Adliye Ceridesi

T. C.
Adliye Vekilliği tarafından her ay
neşrolunur

Yirmi Dokuzuncu Sene
11 inci Sayı

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

A N K A R A
Hapishane Matbaası
1 9 3 8

1005

İÇİNDEKİLER

No:		Sahife No:
93	İcra ve Iflâs kanununun tâdili mes'eleleri, ... (*Prof. Sabri Şakir ANSAY*)	1687
94	Hukukî muamelerde illet, illetden tecrid ve illetsizlik. (*Dr. Ferit AYİTER*)	1709
95	Müdafaa masuniyeti . . . . . (*A. Rifat ALABAY*)	1722
96	Hukukda «positivisme» veya Duguit'nin hukuk telâkkisi. (*Rasih YEĞENGİL*)	1755
97	Penitansiyer ilim ve bu ilmin tedrisi . . . . . (*Esat Adil MÜSTECABLIOĞLU*)	1770
98	Melce Hakkı . . . . . (*Çeviren Tarik E. YENİSEY*)	1777
99	Belli başlı cihan borsalarının hukukî bakımdan tahlili. (*M. Nevzat TAPLAMACIOĞLU*)	1790
100	Hukuku medeniyede intizamı âmme mefhumu . . . . , (*Sadık TÜZEL*)	1824
101	Tarihin seyri içinde mülkiyetin tekâmül safhaları . . . . (Konferansa *Çeviren: Dr. H. Cahit OĞUZOĞLU*)	1859
102	Vefata sebebiyet işleri (Konferan) . . . . . (*Dr. Saim DİLEMRE*)	1869
	Türk Temyiz mahkemesi kararları ceza kısmı	F: 21, 22

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

1006

No: 93

İcra ve İflâs kanununun tadili meseleleri [*]

Probleme der Revision des Schuldbetreibungs—und Konkursgesetzes

Yazan:
Prof. Sabri Şakir ANSAY

İcra ve iflâs hakkındaki 11-Nisan-1889 tarihli kanun hiç şüphe yokki Federal teşriinin en çok ve en şiddetli tenkide uğrayan eserlerindendir. Onun yirmi yıldan daha uzun süren doğum tarihi [1] mühtelif neviden hukuk telâkkilerinin mücadelesi damgasını taşır. Ancak mutavassıt bir hal sureti muvaffakiyete mazhar olabilirdi, ve Referandumda kazanamamak tehlikesi mevcut idi. Netekim 17-Nisan 1889 da kanun lehine 244137 ve aleyhine 217921 rey verildi, ve bu suretle kanun ancak 25000 reylik ufak bir ekseriyetle kabul edildi. [2] Bu ahval altında, kanun daha henüz mer'iyete girmemişken ya bazı hükümlerinin tebdili istenerek veya kanunun esasında ve teferruatında ıslahı lüzumlu gösterilerek gözden geçirilmesinin mevzuubahs edilmesi hiç de hayrete şayan görünmez. İşbu tadil arzuları yalnız hukuk ilmine müteallik eserlerde, meslekî mecmualarda yahut takib hukuku mes'elelerini mükerreren ele almış olan İsviçre Hukukçular Cemiyetinin içtimalarında [3] ortaya atılmış değil, belki Assemblée Fédéralede ya Conseil Féderal (Bundesrat)ın veya Federal mahkemenin (Bundesgericht) [4] mesai raporları üzerindeki

[*] Bugün Bâle Üniversitesi Hukuk fakültesinde Profesör olup Wieland'ın aynî haklar eserinin ikinci tabını yazmakta olan Dr. Robert Haab'ın Bern fakültesinde Privatdozent iken 1925 de yazdığı eserdir.

[1] Bu bapta İcra ve İflâs kanunu hakkındaki rapora, BBL. 1886, II, sahife 3 ve sonrakilere bakınız .

[2] BBL 1889, IV. sahife 1096,

[3] Z. Schw. n. F. cilt 12, sahife 652 ve sonrakiler; cilt 20, sahife 649 ve sonrakiler; cilt 25, sahife 512 ve sonrakiler; cild 26, sahife 666 ve sonrakiler; cilt 30, sahife 705 ve sonrakiler.

[4] Geschäftsprüfungs—Kommission der eidg. Räte raporlarına BBL. 1892,III, sahife 199 ve sonrakiler; 1894, II, sahife 747 ve sonrakiler; 1899, III, sahife 908,1900, III, sahife 206;1902,III sahife 525; 1903,III, sahife 133; 1910, III, sahife 824; 1916, III, sahife 105, 143 e bakınız.

1092

münakaşalar sırasında veyahut takip hukukile alâkalı kanun tekliflerinin müzakeresi esnasında tadil meselesi mevzuubahs edilmeksizin geçmiş bir yıl nadir gösterilir [5]. Buna rağmen kanun vazıı ancak bir iki ufak tadil yapabildi. 1896 da yüksek mürakabe, Conseil Fédéral'den, Féderal mahkemeye devredildi. Medenî Kanunun neşri üzerine epey hükümler yeni maddî hukuka uydurulmak maksadile değiştirildi. 1920 de semeresiz haczin ve iflâsın âmme hukukuna müteallik neticelerine dair bir kanun neşredildi. 3-Nisan-1924 tarihinde resmen muhafaza (madde 98), satışın tehiri (madde 123), konkordatoya tevessül hakkındaki hükümler tadil ve aynı zamanda bir nevi konkordato teşkil eden hukukî müessese, yani fevkalâde mühlet (madde 317 A. dan 317 N. ye kadar) [6] yeni olarak kabul edildi.

İşbu doğrudan doğruya kanunlardan başka hususî federal kanunları da bilhassa şahsî ve içtimaî sigorta hukuku,federal vergi kanunları, posta,şömendöfer, gemi seferleri hakkındaki kanun İcra kanununu kısmen ikmal etmiş ve kısmen de değiştirmişdir [7]. Bunlardan başka tadil ünvanı altında Federal mahkemenin bir çok nizamnamelerini [8] söylemek lâzımgelir; filhakika bunlardan bir kısmı yalnız kanunun tatbikatına münhasır kalmamış, bilâkis kanun hilâfına değilse de hiç olmazsa kanun dışında (Praeteregem) yeni hukuk ihdas etmiş ve bu suretle tadil arzularından bazıları tatmin edilmiştir [9]. Nihayet hatıra kabilinden olmak üzere büyük kısmında ilga edilmiş veya 3-Nisan-1924 tarihli kanun ile kabul edilmiş olan fevkalâde salâhiyete müstenid harp kanunlarını kayd etmek lâzımdır. Bunlardan halen mer'iyette bulunanlar varsa bazılarının ayni suretle alelâde federal kanunlara idhali mutasavverdir [10];

[5] Meselâ Voten Holenstein ve Häfliger'e, Stei. Bull. NR, cilt 33, sahife 193, 196, ya bakınız.

[6] Bu bapta Hallerhals'ın "Die Novelle zum Betreibumgsgesetz„ adlı yazısına, SJZ cilt 18, sahife 57 ve sonrakiler; Moesch'in "Die Notstundung„ adlı tezine, Zürich 1923, bakınız.

[7] Bu kanunların ekserisi Jäger'in cep tab'ı İcra ve İflâs kanunu eserinde basılıdır.

[8] Aynı eserde basılıdır.

[9] Bilhassa gayri menkullerin cebrî satışına dair 23-Nisan-1920 tarihli nizamname ki bununla Hellerhals tarafından 1919 da yapılan bazı teklifler, "Das Pfandrecht der Grundpfandgläubiger an den Miet—und Pachtzinsforderungen„ tahakkuk etmiştir.

[10] İstikraz tahvillerinde alacaklılar birliği hakkındaki 20-Şubat-1918 tarihli nizamname. Borçlar kanununun XXIV—XXXIII fasıllarının tadiline dair bir federal kanun lâyıhası, 998 ve sonraki maddelerine bakınız. Bundan başka 12-Temmuz-1918 tarihli ecnebi devletlerin emvaline karşı ihtiyatî haciz,cebrî icra tedabirine müteallik BRB. Bu bapta BBL. 1923 ,1, sahife 419 ve sonrakiler, Sten. Bull. St.R., cilt 33 sahife 153 ve sonrakiler NR cilt 34, sahife 134 ve sonrakilere bakımz.

diğerleri ise 1925 yılı sonunda mer'iyetten kalkacaklardır [11].

İcra ve İflâs kanununun bir zaruret teşkil eden umumî tadilinin bu güne kadar yapılamamasının muhtelif sebepleri vardır. 1890 da bahsedilen umumî tadil arzusu hakkile reddedilmişti; çünki o vakıt bunun için iktiza eden tatbikî tecrübeler henüz elde edilmiş değildi. Yirminci asrın ilk on senesinde vazıı kanunun nazarı dikkati münhasıran medenî hukukun tedvinine mâtuf idi. Bundan başka icra ve iflâs kanununun tadili geniş mikyasta medenî hukuk (maddî hukuk) ile alâkalı olduğundan henüz o hukuk tedvin edilmemiş olduğu bir zamanda buna kalkışmak muvafık olmazdı. İkinci on sene, vazıı kanunun geniş mikyasta mesaisine müsaade etmemişti. Hali hazırın müstacel ihtiyaçlarını karşılamak ve bunlara karşı bütün müstakbel plânlar geri kalmak mecburiyetinde idi. Bu gün dahi derhal bir tadil icrası hakkındaki temennilerin sırası değildir. Filhakika bu sırada kısmen ihzar ve kısmen de parlamentoda müzakere safhasında o kadar çok kanun teklifleri vardırki İcra ve İflâs kanununun hemen umumî surette tadili teknik itibarile imkânsız görünür [12]. Bununla beraber bu hâl, icra ve iflâs hukukumuzun daimî surette tehir edilemeyecek olan tadilinin şimdiden düşünülmesini ve vazıı kanunun hangi meselelerle karşılaşacağının ve bunların halli için ne gibi imkânların varid olabileceğinin taharri edilmesini menetmez [13] .

Maamafih kanunda bir tenkit sondajı yapmadan ve bizim takip işlerimizde başka türlü olması icap eden şeyleri münakaşa etmeden önce tesbit edilebilirki İcra ve iflâs kanunu şöhretinden oldukça daha eyidir. Münekkit, her icra vazıı kanununun mücadeleye mecbur olduğu fevkalâde müşkilâtı kolayca nazara almayabilir. Vazıı kanunun birbirile telife mecbur olduğu ve istihsâl ve himayesini sabit ve sağlam bir formül içine sokacağı menfaatların—bunlar yalnız alâkalının ve borçlunun menfaatları olmayup üçüncü şahısların da menfaatlarıdır — o derece birbirine zıt muhtevaları vardır ki cümlesini tatmin edecek bir hal sureti göstermek insanın iktidarı haricindedir. Lyon Caen'in pek doğru olarak söylediği gibi [14] «Vazıı-kanun ne şekilde hareket ederse etsin daima mes'uliyeti kanunun fenalıklarına atıftan geri kalmıyacak kurbanlar bulunacaktır» (Il y'aura

[11] 18 Birinci Kânun 1920 tarihli nizamname gibi.

[12] Häberlin'in teklifi, Sten. Bull. NR cild 33, sahife 197

[13] Bilâkis daha şimdiden icra ve iflâs istatistikleri tutulabilirdi ve tutulması icabederdi; çünki mer'î kanunun iktisadî neticeleri ancak istatistik malûmata müstenit olarak itirazdan sâlim bir surette tesbit edilebilir ve bu itibar ile itimada şayan bir istatistik muvaffak bir tadil için zarurî bir temeldir.

[14] Traité de droit commercial (Des failites, banqueroutes et liquidations judiciaires), tab' 4 , cilt VII sahife 17.

toujours des victimes qui ne manquent pas de rendre la loi réponseble de leurs maux.) [15]. Her icra kanunu yapılırken zarurî surette karşılaşılan işbu güçlüklerden başka İsviçre vazı kanunu diğer muhtelif zorluklara da tesadüf etmiştir. Bir kerre hiç bir vakıt unutmamalıdır ki İcra ve İflâs kanunu neşrolunurken kendinden önce mevcut biricik bir kanunun ikmal ve ıslahı değil, bilâkis kısmen esaslarında birbirinden ayrı 25 kantonun takip kanunları sahasında vahdet halinde bir hukuk meydana getirmek mevzuubahs idi ve bu hukuk tatbik edileceği kimseler nezdinde kabule mazhar olmak için mutavassıt bir hat bulmak mecburiyetinde idi. Kanunun bu vazifeyi maharetle başarmış olduğu hakkındaki şahadetten geri durmak caiz değildir [16]. Bundan başka şunu da kaydetmek lâzımgelirki İcra ve İflâs kanunu vahdet halinde bir mahkeme teşkilâtı ile müttehit bir muhakeme usulüne istinat edemiyordu. Bilâkis 25 kanunla irtibat teminine mecbur idi. Burada da bazı ârızalar varsa da İcra ve İflâs kanununa karşı Thaller'in « adlî meratib silsilesi ile hukuk usulü hakkında umumî bir telâkki dışında yapılmış havada ve temelsiz bir binaya benzer» diye izhar ettiği endişe [17] tahakkuk etmemiştir: (Qu'une loi de fallite construite en dehors d'une conception d'ensemble sur la hiérarchie judiciaire et sur le rituel processif a l'air d'un édifice bâti en l'air et sans fondations). Nihayet hemen hemen halli gayrı kabil sayılan [18] meseleyi halletmek, aile ve gayrı menkule müteallik aynî hakkın (Sachrecht) tevhidinden önce müttehid bir icra usulü tanzim etmek lâzım gelmekte idi. İcra ve İflâs kanunu civar devletlerin İcra kanunları ile mukayese edilirse anlaşılırki bu kanun onlarla uzun zamanlar hiç olmazsa müsavi kıymette idi. İcra ve İflâs kanunu, geçen asrın sonlarına doğru çok intişar etmiş olan nazariye [19] hilâfına olarak icranın, menbaını alacaklının hususî hakkından değil, bilâkis bir devlet kudretinden aldığına dair bu gün gitgide açık surette galebe etmiş olan telâkkiye bağlanmış [20] ve [21] Stein'in

[15] Klein "Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses„ 1900, sahife 17 ve sonrakiler de zengin fikirlerle dolu izahatına da bakınız.

[16] Thaller, "Les faillites en droit comparé„ 1887, cilt I, sahife 104.

[17] Aynı eser.

[18] Nussbaum, "Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung„ 1916, sahife 7.

[19] Schultze, "Privatrecht-und Prozess in ihren Wechselbeziehungen„ 1883, sahife 64 ve sonrakiler.

buch, 2 inci tabı, sahife 876; Helliwig - Oertmann, "System des deutschen Zivil prozessrchtes„ cilt II, 1919, sahife 139 ve sonrakiler.

[21] Stein, Zivilprozess (Gesetzesreform), 1922, sahife 80.

1010

yeni bir Alman usulü hukukiyesi hakkında, icranın her şeyden önce sırf bir devlet işi olarak telâkki edilmesi ve fiile çıkarılması ve menkul icralardan pandekt ruhunun tard olunması yolunda gösterdiği lüzum bizce daha çok evvel yerine getirilmiştir. Bundan başka kara Avrupasının ekseri kanunlarından ileri giderek iflâs haricinde konkordatoyu kabul etmişdir ki bu, Alman, Fransa ve Avusturya kanunlarına ancak yakın zamanda girmiştir [22]. İcra ve İflâs kanunnu ta iptidadan beri gayrı menkul ve menkul icrasında borcu karşılama veya kapama perensibi denilen perensibi (Deckungsprinzip) kabul etmiştir. Bu prensip bu gün dahi hâlâ Fransa hukukunca malûm değildir [23] ve Almanyada da yalnız gayri menkul icrasında caridir [24]. İşbu bir kaç işaret, kanuna ve onu yapanlara karşı lâyık oldukları insaftan ayrılmamağa kâfidir [25]. Diğer noktalarda bizim İcra hukukumuzun tatminkâr olmadığı her hangi bir temamiyet iddiasında bulunmayarak aşağıda izaha çalışılacaktır. Filhakika bu yazı sırf bazı mes'eleleri ortaya koymak ve bu bapta münakaşe açmak vazifesini ifaya mâtuftur.

KANUNUN HARİCÎ ŞEKLİ

İcra kanunumuzun tadili hakkındaki ilk program noktası şekle, kanun tekniğine müteallik bir mahiyeti haizdir. İcra ve İflâş kanunumuz fevkalâde muhtasardır. Sırf haricî şümulü itibarile kanun ecnebi icra kanunlarının hemen yarısı kadar maddeleri ihtiva eder. Mübhem ve muğlâk meseleler meselâ gayrimenkul icrasına ve alacakların haczine müteallik hükümler bir iki madde ile bitirilmiştir. Asla kolay olmayan müşterek mülk hisselerinin ve müşterek mamelekteki hisselerinin haczine ve satışına müteallik mes'eleler hiç tanzim edlimemiş, bilâkis büyük bir itimatla merciin hal ve takdirine bırakılmıştır. Bunun neticesi olarak icra ve iflâs işlerinde mahkeme içtihadları diğer hukuk sahalarının hemen hiç birinde olmayan bir ehemmiyeti haizdir. İcra hukukunu

[22] Almanyanın 14 - Birinci kânun - 1916 ,8 - Şubat ve 14 Haziran 1924 tarihli kanunları, Fransanın 2- Temmuz- 1919 ve Avusturyanın 15- İkinci teşrin- 1914 tarihli kanunlarına bakınız.

[23] Fransız hukuk muhakeme usulü, madde 624, 717.

[24] Alman hukuk muhakeme usulü, madde 814 ve sonrakiler; cebrî müzayede kanunu, madde 44.

[25] Meselâ E. Jäger, "Der Vergleich zur Abwendung des Konkurses„, DJZ cilt 10, sahife 757 de isviçre icra ve iflâs kanununu "en iyi ve en modern bir ecnebi kanunu olarak tavsif eder.„

tatbik ile mükellef olanlar için yalnız kanunu bilmek kâfi gelemez. Zarardan kendini korumak isteyen tatbikatçı kanunun 30 seneden fazla zamandanberi devam eden mer'iyeti sırasında zenginleşen tatbikatını da bilmesi lâzımdır. Hususile bu tatbikat ekseriya kanuna karşı çok hâkim bir vaziyet de aldığına göre çok ehemmiyetlidir [26]. Federal yüksek mürakabe mercii bu vaziyeti açık olarak kabul etmiş ve buna deva bulmağa uğraşmıştır. İcra ve İflâs kanununun 15 inci maddesi mucibince bir çok tamimler ve talimatnameler neşir ve bunlarla mevcut ihtilâfları tenvir ve kanundaki boşlukları imlâ gayesini takip etmiştir. Federal mahkemenin bu neşriyatı sırf tatbikatın tedvinine münhasır kalmamıştır, bilâkis Federal mahkeme kendi başına müstakil bir takım hukuk ihdas etmiştir. Her ne kadar bu talimatlar ve tamimler muhteva itibarile çok yüksek bir mevkide bulunmakta ve hakikî hukuk noktai nazarından bakıldığı takdirde tenkide pek az mahal vermekte ise de mikdarları ve şümulleri itibarile gitgide teemmül ve endişeyi mucib olacak bir vaziyet meydana getirmişlerdir. İşbu hukukî menbaların fartı tenemmüvü (Hypertrophie) ve fazla olarak federal hususî kanunların ve kanton medhal kanunlarının ve yine bazı kantonların mufassal talimatlarının [27] bunlara inzimamı neticesi olarak az veya çok icra hukuku ile meşgul olan kimse yalnız bunları kavrayamamakla kalmamış, belki, tecrübelerle anlaşıldığına göre bazı nizamnameler ve talimatlar icra dairelerinde ölü satırlar haline gelmiştir [28]. Mevcut hukukun işbu şuura veya bilgisizliğe müstenit olan ademi tatbiki keyfiyetinden sarfınazar — ki bu, ekseri icra memurları hukuk tahsili görmemiş olanlar teşkil ettiği için çok kerre beşerî bir mülâhaza ile mâzur görülse dahi kukukî nizamın nüfuz ve otoritesine zarar vermesinden dolayı korkuludur— tasvir olunan vaziyet icra hukukunun her türlü halkçılığını gaip etmesini ve hukukçunun da onu ancak hoşnutsuzlukla karşılamasını mucip olur. Bu itibarla bizim icra hukukumuza kül halinde bakıldığı takdirde bir itiraz dermeyan edilmese bile sırf kanun tekniğine müteallik mülâhazalardan dolayı bir tadilden sarfınazar edilemez. Bu

[26] Meselâ Federal mahkemenin kararlarına bakınız: 37, I; No. 95; 48, III, No. 14; 49, III, No. 25 ve bu babda ZR 13 No. 148 e bakınız. Burada şöyle deniyor: (Sırf mürakabe merciinin tatbikatile bir sukutuhak müddetinin kabulü endişesi daima mevcuttur. Halkdan yalnız kanunları değil, Federal mahkemenin her hangi meri ictihadını da bilmesini talep etmek fazla bir şey olur)

[27] Zürich yüksek mahkemesinin 30 - Birinci kânun - 1915 tarihli 272 maddelik talimatına bakınız.

[28] Zürich yüksek mahkemesinin 1923 yılı hakkındaki raporuna, sahife 36, bakınız: (Gayri menkulün cebrî satışı hakkındaki nizamnameyi kısmen veya tamamen bilmiyen memurlar az değildir).

1012

tadilin vazifesi bu günkü İcra kanunundan oldukça mufassal olması lâzım gelen yekpare bir İcra kanunu hazırlamak olacaktır. İşbu mufassallık tâbirile şüphesiz «müfrit bir kazüvistik içinde her şeyi evvelden halletmeğe ve hukuk hayatını mihanikî telâkki ederek nazarriyat ve tatbikat sahasındaki serbest taharriyi dar bir çerçeve içine sokmağa çalışmış olan» [29] metrûk Prusya umumî memleket hukukunun kanun tekniği maksut değildir; zamanımızda Celsus'un şu sözü unutulmamağa her vakitten ziyade lâyıktır [30]. «Ex his quae forte uno aliquo casu accidere passunt, iura non constituuntur, namad ea potius debet aptare ius quae et frequenter et facile quam quae perraro eveniunt». Diğer taraftan Medenî kanunun muhtasarlığ tatbikatta mücerrep olduğunu misal göstermek de hatalı olur. Filhakika maddî hukukun formülleştirilmesinde cari olan noktai nazarı usûl hukukuna doğrudan doğruya teşmil caiz değildir. Hâkime münazaayı hal noktasından büyük bir hareket imkânı vermek ne kadar doğru ise diğer taraftan tesbit edilmiş olan bir hakkı tenfiz ettirecek usulün, hukukun emniyeti ve müsavatı hatırı için hâkimin takdirine bırakılmaması ve ona kanun ile önceden gösterilmesi icap eder.

Her halde tadilden sonra da nizamnamelerden mustağni kalınamıyacağı tabiîdir. Bilâkis sırf hizmete müteallik olan bütün emirler kanun cümlesinden olmayıp idarî talimatlar ısdarı suretile verilir. Fakat icra organlarından başka alacaklılara, borçlulara ve alâkadar üçüncü şahıslara dahi tatbik edilecek olan hukukî kaideler kanunda tesbit edilmelidir. Yeni İcra kanununun tatbikatta muvaffakiyeti en başlıca olarak kanunun teknik itibarile alacağı şekil ve tarza bağlıdır [31].

İKTİSADÎ MÜLÂHAZALARIN ZİYADELEŞEN EHEMMİYETİ

Maddî teşekkülü noktasından İcra ve İflâs kanunu tamamen alacaklılar tarafından hak takibi fikrine eder. Bunda kanun şüphesiz eski hukukun yaptığı ve«uzun zaman gözlerimizi kamaştıran hukuk için müsaraa hakkındaki dahiyane tasvirin (geistvolle aperçu)" alacaklının menfeatını en önde tutan arzusu veçhile olmıyarak icrayı başlıca alacaklı ve borçlu arasında halli lâzımgelen bir

[29] Gierke, Deutsches Privatrecht, cilt I, sahife 74; keza Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, cilt I, sahife 20.

[30] L 4 ve 5 D de legibus 1, 3.

[31] Şeklin ehemmiyeti hakkında bilhassa Zitelmann, Die Kunst der gesetzgebung, 1904, sahife 14 ve sonrakiler .

iş ad eder.» [32]. Tabiî konkre maddî hukukun tenfizi her icra kanununun daima ilk gayesi olacak ve öyle kalacaktır. Ancak bunun nasıl vukubulacağının şeklini ve tarzını tayin ederken vazıı kanunun alacaklıyı ve borçluyu infirat halinde nazara alması caiz değildir. Vazıı kanun her ikisinin bir cemiyetin âzası olduğunu, icradaki hukukî münasebetin yalnız alacaklı ve borçlunun dahil olduğu bir münasebet olmadığını ve takip muamelesinden doğrudan doğruya olmıyarak alâkalı bulunan şahısların icradaki tarafların mensub oldukları iktisadî hayatın âzaları sıfatile, muayyen bir hâdisede icranın nasıl ve hangi vasıtalarla vukubulduğuna lâkayt kalamıyacaklarını unutmamak lâzımdır. Binaeneleyh vazıı kanun, alacaklı ve borçluyu ihmal etmeksizin takip usulünün umumî iktisadî tesirlerini nazarı dikkate almak mecburiyetindedir. Filhakika «icra, hiç bir zaman sırf hususî bir iş veya taraflara ait bir maslahat değildir; her takip usulü sahası itibarile ne kadar gayrı mer'î olsa da daima umumî menfaatı ve hem de pek yakından alâkadar eder» [33]. İcra hukukuna dair bir norm, bir hâdisede alacaklı ile borçlu arasındaki ihtilâfın mükemmel hal sureti olarak görünebilse dahi eğer bu kaide sağlam kredıyi ihlâl veya çürük krediyi teshil ederek veya içtimaî - siyasî noktadan zaif olması hasebile konkr hadisenin haricine uzayan neticeleri itibarile iktisadî menfaatları kâfi derecede nazara almamış olursa yine kusurludur [34]. İcra ve İflâs kanunu şeklî hukuk cümlesinden olmakla beraber bir icra kanunu ısdarı sırf hukukî mahiyette bir vazife değil, belki iktisadî ve içtimaî politikanın mühim bir parçasıdır. İşte aşağıda icra gayesi haricinde bulunan bu kabil mülâhazalara ne kadar mevki vermek lâzımgeldiği taharri olunacaktır.

İCRA SİSTEMİ

En ziyade iktisadî mülâhazalara göre halli lâzımgelen bir mesele icra sistemi meselesidir. Bu noktadan da muhtelif tadil arzuları ızhar edilmiştir. Tenkit her şeyden evvel pek büyük bir karışıklıkla ittiham edilen grup sistemine müteveccihtir. Fakat mer'î sistem alıkonularak, grup namına haciz usulü terk ve tekaddüm edene rüchan hakkı tanıyan «prior tempore, potior iure" prensibi kabul edilmek istenirse iktisadî düşüncelere muhalif hareket edilmiş olackdır. İcra

[32] Klein, Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse, Jahrbuch der Gehe-Sstiftung, cilt 8, sahife 86

[33] Avusturya İcra kanunu Exekutionsordnung, 1896, sahifa 103, Schauer tabı.

[34] Keza Schmidt, Allgemeine Staastslehre , 1901, cilt I,sahifa 179 a bakınız.

ve iflâs kanununun sistemi muhafaza edildiği takdirde grup haczini tay değil, bilâkis ancak, meselâ birinci gruba imtiyazlı iştirâk müddetinin mürurundan önce bir ikinci grupun teşkili suretile [35] ortaya çıkan müşkilâtı refetmek için imtiyazlı alacaklar hakkındaki muayyen iştirâk müddetinin temdidi bertaraf edilmek ve takip etmeyen alacaklılara da borçlunun bu gün olduğu üzere artık oyalayıcı itiraz ile bazı alacaklıların önüne geçememesi ve iştirakine mani olamaması için muvakkat haciz hakkile iştirake müsaade etmemek [36] yolunda bir ıslah mevzuubahs olabilir. İştirâk müddetinin uzatılması ve bu suretle fransızların garame(Distribution par contribution)[37] sistemine takarrübün doğru olup olmadığı [38] da tedkik olunmalı idi. Fakat bununla meşgul olunmayacaktır. Çünki esas itibariyle bahis mevzuu olan, mer'î sistemin muhafaza olunması lâzım mıdır mes'elesidir. Vazı kanun bu gün bu meseleye karşı kırk sene öncesinden büsbütün başka bir vaziyette bulunmaktadır. Bu gün bu meseleyi objektif mülâhazalara göre hal edebilir. Halbuki evvelce bir çok ihtimalâtı hesaba katması lâzım gelmiş ve her bir kantonun yeni kanunda kendi eski hukukundan bazı fikirler bulunmasına dikkat etmeğe mecbur bulunmuş idi.

Müstakbel hukuk, muhtelif icra sistemlerinden sırf haciz [39] ve sırf iflâs sistemini [40] alamaz. Tabiî iktisada (Naturalwirtschaft) [*] müstenit ilk orta çağlar için kabul edilebilen birincisi, modern mübadele ve itibar iktisadı (Verkehrs — und Kreditwirtschaft) için varid değildir. Bu yalnız alacaklıların müsavi muameleye tâbi tutul-

[35] Bu bapta Curti, Pfändungspfandrechtund Gruppenpfändung, 1894, sahife 90;Jäger, madde 110, No.6; Ott, Die priviligierpe Anschlusspfändung, Z.schwR.n.F. cilt 37 ,sahife 323/324 ve Ott'a karşı Jäger, Praxis, cilt II.madde 110 No.6.

[36] Brüstlein, Das Sch. Kc im Lichte der Erfahrug, cilt 4, sahife 383; Curti, sahife 74/76.

[37] Fransız usulü hukukiyesi, madde 656 ve sonrakiler. César Bru, Théorie et pratique des voies d'exécutions, 1909, sahife 514 ve sonrakiler; Cuche, précis des voies d'exécution et des procédures de distribution, 1913, sahife 435 ve sonrakiler; Garsonnet—Josserand, Traité élémentaire des vois d'exécutions, 1920, sahifa 412 ve sonrakiler

[38] Keza Curti, sahife 77, 125,

[39] Bu eski Alman hukukunun sisemi idi, Kohler, Leitfaden des Konkurs rechtes, 1903, sahifa 29; Seuffert, Konkursprozessrecht, 1899, sahife 10; Hellmann, Lehrbuch des Konkursrechtes, 1907, sahife 53 ve sonrakiler; v. Wyss, Die Schuldbetrei bung nach schweizerischen Rechten, Zschv. R; a. F. cilt 7 sahife 3 ve sonrakiler.

[40] Luzern de olduğu gibi. Bu bapta Jost Weber'in, Luzern und sein Betreibungssystem auf Konkurs'a bakınız; Weibel, Das Luzerner Betreibungssystem auf Konkurs, Z. sehw. R. n. F. cilt 2, sahife 68 ve sonrakiler.

[*] Naturalwissenschaft= Aynî iktisat, istihsal tarzlarına göre bir merhaledir. Bu devirde bütün mallar olduğu gibi (aynî olarak) mübadele edilmektedir. Bu mübadelede umumî bir mübadele vasıtası (para) kullanılmamaktadır.

1015

maları prensibini ihlâl etmez, belki uzun müddetli, karşılıksız kredilerin is'afına da mani olur. Bundan başka bu sistem borçluyu nihayetsiz surette münferit icralara mâruz bırakarak iktisadî mevcudiyetinin yeniden teessüsünü imkânsız hale sokmak mazarratını da haizdir [41]. Sırf iflâs sistemine gelince Heusler'in esbabı mucibesinde [42] yapdığı parlak müdafaaya rağmen aynı suretle reddedilmesi iktiza eder. Bununla beraber itiraf etmek lâzım gelirki bu sistem sağlam kredinin yükselmesine yardım eder. Diğer taraftan da mülâhazaya şayandırki bir alacağı ödemeyen, aciz halinde (in status cridae) bulunan her şahıs, umumî bir tasfiyeyi lüzumlu göstermez. Pek çok keskin olan bıçağın ağzı çabuk eğilir, fazla gerilen yay çabuk kırılır sözü, burada en ziyade caridir; çünki iflâs en fena bir kıymet tahripcisidir [43]; bundan dolayı, borçlunun malî münasebeti, münferit takiplere müsaade edilmesi alacaklıların hepsinin menfaatlarile telif edilemiyecek vaziyette bulunan hallere hasredilmek lâzımdır. Fakat hususî icra (Spezialexecution= münferit icra) diğer alacaklıları zarara sokmaksızın tatbik edilebildikçe bu icra tarzını menetmek için bir sebep kalmaz; bilâkis bu icra, iflâsın tabiî bir neticesi olan kıymet ziyalarının önüne geçilirse takipte bulunmayan alacaklıların da menfaatına hizmet eder [44]. Modern kanunların hiç birinde de sırf haciz veya sırf iflâs sistemi kabul edilmiş değildir; bilâkis bu kanunlar her iki sistemi mezcetmeğe çalışır. Bu mezc tamamen muhtelif tarzda mümkündür. Evvelemirde borçlunun tacir olup olmadığı nazara alınabilir. Burada da yine muhtelif tarzlar varit olabilir. İsviçre hukuku malûm olduğu üzere her iki sistemi, tacire karşı — rehinle temin edilmiş olan alacaklarla âmme hukukundan mütevellit alacaklar müstesna olmak üzere — iflâs yolu ile icrayı kabul etmek, bilâkis, tacir olmayanı esas itibarile hususî icraya tâbi tutmak, fakat bunda da bazı şartlar altında iflâs yoluna gidilebilmek suretile mezceder. Fransız hukuku ise [45] tacir olmayanlara karşı mutlak surette yalnız hususî icrayı tanır. Bun-

[41] Oberer, Welches System der Sechuldbet reibung hat die grösseren Vorzüge?, Ztschr. Gesgebg. und Rpf; cild. 5, sahife 237 ve sonrakilere de bakınız.

[42] Erster Entvurf Z. Schkc. mit Motiven, 1874, sahife 68 ve sonrakiler

[43] E. Jäger, Keime künftiğer Rechtsentwicung im Kriegskonkursrechte, P. cilt 48, sahife 141 'e bakınız.

[44] de Seigneux'ün iflâs sistemi aleyhinde Hukukçular Cemiyetine raporu, 1876, sahife 29 ve sonrakiler; Grivet, Das Bundesgesetz betreffend die Schuldbetreibung, 1882; Oberer, sahife 241 ve sonrakiler; Grenier, Ztschr. Gesgebg. u. Rpfl. cilt 5, sahife 375; Percerou, Faillites et Banqueroutes 1907, cilt I, sahife 144 ve sonrakiler; Thaller, c I, sahife 200.

[45] ve bu sisteme istinat eden kanunlar. E. Jäger'ın iflâs hukuku şerhinde sayılmıştır, Kommentar zur K. O, 1916, cilt I, sahife 31-32 bakınız.

1016

lar da borcu ödemekten aciz halinde (déconfiture) dahi iflâs yolunda bir tasfiye tatbik olunmaz ve hiç bir vakıt tatbik olunamaz [46]. Tacir ise tediyat tatil edilmiş olmadıkça hususî icra yolu ile takip olunur; bilâkis tediyatı tatil eder etmez iflâs ilân olunabilir. (Fransız Ticaret kanunu, madde 437). Diğer bir takım kanunlar borçlunun tacir sıfatını, tacir olan veya olmayan umumî veya hususî icra yolu ile takip edilebilmekle beraber iflâs şeraiti ve iflâs usulü (Konkursverfrahren) noktasından tacirin iflâsı ile tacir olmayanın iflâsı arasında bazı farklar gözetmek suretile düstur ittihaz eder (ki bunlara zwiespältiges Konkursverfahren, iki dürlü iflâs usulü, tanıyan hukuk derler) [47]. Nihayet Alman ve Avusturya hukuku tacirlik sıfatına hiç bir kıymet atfetmeyüp tacir olanlara ve olmayanlara karşı hususî ve umumî icraya müsaade eder. Şu kadarki umumî icra için borçlunun tediyeden aciz halinde bulunması şarttır.

Hususî icra alacaklılar arasındaki karşılıklı münasebet noktasından işbu memzuc sistemlerde muhtelif şekiller almıştır. Bazan ilk gelen tekaddüm eder prensibi mutlak bir itibar kazanmıştır (Avusturya madde 256, Almanya madde 804); bazan da bu prensip muayyen bir müddet içinde iltihak mümkün olacak surette zaiflatılmıştır (İsviçre madde 110,111) ve bazan da paralar paylaşıncaya kadar bütün muaccel alacakların alacaklılarına bedele iştirâk hakkı verilmiştir (Fransız usulü hukukiyesi madde 656 ve sonrakiler). İflâs açıldığı zamanda henüz neticelenmemiş olan hususî icranın iflâsa karşı münasebeti de muhteliftir. Alman hukuku, haczeden alacaklıya bu haciz ne vakıt yapılmış olursa olsun iflâsta bir tefrik hakkı verir (Madde 49 numara 2); Avusturya hukuku haczin iflâsın açılmasından evvelki 60 günden daha erken veya geç olup olmadığını nazara alarak geç olması halinde tefrik hakkını ıskat eder (Avusturya iflâs kanunu madde 12); nihayet İsviçre ve Fransız hukuku haciz alacaklısına bir rüçhan mevkii vermez (İsviçre İcra ve İflâs kanunu madde 169; Fransız usülü hukukiyesi madde 656 ve sonrakiler; Fransız medenî kanunu madde 2093).

İsviçre hukukuna esas teşkil eden icra sistemi umumiyetle tebdil edilecekse her halde Fransız hukuku nümune olarak alınamaz. Bu sistemde tacir olanla olmayan arasında derpiş olunan fark, ticarî münasebetlerin ihtiyaçlariyle ve bilhassa ticarî ve sivil kredi arasında borçlunun icra hukukundaki vaziyetinde de tebarüz ettirilmesi

[46] Percerou, cilt I, sahife 131 ve sonrakiler; Lyon - Caen, cilt VII, sahife 31 ve sonrakiler.

[47] Norveç, Danimarka ve saire; keza eski Avusturya hukuku; E. Jäger cilt I. sahife 32 ve sonrakilere bakınız.

1017

lâzım gelen bir fark bulunduğu ileri sürülmek suretile haklı gösterilmek isteniyor. Başkaca bir delil de tacir olmayanların iflâsa tâbi tutulmaması, kendi meslekleri icabı olarak başkalarının paraları ile çalışmağa mecbur olmayanların pek kolay itibar elde etmelerine mani olmak için lüzumlu görülmüş olduğu yolundadır [48]. Bu mülâhazalar yerinde değildir. Evvelâ tacir ile tacir olmayana ait kredi arasında bir fark gösterilemez ve tacir olmayanlara karşı iflâsın kabulü için bir ihtiyaç mevcut olmadığı fikrinde de isabet yoktur. Filhakika tacir olmayan da hâl icabına göre meşru menfaatlarını tatmin için krediye müracaata mecbur olur; onun malî vaziyeti de âmme menfaatları bir umumî tasfiyeyi istilzam edecek şekle de girebilir [49]. Fransada dahi çok zamandanberi Almanya Avusturyada olduğu gibi iflâsı tacir olmayanlara da tevsi suretile veyahut hiç olmazsa bir déconfiture organizasyonu yani tacir olmayanlara karşı ayrıca bir iflâs usulü vücüda getirmek yolunda bir sistem tebdiline mâtuf gayretler görülmektedir [50]. Bu söylediklerimize nazaran bizim için Fransız sistemi varid olmayınca diğer sistemleri Alman - Avusturya sistemini yahut iki türlü iflâs usulü sistemini kabul etmek icap etmezmi meselesinin ciddî surette tedkik edilmesi lâzım gelir. Bu, ikdisadî rasyonel bir icra makinesi menfaatına müsbet cevapla karşılanmalıdır. İsviçre sistemi tamamen İsviçre İcra ve İflâs kanununun vücuda getirildiği sırada mevcut münasebetlerle, yani ayrılıkları telif gayretlerile izah olunabilir. Objektif noktadan haklı gösterilmez [51]. Bu sistemde tacir ile tacir olmayan arasında kabul edilen tefrikin İsviçre maddî hukukunda esas olan fikre tevafuk et-

[48] Thomas, Etudes sur la faillite, 1880, sahifa 2 ve sonrakiler; Thaller cilt I, sahife 127: ve sonrakiler; Percerou, cild I, sahife 137,de Seigneux, Sahife 28/29/; Grenier, sahife 376 ve sonrakiler.

[49] Bu bapta Jäger, Die Konkursordnung, 1879/1904, ein Rückblick und Ausblick,D J Z. cilt 9, sahife 908; Bern kantonu hükûmet meclisi tarafından bir İcra ve İflâs kanunu lâyıhası hakkında teşkil edilen komisyonun raporu 1874, sahife 13, Heusler, Motive, sahife 54 ve sonrakiler; Oberer, sahife 234 ve sonrakilere; bundan sonraki nokda yazılı müelliflere bakınız .

[50] Percerou, cilt I, sahifa 137 ve sonrakiler; Lyon Caen, cilt VII, sahife 36 ve sonrakiler; Thaller, cilt I, sahife 130 ve sonrakiler; Pascaud, De l'organisation de la faillite et de liquidation judiricire des non — commerçants, Rev. gén. dr. cilt XVII, sahife 481 ve sonrakiler;

[51] Sistem'in Brustlein tarafından mahirane ve yüksek müdafaasına, Die Grundzüge des Entwurfes eines eidg. Betreibungs — und Konkursgesetzes, 1888; keza Leo Weber; Zur Kritik über das Sche. k G. 1889; bununla beraber Thaller, cilt I, sahife 180, 201, bundan başka keza Farbstein, Zur Reform des Konkursrechtes, Bl. f. Wirtsch. u. Soz. Pol. cilt 6, sahife 363/64, bakınız; bunun icraya konulan alacak 2000 franktan fazla ise ancak o vakit iflâsın açılması hakkındaki teklifi de kabul edilemez.

1018

memekte olmasından sarfınazar — çünki Broçlar kanunu âdî hukuk lehine olarak tacirler için hususî hukuk kabul etmemiştir ve bu itibarla Borçlar kanununda esas teşkil eden fikirlerin mantıkî inkişafı tacir olanla olmayanın icra hukuku noktasından da aynı vaziyette bulunmasını icap ederdi — bu sistem aleyhine icra noktai nazarından bakıldığı takdirde sırf haciz ve sırf iflâs sistemine ve Fransız hukukuna karşı dermeyan edilmiş olan bütün itirazları yapmak lâzımgelir. Bu itibarla yalnız, broçlunun tacirlik sıfatını iki türlü iflâs usulü kabul eden sistemin yaptığı gibi tacir olmayanların iflâsı hakkında hususî iflâs sebepleri ve hususî usûl normları derpiş etmek için nazara almak lâzım gelirmi meselesi ortaya atılabilir? Buna menfi cevap verilmelidir. İflâs sebepleri noktasından bir tefrik için hiç bir hakikî sebep yoktur; filhakika alacaklıların müsavi muamele görmelerindeki menfaat itibarile münferit takibin artık caiz görünmediği ân, broçlunun tacir olmasına ve olmamasına göre muhtelif olamaz [52]. Borçlunun sıfatına göre tasfiyenin kendine mahsus bir şekil alması da aynı suretle meşruiyyetten âridir. Konkre hâdisede bu iki usulden hangisine gidilmek lâzım geldiği borçlunun şahsına göre değil, belki ancak mevcut masaya göre takdir olunabilir [53]. Şu halde müstakbel vazu kanuna arz edilecek kaziye tacir olanın ve olmayanın aynı vaziyette bulundurulması keyfiyetidir. Bunun neticesi, tabiî olarak bu günkü mer'î hukuktaki. başlangıç muamelesini muvaffakiyetle başaran, şeklî iflâs sebebinin ortadan gaip olmasıdır. Bu, temenniye şayandır; çünki aciz halinin (Status cridae) hakikaten mevcut olduğu tedkik edilmeksizin sırf aciz ihtimali üzerine borçlunun mallarına karşı bütün neticelerile iflâs açmak mecburiyeti fazla bir sertlik olur ve iktisaden de tehlikeli görülür. Ferdin hususî hukuk muhitine bu tarzda derin bir müdahale doğrusu ancak maddî sebepler bunu istilzam ettiği takdirde yapılabilmelidir [54].

[52] Thaller, cilt I, sahife 153 ve sonrakiler; bununla beraber kaydedelim ki Avusturya, iflâs reformunda eski hukuk mücerrep göstermediğinden tacirler için hususî iflâs sebeplerini bertaraf etmiştir; Rintelen, Handbuch des österr. Konkursrechtes, 1915, sahife 32 bakınız.

[53] Thaller cilt II, sahife 208. Bununla beraber ufak iflâslar (5000 kurondan aşağı masalar) hakkında hususî bir usûl kabul eden Avusturya İflâs kanununun 169 ve sonraki maddelerine işaret etmek lâzımdır; keza 24 Mayıs 1903 tarihli ufak iflâslar hakkındaki İtalya kanununa, Handelsgesetze des Erdballs, Italien 175 ve sonrakilere bakınız.

[54] Keza Bachmann,Die Grundzüge des Entwurfes eines Betreibungsgesetzes 1887, sahifa 15/16. İhtirazî bir kayt, nihayet poliçe ve çek ve emre muharrer senetler hakkında yapılmak lâzımdır; çünki burada şeklî iflâs sebebi alacağın nev'i itibarile doğru olur.

10/9

2 a) Bu sistemin kabulüne karar verildiği takdirde başka bir mesele ile karşılaşılır, yani alacaklıların umumu menfaatine olarak münferit takibin içtimaî takibe yerini bırakması lâzımgelen zaman ne zamandır. Diğer tabirle maddî iflâs sebeplerini hangi unsurlar teşkil etmelidir? Böyle bir unsur olarak borca boğulmuş olma [55], borcu ödemeden aciz [56] ve ödemeleri tatil [57] varid olabilir.

Borca boğulmuş olma (Ueberschuldung, insuffizienz) pasifin aktifden fazla olması halinde tahakkuk eder. Borcu ödemeden aczin, (Zahlungsunfähigkeit, Insolvenz) unsuru (Tatbestand) borçlunun sırf geçici olmayan bir fıkdan neticesi muaccel borçlarını ödemek için tediye vasıtaları bulunmaması halinde mevcut demektir. Nihayet ödemeleri tatil (Zahlungseinstellung), ödemeden aczin bir tezahür şekli olarak tecelli eder; bu, ödemeden aczin bizzat borçlu tarafından sarih veya zımnî bir ilâmından ibarettir [58]. Tediye tatilinin, hele tacirle tacir olmayan arasındaki fark da ortadan kaldırılırsa, bilhassa tacir olmayanlarda hakikî bir tadiye tatili şüphesiz mümkün olmakla beraber tediyeden aciz çok kerre başka karinelerle tezahür edeceğinden (sür'atle birbiri ardınca takipler, ihtikârî mahiyette kredi araştırmaları ve saire gibi) yegâne iflâs sebebi olması reddedilebilirdi. Bundan başka tacirlerde dahi, tediye tatilinin biricik bir iflâs sebebi olması çok dar görülür [59]. Bu itibarla ancak ödemeden acizmi yahut borca boğulmamı iflâs sebebi olarak kabul edilmeli, yoksa gerek ödemeden aciz ve gerek borca boğulma [60] iflâsı

[55] Umumî hukuk (Gemeines Recht) de olduğu gibi, Schweppe, Das System des Konkurses der Glöubiger, 1829, sahife 48 ve sonrakiler; Bayer, Theorie des Konkurs-Prozesses, 1868, sahife 133.

[56] Alman ve Avusturya hukukunda olduğu gibi. Alman İflâs kanunu, madde 102, Avusturya İflâs kanunu, madde 68, terekelerde ve hukukî şahıslarda borca boğulmuş olmak kâfidir, Alman İflâs kanunu, madde 207, 209, 215; mahdut mesuliyetli şirketler kanunu, madde 63; kooperatif kanunu 98; Avusturya İcra kanunu, madde 69; keza İsviçre İcra ve İflâs kanunu madde 192, Borçlar kanunu madde 657 ve 704 e bakınız.

[57] Keza Fransız hukuku ve ona istinat eden kanunlar. Belçika kanunu madde 437. Belçika ticaret kanunu 437 inci maddesinde itibarın sarsılmasını da şart koşar "Tout commerçant qui cesse payements et dont le crédit se tronve ébranlé ..." İsviçre İcra ve İflâs kanunu 190 inci madde 2 inci numarasına da bakınız.

[58] Bu mefhumlar hakkında Blumenstein, Handbuch, 1911, sahife 600 ve sonrakiler; Jäger, madde 190, No. 11; Leemann Die Konkursgründe, 1905, sahife 179 ve sonrakiler; Bartsch ve Pollak, Kommentar zur österr. K. O. 1916 cilt I. madde 68 not 2 ve sonrakiler; bundan başka Alman İflâs kanununun 102 inci maddesi hakkındaki şerhlere ve eserlere bakınız.

[59] Bilhassa Leemann, sahifa 99/100; Thomas, Etudes, sahife 23.

[60] Rintelen'in teklifleri son zikredilen manadadır. Reichstagsdrucksachen 1893/1894, I, Anlageband No. 18; keza Pollak, Ueber die Reform des Konkursrechte 11 inci Avusturya avukatları içtimaına verilen rapor 1908, sahife 48.

1020

mucip olmalımı keyfiyeti bahis mevzuu olabilir. Gerçi bu sual ara sıra kendisine izafe edilen ehemmiyeti haiz değildir; bununla beraber her iki unsurun bir arada içtima etmediği hallerinde olabileceği nazara alınarak vazıı kanun kararını vermelidir. İflâsın mefhum ve mahiyetine nazaran borca boğulma tercihe lâyık gözükür. Bununla beraber daha yakından tetkik olunursa borçlu kükmî şahıs olmadığı takdirde borca boğulma iflâs sebebi olmağa kâfi değildir; çünki bir taraftan bunu tesbit güçtür, öbür taraftan da şahsî istikamet ve itimada müstenit olan kredi, iktisadî bakımdan aynı suretle mamelek gibi olduğundan ve bu itibarla da borçlu bu krediye istinatla borçlarının östesinden gelebildikçe umumî bir tasfiyenin açılması için bir sebep yoktur [61]. Hükmî şahıslarda ve terekelerde ise mesele başkadır; çünki burada hakikî şahıslarda borca boğulmayı iflâs sebebi olarak redde saik olan borçlunun şahsiyetindeki unsur mevcut değildir [62]. Binaenaleyh müstakbel vazıı kanunun hakikî şahıslarda ve kollektif ve komandit şirketlerde iflâsı ancak ödemeden aciz halinde tecviz etmesi ve hükmî şahıslarda ve terekelerde ise bilâkis ödemeden aczi ve borca boğulmuş olmaklığı iflâs sebebi olarak kabul eylemesi tavsiyeye şayandır.

b) Takip edilen alacak hakkında derdest olan hususî icranın sonraki bir iflâsa karşı olan münasebeti neden ibret olacağına dair de kısa bir izahatta bulunmak lâzımdır. Haciz alacaklısının, iflâs halinde gayrı mahdut bir rüçhan hakkını haiz olması iktisadî noktadan yanlış sayılmak lâzım geleceğine bu gün artık itiraz edilemez, çünki bu suretle muaccel alacâkların alacaklıları acele ve hiç bir şeye bakmaksızın tahrik edilmiş olurlar ve bu da öbür alacaklılar için ve borçlu için aynı derecede zararlı olur [63]. Yalnız haciz alacaklılarının her türlü rüchan hakkını bertaraf etmekmi, yahut bunu iflâsın açılmasından önceki muayyen bir müddet içinde lehlerine haciz konulmuş olan kimseleremi tanımak icap edeceğinde tereddüt olunabilir [64]. Bu son zikrolunan hal sureti bir telif ka-

[61] Leeman, sahife 94 ve sonrakiler; Berlin avukatlar cemiyetinin iflâs kanunu hakkındaki teklifleri, DJZ cilt 3,sahife 135;E Jäger, DJZ cilt 9, sahife 909.

[62] Leemann, sahife 97;E. Jäger, Alman iflâs kanunu, madde 102, not 4.

[63] Heusler, Ueber die Konkursvvrrechte (Sep. aus Z. schw. R. a. F. Cilt 14) sahife 36 ve sonrakiler; de Seigneux, sahifa 37; Oberer, sahife 230 ve sonrakiler; Grenier, sahife 380; Puchelt, Drei Fragen aus dem Arrest und Konkursrechte, ZZP. cilt 3, sahife 1 ve sonrakiler; Kraewel, Unsere Anfechtungsklagen und das durch die Pfändung bewirkte Pfandrecht ZZP, cild 5, sahife 333 ve sonrakiler; Makover, Zur Revision der Konkursordnung ZZP. cilt 20, sahife 441 ve sonrakiler; E. Jäger, Keime Künftiger Rechtsentwicklung im Kriegs konkursrechte, ZZP. cilt 48, sahife 149 bakınız. Bachmann'a da bakınız.

[64] Keza Makover (1-2 ay); E. Jäger (3 ay); Pollak, Gutachten, sahife 26 ve sonrakiler (4 ay).

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

raktərini (Kompromis - charakter) haizdir ve haciz alacaklılarının vaziyetini münhasıran tesadüfe bağlayacağından tavsiyeye şayan değildir. Bundan başka haczeden alacaklının rüçhan hakkı nazariyat itibarile de haklı gösterilemez; çünki haczin alacaklı için aynî (dingl'ch) bir hak tesisine sebep olması hususî hukuk mülâhazasına müsteniittir. Devlete ait icra fikrine müstenit bir kanun, böyle bir telâkkiye tâbi olamaz ve haczin alacaklının hukukunu himaye sadedinde vaki iddiasını tatmin için — o alacaklıya bu suretle icraya mâruz mallar üzerinde aynî bir hak tanınmaksızın — icra kuvvetinin hamili olmak üzere Devletin tevessül ettiği âmme hukukuna müteallik bir vaziyet mahiyetinde olduğunu kabul etmek mecburiyetindedir [65]. Müteaddit haciz takiplerinin birbirlerine karşı vaziyetleri ne olacağına gelince eğer borç ödemeden aciz keyfiyeti tacir olanlarla olmayanlar için iflâs sebebi olarak kabul edilirse grup sistemi, akdemiyet prensibi (Prioritätssystem) lehine korkusuzca terk olunabilir; filhakika borçlu borcu ödeyecek halde bulundukca sonraki takipte bulunanların önceki hacizlere iştirâk edebilmekte bir menfaatları yoktur, bilâkis borç ödemeden aciz unsuru mevcut ise her bir alacaklı öbür alacaklıların aktifine daha önce konmalarını, iflâsın açılmasını istemek suretile bertaraf etmek mevkiindedirler ve bu suretle bütün hacizler düşecekdir. Bu hal sureti, mer'î hukuka karşı büyük bir sadelik rüçhanını haizdir; çünkü bu, icra memurlarının hacizde güçlükle yapmakta oldukları sıra defterine meydan bırakamaz [66].

[65] Bu bapta Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913, safhife 24 ve sonrakiler.

