayı sarfedebilmek için müessese müdürünün müsaadesini almak mecburiyetinde olduğu gibi, fazla olarak, hapishane bakkalından yapacağı mübayaatta da mevcut parasının beşte dördünden fazla alış verişte bulunamaz. Şu şartla ki mahkûmun zatî serveti ile, kazanmış olduğu para arasındaki fark, bir seneden fazla mahkûmlarda 200, beş seneden fazla bir cezaya mahkûm olanlarda 400, on seneden fazla cezaya mahkûm olan kimselerde 500 lireti tecavüz etmemelidir. [14]

* * *

7 — «Çalıştırma» bilumum infaz sistemlerinin en belli başlı unsurlarından birisidir. *Rocco*, bu unsura, diğer bir unsur daha ilâve etmekte ve bu hususdaki fikrini: ceza evlerinde tedris ve tahsile ehemmiyet vermek, mahkûmları terbiyevî cepheden ihya etmektir» şeklinde beyan eylemektir.

İşte bu fikre istinadendir ki, cezaların infazını gösterir talimatname, tedris ve tahsil hususatına da müesseselerin teşkilâtı dahilinde, büyük bir ehemmiyet atfetmiştir.

a) İlk mektepler, muallimlik sıfatını haiz, meslekten yetişmiş kimselerin idaresi altına konulmuştur. Her müessesede bir mütalâa salonu ile bir kütüphane tesis edilmesi mecburîdir. (Madde 136) Okuyup yazma bilmiyen ve yaşları kırkı tecavüz etmemiş olan mahkûmların her gün iki saat mektebe devam etmeleri şarttır. (Madde 137) Okuyup yazması olmıyan mah-

---

[14] Bu fikri izah etmek lâzımdır. İtalyan nizamnamesi mahkûmların servetlerinde tasarruf edebilmelerini temin için böyle bir kaide koymuştur. Mahkûmun iki nevi serveti vardır. Birisi gördüğü iş mukabilinde, yukarda izah olunan şekilde kazandığı para ; bir diğeri de hapishaneye girdiği gün üzerinde bulunan ve yahut eşyasının satılmasile veya ailesinin yardımile edindiği para, yani mahkûmun zatî servetidir. Şimdi yukarda söylenilen kaideyi bir misal ile izah edelim : iki seneye mahkûm olan bir şahsın hapishaneye girerken 200 lira zatî serveti vardır. Bir sene zarfında da 225 lira kazandı. İşte mahkûm kazanmış olduğu bu 225 liranın ancak 200 lirasının beşte dördünü sarfedebilir. Bu, mahkûmların servetlerini arttırmak için lehlerine olarak ittihaz edilmiş bir usuldür. (Çeviren)

245

kûmlara müdir, hekim, muallim, ve nazaret tarafından bu işe memur edilen zevat tarafından tatil günlerinde veya istirahat zamanlarında konferanslar verilir. Nizamnamenin 138 inci maddesi, ceza evlerinde, erkekler için ziraat, kadınlar için de hıfzıssıhha ve ev iktisadı kursları açılabileceğini göstermektedir.

Mahkûmlar müessesede mevcut kitaplardan başka, müdirin müsaadesi olmak şartile, hariçten gelen kitap ve gazeteleri de okuyabilirler. (Madde-140) [15].

*
* *

8 — Uzun uzadıya tahliline koyulduğumuz talimatnamenin, alâkayı calip diğer kısımlarının tetkikine geçelim:

a) Umumiyet itibarile ceza infaz müesseselerinin yegâne âmiri müdürdür. Müdürün yanında yardımcı olarak, müdürün bir derece madunu bulunan bir memurla, papas ve hekimden mürekkep bir «inzıbat meclisi» mevcuttur. Bu meclis, mahkûmların mükâfatlandırılmasına ve inzibatî bir suç teşkil eden mühim vak'alar halinde, mahkûmun cezalandırılmasına karar verir. Kararlar ekseriyetle ittihaz olunur. Müsavat halinde reisin iltihak ettiği tarafın reyi rüchan iktisap eder. (Madde 149, 150)

Nizamnamede tesbit edilmiyerek, müdür veya inzibat meclisinin takdirine terkedilmiş olan mükâfat veya mücazatı müstelzim ahvalde, mümasili hâdiselerle kıyas edilerek mükâfat veya mücazat takdir edilir. Böyle mümasili bir hâdise mevcud değilse, hâdise inzibat âmirlerinin reyine konmak suretile hallolunur.

b) Belçikadaki «idare meclis » lerine muadil bulunan «nezaret meclisleri,, kaldırılmış onun yerine "nezaret hâkimi,, teşkilâtı ikame olunmuştur. Meslekten yetişmiş olan bu hâkimler, tıpkı Belçikadaki tahkikat ve çocuk hâkimlerinde olduğu gibi, icra kuvveti tarafından sureti mahsusada bu iş için tavzif edilmişlerdir.

Nezaret hâkimi, her iki ayda bir, salâhiyeti dairesinde bulunan, infaz

---

[15] Bu bahsin (b) ve (c) işaretlerile gösterilen fıkraları, İtalyan hapishanelerindeki dinî merasimin sureti icrasını göstermekte olduğundan tercümesine lüzum görülmemiştir. (Çeviren)

müesseselerini ziyaret ederek, nizamname ve kanun hükümlerinin iyi bir surette cereyan edib etmediğini tetkik eder ve raporunu adliye nezaretine bildirir.

Tamamen mürakabe mahiyetinde bulunan bu vazaiften başka, nezaret hâkiminin inzibata, mahkûmların tahliyesine ve müşavere işlerine aid daha bazı vezaifi bulunduğunu da kaydetmek iktiza eder.

Mahkûmun meşrutan tahliye edilib edilemiyeceği, ve müdür tarafından vaki olacak af teklifleri üzerine mütalâa beyan etmek nezaret hâkimine aittir.

Hülâsa, nezaret hâkimi, *Rocco*'nun tarifi veçhile ceza müesseselerinde bulunan mahkûmların cezaya ve şahsî haklarına aid meseleler üzerinde «Ceza evinde kaza icra eden» bir hâkimdir.

Nezaret hâkiminin reyini istilzam eden ahval, birinci derecede şunlardır: Mahkûmun cezasını çekmesi için mahkeme tarafından tayin olunan müessesenin tebdili, on sekiz yaşından büyük ve yirmi beş yaşından küçük olan «iyi» vasıflı mahkûmların müessese dahilindeki gençler kısmına kabulü, müşterek hayata elverişli olmıyan mahkûmlar hakkında tedbir ittihazı, mahkûmun «cemiyete hazırlama», akıl hastalıkları müessesesine, inzibatî ceza evlerinden birisine nakli, mahkûmun açık hava mesaisine kabulü, meşrutan tahliye hususundaki talebin reddine karar vermesi, meşrutan tahliyesi icra edilmiş olan bir mahkûm hakkındaki şeraitin tebdili gibi hususat bu vasfın icapları cümlesindendir.

Nezaret hakiminin ikinci derecede reyini kullandığı ahval ise mahkûmların mesailerine mukabil tayin edilen gündelik ile tahliyeleri zamanında hastalanarak ceza evinden çıkamamaları dolayısile masraf namile kendilerine tahmil edilen borçlara karşı yapılan itirazları tetkikten ibarettir.

Müesseselerin idare ve inzıbatı müdüre aittir. Nezaret hâkimi, vazifelerini ifa sırasında, müessese müstahdemlerine ittibaa mecbur oldukları emirler verebilir. Ancak nizamnamenin altıncı maddesi bu emirler dolayısile tahassul edecek ihtilâfların önüne geçmek gayesile, nezaret hâkiminin vazifeleri hududunu çizmiş, ne gibi hususlarda bu hâkimin reyine müracaat olunacağını tayin eylemiştir. Bundan başka nizamname, 160 ıncı maddesile de nezaret hâkimine, mahkûmların itiraz, tahkikat gibi ahvalde, kendi huzurunda işledikleri fiillerden dolayı inzibatî ceza tatbiki hakkını bahşetmektedir.

282

c) "1 temmuz 1931 den itibaren mer'iyete giren ceza kanununun dikkate şayan yeniliklerinden olmak üzere mahkemeler nezdindeki "koruma meclis,, lerile, bu meclislerin masarifatını temin maksadile adliye nezareti nezdinde bulunan "cezayı nakdi vezneleri,, ni zikredebiliriz.,,

"Cürme karşı yapılan mücadelenin başlıca hedefini "mükerrirler,, in teşkil ettiği cümlenin malûmudur. Eğer mahkûm, tahliyesini müteakib himaye, sahabet ve muavenetten uzak tutulacak olursa, bu mücadelenin hiçbir kıymeti kalmaz. Her tarafta, bu gayenin temini maksadile, kurumlar teşekkül etmektedir. Bu sahada bilhassa devletin ön ayak olması lâzımdır. Zira, cemiyeti cürme karşı müdafaa etmek esaslı bir âmme işi olduğu gibi, tahliye edilen mahkûmların himaye, sahabet ve muavenetten uzak tutulmamak suretile korunması da, cemiyetin cürme karşı müdafaası için ittihaz olunan tedbirlerden birisidir, Şu halde devlet, bu mecburiyet kaydını, hiç olmazsa kavlen ve filen ortaya atarak, gayenin tahakkuk ve ikmalini, hususî kurumlardan beklemelidir,, (nizamnamenin medhalini teşkil eden rapordan)

Her mahkeme nezdinde, hukukî şahsiyeti haiz, bir "koruma meclis,,i bulunmaktadır. Koruma meclisi, müddeiumumînin reisliği altında, müstantik, sulh hâkimi, belediye reisi, mahkemenin bulunduğu yerin hükûmet veya belediye hekimi, mahkemenin bulunduğu yerdeki tevkif ve hapis evleri müdürleri, mahkemenin bulunduğu yerdeki ticaret, ziraat, sanayi odaları tarafından seçilmiş birer zat, yine o mahallin dinî memuru, hayırseverliklerile tanınmış vilâyetçe seçilen iki zat - birisi kadın olabilir - mevcut bulunduğu takdirde çocuk mahkemesinden bir hâkim yine mevcut bulunduğu takdirde çocuk ve anaları koruma cemiyetinin birer mümessilinden terekküp eder. Hey'et, adliye nezaretinin kararnamesile teşekkül eder.

Müddeiumumî, müstantik gibi resmî memurlardan gayri âzalar, üç sene sonra, tebdil olunabildikleri gibi, tekrar vazifeleri uhtelerinde bırakılabilir.

Koruma meclislerine tahmil edilmiş olan vazife, üç cephede tezahür etmektedir :

1) Mahkûmların ailelerine, her hangi bir şekilde olursa olsun, hattâ istisnaen para vermek suretile dahi yardım etmek ; (ceza kanunu madde149)

2) Tahliye edilen mahkûmlara, sabit bir iş bulmak ; (yine aynı madde)

3) Mahkûmlara ve ailelerine yardım için teşviklerde bulunmak,

Üç rakkamile gösterdiğimiz hususun temini için, koruma meclisi, her altı ayda bir, adliye nezaretine bir rapor göndererek mahkûmlara ve bilhassa mahkûm ailelerine yardım edenler için, nezaretten "cemiyete hazırlama diploması,, diye bir şahadetname alır. Ve böylelikle halkı yardıma teşvik etmiş olur.

Rocco, mahkûmiyetleri dolayısile kendilerine iş verilmek istenllmiyen mahkûmlarla, bizzat koruma meclislerinin uğraşması arzusunu izhar etmektedir. [16]

Koruma meclisi, bu vazifelerini yapmak için, hususî teberrüattan, bilhassa ana ve çocuklar koruma meclislerinin muavenetinden ve Adliye nezaretindeki "cezayı naktiler,, veznesinden istiane etmektedir.

d) "Para cezası vezne,, leri, yeni ceza kanununun 149 uncu maddesine göre teessüs etmişlerdir. Bu vazifelerin varidatını, ceza usulü muhakemeleri kanununun vazettiği inzibatî cezalardan hasıl olma paralar, yine bu kanunun bazı şartların ifası için talep ettiği kefalet akçelerinin hazineye irad kaydolunması, hapishanede ölen mahkûmların altı ay zarfında aileleri tarafından talep edilmiyen eşyalarının satış bedelleri, ve en nihayet firar edip te, kırk sekiz saat zarfında teslim olmıyan eşhasa ait emval teşkil etmektedir.

"Para cezası veznelerinin varidatını teşkil eden hasılat menbalarından büyük bir netice elde edilemiyeceğini zannetmekteyiz. Bu varidatın en mühim unsurunu teşkil eden ve ceza usulü muhakemeleri kanununa göre alınan para cezalarile, kefalet paraları ihtimamlı bir surette hesap edilmiş ve senede nihayet bir kaç bin frangı tecavüz etmediği neticesile karşılaşılmıştır. Bu meblâğın koruma meclisleri ihtiyacını karşılayamıyacağı da âşikâr bir hakikattir. Nazırlar hey'eti, bu meclislerin varidat menbalarını artırmak gayesile, adliye harçları ile, mahkûmların çalışma hasılatından devletin almakta bulunduğu mikdarı artırmak istedi. Bütçenin vaziyeti, bu fikrin muvakkaten kabulüne dahi müsaade etmedi. Umumî veya hususî başka menbalar bulunması ümit olunabilir. Maahaza,

---

[16] Palermo kongresinde, murahhaslar, bu maksat için yapılmış bir evin resmi küşadında bulunmak fırsatını elde etmiş idiler.

284

hayır cemiyetlerile, vasiyetleri idare için kurulmuş olan cemiyetlerin, tahliye edilmiş veya edilmemiş mahkûmlarla, ailelerini himaye için, koruma cemiyetlerile teşriki mesailerini temin için, bir kanun projesi hazırlanmıştır. İtalyada bu şekilde kurulmuş bir çok cemiyet vardır. Bu müesseseler, şimdiye kadar varidatını merasim, müsamere gibi faydasız hususlara sarfetmişlerdir. Bu cemiyetlere ait varidatın, ehemmiyeti haiz bulunan koruma meclislerine sarfını temin, devlet için bir borç telâkki olunmaktadır.

Rocco'nun, nizamnameye medhal teşkil eden raporundan iktibas ettiğimiz bu fıkra, para cezası veznelerile, binnetice koruma meclislerinin ne vaziyette bulunduğunu kâfi derecede izah etmektedir.

Maamafih, fikrimize göre, nizamnamenin ortaya attığı yeniliklerin, cürümle mücadele noktasından en mühimmini koruma meclisleri teşkil etmektedir.

Nizamnamenin yeniliklerinden birisi de, şimdiye kadar görülmemiş bir teşekkül olması itibarile dikkati çeken, "nezaret hâkimi,, teşkilâtıdır. Hâkimin, "emniyet tedbirleri,, ndeki rolünü izah ettikten sonra, bu etüdün son kısmında, "nezaret hâkimi,, teşkilâtından bahsedeceğiz.

III

İtalyanın ceza kanunu, idarî surette emniyet tedbirleri alınması hususunda yeni bir sistem kabul etmektedir. Bu emniyet tedbirleri, polisin veya sair idarî makamların ittihaz etmiş olduğu tedbirlerden başka mahiyette olduğu gibi, cezaî bir mahiyeti de haiz değildirler.

Fransız temyiz mahkemesi âzasından *casabianca* [17] bu tedbirlerin mahiyetini şu suretle anlatıyor:

"Mahkûma tatbik olunan ceza, ona isnad olunan mücrimiyetin elzem olan bir neticesidir. Failin işlediği fiil bir suç teşkil etmese bile failin tehlikeli bir hal arzetmesi, emniyet tedbirlerinin tatbik olunması için kâfi bir sebep teşkil eder. Şu hale nazaran kendilerine kabili isnad bir suç atfolunamıyan, eşhas dahi emniyet tedbirlerine tâbi tutulabilirler.

[17] Ceridenin Mart nüshasındaki "İtalyanın yeni ceza kanunu„ adlı yazıya bakınız. "Çeviren„

235

«Ceza mefhumuna muhalif olarak, emniyet tedbirlerinin (memnu fiil) ile alâkası yoktur. (Emniyet tedbirleri) adâlet mefhumunun bir tepgisi (aksülâmeli) olarak telâkki olunmamalıdır. Bu tedbirler, tehlikeli hal arzetmek suretile, işlenmesi melhuz olan ef'alin müdafaa hatlarını teşkil etmektedirler.

Emniyet tedbiri, tehlikeli hal arzeden şahsın hususî müesseselere kapatılması suretile ittihaz olunabilir. Bu kapatılış müddeti, en aşağı altı aydan başlıyarak on seneye kadar yükselebildiği gibi, bu müddet, hakkında emniyet tedbiri ittihaz olunan şahsın gösterdiği tehlikeli hal, devam ettiği müddetçe de uzatılabilir.

Bu müesseselerin teşkilâtını tahlil etmek bizim için faydalı olacaktır.

Gençlere, (ziraî müesseselerle iş evleri) küçüklere, (adlî ıslah evlerile hususî ıslah evleri) alehtlak herkese (tedavi ve muhafaza evlerile, adlî bimarhaneler) mahsus olmak üzere emniyet müesseseleri mevcuttur.

Nizamnamenin 256 ıncı maddesi (adlî sanatoryomlar) la (ağır inzıbat evleri), ni de emniyet müesseseleri arasında saymaktadır. Maahaza bu son iki müessesenin müstakil birer emniyet müessesesi olmaktan ziyade, yukarıda saydığımız emniyet müesseselerinin fer'i ve mütemmimi olarak addetmek daha doğrudur. «Adlî sanatoryomlar» la «ağır inzıbat evleri», haklarında emniyet tedbiri alınması lâzımgelen eşhas için tesis olunmamışlardır. Filhakika, veremlilerle verem başlangıcında bulunanlar ve yahut bulundukları müessesenin inzıbatına karşı serkeşlik edenler için tesis olunan bu müesseseler, bir «emniyet tedbiri» müessesesi halini arzetmektedir. Ancak, hizmet ettikleri maksat itibarile, hususî bir emniyet müessesesi halini gösterirler. Bundan başka şurasını da kaydetmek lâzımdır, ki «adlî sanatoryomlar» la «Ağır inzıbat evleri» nin iki cepheli vasıfları mevcuttur. Muhtelif müesseselerdeki, haklarında emniyet tedbiri ittihaz olunmuş kimseleri kabul ettikleri gibi, cezalarını çekmekte bulunan mahkûmları da kabul etmeleri bu iki cepheli vasfın alâmeti addolunabilir.

Ziraî müesseselerle iş evleri:

1) Hilkî, itiyadî surette suç işlediği veya suç işlemeği bir meslek haline soktuğu ilân olunan gençleri;

2) Bu suretle ilân edilerek emniyet tedbiri altına konulmadan, itiyad, temayül ve mesleki mahsus halinde olduğuna şüphe edilmiyen ikinci bir suç işliyenleri;

286

3) Gerek beraat etsin ve gerekse mahkûm olsun, haklarında emniyet tedbiri alınması kanun tarafından emredilenleri;

Kabul ederler.

Hakkında emniyet tedbiri alınan şahsın iş evlerile ziraî müesseselerden hangisine konulacağını, bu şahsın kabiliyet ve hayatî şeraiti göz önünde tutulmak suretile, mahkeme kararile tesbit ve tayin olunur. Ancak «tedbir»in infazı sırasında meydana çıkan ahval üzerine, nezaret hâkimi mahkeme kararı üzerinde tadilât icra edebilir.

Tedavî ve muhafaza evleri:

1) Kasdî suç işleyip de cezaları sağırlık veya dilsizlik ruhî malûliyet alkol veya saire ile itiyadı dolayısile tahassul etmiş bir tesemmüm neticesi cürüm işliyenlere;

2) Sarhoşluk veya uyuşturucu maddeler tesirile ağır hapis cezasını müstelzim bir suç işleyip de alkol veya uyuşturucu maddeleri itiyad halinde kullandığı anlaşılanlara mahsustur.

Adlî bimarhaneler:

Sağırlık veya dilsizlik, ruhî malûliyet, alkol veya saire ile itiyadı dolayısile tahassul etmiş bir tesemmüm neticesi mes'ul bulunmadıklarına karar verilen eşhasa tahsis olunmuştur. Şu şartla ki:

Bu eşhasın işledikleri fiillerin kabahat, gayri kasdî ef'al, cezayı nakdî veya iki seneyi geçmiyen ağır hapsi müstelzim ef'alden bulunması lâzımdır.

Adlî ıslah evlerine kabul olunan eşhas ise:

1) İşledikleri filin vehameti veya içinde yaşadıkları ailenin vaziyeti itibarile tehlikeli olduklarına hükmedilen on dört yaşından küçük çocuklar; [18]

2) On dört yaşından büyük ve on sekiz yaşından küçük olub da gayri mes'ul addedilen küçükler; [19]

3) İkinci fıkrada gösterilen çocuklardan tehlikeli bir hal arzedenler; den ibarettir.

---

[18] Bu kabil eşhasın işledikleri fiil ölüm, hücre hapsi (ergastolani) veya en az üç senelik ağır hapis cezalarını müstelzim ise vahim addolunur.

[19] Ceza kanununun 98 inci maddesi bu kabil çocuklardan fark ve temyize muktedir olmıyanlara ceza verilemiyeceğini beyan etmektedir.

Hususî ıslah evlerine:

1) Ölüm, hücre hapsi, veya en az üç sene ağır hapsi müstelzim bir suç işliyen on dört yaşından küçük çocuklar;

2) On dört yaşından büyük ve on sekiz yaşından küçük olub da, vaktile ceza verilemiyeceği için emniyet tedbiri altına alınan ve bu emniyet tedbirinin infazı sırasında cürüm işliyen küçükler;

3) On sekiz yaşından küçük olub da cürüm işlemeği bir mesleki mahsus ittihaz ettiği veya hılkî ve itiyadî mücrimlerden bulunduğu mahkemece ilân edilmiş olanlar;

4) Alelâde bir ıslah evinde bulundukları esnada tehlikeli bir hal arzeden küçükler;

Gönderilir.

Yukarıda yazılan şartlara göre, gençlere mahsus adlî bimarhane veya tedavi ve muhafaza evlerine konulan küçükler için bu müesseselerde hususî mahaller tefrik olunur.

*
* *

Rocco, bu müesseselerin teşkilâtı hakkında tercihan kabul olunan esasatı, nizamnameye methal teşkil eden raporunda, tespit etmektedir:

«Tehlikeli eşhasın cemiyet hayatına ihzarı için, tahsil ve tedavi, kendilerinden istiane olunan iki mühim unsurdur. Tahsil ve tedaviden hangisine daha fazla ehemmiyet atfedileceğini, emniyet müesseselerinin hususiyeti ile takib ettiği gayeler ve bu müesseselerde bulunan eşhasın istilzam ettiği hususiyetler tayin eder. Bilfarz adlî bir bimarhanede takib edilecek esas hassatan tedavi gayesine matuf olduğu halde küçüklere mahsus ve ıslah evindeki rejim daha ziyade tahsil esasını istihdaf etmektedir. Zira, birinci halde, hakkında emniyet tedbiri ittihaz olunan şahsın arzetmekte bulunduğu ruhî ve maddî dalâletin esbabı, ilim yolile aranılarak ıslahı çaresine bakılacak, ikinci halde ise küçüğün vicdan ve ruhiyatı üzerinde işletilerek doğru yola getirilmeğe çalışılacaktır.»

«Yapılacak ıslah ameliyesinin maddî veya manevî cephelerden hangisine matuf olduğu nazara alınarak, emniyet tedbiri altında bulunan eşhasa tatbik olunacak muamele, çalışma, inzibat, haricî münasebat, hülâsa bütün ef'al ve harekât noktasından ayrı ayrı usullere tâbi tutulmak mec-

288

buriyeti vardır. Bunun içindir ki, her nevi müessese, binalarının inşası şeklinden tutunuz da tegaddî tarzına kadar, ayrı ayrı rejimlere tâbi tutulmuş ve bu maksadın temini için, umumî nizamname, bu usullerin tesbiti cihetini dahilî talimatnamelere terketmiştir.»

Fakat bu hususî usullerin fevkinde, bir zecir vasıtası olan ceza ile ihtiyatî bir tedbir mahiyetinde bulunan emniyet tedbirlerinin mahiyet ve evsafını tesbit edecek umumî kaideler bazı imkân dahilinde görülmektedir.»

«Gerek cezanın çekilişinde, gerekse emniyet tedbirinin ittihazında mevkufiyet hali, müşterek bir vasıf arzetmektedir. Ancak cezaî mahiyette bulunan mevkufiyette, mahkûma bir elem, ıztırab vermek gayesi takib olunduğu halde, emniyet tedbiri alınmak gayesile ittihaz olunan mevkufiyetin, o şahsın ıslahı için ittihaz olunmuş bir tedbir vasıtası bulunduğunu göz önünde bulundurmak gerektir. İşte haklarında emniyet tedbiri ittihaz olunan eşhasın tâbi tutulacakları mevkufiyet halinin esasını, bu prensip teşkil edecektir.»

«Mahkûmen mevkuf bulunan şahıs hakkında tatbik olunan mahrumiyetler (çalışma mecburiyeti, gıda, tahsil, inzıbat, haricî münasebet noktasından) aynen «emniyet tedbiri» altında bulundurulan şahsa da tatbik olunmaktadır. Ancak, her ikisine de tatbik olunan bu mahrumiyetler, cezaî ve ya ıslahî bir mahiyet arzetmelerine göre, ehemmiyetleri, vasıfları ve gayeleri itibarile başka başka mevcudiyetler göstermektedir.,,

"Maahaza, bu izahattan, emniyet tedbiri altında bulunan eşhasa yapılacak muamele tarzının, mahkûmlara yapılacak muameleden daha hafif bulunacağı tarzında bir fikir anlaşılmasın. Halitabiîde, emniyet tedbiri altında bulunan eşhasa, mahkûmlardan daha hafif bir muamele tarzı tatbik olunacağı gayet tabiîdir. Ancak bu kabil eşhasın, haklarında tatbik olunan tedavi tarzı itibarile, bazan mahkûmlardan daha çok şedit muamelelere tâbi tutulacağını da işaret etmek lâzımdır. Bilfarz, mahkûmlara pek fevkalâde ahvalde tatbik olunan gündüzün hücre hayatı, gömlek geydirmek gibi haller, fennî ve sıhhî mecburiyetler halinde, adlî bimarhanelerdeki eşhasa, hudutsuz bir şekilde tatbik olunabilecektir. Ancak burada dikkat edilecek nokta, mahkûmlara tatbik olunan ağır inzıbat gibi, elem ve ıztırap çektirmek hususlarının, «emniyet tedbirleri» müesseselerinin gayesi haricinde bulunduğunun, daima göz önünde bulundurulması keyfiyetidir..

Şimdi de *Rocco* tarafından zikrolunan bu prensiplerin ne suretle tatbik edildiklerini gözden geçirelim :

Haklarında emniyet tedbiri alınmasına lüzum görülen kadınlar için ayrı mahaller ve yahut aynı müessese dahilinde ayrılmış ayrı yerler mevcuttur. (Madde : 259)

«Emniyet tedbirleri» müesseselerindeki diğer eşhas şu suretle tefrika tâbi tutulmuşlardır :

1) Haklarında emniyet tedbiri alınmasına muvakkaten lüzum görülenler;

2) Aklî hâletleri noktasından müşahede altına alınmış bulunanlar ;

3) Ceza usulü muhakemeleri kanunu ahkâmına göre hakkında emniyet tedbiri alınmasına lüzum görülenler ;

4) Haklarında emniyet tedbiri ittihaz edilmiş olupta bir yerden diğer mahalle naklonunanlar ;

5) Dinî memurlar ;

Bunlardan başka ziraat müesseselerile iş evlerinde suçu bir mesleki mahsus halinde işleyenlerle itiyadî veya hılkî surette suç işledikleri mahkeme kararile ilân olunanlar ;

Adlî bimarhanelerde on sekiz yaşından küçük olanlarla (sağır - dilsiz) bulunanlar ;

Tedavi ve muhafaza evlerinde ayni nevi eşhas ile alkol veya sair zehirlerle tesemmüm etmiş bulunanlar ;

Hususî ve alelâde adlî ıslah evlerinde on dört yaşından küçük olanlar, ayrı ayrı kısımlar işgal ederler.

1) «Emniyet tedbirleri» ne mahsus bil'umum müessese ve kısımlardaki eşhas, lâyık oldukları muamele tarzı tatbik olunabilmek ve beklenilen netice daha kolaylıkla elde edilebilmek için, yaşlarına, manevî vasıflarına, ve tâbi oldukları adlî şeraite göre tasnife tâbi tutulurlar.

2) Hapishanelerde olduğu gibi müesseselerde de, geceliyin infirat halinde bulunmak esasî bir kaidedir. Gündüzliyin, bu müesseselerdeki eşhası da, talimatnamenin gösterdiği inzibatî ahval haricinde, müşterek bir hayat sürerler. Haklarında adlî tahkikat icra olunan eşhas hakkında selâhiyetli hâkim tarafından aksine bir karar verilmiş ise, bu gibiler müşterek hayattan istisna edildiği gibi, adlî bimarhanelerle muhafaza ve tedavî evinde bu-

202

lunupta müşterek hayat geçirmelerinde sıhhî ve tıbbî mahzur bulunanlar da bu istisnanın çerçevesi dahiline girmektedirler.

3) Hapishanelerde olduğu gibi, bu müesseselerde de dahilî talimatnamenin tahdit ettiği saat ve mahaller haricinde, "sükût,, mecburîdir. Diğer ceza evlerinde mevcut inzibatî kaideler, imkân nisbetinde, bu müesseselerde bulunan eşhasa da tatbik olunur. Ancak bu müesseselerde bulunan eşhasa eğlenceli oyunlar için müsaade edildiği gibi, gezintilerin zaman ve imtidadı, ziyaretçi kabulü gibi hususlarda her müessesenin kendisine mahsus dahilî talimatnamelerile tayin ve tesbit olunur.

Haklarında emniyet tedbiri alınmasına lüzum görülmüş olan eşhas, mahkûm mevkuflar gibi iksâ olunur, adlarile çagırılırlar.

Bunların tegaddi tarzı da, yaş ve sıhhî ahval nazara alınmak şartile, mahkûm mevkuflarınki gibidir. Haklarında emniyet tedbiri ittihaz olunmuş eşhas da, mahkûm mevkuflar gibi, çalışmak mecburiyetindedirler. Ancak tatbikatta, bu hal, hekimin mütaleası alınmak üzere müessese müdürünün kararına bağlıdır. Bu kabil eşhasın çalışmaları da, tıpkı mahkûm mevkuflarda olduğu gibi, müessese dahilinde veya müessese haricinde olabilir. Yalnız haricî çalışmada ve amele taburu halinde gidilen işlerde nezaret hâkiminin müsaadesi alınır. Çalışma için tatbik olunan usuller, iş tevzii, ve ücreti hakkındaki ahkâm hariç olmak üzere, aynen mahkûm mevkuflarınki gibidir. İş tevzii hususunda, hakkında emniyet tedbiri alınmış olan şahsın salâhını temin edecek işler tercih olunur.

Ücret meselesine gelince: Mahkûmlara verilen onda altı, yedi, sekiz yerine, bunlara kazançlarının mecmuu verilir. Ancak bu meblâğdan kendileri için devletçe sarfedilmiş olan para, yani, her sene adliye nezaretince hazırlanmış tarifeye göre tayin olunan yemek içmek, giyinmek, ilâç ve saire gibi masraflar tevkif olunur; tevkif olunan bu mıkdar, emniyet tedbiri altında bulunan şahsın çocukları mevcut olduğu takdirde kazancın üçte birini, olmadığı halde yarısını tecavüz edemez.

Şu hale nazaran mahkûmlarda üçte biri tecavüz edemeyen kazanç mıkdarı, haklarında emniyet tedbiri alınmış olan eşhasda, ailevî vaziyetlerine göre, yarım ve üçte iki nisbetine kadar çıkmaktadır.

Kazanç temini mümkün olmaması dolayısile yevmiye veremeyen adlî bimarhane, muhafaza ve tedavi evleri, hususî islâh evleri gibi müesseseler-

de, müdür ; adliye nezaretinin maliye nezaretile mutabık kalarak açmış olduğu kredi esmanından, adliye nezaretinin müsaadesini almak suretile, çalışanlara nakdî mükâfatlar verebilir.

4) «Emniyet tedbirleri» müesseselerinde inzibat temini, hapishanelerde tatbik olunan şerait dairesinde güzeran eder.

İnzibatî cezalar, mahiyetleri itibarile, hapishanede tatbik olunanlar gibidir. Ancak hücre hapsi mütad yiyecekten mahrumiyeti müeddî bulunmadığı gibi, ziraî müesseselerle iş ve islâh evlerinde on beş günü ; «ağır emniyet tedbiri» müesseselerile hususî ıslah evlerinde otuz günü tecavüz edemez.

Adlî sanatoryomlarla muhafaza ve tedavi evleri ve adlî bimarhanelerde de inzibatî cezalar tatbik olunur. Yalnız bu cezaların kimlere ve ne suretle tatbik olunacağını müessese müdürü, müessesenin dahilî inzibatını göz önünde bulundurmak suretile, dahilî talimatname ile tayin ve tesbit eder.

Haklarında emniyet tedbiri ittihaz olunmuş olan eşhas, mükâfatlandırılmak noktasından, mahkûm mevkuflardan, daha iyi şerait içerisindedirler. Mahkûm mevkuflara tatbik olunan mükâfatlardan tamamen istifade ettikleri gibi, fazla olarak kendilerine mezuniyet verilmek suretile de mükâfatlandırılırlar. Mükâfat olarak verilecek mezuniyet müddeti, ve şartları nizamname ile tahdit edilmiştir. Şöyle ki : iki nevi izin vardır. Birisi, senede bir defadan fazla olmamak ve âzamî otuz günü geçmemek üzere verilen izin olub diğeri ; hakkında emniyet tedbiri alınmak zarureti hasıl olan şahsın göstermiş olduğu tehlikeli halin tetkiki için hâkimin ve kanunun asgarî olarak tayin etmiş olduğu müddetin hitamından evvel verilen altı aylık izindir.

Verilen mezuniyetle beraber, nezaret hâkimi tarafından, mezuniyetin geçirileceği mahal ile buna müteferri şerait tesbit olunur. Hakkında emniyet tedbiri alınmasına lüzum görülmüş olan şahıs bu mezuniyetle, meşrutan tahliyesi icra olunan mahkûm gibi, nezaret altında bulunan serbest bir hayata kavuşur. Koruma meclisinin ve emniyeti umumiyenin kontrolu altındadır. Bunlar, bu şahsın ahvali hakkında mufassal ve tahrirî raporlar verirler.

Bir cürüm işlediği veya tâbi tutulduğu şeraite riayette bulunmadığı

242

anlaşılır anlaşılmaz, nezaret hâkiminin verilen mezuniyeti geri almasına dahi intizar olunmaksızın, şahıs derhal tevkif olunarak müessesesine iade olunur. Ancak, tutulan şahsın işlemiş olduğu suçun muvakkat tevkifi müstelzim bir suç bulunmaması veyahud o şahsın işlemiş olduğu bir suçtan dolayı mahkûmiyeti sebebile hakkındaki emniyet tedbiri alınması kararının ref' edilmemiş olması lâzımdır. Bu hallerde tutulan şahıs, artık emniyet tedbiri müessesesine iade olunamaz.

Bu kabil eşhasa mükâfat kabilinden olmıyarak da izin verilebilir. Hakkında emniyet tedbiri ittihaz olunmuş olan şahsın vücudunu istilzam ettirecek vahim hallerde müessese müdürünün teklifi üzerine, nezaret hâkimi tarafından âzamî on beş günü geçmemek üzere verilen izin, bu nevidendir.

5) Adlî sanatoryomlar «verem doktorları», tedavi ve muhafaza evlerile adlî bimarhaneler «aklî hastalık doktorları», diğer müesseseler, nefsinde, bu müesseselerde bulunan eşhasın ıslahı için lâzımgelen evsafı cemetmiş olan eşhas tarafından idare olunurlar.

Haklarında emniyet tedbiri alınmasına lüzum görülmüş olan eşhasın muhafazaları hususu, bu meslekte mütahassıs olan mubassırlara tevdi edilmiştir. Küçüklere mahsus ıslah evinin mubassırları alelâde sivil elbise geyinirler. Adlî bimarhanelerle, muhafaza ve tedavi evlerinde, bunlara zamimeten ayrıca, mütahassıs hastabakıcılar bulundurulur. [20]

Nezaret hâkiminin «emniyet tedbirleri» müesseselerindeki vazifesi, ceza evlerindekine nazaran daha âm ve şamildir. Evvelâ, her iki ayda bir yapmış olduğu ziyaretlerle iktifa etmiyerek, mümkün olduğu kadar sık bir surette, bu müesseselerde bulunan eşhası ziyaret etmek mecburiyetindedir. Her iki ayda bir, haklarında emniyet tedbiri alınmış olan eşhasa tatbik olunan muameleleri tetkik etmek, bu muamelelerin ne dereceye kadar maksadı temine hâdim bulundukları hakkında kanaat edinmek vazifesi de nezaret hakimine aittir. Buna mukabil, kanun, nezaret hâkimine, mahkûmiyetlerini çekerken ağır inzıbat evlerine naklolunan eşhasın ahval ve harekâtını her üç ayda bir tetkik etmesini emretmişken bu vazifeyi, haklarında emniyet tedbiri alınarak ağır inzıbat veya hususî ıslah evlerinden birisine naklolunanlar için, altı ayda bir defa olmak üzere tahmil etmiştir.

---

[20] Bu müesseselerde, idarî işler, tamamen ayrılmış ve müdürden başka idare âmiri namile mevcut olan mütahassıs diğer bir zata tevdi olunmuştur.

Bu müesseselerde, inzıbat hâkiminin reyine müracaat olunan ahvalde fazladır. Mezuniyet itası ve mezuniyetin geri alınması hususları mütemmim bir vazife olarak nezaret hâkimine tevdi olunduğu gibi, müesseseye kabullerini müteakip, daha evvel işledikleri bir suçun cezasını çekmeleri icap eden eşhas hakkındaki ceza infazını da ileriye tehir edebilmek vazifesi yine bu hâkime verilmiştir.

Nezaret hâkiminin bu müesseselerdeki vazifelerinin en mühim ve en hassası, muayyen zamanlarda, hakkında emniyet tedbiri alınmasına lüzum görülen şahsın «tehlikeli hal» ini tetkik etmesi keyfiyetidir. Ceza kanunu, 208 inci maddesinde : Her nevi emniyet tedbiri için kanun tarafından tayin edilmiş olan asgarî müddetin hitamında, nezaret hâkimi, hakkında emniyet tedbiri alınmış bulunan şahsın ahvalini, cemiyete tehlikeli olup olmadığı noktasından tetkik eder. Tehlikenin zeval bulmadığına kanaat ettiği takdirde bilâhare tekrar tetkikat icrası için, yeniden bir mehil tayin eder. Tehlikeli halin zeval bulduğunu gösteren ahval tahaddüsünde, mehilin inkızasına intizar olunmadan her zaman için tetkikat yapılabilir» demektedir.

«Tehlikeli hal» devam ettiği müddetçe, emniyet tedbiri kararı, adliye nezaretinin müdahalesi hariç olmak üzere, kaldırılamaz. Şahsî hürriyetlerin, cemiyete tehlikeli olduklarına bir defa karar verildikten sonra, bu halin zeval bulduğunu takdir etmek hakkı, ancak nezaret hâkimine aittir.

Nezaret hâkiminin kanaat ve takdiri, tehlikeli hali tetkik için müesseselere vaki ziyaretleri esnasında yapacağı temaslar, ve bilhassa bu ziyaretlerinden bir gün evvel müdür, hekim, dinî memur tarafından kendisine verilen esbabı mucibeye müstenit raporlar, kezalik her iki ayda bir kendisine verilen, hakkında tedbir ittihaz olunmuş olan şahsa ait kayıd defteri suretleri ile tahassül ve tekemmül eder.