[66] Bu besatet kanunun umumî kullanılışlığı noktasından büyük bir ehemmiyeti haizdir. Tadil meselesi sırf hukukî bakış noktasından tedkik olunursa teşkilâtın tebdili ile icra memuru evsafını haiz şahıslar kazanabilmek için gayrette bulunmak kaziyesini ortaya koymak lâzımgelir. Bu, takriben icra mıntakalarını tayin noktasından kantonlara artık bugün mevcut olan hürriyeti vermemek, bilâkis fenalığın menbaını teşkil eden ufak mıntakalardan tevakki için ahalisi muayyen bir asgarî mikdara baliğ olmayan mıntakalara cevaz olmadığı federal hukuk tarafından tasrih edilmek suretile olabilir. Bir icra memurunun mıntakası, bu memur tamamen meşgul kılınacak ve münasib maaş alabilecek surette olmalıdır. Bu suretle ehil şahıslar bulmak kabil olacaktır. Acaba bu kaziyenin tahakkuku memulmüdür diye sorulabilir; çünki siyasî sebeplerden dolayı böyle bir teklifin kuvvetli itirazlarla karşılaşacağını kabul etmek lâzımdır. Bundan dolayı yeni bir icra kanunu lâyihasının müellifi, meydana gelecek takip usulünde mer'î teşkilâtın muhafazası lâzımgeldiğini düşünürse güzel hareket etmiş olacaktır. Bununla mürtebit zararlara meydan vermemek için müellif icra memurlarına ait vazifeleri mümkün mertebe sadeleştirmeğe çalışmak mecburiyetinde olacaktır. Yukarıda teklif edilen takip sisteminin değişmesi böyle bir besateti teşkil eder. Bundan başka olarak gayri menkul icralarını ya tamamen iflâs dairelerine tevdi etmek yahut bunları icra dairelerine yardım etmekle mükellef tutmak tavsiyeye şayan olmazmı diye düşünülebilecektir. Luzern kantonu bugün icra ve iflâs

1022

Münferid İcra (Einzelvollstreckung)

Hususî münferid icranın (Spezialexekution) ileride alacağı şekilde, takip muamelesinin devamı noktasından meselenin halli iktisadî mülâhazalardan mülhem olmak lâzımgelir. Bu muamele alacaklıyı mümkün olduğu kadar acelemi tatmin etmelidir, yoksa bilâkis borçluya kabil olduğu kadar uzun himaye müddetlerimi is'af etmelidir? İcra işi sırf alacaklı ve borçlu arasında hal edilmesi lâzımgelen bir konkre iş olarak nazara alındığı takdirde vazıı kanun takip usulünün devamı meselesine karşı hiç bir zaman doğru vaziyeti elde edemez; çünki alacaklı daima sür'at isteyecek, borçlu ise bilâkis kabil olduğu kadar kendisini takipten masun kılacak bir usûl temenni edecektir. Bu görüş tarzında daima modern vazıı kanunun eski zamanın borç hukuku hakkındaki sertlikleri düşünerek „iktisaden zaif" sayılan borçluya karşı hassasiyt ve merhamet mülâhazalarile hareket etmek tehlikesi vardır. Böyle bir mülâhaza tecrit edilmiş (isolierten) alacaklı ve borçlu noktai nazarından bakılırsa doğru olmadığından reddedilmek lâzımgelir; çünki muamelenin devamı iktisadî bir mesele olarak telâkki edilince iktisaden zaif alacaklı ve kötü niyetli borçlu da bulunabilecektir [67]; filhakika İktisadî menfaatlar sür'atli ve enerjik bir icra muamelesini istilzam eder. Burada 27-Mayıs-1896 tarihli Avusturya İcra kanununun bütün mer'î icra kanunlarının en moderni olan kanunun, esbabı mucibesinden bu kaideyi kat'î surette isbat eden bazı izahat nakledilmesi münasiptir: [68] „Takip muamelesinin sür'atle yürümesi icra hukukunun yenilenmesinde istihdaf olunması icabeden teşrîî gaye cümlesindenmidir meselesinin de nazara alınması zait bir şey sayılmaz. Buna kaide itibarile hiç bir tecilin, borçlu tarafından mua-

kanununa muhalif olmakla beraber buna benzer bir hükmü ihtiva eder. yani icra ve iflâs kanununu tatbik kanununun 4 üncü maddesi mahcuz ve merhun malların paraya çevrilmesinde bedelin taksimine kadar ve taksimile iflâs memurunun iştirake mecbur olduğunu tasrih eder.(Brand und Wasem, Sammlung der kantonalen Einführungsgestze zum Scheck G. 1904, sahife 14.)

[67] Bu bapta alacaklının müessir surette himayesi için Almanyada yapılan tekliflere bakınız. E. Jäger, Reichstag und Konkursreform, Leipzig. Z. cilt I, sahife 493 ve sonrakiler; Riedinger: Strafrechtbücher, Sehutz gegen böswillige Schuldner, Leipzig. Z. cilt 8 sahife 1300 ve sonrakiler.

[68] Schauer, sahife 111/112.

1023

melenin yavaşlığı ile mürtebit olan tecil kadar pahalı istihsal edilemiyeceği yolundaki bir mülâhaza altında file müsbet cevap verilebilirdi. İşbu tehirin ivezi (muadili = Aequivalent) ki meseleye büyük bir iktisadî ehemmiyet kazandırır—yalnız icrada takip edilen bir borçlu tarafından değil, belki alelitlak krediye müracaata muztar kalan herkes tarafından tediye edilecekdir. Sürüncemeli bir takip usulü zarurî surette er veya geç kredi şeraitinin umumiyetle bir güçleşmesini ve ağırlaşmasını mucip olur." Bundan başka esbabı mucibenin iddia ettiği üzere icraya tâbi olan mallar takibin devamı müddetince tedavülden hariç kalır; bu itibarla icraya mâruz malları serbest tedavüle yeniden koymak için takibin devamını mümkün mertebe kısaltmak yalnız kredinin menfaatına değil, bilâkis umumiyetle ticarî münasebetlerin de menfaatınadır [69]. İcra ve iflâs kanununa bu noktadan bakılınca bu kanunun iktisadî icaplara uymadığı anlaşılır. Gerçi tipik surette bizim hukukumuzun bir hususiyetini teşkil eden [70] başlangıç muamelesi icranın çabukluğuna yardım eder [71] fakat buna mukabil bu başlangıç muamelesi biter bitmez takip sürüncemelik bir hâl alır. Bu günkü kanuna göre haciz icra edilinceye kadar muhakkak uzun bir zaman geçer. Gayri menkul icrasında paraya çevirme talebi hakkında kabul olunan müddet altı aydır. Bundan sonra ekseriya semeresiz neticelenen birinci satış vardır. Bu itibarla yeni bir kanun, müddetleri azaltma suretile enerjik bir icraya çalışmak mecburiyetindedir. Münferit bir hâdisede bu noktada mündemiç olan sertlik hakikî bir içtimaî fikirden mülhem icra tahdidatı ile telâfi edilebilir.

II. İktisadî mülâhazalar yalnız münferit icranın devamı noktasından değil, bilâkis müfredatta, bilhassa icra usulü normlarının icraya mevzu teşkil eden malların iktisadî mahiyeti nazara alınmak suretile tatbiki noktasından da düsturdurlar. Yani icra, iktisadî bakımdan bir menkule ve bir alacağa veyahut müşterek bir mamelekteki

[69] Keza Klein, Vorlesungen, sahife 22/23;Klein,Zeit—und Geistesströmungen, sahife 76/77; Neumann, Die Exekutions ordnung, 1900, sahife 90; Vierhaus, Soziale und wirtschaftliche Aufgaben der Zivilprozessgesetzgebung, Fetsgabe für F. Koch, 1903, sahife 71 bakınız

[70] V. Wyss, Z. schw. R. a.F.cilt 7 sahifa 3.

[71] Şuphesiz bu da ıslaha muhtaç ve salihtir. Bir kerre bir noter senedine müstenid alacaklar hakkında itirazın kat'î surette ref'ini kabul etmek münasiptir (Alman hukuk usulü kanunu madde 794 No: 5, Avusturya İcra kanunu madde 1, No. 17; Fransız Hukuk usulü kanunu, madde 545 ve sonrakilere bakınız, Bundan başka bir ilâma, yahut ilâm hükmünde bir vesikaya müstenit olan alacaklar hakkında borçlu istediği gibi itiraz edemiyerek bil'akis poliçe ve diğer senetler hakkındaki takipte olduğu gibi itirazın kabulü muayyen sebepler gösterilmek suretile mümkün olacak şekilde usulün değiştirilmesi lâzımgelmezmi diye sorulabilir.

1024

hisseye ve yahut da bir gayrı menkule taallûku itibarile muhtelif karakterler gösterir. Bu başkalıkla paraya çevirme sırasında değil de takib muamelesinin şekillerinde ve bahusus henüz haciz sırasında izhar edilmek lâzım gelir. Mer'î kanunda bu fikir tahakkuk ettirilememiştir [72]. Kanun sisteminde [73] asıl ehemmiyet, alacağın rehinle temin edilmiş olup olmadığına atfedilmiştir. Haciz ise bütün mallar hakkında bir ve aynı fasılda tanzim edilmiştir. Bu fasıl icraya tâbi tutulan malların iktisadî evsafını ancak gayrı kâfi surette nazara almıştır. Yeni bir kanun bu noktadan esaslı bir tebdil yapmak ve icra mallarının ikdisadî mahiyetinin zarurî kıldığı veçhile menkul mallar, alacaklar, iştirâk halinde bulunan mallardaki hisseler ve gayri menkuller arasında farklar koymak mecburiyetindedir. Federal mahkemenin nizamnamelerle koyduğu hukuk bu noktadan tadile yol göstermiştir [74], şu kadarki bu ancak kanun marifetile çizilen hudut dahilinde olabilmiştir. İşbu nizamnamelerin ihtiva ettiği esasların kanunun tadili yolu ile genişletilmesi icra hukukunun amelî kullanışlılığı noktasından çok şey kazandıracaktır.

III. Bilâkis alacağın iktisadî mahiyeti, hususî takip kaidelerine lüzum gösterirmi meselesi daha tereddüde müsaitdir. Bu mesele bir taraftan ücret alacakları ve obir taraftan âmme alacakları noktasından varittir.

1. — Ücret alacaklarını (Lohnforderungen) diğer alacaklar muvacehesinde serî bir icra ile mümtaz tutmuş olan eski hukuk hilâfına olarak [75] icra ve iflâs kanunu ücret alacaklarına bir hususî mevki vermemiş, umumiyetle kabul edilmiş olan ücret imtiyazını mahfuz tutmuştur. Bununla beraber icra ve iflâs kanunu mer'iyete girer girmez Genéve işçiler cemiyeti federasyonu, poliçe ve emre muharrer senet ve çekler hakkındaki takip müddetlerinin işcilerin sanayi hâkem mahkemesi tarafından iş sahibleri aleyhine hüküm veya sulh suretile tesbit olunan alacaklarını icra yolu ile tahsile mecbur oldukları hallerde de tatbik olunmasını talep eden bir istida ile Assemblée Fédérale'e müracaat etmislerdi [76]. Mütalâasını bildirmek üzere davet edilen

[72] Bununla beraber Alman, Fransız ve Avusturya hukukuna bakınız.

[73] Haciz yolu ile takip hakkındaki III üncü fasla (madde 88 "Türk icra ve iflâs kanununun madde 78„ ve sonrakiler); rehinin paraya çevrilmesi hakkındaki IV üncü fasla (madde 151 "Türk icra ve iflâs kanunu„ madde 145 ve sonrakilere) bakınız.

[74] 10 - Mayıs - 1910 tarihli sigorta idddialarının haczi, ihtiyatî haczi ve satışı hakkındaki nizamnameye; 23-Nisan-1920 tarihli gayrımenkullerin satışı hakkındaki nizamnameye; 17 - İkinci kânun - 1923 tarihli müşterek mallardaki hisselerin haczi ve satışı hakkındaki nizamnameye bakınız.

[75] Heusler, Konkursvorrechte, sahife 24; v. Wyss, Z. schw. R., a. F., cilt 7, sahife 105.

[76] 25-Birincikânun-1896 tarihli Conseil Fédéral raporuna, BBL.1896, I., sahife 733 ve sonrakilere, bakınız.

1025

Conseil Fédéral E. Huber, Soldan, Brüstlein'den raporlar aldı. Soldan istidayı tasvip ettiği halde E. Huber ve Brüstlein red etti. E. Huber kendi noktai nazarını ücret alacaklarile poliçe ve saireden mütevellit alacakların, evvelkilerin poliçe ve saire hilâfına olarak alelâde hukuka müstenit olduklarından müsavi tutulamıyacağı esbabı mucibesine istinat ettirmiş idi. Ücret alacakları hakkındaki takib müddetleri çok uzun görünüyorsa bu müddetler esasen uzun demektir ve bu itibar ile müddetlerin umumî surette indirilmesi lâzımdır; her halde sırf bir sınıf kategori alacaklıların menfaatları için kısa müddetler kabul etmek ve borçluları daha sert bir takip hukukuna tâbi tutmak münasip değildir. Brüstlein mücbir sebepler olmadıkca takip hukukunu zaten olduğundan daha karışık bir hale sokmak doğru olmayacağı fikrinde bulunmuştur: Fakat böyle mücbir sebepler gösterilemiyecekdir; filhakika ücret borcunun her hangi başka bir borçdan daha kolay istihsal edilmesi lâzım değildir. Poliçe ve saire alacaklarına kıyas için bir yol yoktur. Bundan başka ücret alacaklısının obir alacaklılar müvacehesinde hususî çabuk bir takip ile borçlu üzerinde felâketi mucip olacak bir kuvveti haiz olması teklifi hak ve nısfetle istihza olacakdır.

Conseil Fédéral bu iki rapora iltihak etti, ve aynı zamanda Obligasyon kanununun temerrüd neticeleri hakkındaki hükümlerinin tebdilini teklif ederek, icra hukuku sahasında bir tesviyeyi redetti. Müstedîler tarafından tasvir olunan fenalıkların en müstacellerine bir çare bulunabileceği hakkındaki arzular üzerine [77] Konseil Federalın tevessül ettiği tedkikat [78] ücret alacaklarının borçluları tarafından icra müddetlerinden suiistımal suretile—istidada iddia edildiği veçhile—bir intifaın çok vaki olmadığı neticesini verdi ve bunun için Konseil Federal 1898 raporunda [79] ileri sürülen arzuların terviç edilemeyeceğini söyledi [80]. Müstakbel vazıı kanun için dahi zikredilen sebeplerden dolayı ücret alacakları hakkında kısa bir takip usulü ihdas etmek tavsiyeye şayan değildir [81].

2.— Âmme hukukundan doğma alacaklara gelince bunlar ister federal olsun ister kantonlar hukukuna müteallik olsun mahiyetleri itibarile «para tediyesine müteallik alacaklardan» olduğundan borç için takip yolu ile icraya tâbi olmaları lüzumunda bu gün hiç bir ihtilâf

[77] Sten. Bull, cilt 7, sahife 297 ve sonrakiler, sahife 1189 ve sonrakiler.

[78] BBL. 1898, I, sahife 429

[79] BBL 1899, I, 353.

[80] BBL. 1899, III, sahife 908.

[81] Madde 317 K. "Türk icra ve iflâs kanunu 326„ de ücret alacakları hakkında derpiş edilen daha iyi vaziyete karşı tabiî hiç bir itiraz yapılamaz.

1226

yoktur [82], meğerki 44 üncü maddedeki hususî şartlar buluna [83]. Kanun mucibince bu alacaklar, iflâs takibine tâbi olan bir borçluya karşı dahi haciz veya rehni paraya çevirme yolunda icra edilmek suretile ancak hususî bir hükme tâbi tutulmuştur (madde 43). Tatbikatta bundan başka bu alacaklar için malların bulunduğu mahal [84] takip mahalli olarak kabul edilmek suretile hususî bir vaziyet verilmiştir; fakat bu da âmme hukukuna müteallik alacakların icrası için karşılıklı adlî yardım (istinabe) is'afı hakkındaki 18-Şubat-1911 tarihli konkordatonun akdi neticesi olarak hemen hemen mevzusuz kalmıştır [85]. Harp ve harp sonu kanunları ise bilâkis vergilerin icrası noktasından diğer alacaklara nazaran hazine lehine olmak üzere büyük bir değişiklik yaptı.

28-Eylûl-920 tarihli kanunun 113 üncü maddesi mucibince kanton vergi idaresi muaccel, kat'iyet halini almış bir vergi alacağı hakkında vergi mükellefine karşı bir üçüncü şahıs tarafından yapılan hacze evvelce bir takibe lüzum olmaksızın iştirâk edebilir. 6-Birincikânun tarihli nizamnamenin 450 inci maddesi, bu iştirakin yalnız 110 uncu veya 111 inci maddelerde yazılı müddet içinde değil, bilâkis üçüncü şahıs tarafından yapılan takip, taksim ile neticeleninceye veya 146 ıncı madde mucibince tanzim edilen sıra cetveli kat'iyet iktisap edinceye kadar olabileceğini emretmiştir. Âmme hukuku alacaklarının, bunların mevcudiyeti hakkında hukuk hâkimi tarafından değil bilâkis idarî merciler tarafından karar verilmesi icra hukukunda da tasrih edilmek lâzımgeldiği noktasından bir hususî muameleyi istilzam ettiği müstakbel kanun için münakaşadan âzâde olabilir; bunun bilhassa âmme hukukuna müteallik alacakların iflâstaki vaziyetinde ehemmiyeti vardır [86]. Bununla bera-

[82] Brüstlein, cilt 5, sahife 168; Blumenstein, Handbuch, sahife 144; Jäger madde 43 No. 6 ve madde 271 No. 3; Kirchhofer, Soll die Rechtshilfe unter den Kantonen auf die Vollstreckung von Steueransprücheen ausgedehnt Werden? Z. sch R. a. F. cilt 26, sahife 535 ve sonrakiler. Klöti, Die Eintreibung von Steuern nach dem eidg. Betreibungsgesetze, Verw. ZBl. cilt, 3, sahife 1 ve sonrakiler, kısmen de v. Salis, Die Zwangsvollstreckung für öffentlichrechtliche Geldansprüche, cilt 5, sahife 215 ve sonrakiler. Almanyada vergi icrası ayrı bir usûl altında cereyan eder; Bu bapta Stengel-Fleischmann W. st. V. R. cili 3, Verwaltungszwang, bakınız.

[83] Bu bapta Börlin, Die strafrechtliche Beschlagnahme und das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Z. schw. R. a. F. cilt 35, sahife 301 ve sonrakiler.

[84] Bu bapta Jäger madde 46. No. 3 Ba; Blumenstein, sahife 185 ve sonrakiler.

[85] Genève den maada bütün kantonlar bu gün konkordatoya dahildir. Bu kanton da gazetelerin verdikleri haberlere göre yakın zamanda konkordatoya girecektir.

[86] Vergi alacakları hakkındaki sıra cedveline dair Federai Mahkemenin kararına, 42, III, numar 54; 48 III, numara 67; İhtiyatî hacizde bilâhare yaıplacak takip ve dava noktasından (Arrestprosequierung) Federal mahkemenin, III, numara 20; konkordato muamelesinde itiraz olunan vergi alacakları hakkında yapılacak muamele için ZR. 24, numara 8, bakınız.

1028

ber federal rüsum kanununun yaptığı gibi vergi icrası alelâde icraya karşı teshil edilmelimidir keyfiyeti tedkike muhtaçtır. Buna müsbet cevap verilirse her halde federal ve kantonal hukuktan mütevellit rüsum alacakları arasındaki mevcut fark ortadan kalmak icabeder; filhakika bir harp vergisi alacağı hakkında imtiyazlı bir iştirâk haczi caiz olup da kanton hukukuna müstenit bir vergi alacağı için caiz olmamasının sebebi anlaşılamaz. Vergi taksitleri bakayası hakkında da aynı şey varittir. Bununla beraber rüsum (Abgaben) alacaklarının rüçhanlı bir vaziyeti haiz olmasının haklılığında tamamen tereddüt edilebilir. Devletin çabuk ve müsmir bir vergi icra usulü hakkındaki gayretleri ne kadar çok makul ise obir taraftan bu suretle başka alacaklıların vaziyetinin fenalaşacağını da unutmamak lâzımdır. Devletin hukukî nizamın hâmisi sıfatı ile himayeleri kendine mevdu olan alacaklıların menfaatını hazinesi menfaatlarına feda etmesi caizmidir diye sorulacaktır [87]. Her halde rüsum alacaklarının icra hukuku noktasından tâbi olacağı muamele meselesi esaslı surette tedkik olunmak lâzımdır [88].

[87] Conseil des Etats mülâhazaları. Escher'in hususî bir Gümrük icra hukuku aleyhindeki fikirleri, Sten. Bull. STR. Cilt 34, Sahife 186 ve sonrakiler.

[88] Meselenin amelî ehemmiyetini, meselâ Zurich kantonuna 1923 yılında gelen 121328 icradan 34911 inin vergi takipleri olması en iyi surette gösterir. Rech. Ber. 1923, sahifa 35.

Âmme hukukundan olan alacaklar hakkındaki icra mes'eleleri için Blumenstein'in şumullü izahatına, Die Zwangsvollstreckung für öffentlichrechtliche Geldforderungen nach schweizerischem Recht in der Berner Festgabe für das Bundesgericht, 1924 sahife 181 - 283, bakınız. Müstakbel vazı kanun için de büyük ehemmiyeti olan bu mesai intişar ettiği zaman bu eser ikmal edilmiş olduğundan maalesef eserde nazarı dikkate alınamamıştır.

1928

No: 94

Hususî haklara aid tedkikler:

Hukukî muamelelerde illet, illetden tecrid ve illetsizlik

Yazan: *Dr. Ferid AYİTER*

İsviçre hukukunda «umumî iş mukavelesi» namı verilen «Tarife mukaveleleri» nin hukukî mahiyeti hakkında Becker (Beker) [96], Tarife mukaveleleri için bu hususda Lotmar [97] tarafından ileri sürülen mütalâaya iştirâk ediyor ve bu nevi mukaveleleri Borçlar hukukuna idhal eyliyor [98].

Tarife mukavelelerinin vaz etdiği esaslara muhalif olarak işçilerle iş verenler arasında akdedilen iş mukaveleleri batıl olacağından bu neticenin Borçlar hukuku bakımından izah edilemiyeceği ve Borçlar hukukuna göre yalnız zarar ve ziyan vermek mükellefiyeti ile iktifa eylemek lâzım geleceği mülâhazasıyle Tarife mukavelelerinin kanun vazıı tarafından alâkadarlara düstur ve kaideler vaz etmek hususunda verilmiş bir salâhiyet suretinde izah edilmesi fikri mâruf hukukcuların tervicine mazhar olmuşdur [99]. Fakat Becker (Beker) bu fikre iştirâk etmiyor. İsviçre Borçlar Hukukunun 323 üncü maddesinde bu gibi mukavelelere muhalif bulunan iş akidlerinin batıl olacağı zikredilmesi, Becker (Beker)'e göre, mukavelenin derunî noksanlarından ileri gelebilir. Ahlâk kaidelerine veya âmme nizamına muhalefet bu noksanlardan birini teşkil edebilir. Umumî iş mukavelesi işçi ve iş veren için bir sulh ve müsâlemet nizamı olduğundan bu mukavelelerin bir taraflı olarak ihlâl edilmemesi âmme menfaatı icabındandır. Ekonomik nizamı korumak isteyen kanun Tarife mukavelelerine muhalif bulunan iş akiderinin meriyetini kabul etmiyor [100].

[96] Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht (İsviçre Medenî kanunu Şerhi, cild VI, Borçlar Hukuku) sahife 320 ve muteakib, Madde 322 ve 323 e aid izahat.

[97] Lotmar, Arbitsvertrag (İş mukavelesi), cild I, sahife 794 (Becker, aynı eser, sahife 320).

[98] Becker (Beker), ayni eser, sahife 320 ve müteakib.

[99] Roman Boos (Roman Boz), Der Gesamtarbeitsvertrag (Umumî iş mukavelesi), sahife 108, 190; Huber, İsviçre Fedral Meclisinin stenografik bultenleri, yıl 1909, sahife 595; Hoffmann (Hofman), "Staende„ meclisinin stenografik bültenleri, yıl 1910, sahife 201 ve müteakib

[100] Becker (Beker) ayni eser, sahife 321.

10-29

İsviçre Borçlar Hukuku için çok kıymetli bir şerh yazmış olan Oser (Ozer) 1915 yılında çıkan ilk tabında umumî iş mukavelesini bir hizmet akdi telâkki etmiyor [101]. Halbuki Rossel bu mukaveleleri bir hizmet akdi olarak mütalâa eylemektedir [102]. Umumî iş mukavelelerinin bir ön mukavele mahiyetinde de olmadığını, temsil esaslariyle bir alâkası bulunmadığını, üçüncü şahısların leh veya aleyhine olan mukaveleler arasına idhal edilmeyeceğini kaydetdikden [103] ve Lotmar'ın kabul etdiği «kendine mahsus» mukavele vasfıyle [104] de bir şey elde edilmiş olmayacağını beyan eyledikden sonra Oser (Ozer), umumî devletler hukukunda olduğu veçhile bu mukavelelerin alâkadarlara verilmiş bir istiklâl hakkiyle objektif nizam husule getirdiğini, mukavele şeklinin esas teşkil etmeyib arızî mahiyetde olduğunu ve tarife mukavelelerinin Borçlar hukukuna idhal edilmiyeceğini söylüyor [105]. Ayni şerhin ikinici tabını tanzim ve tertib eden Schönenberger (Şönenbeger) umumî iş mukavelesinin hukukî mahiyeti meselesini daha etraflı bir suretde ve en yeni eserleri kritik ederek tedkik eylemişdir. Tarife mukaveleleri İsviçre Borçlar Hukukunun 322 inci maddesine tevfikan münferid iş mukaveleleri için kaideler vaz etmektedir. Tarife mukavelelerinin muhteviyatı bu mukavelelere dahil tarafların akd edecekleri münferid iş mukaveleleri için âmir hükümler vaz etmekdedir. Bu sebeble Tarife mukavelesi bünye itibariyle Schönenberger (Şönenberger)'e göre bir mukavele ise de bir hizmet akdi veya bir ön mukavele değildir. Tarife mukavelesi iş mukaveleleri için objektif hukuk mahiyetinde düstur ve kaideler vaz eden «kendine mahsus» bir mukaveledir. Bu suretle Schönenberger (Şönenberger), Oser (Ozer)'in telâkkisini bazı cihetlerden tâdil etmekle beraber esas itibariyle muhafaza eyliyor. Umumî iş mukavelelerinin «norm mukaveleleri» olarak telâkkisi Huber ve Hoffmann (Hofman) tarafından kanunun neşrini takib eden yıllarda müdafaa edilmişdi [106]. Ekseriyet bu telâkkiye iştirâk etmektedir [107]. Becker (Beker)'in yukarıda zikretdiğimiz muhalif görüşüne karşı Schönenberger (Şönenberger) âmme nizamına muvafık hükümlerin iş mukavelelerine vaz edilmesi mecburiyeti ancak kanun vazı veya onun bu hususda salâhiyetli

[101] Sahife 640, numara 3.

[102] Manuel de Droit Fédéral des Obligations (İsviçre Borçlar Hukuku el kitabı), dördüncü tabı, 1920, cild I, sahife 402.

[103] Ayni eser, sahife 640, numara 3.

[104] Lotmar, Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern (İş verenler ve işçiler arasında tarife mukaveleleri), Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik (Social ilim ve social politika arşivi), cild 15, sahife 93 ve müteakib.

[105] Oser (Ozer), ayni eser, sahife 640, numara 3.

[106] Sahife 1170 ve müteakib.

[107] Huber, Hoffmann (Hofman), Richard (Rihard), Fick (Fik), Boos (Boz), Depuoz Wilhelm (Vilhelm), Lang, Hug, Wackernagel (Vakernagel) bu meyanda zikredilmektedir.

1030

addetdiği kimse tarafından kabul edilebileceğini beyan eyliyor [108]. von Tuhr (fon Tur)'un Tarife mukavelelerini objektif hukuk mahiyetinde telâkki etmeyib bu mukavelelerin hakları kullanmak ehliyetini tahdid eylediği fikrini ileri sürmesine karşı Schönenberger (Şönenberger) hakları kullanmak ehliyetinin ancak objektif hukuk mahiyetinde olan hükümlerle tahdid edilebileceğini söylüyor [109]. Fakat Tarife mukavelesinin mahiyeti bu normatif fonksiyonlar bitmiyor. Tarifeye tâbi olan taraflar arasında bu mukavele ayni zamanda Borçlar hukukuna müteallik irtibatlar vücuda getirir. İsviçre Borçlar Hukukunun 19 uncu maddesinin verdiği serbestiyle taraflar iş mukavelelerine aid hükümlerden başka kendilerinin mütekabil hak ve vazifelerini de tarife mukavelelerinde tanzim ederler. Tarife mukavelelerinin ifa edilmesi için lâzım gelen tedbirleri almak ve karşılıklı geçimi muhafaza eylemeğe çalışmak bu mukavelelere terettüp eden vazifelerin (fonktion'ların) iki mühim kısmını vücuda getirmektedir [110]. İsviçre Borçlar Hukukunun 323 üncü maddesine göre tarife mukavelelerinin âmir mahiyetde olan hükümleri iş akidlerinin ne suretle tanzim edilmesine müteallik bulunan ve bu hususda kaide ve düstur vaz eden hükümleridir [111].

İsviçre Borçlar Hukuku için bir şerh yazmış olan Fick (Fik) [112] ve ayni mevzuu sistematik bir eserle tetkik eylemiş bulunan Martin (Marten) tarife mukavelelerini «kendine mahsus» (sui generis) bir mukavele telâkki ediyorlar ve bu mukavelelerin iş verenle işçiler arasında çıkan ihtilâf ve mücadeleyi izale etmeye yarayan bir nevi sulh mukavelesi olduğunu söylüyorlar [113]. Rossel İsviçre Borçlar Hukukuna aid eserinde ise, yukarıda işaret etdiğimiz veçhile, umumî iş mukavelesinin kanunda bir nevi hizmet akdi olarak tanzim edildiğini beyan eyliyor [114]. Guhl (Gul) umumî iş mukavelesini şekil bakımından bir mukavele olarak tavsif ediyor ve muhteviyatı itibariyle objektif hukuk mahiyetinde hükümlerle iş akdi münasebetlerini tanzim eylediğini kaydeyliyor [115].

İsviçre ve alman hukukunda tarife mukavelelerine atfedilen bu objektif hukuk mahiyetine mukabil fransız, hollanda, litvanya, macar ve brezilya

[108] Ayni eser, sahife 1173.

[109] Ayni eser, sahife 1173.

[110] Ayni eser, sahife 1174.

[111] Ayni eser, sahife 1175 ve müteakib.

[112] Das Schweizerische Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Hukuku), cild I, 1911, sahife 576.

[113] Le Code des Obligations, des contrats de Droit Civil (Borçlar Hukuku, Medenî haklara aid mukaveleler), 1922, sahife 186.

[114] Manuel de Droit Fédéral des Obligations (İsviçre Borclar Hukuku). dördüncü tabı, cild 1, 1920, sahife 402.

[115] Das Schweizeriche Obligationenrecht mit Einschluss des Handels - ' Wechsel - und Versicherungsrechtes (İsviçre Borçlar hukuku, ticaret, poliçe ve sigorta hukukiyle beraber), ikinci tabı, cild 1, 1936, sahife 189.

103
MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

hukukuna göre bu mukaveleler hususî haklara aid bir hukukî muameledir. İtalyan hukukunda tarife mukavelelerini müelliflerden bazıları bir teşriî muamele (atto legislativo) [116], diğerleri bir nizamname (regolamento), yani şekil bakımından bir idarî muamele ve muhteviyat itibariyle bir kanun mahiyetinde telâkki etmekde [117] ve bir takım müelliflere göre de tarife mukaveleleri âmme hukukuna dahil bulunmaktadır [118]. Rus hukuku bu gibi mukavelelerin tescil edilmekle kanun mahiyeti iktisab edeceğini kabul etmekdedir [119].

Tarife mukavelelerinin «norm mukaveleleri» meyanına idhal edilmesi hususunda Siber (Ziber)'in ileri sürdüğü mütalâa en yeni ilmî görüşe tevafuk eylemektedir. Norm mukaveleleri bir akid yapılmasını değil, serbest olarak akdedilen iş mukavelelerinin muhteviyatı bakımından muayyen hükümlere ittiba edilmesini icab etdirir. Norm mukavelelerinin akdi için kanunî müsaade lâzımdır [120].

Tarife mukavelelerine aid bu istitrada burada nihayet veriyoruz.

İsviçre Medenî Hukukunda hukukî muamele mefhumu Borçlar Hukuku kısmında, dolayısiyle, tanzim edilmiş olduğundan şerhler bu hususda sistematik tedkikler ihtiva etmektedir. Hukukî muamele mefhumunun İsviçre Medenî Hukukunda da alman medenî hukukunda olduğu gibi telâkki edildiğini yukarıda von Tuhr (fon Tur) 'un görüşlerini tahlil eylerken anlamışdık. Diğer bazı hukukcuların ilmî mütalâalariyle bu bahsi tamamlamak istiyoruz.

İsviçre Borçlar Hukukunun en mühim şerhlerinden birini yazmış olan Oser (Ozer) borçların mukaveleden doğması bahsinde mukavele mefhumunun hukukî muamele mefhumuna raci olduğunu, bu mefhumun kanunda ayrıca tanzim edilmemesine rağmen mevcudiyeti esas olarak kabul edildiğini ve hukukî muamele (Rechtsgeschäft) tabirinin Borçlar Hukukunun 2 inci, 33 üncü ve 34 üncü maddeleriyle Medenî Kanunun 6, 10, 55, 177, 282,650 ve 680 inci maddelerinde ve İsviçre İcra ve İflâs kanununun 11 ve 286 ıncı maddelerinde zikrolunduğunu beyan eyliyor [121].

Mukavele ve hukukî muamele mefhumlarının bir takım ana mefhumlara

[116] Schönke (Şönke) , Tarifvertrag (Tarife mukavelesi), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch fur das Zivil - und Handelsrecht des In - und Auslandes (Yerli ve yabancı medenî haklar ve ticaret hukuku için mukayeseli hukuk kamusu) , cild 6 , 1938 , sahife 504.

[117] Ayni eser , sahife 504.

[118] Ayni eser , sahife 504.

[119] Ayni eser , sahife 504.

[120] Grundriss des Deutschen bürgerlichen Rechtes (Alman medenî hukukunun esasları , cild 2 , Schuldrecht (Borçlar hukuku) , 1931 , sahife 180 ve müteakib.

[121] Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausgegeben von Egger (Egger tarafından neşr edilen İsviçre Medenî Kanunu şerhi), cild V, Obligationsrecht (Borçlar Hukuku), ikinci tabı, 1928 , sahife 18 ve müteakib.

1032

raci olduğunu kaydeden Oser (Ozer) bir insanla diğer bir insan veya bir şey arasında hukukî münasebetin «hukukî vakıalar» (juristische Tatsachen) husule getirdiğini, yani sübjektif haklar doğurduğunu, bu hakları değiş dirdiğini veya izale eylediğini, bu vakıalar terekküb ederek hukukî müesseselerin unsurlarını meydana getirdiğini, bu kabilden olarak bir mukavelenin vücud bulması için tarafların iradelerinin beyan ve tezahür etmesi, mukavele akdine ehliyetleri olması ve mukavele muhteviyatının kabil ve kanunen caiz bulunması v.s. lâzım geldiğini söylüyor. Bu unsurların tam olmaması halinde mevcud vaziyete Oser (Ozer), Kohler (Koler) 'in kullandığı «Rechstlage» (Hukukî durum) adını veriyor [122].

Hukukî vakıalar meyanında insanların fiil ve hareketleri ayrı bir ehemmiyeti haizdir. Bu fiil ve hareketler asıl «hukukî fiiller»'i teşkil eder. İnsanın iradesi mahsulü olmayan «fiiliyat», «şe'ni vakıalar» (Realakte) hukukî fiillere dahil değildir. Bir şeyin tesellümü, kullanılması ve bir şeyin bulunması veya başka bir şeyle beraber imal veya inşada kullanılması bu kabildendir. Bunlara «hukukî fiiller» adını veren Riezler (Ritzler)'e Oser (Ozer) itiraz ettiği gibi kendi fikrine iştirâk eden von Tuhr (fon Tur)'un bu şe'nî vakıalar için «Handlungen» (fiiller) tabirini kullanmasına da muarız bulunmaktadır [123.]

Hukukî fiiller, hukukî nizam tarafından hukukî neticeye bağlanmış olan fiillerdir. Hakları kullanma ehliyeti bu hukukî fiiller mefhumundan vücuda gelmişdir. Hukukî fiillerin umumî manada haksız fiilleri de ihtiva etdiğini kaydeden Oser (Ozer), haksız fiillerden gayri olan hukukî fiillere «Rechtshandlungen» adını veriyor. Bunu dilimize «haklı fiiller» tabiriyle çevire biliriz.

Hukukî muameleler haklı fiillerin bir kısmıdır. İsviçre Borçlar Hukukunun fransızca metninde «hukukî fiiller» ve «haklı fiiller» için «acte juridique» tabiri kullanılmış ve italyanca metninde hukukî fiil «atto giuridico» ve haklı fiil «negozio giuridico» tabirleriyle tefrik edilmişdir. Hukukî muamele mefhumu hukukî nizam tarafından verilen kuvvet ve iktidarla hukukî bir netice husule getirmeğe kabiliyeti olan bir ferdî irade tezahürüdür. Bu hukukî neticeye mâtuf bir «muamele iradesi»'nin bulunması Oser (Ozer)'e göre hukukî muamele için esaslı bir unsurdur. Bu suretle tezahür eden iradeye «iradenin beyanı» denilir. İradenin hukukî netice husule getirmesi objektif hukukun bu hususda ferdî iradeye verdiği salâhiyete dayanmaktadır ve bu sebeble hususî irade istiklâlinden bahsetmek Oser (Ozer)'e göre mübalâğalı bir hareketdir [124].

[122] Ayni eser, sahife 19. Hukukî durum mefhumu için "Sübjektif hak„ adlı yazımıza bakınız.

[123] Ayni eser, sahife 20.

[124] Ayni eser, sahife 23 ve müteakib.

1033

İsviçre Borçlar Hukuku için küçük ve kıymetli sistematik bir eser yazmış olan Guhl (Gul) von Tuhr (fon Tur) ve Oser (Ozer) tarafından ileri sürülen mütalâaları mezc etmek suretiyle aynen kabul eylemekdetir [125].

E. Asrî medenî haklar ilminde hukukî muamele nazariyelerine ve bu nazariyelerin kritiklerine müteallik düşüncelerimiz.

Hukuk social hayatın eseri ve istinadgâhıdır. Social hayatda tatbik edilmekle tekemmül eden ve tam manasiyle bir bütünlük olarak vücud bulan hukukun en mühim unsuru insan ve onun iradesidir. İnsanın hilkatda mümtaz ve faik mevkiini husule getiren aklı ve onun tezahürü olan iradesi social hayatın rabıta ve münasebetlerinde en kuvvetli âmillerden bulunmakla iradenin hukuk bütünlüğünde büyük bir yer işgal etmesi lüzumu kolayca anlaşılır. Social münasebetler hukukî münasebetleri ve social institutionlar (müesseseler) hukukî institutionları doğurmakdadır. Bu institutionar hukukî muamelelerin kaynağıdır. Hukukî nizamla insanın serbestisi arasında olan münasebeti tahlil eden Hauriou (Horyu), «ferdiyetci nizamın ferdlere tahmil etdiği ekonomik teşebbüslerin yürüyebilmesi için hukukun vücuda gelmesinde ferdî iradenin nisbî bir istiklâli bulunmak her şeyden önce lâzımdır» diyor. «Ferdlerin hukukî teşebbüs kabiliyeti (initiative) ve mesuliyeti olmak icab eder. Hukukî muamelelerle hukuk vücuda getirilirken ferdlerin iradesi yalnız hukukî muamelenin muhteviyatına inhisar etmekdedir. Umumî kuvvet ve iktidar, icra kuvvetini kendi eline almıştır. Hukukî muamelelerin muhteviyatı ise kararların ve borc deruhdesinin rızaya bağlı olan kısmını husule getiriyor. Ferdî irade bu kısımda hüküm sürer vaziyetdedir..

Rizaya bağlı olan hukuk sahası ferdî irade ile vücud bulur ve âmme kuvvetinin şekil ve müeyyedelere müdahalesine rağmen ferdî iredenin bu hukuk meydana getirici kabiliyeti mühimdir. Ferdî hukuk serbestisinin hüküm sürdüğü saha ekonomik liberalism devrinde çok genişlemişken daralmağa başlamışdır. Ferdî iradenin istiklâli ve bunun sübjektif mesûliyeti umdesi hususî hakların techizatını teşkil eder. Tarihî bakımdan bu hukukî umde medeniyete bağlı yavaş bir terakkiyle teşekkül etmişdir. Bu medeniyet devam etdikce hukukî istiklâlin zail olması için hiç bir sebeb yokdur. Bu medeniyet ferdî istihsali, ferdî teşebbüsü ve hukukun sübjektif bir suretde vücuda getirilmesini icab etdirmekdedir» [126]. Hauriou (Horyu) bu suretle

[125] İsviçre Borçlar Hukuku, ikinci tabı, cild 1, 1936, sahife 54.

[126] Le pouvoir, l'ordre,la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes (İktidar, nizam, hürriyet ve objektivist sistemlerin hataları), Cahiers de la nouvelle journée, numara 23, 1933, sahife 72 ve müteakib.

1934

sübjektif unsura bakikî ehemmiyeti veriyor. İnsanın iradesini ikinci dereceye indiren objektif talâkkide ise hukukî nizam ferdin serbestisinden üstün ad edilmekdedir [127]. Meşhur alman Pandekt âlimlerinden Bruns da şahsın serbest iradesini haklarda vukua gelen değişikliklerin başlıca sebebi, bu hususda mevcud sebeblerin âdeta merkez noktası olarak ele alıyor ve hukukî muameleyi «esas itibariyle şahsın serbest iradesiyle vücuda getirilen hukuka müstenid» ad eyliyor. «İrade haricde tesir husule getirmek için beyan ve izhar edilmek tabiî lâzımdır. Bu sebeble hukukî muamele esasen irade beyanıdır. Objektif kanunun bütün bu irade faaliyetini tanzim etmesi icab eylemekdedir. Fakat hukukî muamelelerin mahiyeti, hakkı kullananların fiillerinde aranılmayıb hukukî nizama irca edildiği takdirde insan ile hukuk arasında olan tabiî münasebet alt üst edilmiş olur. Zira bu suretle insan hukuk tarafından sevk ve idare edilen bir çocuk vaziyetine getirilmiş ve serbest faaliyeti hukuk tarafından tanılan ve tanzim edilen bir varlık olmakdan çıkmış bulunur» [128].

Hukukun social ve institutionel oluşu göz önünde bulundurulursa, hukukî muamelelerde irade mefhumuna, yani hukukun vücud bulmasında insanların iradesine yer verilmesi yanlış bir hareket değildir. Hukuk süjet'si sıfatile insanın hukuk bütünlüğünde haiz olduğu mevki bu suretle ifade edilmiş olur. Âlemin ihata ve ifade edilmesi için nasıl süjet sıfatiyle insan ve objet sıfatiyle insandan gayri mevcudatın bir bütünlük ve yekdiğerini tamamlayan varlık cüzüleri olarak mülâhaza edilmesi icab ederse, kendine mahsus bir âlem olan hukukun anlaşılması için insana lâyık olduğu mevki verilmek ve yalnız objektif hukuk kısmına bütün ehemmiyeti atfeylemek lâzım gelir. Bu sebepe hukukî muamelenin tarifinde «alâkadar kimselerin müsbet hukuk tarafından vaz edilen çerçeve içinde kendi hayat münasebetlerini iradelerine göre tanzim etmeleri salâhiyeti» esasını ele alarak hukukî muameleyi bu hukuk vücuda getirici kuvvetin bir vasıtası telâkki etmek [129] hem doğru ve hem yanlışdır. Regelsberger haklı olarak «her bir hayat münasebeti hukukî muamele ile kendi norm'unu (düstur ve kaidesini) iktisab eder»

[127] Hauriou (Horyu), zikredilen yazısında, sahife 77 ve müteakib, buna misal olarak Kelsen (Kelzen) ve Duguit (Dügvi)'nin fikirlerini tahlil ediyor. Duguit (Dügvi)'nin sisteminde nizam mefhumunun hürriyet mefhumundan üstün ad edilmesinin fransız positivisti Auguste Comte (Ogust Kont)'un "Catéchisme positiviste„ (Positivist ilmihal) adlı eserinde hürriyetin nizama tâbi tutulmasına raci olduğunu kaydeden Hauriou (Horyu) Comte (Kont)'un bu tarifi hatalı olduğunu ve hürriyetin "nizama tevafuk eder bir suretde hareket ihtiyarı„ şeklinde tashih edilmesi lâzım geldiğini ilâve eyliyor (ayni eser, sahife 86, haşiye 1).

[128] Bruns'un Pandekt hukukuna aid yarım kalmış yazılarını ihtiva eden "Kleine Schriften„ (Küçük yazılar) adlı külliyat, cild 2, 1882, sahife 452 ve muteakib (Binder, Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, cild V, 1912, sahife 274 ve müteakib).

[129] Regelsberger, Pandekten, cild 1, 1893, sahife 128.

10 35

diyor [130] ve bu da filhakika ferdî istiklâldir [131]. Fakat işin doğru olmayan ciheti, müsbet hukukun insandan üstün tutulması ve positivist görüşe doğru gidilmesi dir. Bu bakımdan «şahıs» mefhumunun, hukukî salâhiyet ve vazifeleri kendisine hukukî nizam tarafından tevcih edilen kimse diye tarif edilmesi ve insana bir hukukî cebhe verilmesi dikkatle mülâhazayı icab etdirir [132]. «Şahsiyet» bu suretle bir hukukî şekle ifrağ edilmiş ve tabiî bünyesinden tecrid edilmiş oluyor.

Kelsen (Kelzen) positivist görüşünün bir neticesi olarak hukukî muamele ve ferdî istiklâl mefhumlarının hukukun mahiyetinden doğmayıb siyasî telâkki ve teşkilâtla alâkası bulunduğunu kaydediyor. Esas teşkilâtları «autokrat» veya «demokrat» umdelere dayanmasına göre ya bir kişinin veya müteaddid kimselerin iradeleriyle hukukî nizam teşekkül eder ve ferdî istiklâl da bu suretle nisbî bir mahiyet alır [133].

Relativism, yani bir meselede mutlak esaslar yerine nisbeten ve bir şeye izafetle mukayyed bir hal sureti bulmak tarzı, gerek ilimde ve gerek ilimlerin ilmi olan filozofide hakikatın anlaşılmasına kâfî bir usûl değildir. Relativism (izafiyecilik, nisbiyecilik) kendi kendini red etmekle nihayet bulur. Kelsen (Kelzen)'in izafî bir suretle hukukî muamele mefhumunu halletmek istemesi yarım ve yanlış bir hal suretidir. «Autokrat» ve «demokrat» idarelerde ferdî iradenin mevkii bir olmaması idarenin şekline bağlı bulunmak gibi basit bir sebebe raci değildir. Bundan başka her hangi bir idarede şahsiyetin tahdidata tâbi tutulması, hukuk ve şahsiyet mefhumlarının bünyelerini değişdirmez. Bu tahdidat yanlış ve haksız bir hukuk telâkkisinin mahsulü olabilir. Bu sebeble idarenin şekline göre o da doğru bu da doğru demek değildir.

Hukukî muamele ve ferdî istiklâl mefhumlarının umumen kabul edilen nazariyesi, bu mefhumların bünyelerine yakınlaşmakla beraber tam bir suretde ifade edememekdedir. Zira bu nazariye hukuku şahsiyetdan üstün ad etmekde ve insanın salâhiyetlerini objektif hukukun müsaadesiyle izah eylemekdedir. Bu suretle hukuk kendi başına ve sırf kendisi için vücud bulmuş bir varlık halini alıyor ve insanın fiil ve hareketleri tâli bir vaziyetde kalıyor. von Tuhr (fon Tur)'un tarifi bu telâkkiye bir misaldir: «Hukukî muamelenin başlıca unsuru bir veya muteadid hususî şahısların (tarafların) iradesidir. Hukukî muamele insanın kendi hukukî münasebetlerini tanzim etmesi için kanun tarafından kendisine verilen kabiliyetin kullanılmasına aid bir vasıtadır. Kanun tarafların istediği hukukî tesiri tarafların iradelerine

[130] Ayni eser, sahife 128.

[131] Ayni eser, sahife 128, 105.

[132] Kelsen (Kelzen), Allgemeine Staatslehre, 1925, sahife 86, 62 ve mütekib.

[133] Kelsen (Kelzen), ayni eser, sahife 86.

tevafuk etdiği için vücuda getirmekle hukukî muameleyi müeyyedeler [134]». Bu tarif ve izah meselenin ruhuna temas etmekle beraber romantik devrin mahsulü olan hukuk görüşüne tevafuk eyliyerek hukukun müstakil varlığına fazlasiyle kuvvet veriyor. Buna mukabil tarafların iradesini hukukî neticenin husule gelmesi için mühim bir unsur yapmakdan çıkarıb meseleyi hukukî normlara tevafuk ve tâbiiyet suretiyle izah eylemek de bir ifratdan diğer ifrata düşmek olur. Binder'in müdafaa etdiği bu fikrin noksanı daha ziyade positivist bir temayül göstermesindedir.

Zitelmann (Tzitelman)'ın «Irrtum und Rechtsgeschäft» (hata ve hukukî muamele) adlı meşhur eserinde beyan etdiği gibi «hukukî muameleler dil bakımından ferdlerin hukuk vücuda getirici fiillerini ifade eder» [135]. Hukukî nizam bu hususda ferdlerin iradesine geniş bir faaliyet sahası tanımakdadır. Şu halde «hukukî muameleler istenilen hukukî neticelere mâtuf fiillerdir» [136]. Zitelmann (Tzitelman) irade beyanı ve hukukı muamele netice itibariyle yekdiğerinin aynı telâkkî edilirse de her ikisinin arasında fark olduğunu beyan ve izah ediyor [137]. Filhakika hukukî bakımdan noksanlığı dolayısile bir irade, muayyen bir hukukî neticeyi husule getiremez veya husule getirdiği netice ibtal edilebilir. Hukukî muamele bu noksanı olmayan iradeye münhasırdır. Meselenin bu cihetine, tedkiklerimizi alâkadar etmediğinden bu kadar temasla iktifa edeceğiz.

Hukuk bütünlüğünde hukukî muameleye verdiğimiz yer vaktiyle Karlowa (Karlova) tarafından ileri sürülen nazariye ile karışdırılmamalıdır [138]. Bu nazariyeye göre hukukî muamele ile onun vücuda getirdiği hukukî netice arasında bir fasıla vardır. Bu fasılayı izah etmek için hukukî muamelenin inşası ile kendisi arasında bir farkın mevcudiyeti kabul edilmek icab eder. Bu suretle hukukî muamelenin «kendisi» ile onun vücuda getirdiği hukukî durum yekdiğerinin aynı ad edilmektedir. Karlowa (Karlova)'nin bu nazariyesinde hukukî muamele hukuk bütünliğiyle karışdırılmışdır. Hukukî muamele hukuk bütünlüğünün kendisi değil, onun bir cüzüdür. Hukukî bütünlük noktasından hareket etmemekle beraber Zitelmann (Tzitelman)'nın Karlowa) (Karlova)'ya karşı yürütdüğü kritik esas itibariyle doğrudur [139].

Brinz (Brintz)hukukî muamele mefhumunu objektif hukukun müessesesi manasına alıyor. İnsanların fiillerinde mevcud her hangi bir niyet veya iradeden

[134] von Tuhr (fon Tuhr), Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, Enzyklopädie der Rechts - und Staatswissenschaft (Medenî hukuk, Umumî kısım, Hukuk ve iktisat ilimleri ansiklopedisi), cild VII, 1923, sahife 35.

[135] Ayni eser, sahife 281, 233.

[136] Ayni eser, sahife 281.

[137] Ayni eser, 281 ve müteakib.

[138] Karlowa (Karlova), Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung (Hukukî muamele ve tesiri), 1877, § 1 (Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, sahife 302).

[139] Ayni eser, sahife 303 ve müteakib.

1037

ziyade hukukun iradesi bir fiile hukukî muamele mahiyetini verir. Hakların tesis ve izalesine mâtuf olan fiiller bu fiilleri yapanlar tarafından değil, hukuk tarafından bu gayeye tahsis edilmişdir. Bu muameleler hukukun muameleleridir [140]. Bu suretle hukukî muameleler hukukî neticeler doğuran hukukî durumlar halinde bir nevi tipologiye mevzu teşkil ediyor. Brinz (Brintz) bu nazariyesiyle mevcud umumî telâkkiyi itmam etmiş ve hukukî bakımdan ona en doğru ifadeyi bulmuşdur.

Fakat hukuk bütünlüğü bakımından bu nazariye tatmin eder mahiyetde değildir. «Hukukî hâdise — hukukî netice» izafetiyle vücuda getirilmek istenilen objektif hukuk tipologisi hukukun social fonktion'unu izaha kâfi gelmez. Zitelmann (Tzitelman) haklı olarak hukukî muamelelerin objektif ve sübjektif manalarını ayırıyor ve her iki manaya göre hukukî muameleyi şu suretle tarif eyliyor: «Hukukî muameleler, objektif manada, ferdlerin arzu etdikleri hukukî neticeleri meydana getirmek için objektif hukuk tarafından kendilerine verilmiş veya bu hususda kabul edilmiş vasıtalardır, veyahut objektif manada hukukî muameleler objektif hukukun hükümlerine tevfikan her hangi bir hukukî neticenin vücuda getirilmesi maksadiyle ferdler için bir vasıta teşkil eden fiil tipleridir. Sübjektif manada hukukî muamele, hukukî neticelerin husule gelmesine mâtuf niyetin ifadesiyle hukukî neticenin vücuda getirilmesi veyahut bu manada hukukî muamele, istenilen hukukî neticeyi husule getiren hukukî mahiyetde irade beyanıdır.» [141].

Zitelmann (Tzitelman) bu nazariyesini 1879 yılında neşretmişdi. Alman medenî kanununun meriyete girmesinden yirmi bir yıl evvel ileri sürülen bu mütalâanın kıymeti bugün dogmatik olmakdan ziyade tarihî ise de Medenî kanunumuz gibi hukukî muameleyi teşriî bakımdan tanzim etmemiş ve bu suretle onun tayin ve ifadesini ilmî mesaiye bırakmış bir kanun için bütün bu ilmî tedkiklerin ayrıca bir ehemmiyeti vardır.

Hukuk bütünlüğü bakımından hukuk mefhumunun biri objektif ve diğeri sübjektif olmak üzere iki safhası vardır. Objektif safha hukukun kaynakları denilen kısmı ihtiva eder. Mevcud hukuk kaynakları nazariyesi müsbet mevzuata, örf ve âdete ve mahkemeler içtihadına inhisar etmektedir. Biz buna nizasız hukuk tatbikatını da ilâve ediyoruz. Hukuk bütünlüğünün sübjektif safhası ise hukuk süjet'sinin hukuk vücuda getirici fiil ve hareketlerini ihtiva eyler. Sübjektif hak ve hukukî muamele bu fiil ve hareketlerin esasıdır. Hukuk bütünlüğünün bu iki safhası cemiyetle ferdin tevazününü husule getirir. Hukuk bütünlüğünde cemiyet ve ferd yekdiğerini tamamlar. Yeni alman hukuk telâkkisinde olduğu gibi cemiyet ferde tahakküm etdiği takdirde ferdin hakkı ve hukukî istiklâli

[140] Brinz (Brintz), Lehrbuch der Pandekten (Pandektler ders kitabı), cild 4, ikinci tabı, 1892, sahife 3.

[141] Zitelmann (Tzitelman), ayni eser, sahife 308 ve müteakib.

1038

yerine vazife mefhumu kaim olmakdadır. Hukukî muamele de Devletin tasarrufu yanında kıymetini kaybediyor. Cemiyet mefhumu hukukî nizamı müşahhas bir suretde ifade etdikce ifrata gidilmiş olur. Fakat bu suretle hukukun social bünyesi cemiyet mefhumuna inhisar etdirilmek suretiyle izah edilmek istenildiğinden yanlış bir yola gidilmiş manada anlaşılmış oluyor. Binder umumî ve hususî iradelerin münasebet ve karşılıklı durumuna işaret ediyorsa da umumî telâkki müfrit bir görüşde ısrar etmektedir. Şahıs ve sübjektif hak mefhumlarından mahrum olan bir hukuk sistemi nâkıs ve tamamlanmamış bir varlık halini andırır. Hukukî muamele de bir hukuk sistemi için ayni ehemmiyeti haizdir.

Yukarıda kaydetdiğimiz Zitelmann (Tzitelman)'ın hukukî muamele tarifi bir cihetden tashih edilmek icab eder. Zitelmann (Tzitelman) hukukî neticeye mâtuf niyetin hukukî muamele mefhumunun esaslı unsuru olduğunu beyan ediyor [142]. İrade beyanı Zitelmann (Tzitelman) 'a göre asıl iradenin doğrudan doğruya izharı olmayıb, ayni zamanda bilvasıta iradenin, niyetin hakikî izharıdır [143]. Bu sebeble hukukî irade beyanı, bir hukukî neticenin matlub olması ve bu niyetin izhar edilmesi unsurlarından terekküb eder ve hukukî neticenin husule gelmesi için bu unsurlar lâzımdır. Objektif hukukun şahsın istiklâlini hususî haklarda kuvveden fiile çıkardığı şekil budur [144].

Pandekt hukukundan fazla tarafdar kazanmış olan irade nazariyesinin yanlışlığını Binder etraflı bir suretde göstermişdir [145]. Bunun neticesini kısaca kayd edelim:

Hukukî muamelede irade ile onun beyanı arasında olan münasebet, Bizans hukuku tarafından ihzar edilen ve Pandekt hukukunda imâl olunan ikilik telâkkisiyle biri hukukî neticeye mâtuf olan irade ve ikincisi bu iradenin beyanı şeklinde yekdiğerinden tefrik edilmişdir. Fakat irade ile beyan arasında olan münasebet Binder'e göre bu nazariyenin kabul etdiğinden başka türlüdür. İrade beyanının bünyesi basitdir ve ikilik arz etmez. Bu sebeble irade ve beyanın birleşmesi varid değildir. Bundan başka izhar edilen iradenin mâtuf olduğu cihet hukukî netice değildir. Beyanda bulunan kimse haricî âlemde muayyen bir neticenin husule gelmesini ister. Bu netice

[142] Ayni eser, sahife 309.

[143] Aynî eser, sahife 243.

[144] Ayni eser, sahife 245.

[145] Binder, Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftess (Hukukî muamelenin unsurlarından olan irade beyanı), Archiv für Rechts - und Wirtschaftsphilosophie (Hukuk ve İktisad filozofisi arşivi), cild 5, 1912, sahife 226 ve müteakib.

1039

hukukî neticenin ayni olmak lâzım gelmez. Hukukî netice ne irade sahibinin ve ne de kanunun istediğiyle husule gelir. Kanun muayyen bir kaide ve düsturu ister. İrade beyanı bu düstur ve kaidenin unsurlarına tevafuk etmekle hukukî netice husule gelir [146]. Bu suretle Binder hukukî muameleleri hukukî neticeler doğuran hukukî durumlar halinde tiplere irca ediyor. Binder'in bu görüşü positivism'e mütemayil olmakla beraber dogmatik bakımdan doğrudur. Zira hukukî münasebetlerin doğması, değişmesi ve nihayet bulması şeklinde umumiyetle kabul edilen görüş tarzı ve onun neticesi olarak hukukî muamelelere hukukî tesir atfı, hukuku organik bir varlık gibi telâkki etmekde ve hukukun ruhî ve manevî bünyesiyle telif kabul etmiyen bir düşünüş tarzına yol açmakdadır. Binder'in görüşü buna nisbetle şe'niyet ve hakikata daha ziyade tevafuk etmekdedir. Bununla beraber positivism'e düşmemek için hukukun social mahiyeti unutulmamak icab eder. Hukukun social mahiyetini biz cemiyetle ferd arasında tam bir tevazünde buluyoruz. Hegel'in umumî ve hususî irade mefhumlariyle çalışan Binder'in en yeni hukuk filozofisinde ise bu tevazün cemiyet lehine olarak bozulmuşdur.

İşte Zitelmann (Tzitelman)'ın tarifinde yer bulan «irade nazariyesi» bu suretle tashih edilmek icab eder.

Leonhard'ın umumen kabul edilen hukukî muamele nazariyesine yapdığı kritiklere gelince yukarıda izah etdiğimiz hukukun şe'niyetine tevafuk eden cihetlerine iştirâk etmek ne derece doğru bir hareket olursa, Leonhard'ın hukukî usûl bakımından öteden beri göz önüne getirmediği hususiyetlere de işaret eylemek o derece lüzumludur.

Borçlarda borcun ödeme yeri meselesine müteallik olmak üzere dikkata değer bir eser neşrolan Leonhard'ın bu kitabına karşı yazdığımız bir eserde dediğimiz gibi [147], Leonhard hukukî meselelerin tedkikinde hukukî olmayan ve hukuk bakımından bir kıymet ifade etmeyen usûl ve mülâhazalarla çalışmayı seven ve bu sebeble elde etdiği neticeler tereddütle karşılanmak lâzım gelen müelliflerdendir. Tahlilleri ve görüşleri hukukî tedkikler için çok kıymetli fikirlerle müzeyyen olmakla beraber kritik edilmesi icab eden pek çok cihetleri de ihtiva eyler. Bu kabilden olarak Devlet mefhumu için kullandığını yukarda gördüğümüz «tarihî» vasfının ne mana ifade etdiği ve hukukî meselelerde ne gibi bir mevkii olabileceği sorulmağa değer. Hukukî muamelelerde irade nazariyesi tarafdarları aleyhine ve beyan nazariyesi lehine olmak üzere muhtelif irade şekilleri arasında yapdığı

[146] Binder, Bürgerliches Recht, Erbrecht, Enzyklopädie der Rechts - und Wirtschaftswissenschaft (Medenî hukuk, Miras hukuku, Hukuk ve İktisad ilimleri ansiklopedisi), cild XI, ikinci tabı, 1930, sahife 22 ye bak.

[147] Mehmed Ferid, Kritik der Lehre Leonhards "Erfüllungsort, Schuldort„ mit Berücksichtigung fremder Rechte und besonders des islamisch — türkischen Rechtes (Yabancı hukuklar ve hususiyle islâm - türk hukuku nazarı itibara alınmak suretiyle Leonhard'ın "Ödeme yeri borç yeri„ nazariyesinin kritiki), Göttingen, 1923, sahife 17,42.

1040

tefrikde muamele iradesi mefhumu hukukî şe'niyete tavafuk etmekde ise de Leonhard'ın kendi buluşu olmakdan ziyade evvelce bu hususda ileri sürülen fikirlerden ilham alınarak vücuda getirilmişdir. Zitelmann (Tzitelman)'ın yukarıda zikredilen eserinde bu fikir daha etraflı bir suretde tedkik edilmişdir. Zitelmann (Tzitelman) muamele iradesine, Oertmann (Örtman)'ın haklı olarak kaydetdiği veçhile [148], muamele niyeti (Geschäftsabsicht) tabirini kullanıyor [149]. Binder'in yukarıda zikretdiğimiz tedkikinde de bu fikir kuvvetli bir suretde izah edilmişdir.

Gerhard Husserl'in hukuk telâkkisi ise, evvelce de işaret etdiğimiz veçhile, hukuk bütünlüğü esasına mugayir olmamakla beraber bu esası tamamiyle ihata edememekdedir. Hukukî muhit nazariyesi hukukî kaynaklar bahsini tevsi ediyorsa da ferdî muamelenin objektif hukuk mahîyetine çıkarılması, bu muamelelerin hukuk bütünlüğünde haiz olduğu ehemmiyeti yanlış anlamakdan ileri geliyor. Ferdin kabul ve tasdikine verilen ehemmiyet de ayni telâkkinin mahzurlu neticelerindendir. Cemiyetin bir uzvu sıfatiyle ferdin hukukî mevzuatı kabul ve tasdik etmesi, o mevzuatın nizasız tatbiki bakımından ehemmiyetli bir unsur ise de hukukî mevzuatın mevcudiyeti bu kabul ve tasdike bağlanamaz. Hukuk bu mevzuatdan ibaret olmadığından tekemmül etmesi için zikredilen kabul ve tasdike lüzum vardır. Bir taraflı hukukî muameleler meyanında feragat ve ibranın zikredilmesi, şahsiyet mefhumunun hukukda haiz olduğu mevkiin iyice anlaşılamamasından ileri gelmektedir. Bu gibi dogmatik meselelerin fenomenologik mülâhazalarla hal edilmeyeceğini Binder haklı olarak kaydediyor. Bununla beraber Husserl'in fikirlerinden istifade edilecek çok cihetler vardır. Mevcud hukuk telâkkisine karşı yeniden esaslar kurmağa kalkışan Husserl'in cemiyet ve ferd tevazününde ferde fazla ehemmiyet vermesi göze çarpmakdadır.

Hukukî muamele mefhumunun tenviri için lüzumlu gördüğümüz malûmat bu kritiklerimizle tamam oldu. Bundan sonra asıl tedkikini mevzu ittihaz etdiğimiz illet, illetden tecrid ve illetsizlik meselelerini tahlil ve izaha çalışacağız. İllet (causa) bahsi hususî hakların en mühim ve en eski meselelerindendir. Gerek bu meseleyi ve gerek mücerred hukukî muamelelerin mahiyetini ihata etmek ve asrî medenî haklar ilminde bu meselelerin vaziyetini izah eylemek için tarihî tedkiklerin büyük bir ehemmiyeti olduğundan bu cihete ayrıca itina edeceğiz.

[148] Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil (Medenî kanun, Umumî kısım), üçüncü tabı, 1927, sahife 373.

[149] Zitelmann (Tzitelman), ayni eser, sahife 243.

1041

No: 95

Müdafaa Masuniyeti

(İmmunité judiciaire — Adlî masuniyet)

Yazan: *A. Rifat ALABAY*

Haddi zatinde memnu olan fiiller bazı def'a kanun tarafından cezalandırılamaz ve onlara cevaz verilir. Müdafai meşrua ve zaruret halinde işlenen fiillerde olduğu gibi ona suç vasfı bile verilmez. Bu gibi hallerden birisi de Türk ceza kanununun 486 ıncı maddesinde zikredilen haldir. Mezkûr madde şöyle demektedir: «Bir dava esnasında iki taraf veya vekilleri cânibinden dava hakkında mahkemeye verilen evrak ve irad olunan müdafaanın muhtevi olduğu elfazı tahkiriyeden dolayı takibat icra olunamaz. Şu kadar ki mahkeme kanunen muayyen olan inzibatî tedbirlerden maada bu lafızları havi bulunan evrakın temamen veya kısmen ortadan kaldırılmasını emir ve mütecavizialeyhin talebile kendisine tazminat itasına hükmedilebilir».

Müdafaa hakkı serbestçe kullanılması ve bu, sıhhat ve samimiyet ve müessiriyetini azaltabilecek her türlü kayıt ve endişeden âzade olmalıdır. Manzini'nin dediği gibi bazen tecavüz, taarruz zarurîdir. Ekseriya af ve müsamaha haksızlığın zımnen kabulü veya bir menfaatın mevcut olmaması tarzında izah edilebilir. Usluluk ve çekingenlik bazen hakikatten mütevellit bir korkunun, vicdan azabının veya hasım tarafın iddiasını kabulün ve sairenin neticesi addolunabilir. Bir cezaya çarpılmak veya takibata maruz kalabilmek imkânı insanları tedbirli ve ihtiyatlı olmaya sevk eder ki icap ettiği şekilde tam bir müdafaa yapılmasından sarfı nazarla neticelenir. [1] Bu itibarla müdafaa serbest olmalıdır. Ve müdafaa sadedinde söylenilen ve yazılan şeylerden dolayı mesuliyet terettüp etmemelidir. Eksik, müstereddit ve ceza korkusile mütevekkil bir müdafaaya onun zıddı her türlü kayıtdan âzade ve hatta tecavüzkâr bir müdafaa tercih olunmalıdır. Bu müdafaa hürriyetinde ifrata varılırsa ve suiistimal edilirse bunun önüne cezaî müeyyideler gibi terhip ve tahvif mahiyetinde olmayan inzibatî veya hukukî (Medenî) vasıtalarla geçilebilir.

[1] Manzini, Trattato di diritto penale italiano (İtalyan ceza hukuku) Cilt 7, sahife 297—298.

1042

Müdafaa masuniyeti pek eskidir. Bu müessesenin ta Roma hukukuna kadar çıkan uzun bir mâzisi vardır. Bunun esası ve müstenidi zaruretdir. Her zaman ve her yerde, medeniyetin ilk devirlerinde ve bugünkü mevzuatta «zaruret halinde başkalarının haksız bir tecavüzüne mukabele eden tabiî bir müdafaa hakkını istimâl etmiş olur.» Prensibi tatbik sahası bulmuşdur. Çünkü insanla birlikte doğmuş olan ve her hangi bir kanundan evvel vicdanı âmmenin kabülüne mazhar olmuş, tanınmış bulunan bir hakdır.

Ceza kanununun 486 ıncı maddesi İtalyan Temyiz mahkemesinin 18-şubat-1907 tarihli kararında zikredildiği veçhile «taraflar adlî makamlar huzurunda ihtilâf ve niza dolayısile sebep ve delillerini beyan ve izhar ederlerken hukuk ve menfaatlerinin haleldar olmaması veya zarar görmemeleri için tahkiri tazammun etseler bile söylemek veya yazmak zarurî olduğu veya faideli bulunduğu takdirde en geniş müdafaa hürriyetine malik olmaları fikrinden mülehhem olmuşdur.» [1]

Bu müdafaa masuniyetinin esası hakkında muhtelif fikirler ileri sürülmüşdür.

De Simone'ye göre bunun hakikî rasyonal esası «mahkemede iddia ve müdafaaların icabatını kendisinde aramak lâzımdır». [2] Bu da muhakemede herkesin haiz olup lüzumu halinde hasım tarafın tecavüzlerini reddetmek ve kendisini müdafaa eylemek yani münaziünfih mesele için faydalı olduğu takdirde kayıtsız ve şartsız, endişesiz serbest bir surette hareket etmek ihtiyaç ve zaruretinden başka bir şey değildir.

Bazıları, «iki taraf münakaşanın şiddet ve hararetinden itidal ve sükûnetlerini gaip ediyorlar ve kendilerini tutamayacak bir hale geliyorlar; ve böylece küfre, acı sözlere, hakarete başlıyorlar» diyorlar. [3] Ve bu suretle müdafaa masuniyetini bir nevi tahrike istinad ettiriyorlar.

Fakat böyle bir prensibe istinadın doğru olmadığı pek zahirdir. Çünkü hakareti âmiz sözler ekseriya bir münakaşanın şiddetlendiği, alevlendiği esnada sarfedilmeyor. Bilâkis soğuk kanlılıkla söylenmekte ve hatta mahkeme salonlarından uzak ve hasmın bulunmadığı yerlerde düşünülerek yazılmaktadırlar.

[1] Rivista penale (Ceza mecmuası) LXV, sahife 683.

[2] Sulle Offese giudiziale (Mahkemedeki hakaretler hakkında), Ceza mecmuasının ilâvesi, Cilt XI, Sahife 210,

[3] Zanardelli Ceza kanununu tekrar tedkik eden komisyonun zabıtlarının 667 inci sahifesinde mebus Nocito'nın mütalâaları. Mumaileyh şöyle diyor: „Şimdiye kadar bu fiilleri hakikî bir kasdın bulunmaması dolayısile münakaşanın hararet cürüm olmaktan çıkardığı zannolunurdu İlâh..).

1043

Diğer bazıları da bu müdafaa masuniyetinin «kisvenin bir imtiyazından» başka bir şey olmadığı tezini ileri sürmektedirler. Fakat bu fikir de doğru değildir. Çünkü bu masuniyeti haiz olan yalnız müdafiler, vekiller değildir. Aynı zamanda taraflar da haizdirler. Ekseriya da taraflar haklarını bizzat kendileri talep ve müdafaa etmektedirler.

Ekseriyeti teşkil eden diğer bir kısım da bu masuniyetin Animus Defendendi (Müdafaa kasdı) Animus injuryiandi (Hakaret ve söğme kasdı) yi bertaraf ettiği prensibin tatbikinden başka bir şey olmadığını iddia etmektedirler. Bu fikirde bulunanlar 1887 tarihli italyan projesi hakkındaki Nezaretin esbabı mucibesinden çıkardıkları delile istinad etmekte iseler de bu fikirleri doğru değildir. Çünkü bunların dedikleri gibi bu masuniyet kasdın mevcut olmamasına istinad etmiş olsa idi Ceza kanununa böyle hususî bir hüküm koymağa lüzum yokdu. Çünkü-kasıd hakkkındaki «fiilde kasdın bulunmaması cezayı ortadan kaldırır» diyen 45 maddenin koyduğu umumî hüküm kâfi gelirdi. Kanunun cezalandırmayacağını emrettiği sözler ve yazılar az çok hakareti tazammun eden ve hatta bu maksatla söylenmiş ve yazılmış sözler olmakla beraber objektifman davanın mevzuu için faideli görülmektedirler. Ceza kanununun 486 ıncı maddesi hükmüne göre kasdın taharrisine yani müdafaa kasdiyle mi, hakaret kasdiyle mi hareket edildiğini tetkike mahal yokdur. Ve hatta madde bu cihete müsaade bile etmiyor.[1]

Bu fikirle ilk mücadele eden profesör Plorian olmuşdur. Mumaileyh bizim 486 ıncı maddenin aslı olan italyan ceza kanununun 398 inci maddesini şerh ederken kasıd ve niyet hakkında tetkikata girişilmemesini yani maksat ve gayeyi, sebep ve saiki aramağa mahal olmadığını beyan etmişdir. Hakaret ve söğme suçlarının çok alestikiyeti ve mütehalif olmaları dolayısile kaidenin sabit ve gayri mütehavvil olmaması icap ettiğini tasrih eylemişdir. Zira Müdafaa başlı başına gaye olduğu gibi Antisosyal ve cürüm mahiyetinde diğer gayelere de vasıta olabilir. [2]

Pek aşikârdır ki böyle bir nazariye kabul edildiği taktirde zararı derhal hissolunur, çünkü muhakeme esnasında yapılacak müdafaalar her türlü endişeden âzade ve meselenin müessiriyetine ve sa-

[1] İtalyan Temyiz mahkemesinin 19-Kânunuevvel-1907 (Ceza mecmuası, LXIII, sahife 739) ve 25-Şubat- 1904 (Ceza mecmuasının ilâvesi, XIII. 248) tarihli kararlarile Cenova istinaf mahkemesinin 15-Temmuz-1890 tarihli kararı (Ceza mecmuası, XXXIII , 163) .

[2] Florian, Dei reati contro l' anare (Namus aleyhine suçlar), Cogliolo'nın Ceza hukuku, Cilt II, kısım II, 930 uncu ve müteakip sahifeler.

1044

mimiyetine halel gelecek her şeyden ârî olmalı ve serbest bulunmalıdır.

Derhal şunu da ilâve etmelidir ki Florian'nın bu mütalâasının ancak doktriner bir kıymeti vardır. Zira kendisi de 486 ıncı madde hükmüne göre, yukarıda işaret edildiği üzere, maksat ve niyeti aramağa mahal olmadığını söyleyordu.

Yeni italyan ceza kanunu hazırlanırken bu mesele mevzuu bahsedilmişdir. Roma İstinaf mahkemesince ilk projesinin bu hususa dair olan 607 inci maddesine (Müdafaa maksadile söylenmiş veya yazılmış) kelimelerinin ilâvesi teklif edilmiş isede projeyi tetkik eden Nezaret komisyonu bu teklif ve mütalâayı pek müfrit bir tahdid mahiyetinde görmüşdür. [1] Bu telâkki şüphesizki çok doğrudur. Çünkü böyle bir kasdın taharrisine kalkışılmış olursa muhakeme esnasındaki iddia ve müdafaaların samimiyeti ve müessiriyeti aleyhine bir hareket olur.

Profesör Maggiore'ye göre ise bu masuniyet tarafların veya vekillerinin muhakeme esnasında haklarını tam bir hürriyetle ve hakikat dairesinde müdafaa edebilmelerini temin eden hukukî nizama uygun bulunması hasebile muhîk ve suçluluğu ortadan kaldıran bir sebebdir. Bu müdafaa ceza kanununun 51 inci maddesi [2] hükmüne giren hem bir hak hem bir vazifedir. İşte müdafaa masuniyetinin esası budur. Ve hukuku âmme karekterini haizdir. Ve failin niyetine bakılmaksızın objektifman tatbik olunur. Kasıt hakkındaki her tedkikat memnudur. [3]

Pessina 486 ıncı madde hükmünü objektif cihetten suçun mevcut bulunmaması ile izah etmekte idi. İtalyan temyiz mahkemesi de bu fikre iştirâk ediyor ve bir kararında şöyle diyordu. «Dava münasebetile meseleyi mevzuu bahis veya münakaşa ederken tarafların veya müdafilerinin yazdıkları veya söyledikleri şeylere karşı bir nevi müsamaha kabul edilmesi onlarda hakaret kasdının mefkut bulunduğu farz edildiği için değildir.

Bilâkis Avukatların sözlerinde, yazılarında bu hakaret karekteristik cihettir. Ve bulunmak âdettir. Tabiatile hasmane ve tecavüzkâranedir. ve pek çok hallerde şahsî garaz ve husumet hisleri üzerine müesses olup ekseriya ihtilâfında mebdei hareketini teşkil eder. Bu müsamahanın kabulü daha ziyade mukabil sözlerde görülen ha-

[1] İhzarı kavanın komisyonu zabıtlarından nezaret komisyonu zabıtları, Cilt IV, kısım IV, numara 66.

[2] Bir hakkın istimalinden veya bir vazifenin ifası suretile işlenen fiillerden dolayı ceza verilemeyeceğini beyan eden yeni italyan Ceza K. 51 inci maddesi kanunumuzun 49 uncu maddesinin muadilidir.

[3] Principi di diritto penale (Ceza hukuku prensipleri), Cilt 2,S,448

1045

karetin, ifadelerin her türlü izrar vasfını gaip etmesinden ve suçun objektif maddî unsurunun mevcut olmamasından ileri gelmektedir». [1] Diğer 16- Kânunusani -1918 tarihli ve bir şahide hakaret dolayısile verdiği bir kararında da «hâkim fiilin suç teşkil etmediğine karar vermeğe mecburdur. Davayı gören mahkeme yanılarak suç saymışsa temyiz tedkikatı esnasında resen fiilin suç teşkil etmediğine karar verebilir», diyor.

Profesör Manzini de Pessina'nın fikrini kabul ederek «Bu gibi hakaretlerden dolayı takibat yapılamaz. Çünkü hukukî ve inzibatî cihetten bir haksızlık teşkil etmekle beraber fiil suç teşkil etmez. Bu kabil fiiller suç teşkil etmediği için hâkim maznunun talebine bağlı olmaksızın resen ceza kanununun 398 inci (Bizim 486 ıncı madde) deki hale uygun olup olmadığını tedkike mecburdur. Bu itibarla hakaretlerin kanunun tayin ettiği sübjektif ve objektif hudut dahilinde olduğu tahakkuk edince kasda müteallik tedkikat yalnız abes olmakla kalmıyor, aynı zamanda gayri kanunî oluyor» diyor.[2]

F. Leonardo bu fikirleri tenkit ediyor ve böyle olsa idi artık masuniyetten bahsetmeğe mahal kalmayacağını, suç unsurunun noksan bulunması dolayısile suçluluğu ortadan kaldıran umumî prensiplere müracaat etmek lâzım geleceğini, bu itibarla mevzuu tetkik olan madde hükümlerinin (486 ıncı madde) zait olacağını ve hikmeti vücûdu kalmayacağını söylüyor. Ve kanunun kullandığı (takibat yapılmaz) tâbiri bu nazariyeyi haklı gösterebilecek mahiyette isede hakikatı halde maksadın (cezalandırılamaz) demek olduğunu ve netekim yeni İtalyan ceza kanununun bu maddeye teadül eden 598 inci maddesinde «takibat yapılamaz» yerine «cezalandırılamaz» tâbirinin konulduğunu ve burada bir ceza muafiyeti mevzuu bahsolup objektifman suç mevcut olduğu halde faile ceza verilmediğini ve bu hükmün fiil hakkında inzibatî ve kukukî müeyyideler konmuş olmasından pek aşikâr bir surette anlaşıldığını ilâve ediyor. [3]

Leonardo'nun bu mütalâasını haklı gösteren sebepler yok değildir. Kanunumuzun aslı olan 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun projesi komisyonda tetkik edilirken âza Costa şu mütalâayı dermeyan etmiştir:

«Burada tam ve hakikî cürüm mahiyetinde bir fiil mevcuttur. Kanun cezadan muaf tutuyorsa da inzibatî tedbirden ve tazminattan muaf tutmuyor». [4]

[1] Trattato di diritto penale (Ceza hukuku) Cilt VII, sahife 298, 299.
[2] Trattato di diritto penale (Ceza hukuku) cild VII s. 298-299.
[3] Immunità giudiziaria (adlî masuniyet) Ceza mecmuası 1932/s. 427
[4] Komisyonun zabıtları, 33 numaralı zabıtlar, Sahife 667.

1046

Ceza kanununun bazı maddelerinin tefsiri hakkındaki Nezaretin 19-Mart-1910 tarihli esbabı mucibe lâyihasında ve temyiz mahkemesinin bazı kararlarında da burada bir ceza muafiyetinin mevzuu bahsolduğu zikrediliyordu.

Yeni İtalyan ceza kanununun ilk projesini tetkik eden Nezaret komisyonunun reisi bu hususa müteallik madde hakkındaki raporunda «burada hususî bir masuniyet sebebi mevzuu bahisdir» diyor.

Leonardo bu müzakerelere istinad ederek, manevî tazminat olarak bir meblâğ hükmolunabileceğini beyan eyliyerek muhakeme esnasındaki hakaretlerin bir suç teşkil etmeyeceği hakkındaki mütalâaların hakikata tetabuk etmediğini söylüyor.

Masuniyetin hukukî mahiyeti: — Bu masuniyet teşriî masuniyetten farklıdır. Çünkü teşriî masuniyetin mahiyeti mutlak ve objektifdir. Adlî masuniyetin ise nisbî ve subjektif karakteri faikdir.

Ceza davasına iştirak ve müdahale eden bütün şahıslara şamil olmayup ancak taraflara ve onların müdafilerine münhasır olduğu cihetle bu masuniyet subjektif karakteri haizdir. Fakat failleri cezadan muaf olmakla beraber inzibatî ve hukukî müeyyide tatbik olunduğuna göre de ortada objektifman bir haksız fiil mevcuttur.

Manzini bu masuniyetin subjektif karakteri faik isede hakikatte hem subjektif ve hem objektif olduğu fikrindedir. Çünkü inzibatî ve hukukî neticeleri cihetinden fiilin haksız fiilliği mutlak ve daimî surette tanınmış olmayup yalnız hâkimin takdirine tâbi tutulmuştur.

Filvaki 486 ıncı madde hâkime müfrit hadisede inzibatî ve hukukî müeyyidelerin tatbiki lâzım gelip gelmediği takdirde mutlak surette sâlâhiyet vermektedir. Bu o demektir ki; hâkim bu müeyyidelerin tatbikine lüzum görmezse her cihetten de fiilin objektifman haksızlığı bertaraf edilmiş olur. [1]

Mahkemelerde iddia ve müdafaa serbestisi münferid hadisede dava ile alâkadar olanların şahısları nazara alınmaksızın içtimaî menfaate müstenid bulunmuş olduğundan bu masuniyet hukukî âmme mahiyetinde bir masuniyettir. Bu itibarla bundan vaz geçilemez. Hâkim tarafların veya müdafilerin talepleri sebketmeksizin 486 ıncı madde hükmünü tatbikle mükellefdir.

Subjektif Hadler

Müdafaa masuniyeti davada taraflarla onların vekillerine şamildir. Tahdidî mahiyettedir. [2]

[1] Manzini, eseri, cilt VII, S: 298 ve 299.

[2] İtalyan temyiz mahkemesinin 24 Kânunsani 1893 tarihli kararı bu muafiyetin davayı gören hâkimin fiilî cihetten ne taraflardan ne de vekillerden addetme-

1048

Sardenya kanununun 850 inci maddesi müdafaa masuniyetini kabul ediyordu. İhtilâfa ve nizaa müteallik olup muhakeme esnasında söylenen müdafaaların veya ibraz olunan yazıların veya matbuaların muhtevi oldukları isnad veya hakaretlerden bahsettiği için bu masuniyetin davada taraf olanlara da şamil olup olmadığı şüphe ve tereddüdü mucip olmuşdu. Mahkeme içtihadları pek doğru olarak bu masuniyetin taraflara da şamil olduğunda takarrür etti. Çünkü taraflar da bizzat mahkemeye gelerek kendilerini müdafaa edebilirler.

Toskana Kanununda müdafaa masuniyeti hakkında bir hüküm mevcut bulunmadığı halde bundan hem tarafların ve hem müdafilerin istifade edecekleri kanaatı mahkeme içtihatlarile teessüs etti.

Ceza Kanunumuzun aslı olan 1889 tarihli İtalyan ceza kanunu ise «bir dava esnasında iki taraf veya vekilleri tarafından» demek suretile her türlü şüphe ve tereddüdü izale edecek şekilde sarih hüküm koydu. [1] Yeni İtalyan ceza kanunu da aynı şekilde sarih hükmü ihtiva etmektedir.

Müdafaa masuniyeti, yukarıda arzedildiği veçhile tahdidî mahiyette olduğu için taraf veya vekil sıfatile davaya iştirâk etmemiş olanlara teşmil edilemez.

Taraflar: — Taraflar, kendi subjektif menfaatları dolayısile davaya dahil olan veya iştirâk eden süjelerdir. Bu prensibe göre hukuk davalarında davacı (müddei), müddeaaleyh, müdahil tarafdırlar. Ceza davalarında ise ceza muhakemeleri usulü kanunumuza göre maznun, şahsî hak davacısı, müdahil, mesulbimal taraflardandırlar. Yeni İtalyan ceza muhakemeleri usulü kanununa göre bunlardan gayri Müddeiumumi ile para cezasını ödemeğe hukukan mecbur olanlar da [2] taraflardandır.

Şahitler, ehli hibre, tercümanlar taraflardan mâdut değildirler.

Taraflardan sayılan birisi, gerek yalnız olsun, gerek yanında bir vekil bulunarak onun tarafından müdafaa edilsin bu masuniyetten istifade eder.

---

diği kimseler tarafından iddia edilemiyeceğini söyleyor. Dava ile alâkadar olan kimselerin hukukî sıfatlarını tayin etmek meselesini "bir fiilî mesele„ addettiği için bu karar tenkide uğramıştır. Bu gibi muhakeme esnasında davaya iştirâk etmiş olanların sıfatlarını tayin şüphesizki hukukî bir meseledir. Fiilî mesele, böyle bir alâka ve iştirakin mevcut olup olmadığı ve varsa neden ibaret olduğu meselesidir.

[1] 1274 tarihli eski ceza kanunumuzda müdafaa masuniyeti hakkında hüküm yokdu.

[2] Bu para cezasını ödemeğe mecburiyet müessesesi yeni İtalyan ceza kanunile ithal edilmiş bir müessesedir. Bir çok muhalefete ve itirazlara mâruz kalmışdır. "Başkalarının nufuz ve idare ve nezareti altında bulunanların işledikleri kabahatlerde eğer fiil, nufuzlarının carî olduğu ve idare dahilinde riayet ettirmekle nizamen mükellef oldukları ahkâma karşı işlenmiş kabahatlerden olduğu ve bunların kendi

1048

Suçdan mutazarrır olan kimse: — Suçdan mutazarrır olan kimse taraflarden mahdut mudur? bunu tayin için bir tefrik yapmak icap eder. Eğer bu kimse Ceza muhakemeleri usulü kanununun 344 üncü maddesi mucibince şahsî dava açmak suretile suçu doğrudan doğruya takip eden kimse olduğu takdirde taraflardan olduğu şüphesizdir. Ve müdafaa masuniyetinden istifade etmesi tabiidir.

Keza aynı Kanunun 365 inci maddesi mucibince müdahele yoliyle hukuku âmme davasına iltihak eden (şahsî hak talep etsin ve etmesin) kimse de aynı vaziyettedir. Fakat suçdan mutazarrır olan şahıs, ne şahsî dava açmak suretile suçu doğrudan doğruya takip eden veya

---

dikkat ve basiretleriyle men'i mümkün bulunduğu takdirde ceza failden maada nufuz ve idare ve nezareti haiz olan matbualar hakkında dahi tatbik olunur„ diye yazılı olan ceza kanunumuzun 60 ıncı maddesindeki hükümlerin yerine ikame edilmişdir. Bundan bahis olan yeni İtalyan kanununun 196, 197 inci maddeleri aynen şöyledir:

Madde — 196

Başkasına tâbi bulunan şahsın mahkûm olduğu Para cezasından mütevellit hukukî vecibe

Başkasının otorite (nufuz), idare veya nezareti altında bulunan kimse tarafından işlenen kabahatlerde o şahsî nufuz, idare veya nezareti altında bulunduran kimse kendisini riayet ettirmekle mükellef bulunduğu kabahatler mevzuu bahis olduğu ve bu kabahatlerden dolayı cezaen mes'ul bulunmadığı takdirde, suçluya verilen hafif para cezasının mikdarına müsavi bir meblâğı tediyeye mecburdur.

Nufuz, İdare veya nezareti altında bulunduran şahsın dahi aczi tahakkuk ettiği takdirde mahkûm hakkında 136 ıncı maddenin hükümleri tatbik olunur. (yani hafif hapse çevrilir.)

Madde — 197

Hafif para cezalarının tediyesinde hükmî şahısların hukukî vecibeleri

Devlet, vilâyet ve komunler hariç olmak üzere hükmî şahsiyeti haiz olan müesseseler, kendilerini temsil veya idare edenler veya kendilerine tabi bulunanlar kabahat fiilinden mahkûm oldukları ve suçlunun menfaatine müteallik vazife ve mecburiyetleri ihlâlinden mütevellit bir kabahat mevzuu bahis bulunduğu takdirde mahkûmun aczi halinde hükmolunan hafif para cezasının mikdarına müsavi bir meblâğı tediye etmeğe mecburdurlar.

Bu mecburiyet ifa olunmadığı takdirde mahkûm hakkında 136 ıncı madde hükmü tatbik olunur„.

Görülüyorki bu maddelerle başkalarının nufuz, idare ve nezareti altında bulunan kimselerin işledikleri suçlardan dolayı idare ve nezaretle mükellef olanların cezaî mesuliyetleri yerine hukukî mesuliyetleri ikame edilmişdir. Failin mahkûm olduğu hafif para cezasını tediyeye muktedir olamaması halinde nezaret ve idare ile mükellef olanların bu parayı tediye etmeleri mecburiyetini tazammun etmektedir. Bu itibarla İtalyan ceza M. U. K. göre bu gibilerin davaya dahil olmaları halinde bu müdafaa masuniyetinden istifade etmeleri tabiîdir.

1049

müdahele yoliyle hukuku âmme davasına iltihak eyleyen kimse olmayıp da yalnız müşteki veya muhbir vaziyetinde bulunduğu takdirde taraflardan sayılacak mı, ve müdafaa masuniyetinden istifade edecek midir?

Bu hal epeyce münakaşa ve ihtilâfı mucip olmuş mesledir. Bazıları suçdan mutazarrır olan şahıs, şahsî hak davacısı sıfatını iktisap etmesi bile, şahit sıfatile değilde, yeminsiz olarak mağdur sıfatile dinlenmesi halinde davada subjektif bir menfaati mevcut olduğu cihetle taraflardan sayılarak müdafaa masuniyetinden istifade etmesi lâzım geldiğini iddia ediyorlardı. [1]

Diğer bazılarına göre şahsî hak davacısı sıfatını iktisap etmemiş olan mağdurun davaya şahit (hatta muhbir veya müşteki sıfatile) iştiraki halinde kendisi ceza davasında ne süje ve ne de taraflardan addedilemez. Çünkü şahsî hak davacısı sıfatını iktisap edinceye kadar kanun hükümlerinin tatbikini talep etmeğe hak ve salâhiyeti olmadığından süje olamaz. Keza mâruz kaldığı zarar (geniş manasındadır. Yalnız maddî zarar değil) dolayısile hususî menfaatinin himayesini talep eylemedikçe taraflardan sayılamaz. [2]

Bizim ceza muhakemeleri usulü kanunumuz, diğer bazı devletlerin kanunları gibi (Meselâ İtalyan ceza muhakemeleri usulü kanunu) tarafların kimler ve hakları neler olduğu ve şahsî hak davacısı veya müdahil sıfatını iktisap etmemiş olan mağdurların (mutazarrırlar) hak ve salâhiyetleri neden ibaret bulunduğunu tasrih etmemiştir.

Taraflardan bahseden İtalyan ceza muhakemeleri usulü kanununun birinci kitabının üçüncü babının 1 ve 2 inci fasılları tarfların Müddeiumumi, maznun, şahsî hak davacısı, mesulbilmal, hafif para cezasını tediyeye hukukan mecbur olan kimseler olduğunu tasrih etmiş, muhbir veya müşteki sıfatında bulunan mağdur (mutazarrır) hariç bırakılmışdır. Bu gibi mağdurların hakları 306 ıncı maddede gösterilmişdir: (Suçdan mutazarrır olan kimse tahkikat esnasında her zaman, şahsî hak davacısı sıfatını iktisap etmemiş olsa bile, muhtıra verebilir. Delil olabilecek elemanları irae edebilir. Ve hakikatin zâhire ihracı için tetkikat yapılmasını teklif edebilir. Bu salâhiyetlerin istimali bu şahsa ceza davasında başka bir hak bahşetmez.).

[1] Alimena, Dei delitti contro la persona (şahıs aleyhindeki cürümler), İtalyan ceza hukuku ansiklopedisi, cilt IX, sahife 872; Pili Diffamazine publica Censura, (hakaret ve umumî takbih), sahife 178.

[2] Manzini, eseri, cilt VII, sahife 300; Alfavilla, Delitto contro la persona, (şahıs aleyhinde cürümler), Milano, 1934, sahife 280.

Manzini C. M. U. hukuku namındaki diğer eserinde şöyle diyor: "Suçun pasif süjesi usulü muhakeme münasebetlerinin süjesi değildir. Binaenaleyh hakkı olduğu halde şahsî hak davacısı sıfatını iktisap etmezse taraf değildir„

1058

Esbabı mucibe lâyihasında da (Numara 13) vazıı kanun açık olarak (suçdan mutazarrır olan kimse, şahsî hak davacısı sıfatını iktisap etmedikçe, ceza davasında taraf değildir) diyor.

Yukarıda arzedildiği veçhile kanunumuzda suçdan mutazarrır olanların vaziyetleri, haiz bulundukları haklar ve yapabilecekleri muameleler bu suretle açık olarak gösterilemediğinden kanunun kabul ettiği prensiplerin ve ihtiva ettiği hükümlerin heyeti umumiyesinin tetkikle bu gibi mutazarrırların vaziyetlerini tayin ve tesbit etmek icap eder. Kanun hukuku âmme davasını açma hakkını münhasıran C. Müddeiumumisine tevdi etmiş (344 üncü maddedeki haller müstesna) ve eski usulü cezaiyemizde olduğu gibi suçdan mutazarrır olan kimseye (hususî bir nezaret bakkı) yani şahsî dava açmak suretile Müddeiumumiyi hukuku âmme davasını açmağa icbar salâhiyetini vermemiş ve kanun yollarına müracaat hakkını tanımamışdır. (Madde 289) [1] Fakat aynı zamanda suçdan mutazarır olan kimseyi suçu ihbar eden bir kimse ile müsavi addetmemiş, mutazarrıra bazı haklar tanımış ve külfetler tahmil etmişdir. Meselâ 165 inci maddesile takibata mahal olmadığına dair C. Müddeiumumiliğince verilen kararın kendisine tebliği tarihinden itibaren 15 gün içinde bu kararı veren Müddeiumuminin mensup olduğu ağır ceza işlerini gören mahkeme dairesine en yakın bulunan ağır ceza işlerini gören mahkeme reisine itiraz salâhiyetini vermişdir. 414 üncü maddesile de muhakeme masraflarını ödemekle mükellef tutmuştur.

Bu hükümler gösteriyor ki, kanun suçdan mutazarrır olan kimsenin az çok dava ile alâkasını kabul etmişdir. Kanunumuzda mutazarrırın taraflardan olmadığını kayıt ve tasrih eden bir hükmün bulunmamasına ve kendisinin dava ile az çok alâkadar tanınmış olmasına ve ekseri hallerde hukuku âmme davasını tahrik ve sübut vasıtalarını ihzar ve irae edenin mutazarrır şahıs bulunmasına nazaran kendisinin mutazarrır sıfatile mahkemece dinlenmesi halinde Türk ceza kanununun 486 ıncı maddesinde zikredilen taraflardan addiyle müdafaa masuniyetinden istifade ettirilmesi muvafık olacağı fikrindeyiz. [2]

Vekiller: — Vekiller muayyen şartları haiz olup tarafların müdafaa veya temsil veya onlara yardım eden ve o sıfatla muhakemeye müdahale ve iştirâk eyleyen kimselerdir. (Vekil) tâbirile vazıı kanun yalnız ruhsatnameyi haiz avukat veya dava vekillerini kast etmemiş ve bu tâbiri daha geniş ve umumî manada almışdır. Bu itibarla yalnız avukat ve dava vekilleri değil, diploma veya ruhsatnamesi

[1] Şahsî hak davacısının ve dahilî davanın [müdahil] kanun yollarına müracaat hakları vardır. (360, 367, 371 inci maddeler).

[2] Mutazarrırın taraflardan mâdut olup olmadığını sarih surette beyan eden bir mahkeme kararına veya temyiz içtihadına tesadüf edilememişdir.

olmaksızın davaya vekil veya mümessil (velî, vasî, kayyum....) sıfatile giren herkesin müdafaa masuniyetinden istifade etmesi lâzımdır. [1]

Bunların resen hâkim veya mahkeme tarafından veya taraflarca tayin ve intihap edilmiş bulunmalarının ve ücretli veya ücretsiz olmalarının bu masuniyetten istifadelerine dahlü tesiri yokdur.

Müddeiumumi: — Ceza muhakemeleri usulü kanunumuzun sistemine göre Müddeiumuminin taraflardan addedilip edilmeyeceği münakaşa edilebilir.

Müdediumumi hukuku âmme davasını açmak vazifesile mükellef olmakla beraber yalnız maznunun aleyhine olan hususları değil lehine olan cihetleri de aramağa mecburdur. (Madde 153) Maznunun lehine olarak da kanun yollarına müracaat edilebilir (Madde 189) Bu itibarla kat'î surette kendisinin taraflardan olduğu iddia edilemez. Mamafih cemiyet namına hukuku âmme davasını ikame ile muvazzaf bulunmasına ve hâkim ve hatta zabıt kâtibi gibi kendisinin reddolunmamasına göre kendisinde az çok taraf vasfı mevcuttur. Tamamile bitaraf olan hâkime kıyas edilemez. Bilhassa bu sıfatı yaş tashihi ve evlenmenin iptali gibi bazı davaları hukuk mahkemesine açması halinde daha bâriz bir surette tezahür etmektedir.

Yeni italyan ceza muhakemeleri usulü kanununun neşrinden evvel İtalyada Müddeiumumilerin taraflardan addedilip edilmeyeceği epeyce ihtilâfı mucip olmuştu. Müddeiumumi taraflardan olmamakla beraber kendisinin 486 ıncı maddedeki masuniyetten istifade etmesi lâzım geldiğini iddia eden müellifler (meselâ Alimena) bulunmuşdur. Florans Temyiz mahkemesinin 14-Mart-1881 tarihli kararı serbest bir müdafaa gibi serbest bir itham da cemiyetin menfaatı iktizasından bulunduğu cihetle bunu tahdit ve azaltma (taklil) tehlikesinden içtinap için tezahüratında doğru olmayan bir hürriyete müsamaha edildiğini söylüyor. Bu suretle Müddeiumuminin müdafaa masuniyetinden istifade etmesi lâzım geldiğini kaydediyordu.

Müelliflerin kısmı âzamisi ise taraflardan mâdut bulunmadığı cihetle Müddeiumuminin bu masuniyetden istifade edemiyeceği fakat Müddeiumumi de hâkim gibi bir vazife ifa ettiği cihetle (Kanunun bir hükmünü veya salâhiyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zarurî bir emri icra suretile işlenen fiillerden dolayı faile ceza ve-

[1] Ceza muhakemeleri usulü kanununun 136 dan 142 ye kadar olan maddelerile 348 ve 370 inci ve hukuk muhakemeleri usulü Kanununun 41, 42 ve 61 inci ve kanunu medeninin 160, 268 ve 353 üncü maddelerine bakınız. Hükmî şahıslardan şirket ve cemiyetlerin müdür veya salâhiyettar uzuvları vakıfların mütevelli veya müdürleri, Devlet ve şuabatı müessesatı resmiye ile belediye ve nahiyelerin reis ve müdürleri, köy muhtarları da mümessildirler.

1952

rilemeyeceğini) beyan eden ceza kanununun 49 uncu maddesinin birinci bendine göre kendinin mes'ul olmaması lâzım geldiği fikrinde idiler.

Yukarıda bilmünasebe arzedildiği üzere yeni İtalyan ceza muhakemeleri usulü kanunu Müddeiumumiyi de taraflardan addetmiş olduğundan artık tereddüt ve ihtilâfı mucip bir hal kalmamışdır. Kanunun bu sarahatına rağmen Leonardo Müddeiumuminin bu masuniyetden istifadesini kabul etmemektedir. Mumaileyhe göre cemiyetin menfaatı icabı olarak ittihamın her tezahüratında serbest olduğu prensibi kabul edilmekle beraber 486 ıncı maddenin koyduğu masuniyete müteallik hükmün Müddeiumumiye şumûl ve taallûku yokdur. Müddeiumumi usulü muhakeme münasebetlerinin süjesidir. Doğrudan doğruya kendi subjektif bir menfaatı için değil cemiyetin bir mümessili sıfatile muhakemeye müdahale etmektedir. Pek aşikârdır ki, bu vazifesini meşru surette ifa ederken hiç bir kayıt ve mürakabaya tâbi değildir. Bu vazifesini husnü suretle ifa edebilmek için faideli gördüğü bütün şeyleri söylemek ve izah etmek hakkını kanundan almaktadır. Bu kâfi geldiği takdirde ceza Kanununun 51 inci maddesinin koyduğu umumî hüküm (Bizim 49 uncu maddemizin birinci bendi) kendisine yardım etmektedir. Müddeiumumi de diğer hâkim, şahit, ehli hibre gibi tecavüzden masundur. Yeni ceza muhakemeleri usulü Kanunu Müddeiumumiyi taraflar meyanına ithal etmiş isede yine mesele değişmiş değildir. Zira Müddeiumumiye verilen taraf vasfının akademik ve sırf nazarî bir kıymeti haiz olduğuna kanaat getirmek için Nazır Rocco'nun esbabı mucibe lâyihasını göz önünde bulundurmak kâfidir. [1] Burada Devletin menfaatı ve hukuku âmme gayesile ceza davasına iştirâk eden nev'i şahsına münhasır bir taraf mevzuu bahisdir. Esasen bu sebepden dolayı (hususî taraflardan) Maznun, şahsî hak davacısı, mesulbilmâl, hafif para cezasını ödemeğe hukukan mecbur olan) tefrik için (Umumî taraf) denmiştir.

Diğer tarafdan hâkim bulunmadığı takdirde muhakeme esnasında inzibatın temini zımnında hâkime verilmiş olan cezir vasıtaları nın tatbikine Müddeiumumi memurdur. (İtalyan ceza usulüne göre) Pek bedihidir ki kendisini hususî taraflar seviyesine endirilemez.

Bu itibarla tarafların ve vekillerinin hakaret ve tecavüzlerinden hariç kalmaktadır. [2]

[1] Leonardo, Immunità giudiziara (Adlî masuniyet), ceza mecmuası 1932 sahife 431-432

[2] Filhakika Adliye nazırı katî projenin esbabı mucibe lâyihasında (sahife 22) şöyle diyor. (Burada Akademik bir meseleden başka bir şey mevzuu bahis değildir.

1053

Hâkim: — Hâkim davaya iştirâk eden bir süjedir. Kendi menfaati için değil gayri şahsî ve yüksek bir menfaat için iştirâk ediyor. Yani objektif hukuku tatbik etmek üzere davayı görmektedir. Kendisi taraflardan ve vekillerinden değildir.

Verdiği hükmün tefhimi hakaret ve söğme suçu teşkil etmez. Davayı rü'yet ederken taraflara ve vekillerine, şahitlere ve ehli hibreye yaptığı ihtarlar ve yaptığı serjenişler suç teşkil etmez. Çünkü muhakemenin idaresi kendisine mevdu bir vazifedir. Mamafih davayı görürken maznun veya üçüncü şahıslar aleyhinde zaruret bulunmadığı halde hakareti tazammun eden sözler sarfeder veya esbabı mucibe beyan eylerse o da herkes gibi hakaret ve söğmeden mes'ul olur. [1]

Üçüncü şahıslar: — yukarıda da işaret edildiği üzere masuniyet ancak taraflarla vekillerine verilmiş bir imtiyaz olduğu için muhakemeye bu sıfatla iştirâk etmemiş olanlar bu masuniyetten istifade edemezler. Çünkü bunlar muhakeme esnasında müdafaa zaruretinde bulunmayorlar. Ve bu hakkı haiz değildirler. Bu itibarla şahitler, ehli hibreler, tercümanlar masuniyetten istifade edemezler. Eğer bunlar bir şahsın şeref ve haysiyetine tecavüz etmek maksadile hakareti tazammun eden sözler sarfederlerse şüphesiz ki, mes'ul olurlar. Fakat kendileri hakikati söylemek mecburiyetinde bulunmaları hasebile vazifelerini yaparlarken, hal ve vaziyeti izah ederlerken tarafların namus, vakar, şeref ve haysiyetlerine dokunan şeyleri söylemiş olsalar bile mes'ul olmazlar. Çünkü bir emri kanuniyi ifa etmiş oldukları cihetle fiilleri suç teşkil etmez.

*
* *

Müdafaa masuniyetinden kimlerin istifade ettiklerini böylece tayin ve tesbit ettikden sonra hakareti tazammun eden sözlerin kimlerin aleyhinde sarfedilebileceğini tesbit etmek icap eder.

Hakareti tazammun eden sözler ve yazılar; tarafların veya vekillerinin, şahitlerin, ehli hibrenin, hâkimin, müddeiumuminin, diğer memur-

Taraf sıfatı verilsin verilmesin müddeiumumi evvelden ne idiyse yine odur. ve vazifeleri asla değişmiş değildir. Ancak bu organın daha iyi bir tarifi ithal edilmiş ve meslekî faaliyetinin cereyanı için rasyonal bir direktif verilmiştir).

[1]. Manzini eseri, Cilt 7, sahife 310, Alimena, eseri, sahife 873. İtalyada Macerata mahkemesinin, 1/Ağustos/1913 tarihli kararile bu gibi sebeplerden dolayı bir sulh hâkimini mahkûm ettiği, okuduğmuz bazı eserlerde zikredilmekte isede bu karar mecmualara geçmediği için aynen nakledilememişdir.

1054

ların ve dava ile alâkası olmayan sair eşhasın aleyhlerine sarf edilebilir.

Tarafların veya vekillerinin bir birleri aleyhine olan hakaretlerinin cezalandırılmayacakları pek bedihidir. [1].

Üçüncü şahıslara taallûk eden hakaretlere gelince: Müellifler arasında ihtilâf vardır. Galib olan doktrin hakaretlerin üçüncü şahıslara taallûk etsebile 486 ıncı maddeden istifade edecekleri merkezindedir. [2]

Bazılarına göre ise gaiblerin haysiyet ve itibarı mukaddesdir. Bahususki kendilerini müdafaa edebilecek vaziyette değildirler. Onun için kendileri hakarete mâruz kalmamalıdır. [3]

Davanın mevzuu ile alâkadar olduğu ve zaruret bulunduğu takdirde üçüncü şahıslar hakkında olan elfazı tahkiriyenin cezalandırılmaması masuniyete tabi olması lâzımdır. Çünkü bu masuniyetin hukukî esası vâsi mikyasda münakaşa ve müdafaa serbestisini temin etmek olduğuna göre bunun, dava ile az çok alâkası olduğu halde

[1] Avukatların müdafaa esnasında bir biri aleyhine sarf ettikleri elfazı tahkiriyeden dolayı haklarında takibat yapılmazsa da Baro inzibat meclislerince disiplin cezası verilmesine mani değildir. Bir avukat mahkemeye verildiği lâyihada hasım tarafın avukatı hakkında "Bilerek yalan söyleyor, gülünç oluyor;„ gibi münasebetsiz kelimeler yazdığı için Catania Barosu inzibat meclisi avukatı tevbih cezasile cezalandırıyor. Baronun bu kararı aleyhine yüksek inzibat meclisine itiraz ediliyor. Mezkûr meclisin itirazın reddini tazammun eden 10/Şubat/1933 tarihli kararının esbabı mucibesi aynen şöyledir: "Avukat vazifesini ifa ederken meslekdaşı olan hasım tarafını incitmemeli ve hele hiç tahkir etmemelidir, aksi hareket müdafaa vazifesinin ifası için zarurî değildir. Mesleki vazifemizin yüksek prestişi tahrirî veya şifahî müdafaaların daima mutedil ve objektif olmalarını emretmektedir. Bir meslek sahibi için maruz kaldığı tecavüze, hakarete karşı tecavüz ve hakaretle mukabele bile caiz değildir. Çünkü bu suretle hakarte, tecavüze mâruz kalmış olan prestiş iade edilmiş olmaz. Meslekî kanunlar tarafından menedilmiş oldukları cihetle şifahî ve tahrirî müdafaa esnasında sarf edilen elfazı tahkiriye meslekî organlara ihbar edilmelidir. Çünkü ancak disiplin cezası vazife prestişine yapılan tecavüz ve hakareti tamir ve telâfi edebilir. Bu itibarla vaki itiraz reddedilmiştir. (Ceza Mecmuası, 1933, sahife 193).