Emniyet tedbiri altına alınmış olan her şahıs hakkında tutulan kayıt defterleri :

Hal ve hareketlerini ; ve inzibatî noktadan, arkadaşlarile, idare ve nezaretlerine memur olanlarla münasebetini ; dinî hizmetlerini ; iş ve mektepteki hayatını ; iş ve mektepte elde etmiş olduğu neticeleri ; muhaberesinin mahiyeti, sıklığı ve gördüğü yardımlar etraflıca gösterilmek üzere ailesile olan münasebetini ; mağduru olan şahısla muhaberesini ; diğer şahıslarla olan mu-

244

haberelerini ; malî kudretile ailesinin haline nazaran fazla gıda satın almak için para sarfı salâhiyetini ne suretle istimal ettiğini ; okuduğu kitap ve gazeteleri ; şiddet veya hiyleye olan meyilile ; içtimaî hayata tekrar alışmasının delillerini teşkil edecek olan hal ve hareketlerini ; izin esnasında zâbıta veya koruma meclisleri tarafından verilen malûmatı ; alkollü içkiler veya uyuşturucu maddeler kullananların tâbi oldukları tedavi neticelerini ; ruhî ve bedenî hallerini ;

Muhtevi bulunmaktadır.

Nezaret hâkiminin takdir ve kanaatini temin edecek delâilin ne kadar vasi ve şümullü olduğu görülmektedir.

Buracıkta, cemiyetin müdafaası zımnında, Belçika tarafından kabul olunan şekilden de bir nebze bahsetmek faideden hali olmayacaktır. Belçika, hakkında emniyet tedbiri ittihaz edilmiş olan şahsın tehlikeli halinin devam edip etmediği keyfiyetini "*La comission d'annex de psychiatrique*„ denilen bir komisyona tevdi etmektedir. Bu komisyon, paralı veya fahriyyen hizmet gören bir hâkim, bir baro azası bir de ruhiyat mütehassısı bir hekimden ibarettir. Bu komisyon, sadece o şahıs hakkında verilmiş olan rapor ve malûmatın tetkikile iktifa etmez. İdareye dahil olmiyan hariçten bir hekim ile istişare ettiği gibi, emniyet tedbiri altında bulunan şahsın talebi üzerine, onun intihap edeceği bir hekim tarafından da tetkikat icrasına müsaade eder. Sonra müddei umumiyi de dinler. Bütün bu tetkikatta emniyet tedbiri altında bulunan şahıs hazır bulunabilir. (9 Nisan 1930 tarihli kanunun 13, 15, 16 ıncı maddeleri)

IV

Yeni İtalyan infaz sistemi ; karışık, girintili çıkıntılı bir aletin gösterdiği hassasiyet manzarasını arzetmektedir.

Sistemin bânisi, haklı bir iddia ile, mümkün olabildiği kadar cezaî müeyyidelerin şahsileştirilmesine hasrı nefsetmiş ve ilk hamlede hücre hapsini ortadan kaldırmıştı. Ancak ilk hamlede yapılan bu hareket, esasen girintili çıkıntılı bulunan makinada oldukça mühim karışıklıklar vücude getirmekten halî kalmamıştı.

Binaenaleyh sistemin muntazam bir surette ilerlemesi için, adeden faik, bir memur ve müstahdem kadrosu vücude getirmek lâzım geliyordu.

Ayrı ayrı müesseseler yapmak ve bu müesseselerde bulunan eşhası ayrı ayrı taksim ve tasniflere tâbi tutmak, cezanın şahsileştirilmesi için, kâfi sebepler addolunamaz. Cezaî beşer ilmile (*antropologie criminelle*) cezaları infaz sisteminin tatbikatta verdiği neticeler, sayılması güç olacak kadar çok, mücrim tipleri mevcut olduğunu göstermektedir. Binaenaleyh, hücre sisteminin de kaldırılmış olduğu nazara alınarak, ceza evlerile, emniyet müesseselerinde bulunan eşhasın nisbî bir vahdet gösterinciye kadar, muhtelif dereceli küçük gruplara ayrılması bir ihtiyaç halini almış bulunmaktadır. «Cezanın şahsileştirilmesi sistemi adım başına bir nezaretci bulunmasını istilzam eder» diyecek kadar ileri gitmemekle, ve âyan âzasından *Mango* nun 1933 - 1934 senesi bütçesinin münakaşası esnasında ziraî müesseseler müstahdemininden bahsederken (her noktaya grup grup nezaretçiler ta'biye edilmiştir) sözünde ısrar etmemekle beraber umumî bir kaide olarak şunu söyliyebiliriz ki emniyet tedbiri altında bulunan eşhas ile mahkûmların ayrıldıkları gruplar ne derece teaddüt ederse bu müesseselerdeki nezaret ve idare memurları adedinin de o nisbette bir tezayüt göstermesi iktiza eder.

Ceza müesseselerinin ıslahı için ortaya atılan bu programın, yukarıdan beri izah ettiğimiz esaslar sayesinde, yeni İtalyan ceza mevzuatına bir zafer eklili geydirdiğini serbestçe iddia edebiliriz. Bu programın tahakkuku, İtalya ceza infazı sistemini büyük tarakki merhalelerine ulaştıracak ve ona en iyileri ile mukayese edilebilecek kurumlar (müessese) kazandırmış olacaktır. Zira, daha başka yollardan yürümek suretile programın tahakkukuna çalıştığı neticenin elde edileceği iddiasının, boş yere itiraz serdinden başka bir manası yoktur.

Rocco, yalnız, uzun veya kısa bir zamandanberi başka memleketler tarafından kabul edilmiş olan düsturları, bazı değişikliklerle almakla kalmamış; bunların yanına, İtalyan ceza sahasını zenginleten yepyeni usûller de ilâve etmiştir.

Bu usuller meyanında (nezaret altında bir hürriyet) olan meşrutan tahliye; resmî bir kurum tekemmülünü gösteren «koruma meclisi»; bu meclislerin ihtiyaçlarını karşılıyan «para cezası vezneleri»; müessese müdür-

lerile idare memurları vazifelerinin tefriki; ahlâkan şüpheli görünen eşhasın ceza müesseselerini ziyaretten men'i; «tehlikeli hal» in tetkiki için, emniyet tedbiri altında bulunan her şahıs için ayrı ayrı siciller tutulması; nezaret hâkimi ve saire gibi ahvali zikir ve ta'dat edebiliriz.

Bu usulleri doğuran telâkki tarzlarından bazıları, İtalyadan başka her hangi bir memleket tarafından kabul edilirse edilsin, millî bünyeye uymak şartile, faydalı semereler verebilir. Ancak, politika tesiri altında kabul edilmiş bulunan maznunların mecburî çalışmaya tâbi tutulması, yine maznunlara tatbik olunan sıkı rejim, dinî âyinlere iştirak mecburiyeti ve saire gibi bazılarının ise, on dokuzuncu asrın liberal telâkkilerine bağlı kalan memleketler tarafından kabulü pek güç olacaktır.

İtalyadaki nezaret hâkimi teşkilâtı; Belçikada ruhî ihtisaslar komisyonu, müddeiumumî, hapishane idareleri, adliye nezareti gibi muhtelif teşekküllerin elinde bulunan vezaifi tek bir şahısta cemeden ve işlerin sür'ati noktasından daha faydalı olduğuna şüphe bulunmıyan bir teşekküldür.

Nezaret hâkiminin mutlak surette mürakabesi altına konulmuş olan hususların resmî sıfatı haiz, hâkimiyet vasfile mücehhez, münakaşa edilmez bir surette ahlâkan emin, hukukî malûmat sahibi ve devlete karşı mesul olan bir şahsa tevdii; bu hususların müstakil, vazifelerini ifa için hüsnü niyetlerinden başka bir şeyleri olmıyan vatandaşlara tevdiinden daha iyi bulunduğuna ve daha iyi neticeler vereceğine şüphe yoktur. Ancak burada, şu noktayı da hatırlatmak isteriz, ki elenmek suretile kurulmuş idarî bir teftiş heyeti de bu vazifeleri, hususî bir hâkimin yardımına ihtiyaç göstermiyecek kadar kuvvetli bir surette ifa edebilir.

Nezaret hâkimine tevdi edilmiş olan istişarî mahiyetteki vazifeleri Belçika kanunu, mahkemeler nezdinde bulunan âmme hukuku mümessillerine tevdi etmektedir. Bu mümessillerin mahkûmlarla, nezaret hâkiminden daha az bir surette münasebette bulunduklarını kabul etmek lâzımdır. Bunun neticesi olarak bu zevat, mahkûmların mahkûmiyetlerinden itibaren geçirdikleri ahlâkî tekâmülü «nezaret hâkimleri» kadar kuvvetli bir surette takib edememekte, meşrutan tahliye, af gibi hususlarda onlar kadar kuvvetle rey beyan edememektedirler.

Nezaret hâkimine atfettiğimiz rüçhan sebeplerinden birisini de, bu hâkimin mahkûmlarla olan sıkı münasebeti teşkil etmektedir. Eğer nezaret

hâkimi, talimatnamenin kendisine tahmil ettiği iki ayda bir yapılan ziyaretleri yaparak, hususiyetleri dolayısile kendisine arzolunan birkaç mahkûma âit dosyanın tetkikile iktifa etmiş olsaydı, atfetmek istediğimiz bu rüçhan hemen hemen hiçe münkalip olurdu. Bu hususiaki Belçika sistemile İtalyan sistemi arasındaki muvazeneyi temin için, Belçikanın yeni bir müessese tarzı düşünmesine lüzum yoktur ; mahkemeler nezdinde bulunan âmme hukuku mümessillerinin " hapishane idarî komisyon,, larındaki azâlık vazifelerini ifada daha fazla itina göstermeleri kâfidir.

Buna mukabil, mahkûm veya hakkında emniyet tedbiri alınmış olan şahsın işlemiş olduğu ef'alin vahameti hakkında, istişarî mahiyetteki vazifelerinin ifası için malûmat ve vesaik toplamak hususunda, Belçika mahkemeleri nezdinde bulunan âmme hukuku mümessilleri, nezaret hâkimlerinden daha fazla kolaylıklara malik bulunmaktadırlar. Belçika mahkemeleri nezdindeki bu mümessiller, mahkûm veya emniyet tedbiri altında bulunan şahsın adlî tahkikat dosyalarını ve her işin safahatını daha kolaylıkla tetkik ederek bu tetkikatlarını mahallen de tesbit edebilirler.

İtalyada ise, mahkûm veya hakkında emniyet tedbiri alınmış olan şahsın, hükmü veren mahkemenin bulunduğu mahalde cezalarını çekmeleri pek nadir ahvaldedir. Binaenaleyh nezaret hâkimi mahkûmiyeti ve emniyet tedbiri alınmasını intaç etmiş olan ahvali ; muhtelif hâdiselere ait adlî tahkikat dosyalarını bulunduğu mahkeme haricine çıkarmamak gayesi ile, bu kabil eşhasın şahsî sicillerine konulmuş olan hüküm hülâsalarından tetkik etmek mecburiyetinde kalacaktır.

Nezaret hâkiminin meşrutan tahliye işindeki müdahalesi meselesine gelice, Belçika vazıı kanununun ; «hâkimin kararile tecelli eden cemiyet namına ceza verme» keyfiyetinin - yani mücrimin ceza görmesi için istinat olunan prensibin - meşruten tahliye meselesinin hallinde asgarî bir tesiri haiz olmasını arzu ve talep eylediğini hatırlatmak gerektir. Bu vazıı kanunun kat'î iradesine göre göz önünde bulundurulacak en mühim âmil, mahkûmun salâh bulmuş olması keyfiyetidir.

Belçika vazıı kanunu bu arzusunun tezahüratını, meşruten tahliye için ittihaz olunması lâzım gelen iptidaî tedbirlerde göstermektedir. Meşruten tahliye hususundaki her nevi talepler, mahkemeler nezdinde bulunan hukuku âmme mümessilinin reyine menuttur. Hukuku âmme mümessili tarafından

verilen bu rey, işlenlmiş olan ef'alin vehametini ve efkârı âmmedeki aksülamel ihtimalâtını göz önünde bulundurmak suretile verilmiş olmalıdır. Aynı zamanda yine bu reyin, müstakil, ayrı bulunan iki teşekkülün, hapishane müdüriyeti ile hapishane idarî komisyonunun - ki her ikisinin de gayesi mahkûmu cemiyet hayatına hazırlamak ve salâh bulmasına yardım etmektir - reylerile birbirini takviye edecek bir şekilde müvazi bulunması lâzımdır.

Şu halde, meşruten tahliyelerde, mahkûmun salâh bulup bulmadığını araştırmak keyfiyetine, cemiyetin mücrimi cezalandırmak hakkından daha ziyade ehemmiyet atfedilmekte ve mahkûmun meşruten tahliye edilebilmesi için, salâh halini araştırmak ve kontrol etmekle mükellef makamların reyine müracaat olunmaktadır.

Böyle bir sistemde nezaret hâkiminin müdahalesini kabul etmek, gerek meslek gayreti, gerekse hâkimlik vasfını haiz olması itibarile müddei umumiliğin - asgarî dahi olsa - tesiri altında bulunan bir şahsı bu işe teşrik etmek demektir; ki bu da «cemiyetin mücrimi cezalandırmak hakkı» fikrini takviye ederek. 31 mayıs 1888 tarihli Belçika kanununu hazırlayanların fikirlerini zayıflatmaktan başka bir netice vermez.

Bazı işlerin görülmesinde nezaret hâkiminin reyinin alınması keyfiyeti, mesahası çok geniş olan memleketler için kabul olunabilir. Çünkü merkezî icra kuvveti çok uzaktadır; uzaktan yapılan her nevi muamelât, merkez haricinde bulunan memleketlerin uzaklığı nisbetinde za'fa uğrayacak ve merkez; bir takım karışık usullerle cezasını çeken veya emniyet tedbiri altında bulunan on binlerce kişinin inzibatî, bedenî ve aklî şurişlerinin istilzam ettirdiği tedabiri anında ittihaz etmek imkânına sahip olamayacaktır.

İcraî kuvvetin dağınık bir surette bulunması, her zaman için, adlî içtihat birliğinin zararını ve tehlikeye düşmesini müeddidir.

Nezaret hâkiminin kendisine mütemmim bir vazife olarak verilen ve vüs'ati itibarile uzun, derin bir mesaiyi istihdaf eden bu vazifeyi görmekten baş alarak, asıl hâkimlik vazifesini ifa için nasıl zaman bulabildiği sorulabilir. Zaten bu hâkim, bu vazifeyi ifa ederken hâkimlik sıfatını ancak, menşe ve unvan suretile muhafaza edebilmektedir. Binaenaleyh, bu şerait içerisinde, infaz idareleri de, bu hâkimin yaptığı vazifeleri ifa edecek yüksek dereceli bir memurun ilâvesi bu hâkimi mütemmim olan vazifelerinden

kurtaracaktır. Eğer, salâhiyet ve nufuz itibarile, bu hâkimin derecesine müsait bir memur bulunmuyorsa, müstakilen bu işi görmek üzere hâkimler arasından birisi bu vazifeye tayin olunabilir. Hulâsa, haklarında emniyet tedbiri alınmış olan kimselerin «tehlikeli» hallerinin tetkikinin Belçikada olduğu gibi; cemiyetin ve emniyet tedbiri altında bulunan şahsın yüksek menfaatlerini ayni müsavat ve emniyetle muhafaza eden ruhiyat komisyonlarına bırakılması; ne kadar salim bir yol takip ederse etsin ve ne kadar zeki, faal, müstakim ve istiklâli efkâr sahibi olursa olsun, tek bir hâkimin rey ve içtihadına bırakılmaktan daha emniyet bahştır.

*
* *

«Kanunu yapmak bir şey değildir; asıl muvaffakiyet yapılan kanunun tatbikındadır» İtalyan infaz sisteminde yapılan bu ıslahatın asıl kıymetini vereceği neticelerle, yani, cürme karşı göstereceği tesirler ile anlıyacağız. ve bu tesirlerin; İtalyan ceza evlerile emniyet tedbiri evlerinden senevî geçen iki yüz elli bin mücrimin tam bir surette yeni rejime tâbi tutulmalarından evvel, ciddî bir surette tahliline imkân yoktur.

3 Mart 1933 tarihli meb'usan meclisi celsesinde, adliye nazırı «*De Francisci*»: «Kabul etmiş olduğumuz ıslahat, bazı ecnebi memleketlerde düşünüldüğü gibi, kanun ve nizamnamelerin metinleri arasına sıkışıp kalmamıştır. Tatbikat sahasına geçilerek tahakkuk ettirilmeleri de bitmek üzere bulunmaktadır. » « Müesseselerin tefriki cihetine gelince hali hazırda ceza kanunu ve cezaların infazını gösterir nizamnamenin gösterdiği bütün ceza ve tevkif evleri faaliyet halinde bulunmakta olduğu gibi, her müessesede; mezkûr nizamname ile ceza ve ceza usulü muhakemeleri kanunlarının vazettiği usul ve şerait tamamile tatbik edilmek suretile idare olunmaktadır» demektedir.

Filhakika, 1934 - 1935 bütçesi raportörünün meb'usan meclisinde söylediğine nazaran İtalyada bu senenin başlangıcında 5 ziraî müessese 3 çalışma evi, 1 ağır inzibat evi, 2 tedavi ve muhafaza evi, 1 adlî sanatoryom, 7 adlî bimarhane ve on kadarda küçükler için adlî islâh evleri mevcut bulunmaktadır.

Fakat bu müesseselerin istiap kabiliyetleri, eşhası kemiyet itibarile kabule kâfi gelmedi. Hükûmet bu kifayetsizliğin önüne, bilhassa küçükler

için, geçmek üzere hususî müesseselerle uyuşmak mecburiyetinde kaldı.

Cemiyet hayatına hazırlama müesseseleri hakkındaki ahkâmın tatbikine gelince : malî imkân nisbetinde, Orvieto hapishanesinin bu husus için hazırlanması tasavvur olunmaktadır.

Maahaza, umumî olarak şunu söyleyebiliriz ki, mevcut müesseseler, yeni "cezanın infazı,, siyasetinin talep ettiği ihtiyaca karşı gelememektedir. Adliye Nazırı da bu ciheti itiraf etmekte ve yukarıda söylediğimiz meb'usan celsesinde "cezaî infaz sisteminin tahakkuku için lâzım gelen müesseselerin inşası hususunda müstakbele muzaf bir plândan bahsetmektedir.

1933 - 1934 senesi bütçesinin raportörleri : mevzuubahs plânın, muhtevi bulunduğu «yeni mevzuat ile kabili telif olmıyan eski binaların yerine yenilerinin inşası, yine eski binalardan ekserisinin yeni ihtiyaçlara göre tadili, ihtiyacı karşılayamamaları dolayısile tadil ve inşasına başlanmış bulunanların ikmali ve nihayet, hususiyetleri dolayısile kaldırılmayan bir kaç binanın, yeni şekle kalbedilmesi» gibi işlerin 438 milyon liretle vücude gelebileceğini tahmin etmekte idiler. İnşaatı münakasaya konulmuş olan «*Pise*» ve « *Brindisi* » hapishanelerinin inşa masrafları da bu hesaba dahildir.

1933 - 1934 senesi faaliyeti neticesinde *Spezia* ve *Bellune* hapishanelerinin küşat resmi yapıldığı gibi, *Brindisi*, *Pise*, *Raguse* ceza evlerile *Catanzaro* ve *Avigliano* ıslah evlerinin de inşaatına başlanmış, *Pianosa* ve *Salmua* ceza müesseselerinin de yeni şekle ifragı için tevsian yapılmasına mübaşeret olunmuştur.

Hapishane dahilindeki mahkûmların çalıştırılması vaziyeti ne haldedir?

9 Mayıs 1932 tarihli bir kanun, âmme müesseselerinin, harice yaptırmakta oldukları siparişattan bir kısmının hapishane atelyelerine yaptırılmasını âmir bulunmaktadır. Bu hususun temini için teşekkül eden nazırlar komisyonunun mesaisini Adliye nazırı, yüzdelikler meselesini hükûmet reisine bildirirken ; şükranla yad ederek, bu komisyonun uhdesine tahmil edilmiş olan vazifeyi teshil ettiğinden sitayişle bahsetti.

Hakikatte ise, âyan âzasından *Mango* nun 1933 - 1934 bütçesi için ayan meclisine verdiği raporda söylediği gibi, resmî müesseseler hesabına çalışan mahkûmlar az bir yekûn teşkil etmektedir. Ekseri mahkûmlar, ha-

301

len eşhas hesabına çalışmakta ve makul bir ücret mukabilinde serbest müteahhitlere bağlı bulunmaktadırlar. Diğer taraftan aynı sene bütçesinin meb'usan meclisindeki raportörü *Arcangeli* Emniyet tedbiri müesseselerinde bulunan eşhasın ancak % 57 sinin iş bulabilmekte olduklarını zikretmekte ve merkez hapishanelerindeki mahkûmların yüzdelikleri % 17 yi tecavüz eylemediğini beyan etmektedir.