[2] Florian, yukardaki eseri, sahife 874; İntorno All'artiçolo 398 del codice Pen,Lessona (Ceza K. nun 398 inci maddesi hakkında), ceza mecmuası. XXXI sahife 326; Crivellari, ceza kanunu şerhi No. 211; Veseovi: İngirie diffanazioni, (hakaret ve söğmeler) (Digesto İtaliono) de No. L79; Lonardo, Immunitâ giudiziaria nel nuovo codice penale (yeni ceza kanununda Adlî masuniyet), ceza mecmuası1932, sahife 433

[3] Frola, İngirie ediffemazione, (Söğme ve hakaret) sahife 50; Varcasia Diffemazione engirie, (Hakaret ve söğme) N. 179 mahkme içtihatları olarak da bu hususda Catania istinaf mahkemesinin 9/ Kânunuevvel 1926 tarihli bir kararı vardır. (Croneca penale) sahife 57.

1935

üçüncü şahıslar hakkındaki hakaretlere teşmil edilmeyerek tahdit olunması garabet teşkil eder. Şurasını derhal ilâve etmelidir ki, esasen kanun yalnız «iki taraf veya vekilleri canibindan dava hakkında mahkemeye verilen evrak ve irat olunan müdafaatın muhtevi olduğu elfazı tahkiriyeden dolayı takibat icra olunamaz» diyerek masuniyetten istifade edecekleri tahdit eylediği halde, kimler aleyhine sarf edilmiş olması lâzım geldiğini tasrih etmiyerek mutlak surette «elfazı tahkiriyeden dolayı takibat yapılmayacağını » emretmiş olduğu cihetle iki tarafın veya vekillerinin aleyhine olması lâzım geldiği şeklinde hasr ve tahdidi doğru olmaz. Ve kanunun sarahatına ve ruhuna muhalif olur. Binaenaleyh gerek şahide, ehli hibreye, gerek diğer şahıslara karşı müdafaa sadedinde sarf edilmiş olan elfazı tahkiriyeden dolayı ceza verilmez.

Temyiz mahkemesi ceza hey'eti umumiyesinin kararı da bu merkezdedir. [1]

Hâkimler ve diğer devlet memurları: - Hâkimlerin ve diğer devlet memurlarının (Ceza kanununa göre memur sayılanlar) aleyhindeki ha-

[1] Ceza heyeti umumiyesinin bu baptaki 11-9-1933 tarih ve 200-189 sayılı kararı aynen nakledilmiştir:

"15 yaşını bitirmeyen Nezihenin ırzına geçip kızlığını bozarak daimî mayubiyetine sebebiyet vermekten ve Necileye hakaret etmekten suçlu Hüsnü oğlu Feridin Ceza Kanununun 414, 418, 480, 70, 31, 424, 38 inci maddeleri mucibince beş sene bir ay ağır hapis ve o kadar müddetle hidematı âmmeden memnuiyet cezalarile mahkûmiyetine ve 550 lira tazminat alınarak 500 liranın Nezihe, 50 liranın da Necile hanımlara verilmesine dair Tokat ağır ceza mahkemesinden verilen 14-7-932 tarihli hüküm suçlunun temyizine binaen ve duruşma suretile temyiz birinci ceza dairesi aliyesince tetkik olunarak suçlunun mahalli mahkemedeki duruşma sırasında Nezihenin ablası Necile hakkındaki sözleri kendisinin müdafaa sadedinde söylemiş olduğu halde ceza kanununun 486 ıncı maddesinin nazara alınmamasının yolsuzluğundan ve diğer bazı sebeplerden bozulmasına dair verilen karar aleyhine C. Baş müddeiumumiliği memuriyeti aliyesinden ceza kanununun 486 ıncı maddesinde takibat icra olunmayacağı gösterilen husus dava esnasında iki taraf veya vekilleri tarafından dava hakkında mahkemeye verilen evrak ve irat olunan müdafaatta sarf edilen elfazı tahkiriyeye maksur olup hadisede suçlunun maddei mahsusa isnadile tahkir eylediği mağdurenin ablasının, ne taraflardan mâdut ve ne de şahitlik veya her hangi bir sıfat ve suretle alâkadar olmamasına ve suçlunun mezbureye isnat eylediği maddenin sübutu farz edildiği takdirde dahi sebeb teşkil edemeyeceğinden müdafaasına bir güna irtibatı bulunmayan hakareti vakıa halk arasında mütecavüzünaleyhin şeref ve namusu kesr ve ihlâl edeceği şüphesiz bulunmasına nazaran 487 inci maddenin dairei şumulüne dair telâkkisile bu cihetin bozma sebebi ittihazında isabet görülememişdir. Bu sebebin refi talebile müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 15-7-933 tarihli itirazname ile Birinci riyaset dairesine tevdi edilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıkdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Suçlunun duruşma sırasındaki sureti müdafaasına ve ceza kanununun 486 ıncı maddesindeki sarahata nazaran itirazname münderecatı gayri varit olmakla reddine 11-9-933 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

1058

karetlerin masuniyete tâbi olmadıklarını iddia edenler ekseriyeti teşkil etmektedir. Bu hususda bir çok İtalyan temyiz mahkemelerinin kararları da vardır. Manzini'ye göre hâkimin tahkir edilmesi müdafaa için faideli ve zarurî değildir. Ve kimin tarafından olursa olsun böyle bir hakaret meşru gösterilemez. [1] Binaenaleyh muhakeme esnasında hâkime veya müddeiumumiye yapılan hakaretler masuniyete tâbi değildir.

Carrara [2], Mayno'ya göre [3] hakaret hasım tarafa, şahide ve hatta davayı gören hâkime karşı bile olsa masuniyetten istifade eder.

Masuniyetin esası, müdafaa serbestisine ve delillerin serbestçe red ve cerhine mâtuf bulunmasına göre dava ile alâkası olduğu takdirde şahitlerin, ehli hibrenin, tercümanların ve memurların ve hatta bazı hallerde hâkimlerin aleyhine sarf edilmiş olan elfazı tahkiriye masuniyete tâbi olmalıdır. [4] Yukarıda üçüncü şahıslar aleyhindeki

[1] Eseri, Cilt VII sahife 204.

[2] Programa, hususî kısım, cilt 3, § 1761.

[3] Ceza kanunu şerhi türkçe tercümesi, cilt 3, sahife 357.

[4] Altavilla, yukarıda zikredilen eseri, sahife 279, 280, İtalyan temyiz mahkemesi ikinci ceza dairesinin 20- kânun evvel-1929 tarihli kararı:

"Bir dava esnasında iki taraf veya vekilleri canibinden dava hakkında adlî makama verilen evrak ve söylenilen nutukların muhtevi oldukları elfazı tahkiriyeden dolayı takibat yapılamayacağı hakkındaki 398 inci madde hükmü vazii kanun tarafından münhasıran hakaret ve söğme suçları hakkında vazedilmişdir. Ve memurlara hakaret cürmüne tatbik edilemez. Çünkü mezkur madde devlet memurlarına hakaret hakkındaki hükümler meyanında bulunmayıp hakaret ve söğme suçlarına taallûk eden hükümler arasındadır

Bu madde hükmünün devlet memurlarına hakaret cürmüne tatbik edilememesini haklı gösteren bir hal de hakaret ve söğme suçları eşhas aleyhine işlenen suçlardan olduğu halde devlet memuruna hakaret cürmü idare aleyhine işlenen bir suç oluyor. İdare kendi mümessillerine ve memurlarına hürmet edilmesile alâkadar olmaktadır. *Mamafih bu söylenilen şeylerden devlet memurları aleyhine işlenmiş olan hakaretlerin suç teşkil etmediği halin bulunmadığı manası çıkarılmalıdır. Müdafaa maksadile yapıldığı takdirde devlet memurları aleyhine işlenen hakaret de cezalandırılamaz.* Kendisini müdafaa eden kimse bir hakkı kullanmakta olduğu cihetle her hangi bir suç teşkil eden muhalifi hukuk bir fiil işlemiş olamaz. Müdafaa hakkı mukaddes isede, bu münasebetle devlet memurlarına yapılan hakarete göz yumulabilirse de bu hakaret iddia ve müdafaanın zaruret ve icabından olmadığı ve müdafaa maksadile izah edilemediği takdirde mubahi ve caiz olan sahadan harice çıkmış olur. İmdi mevzuu tetkik olan vaziyette pek doğru olarak 398 inci madde tatbik olunmamış ve haklı bir surette devlet memuruna hakaretten dolayı mahkûmiyet kararı vermişdir.

Filvaki hüküm mümeyyizinbihde Aprilie elfazı tahkiriyeyi müekkilini müdafaa maksadile değil gedikli zabit Gardiaya'ya beslemekte olduğu husumetten dolayı kin ve gayzını ifade maksadile sarf ettiği kabul olunmuşdur. Mahkemenin bu takdiri masunuttaarruzdur. Bu sebepden dolayı gayri varit görülen temyiz talebinin reddine karar verilmişdir.„ (Ceza mecmuası, 1930, numara 9 ilâ 10 sahife 1125 — 1126.)

1057

hakaretlerden bahsedilirken arz olunduğu üzere 486 ıncı madde: mutlak surette «Elfazı tahkiriyeden dolayı takibat yapılmıyacağını» beyan etmekte olmasına göre müdafaa sadedinde olduğu takdirde kimin aleyhine olursa olsun hakaretin masuniyetin istifadesi icap eder. [1]

OBJEKTİF HADLER

Yukarıdaki kısımda müdafaa masuniyetinin subjektif hududundan yani bu masuniyetten istifade eden kimselerden bahsedildi. Bu kısımda da objektif hududdan yani hakaretin hangi makamların huzurunda vuku bulması ve ne gibi hakaretlerden olması lâzım geldiğinden bahsedilecekdir.

Malûmdur ki, dava esnasında iki tarafın veya vekillerinin bir birine karşı sarfettikleri bütün elfazı tahkiriye cezadan muaf tutulmayıp muayyen bir hududu tecavüz etmeyen ve bazı münasebetlerle sarfedilen elfazı tahkiriyeden dolayı ceza verilmemektedir.

Evvelemirde şurasını tavzih etmek lâzımdır ki, kanun «elfazı tahkiriye» tâbiriyle yalnız teknik manasında hakaret fiilini değil, «hakaret ve söğme» her ikisini kasd etmişdir. Her iki suç da namus ve haysiyete taallûk etmektedir. 486 ıncı madde hakaret ve söğme cürümleri faslında bulunmakta ve hakaret ve söğme fiillerinin umumî ve hususî vasıfları zikrolundukdan sonra bu 486 ıncı madde gelmektedir. Kanunumuzun aslı olan 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun 1887 tarihli projesinin esbabı mucibesi de, muhakeme esnasında müdafaa hürriyeti tarafların ve vekillerin adlî makamlara verdikleri yazıların ve serdettikleri müdafaaların muhtevi oldukları şeylerden dolayı, maddei mahsusa isnat edilmiş olsun veya olmasın, kendilerinin ceza mahkemesine tevdi olunmamalarını istilzam ettiği sarahaten yazılıdır.

Acaba tehditler, fiili müessirler, izrarlar, vesaire bu tetkik edilmekte olan 486 ıncı maddede zikredilen hükme dahil midir.?

Bu maddenin hakaret ve söğme faslında bulunması pek aşikâr

Roma temyiz mahkemesinin 16-Kânunusani 1918 tarihli kararı da şöyle der: Muhakeme esnasında müdafaa sadedinde söylenilen sözlerde ve yazılan yazılarda muhtevi bulunan ve şahit veya diğer memurlara müteveccih olan ve hakareti tazammun eden elfazdan dolayı takibat yapılamaz. Çünkü Madde mutlak surette her hangi bir suçun tekevvünü için lâzım olan kasdı mahsusu bertaraf etmektedir.

[1] Hâkimin reddi talebinde bulunan birisi red talebi hakkındaki yazısında hakareti tazammun eden elfaz kullanırsa ceza muhakemeleri usulü kanununun 26 ıncı maddesinin son fıkrasına göre masuniyetten istifade etmez. Mezkûr madde şöyle demektedir: "Hükmedilen para cezaları hâkim tarafından istenilebilecek hukukî veya cezaî takiplere veya C. Müddeiumumileri tarafından açılacak hukuku âmme davasına mani değildir„.

1058

bir surette gösteriyor ki tehdit, fiili müessir, iftira ve izrar gibi fiiller 486 ıncı maddedeki hükme dahil değildirler. Zira muhakeme esnasındaki müdafaa bu gibi vasıtalara müracaatı istilzam etmez. Müdafaa yazı veya sözle yapılır, yoksa eşhasa ve eşyaya zarar verecek şekilde şiddetle müterafik bir fiille yapılmaz. Esasen kanun açık olarak «mahkemeye verilen evrak ve irat olunan müdafaatın muhtevi olduğu elfazı tahkiriyeden dolayı» diyor ve bu suretle fiilî tahkiriyeleri de (meselâ istihfafı tazammun eden jestler vesaireyi) hariç bırakıyor. [1]

*
* *

Müdafaa masuniyetinin objektif hadlerini tayin eden bu iki şarttır:

A — Elfazı tahkiriye dava hakkında mahkemeye verilen evrak ve irat olunan müdafaatda muhtevi olmalıdır.

B — Dava esnasında söylenilen veya yazılan bu elfazı tahkiriye davaya taallûk etmelidir.

Bu şartların her biri ayrı ayrı tetkik edilecekdir.

486 ıncı maddenin tatbik edilebilmesi için ilk şart, elfazı tahkiriyenin dava esnasında mahkemeye verilen evrakta ve irat olunan müdafaatta da muhtevi olmasıdır. Yani hâkimin davayı rüyet ettiği esnada elfazı tahkiriyenin sarf edilmiş olmasıdır. Binaenaleyh hâkim hazır olmaksızın veya mahkeme salonunun haricinde sarf edilen veya hâkime verilmemiş olan evrakta muhtevi bulunan (hatta dava ile alâkası bulunsa bile) elfazı tahkiriye cezadan muaf tutulamaz. [2]. Filhakika bu gibi hallerde böyle elfazı tahkiriye sarfına dava için ne faide ve ne de zaruret vardır. Hâkimin öyle hallerde müdahaleye ve 486 ıncı maddedeki tedbirleri almağa salâhiyeti yokdur.

Keza dava görülerek neticeye iktiran ettikden veya muhakeme esbabı kanuniyeye binaen talik olundukdan ve hâkim başka bir davayı rüyete başladıkdan sonra sarfedilen elfazı tahkiriye için aynı şey söylenebilir. Çünkü o davaya aid vazifesi bitmişdir. [3]

[1] İtalyan temyiz mahkemesinin 3/Mart/ 1928 tarihli bir kararı fiilî tahkirin bu masuniyetten istifade edemeyeceği umumî prensibini teyit ettikden sonra fiilî tahkirler de masuniyetden istifade eden şifahî tahkirlerle birleşdikleri takdirde, 398 inci (bizim 486 ıncı) maddedeki masuniyetten de istifade edeceklerini ilâveten beyan etmektedir.

[2] İtalyan temyiz mahkemesinin 3 Nisan 1902, 6 Kânunuevvel 1902, 5 Şubat 1890, 21 Eylûl 1896 tarihli kararları.

[3] İtalyan temyiz mahkemesi 10 Hazian 1898 (Foro Italiano mecmuası II., Sahife 385).

1059

Keza muhakeme hitam bularak iki taraf mahkeme salonunu terk ederlerken bunlardan birisi elfazı tahkiriye sarfetmiş olsa sarfeden kimse masuniyetten istifade edemez. [1]

Mahkemeler:— 486 ıncı madde mutlak surette (mahkme) demektedir. Binaenaleyh hukuk, ticaret ve ceza davalarını gören bütün sulh ve asliye mahkemelirile temyiz mahkemesi kasdedilmişdir. Mühim olan cihet hâkimin idarî mahiyette vazife görmeyüp icrayı kaza eylemekte bulunmuş yani davayı görmeğe davet edilmiş olmasıdır.

(Mahkeme) Umumî tâbirine hususî ve fevkalâde mahkemeler de dahildir. Bu itibarla «askerî mahkemeler» de ve «Divanı Âlî» de sarf edilen elfazı tahkiriyeden dolayı ceza verilmeyeceği gibi ileride ihdas edilebilecek hususî ve fevkalâde mahkemelerde de (meselâ iş mahkemeleri, istiklâl mahkemeleri, çocuk mahkemeleri) sarf olunacak elfazı tahkiriyenin aynı muameleye tâbi tutulacağı tabiîdir.

İdarî Mahkemeler: — Kanunumuzun me'hazı olan eski İtalyan ceza kanunu mer'i bulunduğu zamanlarda kaza salâhiyetini haiz olan Vilâyet idare meclislerinde, Şûrayı devlet deavi dairesinde ve divanı muhasebatta muhakeme yapılırken sarf edilen elfazı tahkiriyenin müdafaa masuniyetine tâbi olup olmadığı ihtilâfı mucip olmuşdu.

Bazıları ceza kanunlarının vâsi mikyasta tefsir edilemeyeceğini ve esasen projede (İdarî makamlar) tâbiri varken kanunun metninden çıkarıldığını ileri sürerek kaza salâhiyetini haiz olan idarî makamların adlî makamlara kıyas edilemeyeceğini ve onlara muadil tutulamayacağını iddia etmekte idiler. [2]

İmpallomeni, Manzini, Alimena, Mayno gibi büyük cezacılar da masuniyetin sebebi, müdafaa zarureti olduğuna göre kaza salâhiyetini haiz idarî makamların icarayı kaza ettikleri zaman adlî makamlardan addolunması ve binaenaleyh bu makamlarda sarf edilen elfazı tahkiriyenin de müdafaa masuniyetinden isdifade etmesi icap edeceği fikrinde idiler. [3]

Filhakika ceza kanunu projesinde «Adlî,idarî makamlar huzurunda» denilmiş iken metinden «idarî» kelimesi çıkarılmış isede sebebi, bu makamlar nezdinde sarfedilen elfazı tahkiriyenin masuniyete tâbi

[1] İtalyan temyiz mahkemesinin 3-Teşrininevvel-1908 tarihli kararı şöyle diyor; "Dava talik olundukdan sonra iki taraf mahkeme salonunu terk ederlerken sarf ettikleri elfazı tahkiriyeye 398 inci maddenin hükmü tatbik edilemez.„

[2] Le offese al l'onore, Borgiani (Namusa tecavüz, Hakaret S. 102)

[3] İl codice penale italiano illustrato, İmpallomeni (İzahlı İtalyan ceza kanunu) Cilt 3 sahife 321; Manzini, eseri, Cilt VII sahife 302; Alimena, eseri S. 874—875, Florian, eseri, s. 937; Majno Commento al codice penale, Cilt 3 sahife 429 — 430. Bu eser yüksek Vekâletçe tercüme ettirilmişdir, 3 üncü cildin 358 inci sahifesine bakılsın.

1060

tutulmamak istenmesi değil, bu kelimenin haşiv addedilmiş olmasıdır. [1]

Yeni İtalyan ceza kanununun 598 inci maddesine (kanunumuzun 486 ıncı maddesinin muadili) «İdarî» kelimesi ilâve edilmiş ve bu suretle bu bapdaki ihtilâfların önüne geçilmişdir.

486 ıncı maddenin eski ve yeni İtalyan ceza kanunlarının muadil maddelerinde (Mahkeme) tâbiri kullanılmayıp bunun yerine (Makam—autorità) tâbiri kullanılmışdır. Fakat bu tâbiri vâsi ve şumullü bir surette tefsir ederek her hangi bir idarî makam huzurunda sarfedilmiş olan elfazı tahkiriyenin cezalandırılamayacağı hükmü istinbat edilemez. Çünkü kanun, «Adlî ve idarî» makamlar huzurundaki muhakemede irat olunmuş müdafaaların ve tevdi edilmiş yazıların muhtevi oldukları elfazı tahkiriyeden bahsetmekte ve «Hâkim, inzibatî» tedbirlerden maada, bu lafızları ihtiva eden evrakın temamen veya kısmen ortadan kaldırılmasını emir ve mütecavüzünaleyhe tazminat itasına hükmedebilir demektedir. Binaenaleyh bu makamdan maksat muhakeme icra ve ihtilâfı hal ve fasleden kaza salâhiyetini haiz idarî makamlardır.

Komisyonlar: — Acaba Baro disiplin meclisi ve Haysiyet divanı gibi inzibat meclis ve komisyonlarında irat edilen müdafaaların ve tevdi olunan evrakın muhtevi oldukları elfazı tahkiriye müdafaa masuniyetinden istifade edecek mi ? Bunların ne adlî makamlara ve ne de kaza salâhiyetini haiz olan idarî makamlara muadil tutulmayacağından bahisle bu gibi meclis ve komisyonlarda sarfedilen elfazı tahkiriye hakkında 486 ıncı maddenin hükmü tatbik olunamayacağı fikri ileri sürülmektedir.

1-Kânunuevvel-1938 de mevkii meriyete girecek olan yeni avukatlık kanunumuzun avukatlığı âmme hizmeti mahiyetinde bir meslek (Madde 22) telâkki ve bazı hususda avukatları memurlara kıyas (Madde 48, 49) eylemiş olmasına ve disiplin meclislerinin mahkemeler gibi alâkadarı, şahit ve ehli hibreyi celp ederek ve duruşma yaparak karar vermesine ve şahitlerin yeminle dinlenmesine ve kararlarını müddeiumumi ve sulh hâkiminin infaz ile mükelef olmalarına ve haysiyet divanının reisi ile âzalarının ekserisinin hâkimlerden mürekkep olmasına göre (madde 82-121 e kadar) Baro disiplin meclislerile haysiyet divanın adlî organ oldukları iddia edilebilir.

Ceza kanununun 486 ıncı maddesinde asli olan İtalyan kanunu gibi (Adlî makam) tâbiri kullanılmış olmayıp (Mahkeme) denilmiş olmasına nazaran masuniyetin Baro disiplin meclisinde ve haysiyet divanında sarfedilen elfazı tahkiriyeye teşmili kolay olmasa gerekdir.

[1] Roma istinaf mahkemesi 25/Mart/1922 (Gior. İtal. İtalyan içtihatları - II, 175).

1067

Meslekî kaza organı olmak itibarile Baro disiplin meclisinin adlî makamlara muadil tutulması icap edeceginden ve masuniyetin sebeb e hikmeti müdafaa hakkının tanınmasından ibaret olduğundan bahsile Baro disiplin meclislerine müdafaa için verilmiş olan yazıların ceza kanununun 398 inci maddesindeki Adlî masuniyete tâbi bulunduğuna dair Roma asliye mahkemesinin 27/Nisan/1931 tarihli bir kararı vardır. Bu karar 486 ıncı maddenin aslı olan 398 inci madde hükmü göz önünde bulundurularak ittihaz edilmemiş ve daha ziyade beş altı ay evvel neşredilmiş olduğu halde kararın verildiği tarihde mevkii mer'iyete girmemiş olan yeni İtalyan ceza kanununun 598 inci maddesi hükmünden yani «İdarî ve Adlî makamlar» tâbirinden mülehhem olarak verilmiş olduğu şüphesizdir. Bu kararı pek doğru bulanlar mevcut olmakla beraber [1] ekseriyet tarafından karar çok tenkid edilmişdir. [2]

[1] Ceza mecmuasının müdürü, mezkûr mecmuanın 1931 senesi 1-2 numaralı sayısı, sahife 110. In tena di Diffanazione, Forsali (Hakaret bahsi), Scuola positiva mecmuası, 1931 II. sahife 566.

[2] Roma Asliye mahkemesinin bu kararı hadiseyi uzun uzadıya izah ve muhtelif cephelerden tedkik ettikten sonra Baro disiplin meclislerinin adlî makamlardan addedilip edilmiyeceğini tetkike geçiyor ve şöyle diyor:

"Mahkemece tetkik ve mütalâaya şayan görülen mesele budur: masuniyetten istifade edebilmesi için bir hâkimin huzurunda cereyan eden bir davanın mevzuu bahis olması lâzımdır. Halbuki burada meslekî bir organ nezdinde basit meslekî bir mesele mevzu bahisdir. Bu itiraz aşılması mümkün olmayan bir şey değildir. Adlî makam yalnız mutat ve malûm olan umumî mahkemeler değil umumiyet itibarile kazaî bir vazife ifa eden makamlardır. Meselâ Şûrayı Devlet gibi.

İmdi bilâhara krallık komisyonları ünvanını almış olan Baro inzibat meclislerinin bir meslekî — kazaî organ oldukları pek alâ söylenebilir. 25-Mart-1926 tarihli ve 453 sayılı kanun (madde 49) bu komisyona tavsiyeden terkini kayda kadar inzibatî muamele yapmak salâhiyetini vermektedir. Görüldüğü üzere bu şiddetli mahkûmiyetlere ceza muhakemeleri usulü kanununun 255, 256 ıncı maddeleri hükümlerine göre şahitleri dinlemek salâhiyetine malik olan komisyon muntazam ve usulü dairesinde muhakeme yaptıkdan sonra hüküm edebilir. Bundan maada komisyon hakkında muamele yepılacak olan kimseyi celp ve kendisine bir mehil vererek müdafaaramesini vermeğe davet etmektedir. 54 üncü madde mucibince komisyonun kararları aleyhine Baro yüksek meclisine müracaat olunabilir. Bu meclise doğrudan doğruya Baş müddeiumumi veya mümessili müdahale ve müzakerelere iştirâk ediyor ve istişarî mahiyette olmak üzere rey veriyor ve verilen hüküm Kralın namına isdar edilmektedir. Faşizm rejiminde bu meslekî organların aldıkları hususî çehreyi göz önünde tutmak lâzımdır. Bu müesseseler artık hukuku âmme sahasına girmişlerdir. Kendilerine mevdu vazife muayyen bir sınıfın menfaatı için değil, avukatlık gibi bir âmme hizmetinin siyaneti zımnında devlet tarafından deruhde edilmiş olan kollektif bir menfaat içindir. Sindikalar, umumiyet itibarile, meslekî bir sınıf müessesesi değil, devlet müessesesi addolunabilirler. Bu delillerin burada sayılması krallık Baro komisyonlarının adlî makamlarla müsavi addolunmasını tavsiye eden Ratio Legis, si (kanununun ruhunu) göstermek, ceza ve hukuk mahkemelerinin yanında bir de

1062

Hakemler: — Hakemler huzurunda sarfedilmiş olan elfazı tahkiriye masuniyete tâbi midir? Galip olan doktrin hakemler de jüriler gibi kaza salâhiyetini haiz bulundukları cihetle bunların huzurunda sarfedilen tahkiri mutazammın elfazın masuniyete tâbi bulunduğu merkezindedir. [1] Mamafih Alimena gibi buna muhalif fikirde bulunanlar da vardır. [2]. Galip olan fikir daha mantıkî ve rasyonaldır. Çünkü hakemler de bir mahkeme ve hâkim yerine kaim olarak mahkeme ve hâkim gibi münaziünfih meseleyi tedkikle karar vermektedirler. Bu vazifelerini ifa ederlerken kazaî bir vazife yapmaktadırlar. Verdikleri hükümler aleyhine temyiz mahkemesine müracaat edilebilir. Ve iadei muhakeme talep olunabilir.. (Hukuk muhakemeleri usulü kanunu Madde 516-536).

Naipler: — Bir şahidin istimaına veya bir mahallin keşfine memur edilmiş olan bir hâkimin (naibin) huzurunda söylenen sözlere de masuniyetin tatbik edilmemesine bir sebep yokdur. Çünkü 486 ıncı madde müdafaa maksadına istinad etmektedir. [3]

*
* *

486 ıncı maddede mevzuu bahis elfazı tahkiriye, yukarıda arz edildiği üzere, dava hakkında mahkemeye verilen evrakta ve irat olunan müdafaatta muhtevi bulunan elfazdır. Bu yazı ve müdafaalardan maksadın ne olduğunu tayin etmek lâzımdır.

disiplin mahkemeleri bulunduğunu ve bunların hepsinin ceza kanununun 398 inci maddesinin hükmü altında birleşdiklerini izah etmek içindir. İddia makamı bu teze karşı dar bir tefsirle ve yüksek mahkemenin (temyiz mahkemesi) içtihadını ileri sürmek suretile muhalefet etmekte isede şimdiye kadar yüksek mahkeme tarafından bu gibi münferit bir hadise ve muayyen bir hal tedkik edilmemişdir. Argentini davasındaki 3-Kânunuevvel-1930 tarihli hüküm, idarî yollara müracaat suretile yapılmış olan şikâyetlere müteallik idi. Bu hal bazı def'a bir ceza davasında hâkim tarafından isdar olunan hükümden daha şedit bir hükmü ihtiva eden ve kararları pekehemmiyeti haiz bulunan krallık komisyonlarının huzurunda cereyan etmiş olan hakikî bir muhakemeden çok farklı bulunuyordu.

Yukarıda işaret olunan "Kasıdden„ sarfı nazar 398 inci maddenin istilzam ettiği unsurun yani müteaddit kimselerle ihtilât ederek neşir ve tamim unsurunun mevcudiyetinde bihakkın şüphe edilebilir. Burada izah olunan şey Krallık komisyonuna müteveccih idi. Ve neşir ve tamim gayesine mâtuf değildi. Krallık Komisyonu disiplin vazifesini gerek tahkikat safhasında gerek münakaşa ve müzakere safhasında hafî olarak yapmakta, yani gizli celsede karar vermektedir. Bu itibarla Antonello'nın yazısı hakikatte müteaddit şahıslar olmakla beraber tek bir organda birleşmiş olan komisyonu teşkil edenler tarafından okunması lâzım gelen bir şeydi. Bu itibarla cezalandırılamaz„ (Ceza mecmuası 1931 numara 1-2, sahife 111, 112)

[1] Manzini, eseri cilt VII, sahife 303: Frola, zikredilen eseri sahife 46. Florian eseri sahife 987: Pili, eseri sahife 176.

[2] Alimena, eseri sahife 675,

[3] Majno, vekâletçe tercüme ettirilen eseri, cilt III. sahife 357.

1063

Yazılar: — Kanunun kullandığı (evrak) umumî tâbirine tarafların ve Vekillerinin davanın başlangıcından nihayetine kadar mahkemeye tevdi ettikleri her nevi evrak (meselâ hukuk davalarında dava arzuhalleri, lâyihalar, vesikalar, senetler, muhtıralar vesaire; ceza davalarında da ihbarname, şikâyetname, dava arzuhali, muhtıra, yazılı müdafaa, istida ve diğer her nevi yazılar...) Bu evrak meyanına dahildir.

Acaba elfazı tahkiriyeyi muhtevi olup mahkemeye verilmiş olan evrakın veya muhakeme esnasında söylenmiş olan müdafaanın ikdibas, neşir ve tamimi suç teşkil eder mi?

Tarafeyn ve mahkeme için muktazi olan suretlerden fazlasını intişar maksadile neşretmenin 486 ıncı madde hükmüne göre cezadan muaf olup olmadığı bahsında mahkemeler bu hâli masuniyete tâbi tutmamışlar ve mahiyetine göre hakaret veya söğme suçunu teşkil ettiğine karar vermişlerdir. [1] Carrara bu gibi kararları tenkid etmişdir. Majno'nın da iştirâk ettiği mumaileyhin fikrine göre muafiyetin sebebi aslisi naşrin mazeretini izhar etmek mecburiyetidir. Bu mazeretin izharı yalnız mahkemeye karşı değil dava ile alâkadar olan efkârı umumiyeye karşı da lâzımdır. Fazla suretler çıkarılmasının tahkir kasdını irae ettiğini söylemek mugalatadır. Bu sebep ancak mazeretin neşri kasdını irae eder. Ve bundan dolayı hakaret ve söğme olmaz. [2]

Bu gibi mahkemeye verilmiş olan evrakın veya muhakeme esnasında söylenmiş olan müdafaaların iktibas ve neşrinde yalnız ceza kanununun 486 ıncı maddesi hükmünü değil ceza muhakemeleri usulü kanunu ile matbuat kanunu hükümlerini de göz önünde tutmak lâzımdır. Ceza muhakemeleri usulü kanununun 377 inci maddesi şöyle demektedir: «Gizli yapılan duruşmalarda mahkeme bazı kimselerin hazır bulunmasına müsaade edebilir. Bu halde reis bunlara duruşmanın gizli olmasını istilzam eden keyfiyetlerin ifşa edilmemesini tenbih eder.

Gizli yapılan duruşmalarda icra kılınan muhakemenin neşri memnudur.

---

[1] Roma Temyiz mahkemesinin 11/Nisan/1915 tarihli kararı: "Bu maddedeki masuniyet, Adlî makamlara tevdi edilmiş olan yazıların muhtevi oldukları hakarete münhasırdır. Aynı yazıların başka bir maksatla yeniden neşri halinde buna masuniyet teşmil edilemez„.

Kaza aynı temyiz mahkemesinin 23/Nisan/1907 ve 7/Temmuz/1916 tarihli kararlarına göre aynı yazıların muhakeme ile alâkası olmayan diğer şahıslara tebliği halinde masuniyetten istifade edilemez.

[2] Carrara, Perogramma, hususî kısım, Cilt III. § 1761, No. 1; Majno, Türkce tercümesi, cild III. sahife 359.

1064

Alenî duruşmalarda cereyan eden muhakeme maznunun veya davacının haysiyet ve şerefine dokunur mahiyette bulunur, veya umumî âdab ve ahlâka mugayir ve efkârı müheyyiç görülürse mahkeme matbuatta neşrinin memnuiyetine karar verir ve alenen tefhim eder.

Alenî ve gizli muhakemeleri memnuiyet hilâfına neşredenler bir haftaya kadar hafif hapis ile 50 liraya kadar hafif para cezasına mahkûm olurlar. Bu karar kat'îdir.

Bu madde hükmü hukuk muhakeme usullerinde dahi carîdir.»

1931 tarihli matbuat kanununun 35 inci maddesi şöyledir:

Madde: 35 — A - İddianamenin, son tahkikatın açılmasına müteallik kararın, bir cürme ait her hangi tahkikat evrakı ve vesikaların duruşmada okunmazdan evvel neşri memnudur. Ancak mahkemenin veya müddeiumuminin müsaadesiyle ve bütün gazetelere birden icrası lâzımgelen tebliğlerine tevfikan bu vesikaların neşri caizdir.

B — İsbatı caiz olmayan söğme ve hakaret davasına ait zabıtların ve buna müteallik şikâyetnamelerin aynen ve hülâsaten neşri dahi memnudur.

C — Münderecatı umumî edeb ve ahlâka dokunabilen tıbbı adlî raporlarının da neşri yasakdır.

D — Muhakemesinin gizli olması kararlaştırılan dava zabıtlarının da mahkemenin müsaadesi olmadıkca neşri memnudur.

E — Ceza tahkikatı başladıktan sonra ilk tahkikat esnasında tahkikat hâkiminin muvafakatinin inzimamile ve hazırlık tahkikatı esnasında yalnız C. Müddeiumumisinin emrile yapılmakta olan tahkikata ve adlî muamelelere müteallik havadislerin ve cürmü yapanlarla cürme kurban olanların fotoğraflarının neşri menedilebilir.

Buna muhalefet ancak müddeiumuminin bu baptaki yazılı emrinin gazete veya mecmua idarehanesine tebliğinden itibaren bir suç olur. Ve yazan 10 liradan 100 liraya kadar hafif para cezasile cezalandırılır.

F — Neşri caiz eski bir ilâmın suiniyetle ve yeni bir hükmün kezalik suiniyetle tekrar neşri söğme ve hakaret iddiasile takibat yapılmasına ve ceza verilmesine mani değildir.

G -- Mahkeme müzekkerelerinin neşri memnudur.

H — Bir ceza davasının başlamasından son hükmün verilmesine kadar hâkim ve mahkemenin kararları ve muameleleri hakkında mütalâa serdedilemez.

İ — Gizli bakılmayan boşanma davalarında ancak:

1 — İki tarafın ve şahitlerin isimleri, san'atları ve adresleri,

2 — Mevzuu bahis olan ve karar verilen hukukî meselelerin kısaca izahı,

1065

3 — Şahitlerin şahadetlerinin aynen olmamak şartile kısaca mevzuu;

4 — Hüküm fıkrası yazılabilir.

Bu madde hükümlerine muhalif hareket edenlerden 20 liradan 200 liraya kadar hafif para cezası alınır.

Asıl mühim olan ve tedkik etmekte olduğumuz mevzu ile doğrudan doğruya alâkadar bulunan madde matbuat kanununun diğer bir maddesi yani 47 inci maddedir.

Mezkûr madde şöyle demektedir: «A — Ceza Kanununun 486 ıncı maddesi hükmünce bir dava esnasında iki taraf veya vekilleri tarafından dava hakkında mahkemeye verilen evrakın ve serdolunan müdafaaların muhtevi olduğu tahkir lafızlarının neşri mahkemece geri alınması emredilmiş olmadıkca caizdir.

B — Mahkeme huzurunda davaya aidiyeti olmadığı halde üçüncü şahıslar aleyhine yapılmış ve mahkemece geri alınması emredilmemiş hakaretlerin neşrinden dolayı gazete ve mecmualar takip edilmez.

Haklarına tecavüz edilmiş olan 3 üncü şahıslar ancak iki taraf ve vekilleri aleyhine medenî ve cezaî takibatta bulunabilir».

Bu 47 inci maddenin A. fıkrasından anlaşıldığı üzere ceza kanununun 486 ıncı maddesindeki masuniyete tâbi olan yazı ve müdafaaların neşri caizdir. Ve bunu neşreden gazete ve mecmualar hakkında takibat yapılamaz. Bu hususta takibat yapılabilmesi mahkemece tedbir alınmış olmasına yani ortadan kaldırılması veya geri alınması emredilmiş bulunmasına bağlıdır. Eğer ortada böyle bir emir yoksa takibat yapılamaz.

B Fıkrasına göre mahkeme huzurunda 3 üncü şahıslar aleyhine yapılmış olan ve davaya aidiyeti olmayan hakaretlerin neşrinden dolayı da bunu neşreden gazete ve mecmualar hakkında takibat yapılamaz. Fakat tecavüze mâruz kalmış olan 3 üncü şahıslar iki taraf veya vekilleri aleyhine medenî ve cezaî takibatta bulunabilirler. Gazete ve mecmua hakkında takibat yapılabilmesi, A fıkrasında olduğu gibi, geri alınması mahkemece emredilmiş iken bu emre rağmen neşriyat yapılmış olmasına münhasırdır.

Arza hacet yoktur ki, gerek A, gerek B fıkralarına göre gazete ve mecmualar hakkında yapılacak takibler emre rağmen neşriyat yapılmış olmasından dolayıdır. Yoksa hakaret ve söğme suçlarından dolayı değildir.

Bu gibi neşriyat mutlak suretde her zaman yapılabilir mi ? Yoksa bir zamanla mukayyet midir? Madde açık olarak bir şey demiyor. Fakat gazete ve mecmuaların bu hususdaki neşriyatı haber ve hava-

1066

dis kabilinden olduğuna göre neşriyat muhakemenin cereyan ettiği günlerde yapılmış olmalı yani yeniliğini muhafaza etmeli, haber ve havadis vasfını gaip etmemelidir. Eğer bugibi neşriyat muhakeme bittikten ve uzun zaman geçtikten sonra yapılırsa iş degişir, o zaman haber, havadis vasfını gaip eder. Ve bir kasdı mahsusa müstenid olur, ki böyle bir halde neşriyat caiz olan sahadan çıkar, hakaret ve söğme suçu teşkil eder.

Müdafaat: — Kanun «Müdafaat» tâbirini dar manasında kullanmamışdır. Muhakeme esnasında tarafların veya vekillerin söyledikleri bütün sözler, suallere verdikleri cevaplar vesaire hepsi (Müdafaa) tâbirinin şumulüne girer.

Ceza kanunumuzun me'hazı olan 1889 tarihli İtalyan ceza kanununda (Müdafaa) yerine (nutuklar) denmektedir. Bu kanunun 1887 tarihli projesinde Sardenya ceza kanununda olduğu gibi (Müdafaa) tâbiri konulmuş iken metinden çıkarılmış ve yerine (nutuklar) denmişdir. Sebebi de nutuk kelimesi daha şumullü olup tarafların veya vekillerinin gerek yaptıkları müdafaaları, gerek söyledikleri diğer sözleri de ihtiva etmekte bulunmasıdır.

Mamafih nutuk kelimesinin de maksadı iyi ifade etmediğini meselâ bir kelime söylemenin ve diğerinin sözünü bir kelime ile kesmenin «Nutuk» olmadığını söyleyerek «Nutuk» yerine (söylenen sözler) denilmesinin muvafık olacağı fikirinde bulunanlar vardır. Bu tenkidlere rağmen yeni İtalyan ceza kanununda (Nutuklar) kelimesi aynen muhafaza edilmişdir.

Kanunumuzda aslında olduğu gibi nutuklar denmeyerek «müdafaat» denilmiş ve bununla da muhakeme esnasında söylenen bütün sözler kasdedilmişdir.

*
* *

486 ıncı maddenin tatbik edilebilmesi için ikinci şart da söylenilen veya yazılan *elfazı tahkiriyenin davaya taallûk etmesidir.*

Yukarıda bilmünasebe söylendiği üzere müdafaa masunlyeti mutlak değildir. Tarafların veya vekillerinin herkes hakkında istedikleri gibi serbestce hakareti tazammun eden sözler sarf etmesine ve yazmasına müsaade olunmamıştır. Ancak davaya taallûk eden elfazı tahkiriye bu masuniyetten istifade eder. Elfazı tahkiriye, mahkemeye verilen evrakta veya irat olunan müdaffaatta muhtevi bulunsa bile davaya taallûk etmediği takdirde masuniyete tâbi olmazlar.

Mahiyetleri ne olursa olsun elfazı tahkiriyenin mahkemeye verilen evrakta veya söylenilen sözde muhtevi bulunmasını masuniyetten

1067

istifade için kâfi bulunduğu fikirinde olan müellifer mevcut isede [1] hâkim ve galip olan doktirine [2] ve jürispüridansa [3] göre bu kâfi olmayıp davaya taallûk etmesi lâzımdır.

Derhal ilâve edelim ki bu fikir ihtilâfı kanunumuzun me'hazı olan İtalyan ceza kanununun kullandığı „İhtilâfa taallûk eden" kelimelerinden çıkmışdır. Bizim kanunumuzda ise (Davaya taallûk eden) denilmiş olmasına göre bizde böyle bir ihtilâfın zuhur etmesi muhtemel değildir. Yeni İtalyan kanununda bu ihtilâfı hal için (davanın mevzuuna taallûk eden) kelimelerini kullanmıştır.

İngiliz ve Amerikan mevzuatı hariç olmak üzere diğer devletlerin mevzuatı da hakaretin masuniyete tâbi olabilmesi için dava ile alâkası bulunmasını şart koymaktadır. [4]

Dava ile hakaret arasındaki alâka ve rabıta az veya çok olabilir. Elfazı tahkiriye sadet harici sarf edilmiş olmamalı ve davanın mevzuu ile bir münasebeti bulunmalıdır. Bu haddi tecavüz eden yani davaya taallûk etmeyüp sırf intikam hissile, kin ve garaz üzerine ve dava ile alâkası olmayan diğer sebepler dolayısile sarf edilen elfazı tahkiriyenin cezalandırılması lâzımdır. [5] Roma Temyiz mah-

[1] Crivellori - Sumen Il Codice penale interpretato (tefsirleri ceza kanunu) cilt 7 sahife 1188. mahkeme kararı olarak da İtalyan temyiz muhakemesinin 17-Temmuz-1900 tarihli kararı.

[2] Florian, eseri, sahife 938. Alimena, eseri sahife 880, Stoppato, İmmunitâ giudiziaria peril delitto d'inginrie (söğme suçu hakkında adlî masuniyet) "Temi veneta„ de XXVI 493; Manzini, eseri cilt VII 305; De Simone eseri sahife 201; Borgiani, eseri sahife 102; Pili, eseri 176; Giampietro İlimitidella difesa giudiziale (muhakeme esnasındaki müdafaanın hudud), ceza mecmuası LXII; Lombardi, Il codice pen. Annotato (haşiyeli ceza kanunu), sahife 711; İmpallomeni, İl codice penale İtaliano (İtalyan ceza kanunu), Cilt II. Sahife 222.

[3]. İtalyan temyiz mahkemesinin 14/Teşrinisani/ 1921, 18/Şubat/1907, 14/Ağustos/ 1902, 3/Temmuz/ 1902 tarihli kararları.

[4]. Belçika kanunu madde 452, Portekiz kanunu madde 419. San Marino kanunu madde 488, 29/Temmuz/ 1881 tarihli fransız kanunu . . .

[5]. 486 ıncı madde hükmünün sadet harici olan hakarete teşmil edilemeyeceği hakkındaki Türk temyiz mahkemesi ikinci ceza dairesinin 8-5-1932 tarih ve 2870 sayılı kararı aynen şöyledir :

Tahkirden suçlu Alinin bilmuhakeme ceza kanununun 482 inci maddesine tevfikan üç gün hapis ve bir lira ağır para cezasile tecziyesine dair Yozgat sulh ceza hâkimliğinden verilen 18-2-1932 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahalli C. Müddei umumisile suçlu tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dava evrakı C. B. Müddeiumumiliği memuriyeti aliyesinden tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı müzakere olundu.

Temyiz kararı

Bir dava esnasında iki taraf veya vekilleri canibinden dava hakkında mahkemeye verilen evrak ve irat olunan müdafaatın muhtevi olduğu elfazı tahkiriyeden

1068

kemesi daha ileri giderek intikam alamak için «iddia ve müdafaadan istifade ederek hasım tarafın haysiyet ve şerefine tecavüz eden kimsenin bu masuniyetten istifade edemeyeceğine» karar vermişdir (11-Ağustos-1906).

Elfazı tahkiriyenin davanın esasına veya meselei mütekaddimeye taallûk eden kısım diye ikiye ayırarak davanın esasına taallûk edeni masuniyete tâbi tutmak, diğerini tâbi tutmamak da doğru değildir. Çünkü kanun «davaya taallûk eden elfazı tahkiriye» diye mutlak surette ifade etmiş ve bu ifade böyle taksime müsait bulunmamışdır [1].

Dava ile hakaret arasında alâka ve rabıtanın mevcut olup olmadığını takdir fiilî bir meseledir. Temyiz mahkemesince bu takdire müdahale edilmemelidir . [2] Alâkanın mevcudiyeti kabul edildikden sonra, yukarıda söylendiği üzere, artık başka bir maksat ve gayenin

---

dolayı takibat icra olunmayacağı hakkındaki 486 ıncı maddenin huzuru mahkemede aleyhine şahadet eden şahide muğber olarak sadet haricinde hakarette bulunan suçluya teşmili muvafık bulunmadığı cihetle tebliğnamenin ikinci bendi varit değilse de ancak:

65 yaşında olduğunu söyleyen suçlunun doğum tarihinin tayin ve tesbitile 56 ıncı maddenin tatbiki icap edip etmediğinin düşünülmemesi.

Tebliğnamede gösterilmeyen ve yukarıda yazılan diğer bozmayı mucip ve itirazlar bu itibarla varit olduğundan mezkûr hükmün bozulmasına ve 10 kuruş bozma harcının ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına ve evrakın yerine, depo parasının sahibine iadesine 8-5-932 tarihinde ittifakla karar verildi.

Keza Türk temyiz mahkemesi ceza heyeti umumiyesinin 4-1-1938 tarih ve 164/9-4 sayılı kararı da: "Maznunun duruşmada hükûmetin manevî şahsiyetini tahkir sadedinde sarf etdiği sabit olan sözün dava ve müdafaa, bir ilişiği olmadığı ve mütecavüzünaleyh bu davada doğrudan doğruya taraflardan sayılamayacağı cihetle hadise ceza kanununun 486 ıncı maddesinin şumülünden hariçdir„ diyor. Orhangazi C. Müddeiumumisi Mahir Ulküsal'ın Ceza hukukuna ait temyiz mahkemesi kararları hülâsaları) namındaki kitabının 89 uncu sahifesine bakılsın.

İtalyan Temyiz mahkemesinin 26/Teşrinievvel/-1891 tarihli kararı da şöyle diyor: "Mahkeme huzurunda kendini müdafaa ederken hiç bir suretle davaya taallûk etmediği halde âmmenin hakaretine maruz kılacak şekilde müştekiye maddei mahsusa isnat eden kimse müdafaa masuniyetini ileri süremez„. Bu mealde daha bir çok kararlar vardır.

---

[1]. İtalyan Temyiz mahkemesi ikinci ceza dairesinin 27/Nisan/1934 tarihli kararı: "ceza kanununun 598 inci (bizim 486 ıncı madde) maddesinin koyduğu masuniyetin esası muhakeme esnasında taraflara ve vekillerine temin edilmiş olan müdafaa ve münakaşa serbestisidir. (Davanın mevzuuna taallûk eden hakaretler) tâbiri esasa taallûk eden kısım ile meselei mütekaddime arasında bir tefrik yapmağa, vazife ve salâhiyete taallûk eden hallerde masuniyeti bertaraf etmeğe müsait değildir. Sulh hâkimi huzurunda esassız surette salâhiyetsizlik def'inde bulunan müddeialeyhe (hayasız) diyen davacı cezalandırılamaz". (Ceza mecmuası 1935 No. 6 sahife 689-691).

[2] Bu hususda İtalyan Temyiz mahkemesinin bir çok kararları vardır.

1069

aranmasına lüzum yokdur. [1] Burada nazarı itibare alınacak şey manevî unsur değil maddî unsur yani dava ile hakaret arasındaki alâka ve rabıtadır.

Mahkeme huzurunda fiil ve hadiseyi izah ve beyan veya tarafların hal ve vaziyeti sabıkalarını tayin etmek (Meselâ eski mahkûmiyetini söylemek) veya meşru bir hak ve menfaatı siyanet eylemek için mutlak surette elfazı tahkiriye sarfı zarurî bulunuyorsa o zaman iş değişir. Ve 486 ıncı madde hükmüne girmez. Bu gibi hallerde ortada bir suç ve hatta her hangi haksız bir fiil de mevcut olmaz. Çünkü kanunun müsaade ettiği bir hakkın, zaruret hududu dahilinde, istimali mevzuu bahisdir. Binaenaleyh inzibatî tedbir almağa ve tazminata hükmetmeğe cevaz yokdur. [2]

İtalyan temyiz mahkemesinin 20-Teşrinievvel- 1912 taribli bir kararı şöyle diyor: „Davaya pek sıkı surette bağlı olan hakaretlerle 398 inci maddede zikredilen ve sadece davaya taallûk eden hakaretleri bir birine karışdırmamalıdır. İddia ve müdafaanın icap ettirdiği ve meşru kıldığı birinci kısım için 398 inci maddedeki müdafaa masuniyetine lüzum yokdur. Çünkü kasdın bulunmaması dolayısile ceza kanununun 45 inci maddesi mucibince suç teşkil etmez. Diğer ikinci kısım yani zarurî olmamakla beraber davaya taallûk edenleri hakkında ise 398 inci maddenin hükümleri kabili tatbikdir."

MÜEYYİDELER

Bir dava esnasında iki taraf veya vekilleri canibinden dava hakkında mahkemeye verilen evrak ve irat olunan müdafaatın muhtevi olduğu elfazı tahkiriyeden dolayı takibat yapılmaması hâli mahkemece inzibatî tedbirler alınmasına ve hakareti tazammun eden evrakın tamamen veya kısmen ortadan kaldırılmasına ve mütecavüzünaleyh talep ettiği takdirde tazminat itasına hükmolunmasına mani değildir.

İnzibatî tedbirlerin tatbik edilebilmesi, davaya taallûk etmekle beraber tarafların meşrû bir menfaatlerini himaye için mutlak suretde zarurî bulunmayan bir hakaretin mevzuu bahis olmasına vabestedir. Eğer muhakkak surette zarurî olan bir hakaret ise, yukarıda söylendiği üzere, haksız bir fiil ve bir suiistimal teşkil etmeyüp bir hakkın meşrû istimali olur ki hem cezaen hem hukukan mubah ve caiz bir fiil teşkil eder. Esasen kanun bu gibi ihtimalâtı göz önün-

[1] İtalyan Temyiz mahkemesi, 19 Kânunuevvel 1907 (ceza mecmuası LXVIII. sahife a736, numara 4).

[2] Manzininin zikredilen eserinin VII inci cildinin 306 ıncı sahifesine ve Leonardo'nun zikredilen yazısına (ceza mecmuası 1932, Numara 5, 6 sahife) müracaat.

1070

de tutarak inzibatî tedbirlerin tatbiki lâzım gelip gelmiyeceğini takdir salâhiyetini hâkime vermişdir.

Kanunun tatbikine müsaade ettiği tedbirler üç kısımdır: İnzibatî tedbirler, hukukî tedbirler, hakareti tazammun eden evrakın kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması;

A — *İnzibatî tedbirler:* - Bu tedbirle kendilerine tatbik edilecek kimselerin taraflardan veya vekillerinden oldukularına göre değişirler.

Taraflara tatbik olunacak tedbirler ceza M. U. K. nun duruşmanın inzibatına müteallik hükümlerile hukuk muhakemeleri usulü kanununun 70 ve 78 inci maddelerinde (muhakeme celseleri, zabıtlar, dosyalar) hakkındaki kısımda yazılıdırlar(Madde 149 – 150). Bunları burada birer birer saymağa mahal görülememişdir.

Vekiller hakkında da bu maddelerde yazılı inzibatî tedbirler tatbik olunur. Ve mahkemece kat'î lüzum görülürse başka bir vekil göndermesi lüzumu asîle tebliğ olunur. Vekil eğer avukat veya dava vekili ise bu tedbirlerden başka ayrıca Baro disiplin meclisince avukatlık kanununda yazılı disiplin cezaları tatbik edilir. Mahkeme avukatlık kanununda yazılı disiplin cezalarını kendisi resen tatbik edemez. Salâhiyettar merciden telep eder.

B — *Hakareti tazammun eden evrakın kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması:* — Evrakın kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması yalnız duruşmanın intizamını temine mâtuf bir tedbir değildir. Daha ziyade zazarlı, haksız bir fiilin, bir hakaretin neticelerinin devamına ve müteakiben diğer zararlı neticeler tevlidine mahal bırakılmasına mani olmak içindir.