Ayandan *Mango* nun ıslah evleri için de küçüklerin işsiz bir vaziyette bulunmalarına nazaran bu müessese müdürleri tarafından ittihaz olunan tedabirin tetkiki lâzımdır,, yolundaki sözlerine nazaran küçüklere mahsus ıslah evlerinin de iş bulmak noktasından, şayanı memnuniyat bir mevkide bulunmadıkları anlaşılmaktadır.

Umumî iktisad buhranının bu vaziyete müessir bulunduğu inkâr olunamaz. Ve zikrettiğimiz bu ahvalin, İtalyan ceza infazı sistemini tahakkuk ettirmiyecek kadar vahim bulunduğunda da ısrar etmiyeceğiz.

Nitekim, 30 teşrinisani 1933 tarihli bir istatistik vaziyetin salâha yol tuttuğunu göstermektedir. Merkez hapishanelerinde çalışan mahkûmların yüzdeliklerinin % 17 den altmışa çıkması, kezalik merkez hapishanelerinde % 4 den fazla işsiz bulunmaması, emniyet tedbiri müesseselerinde işsiz kimsenin kalmamış olması gibi keyfiyetler bu salâhın alâmetlerinden addolunabilir.

Ceza müesseselerindeki tahsil vaziyetine gelince : 21 şubat 1932 tarihli bir nezaret tamimi ; ceza müesseselerinde ilk tahsile itina olunmasını ve iptidaî sınıflar açılmasını ve bunun için muktazi muallimlerin bulunmasını ancak fazla muallim parası vermek için bütçe kâfi gelmediğinden hayırsever muallimler bulundurularak bu işin onlara gördürülmesini, müessese müdürlerinden istemekte idi.

Müessese müdürlerinin, bu tamim üzerine giriştikleri teşebbüsat müsmir neticeler verdi. Adliye nazırı *De Francisci* 22 kânunuevvel 1933 tarihli meb'usan celsesinde, fahriyen vazife gören muallimlerin teşriki mesaileri sayesinde mektep adedinin yirmiden 177 ye çıktığı ve yapılan tetkikat neticesinde bu mekteplerin çok iyi semereler verdiğini beyan etti.

31 kânunuevvel 1933 de, emniyet müesseseleri hariç olmak üzere, ceza müesseselerinde 40500 kişi mevcut idi. Bu mevcudun yarısını, mecburî tahsil yaşı olan kırkı tecavüz etmemiş kimseler teşkil etmekteydi. Her sı-

302

nıfı yirmi talebeden ve her hocanın da günde dört saat ders verdiklerini farzettiğimiz takdirde, asgarî, 562 hocanın mevcut olması lâzım geldiği gibi, her mahkûm hakkında, nizamnamenin kayıtları dahilinde iki saat ders verilmesini temin için, mektep adedinin ise bugünkü mevcudun üç misline çıkarılması iktiza eder.

Şu halde, İtalyan hapishanelerinde, *Rocco*'nun tahsil hakkındaki proğramının tahakkuku için yapılacak daha pek çok şey vardır.

Her mahkeme nezdinde bulunması lâzım gelen koruma meclisleri 1932 senesi mayısından beri teşekkül haline inkilâp etmişlerdir. *De Francisci* bunlar hakkında: «senelerdenberi teşekkül etmiş müesseseler gibi, faydaları görülmektedir,, demektedir. Varidat menbaı meselesi, ''para cezası vezneleri,, ile teberruat neticesi olarak halledilmekte ve tesisleri bidayetinden beri varidat, 1932 senesinde kralın emirnamesile verilen bir milyon liret haricolmak üzere, 345800 lirete baliğ olmaktadır.

Tahliye olunan mahkûmların iş bulacakları zamana kadar ikametleri, yeyip içmeleri için Napoli, Palermo, Bari, Milâno ve Koçyada yapılan müsafirhaneler, bu meclislerin faaliyetlerini gösterir hayırlı neticelerdendir. 1934 35 senesi bütçe raportörü, meb'usan meclisinde, bu misafir evlerinden bahsederken, bunlarla iktifa olunmıyarak Ceneve, Polonya, Venedik Toren Floransa gibi şehirlerdeki misafir evlerinin inşaatı ikmal edilmek üzre bulunduğunu ve ikinci derecede şehirlerde yine buna benzer misafir evleri yaptırılmasının tasavvur halinde bulunduğunu ifade eylemiştir.

Nezaret hâkimi teşkilâtı için Adliye Nazırı *De Francisci* : nezaret hâkimi teşkilâtı, bütün mahkemeler nezdinde, muntazam bir faaliyetle işlemektedir. Hâkimler, bu yeni vazifeyi zevk ve ikdam ile benimsemişlerdir » demektedir

Adliye nezareti, yeni makanizmanın, bilhassa emniyet müesseseleri ile emniyet tedbiri altında bulunan şahsın «tehlikeli» halinin tetkiki için sarfedilen mesaiyi, fırsat düştükçe, ehemmiyetli surette kontrol etmektedir. Bu kontrol doğrudan doğruya değil dolayısile yapılmaktadır. Nezaret hâkimi tarafından «tehlikeli» halin zail olduğuna karar verilen şahsı sıkı bir nezaret altına almakta ve bu şahıs hakkında verilen raporların tetkikile nezaret, hâkiminin vazifesini tam ve mükemmel bir surette ifa edip etmediğini anlamaktadır.

***

Hey'eti umumiyesi itibarile, İtalyan ceza infazı sisteminde yapılmış olan islâhat, yüce bir derecede bulunmaktadır. Ancak bu büyük eserin ikmali, büyük mesaî ve ehemmiyetli surette malî fedakârlığı istilzam etmektedir.

Bilhassa, müesseselerin memur ve müstahdemler meselesi henüz halledilmiş bir vaziyette değildir. Her şeyden evvel bu meselenin halli lâzımdır. *De Francisci* nin dediği gibi «cezanın ferdileştirilmesi esasına istinat eden bir sistemde neticeyi alan, mütevazı idare adamlarıdır.»

Bu müesseselerdeki mubassırlık ve idare amirliği, müdürlük gibi işlerin bir hususî meslek haline konulması, bu müesseselere alınacak şahısların hukuk mezunu veya hiç olmazsa, açılacak meslek mektebi mezunlarından olması hususatı düşünülmekte ve memur meselesinin bu suretle hallolunması tasavvur olunmaktadır. Fakat bunların hepsi, henüz tasavvur halindedir.

Hulâsa olarak, şunu söyliyebiliriz ; biz bedbin ve müterediddit değiliz. İtalyan ceza infazı sisteminin ıslahı yolunda atılan adımların, gösterilen sebat ve cesaret nisbetinde bu sistemi yüceliklere yükselteceğinde şüphemiz yoktur.

Türkçeye çeviren
Baha Arıkan

Hukukî musahabeler:

Türk Hukuku Tarihinin Kurumuna Doğru

Yazan : *Esat Arsebük*

Geçen sayımızda Türk hukukcularını sevindirecek bir haber vardı: Adliye vekilliği, hukuk tarihimizi yaratmak için lâzım olan malzemeyi salâhiyetli zatların mürakabesi altında bastırıyor.

Bütün ilim âleminde bu mevzua dair çıkan ve bazıları henüz bizde basılmıyan vesikalar (belgeler) bundan böyle hepimizin elinde bulunacak ve her Türk hukukcusu bunlar etrafında tetkikler, tahliller yapabilecektir.

Kaldı ki bu alanda çalışmayı kolaylaştıracak her türlü vasıtalar da hazırlanmış bulunuyor: Bir kere bugünkü dilimizde kullanmadığımız kelimelerin manaları not şeklinde anlatılacak ve bu suretle lisan güçlüğü ortadan kalkacaktır. Sonra yapılan araştırmalar belgeler arasına değil, ayrı formalarda yer almış bulunacaktır.

Türk hukuku tarihini nasıl kurmalıyız? Burada ne gibi bir pilân takip etmek lâzım? Bittabi bu suallerin cevabını tam bir katiyetle vermek benim salâhiyetim haricinde kalan bir şeydir. Burada, ben yalnız bu büyük teşeb büsün bir müjdecisi sıfatile şu musahabeyi yazıyorum. Ancak şimdiye kadar basılan formaların tetebbu alanında bize açtığı ufukları birlikte seyretmek hiç te zevksiz bir şey olmıyacak.

Bir kere Türk hukukunun kaynakları, ulusal varlığımızın yarattığı içtimaî prensipler gözümüzün önünde bulunuyor. Bu prensiplerin konuluşunda din, ahlâk, seciye, muhit, diğer uluslarla temas gibi bir çok âmiller vardır. İşte bu kitapta bilhassa bu noktaları meydana koyacak tarihî belgelere tesadüf edeceğiz.

Esasen bu sayımızda bir hukuk tarihinin nasıl kurulması lâzım geleceğine dair büyük hukukçu «İhering» in bir yazısını okuyacaksınız. Türk hu-

kuku tarihi için ilk adımlarımızı atarken bu büyük üstadın görüşlerinden istifade her halde bizim için bir borçtur.

Adliye Vekilliği hukukun bu kısmında ilim namına yapılması mümkün olan bütün fedakârlığı göze aldı : bir taraftan belgeler basılmakla beraber diğer taraftan bu alanda yapılan tetkikler dahi ayrı formalarda çıkacak, bu suretle iki kitap birden elde edilmiş olacaktır.

İlk çıkan formalardan ikisi belgelere, biri de araştırmalara aittir.

Bunlar arasında orta Asyadan getirilen yazmalar da var. İşte size on ikinci asırda Türkler tarafından yazılan bir senedin tercümesi :

1 — Sıçan yılının altıncı ayının birinci gününde.

2 — Ben Kayşidu'ya faizile susam.

3 — Lâzım olup İltemirden bir küri

4 — Susam aldım. Güzde iki küri

5 — Susam vereceğim. Vermeden geçirir isem

6 — Yeni sene günlerinde (yani içinde) faizile vereceğim. Verinceye kadar

7 — Var veya yok olsam (yani ölsem veya diri kalsam) benim küçük kardeşim Kasuk

8 — ve onun varisleri âdeti veçhile öderler. Şahittir :

9 — Kapan, şahit Böngek ; bu mühür

10 — benimdir. Ben Kavşidu bunu bizzat

11 — yazdım.

Milletlerin tarihine dair bilgilerim çok azdır. Bu itibarla bu ve emsali belgelerden kat'iyetle bir hüküm çıkarmağa cesaret edemem. Fakat diğer belgelerle tekzip edilmezse bu senedin varlığı bana Türklerde faizin kabul edilmiş bir esas olduğunu ve sonraları islâmlığın yani din unsurunun tesirile bundan vaz geçildiğini anlatıyor.

İlk çıkan araştırmalar arasında 4 vesika vardır. Bunlardan biri Kutluş namındaki bir kadının yüz elli parça bez mukabilinde satıldığına, diğeri bir bağ satışına dairdir.

belgelere ait olan formalarda birinci kanunnamenin ilk sayfasını kılişe halinde basılmış görüyoruz. Şimdilik forma ile satılacak olan bu eserden kendilerini mahrum bırakmamalarını bütün hukukçularımıza tavsiye ederim.

Nisan 1935

306

YENİ KİTAPLAR:

TEMSİL SELÂHİYETİNİN HİTAMI VE BUNUN DOĞURDUĞU HÜKÜMLER

[Yazan : Hüseyin Avni]

Bu, bir Türk hukukçusunun Géneve üniversitesi hukuk fakültesinde müdafaa ettiği doktora Tezinin adıdır. Kitak 169 sahifeden ibaret olup fransızca kaleme alınmıştır. İsviçre medenî hukukunun en çetin bahislerinden birine temas eden bu eser bir başlangıçla iki kısımdan terekküp eder. Başlangıçta tetkik edilecek olan hukukî mes'elenin mevzuu izah edilmiştir. Birinci kısım selâhiyetlerin hitamı sebeplerini ihtiva eder. Burada müellif mevzua genel bir bakış atfettikten sonra : 1 — umumî hitam sebeplerini ; 2 — temsil olunan kimsenin şahsına ait hitam sebeplerini tetkik etmiş ve bahsin sonunda da temsil olunan kimsenin iradesile veya maslahatın mahiyetinden istidlâl suretile (borçlar kanunu, madde : 35) temsil selâhiyetinin uzaması meselesini ele almıştır.

Eserin ikinci kısmı, hitamın doğurduğu hükümlere dairdir.

İsviçre medenî kanunu etrafında kıymetli tahliller yapan ve doktorasında muvaffak olmakla beraber hukuk âlemine değerli bir eser hediye eden bu arkadaşımız bugün adliyeye intisap etmek üzeredir. Kendisini tebrik ederiz.

BORÇLAR KANUNU - ÖZÜ VE FİHRİSİ

[Yazan : Eski Antalya saylavı muallim avukat
Ahmet Saki Derin]

Bu eserde borçlar kanununun hükümleri hülâsa edilmiştir. Bu itibarla kanunun umumî bir şekilde arzettiği hususiyetleri kolaylıkla kavramak müm-

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

kündür. Fakat eserin en kıymetli kısmı, tahlilî fihriste hasrolunan ikinci kısımdır. Amelî bir ihtiyacı karşılıyan bu eserden dolayı müellifini tebrik ve eseri hukukçularımıza tavsiye ederiz.

HAŞİYELİ ADLİYE HARÇ TARİFESİ KANUNU

[Yazan: Sabri Aksüyek
Mecidözü hakimi]

Yeni harç tarifesi kanununu izah eden bu eser tatbikatta çıkabilmesi mümkün olan güçlükleri gidermek için yazılmış ve bu itibarla alâkadarların vazifelerini oldukça kolaylaştırmıştır.

Es. Arsebük

müdahalesile hakkını daha kolaylıkla istihsal eyliyeceği gibi mülâhazalarla bizzat ikamei davadan çekinebilir. Bu takdirde lüzumsuz vasilerden kurtulmak istiyen vesayet makamı, boşanma ilâmının tadili zımnında mahkemeye müracaate mecburdur. Çünkü kanunda, boşanma kararını veren ve aynı zamanda ebeveyinden birinin velâyet hakkını nez'eden bir mahkeme hükmünün diğer bir makam tarafından tadil edilmesine müsait hiç bir hüküm yoktur.

İşte bu sebebe binaendir ki kanunu medenî 157 "157,, inci maddesinde ana veya babanın ölümile değişen vaziyeti — bu madde bilhassa velâyet hakkını haiz olan baba veya anayı kastetmektedir — nazarı dikkate almağa mecbur kalmış ve bu takdirde berhayat kalan ana veya babanın velâyet hakkı herhangi bir hakla tearuz etmemekte bulunmuştur.

Eğer velâyet hakkı kendisinden alınan ana veya baba vefat eder ve bu hakkı velâyet, kemafissabık evvelce kendisine verilmiş olan tarafta kalmış olursa berhayat olan ana veya babanın, çocukların himayesine mütedair bulunan kanunu medenî hükümlerine neden dolayı tâbi tutulmıyacağını anlamağa imkân yoktur. Her ikisi de berhayat olan karı ve koca veya birisinin vefatile aralarındaki evlilik rabıtası çözülen karı veya koca hangi hükümlere tâbi ise bu da o hükümlere tâbi olur. Kezalik boşanma ilâmile kendisinden velâyet hakkı alınan karı veya koca, diğerinin vefatile tekrar velâyet hakkına nail olursa hüküm yine böyledir. Berhayat kalan baba veya ana gerek evvelce hakkı velâyeti haiz olmuş bulunsun, gerek bu hak kendisine sonradan verilmiş olsun, her iki ihtimalde dahi hâkimin takdirine müessir olacak bir hususiyet yoktur. Çünkü artık velâyet hakkına kanunen salâhiyettar iki şahıs ortada kalmamıştır; ve boşanma ilâmının tadili mevzuubahis değildir. Binaenaleyh kanunu medenînin 285 "274,, inci maddesi hükmünce velâyet hakkının nez'ine salâhiyettar olan makam ile vesayet makamı 283 ilâ 286 [4] "272 ilâ 275,, maddelerde

---

[4] Bu madde kanunumuza aynen alınmış olmakla beraber tercemede yapılan bazı dikkatsizlikler mânayı tamamen değiştirecek mahiyettedir. Bu sebepten maddeyi tekrar terceme edelim :

Madde : 286 — Velâyeti haiz bulunan ana veya baba yeniden evlendiği ve vaziyet icap ettirdiği takdirde çocuğa bir vasi tayin edilir. Karı kocadan biri vasi nasbolunabilir.

Buna tekaddüm eden 285 "274„ inci madde velâyet hakkının nez'ini İsviçrede

303

yazılı tedbirleri bizzat ittihaz etmeğe mecburdurlar. Mahkeme huzurunda vicahî bir muhakeme cereyanına lüzum kalmaz.

Gürülüyor ki boşanma ilâmının tadilini tazammun eden davayı hazıra tetkik olunamaz; ve müddeaaleyhin temyiz talebi zikrolunan sebepten dolayı — müddeaaleyh her ne kadar bu sebebe istinat etmemiş ise de — kabul edilmek lâzım gelir.

Fakat tetkik olunan hadisedeki hususî hallerden (babanın ölümü) sarfı nazar, bu hadisenin başka bir hususiyeti vardır ki o da velâyet hakkının ebeveyinden diğerine aslâ verilmemesi keyfiyetidir. Bu hususiyet hali hazırdaki içtihadın mahzurlarını gösterir. Şimdiye kadar takip edilen içtihat şu merkezde idi: Bir mahkeme kararile ebeveyinden birine verilen (daha doğrusu tamamile birine bırakılam) velâyet hakkı, yeni bir hükümle nezolunabilir; yoksa kanunu medenînin 285 "274,, inci maddesindeki usul tatbik edilemez.

Ebeveyinden birinin velâyet hakkı alınmak icap ettiği zaman alelekser seri hareket lâzım gelir. Halbuki bilhassa aile ve evlilik mesailinde hususî bir usulü muhakemenin tatbikini kabul etmiyen kantonlarda lüzumu kadar seri harekete imkân yoktur. Bundan başka kanunî bazı yollar vardır ki kararı tehir neticesini tevlit ader. Boşanma ilâmının tadili sadedinde ittihaz olunan mukarrerat için Federal mahkemeye müracaat daima mümkündür; ve delâil tamamen ihzar ve ikmal edilmedikçe bir tedbiri muvakkat ta alınamaz. Bu şerait dahilinde bilhassa köylerdeki vesayet makamlarının çok pahalıya mal olacak olan bir davaya pek güçlükle başlıyacaklarından korkulabilir.

Diğer taraftan kanunu medenînin 285 "274,, inci maddesinde yazılı olan gayrı kazaî usulü muhakemeye tevfikan aralarında boşanma hükmile evlilik rabıtası kalmıyan karı veya kocadan birinin çocuklar üzerindeki velâyet hakkının nez'ine karar vermek hiç bir esası ihlâl etmez. Çünkü bu velâyet hakkının anasırı esasiyesi itibarile ölüm neticesinde evlilik rabıtası münkati olan hallerdekinden hiç bir farkı yoktur. Esasen velâyet hakkının nez'ine dair kararın bu şekilde serian ittihazından en az şikâyet edecek

---

salâhiyettar makama; bizde hâkime vermiş olduğundan bu maddenin hükmü bizde hâkim, İsviçrede ise salâhiyettar makam tarafından icra edilmek lâzım gelir. Bu karardaki (1) numaralı nota bakınız.

370

olan, bu karara maruz kalan ana veya babadır. Kaldı ki çocuk üzerindeki hakkı velâyetin kendisîne verilmesi için derhal mahkemeye müracaattan (mezkûr karara maruz kalan ana veya baba) men edilemez; ve boşanma hükmüne nazaran ilk nazarda velâyet hakkına ehil görünen taraf, kendi lehine kat'î hüküm istihsal edinciye kadar çocuklarının vasisi nasbolunur. Esasen bu sureti hal diğer bir ihtimal için, kanunu medenînin 286 "275,, ıncı maddesinin 2 inci fıkrasında nazarı dikkate alınmış bulunmaktadır.