Evrakın kısmen veya tamamen kaldırılmasını takdir hâkime aiddir. Evrakın heyeti umumiyesi hakareti tazammun ediyorsa veya heyeti umumiyesinden hakaret çıkıyorsa evrakın tamamının ortadan kaldırılmasını veya imhasını emreder. Yalnız bir kısmının kaldırılmasını kâfi görüyorsa onunla iktifa eder.

Hakareti tazammun eden evrakın kaldırılması veya imhası maddeten mümkün olmazsa (meselâ muhafazası zarurî resmî bir evrak ise) ne suretle muamele yapılacak? Bu hususda 486 ıncı maddede bir sarahat olmadığı gibi ceza muhakemeleri usulünde de buna dair bir hüküm yoktur. Bu hal göz önünde tutularak yeni İtalyan ceza kanununda (ortadan kaldırılması veya çizilmesi mümkün olmadığı takdirde verilen kararın bu evrakın üzerine kayıt ve işaret olunacağına) dair hususî bir fıkra konmuşdur. Ve ceza M. U. K. nunda da bu gibi

imha, iptal kararlarının sureti infazına dair hükümler mevcuttur. (Made 480-481)

Evrakın tamamen veya kısmen ortadan kaldırılması hakkındaki hüküm ancak 486 ıncı maddede zikredilen ve masuniyete tâbi olan hakaret ve söğmelere kabili tatbikdir. Yoksa her hakarete şamil değildir. Eğer masuniyete tâbi olmakdan başka bir sebeple beraet kararı verilmiş ise bu maddeye istinaden evrak tamamen veya kısmen ortadan kaldırılmaz.

Bu tedbirler ancak tarafların veya vekillerinin verdikleri evrak hakkında alınabilir. Maddenin sarahatine nazaran taraflara veya vekillerine ait olmayan (meselâ müddeiumuminin iddianamesi, talepnamesi gibi) evrak hakkında alınmaz.

Keza bu tedbir ancak mahkemeye tevdi edilmiş olup elde mevcut bulunan evrak hakkında tatbik edilebelir. Evrak mevcut değilse veya başkasından ise bunun zabıt ve müsaderesine karar vermek suretile evrakı ortadan kaldırmak emri verilmez. Fakat bu gibi hakareti mutazammın evrakı yedlerinde bulunduranlar müteaddit kimselerle ihtilât ederek neşrettikleri takdir hakaret ve söğme suçundan dolayı cezalandırılırlar.

Evrakın ortadan kaldırılması emri inzibatî mahiyette olduğundan hakkında hiç bir kanun yoluna müracaat edilemez.

C — Mütecavüzünaleyh için tazminat hükmalunması:—Hâkimin alabileceği tedbirlerden birisi tazminata hükmetmektir. Tazminata hükmedilebilmesi bu hususta mütecavüznaleyhin kendisinin veya vekilinin talepte bulunmasına bağlıdır. Bu talep şekle tâbi değildir, şifahî ve tahrirî olabilir.

Sardenya kanununun 580 inci maddesi mahkemenin davaya karar verdiği sırada elfazı tahkiriye sarf edenin talebi vuku bulmaksızın zarar ve ziyana mahkûm edebilmesine salâhiyet veriyordu. Kanunumuz, me'hazı olan İtalya ceza kanunu gibi tazminattan bahsediyor ve bunun için de mütecavüzünaleyhin talebi lâzım olduğunu söyliyor.

Bu şart ceza kanununun 38 inci maddesi hükmüne kıyas edilerek talep vuku bulmaksızın tazminata karar vermekten hâkimi men için konulmuşdur. Yeni İtalyan ceza kanunu ise (talep) şartını kaldırmış ve tazminat yerine (zarar ve ziyan) demişdir.

Kanunumuzun aslı olan 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun projesi gözden geçirildiği esnada tetkik komisyonunda tazminat hakkındaki hüküm ceza kanununa ait bir mesele olmadığından, doğru olmayan bir müeyyide bulunmadığından ve usule taallûk eden bir mesele olduğundan vesaireden bahsile tenkit edilmişdi.

1072

Evvelâ mademki cürüm ortadan kaldırılıyor, medenî haklara taallûk eden bir tazminattan ceza kanununda bahsedilmesi lüzumsuzdur; denilmiş isede burada hakikî ef'ali cürmiye vardır. Kanun cezadan muaf tutuyorsa da inzibatî tedbirleri ibka etmiştir. Bundan dolayı «ceza kanunu tazminat verilip verilmeyeceğini tayin edebilir» tarzında cevap verilmişdir.

Suç teşkil etmeyen bir fiilden dolayı nakdî bir ceza demek olan bir tazminattan ceza kanununda bahsedilmesinin tehlikeli bir yenilik olduğu hakkında yapılan diğer tenkide de burada mutazarrır olanın ancak mütecavüzünaleyh olup hukuku âmme olmadığını ve cemiyet müdafaa hürriyetini siyanet için tecziye hakkından vaz geçmekte isede mütecavüzünaleyhin bu tazminat hakkından mahrum edilmesinin doğru olmayacağı ve bahusus yedbir ihtiyarî olduğu için hal ve vaziyeti nazara alarak takdirde ihtiyatlı hareket edilebileceği cevabı verilmiştir.

Ve nihayet bu tazminata karar veren ağır ceza veya isitinaf mahkemesi ise karara karşı istinaf mercii ortadan kaldırılmış olacağından bu cihetin mahkemesinin hukuk mahkemelerine verilmesi daha muvafık olacağı da mütalâa kılınmış isede tahkir asıl davaya merbut olduğundan tazminat itasına lüzum olup olmadığının takdiri de ancak asıl davayı rüyet eden mahkemeye ait olacağı ve muhâkeme esnasında işlenen suçlar hakkında verilen kararlar da ayni halde olduklarından dolayı istinaf merciinin mefkudiyeti bu babta muhik bir sebep teşkil edemeyeceği cevabile bu fikir ve mütalâalar dahi reddolunmuştur. [1]

Bu komisyonda cereyan eden müzakerelerden anlaşıldığına göre evrakın kısmen veya tamamen ortadan kaldırılıp kaldırılmamasına ve nakdî tazminata hüküm edip etmemekte hâkime mutlak salâhiyet verilmiştir. Esasen madde de (emir ve hüküm edebilir) demektir.

Ne vakıt tazminat itasına karar verilecektir? Hakaretin vuku bulduğu ve talebin yapıldığı an ve celsede mi; yoksa asıl dava ile birlikde onun hitamında mı tazminata hükmolunacakdır? 486 ıncı madde bu hususda hiç bir şey demiyor. Aslı olan İtalyan ceza kanununun 398 inci maddesinde ise «dava hakkında karar verilirken» kaydı vardır. Bizim kanunumuza bu kaydın alınmamış olmasına ve maddenin şekli tahririne göre asıl davanın hitamını beklemeksizin tazminat itasına hükmedilirse kanuna aykırı bir kareket olmaz. Mamafih tazminat itasına ara kararile hüküm vermekten ise davanın hitamını bekleyip birlikde hükmetmek daha muvafık olur. İtalyan kanu-

[1] Tetkik komisyonunun zabıtlarının 667-668 inci sahifelerindeki komisyon reisile Costa, Nocito, Elero; İngilileri'nin tenkid ve cevapları.

nundaki bu kayıt, (1859 tarihli kanunda «Madde 580» ve 1887 tarihli projede «madde 376» böyle bir kayıt yokdu) ara kararı verirken tecavüzat hakkında hüküm edebilmek ihtimalini izale etmek mülâhazasıyle konulmuşdu. Yeni İtalyan kanununda bu kayıt muhafaza edilmişdir.

İnzibatî tedbirleri almak ve tazminata hükmetmek vazifesi hangi mahkemeye aittir? Bu bapta vazifedar olan mahkeme asıl davayı gören mahkemedir. Mahkemenin her hal ve safhasında inzibatî tedbirler alınabilir. Ve evrakın ortadan kaldırılmasına emir verilebilir. Yukarıda işaret edildiği veçhile asıl davanın hitamını beklemeksizin tazminata da hükmolunmasına bir mani yokdur. Asıl davayı görmekte olan her mahkeme (hukuk, ticaret, ceza davalarını gören sulh, asliye mahkemeleriyle Temyiz mahkemesi ve idarî mahkeme) bu tedbirleri ara kararile veya davanın hitamında hüküm ile beraber tatbikine karar verebilir.

Arzına hacet yokdur ki tazminat talebi esas itibarile haksız fiilden mütevellit bir hukuk davası olduğu cihetle bunun rüyeti hukuk mahkemesine aittir. Fakat istisnaen kendi huzurunda elfazı tahkiriye sarf edilmiş olan mahkemeye de tazminata hükmedebilmek salâhiyeti verilmişdir. Bu itibarle masuniyete tâbi bir hakarete mâruz kalan kimse doğrudan doğruya hukuk mahkemesine giderek tazminat davası açabilir. [1]

---

[1] Tatbikatta tesadüf edilen bir hadise: Asliye mahkemesinde bir dava görülürken taraflardan birisi 486 ıncı maddenin şumülüne giren bir tecavüze mâruz kalıyor. Mütecavüzünaleyh davayı gören hâkimden tazminat talep edeceği yerde sulh hâkimine giderek şahsî dava açıyor ve mütecavüzün cezalandırılmasını ve tazminata hükmedilmesini istiyor. Sulh hâkimi de, tecavüz bir dava görülürken vukubulduğu için beraet kararı veriyor. Fakat tazminata hükmediyor. Ve temyiz mahkemesinin dairei hususiyesi de bu kararı tasdik ediyor. Başmüddeiumumilik bu tasdik kararı alayhine sulh hâkiminin bu davayı görmeğe salâhiyetli olmadığından, vazifeli mahkemenin elfazı tahkiriye huzurunda sarf edilmiş olan ve asıl davayı görmekte olan asliye mahkemesi olduğundan bahsile itiraz etmişdir. Bu yazı yazıldığı sıralarda Ceza Hey'eti umumiyesince bu baptaki tedkikat ikmal edilmediği cihetle neticesi anlaşılamamışdır.

1074

No: 96

Hukukda "positivisme„ veya Duguit'nin hukuk telâkkisi

Yazan: *Rasih YEĞENGİL*
Ankara Sulh Hâkimi

Hukuk felsefesinde müstakil bir sistem yaratan Duguit'nin hukuk positivisme'i (positivisme juridique) hakkında yazılan kritik eserlerden de istifade ederek bu büyük hukukçunun felsefî sistemine dair bir kalem denemesi yapmak istiyoruz. Duguit'nin hukuk telâkkisi ilmî sahada büyük bir mevki işgal eylediği gibi, tesiri her memlekette ve hukuk ilminin her sahasında kendisini göstermiştir. Duguit, hukukun ilmî bir nazariyesini yani, sırf içtimaî fiillerin müşahede ve tetkikine istinat eden hukuk nazariyesini kurmak istedi. İlme tamamiyle aykırı olan her türlü metafizik ve faraziyatı (fiction) reddederek âlemşümul olan içtimaî tesanüt «solidarité sociale» vakıasından hareket etmek suretile hukuku, temamen tecrübî bir esas üzerine istinad ettiriyordu. Duguit nazariyesini şöyle vazediyor.

Enfusî nokati nazar, hukukun esasını halle kâfi değildir, onun için hukuk meselesini tetkik ederken afakî «objektif» olan yolu takip edeceğiz. Şurası bedihîdir ki, insan kendi hareketlerini vicdanile idrâk eden bir varlıktır, ve münzevi olarak değil, ancak cemiyet halinde yaşar ve daima böyle yaşamışdır. Bu esas vazedilince, cemiyet dahilinde yaşayan insan için riayeti mecburî bir kanunun lüzumu ve keza bu kanunun vasıf ve mahiyeti kendiliğinden tebarüz eder. İnsanın içtimaî bir varlık olduğunu ve ancak cemiyet dahilinde yaşayabileceğini iddia etmek, içtimaî bir kanunun mevcudiyetini iddia etmek demekdir. Bu, kablî «à priori» bir iddiadan, metafizik bir itikatdan ibaret değildir. Çünkü o içtimaî kanun, vakıaların müşahedesine insanın uzvî ve ruhî teşekkülâtına istinad eder. Bu kanunun vasfı mümeyyizini tayin eden şey, insanın fiil ve hareketlerini vicdanen müdrik olması ve muayyen sebepler altında hareket etmesidir. Esbabı muayyeneyi insanın serbestçe intihap edüp etmemesi, insanın şuurlu bir mahlûk olmasına ve kendisini arzu ve amele sevk ve

1025

imâle eden saiki vicdanen müdrik bulunmasına tesir etmez. İnsanın bu iradesinin serbest olduğunu iddia edenler olduğu gibi, vakıalar ve uzvî ve fiziyolojik sebepler tahtında muayyen olduğunu ileri sürenler de vardır. Ne olursa olsun doğrudan doğruya tecrübe ve müşahedeye müsteniden emin olduğumuz bir şey varsa o da faaliyeti insaniyenin bir gayenin illeti meş'uresi suretinde tecelli etmesidir. İnsanın failiyeti iradiyesi, şuurlu olarak bir gaye takibeden bir kuvvettir, ve insanın her fiili, illeti failiyesini «Cause efficiente» kendinden alır gibi tezahür etmektedir. İşbu fiil, birçok gayri me'şur vakıaların şartıdır, lâkin illeti kendinde, yahut bir fiili irade ifa eden insanın vicdanı müdrikinde bulur. Bu esas vazedilince, mademki mevcudiyetini tasdik ettiğimiz içtimaî kanun insanın şuurlu ve iradî olan fiillerine tatbik ediliyor, o halde bu bir illet kanunu değil ancak bir gaye kanunu, insanın failiyeti iradiyesini idare ve tahdit eden bir arzusunun gaye ve mevzuunu tesbit eyleyen, bazı fiilleri men, ve bazılarını emreden bir kaide, bir düstur olabilir. İçtimaî düsturun mevzuu insanın yapmağa, yapmamağa mecbur olduğu fiileri tayin ve tahkikten ibarettir. Buradaki mecburiyet, içtimaî bir mecburiyettir, yani ifa edilmeyecek olursa hey'eti içtimaiyeyi teşkil eden anasır içinde bir ademi tevazün ve binnetice içtimaî bir aksülâmel vücude gelir. Bu düstur, esası, mahiyeti ve mevzuu itibarile tek bir kaidedir, fakat husule getirdiği aksülâmellere göre üç nevi içtimaî düstur «norme sociale» mevcuttur: İktisadî (économique), ahlâkî (moral), hukukî (juridique).

İktisadî düstur (norme économique), servetlerin istihsal, tedavül istihlâkine taallûk eden insanın bütün fiillerini tanzim eder. İktisadî düsturun ihlâl edilmesi, ancak servete ve onun istihsal ve istimaline münhasır içtimaî bir aksülâmel « réaction sociale » tevlid eder. İktisadî düsturun esası tesanüt vakıasına istinad eder, buna kimse itiraz etmez, çünkü bunun temamen farazî (itibarî) « hypothétique » bir emri ihtiva edebileceğini herkes kabul eder.

Eğer servetini kaybetmek istemiyorsan şu veya bu suretle hareket etmeğe mecbursun, fakat servetini kaybetmemek hususunda arzu beslemeğe seni kimse icbar etmez.

Ahlâkî düstura (norme morale) gelince bu, eyi ve fena kıstaslarına göre kat'î şekilde memnu ve mubah olan şeyleri gösteren bir düsrur değildir. Bu, her hangi bir medeniyet derecesine yükselmiş olmakla beraber âmmenin istihza ve takbihine mâruz kalmakdan ibaret olan muhit aksulâmeline «reaction du milien» kıymet verildiği muayyen bir içtimaî muhit dahilinde mütekevven bir örf kaidesi (règle de moeurs,) bir hareket tarzıdır. Modaya uygun olarak giyinme-

1076

yenleri tâyib ederler. Tesanüd vakıası buradaki düsturda izah edebilir. Çünkü bu düstur, kat'î bir mahiyeti olmayup sırf itibarî olan bir mecburiyeti ihtiva etmektedir. Hiç kimse modaya göre geyinmeye icbar edilemez.

Hukukî düstur «norme juridique» ise, ihlâl edildiği takdirde, idare edenlerin gruplaşmasından teşekkül eden Devletin inhisarı altındaki kuvvetin istimalinden ibaret olarak içtimaî zecrin «contrainte sociale» bir aksülâmel mahiyetinde tezahür etmesile muttasıfdır. Hukukî düsturda, diğer iki düsturdaki gibi bizatihi ihtiyar yokdur, muhtevası daima, ya ahlâkî veya iktisadî bir kaidenin muhtevasından ibarettir, yalnız bunda fazla bir unsur vardır: o da, ihlâl edildiği takdirde, idare edenlerin haiz oldukları kuvvetin harekete geçmesidir.

İşte bu tenkil keyfiyetine teşkilât altına alınmış müeyyide «sanction organisée» denir.

Hukukî kaidenin mevzuunu teşkil eden iktisadî veya ahlâkî kaideler, tesanüd vakıasından başka bir şeyin yardımına lüzum olmaksızın mecburî mahiyeti haizdirler, çünkü bu kaideler, ancak itibarî bir emri «impératif hypothétique» ihtiva ederler. Bunlar hukukî kaide mahiyetini iktisab edince yani, teşkilât altına alınmış bir müeyyideyi haiz olunca, mecburiyyürriaye olmaları için başka şeylere niçin ihtiyaç hissetsinler, Hukukî kaidenin emrî oluşu da itibaridir. Eğer, ferd ona riayet etmezse idare edenlerin tenkiline mâruz kalır. Fakat hiç bir şey onu cezadan içtinab etmek arzusunu taşımağa icbar etmez. Eğer kategorik bir emri ihtiva eden iyilik mefhumuna müstenid hakikî mülâhazaları bir tarafa bırakılacak olursa hukuk kaidesinin bu gibi bir ahlâk kanunundan hiç farkı kalmaz.

Bunun böyle olduğu kabul edilince, iktisadî bir kaidenin veya bir örf kaidesinin ne zaman bir hukuk kaidesi mahiyetini iktisabedeceğini bilmek meselesi kalır. Acaba bilfiil bir müeyyide altına alınınca mı? Eğer öyle ise müeyyideyi teşkilâtlandırmak ancak idare edenlerin yapabileceği bir iş olduğundan içtimaî bir kaideye mecburî bir hukuk kaidesi vasfını bahşetmek Devletin mümessillerine hâsdır, başka bir ifade ile, hukuku yaratan Devlettir. Devletci nazariyeler, hukukun esasını böyle kabul ediyorlar. Hukuk kaidesinin Devlet tarafından vazedilen kanundan ibaret olduğunu iddia ederler.

Duguit, sosyolojik bir müşahedeye istinaden buna şöyle cevap veriyor: İdare edenlerle idare edeneler arasında hiç bir siyasî fark mevcut olmadığı yani, Devlet vakıası tezahür etmediği halde bir hukuk kaidesi

mevcuttur denebilecek şekilde tecavüzün faillerine karşı ânî bir aksülâmel mahiyetinde tezahür eden ve teşkilât altına alınmış bir müeyyideye delâlet eden kaidelerin mevcut olduğu iptidaî şekildeki gruplaşmalar vardır. İşte bunların mevcudiyeti buna kâfi bir cevap teşkil eder.

Duguit, Devletci doktrinerlerin, hukukun Devlet tarafından yaratılmasından doğacak mahzurları bertaraf etmek için Devletin kendi kendini tahdit edebileceği yolundaki iddialarını da kabul etmiyor. Duguit'e göre iktisadî bir kaidenin veya bir örf kaidesi bir hukuk kaidesi haline inkilâbetmesi için bu kaideyi müeyyide altına almak hususunda kollektif kuvvetin müdahalesi herkese tabiî ve meşrû görünecek derecede bunun içtimaî hayat için ehemmiyetli olduğunun ruhlar kütlesinde canlanması lâzımdır. İdare edenlerle idare edilenler arasında fark hasıl olunca kollektif kuvvetin bu müdahalesi yerine mütemeddin Devletlerde içtimaî zecrî «contrainte sociale» in hisar altına almış olan idare edenler zümresinin müdahalesi kaim olur. İşte hukuk kaidesi, ferdî şuurlar kütlesinin büyük kısmında nümayan olduğu ândan itibaren, isterse fîlen müeyyide altına alınmamış olsun, gene mevcuttur denilir. İçtimaî bir kaidenin müeyyide alınması lüzumuna dair olan bu kanaat, insandaki iki mühim hissin tesirinden doğuyor, bu da tesanüd ve adalet hisleridir.

Ferdler, her şeyden, evvel kendilerini cemiyet halinde yaşamağa mecbur eden rabıtanın, tesanüd vakıasının hissini taşırlar, bu onların içtimaîlik hislerini teşkil eder. Ferdler, muayyen bir zaman dahilinde haiz oldukları tesanüd hissine göre, bu tesanüdün idamesi için içtimaî bir düsturun lüzumlu olduğuna kanî olunca bu düsturun içtimaî zecir vasıtasiyle müeyyide altına alınmasını isterler.

Şimdi Duguit'nin Devlet Telâkkisini tetkik edelim. Duguit, her türlü faraziyelerden müstakil olmak ve metafizik mefhumlardan uzak kalmak suretiyle bir Devlet nazariyesi kurmağa çalışdı. İnsanlar cemiyet dahilinde yaşarlar, birbirlerine tâbi ve mütesanitdirler. Ancak müşterek bir hayat sayesinde tatmin edebilecekleri müşterek ihtiyaçları mevcut olduğu gibi mütekabil hizmet mübadelesi sayesinde tatmin edebilecekleri birbirine benzemiyen ihtiyaçları da vardır. Beşeriyetin terakkisi, ferdî faaliyetin bu iki muhtelif istikametteki mütemadî inkişafı ile temin edilmiştir. İnsan cemiyetin sinesinde işgal ettiği mevki dolayısile bu terakkiye iştirâk etmek mecburiyetindedir, çünkü bu suretle hareket etmek sayesinde kendi şahsiyetni tebarüz ettirir.

Hadisatın kudreti daimesinden ve bir hareket kaidesi doğarki biz buna hukuk kaidesi diyoruz. İnsan, tâbi bulunduğu tesanüdü

1078

ihlâl etmeyecek şekilde harekete mecburdur, hattâ içtimaî tesanüdün tabii olarak inkişafı için lâzımgelen herşeyi yapmak zaruretindedir. Şüphesiz hukuk kaidesi muhtelif şahıslara muhtelif vazifeler tahmil eder: Bir polis memuru ile bir profesörün vazifesi aynı değildir, binnetice bunların içtimaî hayata olan yardımları da mütehaliftir, ve içtimaî hayat şartları değişmekte olduğu için bu yardım da daima aynı olarak kalmaz. Fakat, daimî olan muhteva, tahmil edilen vazifenin müsbet ve menfî, cebheleri hiç değişmez.

Devlet, içtimaî tesanüdü tahkik ve takviye etmeğe çalışan insanların bir topluluğundan ibaret olduğu için hukuka nazaran müteal olarak kabul edilemeyeceği cihetle hukuk kaidesinin bu daimî muhtevası bizzat Devleti de tahdid eder. Ve filhakika bir cemiyeti idare edenlerin bu vadide hususî bir vazifeleri bulunduğu iddia edilebilir, çünkü onlar, idare edilenlerin haiz oldukları yardım kudretinden daha vâsî bir kudrete malikdirler. Bu telâkkiye göre Devlet, diğer fertlere emirler veren fertlerin topluluğundan ibarettir. Bunların iktidarı mahduttur. Her türlü tasarruf ve hareketlerile içtimaî tesanüde yardım etmek vazifesile mükellefdirler. Muhtevası teşriî mevzuatı teşkil eden iradeleri cemiyetin gayelerine muhalif olarak izhar edemezler. Bu mükellefiyete tebean, insanların müsavatına riayet etmeğe mecburdurlar. İnsanın yaşamak ve geçinmek hususundaki haklarını tanımak zaruretindedirler. İnsanların, içtimaî tesanüde yardım edebilmeleri için lüzumlu olan söz, mülkiyet ve içtima hürriyetlerine tecavüz edemezler. Hukuk kaidesi, bir kelime ile içtimaî tesanüdün en eyi şekilde tahakkuku hususuna vatandaşlardan her hangisinin bütün kabiliyetlerile yardım edebilmesini mümkün kılacak vasıtaları temin etmek vazifesini Devlete tahmil eder. Bu mükellefiyet dolayısiledir ki Devlet, kendisinden beklenen gayenin tahakkuku hususunda kuvvet istimaline salâhiyetlidir.

Carî hayat, içtimaî tesanüdün icapları dahilinde bir hareket kaidesini istilzam eder bu kaideyi tahakkuk ettirmek Devletin vazifesidir. Devlet, süphesiz ki bu kaidenin dûnundadır, başka bir ifade ile Devlet hukuk ile mukayyetdir, ve tarifi itibarile de bir gaye değil bir vasıtadır. Bu sebepledir ki, Devlete hâkimiyet ve şahsiyet izafe edilemez. Devletin fiilleri, nazırların emirlerini yerine getirmek hususunda memurların yapmış olduğu fiillerden ibaretdir. Gerçi diğer vatandaşlara nazaran memurların salâhiyetleri daha genişse de bu hâl onların fiil ve hareketlerinin mahiyetini değiştirmez. Onların tahakkuk ettirmeğe çalışdıkları gayenin meşruiyeti bu gayenin hukuk kaidesine uygun olmasına bağlıdır.

1029

Hâkimiyet, esasını tahkike lüzum olmaksızın, Devletin cemiyet dahilinde yüksek bir vecibe olarak kendi iradesine hörmet ettirmek salâhiyeti diye tarif edilebilir. Hâkimiyet, hiçbir hudut ile mukayyet olmaksızın emir verebilmek iktidarıdır. Duguit, bir cemiyet dahilinde herhangi bir hukukun mevcudiyetini inkâr ediyor ve hak yok vazife vardır diyor. Her birimiz, cemiyet dahilindeki vaziyetlerimizden doğan bir takım (fonction) larla mükellefiz. Hukuk kaidesi bu (fonction) ları ifa etmemizi emreder. Hâkimiyet, onu icra edenlerin iradelerini gayri mes'ul ve gayri mahdut oluşunu icabettirir, halbuki hakikatte tahakkuk ettirmeğe çalışdıkları gaye ile mahduttur. Onların iktidarı ifa edecekleri (fonction) larla muayyendir. Ve bundan ileri gidemez. Her iktidar gibi bu da hukuk kaidesine tâbidir.

Devlet ne gibi bir (fonction) ifa eder? İçtimaî tesanüd ihtiyaçları hususundaki tecrübelerimizin zenginleştiği nisbette kuvvetlenip tenevvü eden ve çoğalan içtimaî ihtiyaçlarımızı tatmin eder. Devlet nazariyesi, içtimaî ihtiyaçlar mefhumunda mündemiçdir, bu da, bütün memurların kendilerine mahsus yani, içtimaî tesanüdü takviye eden iş bölümü dolayısile kendilerine terettüb eden içtimaî (foncfion) ları ifa etmelerinden ibarettir. Bundan iki netice doğar: 1 — Devlet, alelâde bir vatandaş mertebesine irca edilmiştir. Çünkü her ikisinin de hareketleri objektif bir hukukla mukayyettir. 2 — Hukuku âmme ile hukuku hususiye arasında hiç bir fark kalmamıştır, çünkü her ikisi de ayni bir objektif hukukun kıstasına göre ölçülür. Bu irca keyfiyeti, Devletin kendi tasarruflarından temamile mes'ul olmasını icap ettirir. Bir âmme tasarrufunun meşruiyeti, âmme menfaatı namına bu tasarrufdan doğan neticelerin bunları elde etmek için sarfedilen gayrete muadil olmalarına vabestedir.

Duguit, telâkkisinin hukuku hususiye sahasındaki akislerine de şöyle bir göz gezdirelim. Yukarıda da söylediğimiz gibi Duguit, hukuku âmme ile hukuku hususiye arasında bir fark gözetmez. Onun nazarında hukuk, içtimaî bir ilim olduğu için tabiî ilimlere tatbik edilen usulün, yani müşahede usulünün hukuka da tatbik edilmesi lâzımdır. Duguit, nin kabul ettiği şe'niyet, maddî ve mahsus olan şe'niyettir. Bu itibarla Duguit pozitivizmi basitleştirilmiş ve değiştirilmiş bir «sensualisme» den başka bir şey değildir, ve realistliği de bir nevi nominalistlikten başka bir şey değildir. Duguit'nin metodu şöyle hulâsa edilebilir: Evvelâ, iktisadî ve içtimaî hayatın tekâmül tarzına ve kanun ve içtihatların kabul ettikleri esaslara müşahede usulünün tatbik edilmesi, sonra, ilmî müşahedeye tâbi tutulmuş olan hâdiselerin terkibinden vücude gelecek yeni (conception) ların

1080

mezcü telifi, işte bu usûl sayesinde Duguit, muasır hukukun tarihçesi ve yeni hukukî nizamın bir mimarı olarak ortaya çıkar. Muasır hukukunun bir tarihçesi olmak itibarile Duguit, iktisadî hayatın mukavele sahasından ayrıldığın tebarüz ettiriyor. Halbu ki, 1804 Code Civil'i, ferdî hâkimiyete ancak bir mukavele münasebetile izhar edilmiş olan ferdî iradenin tahdid vazedebileceği esasını kabul ediyordu.

Bu gün Devletin, ve birlikleri vasıtasile zaiflere yardım etmek gayesini güden ve kollektif mukavele «contrat collectif» denilen tasarruflarla ferdî mukavelelerdeki tarafların iradesini ref eden sendikaların ve diğer teşekküllerin hukukî tasarruflar sahasındaki müdahalesi gittikce artmaktadır. Duguit telâkkisi bu cereyanda bir meşale vazifesini görmüştür.

Duguit, hukukî tasarrufların doğurdukları neticelere göre üçlü bir tasnife tâbi tutuyor: Kaide - tasarrufları «actes - règle», şart - tasarrufları «actes - conditions» ve enfüsî tasarruflar «actes subjectif». Kaide tasarrufları «actes - règles», kanun gibi, âfakî ve umumî bir vasfı haizdirler. Bunları, muayyen bir veya müteaddit kimselerin vaziyetine doğrudan doğruya taallûk etmeyüp bir teşekkülün bilâ tefrik bütün uzuvları hakkında carî olan ve tanzimi vaziyetler doğuran tasarruflardır. Enfüsî tasarruflar «actes - subjectifs» ise bilâkis, bey'i icar ve ferdî iş mukaveleleri gibi tamamile ferdî hukukî vaziyetler doğruran tasarruflardır. Bu iki sınıf tasarruflar arasında şart - tasarrufları «actes - conditions» vardır ki, muayyen ferdlere, izdivaç gibi umumî bir vaziyeti hukukiye izafe eder. Karı, koca vaziyetini tevlid eden izdivaçta nesebin tashihi, evlilik haricinde doğan çocuğun tanınması şartlarını alâkadarlar değiştiremezler. Şart-Tasarruflar «actes-conditions» hem enfüsî «subjektif» ve hem afakî «objectif» dirler, çünkü bazı kanunî hükümlerin muayyen bir ferde tatbikini istilzam ederler. Duguit, mülkiyete izafe ettiği hukukî mefhum sayesinde kanun ve içtihatların vardığı neticeleri telif etmek istiyor. Onun nazarında mülkiyet, malikin enfüsî bir hakkı değil ancak umumun menfaatı için en eyi randman verecek tarzda idare edil mesi zarurî olan surette zilyed bulunan kimsenin içtimaî bir fonksiyonudur. Duguit, mutlak mülkiyet «propriété obsolue» fikri yerine kaim olan fonksiyon mülkiyet «propriété fonction» mefhumunun mucidi değildir. Duguit, sosyalist doktrinden de istiane etmemişdir, çünkü, Gurvitch'in dediği gibi Merte'in sosyalizmi mülkiyetin mâhiyetini tâdil hususuna ehemmiyet atfetmemişdir, yaptığı şey, mülkiyetteki sahibi hakkın tebdili mevki etmesine, ferdî malik yerine kollektif malikin yani Devletin ikame edilmesine münhasır kalır. Duguit kendisinin de itiraf ettiği veçhile bu hususlar Duguit, Com-

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA

te'dan mülhem olmuştur.

Normal bir cemiyet dahilinde her hangi bir vatandaş hakikî bir âmme memuru mevkiindedir. Haiz olduğu salâhiyetler hem vecibelerini ve hem de mutalebelerini tayin eder. Şüphesiz bu âlemşümul prensip her neslin müteakip nesillere devredeceği sermayeleri vücuda getirmek ve onları idare etmek hususunda pozitivizmin içtimaî bir fonksiyon olarak telâkki ettiği mülkiyete de şâmildir. Duguit'nin öne sürdüğü mülkiyet — fonksiyon «propriété — fonction» telâkisinin menşeini Auguste Comte da arayamayız. Başka bir kisve altında bu telâkkiyi Saint Thomas d' Aquelin de bulabiliriz. Thomas'ya nazaran ferdî mülkiyet tahsis edilmiş olan emvalde insanın muhakkak riayete mecbur olduğu müşterek bir maksadı tahsis mevcuttur. Bu itibarla mülkiyet nefi âmme hâdimdir, fonksiyon sosyal fikri burada tebarüz ediyor. Fakat bu fonksiyon Duguit'nin kabul ettiği fonksiyon gibi bütün mülkiyeti içine almaz. İlâhî nazariye taraflarına göre mülkiyet sade içtimaî bir fonksiyon değildir, anyi zamanda subjektif hukuka sahip olan malikin ferdî menfaatına hâdimdir. Halbuki Duguit, bu subjektif hakkı reddediyor, binnetice mülkiyet de bir hak olmakdan çıkıyor. Duguit'ye nazaran mülkiyet yani subjektif hak, modern pozitivizme tamamile zıd olan metafizik bir terakkiden başka bir şey değildir.

Duguit telâkkisinin hukuku âmme ve hukuku hususiye sahalarındaki akislerini bu suretle tetkik ettikten sonra şimdi de Duguit'nin hukuku âmme ve hukuku hususiye tefrikine bir göz gezdireceğiz; hukuku âmme Devlete tatbik olunan, Devletin teşkilâtını tayin ve diğer eşhas ile münasebetlerini tanzim eyleyen kaidelerdir. Romalılar zamanında Ulpien ve Justinien tarafından ifade edilmiş olan bu fark bir teamül halinde bize kadar intikal etmişdir. Şüphesiz ki, bâkimiyet ve devletin şahsiyeti hâkimesi mefhumları kabul edilecek olursa hukuku âmme ile hukuku hususiyenin bu tefriki pek esaslıdır. Çünkü hukuku âmme hâkim bir şahsa ve hukuku hususiye hâkimiyeti haiz olmayan bir şahsa tatbik olunur. Burada hukuku âmme için bir mes'ele mevzuubahisdir ki bu, hukuku hususiye için varid değildir. Bu mes'elede, yukarıda temas ettiğimiz veçhile hâkim bir şahsın hukuka tâbiiyeti, Devletin hâkimiyetinin hukukan tahdididir. Bu mes'ele karşısında, hukuku âmmenin esasını hukuku hususiyeninkinin ayni olup olmadığı ve hukuku âmmenın tarzı teşekkül ve tekâmülünün hukuku hususiyenin teşekkül ve tekâmülüne benzeyip benzemediği düşünmeğe değer. Eğer hâkimiyetin bir hak olarak mevcudiyeti kabul edilecek olursa enfüsî hukuku hususiyenin mâhiyetinin dahi enfüsî hukuku âmmenin yani enfüsî hukuk hâkimiyetinin ve, gerek doğru-

1082

dan doğruya ve gerekse bilvasıta buna merbut olan bil'umum hukukun mahiyetinden farklı olması lüzumu kendiliğinden tezahür eder. Bunun neticesi olarak en başda Devlet olmak üzere, hakkı hâkimiyetten doğan bir hakka sahip olan bütün fertler, hususî enfüsî hukuka sahip olan fertlerin haiz olmadıkları bir sıfata malik olurlar. Eğer Devlet emretmek kudreti olan hâkimiyete sahip bir şahıs ise, eğer umumî sıfatını alan ve Devletin bir nevi şubesi gibi ve hâkimiyetle az çok alâkadar olan enfüsî hukuku âmme sahipi eşhas mevcut ise Devletle bu kabil eşhası umumiye ve eşhası hususiye arasında tevellüd eden münasebetler, eşhası hususiyenin kendi aralarında tevellüd eden münasebetlerden farklıdır. Bu münasebetler, gayri müsavi şahıslar beyninde tekevvün ettiği ve bunlardan biri diğerine faik olduğu için hukuku hususiye münasebetlerinden mâdut değildirler. Çünkü hukuku hususiye münasebetleri, biri diğerine faik olmayan müsavi eşhas beynindeki münasebetlerden ibarettir. Bu itibarla şu mantıkî neticeye varılır ki, hukuku âmme tasarruflarile hukuku hususiye tasarrufları ayni vasfı haiz olmazlar, binnetice hukuku âmme ve hukuku hususiye akitleri diye bir fark doğarak bunlardan birine tatbik olunan kaidelerin diğerine tatbik olunmaması lâzımgelir. Bu tarzı kabule göre, hukuku âmme ile hukuku hususiye arasında tam ve derin bir fark mevcut olurdu. Bu iki hukuk ayni esası haiz olmazlardı, tarzı tekâmüllerile sureti teşekkülleri muhtelif olurdu. Hukuku âmme ve hukuku hususiye şahısları mevcut olur ve Devlet bazan bir hukuku âmme şahsı, bazan da bir hukuku hususiye şahsı mevkiinde bulunurdu. Devletin hangi sıfatla hareket ettiğini, ve umumiyeti itibarile bir hukuku âmme şahsı karşısında mı, yoksa bir hukuku hususiye şahsı karşısında mı bulunduğunu araştırmak iktiza ederdi; hulâsa, biribirinden farklı ve ayrı kaidelere tâbi iki nevi hukukî tasarruf mevcut olurdu

Böyle bir telâkkiye karşı ne kadar hücum edilse haklıdır. Bu telâkki şe'niyete mugayirdir, bunun gayesi, hiç olmazsa zahiren, Devletin kudreti tammesine bir hukukî esas temin etmekden ibarettir. Bu cihetten husule getireceği neticeler çok tehlikelidir. Devletin şahsiyetini inkâr ettiğimiz için hâkimiyeti haiz bir şahsiyeti müştereke ile bunun iradesine tâbi fertler arasındaki münasebetlere tatbik olunan bir kaidenin efradı hususiye beyninde carî münasebetlere tatbik olunacak kaideden esas ve mevzu itibarile farklı olacağını kabul edemeyiz. İdare edenlerin, idare olunanlardan başka bir asıldan olmaları hiç bir suretle izah olunamaz. Bunlar da birer fertdirler ve fertler gibi içtimaî tesanüd rabıtasile bağlı ve cemiyetin bil'umum

1083

âzası gibi, muayyen bir devrin insanlarının bu tesanüd hakkında malik oldukları vicdan üzerine müesses kaidei hukukiyeye tâbidirler. İdare edenler için mecburiyyürriaye olan hukuk kaidesi, idare olunanlar için mecburiyyürriaye olan hukuk kaidesinin aynidir. İdare edenlerle idere olunanlar arasındaki ve keza idare olunanların yekdiğeri arasındaki münasebetlere bir tek ve ayni hukuk kaidesi tatbik olunur.

Bu suretle Duguit doktrininin umumî bir çerçevesini çizmiş oluyoruz. Duguit'nin yukarıda bahsettiğimiz adalet ve tesanüd hislerinden neyi kasdettiğini yani hukûkun menbaı olarak telâkki ettiği bu iki «conception» nun mahiyetlerinin ne olduğunu tetkik edelim: Duguit'ye göre hukuku ihdas eden menba vicdanın iki hâletidir ki; birisine tesanüd hissi «le sentiment de la solidarité» diğerine adalet hissi «le sentimet de la justice» diyor. Bu iki unsur birbirlerile memzuçdurlar, fakat tahlil onları ayırır. His, diyorum çünkü, mefhum «notion", fikir «ideé» ve tasavvur" «conception» kasdettiğim manayı tazammun etmezler. Tesanüt hissi, iktisadî bir veya ahlâkî kaideye riayet ve hukukî vasıtalarla vacibürriaye kılınmadığı takdirde temamiyeti içtimaîyeyi idame tesanüd rabıtasının kırılacağı hakkında aile ve millet gibi bir hey'eti içtimaiye dahilinde yaşayan insanlarda hasıl olan hisdir. İhlâl edilmesi halinde içtimaî tesanüdün haleldar olmasını intaç edeceği bissolunan iktisadî ve ahlâki kaideler her zeman ayni değildir. Fakat bazı kaideler için bu his mevcuttur, ve fikirlerin mecmuunda mevcut olduğu zaman bu kaide hukukî bir düstur sıfatını ihraz eder. Her zaman bu sıfat altında tezahür eden kaideler ayni değildir. Şerait daima tahavvül eder, muayyen bir zamanda, muayyen bir muhit içinde bu sıfatı haiz olan kaideler, diğer bir zamanda, başka bir muhitte bu sıfatı haiz olmayabilirler. Bir kaideye verilmesi lâzımgelen içtimaî zecir kuvvetinin lüzumunu efkârı umumiyenin ne zeman idrâk ettiğini tayin etmek müşküldür, fakat gayri mümkün değildir. İşte hukukşinasların vazifesi bu zamanı tayin etmek ve tabiî ilimlerde olduğu gibi içtimaî ilimler sahasında da fennî usûl olan müşahede «observation» usulü ile meydana çıkarmaktır. Bu zaman, bir kaideya riayet, içtimaî tesanüdün idamesine bu kaidenin zecir kuvvetile teyidini talep edecek derecede esaslı bulunduğunu efkârı âmmenin hissettiği ândır. İşte o zeman bu kaide muayyen bir hey'eti içtimaiye için bir hukuk kaidesi halini alır. Hukuk kaidesine vücut veren unsurlardan ikincisi adalet hissi «le sentiment de la justice" dir. Adalet hissi, muayyen bir zamanda, muayyen bir hey'eti içtimaiye dahilindeki insanların bir şeyin haklı veya haksız olduğuna dair az çok müphem bir suretle hasıl ettikleri mefhumdan ibarettir. Haklı ve haksızlık mefhumları sonsuz bir tehalüf arzederler, fakat bu mef-

humlar insan tabiatının müstemer bir unsurunu teşkil ederler. Bunlar her zamanda ve medeniyetin her derecesinde, en âlim ve en cahil bil'umum insanların ruhunda meknuzdurlar. Hulâsa, edalet hissinin mevcudiyeti, inkâr edilmez bir vâkıadır. Adalet hissi fazla rencide edildiği nisbette kuvvetli olarak kendini gösterir. Hukukun, adalet ve tesanüd gibi muzaaf bir esasa istinad ettiği müsbet bir vâkıadır, bir veçhî itibar değildir. İnsan içtimaî bir varlık olduğu için diğer fertlere merbutiyet hissine malikdir, işte bu tesanüd « solidarité » hissidir. Fakat ayni zamanda, bir nevi muhtariyate de malik olduğunu hisseder, benliğinin şuuruna sahipdir, yani bir « égoisme " e sahipdir. İşte adalet hissi bu egoizmin devamınadan ibaretdir. Adalet insan tabiatına hâs olan bir hisdir. İnsanın failiyeti, içtimaî tesanüd ve ferdî muhtariyet hisleri gibi muzaaf bir hissin tesiri altındadır. Ferdî muhtariyet hissi adalet hissini teşkil eder. Bunun ihlâli aynı zamanda tesanüt hissinin de ihlâli demek olacağından cemiyet böyle bir fiilin faili aleyhine kıyam eder. Bu suretle hukukî bir düsturun mevcudiyeti kendiliğinden tebaruz eder.

Duguit telâkkisinin beynelmilel hukuk sahasındaki in'ikâsından da bir nebze bahsetmek lâzım. Klâsik doktrin Devletleri yegâne sahibi hak olarak (sujet de droit) veya beynelmilel hukukun belli başlı sahibi hakları mahiyetinde telâkki ediyor. Duguit, dahilî hukukda olduğu gibi haricî hukukda da maşeriliğin «Collectivité» şahsiyeti olmadığını ve ancak insanların sahibi hak olabileceklerini kabul ediyor. Klâksik doktrin, Devletlere enfüsî hukuku tanıyor, ve bu hukukdan hâkimiyeti istihraç ederek Devlet şahsiyeti hukukiyesine imkân veriyor. Duguit ise hâkimiyet fikrinin, enfüsî hukuk telâkkisinin hakikate tevafuk etmediklerini iddia ediyor. Beynelmilel hukukun klâsik tekniği uzuv «organe" mefhumu hukukinisine, mukavele «contrat» esasına istinad eder. Teşrî «lègislation», kaza «juridiction», idare «adminitration", hükûmet «gouvernement» gibi beynelmilel içtimaî fonksiyonlar hukuku düvelciler nazarında temamile aktî «contractuel» bir esasa müsteniddir. Duguit modern hukukda mukavele rolünün gittikce azaldığını ve bunun yerine «statut»nün kaim olmakda bulunduğunu ileriye sürüyor. Sahibi hakkın, hukukî bir netice doğurmak için yapdığı iradî tasarrufun objektif hukukun tatbik şartı olduğunu ve objektif, subjektif vaziyeti hukukiyeler yaratan bu tasarrufun muteberiyeti için, sahibi hakkın sıfatına bakılmaksızın, kazaî mürakabeye tâbi tutulması lâzımgeldiğini ve bunun fîlen tahakkukunda içtimaî müdahalenin zarurî olduğunu tesbit eden Duguit yeni bir hukuk tekniği yaratmışdır. Duguit, beynelmilel hukukun esasını şöyle çizi-

yor: Umumî beynelmilel hukuk, Devletlerin birbirile münasebetlerinde tatbik olunan kaidelerin hey'eti mecmuasıdır. Eğer şahsiyet ve hâkimiyeti Devlet mefhumu kabul edilecek olursa umumî beynelmilel hukuk ile dahilî hukuku âmme beynindeki derin fark derhal müşahede edilir. Hâkimiyet ve şahsiyeti haiz olan Devlet, kendisine tâbi olan efrada faikdir ve dahilî hukuku âmme, hâkim bir şahsı müşterekin teşkilâtını tayin eden ve bu şahsın tebeasile münasebetlerine tatbik olunan kaidelerin heyeti mecmuasıdır. Binaenaleyh bu hukuk, hâkimiyet ve âmiriyeti haiz bir şahıs ile, tâbi şahıslar arasındaki münasebetleri tanzim eder. Bilâkis umumî beynelmilel hukuk hâkimiyeti haiz şahsiyetlerin yani Devletlerin, binaenaleyh müsavi şahsiyetlerin münasebetlerini tanzimeder. Bu hukukda bir hukuk kaidesi vaz ve tahmil eden faik bir irade mevcut değildir. Hukuk kaidesine riayeti mecburî kılacak usulü dairesinde tanzim edilmiş bir kuvveti mücbire de yoktur. Diğerlerinden daha kuvvetli Devletler mevcut olabilir, daha zayıflarına iradelerini mecburiyyülitaa kılabilirler. Fakat bu iradelerin hukuka muvafık olduğuna dair hiç bir teminat mevcut değildir. İşbu maddî kudret bir hukuk kudreti şeklinde yani hukukun kuvvei tenfiziyesini temin için tanzim edilmiş fiili bir kudret olarak tezahür etmez. Bu şerait dahilinde hukuku düvelin mevcut olup olmayacağı suali üzerinde şüphesiz düşünülebilir. Harpten evvel buna müsbet cevap verilmekte idi. Fransız hukukşinasları hukuku düveli ferdiyet nazariyesine müşabih bir esasa istinad ettirmekte idiler, ve diyorlardı ki, bil'umum insanlar müsavi ve muhtar oldukları gibi bil'umum Devletlerde, müsavi ve muhtadırlar, dahilde ve hariçde hâkimiyetlerini serbestce icra edebilirler. Dahilde ve hariçde tezahür eden hâkimiyet, bir tek hâkimiyettir. Ayni, ferdin muhtar iradesini icra ederken diğer fertlerin muhtariyetine riayet mecburiyeti gibi yani ferdin hukuku tabiiyesi diğer fertlerin hukuku tabiiyesi ile mahdut olduğu gibi Devlet de hâkimiyetini icra ederken diğer Devletlerin hâkimiyetine riayete mecburdur, yani her Devletin hâkimiyeti diğer Devletlerin hâkimiyeti ile mahduttur. Alman hukukşinasları hukuku düveli, müteaddit Devletlerin bir mukavele bir ittihat ile kendi kendilerini tahdit etmeleri şeklinde tasvir ediyor. Bu nazariyeye göre Devlet, hâkimiyeti haizdir. Ve bir iradeye malik dir ki ancak kendi kendini tahdit eder. Eğer bu irade tahdit edilmiş ise yine kendisi tarafından tahdit edilmiştir. Hâkim olan Devlet, tebeası ile olan münasebetlerinde bir taraflı bir fiille kendini bizatihi tahdit eder. Devlet bu surette hâkim kalmakla beraber hukuku dahiliyeye tâbi olur. Müteaddit Devletler, birbirleriyle olan münasebetlerinde mukavelevi « contractuel » bir tahdit vazederler, ve o zaman

1086

bu hukuka tâbi olurlar. Fakat Devlet yine hâkimdir, çünkü bu tahdidi kendisi vaz etmişdir. Netice itibarile, dahilî hukuku âmmede bir taraflı, beynelmilel hukukda mukavelevi bir tahdit vardır, fakat her ikisinin de esası bizatihi tahditdir. Gerek Fransız ve gerek Alman telâkkileri nazariyat ve filiyat itibarile müdafaa edilemezler, çünkü her ikisi de hâkimiyetin sahibi olarak Devleti telâkki ediyorlar ve ona hâkimiyet ve şahsiyet izafe ediyorlar. Halbuki, yukarıda izah edildiği veçhile Devletin hâkimiyet ve şahsiyeti metafizik birer faraziyeden başka bir şey değildir. Devletlerin hukuka malik olabilmeleri için evvelâ bunların şahsiyeti haiz olmaları lâzımdır.

O halde hukuku düvelin esası nedir?.. Hukuku düvel de her hukuk gibi efrada müteveccih ve esası efrat beyninde hasıl olan tesanüde müstenid, başka bir ifade ile, efrat arasındaki tesanüd hakkında fertlerin vicdanında hasıl olan evamiri muhtevidir. Fakat hukuku düvel bazı mecburî emirleri ihtiva eder ki; bunlar idare edenlere müteveccihtir. Bu husus kolaylıkla anlaşılır. İdare edenler, muayyen bir memlekette daha ziyade kuvvete zilyed olanlardır; kuvvetlerini, hukukun tarzı ifadesine ve teyidine ve umumî hizmetlerin tanzimine yani müşterek hayat için bilhassa ehemmiyetli failiyetlerin tedvirini temin yolunda istimal etmelidir, eğer beynelmilel hukuk kaideleri mevcut ise bunları müşahede ve kuvvei teyidiyelerini tanzim için münasebetlere girişmek idare edenlere teretdüb eden bir vazifedir. Beynelmilel hukuk kaideleri hâkimiyeti haiz düveli müşahhassaya değil fakat Devletlerin âzası olan efrada ve bilhassa hükümranlara müteveccihtir. Zira mahza vaziyetleri dolayisile beynelmilel tesanüdü tahakkuk ettirebilecek mevkide bulunan hükümranlardır. Beynelmillel hukukun mesnediileyhleri Devletler değil Devletlerin âzası olan fertlerdir. Beynelmilel hukukun hâkimiyeti haiz olan Devletlere mütevveccih olduğunu ve umumun menfaatı için her Devletin hâkimiyetini tahdit eylediğini iddiada israr etmek, hakikatı halde, hukuku düveli istinad edeceği bilcümle esaslardan mahrum etmektir, zira hâkimiyet fikri her türlü tahdide manidir. Hulâsa, hukuku dahiliyede sahibi hak olan fertler olduğu gibi hukuku düvelde de sahibi hak olan yani faaliyet sahipleri fertlerdir, daha doğrusu idare edenler «Gouvernants» dir.

İdare edenlerin «Gouvernants» vaziyeti hukukiyelerini şöyle mütalâa ediyor: Hilkatta kadın ve erkek diye insanlar arasında nasıl bir fark mevcutsa zaif ve kuvvetli diye ikinci bir fark da aynı su-

1082

retle mevcuttur. Daha ziyade kuvvetlilerin teşekkülü muhtelif suretlerde tezahür eder ve bir halkın siyasî teşkilâtını vücude getirir. Eğer faikiyet bir kişiye münhasır ise monarşi, bir heyete ait ise aristokrasi denir. Bu muhtelif siyasî teşkilâtın hepsi de vâkıa aynidir. Muayyen bir heyet dahilinde iradelerini kuvvetle diğer âzaya mecburiyyürriaye kılan bir veya müteaddit efradın mevcudiyeti bu siyasî vâkıayı teşkil eder, işte bunlar idare edenler «Gouvernants» dir. Bunlar kuvvei mücbire ile iradelerini diğer efrada mecburiyyürriaye kılmak hususunda enfüsî bir hukuka sahip değildirler. Bunların iradeleri idare olunanların iradelerinden farklı değildir. Hükümranlık kudreti bir ferde, bir heyete veya heyeti içtimaîye âzasının ekseriyetine ait olsun, bir vakıadan, fiili bir kudretten başka bir şey değildir. İçtimaî veya ferdî bir irade haddi zatında, diğer bir iradeyi kendine mecbur kılamaz. İdare edenler de diğerleri gibi efrattırlar, binaenaleyh onlar gibi cemiyetin afakî hukukuna tâbidirler. Hangi esasa istinad edilirse edilsin, afakî hukuk muayyen bir cemiyet âzasının kâffesi için mecburiyyürriaye olan kaidelerin heyeti mecmuasıdır. Kaidei içtimaîye, hukuk kaidesi haline inkilâp edince heyeti içtimaîyenin hepsine, idare edenlere ve idare olunanlara tatbik olunur. İdare edenlerden sâdır olan bir fiilin idare olunanlar için mecburiyyürriaye olması, emretmek hakkı enfüsisile muttasıf bir iradeyi faikadan sâdır olduğu için değil, mevzuu ve gayesi itibarile, nazara alınan cemiyetin afakî hukukuna uygun olduğu içindir. Bu itibarla hakkı hâkimiyet mevcut olmadığı gibi sahibi hak da mevzu bahs olamaz. Mevcut olan yegâne şey, afakî hukuka mavafık olarak tezahur eden her iradeye riayeti mecburî kılan hukuk kaidesidir. Devlet bir tecrid ve bir mevhumeden ibaret olduğu için Devletin kudretini tatbik eden fertlerdir, bunlar da diğer fertler gibi hukuk kaidesinin nüfuzuna tâbidirler. Hukuk kaidesi, hükümranların failiyetine ne gibi şeyler tahmil eder? Her afakî hukuk, cemiyet âzasının mütekabil münasebetlerinde tatbik olunacak emirlerin heyeti mecmuasıdır. Bir cemiyetin idare edenlerine müteallik afakî hukuku bir taraftan idare edenlere diğer taraftan idare olunanlara müteveccih mecburî emirlerin heyeti mecmuasıdır. Bu mecburî emirlere muvafık olarak ifa edilmiş olan her fiili hükümrani meşruttur. Bu mecburî emirlerin mevzuu ve muhtevasına gelince bu çok mütehavvildir.