Kanunu medenîye müsteniden dava açabilmenin imkânı, vesayet makamının itirazına ve mezkûr makamın sonradan 285 '274,, inci maddedeki usule tevfikan batıl sebepler veya tevehhümlere istinat etmesine rağmen çocuk üzerindeki velâyet hakkını elde etmiş olan ana veya babanın hukukunu kâfi derecede himaye edebilir. Filhakika velâyet hakkının nez'i, ancak ya *yeni* ve mühim vakıalar veya boşanma kararını ittihaz eden mahkeme tarafından aleyhte telâkkî olunmakla beraber çocukların kendisine bırakılmasına mani olacak kadar ağır addolunmıyan hâdiselere mürtebit vakıalara istinat edebilir. Atiyen tehaddüs eden ve boşanma ilâmında evvelce nazarı dikkate alınmış olan vakıalarda dahi hükmün ayni olması lâzım gelir.

Demek ki bu güne kadar takib edilmekte olan içtihatta ısrara mahal yoktur.

II inci hukuk dairesi — M. M. Jaeger, Rambert, Strebel, Brodtbeck, Leuch, Hablützel ve Yuggenheim — Me. Seiler ve Me. Wille, Lurich avukatlarından.

---

34. FEDERAL MAHKEME

TEFERRUAT, İHKAKI HAKTAN İSTİNKÂF. — Madenî bir su menbaını ihtiva eden bir arazinin satışı. — Satış aktinde yalnız arazi için kıymet konulmuş olması. — İşbu menba. dolayısile gayri menkule vaki olan müşteri rağbeti için verilen fazla bir bedel. — Her iki bedelin mecmuu üzerinden talep olunan ferağ harcı. — Hukuku âmmeye müsteniden vaki olan temyiz talebinin reddi.

K: 34

[Federal teşkilâtı esasiye kanunu madde : 4 ; K. M. 644]

"K. M. 621„

Bir gayri menkulün satışından alınacak ferağ harcını, yalnız satış mukavelesinde zikrolunacak bedel üzerinden değil ; belki bundan başka, kanunu medenînin 644 "621„ üncü maddesi hükmünce teferrüat için verilen bedel üzerinden de hesap etmek keyfî bir hareker sayılmaz.

Bilhassa satılan gayri menkul işletilmekte olan madenî su menbaını ihtiva ederse ferağ harcı keyfî olmaksızın yalnız satış aktindeki bedel üzerinden değil belki buna ilâveten ragabatı nastan dolayı müşteri tarafından bayie verilmiş olan bedelden dahi alınması mümkündür.

M. : *Niedermann* — M. A. : *Bâle - Campagne Kantonu.*
27 kânunuevvel 1929

Bâle - Campagne kantonunda gayri menkullerin satış bedeli üzerinden bir vergi alınmaktadır.

Bir maden suyu menbaının maliki ile bu menbaa mülâsık olan arazi sahibi, kendilerine 20000 franga mal olan milklerini satmışlardı. Beyi mukavelesinde satış bedeli 25000 frank gösterilmiştir. Fakat mefrugunleh, bayilere filen 95000 frank fazla tediyatta bulunmuştu. Bu fazlalık şunların karşılığı idi : Maden suyunun tahlilleri, etiketler, ilân vasıtaları ve nasın rağbeti. Hini ferağda yalnız beyi mukavelesindeki satış bedeli bildirilmiş ve ferağ harcı 25000 frank üzerinden alınmıştı. Sissach nahiyesi mefrugunlehin 95000 frank fazla tediye ettiğine muttali olunca taraflardan bu bedel üzerinden ferağ harcı istedi. Muahharan vaki müracaat üzerine Bâle - Campagne kantonu Şurayı devleti, üzerinden ferağ harcı alınmak lâzım gelen meblâğı 84000 frank olmak üzere tesbit etti. Çünkü gayrı menkullerle birlikte satılan etiket ve vesaiti ilâniye gibi menkul mallar karşılığı da semene ithal edilmişti. Karar, ragabatı nasın müstakil bir kıymet ifade etmediğini, belki gayri mengul kıymetinin unsurlarından biri olduğunu kabul etmiş ve şu itibarla 84000 frangın bedeli ferağ olması lâzım geleceğini tesbit eylemiştir.

Mefrugunleh Niedermann, ihkakı haktan istinkâf olunduğu iddiasile

hukuku âmme tarikile federal mahkemeye temyizi dava etmişti.

Federal mahkeme müracaatı reddeyledi. (Hülâsa)

Esbabı mucibeden alınan fıkralar:

..... 2. Mademki kanton vazıı kanununun maksadı, bir malikten diğerine ıvaz mukabilinde intikal eden muayyen bazı mallardan satış yapıldığı zaman bir harç istifa etmektir; o halde bu harcın miktarını ferağ edilen gayri menkulün hini ferağdaki hakikî kıymeti üzerinden tesbit etmek bu maksada tevafuk eder. Bu husus esasen 1919 tarihli Soleure kantonu kanununda sarahaten tasrih edilmiştir. Vakıâ Bâle - Campagne kanununda sadece satış bedeli "Kaufschilling,, denilmiştir. Fakat bu tabirden, kaideten, satılan malın hini ferağdaki kıymeti ticariyesi anlaşılmalıdır... Federal mahkeme Passavant - İseln ve şürekâsı ile Bâle - Campagne arasında çıkan dava üzerine ittihaz etmiş olduğu 25 Kânunusani 1921 tarihli kararında (resmî mukarrerat mecmuası, cilt: 47, kısım: 1, sahife: 3) şu noktaları tesbit eylemiş bulunuyordu: Bu şirketin değişmesi veya ticarî bir teşebbüsün tekrar faaliyete girmesi gibi hallerden dolayı gayri menkuller hiçbir bedel zikrolunmaksızın devir olundukları takdirde, ferağ harcı, tarafların gayri menkule izafe ettikleri bedel üzerinden değil, bilâkis objektif bir surette takdir olunan kıymet üzerinden alınmak lâzım gelir. Mukavelenin müeddasına nazaran müşterinin tediye ettiği meblâğ yalnız gayri menkule ait olmaz, belki diğer malların karşılığını da ihtiva ederse, aynı sebeplerden dolayı, tarafların gayri menkule atfetmiş bulundukları kıymet üzerine istinat edilemez. Bilâkis, münhasıran gayrı menkulün hakikî kıymetine tekabül eden meblâğı nazarı dikkate almak lâzım gelir. Demek ki bir gayrı menkulün satış bedeline, taraflar arasındaki mukaveleye nazaran, haddi zatında müstakil bir iktisadî kıymetleri olmaksızın sadece gayrı menkul kıymetinin bir cüz'ünü teşkil edecek mahiyette mallar karşılığı olarak konulan mebaliği de ithal etmekten kanton makamları men edilemezler. Bir maden suyu menbaının satışında da hüküm böyledir. Yani bir taraftan bu menba üzerindeki hak (K. M. 704 «679», 780 «752») diğer taraftan bu menbadan çıkan suları alan müşteriler «*Ragabatı nasın*» [1]

[1] Bu tâbiri clientéle mukabili olarak kullanıyorum. Herhangi bir firmaya merbut

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

313

gayrı menkul kıymeti üzerinde âmil olan unsurlardır. Kendisinden muayyen bir miktarda tabiî bir semere alınan ve mümasil mahallerdeki semerattan farklı bir hususiyet arzeden bir gayrı menkulün kıymeti — ki maden suyu hâdisesi işte budur — rağabatı nâsın kemiyetile mütenasiptir. Bu kıymet, menbaın evvelce ticarî bir sahada işletilip işletilmemesine ve işletildiği takdirde kazandığı şöhrete göre değişir. Diğer taraftan bu suyu istihlâk edenlerin, suyun bulunduğu gayrı menkul ile sıkı bir alâkaları vardır. Bu alâka suda gördükleri hassai farikalar nisbetinde kuvvetlidir. O derecede ki ferağ olunan gayrı menkuldeki suyu evvelce işleten adam tarafından aynı vasıfları haiz olan mümasil bir maden suyu piyasaya çıkarılsa bile halk buna rağbet etmez. Binaenaleyh halkın işbu rağbetine mukabil verilen meblâğı müstakil bir kıymet karşılığı addetmiyerek gayrı menkulün iktisadî kıymetine izafe eylemek ve bu kıymet üzerinden ferağ harcı almak keyfî bir hareket değildir. Hattâ bir menba suyunu ihtiva eden gayrı menkul satışında tarafların nazarı dikkate aldığı şey münhasıran nâsın rağbetidir. Demek ki bu hâdisede, federal Teşkilâtı Esasiye kanununun 4 üncü maddesine istinaden müstakil bir mal karşılığı olduğundan bahisle ragabatı nâs için verilen meblâğın ferağ harcına tâbi olmaması icap edeceği iddia olunamaz. İşte bu sebebe mebnidir ki federal mahkeme bu mülâhazalara istinat ederek, Soleure kantonu hukukunda, kanunu medenînin 644 «621» inci maddesi hükmünce teferruatile birlikte satılan bir gayrı menkulden alınacak ferağ harcında teferruat bedelinin dahi hesaba katılmasını kabul etmiştir. Çünkü mezkûr maddeye nazaran bir şeyden istifade olunması veya onun işletilmesi için daimî bir tarzda tahsis olunan menkul mallar teferruat tâbirine dahil olup, mevcut teferruat, istimal için zarurî olmasa bile gayrı menkulün faydasını ve binaenaleyh kıymetini arttırır. (Hubacher davasındaki 7 mart 1924 tarihli intişar etmiyen karar) .....

Hukuku âmme dairesi. — M. M. Müri, Affolter, Couchpin, Fazy ve Steiner. — Avukat O. Stutz, Liestal de.

---

olan müşterilerin umumunu ifade eder. Borçlar kanunumuzda (madde 348, fıkra 2) bu tâbir "müşteriler„ kelimesile terceme edilmiştir. Rekabet memnuiyetine dair 91 inci sahifede intişar eden kararın 2 numaralı esbabı mucibesine bakınız.

314

35. FEDERAL MAHKEME

TAPU SİCİLLİ. — Mürur hakkı. — Tapu sicil memuru tarafından bir mukavelenin yanlış tefsir edilmesi hasebile sicilde yapılan yolsuz bir terkin. — Kendisine irtifak hakkı tahmil olunan gayrı menkulün üçüncü şahıs tarafından hüsnü niyetle teferruğ edilmesi. — Kendi gayri menkulü üzerinde hiç bir mürur hakkı bulunmadığının hükme raptı zımnında işbu üçüncü şahıs tarafından açılan dava. — Davanın kabulü.

[K. M. 3, 971, 974]
" K. M. 3, 929, 932„

1. Esas tapu sicilline düşürülen bir kayıtta, varlığı tesbit olunan bir hakkın bütün tafsilâtını göstermeğe mecburiyet yoktur. Mevzuubahs hakkın veya mükellefiyetin bir kelime ile mahiyetini irae kâfi gelir. Fazlası için ya mezkûr hakkı müsbit vesikalara veya tapu senetlerinin tesçil edildiği deftere atfı keyfiyet etmek kabildir.

Binaenaleyh esas tapu sicillinde kâfi ve muhtasar bir izahı ihtiva etmiyen bir kayıtta yapılan bu gibi atıfların hükmü yoktur.

2. Esas tapu sicillindeki bir kaydın, memuru mahsus nezdinde mahfuz bulunan tapu senedine tamamen uygun olduğunu araştırmak mecburiyeti, bir gayrı menkulü satın alan kimseye tahmil edilemez. Bu muvafakat, esas tapu sicillindeki kayıtlara istinaden gayrı menkulü hüsnüniyetle teferruğ eden kimse lehine mevcut farzolunur.

M. : *Gassmann* — M. A. : *Tanner*
13 mart 1930

A. Müddei 1927 tarihindenberi Freienbach kadastrosunun 1168 numaralı paftasında gösterilen gayrı menkulün malikidir. Eskiden bunun numarası 19 ve 20 idi. Müddeaaleyhin gayrı menkulü 1896 da 19 numaralı paftadan çıkarılmış ve 1065 numara tahtında yeni bir pafta vücude getirilmişti. Bu münasebetle 1065 numaralı gayri menkulün müşterisine yaya olarak veya araba ile geçmek için bir mürur hakkı verilmişti. Bu geçit, kanton yolundan göle kadar imtidat ediyor ve bayiin mülkü olan 18 nu-

315

maralı (şimdi numarası 17 dir.)Rietland'ın kenarından geçiyordu. İşbu mürur hakkı tapu sicilline 1186 numaralı pafta için «mükellefiyet ve irtifak» ve 1065 numaralı pafta için de «müşterek milkiyet ve intifa» şeklinde kaydedilmişti. 1168 numaralı paftadaki yol, müddeaaleyhin gayri menkulü ile göl sahili arasında yegâne ittisal vasıtası idi.

her iki gayri menkulün sahipleri, yani bir taraftan 1168 numaralı paftaya malik olan profesör Aeppli veresesi ve diğer taraftan 1065 numaralı pafta sahibi bulunan müddeaaleyh, 17 şubat 1925 tarihinde (Rechtsverzicht) «haklardan vazgeçme» denilen bir mukavelename yaptılar. Bu mukavele şöyle idi:

« 1— Profesör Aeppli'nin varisleri kanton yolundan göl kenarına giden ve 17 numaralı Rietland kenarından geçen müşterek yolun müşterek malikleridir... Bu yolu hüsnü muhafazaya mecburdurlar. Bugün, 1065 numaralı pafta sahibi Walter Tanner lehine olarak bu mülkiyet hakkından tamamen vazgeçerler. Bundan böyle Tanner, yalnızca ve müstakillen bu geçit üzerinde tasarruf hakkını haizdir.

2 — İşbu haktan vazgeçme keyfiyeti 1168 ve 1065 numaralı paftalara mütaallik olan tapu sicilline kayıt ve tesçil olunacaktır.... »

Bu mukavele, tapu sicilline şu şekilde tesçil edildi : 1896 tarihinde tesis olunan mürur hakkı gerek 1168 ve gerek 1065 numaralı paftalara kırmızı mürekkeple çizilmiş ve bundan maada 1168 numaraya şu şerh ilâve edildiği gibi : «hükümsüzdür. 17 şubat 1925 tarihli mukaveleye müracaat, satış zaptı. M. sahife : 660 » ; 1065 numaralı paftaya da şunlar yazılmıştı : «17 şubat 1925 tarihli mukavele ile hükümsüz bırakılmıştır. Zabıtname M. sahife : 600e müracaat. »

Müddei 22 temmuz 1927 tarihinde profesör Aeppli'nin varislerinden 1168 numaralı gayri menkulü satın alarak ona malik oldu. Satış mukavelesinde gayri menkulün garp hududu olmak üzere Zurich gölü ve 17 numaralı Rietland gösterilmişti. 1065 numaralı gayri menkul lehine olarak hiçbir mürur hakkı zikrolunmamıştı.

B. Muahharen, müddeaaleyh, « haklardan vazgeçme » mukavelesine istinaden yolun kendi mülkü olarak plâna işaret edilmesini istedi. Höfe kadastro komisyonu 28 haziran 1928 tarihli kararile bu talebe hak verdi.

316

Bunun üzerine müddei davayı hazırayı ikame etti ve münazaunfih yolun 1168 numaralı gayri menkule ait olduğu ve müddeaaleyhin bu yol üzerinde hiçbir mürur hakkı bulunmadığı hususlarının hükmen tesbitini istedi.

Müddeaaleyh davanın reddini ve bilmukabele dahi yolun imtidat ettiği kısım arazinin kendi mülkü olduğu noktasının karar altına alınmasını talep etti. Schwyz kantonu istinaf mahkemesi 22 teşrinievvel 1929tarihinde şu kararı verdi :

«1 — Höfe kadastro komisyonunun 1168 ve 1065 numaralı gayri menkullere ait olan 28 haziran 1928 tarihli kararı iptal edilmiştir.

2 — 1065 numaralı gayri menkulün 1168 numaralı gayri menkul üzerinde kanton yolundan kendi hududuna kadar araba ile ve yaya olarak geçmek için bir mürur hakkı vardır.»

Kanton mahkemesi, satış zabıtlarındaki kaydın aynî bir hak vücude getirmiyeceğini, bu hakkın, ancak esas sicilde mukayyet bulunmakla tahakkuk edeceğini kabul etmiştir. Fakat buna karşı da esas sicilde görülen ve satış zaptına matuf bulunan kaydın esas sicildeki noksanı tamamlıyacağı reyinde bulunmuştur. Müddei, hüsnü niyetine istinat edebilmek için sicildeki atfın mahiyetini tetkika mecbur idi.

Bu karar aleyhine, müddei ıslâh tarikile temyizi dava etti.

Federal mahkeme müracaati kabul ve hükmü iptal ederek asıl davanın muhik olduğunu beyan etti

Esbabı mucibeden alınan fıkralar :

... 2. Kanton mahkemesi,haklı olarak, müddeaaleyhin istediği mürur hakkının mevcudiyeti için esas sicil defterinde bir kayit bulunması lâzım geleceği fikrini kabul etmiştir. Halbuki müddei, 1168 numaralı gayri menkulü satın aldığı zaman böyle bir kayıt yoktu. 1896 tarihinde tesis olunan mürur hakkı tapu sicillinde terkin edilmiş bulunuyordu. Vakıâ tapu sicil memuru, bu terkini icra ederken gayri menkul sicillerine dair talimatnamenin 62 inci maddesine muhalif olarak «*terkin*» yerine «*hükümsüz*» «*hinfallig*» kelimesini kullanmıştır. Bundan başka işbu kelimenin altını da imzalamamıştır. Bununla beraber bu yanlışlık terkin keyfiyetinin muteber olmasına

317

mani teşkil etmez. «*terkin*» kelimesi dahi "*hükümsüz*,, kelimesi gibi düşülen kaydin artık hükmü kalmadığını anlatır ; ve mezkûr talimatnamenin 62 inci maddesindeki "*kaydın altına imza atmak*,, mecburiyeti, sadece usule ait bir emir mahiyetinde olup buna ademi riayet maddî haklar üzerinde bir tesir icra edemez.

Terkin olunan kaydın yanında "haklardan vazgeçme,, aktine yapılan bir atıf vardır. Bidayet mahkemesi, işbu atıfta, esas sicil defterinde olmıyan bir kaydı tamamlıyacak bir işaret mahiyeti görmüştür. Bu noktai nazara iştirak edilemez. Vakıâ kanunu medenînin 656 «633», 731 «704» 746 «718», 783 «755» 799 «771» ve 972 «930» inci maddelerinde mevzuubahs edilen kaydın gayrı menkul hak ve mükellefiyetlerini bütün tafsilâtile göstermesine lüzum yoktur. Belki, umumiyetle, mevzuubahs hak ve mükellefiyetin mahiyetini bir kelime ile bildirmek lâzım gelir. Bundan başka (irtifak halinde) lehine hak tesis olunan gayrı menkul ile mükellefiyet tahmil olunan gayrı menkul numaralarının yazılması da icap eder. Ancak kanunu medenînin 971 «929» inci maddesinin ikinci fıkrasında bahsolunan hakkın şümulündeki hususiyetler için evrakı müspiteye veya tapu senetlerinin hıfzına mahsus deftere atıf yapılabilir. Esas tapu sicilli teşkilinden maksut olan gaye ancak bu suretle elde edilir. Bu gaye, bir gayrı menkul üzerinde bulunan aynî hakların kâffesini bir sahifede göstermektir. Freienbach kommününde henüz yeni tapu sicilli tutulmadığına istinaden bir kayıtta bulunması lâzım gelen şartların, işbu hadisede tahdidi caiz olamaz. Schwyz kantonu, kanunu medenînin mer'iyeti hakkında bir kanun neşretmiştir. Bu kanunun 265 inci maddesine nazaran kanton kendi kadim teşkilâtını tapu sicilli ile tevhit etmişti. Eğer yapılan bu tevhit, eski tapu sicilline yazılan kayıtların yeni kanunlara göre müspet veya menfî hukukî bir hüküm ifade edeceği mânasına geliyorsa, gayrı menkul alım ve satımının emniyet altında bulunması, kayıtların yeni kanun hükümleri dairesinde tutulmasını istilzam edeceği tabiîdir.

Verilen izahattan anlaşılır ki tapu sicillinin diğer kısımlarına, esas sicildeki bir kayda istinat etmeksizin, sadece atıflar yapmanın hükmü yoktur. Bilhassa terkin bahsında hüküm yine böyledir. Çünkü bu takdirde vesaiki sübutiyenin izah edeceği bir kayıt yoktur. Eğer terkin keyfiyeti «hükümsüzdür. Maahaza ... akte müracaat» gibi herhangi bir kaydı ihti-

raziyi ihtiva etmiş olsaydı, esas kayıt tamamen ortadan kalkmamış olur ve binaenaleyh vesaiki subutiye ile ikmali mümkün görünürdü. Halbuki hâdisede böyle olmamıştır. 17 şubat 1925 tarihli mukavelenameye yapılan atıf, mürur hakkının maziye nazaran tahdit veya tevsi edilerek devam etmekte olduğunu hiç bir zaman gösteremez. Binaenaleyh üçüncü şahıslar, bu atfı terkin keyfiyetinin vesaiki sübutiyesini irae manasında alabilirler. Tabiidir ki bir gayrı menkulü teferruğ eden kimseden, esas sicilde yazılı olan terkin kaydının vaktile tapuya mevdu bulunan olbaptaki vesaiki sübutiyeye muvafık olup olmadığını tetkik etmesi beklenemez. Üçüncü şahıslar, mevcut kayıt ile vesaiki sübutiye arasında hakikî bir mutabakat olduğunu kabul edebilirler. Bu, kendileri için bir haktır. Eğer başka türlü olsaydı tapu sicil defterinin kıymeti, muamelâtta, kabul edilemiyecek derekeye düşerdi.

Münazaünfih irtifakın keyfiyeti terkini, hiç şüphe götürmez ki haksızdır. Çünkü ibraz olunas vesikaya (yani terkin muamelesine esas ittihaz edilen mukaveleye) muhaliftir. (Kanunu medenî madde 974 «932», fıkra: 2). Maahaza müddei bu "terkin,, kaydına istinat edebilir. Ve bu takdirde, eğer sicildeki kayda hüsnü niyetle itimat etmiş ise, kendisi himaye edilmelidir. Kanunu medenînin 3 üncü maddesi mucibince hüsnü niyet asıldır. Demek ki müddeaaleyh, müddeinin tapu kaydındaki fesada vâkıf olduğunu veya cereyanı hale nazaran vâkıf olması lâzım geldiğini ispata mecbur bulunuyordu. Halbuki müddeaaleyh, hini teferruğda müddeinin «haktan vazgeçme» mukavelesine muttali olduğunu bile iddia etmemiştir. Kezalik kanton mahkemesi dahi müddeinin mezkûr vesikaya ittilaını tesbit eylememiştir. Terkindeki fesadın müddei tarafından bilinmesi lâzım geldiği ve çünkü esas sicil kaydında « haktan vazgeçme » mukavelesine bir atıf yapıldığı meselesine gelince bu suale menfî bir cevap vermek lâzım gelir. Çünkü yukarda serdedilen sebeplere binaen, terkin mukavelesinin, vesaiki müsbitesi ile tetabuk edip etmediğini tahkika müddeinin hiç bir mecburiyeti yoktu. Fazla olarak ne müddeaaleyh, ne de kanton mahkemesi müddei lehindeki hüsnü niyet karinesini ortadan kaldıracak mahiyette başka vakıalar zikretmemişlerdir.

II inci Hukuk dairesi. — M. M. Jeager, Rombert, Strebel, Brodtbeck,

319

Leuch, Hablützelave Fazy. — Hukuk doktoru ve Avukatlar, Me. H. Hotz ve Me. V. Schwander, Lachen de.

---

36. FEDERAL MAHKEME

İCAR MUKAVELESİ. BUTLAN. — Müstecirin hayatı müddetince yapılan icar mukavelesi. — Gayrı muhık ve ahlâka muğayir olmasından dolayı mukavelenin iptalini istihdaf eden mucirin davası. — Davanın reddi.

[B. K. 20]
" B. K. 20 „

1. Bir icar mukavelesi, yalnız, sene, ay gibi zaman ölçülerile hitamı önceden tesbit edilebildiği vakit "muayyen bir müddetle„ yapılmış sayılmaz ; belki mukavelenin sonu muayyen bir hâdisenin tahakkukuna bağlı ise yine muayyen bir müddetle yapılmış demektir ; şu şartla ki mezkûr hâdisenin çok uzak olmıyan bir zamanda tahakkuku meşkûk olmasın.

Taraflardan birinin hayatı müddetince yapılan icar mukavelesi muayyen müddetle yapılmış bir mukaveledir : çünkü hitamı, meşkûk olmıyan bir hâdisenin (yani ölümün) tahakkukuna bağlıdır.

2. Sureti umumiyede taraflardan birinin hayatı müddetince yapılan bir mukavele, İsviçre hukukuna nazaran, ne gayri muhik ne de ahlâka mugayirdir.

M : *Beyin - Sigg* — M. A. : *Georges Wettstein*
8 nisan 1930

Madam Mathilde Bein, müddei Oscar Bein'in karısıdır. Karı koca arasında mal ayrılığı vardır. Kadın Zurich'de Ramistrasse caddesinde 27 numaralı ikamete mahsus bir eve maliktir. Müddeaaleyh avukat Georges Wettstein ayni mahalde kâin 29 numaralı mülâsık evin malikidir.

8 temmuz 1909 tarihinde bu iki evin malikleri, aralarında bir mukavele yaptılar. Bu mukavele 25 ağustos 1909 tarihinde tapu sicilline şu suretle kaydedildi :

«İcar mukavelesi - 1. Madam Bein Mösyö G. Wettsteine balâda

320

zikrolunan gayri menkulün birinci katını yazıhane gibi kullanılmak üzere kiralamıştır. İcar bedeli ilk 10 sene için 1800 franktır. Müteakip seneler için de 1800 frank veya mal sahibinin talebi üzerine 2000 franktan kira verilecektir. İcar mukavelesi mucir tarafından Mösyö Wettsteine karşı feshedilmiyecektir. Kiracı 10 senenin hitamından sonra olbaptaki kanunî müddetlere riayet şartile mukaveleyi feshedebilecektir. 2 - ....»

Müddeaaleyh isticar ettiği mahallerde tadilât yaptırmış ve kendi evi ile birlikte yazıhane gibi kullanmakta bulunmuştur. Kiracı ilk on sene zarfında 1800 frank icar bedeli vermişti. O zamandanberi 2000 frank tesviye etmektedir.

Müddei 18 kânunusani 1929 tarihinde müddeaaleyhe aralarındaki mukavelenin âdaba muhalif olduğunu ve çünkü bu mukavele mucirin fesih hakkını tanımadığını yazmış ve işbu mukavelenin borçlar kanununun 20 inci maddesi hükmünce hâkim tarafından butlanına karar verilebileceğini bildirmiştir. Taraflar aralarında uyuşamadıkları için müddei, icar aktinin iptali zımnında dava açtı.

Müddeaaleyh davanın reddini istedi. Taraflar arasındaki hukukî alâka bir icar mukavelesi değil ; belki bir sükna hakkıdır. Fakat icarın mevcudiyeti kabul edilse bile burada daimî bir icar yoktur. Çünkü müddeaaleyhin mecurdan intifa hakkı, vefatına ve belki de avukatlık mesleğinden çekilmesine kadar devam edecektir. Bu suretle tahdit edilmiş bulunan bir icar akti, bilhassa kararlaştırılan kira bedeline ve müddeaaleyhe oldukça mühim masrafa mal olan tadilâta nazaran ahlâka mugayir sayılamaz.

7 şubat 1930 tarihli kararile bidayet mahkemesinin kararını tasdik eden Zurich kantonu yüksek mahkemesi hâdisede bir icar akti olduğunu ve fesih hakkını kaldıran münazaunfih şartın âdaba muhalif bulunduğunu kabul etmiş ve binaenaleyh şu hükmü vermiştir : 25 ağustos 1909 tarihinde tapu sicilline yazılmış olan "icar mukavelesi mucir tarafından Müsyö Wettstein'e karşı feshedilemiyecektir,, cümlesi terkin edilmiş ve yerine şu cümle ikame olunmuştur : "İlk 10 senenin hitamından sonra olbaptaki kanunî müddetlere riayet şartile her iki taraf mukaveleyi feshe mezundar.,,

Müddeaaleyh islâh tarikile federal mahkemeye müracaat etti.

Federal mahkeme müracaati kabul, esbabı mucibedeki mülâhazalar

321

dairesinde Kanton mahkemesinin kararını iptal ve talebi reddeyledi.

(Hülâsa)

Esbabı mucibe :

1. Bidayet ve istinaf mahkemeleri, hâdisede sükna hakkının mevzuu bahis olduğunu iddia eden müddeaaleyhin reyine muhalif olarak tarafların bir icar mukavelesi akdettiklerini, haklı olarak, kabul etmiştir. Esasen bu meselenin eski kanton hukukuna göre halli lâzım gelirdi. Çünkü münazaunfih mukavele, kanunu medeninin mer'iyete girmesinden evvel tanzim ve tapu sicilline kaydedilmiş bulunuyordu. (Tatbikat kanunu, madde : 1)

2. Şu halde mucir mukaveleyi fesh edemiyeceğine dair olan şartın hükmü nedir? Kanton mahkemeleri bu şartta gayri muayyen bir zaman için yapılmış daimî bir icar görmüşler ve böyle bir itilâfı âdaba muhalif addettiklerinden butlanına hüküm vermişlerdir. Bu noktai nazar yanlıştır. Mucirin mukaveleyi feshedebilmesi hakkı müddeaaleyhin varislerine karşı değil, müddeaaleyhe karşı nezolunmuştur. Bundan çıkan zarurî netice şu olur: İcar, nihayet müddeaaleyhin vefatından ve belki de mecurun yazıhane olarak kullanılmasına göre, müddeaaleyhin icrayi san'atı için bu yazıhanelere ihtiyacı kalmadığı günde hitam bulacaktır. Müddeaaleyh sarahaten daha fazla birşey istemediğini söylemiştir. Bu şerait dairesinde ne «daimî bir icar» dan ne de «gayrı muayyen bir müddet için yapılan icardan bahsedilebilir. Filhakika, eğer icar gayrı muayyen bir müddetle yapılmış olsaydı borçlar kanununun 267 «262» inci maddesi hükmüne tevfikan tarafların mukaveleyi feshe hakları olurdu; işbu maddeye nazaran icar mukavelesi yalnız zaman ölçülerile hitamı önceden tesbit edilebildiği vakıt muayyen müddetle yapılmış sayılmaz; belki mukavelenin sonu muayyen bir hâdisenin tahakkukuna mütevakkıf olursa yine muayyen bir müddetle yapılmış demektir. Şu şartla ki bu hâdisenin çok uzak olmıyan bir zamanda «*unabsehbar*» [1] katiyetle tahakkuku malûm olsun, Hâdisede, bu veçhile muayyen müddeti ihtiva eden bir mukavele vardır.

3. Şimdi tetkik olunacak mesele şudur: Mucirin fesih hakkını ilânihaye değil, belki zahiren çok uzun görünen bir zaman için nez'eden bir muka-

[1] Evvelden derpiş edilemeyen mânasınadır.

327

velenamenin kabul edilmemesi lâzım gelir mi ? Kanun, nekadar müddet için bir icar mukavelesi yapabileceğine, tabiri aharla taraflardan birinin ne müddetle fesih hakkını kullanamıyacağına dair hiçbir hükmü ihtiva etmez. Bir şeyin menfaatinin teslimîni tazammun eden ve bu itibarla şahsî haktan mütevellit bir alâka mahiyetinde olan icar mukavelesi ilânihaye devam edecek bir şekilde yapılamaz. Bir maldan daimî surette intifaı, yalnız aynî haklar temin edebilirler. Şayet taraflar, azamî - hattâ fazla- bir müddet kabul etmiş olurlarsa bu mukaveleye, esas itibarile, gayrı muhik denilemez. Fakat buna karşı, böyle bir mukavelenin binnetice âdaba muhalif addolunup olunmıyacağı ve butlanına hükmetmek icabedip etmiyeceği suali zihne tebadür edebilir. Bu suale menfi bir cevap verilmek lâzımdır. Vakıâ borçlar kanununun 351 "343,, üncü maddesine nazaran taraflardan birinin hayatı müddetince veya 10 seneden fazla bir müddetle yapılan hizmet akti, 10 sene geçtikten sonra ve 6 ay evvel [2] ihbar edilmek şartile tazminat verilmeksizin fesholunabilir. Kezalik yine borçlar kanununun 546 "536,, ıncı maddesinde şirket, muayyen olmıyan bir müddet için, veya şeriklerden birinin hayatı müddetince devam etmek üzere teşkil edilmiş ise taraflardan her biri, 6 ay evvel ihbar şartile feshini isteyebilir denilmektedir. Maahaza bu metinlerden, vazıı kanun, sureti umumiyede âkitlerden birisinin hayatı müddetince yapılan mukaveleleri, âdaba muhalif addettiği istidlâl olunamaz. Eğer maksat bu olsaydı vazıı kanunun neden dolayı umumî bir hükümle bu fikrini tesbit etmediğini ve 351 "343,, inci maddede yalnız işçiye fesih hakkı verip ne için iş sahibine vermediğini anlamağa imkân görülemezdi. İşte bilhassa bu isbat eder ki vazıı kanun esas itibarile, hayat müddetince yapılan mukaveleyi şayanı kabul görmüş ve bu iki madde, ancak işçi ile iş sahibi ve şerikler arasındaki hukukî alâkanın hususiyetlerile kabili izah olan istisnaî hükümlerden ibaret bulunmuştur. İşbu iki hâdisede aktin âtî için şumul ve netayicinin kaideten derpiş olunamaması ve tarafların (değişmeğe müsait olan) mütekabil şahsî münasebetlerinin mühim bir tesir ika eylemesi hasebile âkitlerin serbestîi hareketleri takyit edilmiştir. İcar mukavelelerinde bu şeraite tesadüf olunmaz. Bu mukaveleler ancak, mucirin naktî menfa-

[2] Kanunumuzda bu müddet bir aya indirilmiştir.

323

atlerine ve iktisadî serbestîsine temas eder. Bu serbestînin tahdidi, kaideten, ancak taahhüt altına giren kimsenin iktisadî mevcudiyetini tehlikeye koyduğu zaman âdaba muhalif olur. (Resmî mukarrerat mecmuası, cilt : 40, kısım ; II, 224 ve müteakip sahifeler ; mahakim ceridesi, sene : 1928, sahife : 11). İcarın sadece müstecirin hayatı müddetince yapılmış olması bu son şartın tahakkuku için kâfi gelmez. Bütün komşu devletler, taraflardan birinin hayatı müddetince yapılan icarı kabul etmektedirler, (Almanya için : Alman kanunu medenîsi, madde : 567 ; Fransa için : Temyiz içtihatları Pandectes françaises, cilt : 11, sahife 722, numara 120 ! İtalya için : İtalya kanunu medenisi, madde 1571 ; Avusturya için : Müellif *Ehrenzweig*'in System des oesterreichischen Privatrechts allgemeinen nam eserinin ikinci cildi, sahife :436). Demek ki bu yoldaki mukaveleleri İsviçre hukukundan çıkarmak istemiş olsaydı, İsviçre vazıı kanununun sarih bir hüküm sevketmesi için çok kuvvetli sebepleri vardı. Bunu yapmadı ise sebebi bütün mücavir Devletlerin hukukî telâkkilerine muarız kalmamak için değil ; belki böyle bir tahdidi kabule hiçbir sebep görmemiş olması içindir. Eğer müstecirin hayatı müddetince yapılan icarda mucirin iktisadî tehlükeye girdiğine ve binaenaleyh âdaba muhalif bulunduğuna dair mevcudiyeti olan son faraziye doğru olsaydı vazıı kanunun sükna hakkını yani menlehülhakkın müddeti hayatınca intifaını sarahaten nasıl kabul edebildiğini anlamak mümkün değildi. Çünkü her nekadar sükna hakkı aynî bir hak tesisi ise de filen icar akdine tamamen müşabih bir tarzda malikin tasarruf hakkını tahdit eden bir akittir.

4. Acaba işbu hâdisenin hususiyetleri münazaunfih şartı ahlâka mugayir addettirmekte midir ? İşte tetkik olunacak son mesele budur. Burada dahi suale menfî cevap vermek lâzım gelir. Müddeaaleyhin mümkün olduğu kadar uzun bir müddet için icar mukavelesi yapmasında çok kuvvetli sebepleri vardı. Zira kiraladığı mahallerin yazıhane haline ifrağı kendisine oldukça bahalıya mal olmuş ve bu masrafları bizzat kendi cebinden vermişti. Kezalik mecuru ikamet için değil ; belki avukatlık mesleğini icra için kullanması keyfiyeti hayat müddetince yapılmış bir mukavelenin kabulüne mâni teşkil etmez. Vakıâ İtalya hukukuna göre (kanunu medenî, madde : 1571, fıkra : 2) bu neviden bir mukavele ancak ikametgâha mahsus

324

olan bir evde oturmak için yapılabilir. Fakat böyle bir tefrik kabili izah görünmiyor. İcrayı mesleği için bir mahal kiralıyan müstecir, kaideten, icarın mümkün olduğu kadar, uzun müddetle devamını ister. Çünkü bir idarehanenin yerini tebdil, hemen daima zararlı neticeler verir. Bu itibarla mecurda icrayı ticaret eden kimsenin başka mahalle gitmesindeki mahzur, sadece hususî ikametgâhının tebeddülündeki mahzurdan çok fazladır. Bundan başka esnayı muhakemede ibraz olunan ve mümasil hallere teallûk eden iki icar mukavelesinin mukayesesinden tezahur ediyor ki 1909 da tekarrür eden kira bedeli oldukça yüksekti. Binaenaleyh borçlar kanununun 21 inci maddesi hükmü dairesinde bir gabinden bahsedilemez. Ancak, kimsenin evvelden göremiyeceği ilcaat hasebile para kıymetinin, harbin vukuile birlikte düşmesi üzerinedir ki mukavele müddei için kârlı telâkkî edilemiyor. Maahaza bu hal, işbu mukaveleyi ahlâka muğayır olarak tavsife kifayet etmez. Eğer para kıymetinin düşmesi aradaki akdî alâkaya müessir olmuş ve müddei için tahripkâr bir mükellefiyet tahmil etmekte bulunmuş ise müddeinin indelhace « *Clausula rebus sic stantibus* [3] » istinat ederek mukavelenin feshini talep etmesi mümkündü. Müddei bunu yapmadı. Kaldı ki mukavelenin icrası müddei için tahripkâr olduğu iddia edilemez.

Bütün bu sebeplere binaen icarın ibtaline dair olan talebin reddi lâzım gelmektedir. Bununla beraber sarahaten tespit edilmelidir ki icar muayyen bir müddet için vapılmıştır ve bu icar müddeaaleyhin icrayı san'ati için kiraladığı mahallere şahsen lüzumu olmadığı gün hitam bulacaktır.

I inci Hukuk dairesi — M. M. Thélin, Honegger, Ursprung, Weiss, Robert, Engeler ve Bolla. — Me. Wettstein, Zurich de avukat.

---

[3] Bu tâbir hukuku düvelde kabul edilmiş olan bir esasın lâtince mütearef şeklidir ; bundan anlaşılmak lâzım gelen ma'na ise şudur : Mukavelenin devamı müddetince, in'ikat esnasındaki vaziyetin devamı lâzımdır. Bu vaziyet fevkalâde mühim surette değişirse mukavelenin fesih veya tadilini istemek hakkı vardır. Bu hak, o mukavele zımnında mündemiş bir şart telâkkî olunur„. Hukuku düvelde carî olan bu kaidenin hukuku hususiyedeki mevkii ayrıca tetkika şayan bir mevzudur.Bu noktaya dair bir tetkika Hukuk Fakültesi mecmuasının 1927 tarihli ve 28 numaralı nüshasında tesadüf edebilirsiniz (sahife: 445). Federal mahkeme bu kararında, kaidenin bazı takyidat dairesinde hukuku hususiyede dahi tatbik olunacağını göstermektedir.

325

37. FEDERAL MAHKEME

MÜTESELSİL KEFALET. BORÇTAN KURTULMA DAVASI. ISLAH TARİKİLE MÜRACAAT. — Bir çok kimseler tarafından müteselsilen kefalet edilen borç. — Kefillerden biri tarafından borcun tediyesi. — Tediye eden kefilin diger kefiller aleyhine müracaati. — Muvakkaten refi. — Borçtan kurtulma davasının reddi.