Kudreti siyasiye bir vâkıa olduğundan, hukuk mefhumu tahassül eder etmez anlaşılmıştır ki işbu kudreti siyasiyenin emirleri ancak hukuka muvafık oldukları taktirde meşrûdurlar.

Siyasî kudretin gayesi hukuku tahakkuk ettirmektir. Siyasî kudret, hukukun hâkimiyetini temin için elinden gelen her şeyi yapma-

1088

ğa hukukan mecburdur. İdare edenlerin vasıflarına bakılmaksızın ısdar ettikleri iradeler hukuk kaidesine istinad etmek zaruretindedir.

Buraya kadar izah ettiğimiz Duguit telâkkisi pek çok intikatlara mâruz kalmıştır. Duguit'ye bazıları anarşist dediler. Mebdei hareketi olan hukuk kaidesine müsbet bir veçhe vermediğini, yıkmağa teşebbüs ettiği hukuk tekniği yerine bir yenisini kuramadığını iddia ettiler. Böyle olmakla beraber Duguit telâkkisi hukukun her sahasında feyizli tesirlerini gösterdi. Hülâsa edecek olursak Duguit, enfüsî hukuku «droit subjectif» ve bundan doğan bütün konsepsiyonları, hâkimiyet ve şahsiyeti Devlet telâkkilerini reddediyor. Bunların yerine tek bir kaide, bir hukuk kaidesi «règle de droit» vazediyor. İşte Duguit'nin bütün hukuk tekniği bu esasa istinad eder.

1089

No: 97

Penitansiyer ilim ve bu ilmin tedrisi

Yazan: *Esat Âdil MÜSTECABLIOĞLU*
Temyiz Baş M. U. Muavinlerinden ve Edirne yeni ceza evi Müdür vekili

Adlî inkilâbımızın en reel cebhesini cezanın infazı ve infaz ve ıslah müesseselerinin ilmî esaslara göre tanzimi meselesi teşkil eder.

Çünki kazaî fonksiyonun o muazzam faaliyeti nihayet suçluyu hapisane kapısına kadar getirmekten ibaret kaldıkca memleketin adlî kuvveti vazifesini asla tam yapmış sayılamaz.

Cemiyete mutlak şekilde Muzır olduğuna kanaat getirerek vücutlarını ifna ettiklerimiz veya pek uzun zeman cemiyete zarar veremiyecek bir hale koyduklarımız istisna edilirse adlî kuvvetin deruhde etmiş olduğu hakikî vazife diğer bütün mahkûmları ıslah ederek ve eyi birer insan haline getirerek cemiyete iade etmekten ibarettir.

Daha kısacası adlî kuvvet mahkûm ettiğini ıslah etmekle de mükellefdir.

İşte çok yakın zamana kadar ihmâl edilmiş olan bu ikinci vazifenin de başarılması işine el konmuş ve bu yolda maddî eserler yaratılmış ve çok müsbet neticeler alınmağa başlanmış bulunuyor. Cezanın infazı ve mahkûmun ıslahı bu gün artık başlı başına bir ilim ve ihtisas işi olduğu kadar ayni zamanda bir memleketin medenî vasıflarından başlıcasını teşkil etmektedir.

Türk Cumhuriyetinin bütün adlî faaliyetini tamamlayan bu asrî infaz ve ıslah hareketi karşısında bir vatandaş ve bir adliyeci sıfatile duymakta olduğum hazzın karşılığını ödeyebilmek ümüdiyle infaz ve ıslah meselesinin ilim ve tatbikat bakımından bu günkü beynelmilel vaziyetini etüd etmek imkânlarını aradım, bu etüdlerden şimdiye kadar neşrettiklerim ve bundan sonra da neşredeceklerimle üzerime düşen borcu ödeyebilirsem ne mutlu:

I

Penitentiaire ilmin tarifi, mevzuu [1]

En son müelliflere göre Penitansiyer ilim kriminolojinin bir şu-

[1] Penitentiaire kelimesinin ilmi ıstılah halinde dilimizde tam karşılığını icat

1090

besini teşkil eder; bu ilim cezaî hükümlerin infazını tanzim edecek olan kaide ve kanunların ve mahkûma yapılacak olan muamelenin ne olması lâzımgeldiğini araştırır.

Kriminoloji doğalı otuz, kırk sene oluyor. Penitansiyer ilmi ise daha gençtir. Bu ilim tamamen müstakil bir halde değildir; fikirlerin terakkisi ile diğer bir çok yardımcı ilimlerle birleşmek bilhassa (anthropologie crimimelle—mücrimin tarihi tabiîsi ilmi) başta gelir ve kendisinden çok daha eski diğer ilimlerden istifade etmek suretile vücut buldu. Ceza sahasında tatbik edilmek, suçluları ıslah etmek maksadiyle adlî esaslara dayanan, tebiyevi vasıtalar kullanan, içtimai bir gaye güden bu ilim yoldan çıkmış olan vatandaşların vicdanlarında insani vazife hislerini inkişaf ettirmek suretile hattı hareketlerini ıslah imkânları aramaktan ibaret olan mevzuu ile diğer ahlâki ve manevi ilimler arasında mühim bir mevki tutmuştur. Penitansiyer ilminin aşağı yukarı şöyle bir tarifi yapılabilir: Suçlulara nedamet yollarını öğretmek, yani onları hatalarının cezasını çektirmek suretile ıslah şu etmek şartile ki hata (Suç) kanunî ve infaz ise müfid olmalıdır. [2]

Bu bakımdan bu ilim daha ziyade bir sanat ve bir disiplin mahiyetinde olup mensubları için her şeyden evvel psikolojik görüşlere, tecrübe ve ahlâkî değere ihtiyaç vardır.

Eğer inandırma ve numunei imtisâl olma kudreti yok ise sadece istidlâl yolu ile başkalarının hissiyatına nufuz etmek oldukca güçtür. İnfaz ve ıslah işlerinde bu işi deruhde edecek olanın ruhi vasıfları ön plânda gelir; bu itibarla mütebahhirden ziyade inanma ve inandırma ahlâkına sahip insanlar daha mühimdir.

Hapisanelerin sert nizamı, şahsiyete tesir eden ve bir taraftan bu sert nizamın, diğer taraftan katlanılan ıztırabların ve sayısız sefâletlerin neticesi olarak bu müesseselerde hüküm süren ciddi ve magmum havaya tahammül etmek görülecek vazife, gösterilecek gayretin başlangıcını teşkil eder.

Eğer mesainin sistemli ve azami derecede faydalı neticeler ver-

---

etmek belki mümkündür. Bu sıfat umumiyetle tek başına kullanılmadığı ve hemen her lisana küçük bir telâffuz farkile aynen kabul edildiği için bizde türk imlâ ve aksanına uydurarak olduğu gibi kullanmakta mahzur görmedik. Fransızcada lûgat manası: askerî ve sivil hapisanelerle oğraşan kimse ve bunlara müteallik olan şeydir. Mürekkep halde mesalâ:La Science pentientiaire — mevzuunun mahiyet ve şumulüne göre -infaz ve ıslah ilmi veya hapisaneler ilmi, "L' administration Penitentiaire,„ hapisaneler idaresi veya daha doğru olarak, infaz ve ıslah müesseseleri idaresi, "Regime penitentiaire„ — İnfaz ve ıslah Rejimi gibi ...

[2] Bu tarif ve bu makalenin bazı kısımları E. Bertrandin Leçons Penitentiaires adlı eserinden iktibas edilmiştir.

109

mesi isteniyorsa işe ibtidaen vazıh ve kat'î olarak girişilmelidir. Hapisanelerin idarecisi meslekî icablarla mücehhez olmalıdır.

İnfaz ve ıslah teşkilâtı oldukça girifttir; ceza ilminin ortaya koyduğu meseleler ve bu mevzu üzerinde durmadan artan etüdler tatbikatçıların yörüyüşünü güçleştirmektedir. kongreler ise hapisane memurlarının ilmî icablara göre yetiştirilmeleri lüzumunu mütemadiyen ileri sürmektedir.

1744 de Bavyera prensinin bir emirnamesinin ısdar edildiği zemandan çok uzaklarda bulunuyoruz. Bu emirnamede: (Hapisane gardiyanlarının kayıt defteri tutacak kadar okuyup yazma bilmeleri kâfidir) deniyordu. Halbuki bundan yarım asır kadar sonra Napolyonun nazırlarından Odilon Barrot ise endişesini şöyle izhar ediyordu: (eğer işe hapisane direktör ve memurlarile, gardiyanlarının ahlâkî ve fikrî seviyelerinin yükseltilmesile başlanmazsa hapisaneleri rejim ve materiyel bakımından tadil etmiş olmakla hiç bir iş yapılmış olmaz).

Filhakika hapisanenin idare ve terbiye organları içtimaî nizam bakımından ölmüş bir adamı diriltip cemiyetin icablarına uymaya kabiliyetli bir hale getirerek hayata iade edecek kimselerdir. Asırlık münakaşalar, araştırmalar ve tecrübelerden sonra doğmuş olan infaz ve ıslah ilminin mütalâalarından mülhem yeni yeni fikirler, sistemlerle yeni bir insan yaratmak sanatı vücut bulmuştur. Muasır telâkki, bu işin hüdainabit elemanlarla görülemiyeceği; hapisanelerin infaz, ıslah ve terbiye tezgâhlarının kuruluş ve işleyişinin hususi surette yetiştirilmiş organlara muhtaç olduğu neticesine varmıştır.

Cemiyetin nizamını bozmuş olanı cezalandırıp hapisaneye sevk eden bir hâkimi yetiştirmek için kurulmuş olan müesseselere bu gün ne kadar ehemmiyet atfediliyorsa ayni şahsı cemiyete uyar namuslu bir vatandaş olarak ıslah edip tekrar hayata iadeye memur olanları yetiştirici müesseselere de o nisbette ihtiyaç görülmektedir.

Fikrin teşekkülünü hareket ve eser takip eder. Fikir bizde oldukça kısa bir zeman içinde eser vermeğe başlamış bulunuyor. Sayısı artmakta ve müsbet neticeler alınmakta olan yeni ceza evleri, yeni idarî teşkilât ve yeni ana kanunlar bize ilmî bir hareketin de başlamış olduğunu haber veriyor. Hiç bir sistem yokturki neticesi onu tatbik edecek olanların fikrî seviyelerine ruhî kabiliyetlerine göre mütehavvil olmasın, cezaların infazını ve mahkûmların ıslahını bir takım doktriner usûl ve kaidelere bağlamış olan penitansiyer ilmin bizde de hususî müesseseler ihdası veya mevcut müesseselerimiz programlarına ilâve edilmek suretile tedris işinin —Bu gün bu yolda yapılmış olan ileri hamleler de gösteriyorki— tahakkuku yaklaşmıştır.

1092

Yabancı memleketlerde bu ilmî haraketin ne vaziyette bulunduğunu bilmek her halde faydalı olacaktır.

II

Cezanın infazına ve mahkûmun ıslahına müteallik tedrisat

L'ensei gnementpenitentiaire adını taşıyan bu dersler zümresi bir çok memlektlerde bu yolda kurulmuş olan Enistitülerde (L'institüt peniteniaire) okutulmaktadır. Daha 1844 de Madrit'de böyle bir mektep kurulmuştu. Bu mektep 1903 de kriminoloji mektebi haline çevrildi. 1927 de ilga edilen bu müessesenin daha modern bir şekilde yeniden tanzimi işi İspanyanın bu günkü siyasî vaziyeti yüzünden gecikmiştir.

Madrit'deki mektebin muvaffakiyetsizliğe uğrayarak kapanması sebebi derslerin üniversite profesörleri tarafından ve tamamen nazarî bir çerçive içinde tedris edilegelmiş olmasıdır.

Japonya, hapisane memurlarını sistemli bir surette yetiştiren memleketlerin başında gelir. Japonyada ilk tecrübe 1890 da yapıldı. Gün geçtikçe eyi neticeler alındı. Tokyoda kurulmuş olan bu müessesenin ders programı şu idi:

Penitanisyer ilim;
Hapisane hıfzıssıhhası;
Cezaî psikoloji;
İstatistik;
İnsan ilimlerini ölçme ilmi: (Anthropometrie)
Koruma; (Bu ders tahliye edilmiş mahkûmları ve ailelerini koruyucu cemiyet ve heyetlerin iş ve vazifelerini gösterir ki buna «Patronage» denir. Avrupada hemen her memlekette böyle patronaj komiteleri kurulmuştur. Çalışmalarından son derece mükemmel neticeler alınmaktadır, ayrı bir makalemizde bunlardan bahsedeceğiz.)
Terbiye ve ıslah prensipleri;
Ceza kanunu;
Ana teşkilât kanunu, medenî hukuk ve idare hukuku;
Askerî eksersizler;
Amelî hizmetler;
Bu dersler bir sene zarfında okutulur. [3]

Son zemanda Japon hükûmeti 250,000 frank senelik tahsisat ile bir (polis ve hapisane memurları yetiştirme akademesi) kurdu.

İngilterede hemen kırk senedenberi muhtelif müesseselerde bu

[3] Japon mürahhası Ogavkanın Brüksel kongresindeki raporundan.

1093

yolda meslekî dersler okutulmaktadır. 1925 de «Wakefield» de ders programı oldukça dolgun bir (Training-Scool) kuruldu.

Bu müessesenin bir benzeri Federal hapisanelerin idarecilerini yetiştirmek için Amerika hükûmeti tarafından Nevyorkta tesis olundu.

Hollanda'da bu vazifeyi bu gün içtimaî servos mektebi temin etmektedir. Hükûmet hapisane adamlarını yetiştirmek maksadile bu mektebe 7000 filorenlik bir tahsisat ayırmıştır.

Polonya penitansiyer tedrisat işini 1924 de tanzim etti, tatbik görmekte olan ders programı şudur:

Penitansiyer ilim;

Mücrim fizyoloji ve Etiolojisi; (Antropolojiye muadil olan bu ilim bilhassa cürmün marazî sebeblerini araştırır.)

Ceza hukuku ve ceza muhakemeleri usulü;

Hukuku esasiye ve idare hukuku ;

Memurlar statüsü;

Muhtelif servis teşkilâtı;

Ticaret eşyası ilmi;

Sınai teşkilât ;

Büroların tanzim ve işletilmesi usulleri;

Siyasî iktisat prensipleri;

Parmak izi bilgisi; (Dactyloscopie)

Finlândiya, İsveç, Macaristan, Almanya ve Fransada gardiyanlara mahsus kurslar vardır. Üniversiter mahiyette olarak Fransanın Lion şehrindeki Senpol hapisanesinde bir klinik mevcuttur.

Romada «Regina Cella» hapisanesinde penitansiyer disiplin ve ıslah tedrisatını ihtiva eden bir adlî — cinaî tatbikat mektebi vardır. (Juridico—criminelle)

Bu mektep 1932 senesinde «ceza hukukunda tekemmül» mektebi ünvanını almış tahsil devresi programın genişletilmesi suretile iki seneye iblâğ edilmiştir. Diploma almak için sosyoloji, biyoloji ve hukuk gruplarından birer tez kabul ettirtmiş olmak lâzımdır. Bu mektebin ders programı şudur:

Antropoloji kriminel	Penitansiyer Hukuk	Ceza kanununun ilmî tatbikatı.
Sosyolojik „	Teknik ve pratik penitansiyer.	Ceza kanununun amelî tatbikatı.
Psikoloji „	Politik Penal	Ceza usulünün ilmî tatbikatı.
Psikopatoloji „	Polis hukuku	Ceza usulünün amelî tatbikatı.
Tıbbı adlî (Cezaya tatbiki cihetinden)	İş hukuku	Siyaseti cezaiye

Ceza hukuku tarihi	Hava ve deniz ceza ticarî ceza.	Askerî ceza hukuku
Roma ceza hukuku	Adlî ve cinaî istatistik.	

Bu mektebin muhtelif saksiyonları vardır. (Hapisane memuru yetiştirme saksiyonu) gibi bu halde buna müteallik ayrıca meslekî kurslar mevcuttur. [4]

Fransız Hükûmeti 1922 de bir kriminoloji Enstitüsü kurdu. Bu Enstitü aşağıdaki şubelere ayrılmıştır:

Ceza şubesi;

Adlî tıb ve aklî hastalıklar (Psaychiatrie) şubesi;

(fennî) İlmi polis ve penitansiyer şubeleri;

Penitansiyer şubesinde şu dersler verilir:

Ceza hukuku (Fonksiyonlar halinde)

Penitansiyer prensipler ve tarihçe;

Fransız infaz ve ıslah müesseseleri;

Bundan daha geniş programlı olan Belçikadaki kriminoloji mektebi 1920 de kurulmuştur.

Toloz Üniversitesinde olduğu gibi Paris Üniversitesi de uzun zemandanberi penitansiyer ilmi de ihtiva eden ceza ilimleri sertifikası (Le Certificat de sciences penales) vermektedir.

Japonyada penitansiyer tedrisat Üniversitede 1900 senesindenberi yapılagelmektedir. Pero Cumhuriyetinin merkezinde 1927 de bir penitansiyer mektebi kurulmuştur.

Keza Belçikanın Löven şehrindeki katolik Üniversitesine bağlı bir, Cinaî ilimler mektebi vardır.

Bu mekteblerden başka Avrupanın bazı memleketlerinde peniansiyer müzeler de kurulmuştur. Bunların en yenisi 1930 da İspanyada açıldı.

Mahpusları Etüd için ilmî surette organize edilmiş olan müesseseler hiç olmazsa isimlerini değiştirmek sûretile Kriminolojik Müzeler haline inkilâp etmektedir. Bu değişiklik çok müfid olmasa bile daha mütebariz bir şekil arz etmektedir.

Belçikanın Gan şehrindeki merkez hapisanesi müzesinde eski hapisanelerin terbiye ve disiplin usulleri ve tedip aletleri görülebilir.

*
* *

Penitansiyer tedrisat programı hakkında daha geniş bir fikir edinmiş olmak için Loven merkez hapisanesi direktörü E. Bertrand'ın

4] İtaly an mektebine ait bu malûmatı ceza evleri umum müdür muavini Rifat Alabay'dan edindim; kendisine teşekkür ederim.

1095

1925 de bir penitansiyer mektebi için tanzim etmiş olduğu bu program on Branştan ibarettir:

1— Hukuku Esaiye;
İdare hukuku ;
Medenî hukuk ; (Elemanter)
Ceza hukuku ve ceza muhakemeleri usulünün bir kısmı ;
Meslekî Mevzuat ve umumî mevzuata müteallik bilgiler;
2— Penitansiyer ilim ve teknik ;
Hapisaneler tarihi ;
Mukayesile Hapisaneler nizamnameleri ;
3— Ahlâk felsefesi; psikolojik malûmat
4— Pedagojik malumat ;
5— Aklî hastalıklara müteallik nosyonlar ;
Antrepoloji kriminel ; (içtimaiyat ile birlikte)
Cinaî istatistik ;
6— Adlî tıp ve polis ilmi (bilhassa uzuvların ölçülmesi, parmak izi, teşhis bilgileri)
7— Hapisane ve mahpusların sağlık bilgisi.
8— Teknoloji (fennî ıstılahlar ve sanayi bilgisi) ve hapisanelerde yapılan, kullanılan eşya ve alâta müteallik ticaret bilgisi.
9— Mimarî: Hapisanelerin Setilleri; tanzimi, inşası, teshin ve tenvir işleri, su tevziatı
10—Tahliye edilmiş mahkûmları koruyucu teşkilât prensipleri ve çalışma usulleri.

Bu bilgilerin Heyeti umumiyesi (Carcerologie) doktorası denebilecek bir tahsil devresine tekabül edecektir.

Bertrand hapisane memur ve müstahdemlerinin bu tahsil devresi devamınca bir araya toplanmalarının imkânsızlığını göz önünde bulundurarak bu bilgilerin meslekî icaplara uygun surette birer kitap halinde bastırılmasını ve bu kitapları takip etmiş olanların imtihana tâbi tutulmalarını da tavsiye etmiştir.

Kongreler Hapisane idarecilerinin ilmî surette techiz edilmeleri yolunda kıymetli kararlar vermiştir; bilhassa Sen Petresborg, Vaşington ve Prag kongreleri penitansiyer ilminin müfredatını Gardiyan ve idarecilerin teknik bilgilerine müteallik konferanslar ve saireyi tertip ve tanzim etmiştir.

Bu yolda son söz olarak hiç olmazsa şimdilik hukuk fakültelerimizle mülkiye mektebimizde bazı serbest kurslar açılmasını ve konferanslar tertip edilmesini, ayni zamanda hapisane memur ve müstahdemlerinin bilgilerini arttırıcı neşriyat yapılmasını temenni ederiz.

1096

No: 98

Melce Hakkı [1]

Çeviren:
Tarik E. YENİSEY

Yazan:
Arnold RAESTAD

Beynelmilel mânada, «Melce Hakkı", bir Devlet veya organları tarafından mülteci kabul etmek hakkını ifade etmektedir. Burada, her hangi bir firarînin «İltica hakkı» mevzuubahs değildir. Binaenaleyh, Hukuku Düvel bakımından, «Melce hakkı», bir Devletin, firarînin iadesini taleb eden diğer bir Devlete karşı kullandığı bir hakdır. Devlet, başka bir Devletin topraklarında her hangi bir suretle müdahelede bulunamayacağı cihetle, beynelmilel sahade «Melce hakkı», bir firarînin iadesini taleb eden bir Devlete karşı, bu hakkı kullanan Devletin yapacağı itirazı ifade etmektedir. Firarî, diğer bir Devletin Sefarethane veya Konsoloshanesine veyahut harb gemisine iltica ettiği takdirde de, işbu Devletin «Melce hakkı» mevzuubahs olabilir. Melce, „dahilî" ve „haricî" olmak üzere ikiye ayrılır. „ Dahilî melce", bir Sefarethane veya Konsoloshanede veyahut Devletin karasularında bulunan ecnebî bir harb gemisinde tanınan melce'dir. «Haricî melce» ise, „dahilî melce"nin mukabilini ifade eden bir tâbirdir.

«Melce hakkı» başka mânalarda da kullanılmaktadır. Meselâ, İsviçrenin «Melce hakkı» denildiği zaman, mülteci kabulü meselesinde, İsviçre'nin diğer Devletlere karşı dermeyan ettiği siyasî Prensipler mevzuubahisdir. Bazı ahvalde de, «firarîlerin hakkı ilticası» dermeyan edilmektedir. Burada, firarîlere, iltica ettikleri memleket mevzuatı veya idarî makamatı tarafından tanınan haklar mevzuubahisdir.

«Melce», evvel emirde, firarînin sığındığı mahalli ve saniyen, Devletin, takibata karşı firarîye tanıdığı himayeyi ifade etmektedir.

Bazı hukukşinaslar, teamülün, bir hukuk kaidesinin mevcudiyetini isbat etmekte olduğunu iddia ederler. Lâkin, her vakit, vaziyet böyle değildir. «Melce hakkı» dermeyan olduğunda, daha ziyade zamanla yerleşmiş olan bir teamül mevzuubahistir. Hukuku Düvel bakımından, «Melce hakkı», mülteciyi kabul eden Devlete ait bir «hak» dır; lâkin, mülteciyi tâkib eden Devlete, bu hakka mukabil her hangi bir vecibe terettüb etmemektedir.

[1] Bitaraf Devletin, bali harbde "Melce hakkı„, bu yazımıza dahil edilmemiştir.

1097

Sir Cecil Hurst, «Hukuku Düvel'in, esas itibarile, Devletlerin tarzı hareketlerinin bir ifadesi olduğunu" beyan etmiş idi. Filiyat noktasından bir dereceye kadar belki doğru olan bu mütâlaa, hukuk bakımından sakattır. Hukuku Düvel bilûmum münasebatı derpiş etmiş değildir. Hukuku Düvel, hak ile vecibeyi mütekabilen ihzar eyler: Bir Devletin hakkı, diğer bir Devletin vecibesine tekabül eder. Teamül tarikiyle tesbit edilmiş olan subjektif hak, ayni tarikle tavazzuh etmiş olan objektif hakkın bir tecellisinden ibarettir. Her hangi bir hakkın mukabil bir vecibe doğurması tabiîdir; lâkin her hangi bir hakkın, bir vecibeye tekabül etmesi lâzım ve zarurî değildir. Hak ve vecibenin mütekabil olması keyfiyeti, hukuk kavaidi heyeti umumiyesinden neş'et eden ve bir nev'i manevî müddeiyata yol açan bir keyfiyettir. Lâkin, buna dair, muayyen bir hukuk kaidesi ve hususiyetle bir Hukuku Düvel kaidesi mevcud değildir.

*
* *

«Melce hakkı" na dair bir Hukuku Düvel kaidesi mevcud olmadığına nazaran, Vaziyet nedir? Beynelmilel mahakim, umumî prensiplere ve ayni zamanda, ekseri ahvalde olduğu gibi, ahlâk ve âdalet düsturlarına istinaden mi hüküm vereceklerdir? Hayır, beynelmilel mahakim, umumî prensiplere istinad etmekle beraber, mâzideki tatbikatı, yani Devletlerin müşabih ahvalde evvelce ne suretle hareket etmiş olduklarını da nazarı itibare alacaklardır. Bu iki şekli hareketin, ayni neticeyi vermesi muhtemeldir; lâkin, mâzide Devletlerin ne suretle hareket etmiş olduklarını gözönünde bulundurarak verilen hüküm, daha sağlam ve hakikata daha yakın bir hüküm olur. Demek oluyor ki, Devletlerin münasebetlerinde kabul ettikleri ve fakat hiç bir Hukuku Düvel Kaidesine müstenid bulunmayan sureti hareket, meşrû addedilebilmektedir. «Melce hakkı» işte bu suretle filiyattan doğan ve fakat hiç bir vecibe izafe etmeyen hukuk prensiplerine müsteniddir.

Tarihe bir göz gezdirelim. Kurunu Vusta'ya kadar çıkmaya veya kilisenin mücrimlere tanıdığı iltica hakkını tetkik etmeye lüzum yoktur. Devletler, her zaman ve bilhassa XVI, XVII ve XVIII inci Asırlarda, ecnebî firarileri topraklarına kabul etmişlerdir. Lâkin, bu hal, firarî'ye „Melce" tanındığı manasını tazammun etmez. Filvaki, firarî, kaçtığı Devlet tarafından takib edilmediği cihetle, „Melce" mevzuubahs olabilmesi için aranan şartlardan biri burada mevcud değildir. Takibat olmadığından, firarînin himayesine tabiatiyle lüzum kalmamaktadır. Bahsettiğimiz zamanlarda, bir Devlet, âdi bir mücrimin diğer bir Devlet topraklarına geçmesinden memnuniyet duyardı. Bu suretle menfâ,

1098

bir nevi ceza telâkki edilirdi. Siyasî mücrim ve mültecilere gelince, Devlet bunların iadesini arzu ederdi. Lâkin, «Melce», firarîyi takib eden Devletin iade talebinde bulunmasına, vâbeste değildir. Firarî, iltica ettiği memlekette yapılacak tâkibata karşı da «Melce» den istifade eder.

Her ne hal ise, 1736 senesinde başlayan iadei mücrimin Muahedeleri, siyasî mücrimleri, ilk zamanlar, âdi mücrimler gibi iadeye tâbi tutmuşlar ve bu vaziyet yüz sene kadar devam etmiştir.

1831 senesinde Fransa ve İsviçre arasında aktedilen bir Muahede ile, siyasî mücrimlerin iade edilemeyeceği kaydı, ilk defa olarak, vazedilmiştir. Tarihi mezkûrdan itibaren, bu kayd, bilûmum Muahede ve kanunlarda yer bulmuştur. Bu cereyan, hakikatı halde, 1800 senelerine doğru başlamış veAmerika, siyasî mücrim ve mültecilerin kabulü prensibini mâruzzikir tarihden daha da evvel kabul etmiştir. Bu yolda, bir çok geri ve ileri hamleler kaydedilmiş ve nihayet, yukarıda da işaret ettiğimiz veçhile, 1831 senesinde siyasî mücrimlerin kabulü kaidesi kesbi kat'iyet eylemiştir.

Her Devletin siyasî mülteci kabulü prensibini, bu otuz sene zarfında, bazen demokratik Devletler ve bazen de reaksiyoncu Devletler müdafaa etmişlerdir. 1831 senesinden sonra işbu prensibin kesbi kat'iyet etmesi ve umumen kabul edilmiş olması, muhalif siyasî muhitlere mensup kimselerin de, icabında, firar etmek mecburiyetinde kalmış olmalarının neticesidir. Her siyasî parti, ayni âkibetin kendi taraflarına da mukadder olduğu hissini beslemekte idi. Bahsettiğimiz devirde, Devletler siyasî mültecileri kabul etmek istememiş olsaydılar, mültecilerin mensup bulundukları memleket makamatı için, olduğundan daha pek fazla müşkilât zuhur edebilirdi. Âdi mücrimlerin her hangi bir memleket taratından kabulünü men'eden bir Hukuku Düvel kaidesi mevcud olmadığı cihetle, siyasî mültecilerin iltica hakkına karşı bir itiraz dermeyanı evlâbittarik mümkün değildir. Bu suretle, 1831 senesinden itibaren, siyasî mücrimlerin iade olunmaması prensibi, memleketine göre bazı değişikliklerle, beynelmilel bir teamül şeklini aldı.

*
* *

Mülteci kabul eden Devlet, mülteci kabul etmekle mükellef midir? Şüphesiz ki, hayır. Böyle bir mükellefiyet hiç bir vakıt mevzubahs edilmemiştir, zira, hiç bir Devlet, diğer bir Devletten mültecileri kabul etmesini taleb edemez. Ve Devletin, belki vatansız olan bir mülteciye karşı böyle bir mecburiyeti de asla mevzuubahs olamaz.

Firarîyi takib eden Devlet, firarînin iadesini taleb etmemek, ve-

1099

yahut bu kimse başka bir memlekete geçtiği takdirde, takibden sarfı nazar etmekle mükellef midir? Şüphesiz ki, hayır. Şimdiye kadar Devletler beyninde carî teamüle nazaran, Devletin mülteci kabul hakkı tam olmakla beraber, firarîyi takib eden Devlet de hareket serbestisini tamamen muhafaza etmektedir.

Denilebilir ki, siyasî mülteciler lehine tanınan hukuk, âdi mücrimlerin iadesine müteallik Muahedeler akdini teshil etmiştir. Âdi mücrimleri tecziye veya iade etmek suretile, Devletler, Hukuku Ceza prosedürü bakımından, mütekabilen müzaheret etmek vecibesini tekabbül etmiş bulunmaktadırlar. Bunun neticesi olarak, teamüle müstenid yeni bir Hukuku Düvel kaidesi meydana gelmiştir. (Grotius'ün dediği gibi: aut dedere, aut punire). Pek de sarih olmayan Hukuku Düvelin işbu kaidesi, siyasî cürümler lehinde yapılan istisna neticesinde akdine lüzum görülen iadei mücrimin muahedelerinin bir mahsulüdür.

Siyasî mücrimler lehinde tanınan iltica hakkının teamül şeklinde inkişaf etmiş olması ve iadei mücrimin muahedelerine böyle bir kaydın dercedilmiş bulunması, esas itibarile, ne gibi esbaba müstenid-dir? Bunun böyle olması, her halde, siyasî cürümlerin, diğer cürümlere nazaran, daha az takbihe şayan olmalarından mütevellid değildir; zira, daha pek hafif âdi cürümler vardır ki, iadeye tâbi cürümler listesine dahildirler.

Renault'ya nazaran, siyasî cürümler meselesinde, iade talebine muhatab olan Devlet, meseleyi yakinen tetkik etmeden, her hangi bir taleb üzerine, mücrimi teslim edemeyeceği cihetle. talebi yapan memleketin şeraiti siyasiyesi hakkında hüküm vermek vaziyetine girmesi ve bu suretle o memleketin dahilî işlerine müdahale etmiş olması tehlikesine mâruz bulunmaktadır. İşbu mütalâa hakikata yakındır. Lâkin Heinrich Lammasch'in fikri daha doğrudur. Mumaileyhe göre, siyasî mücrimler lehinde yapılan istisna, Devletlerin siyasî menafii lehinde yapılan bir istisnadır. Siyasî bir cürüm işleyip, memlekete iltica eden bir yabancıyı iade eden bir Hükûmetin, kendi ahalisi ile ihtilâfa düşmesi ihtimali mevcutdur. Bir çok ihtilâl veya darbei Hükûmeti müteakib, bir Devlet, ayni memleketin muhtelif partilerine mensup siyasî mücrimleri kabul etmek vaziyetinde bulunabilir; böyle bir vaziyette, taleb vukuu halinde, hangi mülteciyi iade edecek ve hangisini etmeyecek dir? Siyasî mücrimlere «Melce» vermek prensibi, insanî mülâhazattan ziyade, siyasî icabattan doğma bir prensipdir. Mamafih, bir çok memleketlerde, adalet ve insaniyet mülâhazalarının da bu hususta icrai tesir etmiş oldukları şüphesizdir.

* * *

1100

Hadisatın tarihcesine devam etmezden evvel, «Melce hakkı» nın ikinci şeklini tetkik edelim.

Buraya kadar, «haricî», daha doğrusu «beynelmilel» melce hakkından bahsettik. Şimdi «dahilî» melce hakkına geçelim. Hukuku Düvelin de kabul ettiği «dahilî» melce hakkı, «haricî» melce hakkına nazaran daha pratik bir mâna ifade etmektedir. En eski zamanlarda dahi, yabancı memleketlerin daimî Mürahhaslıkları her hangi bir tâbiiyette bulunan mücrim veya mültecileri himaye etmek hakkını gütmekte idiler. İslâm ve diğer Şark memleketlerinde Konsoloslar ayni imtiyazattan istifade ediyorlardı. Tarihi siyasî, bu hususa dair bir çok misaller zikreder. İlk zamanlar, âdi mücrimler veya âdi mücrim olarak takib olunan kimseler, Sefarethanelere iltica etmekte idiler; lâkin, bu hal her yerde yavaş yavaş değişti ve XIX uncu asırda, âdi mücirimlere iltica hakkı artık tanınmaz oldu. Haizi ehemmiyet olan «Melce», siyasî mümessil tarafından âsîlere veya âsîlerin takip ettikleri Hükûmet erkânı veya taraftarlarına veyahut alelûmum siyasî mücrim veya mültecilere sefarethanede verilen „Melce"dir. Avurpanın şimal, şark, oarb ve merkezinde bulunan Devletler, bu usulü hiç bir vakıt tasvip etmemişler, buna mukabil, Akdeniz memleketleri o şekilde hareket etmişlerdir. Osmanlı İmparatorluğunda veya sair islâm memleketlerinde ve 1875 senesine kadar İspanyada, siyasî mümessil, bulunduğu memleket siyasî mücrimlerini sefarethaneye kabul etmekte idi. Sefarethaneye sığınan siyasî mülteciler, bir ihtilâl veya darbei hükûmete kurban giden yerli kimselerdi. Cenubî vè Mekezî Amerika'da da aynı şekilde hareket edilmekte idi. Bu kabil hadisat, cihan harbine kadar, pek çok defalar vukua gelmiştir. Mezkûr memleketlerde, konsoloshaneler ve harp gemileri siyasî mücrimler için melce teşkil etmişlerdir. Sefarethane ve konsoloshanelerin melce teşkil edip edemiyeceği meselesi, İspanya dahilî harbi münasebetile yeniden mevzuubahs olmuştur.

*
* *

« Dahilî melce hakkı » bahsında, Hukuku Düvel mütehassıslarının fikri nedir ? « Dahilî melce hakkı»nın hukukî veçhesi, «beynelmilel melce hakkı»nın hukukî veçhesine müşabih değildir. Bir çok hukukşinaslar, Devletin, kendi siyasî mümessilleri tarafından sefarethanelerde siyasî mücrimlere melce vermek hakkını talep edemiyeceği mütalâasındadırlar. Onlara nazaran, siyasî mümessil haksız olarak mücrimi sefarethaneye kabul ettiği takdirde, mensup olduğu

Devlet müdahale etmek mecburiyetindedir, zira Devletin hâkimiyeti sefarethanenin muafiyetine takaddüm eder.

Diğer mühim bir mesele de, siyasî mümessilin mülteciyi sefarethaneye kabul etmiş olması ve Hükûmeti matbuasının da mültecinin yerli makamata iadesi için kendisine emir vermekten istinkâf eylemesi halinde, işbu makamatın ne suretle hareket edecekleri meselesidir. Bazı hukukşinaslar, «dahilî melce hakkı»nın, siyasî mümessilin bulunduğu memleket usûl ve teamülüne tâbî olacağı mülâhazasındadırlar. Onlara nazaran, bu hususta hiç bir Hukuku Düvel kaidesi mevcut olmamakla beraber, teamül, diplomatın sefarethaneye mültect kabulüne cevaz vermektedir. Birleşik Amerika Devletleri bu noktai nazarı iltizam etmişler ve ecnebi sefarethanelerine « melce hakkı» tanımışlardır. Diplomatik teamül, burada Hukuku Düvele bir kaynak teşkil etmemekle beraber, bu hususstaki tarzı hareketi meşrû göstermeye hâdim olmaktadır.

Yukarıda bahsettiğimiz ilk noktai nazar, Devlet hâkimiyetinin her hangi bir suretle takyid olunamayacağı mülâhazasına istinad etmekte, ikinci noktai nazar ise, her hadisenin, mahallî teamül her memlekete göre değiştiği cihetle, ayrı ayrı tetkik edilmesi lüzumunu müdafaa eylemektedir. Bu ikinci noktai nazarın, esasını teşkil eden, beynelmilel teamül değil, mahallî teamüldür. Denilebilir ki, teamülün doğması, bu kabil hukukun istimal edildiği hakkında alâkadar Devletin zımnî tasdikine bağlıdır. Aksi sabit olmadıkca, Devletin, bu gibi hâkimiyet meselesinde, hukukundan feragat ettiği pek de iddia olunamaz.

Tamamen hukukî, diğer bir üçüncü noktai nazar daha mevcuddur. Bazı hukukşinaslar, mülteci kabul etmenin, mültecinin mensup bulunduğu Devletin dahilî işlerine bir müdahale teşkil ettiğini, lâkin bu müdahalenin insanî mülâhazat tahtında yapılan müdahaleye müşabih olduğunu dermeyan etmekdedirler. Fîrarîler, ölmek veya yaralanmak tehlikesine mâruz bulundukları zaman, sığınacak bir yer bulamadıkları takdirde, muvakkaten sefarethanelere iltica etmiş olabilirler. Mülteciyi kabul eden Devletin, bir maksada mebni bu suretle hareket etmiş olması ve bu maksad temin edildiği ândan itibaren müdahalesine nihayet vermesi lâzımdır. Birleşik Amarika Devletleri, mahallî teamüle de müstenid bulunan bu noktai nazarı iltizam etmektedirler.

«Dahilî melce hakkı»nın ne suretle istimal edileceği bazı müahedeler ve hususî anlaşmalarla, tayin edilmiştir. Mahallî Hükûmet ile hey'eti süfera arasında nota teatisi suretile de bu hususun tesbit edildiği vâkidir. Bundan epeyce zaman evvel, Hukuku Düvel Enstitüsü

1102

de bu hususta bazı ahkâm kabul etmiştir; lâkin bunlar «melce hakkı»nın her şekline kabili tatbik olmayıp, daha ziyade konsoloshane ve harp gemilerine taallûk etmektedir.

« Dahilî » melceye dair aktedilen en son muahede, Havana'da Amerika Devletleri beyninde imza olunan ve şimdiye kadar bir kaç Devlet tarafından tasdik edimiş olan 20- Şubat- 1928 tarihli Muahededir. İşbu Muahede, 1889 senesinde Montevideo'da aktedilmiş olan muahede yerine kaim olmuştur. Muahede,âkit Devletlerin, gerek sefarethanelerde, gerekse harb gemileri, askerî kamplar ve askerî tayyarelerde, âdî mücrimlere veya asker kaçaklarına « melce » vermeyeceklerini ve, taleb vukuu halinde, bunları makamatı mahalliyeye teslim edeceklerini âmir bulunmaktadır. Buna mukabil, ayni mahallerde siyasî mücrimlere verilen «melce», mahallî teamül veya mevcut muahede ahkâmı dahilinde, masûn addedilecektir. Lâkin, «melce», ancak fevkalâde lüzum halinde ve firarinin başka bir yerde tahtı emniyete girebileceği müddetce, tanınabilecektir. Siyasî mümessil, veya harb gemisi, askerî kamp veyahut askerî teyyare kumandanı, firariyi kabul eder etmez, bu kimsenin mensup olduğu Devlet Hariciye Nezaretini, ve hadise Hükûmet merkezi haricinde vukua gelmiş ise, mahallî makamatı haberdar etmekle mükellefdir. Hükûmet, firarînin en kısa bir zamanda hudut harici edilmesini isteyebileceği gibi, siyasî mümessil de, firarînin serbestce memleketi terkedeceğine dair lâzım gelen teminatın itasını talep edebilir.

Firarî, kendisini tâkip eden Devlet topraklarına veya müavir mahallere sevk olunamaz. «Melce» devam ettiği müddete, firarînin, huzuru âmmeye karşı her hangi bir hareketde bulunmasına müsaade edilemez. Takip eden Devlet, mülteciyi kabul eden Devlete, bu suretle ihtiyar olunan masrafları tediye etmekle mükellef değildir. Amerika Hükûmeti mezkûr Muahedeyi imza ederken, melfuf protokol'a, «melce» hakkı doktrinini, (yani Devletin, Sefaretlerine mülteci kabulü hakkını tanıyan doktrini), bir Hukuku Düvel doktrini olarak tanımadığını kaydetmişti. Zaten, Muahedenin hey'eti umumiyesi nazarı itibare alınırsa, «dahilî» melce hakkının Hukuku Düvel'den neş'et eden bir hak olmadığı tezahür etmektedir. Konsoloshaneler hakkında ise, Muahedede hiç bir kayıd mevcut değildir.

Şimdiye kadar vâki mâruzatımızdan da anlaşıldığı üzere, Devletin, Sefarethane, harb gemileri, harb tayyareleri ve sairede, Hukuku Düvel'e müstenid bulunan bir «melce» hakkına malik bulunduğu ve

1103

mahallî makamatın bu hakka, Sefarethane ve saireye tanınan imtiyazat gibi, riayetle mükellef olduğu iddia edilemez. Bununla beraber Devletler beyninde mevcut teamül ile Havana Muahedesi ahkâmı gösteriyor ki, siyasî mücrimlerin, bazı ahvalde, «dahilî melce» den istifade etmelerine imkân vardır. Hukukî bakımdan, bu hak ne gibi bir esasa müsteniddir? « Dahilî melce hakkı»nın müstenid bulunduğu esas her halde «beynelmilel melce hakkı»nın müstenid bulunduğu esastan başkadır; zira. «beynelmilel melce» hakkında teamül, her Devletin mülteci kabul etmek hakkını sarahaten tanımaktadır ve zaten bu hak, Devletin kendi topraklarındaki hâkimiyetinde doğan bir haktır.

«Dahilî melce hakkı" bahsinde ise, sarih bir teamül, istinad edilebilecek bir prensip mevcud değildir. Bilâkis, bir çok hukukşinaslar, böyle bir hakkın mevcudiyetini bile inkâr etmektedirler. Meselâ Havana muahedesinde, Sefarethanelerin firarîyi «iade» değil, *„teslim„* edecekleri yazılıdır.

Devletin, ecnebî memleketlerdeki Sefarethanelerine, bazı ahvalde, siyasî mülteci kabulüne müsaade etmek hakkını, Hukuku Düvel bakımından, haiz olması, bence, şu sebeplere müsteniddir:

Evvelâ, mülteci, hududu aşmaya muvaffak olduğu taktirde, başka bir memlekete sığınacaktır. Saniyen — asıl mühimmi budur — İspanya ve Lâtin Amerika Devletleri başta olmak üzere, bazı memleketlerde bu hususta tarihî bir an'ane teessüs etmiştir: Bu an'ane, mevzuubahs memleketlerde dahilî siyaset mücadelelerinin şiddetinden ve aynı zamanda, Hükûmetin, âza ve taraflarına icabında iltica imkânı temin etmek arzusundan mütevelliddir. Mezkûr an'anenin, Hükûmetin dost bir Devlete karşı beslediği saygıdan dolayı, işbu Devletin melce hakkını istimal eylemesini hoş görmesi hasebiyle, beynelmilel prensipler mucibince, ayni hakkı bilûmum ecnebî Devletlere de tanıması lüzumdan neş'et ettiği de dermeyan olunabilir. Mamafih, bahsettiğimiz siyasî an'ane, ancak aynı halin tekerrür edebileceğini isbat edebilir, ve fakat, Hükûmet buna mâni olmaya karar verir ve ayni suretle bilûmum Devletlere karşı hareket eylerse, an'anenin bir hak teşkil ettiğini iddia ederek itizaz eylemek mümkün değildir.

Teamülden doğma bir hak, hakikî ve sağlam bir hak değildir. Böyle bir hakkı her hangi bir Devlet reddedebilir ve bu hak doğduğu gibi, zamanla zail de olabilir.

Bir Devletin diğer bir Devlet Sefareti tarafından mülteci kabulü halinde, takındığı tarzı hareket, kendisine kerşı, ayni ahvalde, yapılması lâzımgelen muameleyi tayin eder.

Sefarethaneler, harp gemileri, askerî kamplar ve saire, ecnebî

1104

topraklarında bulundukları cihetle, her türlü tecavüzden masûn olmaları icab eder; firariyi aramak bahanesile, mahallî makamatın bu mahallere girip, resmî evrakı müsadere etmeleri. hukuku Düvel'in ana prensiblerinden biri olan işbu masûniyetin ilgasına bir mukaddeme teşkil eder. İşbu mülâhaza mühimdir, yalnız, filiyatta olsa olsa şu şekilde tecelli edebilir: Sefarethane tarafından mülteci kabulü halinde, sefarethanenin bulunduğu memleket makamatı, sefirin mensup olduğu Devlet Hükûmetine müracaatla, meselenin halli için sefire icap eden tâlimatın verilmesini isteyebilir. Talimat gelinceye kadar, sefarethane kuşatılır. Harp gemileri, askerî kamplar ve harp tayyarelerine gelince, mahallî makamatın, bu kuvvetlerin mensup bulundukları Hükûmete müracaat etmeleri, Devletlerin müsavatı bakımından, zarurîdir; zira, aksi taktirde, mahallî makamatın, muhtelif Devletlere karşı, kuvvetlerine göre, başka başka şekilde hareket edecekleri ve büyük bir Devletin harb gemisine karşı daha ihtiyatlı, zayif bir Devlet gemisine karşı ise daha cesaretli görünecekleri şüphesizdir. Lâkin bu hal, mahallî makamatın hareket serbestisini sektedar etse dahi, «dahilî» melce'e hukukî bir vasıf izafe edemez; zira sefirlerin - hukuku Düvel'e muhalif olarak hareket etmiş ve binnetice tâbi bulundukları Devletin beynelmilel mesuliyetini tevlid eylemiş olsalar bile— Hükûmetleri tarafından bir dereceye kadar himaye görecekleri tabiîdir.

Haizi ehemmiyet olan bir dördüncü noktai nazar daha vardır. İşbu noktai nazara göre, «dahilî» melce hakkı, insanî mülâhazat tahtında yapılan ve hukuku Düvel'in meşrû addettiği bir nevi müdaheledir. Ancak, «melce», firarînin hayatının tehlikede bulunması gibi muayyen şeraiti câmi bulunduğu taktirde, şayanı kabuldur. Firarînin, lüzumundan fazla sefarethanede kalmaması ve mahallî Hükûmete icap eden malûmatın itası iktiza eder. Mülteciyi kabul eden Devlet tarafından da, bu kimsenin meşrû Hükûmet aleyhinde her hangi bir faaliyette bulunmayacağı hakkında teminat verilmesi lâzımdır.

Marül'arz mülâhazalara mebni, konsoloshanelerin de, ayni şerait dahilinde, melce hakkından istifade etmeleri imkânı vardır: Dahilî harb esnasında, İspanyada bulunan Sefarethane ve konsoloshaneler mülteci kabul etmekle, Hukuku Düvel'e aykırı bir harekette bulunmuş değildirler. Bir kaç defa, meşrû İspanya Hükûmeti, mülteciyi kabul eden Devletin, mülteciyi memleket haricine sevketmek hususunda gösterdiği gevşeklik dolayısiyle, haklı olarak şikâyette bulunmuştur. Zira, yukarıda da izah olunduğu üzere, mülteci kabul eden Devletin hukuku, bu vâdide pek mahduttur.

*
* *

1105

Şimdi „haricî melce hakkı" na tekrar avdet edelim. Siyasî mücrimlerin,—bu hususta her hangi bir hak mevzuubahs olmamakla beraber - diğer memleketlere iltica edebilmekte olduklarını ve Devletlere tanınan bu «melce hakkı»nın iadei mücrimin Muahedelerinin tekâmülüne ve medenî Devletlerin âdi cürümler bahsinde birbirlerine müzaheret etmelerine hâdim olduğunu yukarıda izah etmiştik. «Melce hakkı"na dair Amerika Devletleri arasında 1928 senesinde aktedilen Havana Muahedesi, bu nevi «melce»ye dair bir madde ihtiva etmektedir. İşbu maddede şöyle deniliyor: «Âdi mücrimler ile asker kaçakları ecnebî bir Devlet topraklarına iltica ettikleri taktirde, işbu Devlet, Muahede veya firarînin sığındığı memleket kanunlariyle tesbit edilmiş olan ahval ve şerait dahilinde, bu kimseleri mensup oldukları Devlete iade eder.»

XIX uncu asır ortalarına doğru iadei mücrimin ve müzahereti adliye bahislerine verilen kat'î şekil üzerine, denilebilir ki, Hukuku Düvelin bu hususata müteallik ahkâmı umumiyesinde hiç bir tâdilât yapılmamıştır. Lâkin tatbikat zamanla tahavvül etmiştir. Tarihten alacağımız bir kaç misal bunu isbat edecektir.

III üncü Napoleon'a karşı yapılan suikasd üzerine. 1833 senesinde siyasî mülteciler hakkında bir kanun isdar etmiş olan Belçika, müzeyyel bir kanunla, Reisi Devlet veya ailesi efradına karşı işlenen suikasdların «siyasî cürüm» addedilemeyeceği kaidesini vaz eylemiştir. Hâlen, bir çok memleket kanunlarında suikasdlara dair hükümler mevcuddur. Geçen asır sonlarına doğru, anarşistler hakkında da, bazı mevzuata ahkâmı hususiye dercedilmiştir. Muhtelif Devlet tarafından bu hususta kabul edilmiş olan ahkâm, az çok aynıdır. Prensip olarak, siyasî cürümler lehinde yapılan istisnaın, ancak tamamen siyasî cürümler ile murtebit cürümler hakkında carî olacağı kabul edilmiştir. Murtebit suçlar, âdi suç olmakla beraber, yalnız başına alındığı taktirde siyasî suç mahiyeti veren bir unsuru muhtevi suçlardır. Siyasi bir maksadla irtikâb olunan bir suçun, mutlaka siyasî suç addedilmesi icap etmez. Şüphesiz ki, bu hususta sarih bir tefrik yapmak hayli güç bir iştir; mamafih muhtelif Devletlerin mevzuatı az çok aynı esaslara müstenitdirler.

İadeî mücrimin Muahedeleri, siyasî cürümler ile murtebit suçların iadeye tâbi tutulmayacağını âmir bulunmaktadır. Bu hususdaki müşkilât, işbu meseleye müteallik muhtelif mevzuatın, terorizm'in tesiri altında, tevhidini temin etmek temayülü ile baş göstermiş'ir.

Yugoslavya Kralı Aleksandr ile Fransa Hariciye Nazırı Barthou'nun teroristler tarafından 1934 senesinde katilleri üzerine, Milletler Meclisi, terorizmle mücadele için beynelmilel elbirliğini temine mâ-

1106

tuf bir mukavele projesi ihzarı zımnında; bir mütehassıslar komisyonu teşkil etmiştir. 1927 senesinden başlayarak bu tarihe kadar, bir çok beynelmilel kongrelerde bir beynelmilel Hukuku Ceza Divanı ihdası meselesi mevzuubahs edilmiştir. Mütehassıslar Komitesi, Belçikalı Carton de Wiart'in riyaseti altında, 1935 ve 1936 senelerinde bir kaç içtima akdetmiş ve 1937 senesinde, bu hususta, iki Mukavele imza olunmuştur. Birinci mukavele ahkâmı mucibince, terorist cinayet addolunan bir suç vukuu halinde, âkit Devlet, suçluyu ya bizzat tecziye edecek veya suçdan zarar gören Devlete iade eyleyecektir. İkinci Mukavele ise, suçun işlendiği memleket mevzuatı mucibince terorizm suçlarını rüyet etmek üzere, bir beynelmilel Ceza Divanının ihdasına mütealliktir: Bir Devlet, birinci Mukaveleyi imza etmeden ikincisini imza edemez; lâkin, birinci Mukaveleyi imza etmek için, ikincisine iltihak etmiş olmasına lüzum yoktur. Milletler Meclisinin 1936 senesi sonbaharı içtimaında, muhtelif âza Devlet mümessilleri beyanatta bulunmuşlardır. İngiltere başta olmak üzere, bir çok mühim memleketler, Beynelmilel Ceza Divanının teşkili fikrine itiraz etmişler, buna mukabil, Hollanda mümessili, birinci mukavelede musarrah bir suç dolayısile her hangi bir Devlet, mevzuatı milliyesi mucibince, işbu fiillerin bir suç addedilmediğini ileri sürerek, mülteciyi iade etmek istemediği taktirde, iki Devlet beyninde bu suretle tahaddüs edecek ihtilâfın bertaraf edilmesi maksadiyle, meselenin Beynelmilel Ceza Divanına havalesi fikrini kuvvetle müdafaa etmiştir. Bu hususdaki ihtilâfı efkâr bugün hâlâ mevcuddur. Bugün siyasî suç addedildikleri cihetle, iadeye tâbi tutulmayan ef'alin tahdidi hakkında vâki teklifler, yapılan itirazlar dolayısiyle, bir netice vermemiştir.

1936 senesinde de, Sovyet Hükûmeti tarafından mevzubahs Mukavele projelerine bazı itirazlar yapılmıştır. Sovyet Hükûmeti, işbu projelerin, terorist cinayetlerin tenkili için Devletler beyninde beynelmilel elbirliğini temin etmek üzere, 1934 senesinde Milletler meclisinin takib eylediği gayeden, esas itibariyle, pek uzak olduklarını dermeyan etmiştir. Sovyetler, mülteciler tarafından mensub oldukları memleket Hükûmetine karşı gösterilecek siyasî faaliyetleri, sığındıkları Devletin men etmeye mecbur olduğu hakkında, Mukavelelerde sarahat bulunmasını arzu ediyorlardı.

*
* *

Tetkik edeceğimiz diğer bir nokta da, mülteci kabul eden Devlete, hukuku Düvel bakımından, terettüb eden vecibeler meselesidir.

1107

Mülteci, diğer bir Devlet tebeası olabileceği gibi, vatansız (Apatri'de) bir kimse de olabilir. Hukuku Düvel noktasından, bunun bir ehemmiyeti yoktur. İadei mücrimin mukaveleleri, her hangi bir Devlet tebeasının veya vatansız bir kimsenin iadesini derpiş etmektedirler. (Şunu kaydedelim ki, İngiltere müstesna, Devletlerin ekserisi kendi tebealarını iade etmek istememektedirler). Mülteci, sığındığı memleket kanunlarının kendisine bahşettiği -pek mahdut olsa dahi- hukukdan fazla bir hak taleb edemez. Burada, mülteciye insanî muamele yapılması zımnında yabancı bir Devletin müdahelesi tabiatiyle mevzuubahs olamaz, zira diplomatik tarikle himaye etmesi lâzım gelen Devlet, kendisini takip eyleyen ve tecziye etmek isteyen Devlettir. Devletin mülteciye karşı olan vazifesinin tayini, o kimsenin şu veya bu Devlet tabeası olmasiyle de mukayyet değildir, çünki mültecinin mutlaka mevzuubahs Devlet tebeası olması veya son ikametgâhının onun topraklarında bulunması lâzım gelmez.

Mülteci kabul eden Devletin vazifesi, kendi topraklarında dost bir Devlet aleyhine bir suikast hazırlanmamasına ve o Devletin esas menafiine zarar irâs edecek harekete tevessül olunmamasına itina göstermektir. Evvelemirde tayin edilmesi lâzım gelen cihet, Devletin, kendi tebeasının veya her hangi bir ecnebinin yaptığını, mültecinin yapması halinde, mesuliyetinin ziyadeleşip ziyadeleşmeyeceğidir. Tayini icap eden diğer bir husus da, siyasî mülteci kabul eden Devletin, âdi mülteci hakkında gösterdiği tayakkuzun siyasî mülteci hakkında da göstermeğe mecbur olup olmadığıdır.

Mülteci kabul eden Devlet, siyasî mültecilere, memlekete girdikleri sırada, ikametleri devamınca diğer bir Devlet aleyhinde her türlü siyasî faaliyetten istinkâf edeceklerini, umumiyetle, teahhüt ettirir. Devlet, her nevi müşkülâtı önlemek endişesiyle, siyasî mültecilerden böyle bir teahhüt istemektedir. «Melce», mahiyeti itibariyle, her vakit geri alınabilen bir lütufdür. Ve âdi mülteciye tatbik olunan şeraitin, siyasî mülteciye de aynen tatbikine hiç bir mâni yoktur.

Mülteci kabul eden Devletin, vazifesinin hududu nedir? Mülteci kabul eden Devlet, her halde, diğer bir Devletin talebi üzerine mülteciyi hudud harici etmek veya taleb eden Devlete iade eylemekle mükellef değildir. Aksi taktirde, «Melce hakkı» nın hiç bir kıymeti kalmamış olur. Lâkin, Devletin vazifesi, mülteciyi daimî bir nezaret veya muhafaza altında bulundurmaya kadar gidebilir. Tabiî her vakit vaziyet ayni değildir. Tehlikede bulunan üçüncü bir Devletin müddeiyatı, mülteci kabul eden Devletin, mülteciye karşı insanî vazifesini ifa edememesini hiç bir vakit mucib olamaz. Hiç bir yabancı Devletin emniyeti, mülteci kabul eden Devlet topraklarında bir

1108

mücrimin gayri insanî muameleye tâbi tutulmasını icap ettirmez.

Diğer tarafdan, mülteci kabul eden Devlet, mültecinin hal ve harekâtını takip etmekle mükellef ise de, diğer eşhasın ne yapdıklarını kontrol etmeye mecbur değildir. Mülteci kabul eden Devlet, mülteciyi her vakit hudut harici edebilr, lâkin diğer tebea veya ecnebilerin, topraklarında bulunmalarına mâni olamaz. Şüphesiz ki, Devlet, terorizm harekâtına tevessül eden tebeasını da takib eyler. Siyasî mülteciler memlekete girdikleri andan itibaren, onları kabul eden Devlete, beynelmilel bakımdan, vazifeler terettüb eder. Devlet, bu kimselerin memlekete geldiklerinden haberdar değilse, iltica mevzuubahs değildidir ve binnetice Devlete bu bakımdan vazife teveccüh etmez.

Demek oluyor ki, mülteci kabul eden Devlet, mültecinin hal ve harekâtına nezaret etmekle mükelleftir. Fakat, o kimseye karşı insaniyet ve, arzu ederse, sempati göstermek hakkına her vakit maliktir. Hatta, mülteciye nakten muavenette bile bulunabilir. Ve bundan hiç bir siyasî ihtilâfın tahaddüs etmesi melhuz değildir.

1109

No : 99

III

Belli başlı cihan borsalarının hukukî bakımdan tahlili

Yazan:
M. Nevzat TAPLAMACIOĞLU

Bundan evvelki makalemizde borsa muamelelerini klinik yani teşrih eder yollu bir incelemeden geçirmiştik. Şimdi borsanın dinamik ve statik bir tetkikini yapacağız. Bunun için belli başlı cihan borsalarını ve ezcümle Londra, Paris, New — York ve Berlin Borsalarını birer birer tetkik ederek Borsa emirlerinin ne şekilde icra edildiğini göreceğiz. Ve ancak bu tetkikatı yaptıktan sonradır ki, memleketimizdeki mevzuatı tahlil ve bu mevzuatı ecnebi mevzuatla mukayese imkânı hasıl olacaktır.

Belli başlı cihan borsalarındaki hususiyetler

Londra Borsasında daha ziyade sınaî kıymetler üzerine muamele yapıldığı halde Paris Borsası Devlet rantları üzerine muamele yapmakla iştihar etmiştir.

Londra Borsası (Stock exchange) iki bakımdan Paris Borsasından ayrılır: evvelemirde Londra Borsası yalnız mukayyet âzalarının duhulde serbest olduğu hususî ve kapalı bir teşekküldür. Saniyen Paristekinin aksine olarak Londrada âkid taraflar arasında meyancılık eden pek çok mutavassıt vardır. Broker [1], Paris Borsasındaki kambiyo acentesi (agent de change) gibi müşteri hesabına alım satım yapmakla muvazzaftır. Brokere tevdi edilen muamelenin mukabil tarafını (contre partie) Coberle (Jobbers) teşkil eder. Cober esham ve tahvilâtta nevi itibariyle ihtisas peyda etmiş senedat tâcirleridir. Borsada pazar (Markets) denilen hususî bir mahalde toplanarak Brokerlerin ziyaretini beklerler.

[1] Broker kelimesi tek başına bizim borsa lisanındaki acentenin karşılığıdır. Bill Broker'den tefrik zımnında İngilizler bunlara Stock Broker derler.

1110

Londra Borassında icra edilen her muamele mutlaka kotaya bir fiyatın yazılmasını icab ettirmez. İhtiyarî olarak neşredilen fiyatlar olsa olsa bir temayülü göstermek bakımından ehemmiyeti haizdir. Zira bunlar Borsada bilfiil yapılan alım satıma tekabül etmeyen ve Coberin malûmat kabilinden bildirdiği fiyatlardır. Bu sebepden dolayı Londra Borsasındaki kota, denebilir ki, Paris Borsası kadar samimî değildir.

New—Yorkta, Parisin resmî piyasasına tekabül eden Wall street [1] yanında Parisin gayri resmi piyasasına benzeyen (Curb Market) [2] vardır.

New – Yorkta, Londrada olduğu gibi, Broker ve Coberler (dealer) vardır. Birinciler ekseriya komisyon evleri (commision house) nin mümessilleridir. Kendi hususî müşterilerini de ihmal etmeyerek bu evlerin müşterilerine mütavassıtlık yaparlar. Brokerlerin yanında tıpkı İngiliz coberleri gibi çalışan dilerler (dealer) vardır. Yalnız New — Yorkta broker ve diler sıfatları arasında Londradaki kadar bariz bir hudud yoktur. İngiliz borsasında muamelelerin ekseriyetini vadeli muameleler teşkil ettiği halde New — Yorkta hemen bütün muameleler peşin olarak cereyan eder. Diğer borsalar mutavassıt bir tarzı halli kabul etmişlerdir. Yani ekseriyeti teşkil eden peşin muameleler yanında vadeli muameleler de ihmal edilmeyecek kadar bir yer tutmaktadır.

Berlin borsasını idare eden bir meclis vardır ki buna nezaret meclisi derler. Borsada kanun ve nizamatın tatbikile muvazzaf bir devlet komiseri (Staatskommissar) vardır. Esham ve tahvilâtın piyasaya kabulü müsaadeye tabidir. Fransada olduğu gibi mutavassıtlara inhisar verilmemiştir. Simsarlar (Kursmakler) herbirisi bir veya bir kaç senedde ihtisas peyeda eden gruplara ayrılmışlardır. Eskiden kota nezaret komisyonunca tesbit edilirdi. 5 Mart 1934 kanunu bu işi simsarlar meclisine (Makler—Kammern) havale etmiştir. Esham ve tahvilât fiatları yüzdelerle (pourcantage) kotaya geçirilir. Vadeli piyasa yanında bir de peşin piyasa vardır. Berlin borsasının en büyük hususiyeti esham ve tahvilâtı tek fiyatla (Einheitskurs) kotaya geçirmesindedir.

Cihan iktisadiyatında büyük roller oynayan belli başlı borsaların biribirinden ayrıldıkları en bariz hatları çizmiş bulunuyoruz.

[1] New—Yorktaki menkul kıymet borsası Wallı Street denilen caddede kâin bulunduğu için bu kelime New—York'un resmî borsası için alem olmuştur.

[2] Fransız muharrirlerince (marché aux pieds humides) diye tercüme edilen "Curb market„ resmî piyasaya girecek derecede stajını yapamıyan senedatın muamele gördüğü bir piyasadır.

Şimdi bunları ayrı ayrı alarak teşkilâtlarını tetkik ve muamelelerini inceledikten sonra kendi borsamız hakkındaki düşüncelerimizi söyleyeceğiz.

Berlin Borsası "BERLİNER BÖRSEN„

Berlin borsası eskidenberi mevcut olmakla beraber hakiki faaliyetini Viyana kongrasından (1815) itibaren almıştır. Gün geçdikce gerek iktisadî ve gerekse siyasî satvetini artıran ve millî birliğine kavuşan bir Alman Borsasının er geç pek mühim muamelâta sahne olması mukadder olan bir şeydi.

Berlin borsasının ilk nizamnamesi 1820 de yapılmış ve 1858,1864 tarihlerinde işbu nizamnameye yeni maddeler eklenmiştir.

1824 ve 25 seneleri haricî ve dahilî esbabdan dolayı Berlin borsası büyük bir karışıklığa düşmüş ve borsadaki vadeli muamelelerin men'i hakkında bir aksülâmel husule gelmiştir. Bunun neticesi olarak 1850 ve 51 senelerinde Berlin ticaret heyeti idaresinin tanzim ettiği rapor vadeli muameleler hakkında şiddetli takyitler koymuştur. Takyidatın, bilhassa ecnebi esham üzerinde vukua getirdiği makes pek elim olmuştur. Bu vaziyet karşısında aynı hey'eti ihtiyariye vadeli muameleleri temamiyle serbest bırakmak suretiyle felce yüz tutan borsayı yeniden hayata kavuşturmuştur.

1866 da Sadovanın galibi olan Almanya gerek siyasî ve gerekse iktisadî nüfuzunu artırmış olduğundan Berlin Borsası büyüklü küçüklü bütün Alman devletlerindeki iktisadî âlemin bir mihveri haline gelmişti.

1876 tarihinde Borsa nizamnamesine zeylen ilâve olunan kısım devlet eshamı hakkındaki borsa taammüllerine ve Ehlihibre komisyonunun mukarreratına kanunî bir şekil vermişdi. [1]

En son olarak 1896 da neşredilen bir kanun Berlin Borsasının yeniden ve fennî easaslara göre yuğurmuş ve onu iktisadî tekâmülün en son bir ifadesi haline ifrağ etmiştir.

Almanlarca *Börsengesetz* denilen 22-Haziran-1896 tarihli borsa kanunu cihan borsalarında yapılmış veya yapılmakta olan mevzuata bir model teşkil ettiğinden ehemmiyeti haizdir. Denebilir ki, son zamanlarda gerek Belçikada, gerek Amerika ve gerekse Fransada yapılan tadilâtta bu 1896 kanunu bir ilham kaynağı olmuştur. Fevkalâde ehemmiyeti dolayisiyle bu satırlar üzerinde bir nebze tevakkuf ederek bu kanundan bahsetmek bugünkü vaziyeti izah için zaruridir.

[1] Borsaların tarihçesi hakkında daha uzun malûmat almak üzere 1928 tarihli Borsa rehberine müracaat edilmelidir. Mevzuumuz haricinde kalan tarihçeden maalesef fazla bahsedemedik.

1112

Zemanımızda yeni yeni spekülatörler, kambiyo acenteleri ve borsada muamele yapan diğer bazı zevat ortaya çıkmıştır. Bu halin tabiî bir neticesi olarak tasarruf erbabının tasarufatı mütemadiyen talebedilmektedir. Bu vaziyet karşısında küçük tasarruf erbabının kaybetmemek için borsa muamelâtından imtina etmelerinden bahsedilebilirmi? Şüphesiz hayır. Çünkü küçük tasarruf (petite épargne) oldukça aceleden çoğalmak hassasını haizdir.

Profesyonellerin küçük tasarruf erbabını iğfal etmesine mâni olmak gerektir. Binaenaleyh muameleleri bir takım teminata bağlamak icabeder. Bu teminatın hedefi bir taraftan küçük tasarrufu himaye, diğer taraftan da vadeli muamelâtın irâs ettiği zararları bertaraf etmeye matuftur. Bu hususlardan ilhamdide olan Alman mezuatı cihan mevzuatını çok yakından alâkadar eden esaslar koymuştur. Bu sebepden dolayı 1896 tarihli Alman mevzuatının borsaya taallûk eden kısmını incelemek gerektir. Almanyada, meselâ: 1890 tarihinde mevzuubahs oldu. O sırada borsaya ve borsadaki vadeli muamelelere karşı şiddetli hücümlar yapılıyordu. Bu hücümları sağ fırkalar kadar sol fırkalar da yapıyorlardı.

Sağ taraf borsa muamelelerini ve borsadaki vadeli muamelelerin mezruat fiatlarını düşürdüğünü idüia ediyor. [1]

Sol fırka borsadaki bubranların küçük tasarrufu mahvettiğinden ve azim servetlerin bir elde toplandığından şikâyet ediyorlardı. İşte bu fikir çatışmasından 1896 kanunu çıktı ki ikinci kısmı vadeli muameleleri tahdid ediyordu. İkinci kısmı şöyle hülâsa edebiliriz.

1.— Ağır para cezası tehdidi altında buğday ve un üzerine vadeli muamele yapmak memnudur.

2.— Sanayî ve madenî sanayia ait bilûmum teşebbüsatın ihraç ettiği esham ve tahvilât üzerinde vadeli muamele icrası memnudur. Bu gibi teşebbüsata ait esham ve tahvilâtta vukua gelen iniş ve çıkışlar bazen bu teşebbüslerin tabiî bir halde işlemesine mâni oluyordu. Çünki senedat düşünce alacaklıları kredilerini geri çekiyorlardı.

3.— Diğer bilûmum senedat (sigorta kumpanyaları, ecnebi esham ve tahvilât) için vadeli muameleler bir takım şartlar tahtında mecazdır! şöyleki:

a) Vadeli muamele ancak borsa sicillinde mukayyet eşhas için muteberdir. Eğer muamele yapan sicilde mukayyet değilse muamele *kendisi için* bir hüküm ifade etmez. Hareket edilen fikrin esa-

[1] Bu sıralarda Almanyanın vaziyeti hususî bir manzara arzediyordu. Sınaî ve iktisadî inkişafın aldığı hız gün geçtikçe memlekette kuvvetlenen bir orta sınıf halk (bourgeoisie) yaratmıştı. Bu vaziyete sağ taraf, yani toprak sahibleri nüfuzunun ortadan kalkdığını görünce harekete geçtiler. Sağ tarafın izhar ettiği fikir ve dolayısiyle kanun bu haleti ruhiyenin damgasını taşımaktadır.

1113

sı şu idi: Sicil umumidir. Bu vasfı haiz olmadan bu muameleleri yapanlar bu sicille kayıd edilmezler. Çünkü bu şahıslar spekülatör telâkki edilmekten korkarlar. Bunlar içerisinden bu işi yapacak bir kaç banker çıksa bile ehemmiyeti haiz değildir. Çünki bir banker oyundan mütevellit deffî dermeyan edince artık kimse kendisine itibar etmeyecek ve müşterileri yavaş yavaş kaçacaklardır.

Hakikatı halde kimse bu sicille kayıd edilmedi. Binaenaleyh vadeli muameleler emniyet altında cereyan etmiyordu. Bu hal bir takım münakaşata yol açtı. Zira emniyetsizlik yüzünden borsa felce uğramıştı. Bu halde ya kanunu tadil etmek, veyahut oyundan mütevellid deffî prensibinden vazgeçmek ve yapılan itirazata kulak asmamak lâzım geliyordu.

Kanun 18-Mayıs-1905 de tadil edildi. Bu tadilâtta buğday ve değirmen hasılatı hakkındaki memnuiyet mutlak bir suretde muhafaza ediliyordu.

Sınaî esham ve tahvilât hakkında vadeli muameleler aşağıdaki şartlar dahilinde müsaadeye mazhar olmuştur.

Sınaî esham ve tahvilin vade ile alım satımı yapılabilmek için Federal meclisi [1] müsaadesi lâzımdır. Meclis, şirketin meclisi idaresi talep ettiği takdirde bu müsaadeyi derhal veriyordu.

Bundan başka kanun sicil mes'elesini ortadan kaldırmıştır. Vadeli muameleler için iki türlü eşhas vücude geldi: ehliyetli - ehliyetsiz.

Perakendeciler müstesna olmak üzere, ticaret sicilline kayıtlı olan herkes ehliyetli. Diğer eşhasın hepsi ehliyetsizdir.

1) Vadeli muamele iki ehliyetli şahıs arasında cereyan ederse muteberdir. Ve her ikisi de akdin hükümlerini ifa ile mükelleftir.

2) Vadeli muamele iki ehliyetsiz şahıs arasında cereyan etmişse akid hiçbirisi için lüzum ifade etmez.

3) En mühimi, vadeli muamelenin bir ehliyetli ile bir ehliyetsiz arasında cereyan etmesi halidir: Bir bankerle bir doktorun veya bir bankerle bir memurun muamelede bulunması gibi. Bu takdirde ehliyetli olan şahıs mükelleftir. Ehliyetsiz ancak ödediği fark nisbetinde mükellef tutulur. Bu da bir hadde kadardır. Meselâ ehliyetsiz bıraktığı karşılık nisbetinde bir külfete müstahaktır. Binaenaleyh ehliyetsiz bir şahıs 100.000 Markhk bir borsa emri alır ve buna mukabil 25.000 Mark karşılık yatırmış olursa senedat 50.000 Marka düştüğü takdirde bu şahıs yalnız 25,000 Markla mükellef olur. Şayet karşılık vermese idi hiçbir şeyle mükellef tutulamıyacaktı. Bunun için bankerin karşılık istemesi bir ihtiyat kaidesi icabındandır. Keza ehliyetsi-

[1] Federal meclis denilen teşekkül bizim Şûrayı Devlet gibi bir şeydir,

zin mükellef olması için alım satım emirlerinin tahriren verilmesi gerekmektedir.

*
* *

Alman Borsa rejimini şöyle hülâsa etmek mümkündür.

1) Bankerlik ve acentelik meslekleri arasında bir fark gözetilmemiştir.

2) Bilhassa 1896 danberi borsada sıkı bir tahdidat rejimi hâkimdir.

3) Devletin müsaadesi olmadıkca hiçbir borsa tesis edilemez.

4) Her borsa nezdinde bir devlet komiseri vardır.

Borsanın teknik bakımdan tahliline geçmeden bir kaç nokta üzerinde tevakkuf etmek lâzımdır.

*
* *

Borsaya kim âza olabilir?

Her nekadar bu cihet her borsanın takdirine bırakılmış bir keyfiyet ise de borsa nizamnamelerinin hükûmet tarafından tasdik edilmesi hasebiyle fiilen borsaya kimin âza olabileceğini tayin eden Devlettir. Esasen bu prensip Almanyada yadırganan bir hukuk kaidesi değildir. Alman Hukuku Âmme âlimlerinden bir çoğu devletin, hatta hukuk kaidelerini yaratmakta, bile nafiz bir kudret olduğunu kabul eden prensipleri benimsemişdir. *Der Staat ist Macht* (Devlet kudretdir) prensibi bu âlimlerin mukaddes bir prensibi gibi câyi kabul bulmaktadır. [1] Binaenaleyh yukarda arzettiğimiz şekilde borsanın devlet müdahelesi mevzuu olması Alman mevzuatı göz önünde tutulursa pekte aykırı bir prensip değildir.

Almanyada acente ile banker arasında bir fark gözetilmediği de bu memlekette inkişaf etmekte bulunan iktisadî ve hukukî tekâmüle kabili izahtır. Alman iktisat kitaplarında her borsa bir bankadır (Jede Bank ist eine Börse) tâbiri bir mevzua gibi tekrarlanmaktadır.

*
* *

Esham ve tahvilâtın kotaya alınmasına kim karar verir?

Buna karar veren hususî bir komite idi. Resmî kotaya kabul şartları gün geçtikçe daha sıkı bir takım merasime tâbi tutulmaktadır. Komitenin banker ve kambiyo acentelerinden mürekkeb olması ha-

[1] Bu cihetin tâmiki için muhterem hocam ve mürşidim Doktor Bay Menemenci Ethem "Duguit„ den tercüme ettiği hukuku Esasiye kitabına müracaat edilmelidir.

1115

sebiyle hükûmet komitenin faaliyetini teminatlı bulmamaktadır. Zira dellâliyeden istifade etmek üzere resmî kotaya fazla mikyasta senedatın kotaya kabulünde komite menfaattardır. Bu sebepden dolayı hiç olmazsa âzalarının yarısı acente veya banker olmayan şahıslar meyanından seçilen bir kotaya kabul komitesi (Zulassungsstelle) senedatın borsaya kabulüne karar vermektedir. Bu komite kotaya kabul için yalnız kanunî merasimin ifa edilip edilmediğine karar vermege değil aynı zamanda bu kabulün tasarrufu umumî (épargne publique) için bir tehlike teşkil edip etmediğini de karar altına almağa salâhiyettardır. Bu Alman sistemi borsa meselelerini ıslah etmek isteyen birçok memleketlerce kopya edilmiştir. Zaten ehemmiyeti tali derecede kaldığı halde ilk olarak Alman borsasından bahsetmemizin yegâne sebebi de budur.

Resmî kota simsarlar (Kursmakler) tarafından tanzim edilmektedir. Bunlar, üzerinde uğraştıkları senedatın alım satım emirlerini bir yerde temerküz ettirerek, prensip itibariyle, verilen emirlerin kaydı ile iktifa ve en büyük mikyasta borsa emirlerinin icra edilebileceği fiatı tesbit ederler. Bu fiat tek fiattır (Einheitskurs). Tek fiatta müşterinin menfaati azîmdir. Fakat tek fiat usulü çok sert ve ancak piyasası dar olan senedata uygun gelen bir sistemdir. Bunun için, daha ta harpten evvel mütemadî fiat usulü tatbik ediliyordu. Harbin ferdasında, para kıymetinin yıldırım sür'atile tahavvülâta mâruz kalması dolayısiyle, tek fiat usulü terkedilmiş isede para istikrar bulduktan sonra tekrar tek fiat usulüne rücu edilmiştir. Mamafi birçok senedatta tek fiatın tesbitinden sonra da alış veriş devam eder. Hitler'in başa geçmesi ile bazı tahavvüller vukua gelmiş ve ezcümle (Führerprinzip), yani komite yerine, bir tek şahıs vazifedar kılınmış ve ibka edilen komite de istişarî bir organ haline ifrağ edilmiştir.

*
* *

Almanyadaki borsa rejiminin kısaca tarihçesini ve tâbi bulunduğu mevzuatı ortaya koyduktan sonra bu borsanın bir de statik tahlilini yapmak icabeder.

*
* *

Berlin borsasında bankaların faik bir rol oynaması bu borsayı diğerlerinden ayıran en büyük farikadır. Bankalar halktan topladıkları borsa emirlerini bizzat icra edebilirler. Burada ne Paris borsasının inhisarlı acentesine de Londranın brokeri vardır. Bankalar borsada biz-

1116

zat muamele yaptıkları gibi çok kerre bunu bir simsar marifetiyle de yaparlar. Simsarlar arasında iki sınıf vardır; yeminli veya resmî simsar, serbest simsar.

1) Yeminli veya resmî simsar (Kursmakler-Vereidete Makler):

Yeminli simsarlar borsaya merbut memurlardır. Bunlar Berlinde Brandenburg valisi tarafından tayin ve vazifeye başlamadan evvel borsadaki Devlet komiseri (Staats-Kommissar) huzurunda tahlif edilirler. Resmî simsarlar kendilerini temsil ve faaliyetlerine nezaret etmek üzere bir komisyon (Makler-Kammer) intihab ederler. Simsarlar hiçbir suretle inhisarı haiz olmamakla beraber kotaya geçirilecek fiatları tesbitte yegâne sahibi salâhiyet olan kimselerdir. Her yeminli simsar tek başına veya arkadaşları ile birlikte muayyen bir miktar esham ve tahvilâtın alış verişile uğraşır. Bu esham ve tahvilâtın alım satım işi kendilerine her sene simsarlar meclisince havale edilir. Simsarların kendilerine havale edilmiyen senedat üzerinde alış veriş yapması memnudur. Ücretleri alıcı ve satıcının verdiği dellâliyeden (Maklergebühr) ibarettir. Bu da peşin muamelede %1, vadeli muamelede % 3/4 nisbetindedir.

2) Serbest simsarlar (Freimarkler): Serbest simsarlar resmî simsarlarla rekabete girişirler. Zira aldıkları dellâliye resmî simsarların nısfına müsavidir. Herhangi bir esham ve tahvilâtta ihtisas peyda etmiş değildirler. Esham ve tahvilâtın alış verişini gelişi güzel yaparlar. Kotaya alınmamış bir takım esham ve tahvilât üzerinde uğraşırlar. Bu serbest simsarlar arasında bazıları vardır ki kelimenin tam manası ile simsardır, yani ancak mukabil taraf buldukları zeman borsa emirlerini icra ederler ve sadece mutavassıtlıkla iktifa ederler. Bunlara Almanlar *Kassamakler* derler. Keza kendi hesaplarına alış veriş yapan simsarlar da vardır. Bunlar celsede karşılık bulmak şartı ile bizzat alıcı veya satıcı olurlar. Bunlara da *Spekulationmakler*.

Berlin borsasında muamele ne şekilde cereyan eder?

1) *Peşin muameleler:*

Peşin muameleler ekser senedat için tek fiyat (Einheitskurs) üzerine icra edilirler. Bu tek fiyat, alış ve satış emirlerini ve bu emirlerin verildiği zamandaki ahval ve şeraiti göz önünde tutan resmî simsarlarca tesbit edilir. Berlinde resmî simsarlar ikişer kişilik grup halinde alım satım muamelesi icra ederler. Herbiri bir kaç acente istihdam eder. Grup bu trabzanın gerisinde kendilerine mahsus yerlerde muamele görürler. Her grupda muamele gören senedin adedi 30 — 50 arasındadır. Takriben saat 13 e kadar

devam eden ilk celse esnasında simsar veya muavinleri banka mümessillerinin ekseriya şifahen verdikleri borsa emirlerini toplayarak karnelerine geçirirler. Saat 13 ten itibaren tek fiyatı tayin işi başlar. Bu fiyat grubun her senedi için birbiri ardı sıra tesbit edilir. Simsarların herbiri aldığı emirler üzerinde birinci fiatı tayin eder. Simsarlar vasıl oldukları neticeleri birbirlerine bildirilmesiyle arz ve taleb nazarı itibara alınarak, tek fiatın müzakeresine başlarlar. Müzakere alenen cereyan eder. Fiatların ilgilendirdiği herkes müzakerede bulunarak icabında yeni borsa emirleri verebilir. Simsar herhangi bir arz veya talebin fiyatı iyice tadil edecek mahiyette olduğunun farkına varırsa alâkadarı bundan haberdar etmeye mecburdur.

Tek fiat o şekilde tesbit edilmelidir ki toplanan emirler büyük bir mikyasta icra edilebilsin. En müsaid fiatla verilen emirlerin icrası bittabi diğerlerine takaddüm eder. [1] Bir gruba ait fiat tekarrür edince simsarlardan birisi hususî bir mahalle giderek kotaların tahririyle muvazzaf olan kitabet memuruna fiyatı bildirir. Bu fiyat borsa komitesi (Börsen vorstand) delegesinin tasvibi üzerine kat'îleşir ve kotaya geçer. Delege tıpkı devlet komiseri gibi, şikâyet vaki oldukta fiyatları tadil edebilir. Bu taktirde Simsar arz veya talep emirlerini karnesini ibraz etmek üzere davet olunabilir. Bu sistem matbuat âleminde çok mürekkep sarfını mucib olmuştur.

[1] Farzedelim ki bir tahvil için verilen emirlerin hey'eti umumiyesi şu şekilde irae edilsin:

Satış emirleri		Satın alma emirleri:	
En müsaid fiatla	50.000 Mk.	En müsait fiyatla	80.000 Mk.
149,80	70.000 Mk.	150,10	70.000 Mk.
149,90	60.000 Mk.	150	60.000 Mk.
150,40	40.000 Mk.	149,80	30,000 Mk.
150,20	30.000 Mk.		

Bu misalde fiat 149,80 Mark üzerinden tesbit edilse 120.000 Marklık bir satış yapılır. Ve bu nisbette satın alma emirleri icra edilir ki bu suretle 240.000 Marklık bir muamele yapılmış olur. O halde şöyle bir şema yapabiliriz.

149,80	fiatla	120.000	satma	240.000	satın	alma	240.000	emir	icra edilir
149,90	„	180.000	„	210.000	„	„	360.000	„	„ „
150.-	„	180.000	„	210.000	„	„	360.000	„	„ „
150,10	„	220.000	„	150.000	„	„	300.000	„	„ „
150,20	„	250.000	„	80.000	„	„	160.000	„	„ „

Burada, Muamele hacminin en büyük olduğu fiat 149,90 veya 150 dir. Bu iki fiattan hangisini kotaya geçireceğiz? 149,90 fiatı kabul edilse ikinci prensibe bir tecavüz olur (çünkü daha yüksek bir fiatla verilen emir temamiyle icra edilemiyecek). Binaenaleyh 150 fiat olarak kotaya geçer. Bazen kotaya geçirilen fiat, arz ve taleb muvazeneli gelmez. Öyleki bir kısım arz veyahut kısım taleb icra edilemez. Bu hususta borsa emri verenlerin haberdar olması için kotadaki fiatın yanıbaşına bazı işaretler konulur.

1118

Tek fiat usulünün, başlıca faydası emir vereni mutavassıtların gayri meşru hareketlerine karşı himaye etmesidir. Fakat dikkat edilirse bu sistem derhal icrayı imkânsız kıldığından spekülasyonu ve arbitrajı baltalar. Spekülatör verdiği emrin icra edilip edilmediğini, ve hangi fiatta icra edildiğini anlamak için celsenin sonunu beklemek mecburiyetindedir. Müteakib bir muamele yapmak istiyorsa bunu ancak müteakib celsede kuvveden fiile çıkarabilir. Umumiyetle bu sistem bütün emirlerin icrasına müsait değildir. Emirlerin ehemmiyetli bir kısmı icra edilmez. Müteaddid fiyatla muamele yapma sisteminde bil'umum satın alma emirlerinin icra edilmesi mümkündür. Bu mahzurlar tek fiyat sisteminde yapılacak bazı istisnaları izah eder. Bir çok muamelâta mevzu teşkil eden herhangi bir eshamın kotaya alınmasının bir başka tarzı vardır. Resmî simsarlar yukarıdaki tarzda bu eshamın ilk fiatını tesbit ederler. Celsenin sonuna doğru (saat 14) aynı tarzda kapandığı fiat tesbit edilir. Bu iki zaman fasılasında alış veriş rızayı tarafeynle ve mütehavvil fiyatlarla icra olunur. Borsa komitesince gösterilen esham ve tahvilât ancak bu tarzda muamele görür. Bu kabil esham ve tahvilâtın piyasasına *Schwankungsmark* ve bu gibi senedata *Schwankungswert* derler.

Peşin muamelede tek fiatla herhangi bir miktar üzerinde muamele yapılabildiği halde vadeli muamelede asgarî kıymeti itibariyesi 6000 Mark olan senedattır. Borsanın resmî kotasında devamlı kotalar *Fortlanfende Notierung* başlığı altında fiatların dizildiği görülür. Burada gösterilen fiatlar en yüksek, en aşağı, açılış ve kapanış fiyatlarıdır. Keza bu esham ve tahvilât için bir de tek fiyat tesbit edilir. Bunlar ya mütehavvil veya adî tarzda tek fiatla üzerinden muamele görürler. Emri veren tek fiatla muamele yapmak istiyorsa bunu dermeyan etmelidir. Muayyen nisbetten daha büyük miktar üzerine yapılan muameleler de kotaya geçebilecek asgarî miktar mütehavvil fiatla mütebakisi tek fiatla icra edilir. Bilfarz asgarî miktar 6.000 Mark ve muamelede 7.000 Mark üzerine yapılıyorsa bunun 6.000 Mark mütehavvil fiyatla ve mütebaki 1.000 Mark da tek fiyatla muamele görür.

2) *Vadeli muameleler*

Celsenin başlangıcında resmî simsarlar tıpkı peşin muamelelerde olduğu gibi her senedin açıldığı ve kapandığı fiyatı tesbit ederler celse esnasında muamele bağırma suretile (à la criée) yapılır. Yine tıpkı

11/19

peşin muamelenin mütehavvil fiyatla icra edilenleri gibi resmî kota en yüksek, en aşağı, açıldığı ve kapandığı fiyatları ihtiva eder.

Bu fiyatlar kotada *Auf zeit gehandete Wertpapieren* başlığı altında toplanır.

Fiyatları ifade tarzı:

Berlin borsasında esham ve tahvilât itibarî kıymetlerinin yüzdeleriyle kotaya geçerler. Yalnız sigorta, bazı sömürge ve ecnebi şirketlerin eshamı istisnaî olarak Mark olarak kotaya geçer. İtibarî kıymetinin yüzdesi ile kotaya geçirilen ecnebi esham ve tahvilât kotada gösterilen sabit kambiyo üzerinden Marka tahvil olunur. Mark olarak ihraç edilen sabit iradlı senedatta kupon fiyattan hariç olmak üzere kotaya geçer. Bütün diğer esham ve tahvilâtta kupon fiyatlara dahilidir.

Londra Borsası (STOK EXC HANGE)

Londra borsasının tesisi tarihini 15. inci asrın ortalarına kadar götüren muharrirler vardır. Fakat hakayıka istinat eden bir takım vesayika nazaran da bu borsa 17. inci asrın sonlarına doğru vücut bulmuştur. Bidayette hisse senedatı ve kıymetli evrakın tedavülünü temin zımmından Broker ile Coberler meydana gelmiş ve bunlar bidayette kâfi derecede teşkilâta malik olmadıklarından tüccarların muamelerde blundukları Royal exchange de toplanmışlardır.

Bunların hareketi müessesenin haysiyetiyle mütenasip görülmediğinden çalışmalarına mümanaat edilmek istenmişti. Tacirlerin şikâyetini nazarı itibare alan parlamentoda isdar ettiği bir kanunla Brokerlerin adedini yüze endirmiş ve Londra belediye reisi huzurunda yeminlerini emretmiştir.

Bu kanun hükmüne göre, bu mutavassıtlar kendi nam ve hesaplarına muamele yapmaktan da menedilmişlerdi. Bu kanun muhtelif esbap tahtında tatbik edilememiştir. Royal exchange de rağbet görmeyen broker ve Coberler *Changant Allye* ki deki Conaten namında bir zatın kahvesinde toplanmağa başladılar işte bu yer inğiliz Londra borsasının doğduğu yer olmuştur. Yukarıda bilmünasebe söylediğimiz şekilde borsa âlemi içtimaî müesseselerin diğerleriyle aynı sırayı muhafaza ederek yürümek mecburiyetinde kaldığından İngiliz iktisadiyatının genişlemesile borsa muamelesi inkişafa yüz tutmuşdur.

Efkârı umumiyenin er geç silinmeğe mahkûm olan nefret hisleri bazen kanunlara aksetmiş; 1733 tarihinde fiyat farkı üzerine müstenit ve hakkı hıyara müstenit mukavelâtın kanun harici olduğunu bildiren bir kanun bile neşredilmişdi asri telâkkideki borsa mefhu-

1120

mu ile asla kabili te'lif olmayan bu tedbir içtihadı mahakimce tadil olmuş ve ezcümle bazı açık satışlarla yapılan vadeli muamelâtın gayri kanunî addedilemiyeceğine dair mahkeme kararları sâdır olmuşdır ve ancak kanunla kapanan kapıyı içtihadı mehakimin açmasile borsa idamei faaliyet edebilmişdi bu hal 1860 a kadar devam etti. Borsada esaslı olarak iki türlü muamele vardır. Peşin. vadeli Borsa peşin muamele akdetmekle orta çağdaki panayırın ve kadim devrin kabileleri arasında ceryan eden pazarların (Palabre)ın tekemmül etmiş şeklinden başka bir şey değildir. Fakat borsaya asri ren'gine veren ve bugünkü münkeşif iktisadî vaziyeti ifade eden en mümtaz farika vadeli muamelelerdir. Binaenaleyh İngiliz vazıı kanunu 1733 senesinde bu vadeli muameleleri men etmekle iktisat ta' rihinde pek de sitayişle yad edilemiyecek bir hatayı irtikâp etmiştir.

Zamanla Borsanın ehemmiyetleri artmış olduğundan Broker ve Coblerler artık hüviyeti malûm olmayan yerlerde muamele yapmak kendilerine ağır gelmeye başladı. 1773 tarihinde toplanarak Conatın kahvehanesine Stok Eksceyinç (Stock exchange) ünvanını verdiler.

Bunların inşa ettirdiği borsa binası 1801 de açıldı. İşlerin çoğalması dolayısile şirket sermayesi iki misline iblâğ ve eski binayı yıktırarak yerine yeni bir bina yaptırıldı ki el'an Londra borsası bu borsadır.

*
* *

Bugünkü haliyle İngiliz borsası tam manasiyle serbest bir borsa halindedir. Binaenaleyh İngiliz mevzuatı borsa ile alâkadar değildir. Bu müstakil bir organizim olup âzaları tarafından intihap olunan bir komite tarafından idare olunur. İncelenecak olursa bu serbestiyi şöyle hulâsa etmek mümkündür.

1 — Herkes bir mahalde içtima ederek borsa muameleleri akdetmek ve bina üzerine borsa levhasını asmaya mezundur.

2 — Hangi meslekte olursa olsun bir kimse acentelik mesleğini icra edebilir. Borsa şirketine dahil olmamak keyfiyeti bir kimsenin borsa emirlerini toplamasına mani teşkil etmez. Fakat itiraf etmeliki kanunî vaziyetle fiili vaziyet arasında bir tefrik yapmak gerektir. Filhakika herkes acentelik mesleğini icrada serbesttir. Âmme Londrada bu prensipden istifade ederek bir kimse borsaya giremez âza olmak lâzımdır. Gerçi aza olmadan borsa emirleri alanlar da yok değildir. Bunlara «Rutside Brokers» derler.

Bundan başka herkes bir mahal kiralayarak buraya menkul kıymetler borsası adını verebilir. Fakat fiiliyatta. Londrada yalnız ve yalnızca

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

«Stok Exchange» vardır. Son zamanlarda Londra borsasına girmek pek müşkül şartlara tâbi tutulmuşdur. Hâlen âza olmak için iki usûl vardır.

a) Gerek yaşı ve gerekse vefatı dolayısiyle borsadan fiilen çekilmiş bulunan bir âzanın yerini elde etmek suretile bu hak ya tevarüs veya mübayaa suretiyle elde edilir fakat yine komitenin tasvibi şarttır.

b) Eskiden üç âza tarafından tavsiye edilen herhangi bir kimse komitenin tasvibine iktiran etmek üzere âzalığa kabul olunurdu. Son zamanlarda alınacak yeni âza adedi tahdit edilmiş ve öyleki her sene komite on ile yirmi âza almağa karar vermektedir.

Alınan âzalar ekseriya borsanın eski memurları meyanındadır. (Bunlar yirmi seneye kadar borsada hizmet görmüş, hizmet ve faaliyetleriyle kendilerini tanıtmış bulunan eşhasdan) ibarettir.

Serbest ve müstakil deye tanılan bir teşekkül hakikatte kapalı bir daireden başka bir şey değildir. (İngilterede mevcut hususî kulüblerle bu borsayı pek alâ mukayese edebiliriz.)

Bundan 4:5 sene evvel Newyork Borsası da aynı mahiyette idi. Şu farklaki Newyork borsasında kürsülerin adadedi daha fazla tahdit edilmiştir.

Bundan başka yeni alınacak âzaları tavsiye eden zevat (parrainss) beş bin İngiliz lirasına kadar ve dört sene müddetle kabul ettirdikleri âza için mâlen mes'ul idiler. Bu kaydın hedefi halkı teminata kavuşturmak değil fakat bu tavsiye eden zevatı daha ehliyetle harekete sevketmekti. Diğer bir nizamname kabul edilen âzanın ancak bir sene icrayı faaliyet edeceğini kayıd etmektedir. Her sene yeniden bir seçim muamelesi yapılır ve bu seçimde her biri umumu için rey verir. Nizamnamenin bu kaydı son zamanlarda Londra borsasındaki Almanların oynadığı rolü düşürmeğe mâtufdur. Umumî harp esnasında bu suretle Almanlar tekrar intihap edilmeyerek Londra borsasından ihraç ediliyorlardı.

Londrada eskiden bugünkü Cober ve Brokerin vazifelerini aynı zamanda yapan âzalar mevcuttu. Bilâhare bertafsil izah edeceğimiz üzere İngiltere borsasında Brokerler yalnız halktan borsa emirleri toplayarak buna piyasada icra etmek ve Coburlar Brokerlerin yapmakta olduğu muamelâta mukabil tarafı teşkil etmek sıfatını haiz bulunuyor. Halbuki bir âzanın bu iki sıfatı cem etmesi bir istisna teşkil ediyordu. Son zamanlarda bu istisna da bertaraf edilerek Londra borsası Cihanda emsaline nadir tesadüf edilir iş bölümüne müstenid bir teşkilâta kovuşmuştur. Bu hal Londra borsasının âlemşümul bir mahiyeti haiz olmasını temin etmiştir. Çünki bir borsa

1122

emri vermek isteyen sermayedar mukabil taraf bulamamak korkusu altında bütün muamelâtını diğer borsalarda akt etmeğe cesaret edemez. Londra borsasında Cober gibi bir mukabil tarafın bulunması verecekleri emirlerin kolayca karşılık bulmasını temin etmektedir. İşte bu sebepden dolayı sermayedar Londra borsasını tercih eder.

*
* *

Borsa teşkilâtını şöyle hulâsa edebiliriz:

Londra borsası bir şahıs şirketidir. Şirket 1802 nizamnamesiyle teşekkül etmiş 1875 de bu nizamnamede değişiklikler olmuştur. Hâlen Borsa bu tesis nizamnamesi (Deed of Settlement) hükmüne göre idare edilmektedir.

Borsanın idaresi iki uzva aittir:

1) Meclisi idare (Boad of traustees and managers).

2) İdare komitesi (Commitee for general purposes)

1 — Meclisi idare (Boad of traustees and managers) bu bir idare organı olup dokuz âzadan müteşekkildir. Bu âzalar borsanın malikleri ve hissedarlarının mümessilleridir. Bunlara Direktör de derler. Hepsi müntehapdır. Bunlardan üçü her beş senede bir çekilirler ve yerlerine yeni âza intihap edilir. Bu müdiran borsa binasını idare ve kontrol etmek ve bazı istisnalar hariç tutulursa memurların maaşlarını tanzim etmekle muvazafdır.

2 — İdare komitesine gelince (Commitee for general purposes) bu komitenin borsa âzalarınca ve bir sene müddetle intihap edilmiş otuz âzası vardır.

Komite âzaları, intihaplarına takaddüm eden tarihden beş sene evelden intihapleri gününe kadar fasılasızca acentelik mesleğini icra eden âzalar meyanından seçilmelidiler. Borsa âzası olmaktan vaz geçen bir âza fîlen komitede de mevkiini kaybeder. Komite âzası seçilince hatta hissesini vermiyen âzalar da dahil olmak üzere bilcümle borsa âzaları rey vermeğe salâhiyettardır.

Komite içtima tarihini tayin ve nisabı kararı (quorum) tesbit etmekte muhtardır.

Komite muamelâtı tahdit ettiği gibi nizamname yapmağa da salâhiyettardır.

Fakat bu nizamt hiç bir suretle tesis nizamnamesine (deed of settlement) muhalif olamaz. Her halde bu nizamatta intihap tarzı bir âzanın kabulünü, tardı, cezaya çarpdırılmasını tanzim eden tarz ve muamelâtın akdedildiği şartlara hürmet edilmek gerektir. Komite

1123

para cezasına hükmedebilir. Komite senelik intihabı takip eden ilk celseslerde reis (chairman) ve reisi saniyi (deputy chairman) intihap eder. Bunun her ikisi de vazifelerini bir sene müddetle icra ederler.

*
* *

Böylece Londra borsası hakkında münakaşalı mevzulara temas ettikten sonra bir tasnif tahtında bu borsanın işleme tarzını görmek muvafık olur.

Londra borsasının en büyük farikası âzalarının vazifeleri tamamiyle birbirinden ayrı broker ve cober gibi iki büyük zümreye ayrılmış olmasından ileri geldiğini biraz evvel söylemiştik. Broker doğrudan doğruya halktan borsa emirlerini alan ve bunları icra eden bir mutavassıttır. Broker'in vaziyeti aşağı yukarı bizdeki acentenin veziyeti gibidir. [1] Komisyon sayılırlar. Kendi namlarına muamele edip müekkilleri de mukabil tarafa karşı mes'uldürler, Brokerin kendisiyle muamele yaptığı karşı taraf daima bir caber'dir. [2] Cober, kendi nam ve hesabına alış veriş yapan bir esham ve tahvilât tüccarı olup kârı alış ve satış fiyatlari arasındaki farktan ileri gelir. Cober yalnız borsanın diğer azalariyle muamelede bulunabilir. Halktan borsa emirleri alarak icra etmekten men edilmişdir. Esham ve tahvilâtın nevi itibarile ihtisas peyda etmişlerdir. Market tesmiye edilen gruplar halinde borsada toplanırlar. Brokerler bunları orada arar bulurlar. Konsolide, Sömürge, Amerikan ve İngiliz demiryolları esham ve tahvilâtı için piyasalarda bir fark vardır.

Borsanın takriben 3 . 000 kadar âzası vardır , âzalar memurlar «Clerk» istihdam edebilirler. Bir kısmı patron namına muamele yapmaya mezun olan memurlardır ki bunlara İngilizler «Authorized clerks» bir kısmı alış verişe mezun olmamakla beraber borsada patronlarına yardım eden gayrimezun memurlar Unauthorized clerks» ve nihayet bir kısım puantaj yapmakla mükellef likidatörlerdir (settling room clerks).

[1] 1928 tarihli Borsa rehberinde Broker , simsar kelimesile ifade edilmektedir. Yine aynı rehberin "kanunlar, nizamlar, kararlar„ kısmında (15 inci madde) "mübayaacılar kendi namlarına ve ancak müekkilleri hesabına muamele yaparlar„ "simsarlar, mübayyacılar arasında vasıta olup kendi hesaplarına iş göremezler„ fıkralarını zikretmektedir. Buna göre ve müteakib izahatımızda takdir edileceği üzere Broker'i mutlaka lisanımıza çevirmek icab ediyorsa bunu eski tabirle mübayaacı ve 22 Ağustos 330 tarihli müzeyyel nizamnamede acente kelimesi mübayaacı yerine kaim olduğundan, Broker'in mukabili olarak acente kelimesini kullanmak hata nisbetini azaltır kanaatindeyiz.

[2] İngiliz borsasında Jobber ve Dealer aynı manayı ifade eder.

1124

Muamele ne şekilde cereyan eder ?

Bir Broker esham ve tahvilâtın alım ve satımı ile uğraşan bir grubun yanına giderek alıcı veya satıcı olduğunu belli etmiyerek cober'den, fiyat sorar. Cober iki fiyat tesbit eder. Enyüksek fiyat cober'in satmak istediği fiyattır. Aşağı fiyatda cober'in satın almak istediği fiyattır. Bu iki fiyat arasındaki fark cober'in kârını teşkil eder. İngilizler bu farka *turn of market* derler. Eğer bu iki fiyat arasındaki fark çok çok büyükse Broker ya bunu indirmek için pazarlığa girişir yahut bir başka cober'e müracaat eder. Fiyat üzerinde mutabık kalınca broker almak veya satmak istediğini izhar eder. Hukuken broker'in kabulü coberi bağlar. Esasen bu akid hazırlar arasında olduğu için cober'in iki fiyat tayin etmesi bir icab ve broker'in mutabakati de kabule alâmettir. Binaenaleyh broker'in kabulüle akid tamam olur.

Üzerinde muamele yapılan senedat miktarı tesbit edilmişse cober tesbit edilen fiyat üzerinden bu miktarı akdin icabına göre satmak yahut satın almak mecburiyetindedir. Meğerki cober bir kaydı ihtizazî dermeyan etmiş ola ... Tatbikatta ekseriya broker berveçhi peşin senedatın miktarını tayin etmez. Bu halde cober nizamnamenin tayin ettiği sened miktarından daha fazla senet almak veya satmak hukukan mükellef değildir. Çok hususî olan bu sistm, borsa emri veren için oldukça külfetlidir. Çünki binnetice cober'in müdahalesi sebebiyle alış fiyatının yükselen ve satış fiyatının eksilen kısmını ödeyen müşteridir. Buna mukabil cober'in müdahalesi muamelenin akdini kolaylaştıran ve fiyatların istikrarına yardım eden bir faydayı haizdir. Panik olmadığı taktirde bir borsa emri nekadar büyük olursa olsun ekseriya bir mukabil taraf bulur.

Her esham ve tahvilât için birbiri arasında rekabet eden yirmi kadar cober vardır. Nizamname cober'lerin rekabetin tahdid zımnında anlaşmalarına mani olacak tedbirler almıştır. Brokerin müşterilerinin menfaatine ihtiman göstermesi için coberler ikiden ziyade âzası bulunan şirket akdetmekten menedilmişlerdir. Ayni zamanda hem broker hem cober olmak memnudur. Borsa âzalarının her sene yeniden intihab edilmeleri şarttır. Borsa komitesine (Commitee of general purposs) gönderilmek mecburiyetinde oldukları tekrar intihab talebnamesinde broker veya cober sıfatlarından hangisiyle çalışmak istediklerini bildirmeğe mecburdurlar. Bu formaliteye riayet etmek şartile sene ortasında da sıfatlarını değiştirebilirler. Bundan başka brokerler müşterilerinin mukabil tarafını teşkil etmekten de menedilmişlerdir.

Bir muamele aktedilir edilmez broker ve cober bunu not eder ve bilâhare muamelâtı *Bargin book* denilen bir deftere kaydederler ve

bu da ertesi gün cober ve brokerin memurları arasında yapılacak olan puantaja (checking) esas teşkil eder.

Kotanın yapılışı - Etablissement de la cote.

Londra borsasının resmî kotası *daily offieial liste* masarafı borsa sahibleri şirketinin hey'eti idaresi *Boad of trusty and managers* tarafından ödenmek üzere neşredilir. Bu idare hey'eti yalnızca borsanın maddî idaresile meşguldür. Bunun yanında kotayı tanzim ve borsadaki muameleye nezaretle muvazzaf borsa memurlarınca teşkil edilmiş bir şirket komitesi «*Commitee of general purposes*» vardır.

Yapılan muamele mutlaka bir fiyatın kotaya yazılmasını intac etmez. Ancak âkidlerden birisi hususî bir bültenini «*Marketing slip*» doldurur, imza eder ve buna mahsus bir kutuya atarsa fiyat kayda geçer. Bültene bir imza koymak kâfidir. Fakat komite âzasından birisi mukabil tarafın kim olduğunu sorabilir. Mutavassıt diğer tarafın adını söylemekten imtina ederse aleyhine bir karine teşkil eder ki bu da komitenin muameleyi kotaya geçirmekten imtina etmesi için kâfi bir sebep teşkil eder. Eğer fiyat gayrı tabiî ise bunu göstermek lâzımdır. Memuru mahsus bulunanları toplıyarak fiyat listesini tanzîm eden kotasyon bürosuna götürür. Bültenlerin tevdii mecburî olmadığından broker ekseriya bunu ihmal eder. Uygun olmayan bir muamele yaptığı zaman bülteni imza ettiği söylenir. Bu suretle borsada emri veren çok kıymetli bir kontroldan mahrum kalır. Bir müşteri kendisine tatbik edilen fiyatın samimiyetinden şüphelenirse idare komitesine bir şikâyetname gönderir. Komite, tatbik edilen fiyatla karşılaştırmak üzere bülteni buldurur. Eğer hiç bir bülten bulunmaz veya fiyatların birbirine uymadığı görülür veya tatbik edilen fiat gayrı tabiî olursa brokerden izahat istenir ve bazan kendisine çok şedit müeyyideler de tatbik olunur. Üç ayı geçmemek üzere icrayı vazifeden menedilebilir. İki fiat arasında mutabakat varsa bu broker lehine bir karinedir. Binaenaleyh broker süizandan haberdar bile edilmez.

Kotanın verdiği malûmat:

Fiatlar iki sütuna kaydedilir. Birinci sütuna cober'in bir muameleye müstenid olmaksızın verdiği fiat kaydedilir ki buna İngilizler *Quotation*s derler. Diğer bilfiil icra edilen muameleleri gösteren fiattır. Buna da «business done» tâbir ederler. Birinci sütun daima iki fiatı gösterir. Birinci fiyat ikinciden aşağıdır, bu iki fiyat öğleden sonra cober'in alıcı veya satıcı sıfatı ile kaydettirdiği fiatlardır. Bu sütun (Quotation) fîlen yapılmış bir muameleye tekabul etmez. Aşağı fiat cober'in alıcı, yüksek fiyat da cober'in satıcı olarak kaydettirdiği fiyattır. İkinci sütun (business done) hakikî olarak icra edilen mua-

1126

melâta tahsis edilmiştir. Fiatların sırası muamelâtın icra edildikleri zamanlara tekabül eder. Fakat fiatların hangi istikamette icra edilen muameleye tekabül ettiğini yani alış mı, veriş mi olduğunu gösterecek bir alâmet yoktur. Öyle anlar olur ki, bazı celeseler bazı senedat üzerine hiçbir muamele yapılmaz. Bu taktirde senedin muamele gördüğü son celsenin fiyatı kaydedilir ve parantez içine de bu celsenin tarihi yazılır.