[B. K. 497]

" B. K. 488 „

1. Islah tarikı, ilâmın yalnız esbabı mucibesinden değil, esas hükümden mutazarrır olan tarafa bahşolunmuştur.

Bir taleb "esbabı mucibe dairesinde„ kabul veya reddedilmiş olursa, serdedilen esbabı mucibe, hükmün bir cüz'ünü teşkil eder. Bu itibarla işbu hühüm aleyhine temyize müracaat olunabilir.

2. Borçtan kurtulma davası bir hakkın mevcudiyetine veya ademi mevcudiyetine dair bir kararı istilzam eden lâalettayin bir hukuk davası değildir.

Borçtan kurtulma davasının hedefi, (ödeme emrinin tebliği anında) bir alacağın mevcut olub olmadığı ve alacaklının takib yolu ile bu alacağı tesbit ve istifa etmesi olmasına göre, davanın şümulü daha mahduttur.

3. Tediye eden kefilin kendi kefili aleyhine açtığı davada, tekeffül edilen borcu kefilin kimin parasile tediye ettiği hususu okadar ehemmiyeti haiz değildir.

Bu prensipin istisnası ancak şudur: Kefil, aleyhine müracaat ettiği kefilin parası ile veya bu kefilin üzerine hakkı taallûk ettiği mallardan tahassul eden para ile tediyede bulunmuş ise.

M. : Laubil - Geiger ve arkadaşları — M. A. : Madam Blattner - Bügler ve arkadaşları.

3 nisan 1930

A. Ermatingen tasarruf ve ikraz sandığı anonim şirketi malî müşkülâta maruz kalınca, işlerin düzeltilmesi için bir yardım hey'eti teşekkül etti. Bunun için sandığın idare meclisi azaları, müddeaaleyhler Laubli,

326

Keller, Ribi, Pluer ve saire ile müddeilerin murisi Adolphe Blattner 2 mart 1921 tarihli mukavele ile Thurgovie kanton bankasına karşı kefalet taahhüdüne girdiler. İşbu bankanın sandıktan 260,000 frank bir alacağı vardı. İdare meclisi âzaları bunun 50,000 frangına şahsan ve müteselsilen kefil olmuşlardı. Sandığın tasfiyesi üzerine Thurgovie kanton bankası işbu alacağından büyük bir zarara uğradı. Bunun miktarı 50,000 franktan fazla idi. Bununla beraber, banka, kefillerin talebi üzerine alacağını 350,000 franga tenzil ve bunun 1929 şubatı nihayetinde tesviyesine muvafakat etti. Bu müddet zarfında müddeaaleyhler tarafından 250,000 frank tesviye olundu. Müddeaaleyhler 10,000 frangı sandık kooperatif şirketinin tasfiyesinden hasıl olan paradan istifa ettiler. Bu kooperatif şirket. Ermatingen tasarruf ve ikraz sandığı yardım heyetinin hini teşekkülünde Thurgovie kantonunun ve bankasının himayeleri altında teşkil edilmişti. Sandığın idare meclisi azaları, şirketin de azaları idiler. Bu şirketin nizamnamesinde şu hüküm vardı: Âzalık sıfatı ölümle zail ve tasfiye halinde tahassul eden mebaliğ sandığa ait olacaktır. Maahaza kooperatif şirketinin uzuvları, sulhen tasfiyeden hasıl olan meblâğın sandığa devrinden vazgeçtiler. Tekeffül edilen borcun tesviyesi için lâzımgelen 25,000 franklık son kısım, kefillerden Ribi tarafından tesviye olundu. Ribi bu parayı diğer dört müddeaaleyhin müteselsil kefaletile kanton bankasından almıştı. Bu zevat yani Ribi ve dört kefili kooperatif şirketinin tasfiyesinden tahassul edecek fazladan karşılıyabileceklerini zannediyorlardı. Çünkü kooperatif şirketinin Louis Sauter namında birinden matlubu bulunuyordu.

Müddeaaleyhler 35,000 frangı ödedikten sonra kefil Adolphe Blattner in varisleri sıfatile müddeiler aleyhine takipte bulundular; ve ödedikleri meblâğın yedide biri olan 5000 frangı bunlardan istediler. Müddeiler itiraz ettiler. Fakat Kreuzlingen mahkemesi reisi 12 haziran 1929 tarihinde itirazın muvakkaten ref'ine karar verdi.

B. Müddeiler, bunun üzerine, borçtan kurtulma davasını açtılar; ve şu taleplerde bulundular:

Müddeaaleyhlerin Ermatingen icra dairesinin 3380 numaralı ödeme emri mucibince 21 mart 1929 tarihinden itibaren yüzde beş faizle tediyesini istedikleri ve Kreuzlingen mahkeme reisinin 13 haziran 1929 tarihli

327

ref'i itiraz kararında mevzuubahs edilen 5000 frank alacağın ademi mevcudiyetine karar verilmesi».

Kreuzlingen mahkemesi 3 teşrinievvel 1929 tarihli hüküm ile talebi reddetti.

Müddeilerin istinafı dava etmeleri üzerine Thurgovie kantonu yüksek mahkemesi olbaptaki esbabı mucibe dairesinde 21 kânunusani 1930 tarihli kararı ile borçtan kurtulma davasının 1428 frank ve 60 santime dair olan kısmını kabul ve üst tarafını reddetti.

Müddeaaleyhler bu hükme karşı ıslah tarikile temyize müracaat ettiler.

Federal mahkeme, temyizi kabul ve borçtan kurtulma davasını tamamen reddetti.

Esbabı mucibe:

1. Islah yoluyla vaki olan temyiz talebine karşı, müddeiler evvelemirde şu itirazda bulunmaktadırlar. Yüksek mahkeme kendi davalarında 3571 frank ve 40 santimlik bir kısmını olbaptaki esbabı mucibe dairesinde reddetmiştir. Halbuki münhasıran esbabı mucibe aleyhine temyizi dava olunamaz. Fazla olarak taleb yalnız 1428 frank ve 60 santim hakkında kabul edilmiştir. Münazaunfihin kıymeti, temyize müracaat için lâzım gelen kemiyeti haiz bulunmamaktadır. Binaenaleyh Federal mahkeme, esas hakkında temyizen tetkikatta bulunamaz.

Talebin kısmen esbabı mucibe dairesinde reddedilmesinden dolayı müddeaaleyhlerin ıslah tarikile federal mahkemeye müracaat edemiyecekleri kabul olunmak lâzım gelse bile, münazaunfihin kıymeti 4000 franga baliğ olmuştur. Çünkü son kanton mahkemesi huzurunda inkâr olunan müddeiyat 5000 franktı (OJF [1] madde: 59. Müddeilerin usule teallûk eden itirazları, hakikati halde, münazaünfih kıymetinin temyize müracaat için lâzım gelen miktara baliğ olmamasına değil; belki talebin 3571 frank ve 40 santimden ibaret olan kısmının (esbabı mucibe dairesinde) reddedilmesi keyfiyetinin, müddeaaleyhlerin hukukuna müessir bulunmamasına masruftur.

Yüksek mahkeme şu fikirde bulunmuştur: Müddeaaleyhler tarafından

---

[1] Bu harfler mahakim teşkilâtı federal kanununa işarettir.

muvakkaten tesviye edilen 25,000 frangın yedide biri hakkındaki dava şimdilik kabule şayan değildir. Fakat 25,000 franga mahsuben müddeaaleyhlerin Sauter'den istifa edecekleri meblâğ nisbetinde müddeiler, müddeaaleyhlere rücu edebilirler. İşte bu sebebe mebnidir ki borçtan kurtulma davası kısmen esbabı mucibe dairesinde reddedilmiştir.

Federal mahkemenin içtihadına göre, borçtan kurtulma davası adî bir hakkın tesbiti davası değildir. Adî bir alacak davasında mahkemeden şu karar istenir: Kanton usulü muhakemesinin tesbit ettiği bir zamanda bir alacağın mevcudiyet veya ademi mevcudiyeti. Halbuki borçtan kurtulma davasının mahiyeti federal hukukile tayin olunmuştur. Ve bundan maksat ise münhasıran şudur: *Ödeme emri tebliğ olunduğu zaman* takip edilmekte olan alacak hukukan mevcut mu idi? ve alacaklı takip yoluyla matlûbunu istemekte haklı mı idi? Tâbiri aharla bu hususta ittihaz olunacak karar ödeme emrinin haklı olup olmamasından ibarettir. Şayet kanton mahkemesi, ödeme emrinin hini tebliğinde, müddeaaleyhlerin 3571 frank ve 40 santimden ibaret bulunan alacaklarının. hukukan istenebilir ve haklı olduğuna kani bulunuyor idise yalnız, bu zaman için, borçtan kurtulma davasını sadece reddetmeli idi ve buna mecbur idi. Yoksa esbabı mucibe dairesinde hüküm veremezdi. Eğer bunu yapmış olsaydı, indettemyiz esasa ancak kısmen girilebilecekti; ve mümeyyezünbih karar, müddeaaleyhlerin haklarını ihlâl etmiyecekti. Bu hüküm, borçtan kurtulma davasının hukukî mahiyetine nazaran ve talebin reddini tezammun eden fıkrai hükmiyenin yazılış tarzına rağmen, müddeilerin müstakbel bir alacağın istirdadına dair olan taleplerine karşı icraî bir kuvvetle ileri sürülemiyecekti.

Kanton yüksek mahkemesinin davayı tamamile reddetmemiş olmasına göre müddeaaleyhlerin yalnız 1428 frank ve 60 santimden ibaret kısma mütedair hüküm hakkında değil; belki esbabı mucibe dairesinde sadece reddolunan kısım hakkında da temyize müracaat hakları olup olmadığı meselesi zihne tebadür edebilir. Müddeilerle birlikte teslim olunmalıdır ki ıslah yoluyla temyize müracaat, yalnız mümeyyezünbih ilâmın esbabı mucibesinden değil, belki neticei hükümden mutazarrır olan müddeaaleyhlere ait bir haktır. (*Th. Weiss*'in «Die Berutung des Bundesgericht» nam eserinin 80 ve müteakıp sahifelerine bakınız.) Bu mesele federal hukukuna ait bir prensibe mütedair olmasına göre, federal mahkeme, yalnız esbabı

mucibeye matuf temyiz talebinden ne anlaşılmak lâzım geleceğini ve mümeyyizin ne vakit neticei hükümden mutazarrır olacağını tetkika salâhiyettardır.

Eğer fıkrai hükmiyede esbabı mucibeye atıf yapılmış ise, buna karşı yapılan temyiz, esbabı mucibe aleyhine vaki bir temyiz sayılamaz. Böyle bir atfın vücudu, vakıa esbabı mucibeyi hüküm yerine ikame etmez; fakat onu itmam etmiş olur. Bir davanın, esbabı mucibeye nazaran esaslı veya esassız görülmesi, şekli tahrire ait bir tarzı istidlâldir ki, uzun, ağır ve tekerrürleri ihtiva edecek olan bir hükümde, sadece esbabı mucibedeki sözlere atıf suretile telhis imkânını verir. Bu suretle esbabı mucibe, kendilerine yapılan atıf nisbetinde, esas hükmün gayrı müfarik bir cüz'ünü teşkil eder. Binaenaleyh, hükmün esbabı mucibeye matuf bulunan mündericatı aleyhine getirilen bir delil, hakikati halde, esas hükme karşı serdedilmiş demektir. Davanın esbabı mucibeye atfen reddi halinde müddeaaleyhin ve kabulü halinde de müddeinin, bu suretle esbabı mucibe ile itman edilmiş bulunan hükümden hakikaten mutazarrır olup olmadıklarını ve kendi talepleri esbabı mucibeye nazaran değil; belki fıkrai hükmiyeye nazaran tatmin edilip edilmediği her hadisede ayrıca tetkik olunmalıdır. Kanton yüksek mahkemesi, davayı hazıraya müteferri ilâmının fıkrai hükmiyesinde, esbabı mucibeye atıf yapacağı yerde, davanın 3571 frank ve 40 santime teallük eden kısmının esassız olduğunu ve Sauter tediyelerini icra etmediği müddetçe müddeaaleyhlerin iade vecibesile mükellef tutulamıyacaklarını tesbit edebilirdi [2]. Fakat yukarda da denildiği gibi böyle

[2] Hâdiseyi izah ederken müddeaaleyhlerin kooperatif şirketinin tasfiyesinden tahassül edecek fazladan 25000 frangı istifa edebilecekleri kanaatinde bulundukları ve çünkü şirketin Louis Sauter namındaki adamdan alacağı olduğu zikredilmişti. Anlaşılan kanton mahkemesi davayı şu esastan yürütüyor. Louis Sauter tediyede bulunursa o zaman bu tediyenin bir kısmı müddeilere gelecektir. O vakit müddeilerin bu paradan kendilerine isabet edecek kısmı istirdat hakları olacaktır. Şu halde müddeaaleyhlerin, diğer müteselsil kefillere (yani müddeilere) rücu hakları, müddeilerin müddeaaleyhlere karşı olan istirdat haklarile takası ancak o zaman mümkün olabilir. Mademki henüz Sauter tediyatta bulunmadı. 25000 frangın yedide birine masruf olan borçtan kurtulma davası esassızdır. Binaenaleyh işbu esbaba binaen bu kısım hakkındaki dava reddolunmuştur. İşte federal mahkeme, esbabı mucibeye atfen verilen bu hüküm üzerinde tahliller yapıyor.

bir hüküm, borçtan kurtulma davasının hukukî mahiyetine muhalif düşerdi. Şüphe yoktur ki müddeaaleyhler, davanın muvakkaten reddine rağmen hükmün bu kısmından da mutazarrır olmuşlardır. Çünkü talepleri davanın sadece reddinden ibaretti. Sauter'in tediye ihtimaline istinaden yüksek mahkemenin neticei hükümde her türlü iade vecibesini kabul etmemesi müddeaaleyhler için ehemmiyetsiz sayılamaz. Nihayet 3571 franga kadar olan kısım davanın esbabı mucibeye atfen reddine dair olan hükmün kanton mahkemesinden nihaî derecede sadır olan bir hüküm olduğu da inkâr edilemez. Filhakika burada dava mahdut bir şekilde reddolunmuş ve «şimdilik» kaydile vaki bir redde müşabih bulunmuştur. Federal mahkeme bu mahiyette olan ret hakkında (O. J. F.) kanununun 58 inci maddesinin birinci fıkrası mucibince ıslah tarikına müracaatin şayanı kabul olduğunu Electrothermique Bouchs Zurich şirketinin Géneve iskonto bankası anonim şirketi aleyhine açtığı davada tesbit etmişti. (Resmî mukarrerat mecmuası cilt: 47, kısım: 11 sahife: 348 ve müteakıp).

Borçtan kurtulma davası üzerine sadır olan bu hüküm, atiyen müddeaaleyhlerin iade vecibeleri hakkındaki ihtilâfa müessir olmamasına ve bu suretle müddeilerin kendi aleyhlerine yapacakları takipte bu ilâma müsteniden kaziyei muhkemenin vücudünü iddia edememelerine göre acaba müddeaaleyhler mümeyyezünbih hükümden hakikaten mutazarrır olmuşlar mıdır? suali zihne tebadür edebilir. Bu mülâhazat doğrudur. Fakat derdest olan bir takibin devam ve intaç edilebilmesi ancak borçtan kurtulma davasının reddine mütevakkıftır. Demek ki yüksek mahkeme kararında kabul olunan istirdat vecibesinin, icraen takibe bir mâni teşkil etmemek için kazaî bir şekilde tespit edilmemesinde müddeaaleyhlerin bir menfaati vardır.

Bu sebeplerden dolayı federal mahkeme temyizen yapacağı tetkikatta davanın bütün esasına girmeğe mecburdur.

2. Tediye eden kefilin, kendisile birlikte kefil olanlar aleyhine kullanabileceği rücu hakkı, müteselsil borçlunun müşterek borçlu aleyhine icra edeceği rücu hakkına mümasil bir şekilde tespit edilmiştir. (Borçlar kanunu, madde: 148 "146,, fıkra: 2 [3]. Eğer tediye, diğer kefillere ve-

[3] Bu maddenin tercemesinde ikinci fıkra ilk fıkra ile birleştirilmiş ve kanu-

kâleten yapılmamışsa, tediyeyi icra eden kefil, vekâleti olmaksızın başkasının hesabına tasarrufta bulunan kimse gibi hareket etmiş demektir. Kendisile birlikte kefil olanlar aleyhine vaki müracaatı borçlar kanununun 497 «488» inci maddesi hükmüne tâbi olur.

Hâdisede müddeaaleyhlerin, 2 mart 1921 tarihli mukavelename ile gerek kendilerinin ve gerek diğer kefillerin kefalet etmiş oldukları borcu kanton bankasına tesviye ettiklerine şüphe yoktur. Demek ki bir edada bulunmuşlardır ve bu eda, esas itibarile, kendilerine, birlikte kefil olanlar aleyhine müracaat etmek hakkını vermiştir. Evvelce tesviye olunan 10000 frank için 4 mart 1929 tarihli kanton bankası makbuzunun müddeaaleyhler namına değil; belki Ermantingen ikraz kooperatif şirketi namına tanzim edilmiş bulunması, hadisede bir değişiklik vücude getiremez. Her ne kadar bu para, şirketin tasfiyesinden tehassul eden mebaliğ ile ödenmiş ise de, makbuzda, sarahaten tekeffül edilen meblâğın itfası için verildiği gösterilmiştir. Kanton mahkemesi müddeaaleyhlerin işbu 10000 franktan dolayı nisbet dairesinde rucu haklarını reddetmiş ve borçtan kurtulma davasının ancak 1428 frank ve 60 santime kadar olan kısmını kabul eylemiştir. Bu suretle bu tediyenin müddeaaleyhlerin değil; belki kooperatif şirketinin parasile yapıldığı kanaatinde bulunmuştur. Halbuki kanunî rücu hakkı, şu salim fikre istinat eder: Rücu, kefile bir kâr temin etmemelidir. Alacaklıya kendi cebinden para vermişse o zaman bu hakkını kullanabilir. Bu noktai nazar yanlıştır. Esasa müessir vakıa, kefillerden birinin edasıdır. Bunun hangi para ile yapıldığı haizi ehemmiyet olmaz. Eğer kefil, borcu, kendi parasından ödeyeceği yerde üçüncü şahsın parasından tesviye etmiş bulunursa, kendisile bu üçüncü şahıs arasındaki münaseba-

---

numuza da o suretle geçmiştir, maddenin aynen tercemesi şu suretle olmak lâzım gelir:

"Madde 148 — Borçlarının mahiyetinden hilâfı istidlâl olunmadıkça, müteselsil borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan tediyeden, üzerlerine mütesaviyen birer hisse almağa mecburdur.

Hissesinden fazla tediyede bulunan borçlu, işbu fazla için diğerlerine müracaat hakkını haizdir.

Birinden tahsili mümkün olmıyan miktar diğer bütün borçlular arasında mütesaviyen taksim olunur. „

332

tın, kendisile diğer müşterek kefiller arasındaki münasebat ile bir irtibatı olamaz. Eğer kefil, bir diğerinin parasını haksız surette kullanmış ise, rücu kendisine hiç bir kâr temin etmez; çünkü haksız surette kullandığı parayı mutazarrır olan üçüncü şahsa iadeye borçludur. Eğer diğerinin parasını haklı bir surette kullanmış ise bu ancak üçüncü şahsın kendisine yaptığı bir avans sayesinde olabilmiştir. Halbuki bu avanstan, birlikte kefil olanlar değil; ancak tediye eden kefil istifade etmelidir. Binaenaleyh, hakikati halde, eda, kefilin — eğer bir teberru yoksa — avansla veya aynı mıktar bir borç ile tezayüt eden malından yapılmış olur ki bu surette rücu keyfiyeti kefile yeni bir kazanç temin etmiş olmaz.

İşbu davada müddeaaleyhlerin 1428 frank ve 60 santim hakkındaki rücu hakları reddolunamaz. Çünkü müddeaaleyhler, kefalet edilen borcu ödemek için Ermantingen tasarruf ve ikraz sandığı kooperatif şirketinden gelen 10000 frangı kullanmışlardır. Kezalik yine bu sebepten dolayı, Sauter'in tediyatı üzerine müddeaaleyhlerin 25000 frangı elde edeceklerine istinaden müddeilerin istirdat hakları doğru da kabul edilemez.

3. Tediye eden kefilin hangi para ile tediyede bulunduğu hususunun haizi ehemmiyet olmadığına mütedair olan kaidenin bir istisnası vardır ki o da kendisine rücu olunan kefilin parasile tediye yapılmış bulunmasıdır. Bu takdirde rücu, şayanı kabul olmıyan bir kazanç demek mânasına gelir. Ve bu kabil bir dava, ister takas tarikile, ister bizatihi merdut olması dolayısile istima olunamaz. Şu halde, davayı hazırada, müddeilerin şerik Adolphe Blattner'in varisleri olmak sıfatile Ermantingen tasarruf ve ikraz sandığı kooperatif şirketinin tasfiyesi üzerine tahassul eden mebaliğ üzerinde bir hakları bulunup bulunmadığı ve bulunduğu takdirde bunun mıktarı neden ibaret olduğu hususlarının tetkiki lâzım gelmektedir..... [4].

I inci Hukuk dairesi. — M. M. Thélin, Honegger, Ursprung, Weiss, Robert ve Bolla. — Kreuzlingen avukatlarından Me. O. Böchli ve Frauenfeld avukatlarından Me. W. Germann.

---

[4] Kararın alt tarafı maddî vakıalara mütedair olduğundan mahazimizde intişar etmemiştir.

303

38. FEDERAL MAHKEME

İKTİSABÎ MÜRURU ZAMAN TATBİK EDİLMESİ İCAP EDEN KANUN — İsviçre - İtalya hududunda bulunan ve İtalyada sayılan bir gayrı menkul. — Nizasız ve fasılasız otuz sene temadi eden tasarruf. — Meşkûk addedilen hududun yeniden tesbiti. — Bundan sonra İsviçrede sayılan gayrı menkul. — İsviçe hâkimi huzurunda ikame olunan ve zilyede karşı mülkiyetin müddei namına tanınmasını istihdaf eden dava. — Müddeaaleyhin 30 senelik iktisabî müruru zaman iddiası. — İddianın kabulü

[K. M. 661, 662 ; tatbikat k. 19 , B. K. 134]
"K. M. 638, 639 ; tatbikat k. 18 ; B. K. 132„

1. Bir hâdisede İsviçre veya ecnebî hukukundan hangisinin tatbiki lâzım geleceği meselesi hâkim tarafından re'sen tetkik edilmelidir. Bu iki hukuktan biri veya diğerinin tatbikini intaç edecek olan şeraiti maddiye tarafların iddialarına uygun bir şekilde tesbit olunmak lâzımdır.

2. Adî müruru zamanla fevkalâde müruru zamana dair olan 661 ve 662 " 638 ve 639 uncu maddelerin mamulünbih olması için federal tapu sicillinin tatbik edilmekte bulunması şart değildir.

3. Müddei, milkiyetini iddia ettiği gayri menkulün İsviçre arazisi dahilinde olduğunu iddia ederse, bu mesele İsviçre hâkimi tarafından görülür.

4. Bir delil ikamesinin hakikaten imkânsız olmasından mütevellit müşkülât, İsviçre hâkimine müracaatı imkânsız kılmaz ; bu vakıa borçlar kanununun 134 " 132 „ üncü maddesinin 6 numaralı bendi hükmünce müruru zamanın cereyanına mânidir.

M. : *Patriziato di Rovio* — M. A. *Clericetti*
11 Nisan 1930

Son istasyondan tepeye giden yaya yolu takip eden Capolago Monte Ceneroso demir yolunun küşat resmi yapıldıktan biraz sonra iki baraka inşa edilmişti. Bunlardan biri 1892 de tahtadan, diğeri 1895 te taştan yapılmıştı. Bu inşaat araziye sahib bulunan Clericetti ailesinin muvafakatile olmuştu. Mezkûr aile bu araziyi İtalya devletine mensub St-Fedele d'İntelvi

334

komününden satın almıştı. Ozamandanberi barakalar ufak tefek eşya satmak için kullanılıyor.

2 ağustos 1752 tarihli Varese muahedesine ve ona merbut itilâfname lere nazaran İtalya-İsviçre hududu, suların taksim olunduğu mahal olarak tesbit edilmişti. Şimendöferin inşası sırasında yapılan hafriyat, suların tabiî cereyanını değiştirdi. Bu suretle hudud, bu noktada meşkûk bir hal aldı. Maahaza bu iki baraka, İsviçre ve İtalya mal memurları da dahil olduğu halde herkes tarafından İtalya arazisinde bulunduğu teslim olunmuştu. Hududun böyle meşkûk ve münazaalı bir hale gelmesi her iki Devlet arasında 8 teşrinisani 1926 tarihli itilâfa vücut verdi. Buna nazaran her iki Devlet arasındaki hudut 24 numaralı tahdid işaretinden tepeye giden bir hattı müstakim ile ayrılmıştı. Mevzuubahis barakalar bu suretle İsviçre hududuna dahil oldular.

Barakaların kendi arazisi dahilinde bulunması hasebile İsviçre komünü Domenico Clericetti ve mahdumu ticarethanesini Lugano hâkimi huzuruna celp ve kanunu medenînin 671 «648» inci maddesinin ilk fıkrasına istinaden şu taleplerde bulundu:

1. İsviçrede müddeiye aid arazi üzerinde inşa edilmiş bulunan iki barakanın müddeinin mülkü olduğuna ve;

2. Müddeaaleyhin haksız olarak barakaları kullanmış bulunmasından dolayı kendisine 7000 frank (bu miktar muhakeme esnasında 5000 franga indirilmiştir) tediyeye mecbur tutulmasına karar verilmesi.»

Müddeaaleyh davanın reddini istedi ve şu sebeplere istinat etti: 1926 tarihinde yapılan tahdidi hudud muamelesine kadar barakaların bulunduğu yer, İtalya arazisinden madud ve bu yer barakalarla birlikte kendi milki idi. Kaldı ki İtalya kanunu medenîsinin 2135 inci maddesi mucibince 30 senedenberi bu mahalleri kendisi işgal ediyordu; binaenaleyh iktisabî müruru zaman vardı.

Tessin kanton mahkemesi 14 kânunusani 1930 tarihli hükmü ile müddeinin taleplerini red ve müddeaaleyhin müdafaasını kabul etti. Hükmün esbabı mucibesi şöyle idi: Müddeaaleyh, barakaların inşa olunduğu arazinin sahibi olduğuna delil getirmiştir; halbuki müddei mezkûr mahallin milkiyeti kendisine aid bulunduğuna dair iddiasını tevsik edememiştir.

335

Bundan maada müddeaaleyh 30 senedenberi barakaları malik sıfatile kullanmış ve hâlâ da kullanmakta bulunmuştur. Mevzuubahis mıntakada, mahallî vaziyetin değişmesi hasebile, Varese muahedesinin tayin etmiş olduğu hududu tesbit imkânsızdır. Fakat barakaları inşa eden kimselerin ifadelerine nazaran mezkûr binalar o tarihte İtalya arazisi üzerinde idiler. Uzun senelerdenberi bu barakaları isticar edenlerin ifadeleri dahi bu merkezde idi. Maahaza gerek İtalya ve gerek İsviçre mal memurluklarının 1926 senesine kadar barakaları ve o barakalarda faaliyette bulunan ticarethaneleri, İtalya arazisi üzerinde addetmekte olduklarına dair olan delil ile teeyyüt etmemiş olsaydı şahitlerin yekdiğerini müeyyit olan ifadeleri şahsî mülâhazat mahiyetinden ileri gidemezdi. İtalya maliyesi, vergileri muntazaman tahsil etmişti. Diğer taraftan müddeaaleyh mezkûr barakaları 1892 tarihinden itibaren 30 seneden fazla bir müddetle alenî bir surette fasılasız ve nizasız tasarruf etmektedir. Bu itibarla İsviçre kanunu medenîsinin 662 «639» inci maddesine tekabül eden İtalya kanunu medenîsinin 2135 inci maddesinde mevzuu bahs edilen iktisabî mürurı zamandan istifadeye hakkı vardır.

Müddei, ıslah yoluyla federal mahkemeye müracaat etti.

Federal mahkeme müracaatı reddetti.

Esbabı mucibeden alınan fıkralar :

. . . . . 2. Meselenin asıl esası, Tessin istinaf mahkemesi tarafından, iktisabî mürurı zaman hadisesinde, İtalya hukukunun tatbik olunmasının muvafık olup olmadığı hususudur.

a) Müddeaaleyhin gayrı menkulü, iktisabî mürurı zaman tahakkuk ettiği vakıt İtalya arazisinde bulunuyor idise, İtalya hukukunun tatbik olunacağında hiç tereddüt edilemez. Bu hususta mümeyyiz, şu iddiada bulunmuştur : Beyyine külfetinin müddeaaleyhe teveccüh etmesi lâzım gelirdi ; çünkü ecnebi bir kanuna istinaden iktisabî mürurı zaman iddiasında bulunan kendisi idi. Bu iddia — ileride esbabı da gösterileceği üzere — doğrudur. Fakat ileri sürülen hükmün delili yoktur. İsviçre veya ecnebî hukukundan hangisinin tatbiki icap edeceği meselesi re'sen tetkik olunur. Ve bu iki hukuktan biri veya diğerinin tatbikini iktiza ettiren maddî ha-

336

diseler, İsviçre hukukunu iltizam eden mümeyyizin iddiası kadar ecnebi hukukunun tatbikını iddia eyliyen müddeaaleyhin müdafaasına da muvafık surette tespit edilmek lâzım gelir. Fakat beyyine diğer sebeplerden dolayı müddeaaleyhe teveccüh eder. 1926 senesindeki tahdidi hudut muamelesinde tutulan zabıtnameye nazaran, mevzubahis yer İsviçre arazisi dahilindedir. Halbuki 1926 da hudut değişmemiştir; belki meşkûk bir hudut tesbit olunmuştur. Binaenaleyh, hilâfını müddeaaleyh ispat edinceye kadar, mevzuubahs yerin — bazı tadilât ihtimaline rağmen — minelkadim İsviçre toprağında bulunduğunu farzetmek icabeder.

b) Demek ki müruru zaman cereyana başladığı tarihten itibaren 1926 senesine kadar münazaünfih arazinin İtalyada bulunduğuna dair müddeaaleyhin delil getirip getirmediği meselesi tetkik olunmalıdır. Eğer kanton istinaf mahkemesi, bu noktayı açıkça ve sarahaten halletmiş olsaydı, bu sureti hal, artık münakaşa edilemiyecekti. Çünkü mesele (istima olunan şahitlerin ve ibraz olunan vesikaların takdirine) tealluk ediyordu. Fakat istinaf mahkemesi böyle yapmamıştır. Filhakika bir taraftan mevzuubahs mıntakada «*Varese muahedesile çizilmiş olan hudut hattının tayinine imkân bulunmadığını*» tespit etmiş ve diğer taraftan ise (İtalya tezi lehindeki) şahit beyyinesi hakkında «*şayet mübrez vesaikte kat'i bir istinat noktası bulunmamış olsaydı şahitlerin sözleri şahsî mülâhazat mahiyetinden ileri gidemezdi*» demiştir. İstinaf mahkemesi bu vesaiki tetkik ettikten sonra onların ilzamî kıymetini tesbit eylemiştir. İstidlâlin bu tarzı, vehleten, mütenakız gibi görünüyor. Fakat hakikati halde tenakuz esasta değil, kullanılan tabirlerdeder. Kanton mahkemesi şunu demek istemiştir: Hududun ilk şekli bütün teferruatile tam bir surette tesis olunamiyor. Bununla beraber, müddeaaleyhin ibraz ettiği vesaik ile teeyyüt eden şahitlerin ifadesi ispat etmiştir ki bu hudut, münazaünfih arazinin şimalinden geçmekte idi. Binaenaleyh İtalyaya aitti.

Hâdise hâkiminin tespit ettiğine göre (ki bu tespit federal mahkemeyi takyit eder; çünkü dosyadaki vesaike mugayir değildir) müddeaaleyh, müruru zaman müddetinin başlangıcından, iktisabî müruru zamanın tekemmül ettiği 1926 senesine kadar mevzuubahs arazinin İtalya toprağında olduğunu işte bu veçhile ispat etmiştir. Bundan iki netice çıkar:

Birincisi; kanton mahkemesi, İtalya kanununun tatbikinde haklı idi.

337

İkincisi; İsviçre hâkiminin, İtalya kanununu doğru tefsir edip etmediği noktasını federal mahkeme tetkik edemez; çünkü bir ecnebi hukukuna aittir. (Mahakim teşkilâtı federal kanunu, madde: 56 ve 57)

3. Kaldı ki, iktisabî müruru zaman hâdisesinin İsviçre hukukuna nazaran halledilmesi lâzım gelseydi dahi, dava başka suretle neticelenemiyecekti. Filhakika tatbikat kanununun 19 «20» uncu maddesi hükmünce iktisabî müruru zaman yeni kanuna tâbidir ve «eski kanunun mer'iyeti zamanında yeni kanunda dahi muteber bir müruru zaman başlamış bulunursa bu takdirde yeni kanunun mer'iyetine kadar geçen zaman, bu kanunun kabul ettiği müruru zaman müddetine mütenasiben mahsup edilir.» Halbuki kanton hâkimi maddeten tespit etmiştir ki müddeaaleyh, iki barakanın inşa edildiği mahalli nizasız ve fasılasız bir surette otuz sene müddetle tasarruf eylemiştir. Böyle bir tasarruf, gerek Tessin kantonunun eski kanunu medenîsinin 926 ıncı maddesine ve gerek fevkalâde müruru zamana dair olan İsviçre kanunu medenîsinin 662 «639» uncu maddesine nazaran iktisabî müruru zamanı tazammun eder. Mümeyyiz bu son madde hükmünün davada tatbik edilmiyeceğini ve çünkü tapu sicillinin henüz kat'î surette Tessin'de tatbik olunmadığını, beyhude yere iddia etmektedir. Federal mahkeme, ahiren 3 şubat 1920 tarihinde Kaiser ile Landis arasında tekevvün eden bir davada (resmî mukarrerat mecmuası, cilt: 52, kısım: II, sahife: 16 ve müteakıp) adî müruru zamana dair olan 661 «638» inci maddenin mamulünbih olması için federal tapu sicillinin tatbiki şart olmadığını beyan etmişti. Eğer, evvelce tapuya tesçil olunduğu faraziyesine istinat eden müruru zamanın hükmü bu olursa, 662 «639» inci maddedeki fevkalâde müruru zamanın hükmü evleviyetle böyle olmak lâzım gelir.

4. Nihayet mümeyyiz, kanunu medenînin 663 «640» üncü maddesini, borçlar kanununun 134 «132» üncü maddesinin 6 numaralı bendile mezc ederek şu iddiayı ileri sürmektedir: Müruru zaman 1912 tarihinden itibaren inkıtaa uğramıştır. Binaenaleyh tatbikat kanununun 19 «20» ve 49 «41» uncu maddelerinin tatbikına mahal yoktur. Çünkü huduttaki meşkûkiyet dolayısile, gayrı menkule ait aynî bir hak mahiyetinde olan bu dava İsviçre mahkemeleri huzurunda ikame edilememiştir. Fakat bu tarzdaki iddiasile, müddei, kendi tezi aleyhine idarei kelâm etmiş oluyor.

Çünkü esas davası mucibince yalnız 1926 senesindenberi değil, belki Varése muahedenamesinden beri bu arazi İsviçre toprağından madut idi. O halde gayrı menkulün bulunduğu mahal hâkimine müracaattan müddeiyi meneden bir sebep yoktu. Vakıa 1926 senesinden evvel, münazaünfih mahallin İsviçre arazisinden madut olduğunu ispat müşküldü. Fakat, delil ikamesinin hakikaten imkânsız olmasından mütevellit güçlük, borçlar kanununun 134 "132,, üncü maddesinin 6 numaralı bendinde gösterilen dava ikamesi imkânsızlığı demek değildir. Kaldı ki dava, İsviçre - İtalya hududunun yeniden tahdidi tarihine kadar talik olunabilirdi. Dava ikamesindeki teahhurun sebebi, hakikati halde, iddia olunan bu imkânsızlık değildir. Davanın zamanında açılmamasının sebebi şudur: 1926 tarihinde iki memleketi ayıran yeni hudut, Rovio komününü o tarihe kadar hiç bir zaman düşünmediği böyle bir iddiada bulunmağa sevketmiştir.

II inci Hukuk dairesi. — M. M. Soldati, Rambert, Strebel, Brodtbeck Leuch, Halbützel ve Engeler. — Me. Brenns Bertoni ve Me Piero Gilardi, Lugano avukatlarından.

---

39. FEDERAL MAHKEME

REKABET MEMNUİYETİ. — Bir ticarethane seyyar memurunun, 5000 frank tazminatla müeyyet olarak, iş sahibine karşı mukavelenin hitamı tarihinden itibaren iki sene müddetle çalıştığı şubede ve ziyaret ettiği kantonlarda rekabetten imtina edeceğine dair olan şart.— Bu şarta muhalefet.— Mukaveledeki tazminatın talebi.— Müşterileri tanıması keyfiyeti, kendisini müddeinin esrarına nufuz ettirmediğine ve memnuniyetin saha itibarile kâfi derecede tahdit olunmadığına müstenit müddeaaleyhin itirazı.— İtirazların reddi.

[B. K. 356 ve 357]
"B. K. 348 ve 349„

1. İşçi ile iş sahibi arasında yapılan bir mukavele, işçiye iş sahibinin müşterilerini tanıtmış ise rekabetten memnuiyet şartı muteberdir. İşçinin bundan fazla olarak, iş sahibinin esrarına nufuz etmiş olmasına imkân yoktur.

K: 39

2. Borçlar kanununun 356 "348„ inci maddesindeki "clientèle„ müşteriler tâbirinden bir ticarethaneye bağlanmış bulunan ve onun piyasadaki kıymetini ziyadeleştiren müşteriler anlaşılmıştır.

3. İktisadî buhran ile bunun neticesi olan işsizlik, rekabet memnuiyetleri şartlarının muteber olması hususundaki takdirin daha kat'î bir şekilde kullanılmasını haklı gösterir.

4. Gezdiği kantonlarda, rekabetten imtina edeceğine dair seyyar bir işçinin girdiği taahhüt şartı, hâdisede olduğu gibi şarkî İsviçredeki bir kaç kantona taallûk etmiş bulunursa, mekân itibarile kâfî derecede tahdit edilmiş sayılır.

M. : *P. Gimmi ve şürekâsı* — M. A. : *Ernest Fricker*

8 teşrinievvel 1929

St - Gall da mukim Ernest Fricker 1922 senesi nihayetine kadar brödöri sahasında çalışmıştı. Bu zat P. Gimmi ve şürekâsı ticarethanezine arzı hizmet etti. İşbu ticarethane toptan kâğıt ve karton satışile iştigal ediyordu. 6 teşrinisani 1922 tarihli mukavele ile seyyar memur olarak 500 frank aylıkla mezkûr ticarethanenin hizmetine girdi. Bundan başka siparişler üzerinden yüzde bir de komisyon alacaktı. Seyahat masrafları ticarethaneye aitti. Mukavele, rekabet memnuiyetine dair olan şu şartı ihtiva ediyordu. «Mösyö E. Fricker gerek St-Gall da ve gerek iş sahibi hesabına gezdiği kantonlarda Gimmi ve şürekâsı ticaret evine mümasil veya müşabih bir ticarethane açmıyacak, böyle bir teşebbüste bulunmıyacak, ve böyle bir ticarethanede iş kabul etmiyecektir.» Bu memnuiyetin müddeti, işçinin ticarethaneyi terketmesi tarihinden itibaren iki sene olmak üzere tayin ve cezaî şart olarak ta (5000) frank tesbit olunmuştu. Bu meblâğ, şarta muhalefet vukuunda derhal tesviye edilecekti.

Sonraları aylık 475 fıranga tenzil ve komisyonlar ilga edildi. Gimmi ve şürekâsı mukaveleyi 31 mart 1923 tarihinde feshettiler. Bunu müteakib işçi Fricker St-Gall'deki Haurri- Heilmann ve şürekâsı ticarethanesine girdi. Bu ticarethane dahi toptan kâğıt ve karton satışile iştigal etmekte idi. İşbu hizmetine karşı Fricker ayda maktuan 750 frank alıyor ve seyahat masrafları iş sahibine ait bulunuyordu.

Bunun üzerine P. Gimmer ve şürekâsı Fricker aleyhine 5000 franklık tazminat davası açtılar.

34