Fiatları bazı işaretlerin takib ettiği vâkidir. Bunların manası kota sahifesinin aşağısında gösterilir.

/=/ İşareti hususî bir fiyat üzerine akdedilen muamelelere taallûk eder. İşareti resmî borsa haricinde yapılan muamelâta tekabül eder. Burada borsanın kapanmasından sonra yapılan muamele mevzuubahistir ve bu da ekseriya Amerika esham ve tahvilâtı üzerine yapılan muamelelerdir. Bu hal New-york ile Londra arasındaki nısfınnihar derecelerinin farklı olmasından ileri gelir. İngiliz borsası öğleden sonra saat dörtde kapanır. Halbuki New-York borsasının açılış saati Londıranın öğleden sonra saat üçüne tekabül ettiğinden New-York borsasındaki muamele hakkındaki malûmat ancak saat üçten sonra Londraya vasıl olur. Amerika asham ve tahvilâtı üzerine muamele yapan mutavassıtlar mecburen borsa kapandıktan sonra da borsa haricinde saat yediye kadar muameleye devam ederler. işte yukarda arzettiğimiz gayri tabii vaziyet bundan ileri gelir.

Faizi ödemek lâzım gelen sabit iradlı cüz'i bir kısım tahvilât bir tarafa bırakılırsa bütün esham ve tahvilât kuponları fiyatda dahil olarak kotaya kaydedilir. Tahvilât için fiyatlar itibarî kıymetin yüzdesiyle (pourcentage) ifade edilir. Esham, *shares* muayyen bir kıymeti itibariyesi olan bir seneddir: Halbuki, stock, kıymeti değişebilen şirket sermayesinin bir kısmını temsil eder,.

*
* *

New-York Borsası "WALL STREET,,.

New-York borsasının kuruluşunu Amerika istiklâli tarihine kadar çıkaranlar vardır. Filhakika 1792 tarihinde Volstrit (WALL STREET) de 60 Numaralı binanın işgal ettiği bir yerde toplanan 25 sarrafın vermiş olduğu karar üzerine aynı caddenin 22 numaralı binası esham ve tahvilât alış verişi için umumî bir mahal almış ve bu tarihden itibaren New-York Borsası fiilen teessüs etmişdir.

Harp istikrazı dolayısiyle zarardide olan bankerler mütenebbih olarak 1817 tarihlerinde bilittifak (New-York Stock exchange bureau) namiyle bir borsa cemiyeti teşkil etmişlerdir.

1820 de Borsanın teşkilâtı bazı tadilâta uğradı. Ve yedi sene sonra da Borsa muamelâtının icrası için yeni bir bina kuruldu.

Borsanın üzerinde kâin bulunduğu caddenin ismi (Wall Street) olduğundan bu kelime New-York borsasına âlem olud.

Esasen bu cadde New-York malî mahafilinin temerküz ettiği bir caddedir. Borsanın hikmeti teşekkülü kendi âzalarına yazıhaneler tedarik ederek muamelelerini kolaylaşdırmakdır.

New-York borsasının idaresi 40 kişiden ibaret bir hey'ete mevdudur. Hey'etin başında bir reis bir de kasadar bulunur. Hey'etin mukarreratı kat'î ve gayri kabili istinafdır. İşte New-York borsası son zamanlara kadar bu teşkilât altında devam edegelmiş ve ancak son Amerika buhranının sarsıntısı içinde Ruzveltin çıkardığı istisnaî kanunlarla bu borsanın hakikî çehresi değişmiştir. Ruzveltin 1934 tarihinde çıkardığı mevzuatla (New-Deal) evvelce tamamen müstekil olan borsaya kanunî bir nehiç tatbik olunmuştur. Bu yeni nehçi izaha girişmeden bir kaç kelime ile eski rejimin bariz vasıflarını ifade edebiliriz? Zaten bilâhare vereceğimiz izahatta borsanın serbestii nehçi altında bir tetkikinden başka bir şey değildir.

Bundan evvelki borsa nehcinin en bariz vasfı serbesti sisteminin yerleşmiş olmasından ileri gelir. Evvelce de söylediğimiz gibi Londıra borsasından en bariz farkı burada âza adedinin çok fazla tahdide uğramış olmasından ileri gelir.

Bu nizamname borsa şirketi tarafından tanzim edildiği için aynı şirket bunu tadil de edebilir. Buradaki âzalık bir inhisar teşkil etmektedir. Bundan da şu çıkarki New-York borsasında bir kürsüye tasarruf etmek hakkı bir sermayeyi temsil eder.

Borsadan çekilen bir Broker umumî satışta kürsüsünü satabileceği gibi bunu başkasına da vasiyet edebilir.

Bu kürsünün fiatındaki temevvüç borsadaki faaliyetin bir barometresidir şöyleki: Borsada fazla faaliyet olduğu zamanlarda bu kürsünün fiatı yükselir, aksi takdirde fiat düşer. Bütün bunlarda bir âzanın kabulü için komitenin tasvibinin şart olduğunu da ilâveye lüzum yoktur.

*
* *

Borsa âzaları arasında bir çok sınıflar vardır. Bunların bir kısmı borsaya devam etmediği gibi alış verişi de bir simsar marifetiyle gördürürler.

Meselâ Rokfeller (Rockefeller) bu nevie dahildir. Fakat bu nevi âza için faide nedir? Bunlar borsada bir kürsiye malik olmakla öde-

1128

mek mecburiyetinde bulundukları dellâliyenin nısfını öderler. Esasen yapdıkları muameleler çok fazla olduğundan neticei hesapda kazançlı çıkarlar.

Aşağıda bütün tafsilâtiyle izah edeceğimiz diğer faal âzalar kendi aralarında bir ikinci tasnife tâbi bulunurlar.

*
* *

New-York borsası borsaların en fazla spekülasyon yapanıdır. Orada plasman (parayı işletme) için değil çok defa fiat farkından istifade edilmek için muamele yapılır. Böylece spekülatif muamelelerin nisbeti o kadar büyüktürki New-York Borsasına bir spekülasyon borsası demek daha doğru olur. Çünki bu muamelelerin diğer bütün muamelâta nisbeti yüzde doksandır.

Bu muameleler evvelce de bilmünasebe temas ettiğimiz şekilde müşterinin verdiği emrin yüzde yirmi ilâ. otuzunu ödemesi şartile icra edilen marjli muamelelerdir.

Geri kalan bedeli mutavassıt bizzat ödemek mecburiyetinde olduğundan aldığı senedatı rehin etmek suretiyle bankadan para istikraz eder ve peşin muameleyi kapatır.

İşte böylece 1929 da spekülasyon için yapılan istikrazat dehşetli bir yekûn tutmuş ve birleşik Amerikayı içinden çıkılması müşkül olan buhranlara sevk etmiştir.

Bu istikraz vadesiz olarak bankaya yatırılan Paralar da (call-money) ibarettir.

Bankaların acentelera bu şekilde yapmış olduğu ikrazatın (Brokers loans) Teşrinevvel 1929 da altı milyar sekiz yüz milyon dolara baliğ olduğunu ve bu vadesiz paranın faizi de yüzde yirmi beşe baliğ olduğu düşünülürse Amerikanın geçirdiği badirenin azemeti pek âla anlaşılır.

Bankalarca borsa spekülatörlerine yapılmakta bulunan bu kredile bir ademi istikrar ve depresyon unsurudur.

Depresyon tâbirini biraz iazh etmek gerektir: Son zamanlarda bir ilim teşekkül etmiştirki bunun ismi Konjönktürdür. (Conjoncture) bu ilmin gayesi fiyatların istikrarına tesir eden sebepleri aramaktır. (Conjoncture) kelimesi bundan başka bir devri iktisadiyi temyiz eden anasırın hey'eti mecmuası manasına gelir.

Bu manada (Conjonture) iki şekilde tecelli eder. Ya çıkıcı (Konjönktür) (Conjonture Acendante) ve yahut enici Konjönktür (Conjonture decendante) olur.

Çıkıcı Konjönktür: iktisadî devirlerde öyle zamanlar olur ki fiyatlar

1129

yükselir, fabrikalar kurulur, refah artar ve bu suretle umumî bir kalkınma husule gelir. Bu hal bazılarınca çok sıhhatte olan iktisadî bir vaziyetin ifadesidir.

Mone Dirije tarafdarları bu hali Ricardonun para hakkındaki «mikdar nazariyesiyle» izah etmek isterler. Yani bunlara göre tedavülde bulunan para mikdarı çoğalınca fiyatlar yükselir ve bu suretle bir kalkınma husule gelir. Fena olan iktisadî devrinden kalkınma devrine geçmek için son devrin iktisat edebiyatında mihanik ilminden istiare edilen bir tâbir vardır.

Âtıl duran bir makinenin harekete geçmesini ifade eden demarrage kelimesi bu hali ifade etmektedir.

İnici Kongünktür tâbiri diğerle Deprasyon bil'akis fiyatların düşmesine, fabrikaların kapanmasına, ameleye yol verilmesine işaret eden bir buhran devrini ifade eder.

Bu kısa izahat gösteriyor ki son zamanlarda Birleşik Amerika Devletlerin de husule gelen buhran bir kredi buhranıdır. Ve ancak dolayısiyle bir borsa buhranı olmuşdur.

Malûm olduğu üzere para yalnız madenî veya kâğıt paradan ibaret değildir. Bunun yanında kâğıt üzerine yazılı mevduat ve krediye müstenid bir para da vardır ki buna Fransızlar (Monnaie Scripturale) ve İngilizler (Deposit curreney) derler.

Binaenaleyh bankalar kredi hacmi genişletmek, hesabı carî açılışında kolaylık göstermekle memlekette tedavül eden para mikdarını tezyit etmiş oluyorlar bu da binnetice paranın kıymetinin düşmesine ve eşya kıymetinin yükselmesini intaç ediyordu.

Bu son sözlerin manası iktisatta pek vazıh olarak anlaşılır. Para kıymetinin düşmesi ve eşya fiatının artmasının ihracatın külliyen durması intac eder. Çünkü Pahalı mal alıcı bulmak müşküldür.

Otarşi self government yapan memleketlerde ise müstahsilin lehine olarak müstehlik ezilmiş olur.

Bu izahattan sonra 1934 de Ruzveltin başkanlığı altında neşredilen kanunun Birleşik Amerika Devletlerinde bir kanuni rejim ikame ettiğini tekraren arzedelim.

Evvelce borsaya ait nizamatın vaz'ı federe Devletlerin salâhiyeti dahilinde olduğu iddia olunuyordu. Fakat incelenecek olursa bu telâkki yanlıştır. Çünki federe Devletlere bu hak verilince, ayni ülkede bir birine zıd bir takım kanunların çalışmasına şahit oluruz iyi bir şey yapılmak isteniyorsa bunu Federal bir kanunla yapmak daha doğrudur.

Haziran 1934 de neşredilen (Securities exchange act) namı altındaki kanun borsa teşkilâtı ve âzaların faaliyetini sıkı bir surette

1130

tahdit etmiştir.

Bu kanunun borsayı ilgilendiren kısımlarını şöyle hulâsa edebiliriz.

1° — Borsanın bütün faaliyetini kontrol eden 5 âzalık bir komisyon (securities and exchange commission. S. E. C). hiç bir borsa bu komisyona nizamnamesini tasdik ettirmeden çalışamaz.

2° — Komisyon nezdinde tescil edilmedikçe hiç bir sened alım satımı yapılamaz. Devlet eshamı bu kayıddan muaftır...

3° — Marjli muameleleri de tahdit edilmektedir. Sadece bir marj ödeyen müşteri bu kanun hükmüne göre muamele bedelinin % 45 e müsavi bir marj ödemeye mecbur tutulmuştur. Mamafi bu nisbette memleketteki erédit vaziyetine göre (Federal reserve board) [1] tarafından tadil edilebilir. Bundan başka marjlı muameledeki bakiyeyi ödeyen acente istikrazını reserve federal bsistemine bağlı bankalardan biri nezdinde akdetmek mecburiyetindedir Kanun bu istikraz imkânını da tahdit ediyor. Bu acente hiç bir vakıt kendi sermayesini 20 mislinden daha büyük bir meblâğı istikraz suretile alamaz. Muvafık bulduğu takdirde komisyon daha aşagı bir had tesbit edebilir.

4° — Komisyonun bir senedi kabul etmesi için; ait olduğu şirketin sermaye hisse senedatı adedi, sermayenin % 10 nuna malik bulunan hissedarların isimleri senede 20,000 dolardan fazla kazanan müstahdemlerin isimleri hakkında malûmat veren bir dosyanın verilmesi iktiza eder [*]

New—York borsası (WALL STREET)

New-York'ta bir çok menkul kıymet borsaları vardır. Bunların başlıcası Stock Exchange ile Curb market'tir. Curb market sokakta kurulurdu. Fakat 1921 den beri yağmur ve güneşten masun bir yerde toplanmaya başlamışdır.

Curb market'te resmî borsaya henüz kabul edilmemiş esham ve tahvilât muamele görür. Bu asham ve tahvilât üzerlerinde malûmat toplanması müşkül olan yeni esham ve tahvilâttır. Diğer ikinci derecede kalan borsalar da vardır. Biz yalnız New—York borsasını («Stock exochonge New—York») tetkik edeceğiz.

New—York borsasında âzaların bir çok nevileri vardır.

I. — Pasif âzalar nadiren borsaya giden, ve ekseriya büyük sermayedarlardan müteşekkildir ve bunlar sırf dellâliye tenzilâtından isti-

(1) New—York borsasının bulundğu caddenin ismi Wall Street'tir. Burası birçok malî müesseselerin bulunduğu yerdir. Bu kelime New—York borsası için alem olmuştur.

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA

113

fade etmek için âza olmuşlardır. Zira dellâliyede tenzilâttan ancak âzalar müstefid olur.

II —. Faal âzaları üç gruba ayırmak mümkündür:

a) Başkaları hesabına muamele yapan acente (broker) ;

b) Kendi hesabına muamele yapan cober (dealer);

c) Vaziyete göre bazen kendi hesabına bazen mutavassıt sıfatiyle muamele yapan mütehassıs âza (specialist).

a) Acente (Broker):

Brokerler en kalabalık grubu teşkil ederler. Bunlar da iki kısma ayrılırlar:

1) Komsiyoncu acente (commission broker).

2) İki dolar üzerinden muamele yapan acnte (Two dollars broker).

1. — *Komisyoncu acante.* — Komsiyoncu broker'ler Londra broker'lerine ve fransadaki acentelere (agent de change) benzetilebilirler. Bunların tavassutlariyle halk muameleyei akteder.

Bu komisyoncu brokerlerin ekseriya bir çok ortakları olup onlarla bir komisyon ticarethanesi (Comission house) teşkil ederler. Bunlar umumiyetle kolektif şirket (partenership) namı altında teşekküllerdir. Ve gene bu şirketlerin yalnız bir tek âzası borsada acentedir. Ticarethanelerin faaliyeti birbirinden ayrıdır. Bazı ticarethaneler âza sıfatını yalnız yüksek şahsiyetlere hasrederler. Bazı ticarethaneler muhtelif anasıra müracaat ederek memlekette ve yabancı memlekette tesis ettikleri şubeleri vasıtasile borsa emirlerine toplarlar.

2. — *İki dolar mukabilinde çalışan brokerler (Two dollars broker).* — İki dolarla çalışan brokerler halkla münasebette bulunmazlar. Diğer âzaların ve bahusus komsiyoncu âzaların kendilerine gönderdikleri borsa emirlerini icra etmekle muvazzaftırlar. Komsiyoncu brokerler, her celsede büyük mikyasta senet almak veya satmak mecburiyetinde kaldıkları ve şahsen de bütün muamelelerini icra edemediklerinden iki dolarla çalışan brokerlere müracaat ederler. İki dolarla çalışan brokerler, komisyoncu brokerlerden daha aşağı komisyonla çalışırlar. Uzun zamandan beri ücret olarak üzerinde muamele yaptıkları 100 senedde iki dolar aldıklarından kendilerine bu isim verilmiştir. Halihazırda bunlara bu isim vermeği muhik gösterecek bir sebep yoktur. Zira aldıkları komisyon iki buçuk dolara çıkarılmıştır.

b) Coberler (Dealer):

Coberler kendi hesablarına alış veriş ederler. Meslekdaşlarının icrası ile mükellef oldukları emirlerde mukabil tarafı teşkil ederler. Kârları alım ve satım fiatları arasındaki farktan ibarettir. New—York'ta brokerlerle coberler arasında Londra borsasında olduğu gibi kat'î bir iş bölümü yoktur. Filhakika Londrada bir broker bazen bro-

1132

ker ve bazen de cober sıfatile bir muamele yapamaz. New — York'ta aynı bir muamelede bu iki vazifeyi üzerine almak kendisine menedildiği halde başka başka borsa emirlerini icra için bazen broker bazen de cober olarak çalışabilir.

Coberler de bir çok nevilere ayrılırlar. Bunlar arasında ezcümle *Floor trader* ve *odd lot dealers*'ler vardır.

Floor trader acele tahakkuk edebilecek küçük kârlar üzerine çalışır, fiyatları düşen senedi satınalır, ve fiyatları yükselen senedatı da satarlar. Bu alış ve satış ekseriya aynı celsede vukua gelip fiyatların istikrarını temin eder.

Odd lot dealer küçük mikyasta senedatın alış satışında ihtisas kesbetmiş olan âzadır.

New — York'ta normal olarak 100 veya 100 ün az'afı üzerine alış veriş yapılır. Amerikalılar böylece tam veya yuvarlak mikdarlar üzerine yapılan muamelelere *fub lots or round lots* ve gayrimuntazam mikdarlar üzerine yapılan muamelere de *odd lots* derler. Bir komisyoncu broker 100 den daha aşağı miktarda bir borsa emri alınca veya icra edilen emirden kalan bakiye 100 senedden aşağı olursa bir *odd lot dealer*'e müracaat eder. Bu sonuncu kendisine gayrimuntazam miktardaki senedatı tâbiî fiyatın fevkinde veya tahtında bir fiyatla alır veya satar. Senedatın nevine göre fiyat farkı tahavvül eder. Bir sened için alış ve satış yekûnu nizamen kabul edilen asgarî hadde vasıl olunca cober (dealer) aksi istikamette bir muamele ile evvelkisini kapatır. Bu kabil muamelde ihtisas peyda eden *odd lot house* denilen ticaret evleri vardır.

c) Mütehassıs (specilaist). — Bunlar bazen faaliyetlerini aynı kategoriye dahil bir kaç senede hasrettikleri gibi bazen bir tek senede de hasrederler. Bu mütehassıslar Londranın cober'lerine çok benzerler. Yalnız fark gözetmeksizin coberler gibi bazen kendi hesablarına bazen bir kapı gibi borsa âzaları hesabınà muamele yaparlar. Komisyoncu broker'ler hesabına mahdud fiyatlı ve bilhassa stop emirleri (stop loss order) icra ederler. Bu emirleri komisyoncu brokerler çok müşkilâtla icra edebilirler, zira fiyat tayin edilir hadde gelir gelmez emri icra etmek için mevzuubahs esham ve tahvilât piyasasında mutavassıtın bilâinkıta hazır bulunması icabeder. Specialist'in piyasada her vakit bozulması bu emirlerin icrasına çok uygundur.

New — York borsasında yapılan muamelenin mahiyeti.

Filiyatta vadeli muamel meçhuldür. Muamelelerin bir çoğu akid gününün ferdası günü icra edilen muamelelerdir. (at regulary way). Üç günde icrası meşrut muameleler (at tree days) ve taraflarca işin muhayyerlik kaydını ihtiva eden muamelelerle (option) uğ-

1133

raşan mütehassıs âzalar (specialist) vardır. Bu,müşterilerin yalnız peşin muamele yapabilecekleri demek değildir. Karşılıksız muameleleri (opération a découvert) marjlı muamelelerle vadeli muameleye benzer bir kombinezon yapmak imkân dahiline girmiştir. marjlı satın alma ile marjlı satım birbirinden farklıdır. [1]

Marjlı satın almada (achat avec marge) müşteri yalnız muhtemel zararları karşılamak üzere bir marj vermekle iktifa eder. Broker verilen marjla muamele bedeli arasındaki fark nisbetinde bir ikarzda bulunur. Fiyatlar temeyvüc halinde olursa marjın eksiği istenebilir. Tahrirî bir müşteri brokeri para tedariki için satın alınan senedatı rehin etmeğe mezun kılabilir. Ve bu da mütemmim marjı tedarik etmek gayesi ile yapılır.

Son senelere kadar marj yüzde 10 — 25 arasında tahavvül ediyordu. Oldukça hafif olan bu marjlar mütehassıs âzalara (specialist) kendi varidat kaynakları ile nisbet kabul etmiyecek taahhüdlere girişmek imkânını veriyordu. Bunlar mütebaki marjları veremiyorlardı. 1934 de Rooswelt'in koyduğu «national securitis exchange act» adını taşıyan bir kanun senedin asgarî % 45 ine muadil bir karşılık bırakılmasına hükmetmiştir.

Broker n her vakit nakid mevcudu bulunmaz. Bunu tedarik etmek için senedatı rehin eder. Ekser krediler ibrazında veya bir günlük ihbara tâbi olmak üzere verilirler (call loan) ve zımnen temdid edilir. Müstakriz her vakit borcunu tesviye edebilir. Mukriz parasını çekmek istiyorsa müstakrizi gününden haberdar etmelidir. Gününde verilmek üzere yapılmış istikraz «call loan» brokerlerin arz ve talep vaziyetine göre değişir. Müşteri kendisine yapılan ikrazatın faizini brokere ödemek mecburiyetindedir. Bu faiz haddi her vakit çekilmek üzere yatırılan paradaki (call moeny) faiz haddinden biraz fazladır.

Açıktan satış (short selling) şöyle cereyan eder:

Müşteri atiyen daha aşağı bir fiyata satın alarak borcunu eda edebileceğini umarak henüz elinde olmayan senedleri satar. Broker ertesi günü teslime mecbur olduğu senedleri bir yerden istikraz etmeye mecburdur. Senedat istikraz için hususî bir piyasa vardır. Broker ödünç verilen senedatın bedelini tamamen alır. Bazen de emri verenden mütemmim bir meblâğ alır. Verilen meblâğa göre ödünç veren broker günü gününe emre âmade bulunan paranın (call money) ödediği faize mürani bir faiz öder. Büyük bir senedat talebi karşı-

[1] Bay Olbrecht Notlarında New — York borsasından bahsederken marjlı muamele ile itibara müstenid muameleyi tefrik etmemiştir. Halbuki bu ıstılahlar biri birinden farklıdır.

1/34

sında faiz haddi daha aşağı olur. Müstakriz senet için daha zayıf bir faiz öder. Bazen faizin sıfıra düştüğü veya senedatın istikrazı için bir prim verildiği de vakidir. Müstakriz mukrizin temettülerini ödemeğe mecburdur.

Açıktan satışa, tıpkı marjlı satın almalarda olduğu gibi, müşteri fiyatlarda gayri müsaid temevvücler vukua geldiği takdirde bir karşılık vermeğe mecburdur. Açıktan satış marjlı satın alma ile aynı ehemmiyette değildir.

New — York borsasında borsa muameleleri nasıl cereyan eder?

New — York borsasında muamele gören esham ve tahvilât on iki gruba ayrılır. Bu guruplardan herbiri salondaki *stock posts* denilen mahallerde icra edilir. Evvelce bu mahalleri tayin eden direklerdi. Şimdi onların yerine at nalı şeklinde bir nevi (tuarlar) konmuştur. Her masanın üzerinde esham ve tahvilâtın isimlerini ve her senedin fiyatlarını bildiren tablolar bulunur. Muamele *bağırmak* suretile (à la criée) yapılır. Her masanın etrafında mütehassıs âza ve coberler vardır. Bu masada muamele gören bir sened üzerinde alış veriş yapmak istiyen broker, alıcı veya satıcı olduğu fiyatı yüksek sesle bildirir. Satılması icabeden bir senet arzedilirken âzalardan biri «aldım (take it), satın alınması gereken bir senet arzında ise verdim (sold it), deye bağırmakla muamele tekemmül eder. Aynı zamanda iki şahıs cevap verirse yazı tura oynanır. Dünyanın hiçbir borsası Newyork borsası kadar seri neşriyatta bulunmaz. Memleketin her köşesinde cihazları bulunan« *ticker* system» [1] sayesinde halk fiyatların temevvücatından derhal haberdar olur. Bir muamele aktedilir edilmez fiat memuru (quotation reporter) buna aid fişi ticker cihazında çalışan memura verir.

Ticker'in ince uzun bir kâğıt şeridi vardır. Bu şerid üzerinde muamelâta mevzu teşkil edeh senedatın nev'i, adedi ve fiyatı yazılıdır. Ticker makinesi New — York borsasına merbut New— York Kota Şirketine «New — York quatation company» aid olup borsa âzalarının istifadesine terk edilmek üzere New — York distric'ine yerleştirilmiştir. Garb Telgraf Birliği Kumpanyası (Western Union Telegraphey) na aid başka makineler de vardır. Bu Kumpanya cihazları bankalara ve broker yazıhanelerine kira ile verir. Yalnız tam miktarlar üzerinden yapılan muameleler kayda tâbi olurlar. Kayıtlar ihtisar suretile yapılır. New—York'ta bütün senedat itibârî

[1] Ticker makinesi borsadaki fiatları otomatik bir tarzda kaydeden bir alettir.

1135

kıymetlerinin yüzdesile ve kupon fiyatları da dahil olduğu halde kotaya geçer. Resmî kota yoktur. Fakat büyük malî gazeteler başlıca dört adet fiyat tesbit ederler: Açılış fiyatı, kapanış fiyatı, en yüksek fiyat, en aşağı fiyat.

Borsa senedatın miktar ve fiyatlarını gösteren kotanın (Btock exchange Daily list) hususî bir teşebbüs marifetile neşrine mezuniyet verebilir. Kota ticker'lerin bir züpdesini irae eder.

*
* *

Paris borsası "BOURSE DE PARİS„

Borsaya ait ilk teşkilât 1304 tarihinde (Philippe le bel) tarafından vaz edilmiştir.

Burada mübadele yeri olarak pont de change, tayin ve borsa haricinde yapılan mübadelât, müsadere tahdidi altında, menetmişti. 9. uncu Şarlın isdar ettiğe bir emirname şimdi acenta diye çağrılan mutevassıtlara yarı resmî bir sıfat (officier ministeriel) bahşetmişdi. 4 üncü Hanri zamanında Borsa daha ziyade teşkilâtlandırılmış ve suiistimalin önüne geçilmiştir.

1720 senesine kadar bir çok kanun ve nizamlar borsa meselesi hakkında müsbet bir çok tedabir vazeylemiş 24-Eylûl-1724 senesinde Paris borsası millî kütüphanenin bulunduğu Vivyen sokağında poliçe emre muharrer senet emtia ve eşya alım satımı ile meşgul olmak üzere resmî bir borsa tesis edilmişdir.

Müsbet bir şekilde, Fransız borsa mevzuatının başlangıcını bu tarihe irca etmek çok doğru olur.

Bilâhare patlayan büyük inkılâb neticesinde bu mevzuat diğerleri gibi ilga edilmiş ve borsa müteaddit defalar sed edilmiştir.

Nihayet 1795 tarihli kanun ile borsa sureti kat'iyede yeniden teessüs etmiştir.

Daha sonra neşredilen kanunlar, bu 1795 tarihli kanunun çerçivesi dahilindedir.

Bugünkü Paris borsası Alex-Thood Brogeiard'nin plânına göre 1808 de başlanmış ve 1827 de tamamlanmıştır. [1]

*
* *

[1] Fransız borsasının tarihi hakkında daha fazla malûmat almak için Borsa rehberlerine müracaat edilmelidir.

1136

Fransız borsa sistemi İngiliz sisteminin taban tabana karşılığı olan bir sistemdir. Burada vekil kararnameleri ile teyid edilen bir kanunî rejim hâkimdir,acenteler inhisarı haizidirler, inhisarın mes'uliyetten münbais olduğunu iddia edenler vardır. Esasda Acentelerin malı olan işgal ettikleri kürsünün mübayaa bedeli (valeurs des changes), kefalet akçesi ve korporasyonun mameleki ile mahduddur. Bu yekûn alacaklıların en büyük teminatıdır gerçi nazarî sahada acentenin bir mutavassıt olmak sıfatı ile iflâsı mevzuubahs olamaz. Fakat pratik hayatta bu vakidir. Şöyleki: Acente kendi nam ve hesabına spekülâsyon yapar ve bu hal kendini iflâsa sürükleyebilir. Keza acente bütün kanunî kayıtlara riayet ettiği halde bir müşteri namına bedelini almadan esham ve tahvilât satın alır; müşteri iflâs eder; buna tâbi olarak acente de iflâs eder. Bir üçüncü hal müşteri namına sattığı senedatı müşteri teslim etmez. Acente kendisi teslim etmek mecburiyetinde kalarak iflâs edebilir.

Acentelerin müteselsil mes'uliyeti senedatın alım ve satımında haiz oldukları inhisarın bir neticesidir.

Mamafi inhisar yalnız resmi alınmış senedata aittir. Bunun haricinde bir hüküm ifade etmez bu inhisarın tatbikatından olmak üzere bir banker kotaya alınmış bir senet üzerine borsa emirleri kabul ederse «acentelerin vazifesine müdahale suçunu, işlemiş sayılarak adlî takibata maruz kalır.

1898 tarihinden evvel acenteler bir çok senedatın alım ve satımına tavassut inhisarını haiz bulunduklarını iddia ediyorladı. 1898 tarihli kanun ve temyiz kararı bunlardan ancak kotaya alınan senedatta inhisara malik olduklarını karar altına aldı.

*
* *

Fransadaki acenteler İngiliz borsasında olduğu gibi bir iş bölümüne tâbi dahi değildir.

Keza İngilteredeki coberler gibi mütehassıs değildirler. Sadece mutavassıtlık rolü ile iktifa ederek kendi hesablarına muamele yapamaz ve müşterilerine yol gösteremezler. Adetlerinin az olması hasebile Belçikadaki son mevzuatın ortaya koyduğu muhabir acente (agent de change correspondant) gibi halkla temasta bulunan bir simsar (remisier) sınıfı teşekkül etmiştir. Bunlar bir bankerden aldıkları borsa emirlerini acenteye vererek dellâliyenin bir kısmından müstefid olur.

Bazı simsarların yazıhaneleri vardır. Hariçle de muamelede bulunanları vardır.

1137

Bu meyanda söylenilecek bir diğer mesele de takas (comensation) meselesidir. [1]

Bankaların tekâmülü ve şubelerinin bütün memlekete yayılmış olması dolayısiyle bu müesseseler daha kolaylıkla ve daha büyük mikyasda borsa emirlerini toplamağa başladılar. Bir çok kimselerin bankada hesabı bulunduğundan bu emirleri banka vasıtasiyle yapmak kendileri için daha kolaydır. Banka toplanan bu emirleri bir acente marifetiyle icra ederek dellâliyenin bir kısmından müstefit olur. Bu suretle memleketin bir çok taraflarında toplanan alım ve satım emirleri bir yerde temerküz eder. Altı yüz sipariş ve beş yüz satma emri aldığı farz edilen banka acentesine yüz adet senet satın al diye emir verecektir. Demek oluyorki Banka ancak bir bakıyenin mübayaasını acenteye emretmiş oluyor. Bu mesele pek çok tenkidata mâruz kalmaktadırlar. Zira bu suretle bankanın kendine hasrettiği dellâliyeden acenteler mahrum kalırlar. Maamafih bu itiraz konponsasiyona karşı serd edilmiş kuvvetli bir delil değildir. İleri sürülen en esaslı delil bankanın arz ve talep makanizmasını bozmasıdır. Fakat dikkat edilirse bu da çocukca bir fikirdir. Çünkü ne de olsa alım ve satım nisbeti aynıdır. Aldığımız misalde Banka altı yüz alım ve beş yüz satım emri vereceğine göre arz ve talebe tesir eden yüz senetten ibaret bir bakiyedir. Binaenaleyh altı yüz senet almak beş yüz senet satmak pratik olarak yüz senet talep etmekten başka bir şey değildir. Her ne kadar mesele nazarî cepheden gayri kabili hal görünürse de pratik cihetten pek müşkilât yoktur. Esasen acente takası (Conpensation) kendiliğinden yaparak yüz senet satın alır. Bu tedbir bir idarei maslahat meselesidir. bittabi acentede hayatını kazanmak mecburiyetindedir.

Daha 1898 denberi meclis bankaca yapılan takası men eden Fleury-Ravarin tadilnamesini karar altına aldı. Pratik sahada bu tadilnamenin istihdaf ettiği senedat kotaya alınanlardır.

*
* *

Kulis [2] öteden beri çok faal bir elemandır. Burası Büyük ticaret evlerinin faaliyet sahası olduğu gibi bir takım madrabaz ve hilekârlara melce olduğu da vakidir. Kalisyelerin faaliyeti bir zamanlar acenteleri çok ürküttü. Bir çok dava ve niza neticesinde acentelerin sahayı faaliyeti yalnız kotaya alınan senedata inhisar etti.

[1] Bizim Borsa rehberi conpansatio kelimesi karşılık tabirile ifade etmektedir. Biz takas kelimesini kullanmaya daha az hatalı bulduk.

[2] Bilâhare tafsilâtlı tetkik edeceğimiz Kulis Paris borsasının gayri resmî kısmını teşkil eder.

1138

Ve nihayet şu tekerrür ettiki bankerler ancak simsar sıfatıyla (Remisier) borsaya alınan senedat üzerinde muamele yaparak dellâliyenin bir kısmından istifade edebilirler.

*
* *

Şamatik bir tarzda Paris borsasında mevzuu bahs olan meseleleri tebarüz ettirmiş bulunuyoruz. Borsanın iyi bir tasnif altında işlemesini ve teşkilâtını görmek Fransız sistemi hakkında bize daha iyi bir fikir verebilir.

Paris borsasında birbirinden farklı iki piyasa vardır. Resmî piyasada parke(Parquet); nim resmîye Kulis (Coulisse) derler. Resmî piyasada muamele 70 kadar acentanın (agents de change) tavassutu ile akdedilir. Borsaya ait kanun ve nizamları tatbik etmek üzere acente hey'eti umumiyesinde seçilmiş bir reis ve altı âzadan ibaret bir idare meclisleri (Chambre sydicale des agents de change) vardır. Bu meclisin reisine sendik (syndic) ve âzalarına sendik muavini "Adjoints de syndic" denir. Bu meclisin seçim muameleleri her sene Kânunuevvelde yapılır. Kulis, resmî kotaya kabul edilecek derecede stajını yapmamış olan senedat üzerine alış veriş yapan serbest mutavassıtlardan müteşekkildir. Resmî piyasa bina dahilinde muamele gördüğü halde nim resmî piyasa methalde in'ikad eder.

A : — parke (Parquet): [1]

Esham ve tahvilât mahdut olduğu ve binnetice muamelelerin ehemmiyetsiz bulunduğu sıralarda esham ve tahvilât ve bilûmum muamelât sepette (corbeille) temerküz etmişti. Korbey acentelerin etrafında karşı karşıya bulundukları etrafı parmaklıkla çevrilmiş dairevî bir sepetdir.

On dokuzuncu asrın ortalarında kotaya alınan menkul kıymetlerin çokluğu ve ticarî muamele hacminin gittikçe büyümesi dolayısiyle nisbeten az olan acenteler bir kısım muamelelerini kendi nam ve mes'uliyetleri altında çalışan memurlara havale etmek mecburiyetinde kaldılar. Acenteler yalnız hususî bir ehemmiyeti haiz olan senedat üzerine yapılan vadeli muamelelerin icrasını kendilerine hasrederler.

1) Peşin muameleler: — Peşin muamelelerin icrası için acenteler asgarî altı, azamî on müstahdem kullanmaya salâhiyettardırlar. Parkede muamele gören, esham ve tahvilât fîlen altı gruba

[1] Paris borsasında daire şeklinde konulmuş iki sıra parmaklığın arasındaki yerdir. Hecazen parke resmî piyasayı ve acentaları 4/heyetini ifade eder.

1139

ayrılır. Grupların biri rantlara beşi diğer esham ve tahvilâta aittir. Bu grupların alım satım tarzları birbirinin aynı değildir. Rantlar grubu vadeli muamelelerde kullanılan usule göre alış verişe tâbidir. Yani muamele bağırma suretiyle (à la ceriée) yapılır. Diğer beş grup peşin muamelelerde tatbik edilen tez karşılıklı kotasyon (cotation par opposition) tarzıdır.

Karşılıklı kotaya alma usulünün izahı mevzuumuz haricinde koyu bir teknik meselesidir. Fakat ilerde Türk borsalarını bütün teferruatı ile tetkik ederken bize mukayese imkânlarını vereceğinden bu ciheti biraz derinleştirmek muvafık olur kanaatindeyiz.

Buradaki esas prensip şöyle hülâsa edilir:

Kâğıt üzerine bir arz fiyatı yazıldığında daha yüksek bir fiyatın kotaya geçirilmesine muhalefet edilir.

Talebde ise bunun aksi vâkidir, yani yazılan fiyattan daha aşağı bir fiyatın kotaya geçmemesi esasdır.

Hususî bir deftere mahdud fiyatla verilen emirlerin fiyatı yazılır. Birer karnede de bu fiyatlar birbirile karşılaştırılarak kotaya konulacak fiyat bulunur. Peşin olarak akdedilen beş grubun herbirinde idare meclisi (Chambre Syndicale) , grubun ehemmiyetine göre, beş ilâ on fiat memuru (coteur) bırakır. Her kota memurunun birer defteri vardır. Bu defterde kendisine ait esham ve tahvilâtın isimleri kayıdlıdır. Kota memuru her esham ve tahvilâtın karşısına asıl memurun iradesi üzerine alım satım emrini borsa emirlerini icra etmek salâhiyetini haiz acentenin ismini ve emirlerin hangi fiyat için muteber olduğunu not eder. Mütenevvi borsa emirlerinin taallûk ettiği senedatın miktarı kota memurunun defterinde işaret edilmiştir.

Kuyudat karşılaştırılarak fiat tesbit edilir.

Bu şekildeki yazı karşılaştırmaya *eppesition* derler. Daha · borsa açılmazdan kota memurları muhtelif acentelerin verdikleri borsa emirlerine tekabül eden senedatı karnelerine kaydederler. Borsa muamelesi cereyan ettiği esnada kota memuru acente memurlarının yeni borsa emirlerine tevfikan şifahen verdiği fiatların karşılaşmaları kayda devam eder. Her acente memuru, her gruba aid bir miktar esham ve tahvilâtın alış verişini yapmakla tavzif edilmiştir. Yani vazifesi bu esham ve tahvilâttan herbiri için arz ve talebi temerküz ettirmek ve fiyatlarını tayin etmektir.

Muayyen bir senedin alış verişiyle muvazzaf memur kota memurunun defterine kaydedilen fiatları (oppositions) kaydeder. Bu malûmatın yardımı ile isimlerini kaydettiği meslekdaşlarının ne kadar sened alıp, satmak istediklerini soruşturur. Bu malûmatla, fiatları

1140

arz için gittikçe küçülen, talep için gittikçe büyüyen bir sıra takip eben bir tablo yapar. Başına en müsaid fiyatla verilen emirleri koyar. Bu tablo sayesinde kotaya geçecek fiyatı kolayca tayin eder. Bu fiyatların tesbiti, emir verenlerin menfaatı icabı bir takım kaidelere tâbi tutulmuştur. Kotaya konulan fiyat o şekilde tayin edilmelidir ki daha yüksek fiyat vermeye razı olan alıcının bilûmum talebi ve daha aşağı fiyata razı olan satıcının bilûmum arzı icra edebilsin. Kotaya konulan fiyata tekabül eden alım ve satım arzı hiç olmazsa kısmen icra edilmelidir.

Karşılaştırmalı kotasyon (Cotatin par opporition) rantlar için tatbik edilmez. Bunlarda bağırma (à la criée) suretile muamele icra olunur.

Daima aynı sırayı muhafaza eden mümessiller, beyzî şekildeki korbeyin etrafında toplanırlar. Korbeyin ortasında fiyat memuru bulunur. Gruba dahil olan esham ve tahvilât ilk fiyatın tesbiti için mütevaliyen muamele görür. Esham ve tahvilât üzerine yapılan muamele muayyen bir sıra takib eder. Alıcı tarafın memuru karşısındakilerle soruşturmak suretile mukabil tarafı arar. Bu şekilde «en müsaid fiyatla» verilen emirler derhal icra olunurlar. Geri kalan alım satım emirleri içinde en kârlıları arasından bir mukabil taraf bulur ve bilâhare müteakib fiyatların müzakeresine geçilir.

Bazen öyle olur ki memurlar vakti zamaniyle bazı senedatı kotaya geçiremezler. Böylece muamelelerin çok olduğu zamanlarda tabik edilen usûl kutularla kotaya geçirme usulü (cotation par boites) tatbik olunur. Memurlar aldıkları emirleri bir kutuya atarlar, diğer bir memur kutu muhteviyatını hususî bir mahalde kayıd ve evvelki usulde olduğu gibi kotayı tanzim eder.

2)Vadeli muameleler. :— Vadeli muameleler münhasıran bağırma suretile (à la criée), yapılırlar, Zira bu usûl alış veriş [illegible] Şeniş olan esham ve tahvilâta daha uygun gelen bir usuldür. Parkedeki esham ve tahvilât vadeli muameleler için beş gruba ayrılır. Hususî bir ehemmiyeti haiz olanları korbeyde bizzat acenteler marifetile icra olunur. Diğer esham ve tahvilâtın alış verişi tâli derecede kalan dört korbeyde aslî memurlar (commis principaux) marifetile görülür. Alış veriş tarzı peşin satışlardakinin aynıdır.

B:— Kulis (Coulisse): [1]

Kuliste gerek peşin, gerek vadeli muameleler bağırma suretile yapılır. Peşin muamele için onbir ve vadeliler için üç grup vardır. Her grupda ilk fiyatın tesbiti için muayyen bir sıra dahilinde esham ve

[1] Başlangıçta resmî piyasa haricinde muamele yapanlar acenteleri parkeye giden yol üzerindeki parmaklıklara dayanarak bekledikleri için sonraları kulis kelimesi methalde yapılan muameleler alem olmuştur.

1147

tahvilât birbiri arkası muamele görür. Fiat memuru yazı tahtası üzerine tebeşirle muvakkaten bir fiyat yazar. Bu fiyat arz ve talebi tahrik eder. Bu arz ve telebe göre fiyat muvazeneyi buluncaya kadar tadilâta uğrar, yani memurlar birbirlerile mutabık kalıncaya kadar tesbit edilen birinci fiyatın altı çizilir. Celse esnasında yeni fiyatlar kotaya geçirilir. Fiat memuru tabloda en yüksek fiyatla en aşağı fiyattan başka bir şey bırakmaz.

Acente ve memurların böylece borsada yaptıkları muameleler teyid edilmelidir. Bu tedbir tekidnamelerin (bulltelin deconfirmation) bültenlerin mübadelesile icra edilir. Her alış veriş iki bültenin yapılmasını icab ettirir. Birini alıcı ötekini satıcı tanzim eder. Bunlara angajman (engagement) derler. İşte karşılaştırılan ve kontrol edilen bu angajmanlardır. Parkede yapılan muamelât için angajmanların teatisi borsada sabahları 9 dan 10.1/2 a kadar yapılır. Buraya her acente bir kaç memur gönderir. Muhtelif acentelerin memurları o şekilde karşılaştırma yaparlar ki kolayca ihtilâfların farkına varılabilsin ve borsa başlamadan evvel tashih edilebilsin. Kuliste angajmanların teatisini hususî bir teşebbüs üzerine almıştır. Gündelik muamelâta müteallik angajmanlar, vadeli ve peşin sendikalar marifetile bu angajmanlar her gece bu teşebbüsün kişelerine bırakılır. Kontrol ve puantaj muameleleri yapılmış olduğu halde ertesi gün de alâkadarlara tevdi edilir. Muhtemel ihtilâflar haşiye kısmında kaydedilir.

Paris borsasının kotası:

Pariste birbirinden farklı iki kota vardır: Biri parke, diğeri kuiis içindir. Herbir Kotanın iki kısmı vardır:Biri peşin diğeri vadeli muamelelere mahsusdur.

Parkenin kotası, kotaya konulma sırasiyle icra edilen her senedin bütün fiyatlarını kaydeder. Ekarı (écart) çok ehemmiyetli olabilen rantlar müstesna olmak üzere, umumiyetle, bir veya iki fiyat vardır.

Vadeli muameleyi gösteren kota kat'î vadeli muamele için birinci, en yüksek, en aşağı ve son fiyatları zikreder. Primli muamelede ise kota en yüksek fiyatla en aşağı fiyatı gösterir.

Kuliste peşin muamele için kota birinci, en yüksek, en aşağı, son fiyatları, ve primli muameleler için de en yüksek ve en aşağı fiyatlar kaydedilir.

Fiyatların tarzı ifadesi:

Senedatın nev'ine göre fiyatların muhtelif tarzı ifadesi:

1) Fransız rantları: Kuponları nazarı itibara almaksızın rant unitesine tekabül eden başa baş itibarî kıymetin yüzdesile kotaya geçirilir. Meselâ 1920 yüzde beş rantı karşısına 90 yazılırsa bunun manası bir senedin % 90 başa baş itibarî kıymet üzerinden muamele

1162

görmüş olduğu anlaşılır.

2) Fransız ve ecnebî esham ve tahvilâtı: Kotaya geçirilen fiyatlar doğrudan doğruya senedin fransız frangiyle kıymetini gösterir.

3) Ecnebî rantları: Ecnebî rantlarında kotaya geçirilme sistemi muhteliftir. Bazıları kotaya sened başına ve frank olarak ifade edilen kıymetile geçer. Fransız parası üzerine muharrer olarak ihraç edilen ecnebî istikrazları kotaya alma tarzı aynen fransız rantlarında olduğu gibidir. Ecnebi parası üzerine muharrer ecnebî devlet esham ve tahvilâtında (fonda) sabit bir kambiyonun müdahalesile ve yüzdelerle kotaya geçirilir. Bu kabil istikrazın her bir senedi için ihraç edildikleri memleketle fransız frangı arasında farazî olarak bir sabit kambiyo bedeli meydana getirilmiştir. Muayyen veya mütehavvil iratlı her esham ve tahvilâta her vakit kuponlar fiyatlarda dahildir.

BİBLİOGRAFYA

Olbrecht : Opérations de Bourse..
M. Ansiaux : Economie Politique , tome II.
H. Truchy: Economie politique .
M. Chlepner : Marché financier .
1928 tarihli Borsa rehberi .
İbrahim Fazıl : İktisat , cilt II.
H. Laufenburgen : Le comerce et l' organisation des marchés .
Amy : Droit comercial
R. de Prelle de la Niebbe : La Bourse .
H. Gramp : Theorye of stock speculation
Sap : Le régime légal des Bourses en Allemagne

1143

No : 100

Hukuku Medeniyede İntizamı Âmme Mefhumu

İntizamı Âmme mefhumunun umumî tarifi

Yazan: *Sadık TÜZEL*
Paris Hukukundan Lisansiye

Mevzuumuza girmeden önce mühim bir noktayı aydınlatmak lâzımdır. Dahilî hukukda mevcut intizamı âmme ile beynelmilel intizamı âmme esas itibariyle aynı düşünceye dayanırsa da hüküm ve tatbikat bakımından aralarında fark vardır. Teb'anın hilâfına hareket edemiyecekleri «dahilî intizamı âmme: l'ordre public interne» ancak bir devlet ülkesi dahilinde aynı kanunların yani aynı matbuun kudreti hâkimiyetine tâbi kimselerin münasebetlerinde müessirdir. «Beynelmilel intizamı âmme: l'ordre public international» ise bilâkis ecnebî bir ferdle devletin münasebatında tecellî eder. Bir ecnebinin, ülkesinde bulunduğu devletin bir kısım kanunlarına riayetle mükellef olmasının sebebi ülke sahibi devletin misafirperveliğinin intizam ve teşkilâtı için mazarrat tevlid etmemesini temin mülâhazasından başka birşey değildir.

Kanunu Medenide intizamı âmme tâbirine tesadüf edilmekle beraber vazıı kanun bu kaide ile ne gibi ahkâmı kasdettiğini sarahatle tasrih etmeyerek işi mahkemelerin takdirine bırakmışdır.

«İntizamı âmmeyi temin eden kaideler» ne gibi ahkâmı kanuniyeyi ifade eder? *Marcel Planiol* ile *Gerges Ripert* «kanunu Medenî» şerhlerinde bu meseleyi tedkik ederken derlerki:" Bu ahkâm herşeyden önce hukuku âmme kanunlarını, yani bir hükûmetin siyasî nizam ve tertibini vaz ve tesis eden kanunları ihtiva eder. Bu kanunlar bir tarafdan hükûmetin teşkilâtını, muhtelif hükûmet kuvvetlerinin salâhiyetlerini ve bunları temsil ve idare eden uzuvları, diğer tarafdan da ferdlerin intihap, askerî hizmet . . . . gibi siyasî hukuk ve vecibelerini tayin ve irae ederler. Fakat, intizamı âmme kaideleri yalnız hukuku âmme kaidelerinden ibaret kalmaz. Bazı kaideler vardır ki intizamı âmmeye taallûk ettikleri halde «hukuku hususiyeye»

1164

ait kanunların hükümleri arasında zikredilmişlerdir. Menafii umumiye mülâhazasiyle vazedilen hukuku hususiye kanunları bu cümledendir. Bu nevi kanunları başlıca üç sınıfa ayrabiliriz:

1. Şahsın ahval ve ehliyetini tayin ve idare eden kanunlar;
2. Mülkiyete ve bilhassa gayrimenkul mülkiyetine ait kanunlar;
3. Üçüncü şahısların hukukunu himaye eden kanunlar.

Bu kanunları ve intizamı âmmeye müteallik ahkâmı biraz ileride etraflı bir şekilde izah edeceğiz.

***

Hâkim buyurucu bir kaideye muhalif bulunduğu için bir mukavelenin batıl olduğuna hükmettiği zaman, mukavelenin bertaraf etmek istediği ve fakat bertaraf edemediği kaideye intizamı âmme kaidesi adı verildiği gibi, her nekadar oldukça kötü bir tâbir de olsa - zira bu takdirde her kaidenin buyurucu olmadığı kabul edilmiş olacak ve bu ise doğru birşey olmıyacakdı - buyurucu kaide adı da verilir. Binaenaleyh, intizamı âmme kaideleri ismi verilecek bir seri kanun ve hukuk kaideleri mevcut olacakdı.

Bu suretle beşerî faaliyeti idare eden umumî kaideler içinde derecelere ayrılmış iki sınıf kaide mevcut olduğu zannedilmektedir; üst plânı işgal edecek en mühim kaideler intizamı âmme kaideleri olacakdı; mukavelelerle bertaraf edilebilecek diğerleri ise sadece hukuk kaideleri ismini alacakdı.

1. Hakikaten cevher ve tabiatları itibariyle intizamı âmmeye taallûk eden hukukî kaideler var mıdır? Bu tetkik edeceğimiz ilk noktadır.

II. Kaidenin tabiat ve mahiyeti tayin edilmemiş bulunuyorsa bir merciin bu mahiyeti tayin etmesi lâzım gelir mi; ve hangi merci bunu tayin eder? Bu suretle tetkik edeceğimiz ikinci mesele şu olacakdır: Kaideye intizamı âmme sıfatını vermekle muvazzaf merci hangi mercidir?

III. Kaideler birbirini takip eder ve bunların hepsi de buyurucu kaideler olursa veya bir kısmı âmme nizamına taallûk edip diğer kısmı buna taallûk etmezse tahaddüs edecek kanunlar ihtilâfı zaman itibariyle nasıl tanzim olunabilir? İşte inceleyeceğimiz üçüncü nokta.

IV. Nihayet muayyen bir hadiseye birçok kanunların tatbik olunabileceğini ve bir memlekette intizamı âmmeye taallûk etdiği hâlde diğer bir memlekette böyle addedilmediğini farzedelim ; bu takdirde hangi intizamı âmmenin galebe çalması icap eder? Beynelmilel intizamı âmme dahilî intizamı âmmenin haiz olduğu kıymet

11/45

ve ehemmiyeti haiz midir? Bu da mekân itibariyle tahaddüs eden ihtilâfı kavanin münasebetiyle tetkik olunacak dördüncü meseleyi teşkil eder.

I. İNTİZAMI ÂMME KAİDELERİNİN MAHİYETLERİ

İntizamı âmme fikri camia için mecburî yani bir mukavele akdetmek suretiyle camianın yakasını sıyıramadığı kanun fikrine tekabül eder. Mukavele, hizmet ve mahsullerinin mübadelesini tanzim eden borçlu ile alacaklı arasında küçük bir cemiyet tesis eder. Mukaveleye iştirâk eden iki taraf cemiyette ayrı bir yer işgal ederler. Bundan böyle kendi hareketlerini idare edecek hususî bir kanuna tâbi bulunacaklardır. Fakat bunlar umumî birlikten ayrılmaz ve intizamı âmme esasına temas ettiği takdirde umumî kanunun hükmünden kurtulamazlar. Binaenaleyh, mevzuubahs mukavele camianın kanununu teşkil eden yüksek kanuna bir tecavüzde bulunuyorsa, imkân görüldüğü takdirde, tarafların mukavele akdetmelerine mani olmak icap edecekdi.

İntizamı âmme kaidelerinin ihlâl edilmesine hangi vasıtalarla mani olunabilir? Hukukî ve medenî hayatta hususî muameleleri nasıl önleyebiliriz? Mukavelenin kanuna aykırı bulunduğunu söylemek çok kolay bir şeydir; bununla tarafların kanuna aykırı bir mukavele (convention illicite) akdetmelerine mani olunmuş olmaz. Fransız mahkeme kararları 70 senedenberi avukat, Avue, ve noterliklerin devir ve temlikleri işinde (muvazaa senedini iptal eden gizli senet: contre-lettres) in memnu olduğunu tekrar eder durur ve 70 senedenberi de iki tarafın böyle gizli bir senet tanzim etmeden avukat, avue ve noter dairelerinin satılması vaki değildir. Eşhası hususiye beynindeki hukukî muameleler âmme otoritesinin iştirâki olmadan teşekkül ettiği için kanunu medenî hukukî muamelelerin men'i işinde âcizdir. Ve bundan başka taraflar arasında gizlice yapıldığı için devlet mümessilleri tarafından bu kabil hukukî muamelelerin in'ikadını menetmek mümkün değildir.

En nihayet yapılsa yapılsa hukuku medeniyeyi ihlâl edenlere karşı cezaî bir suç ihdas etmekden ibaret bir korkutma tedbiri tecrübe edilebilir. Kanun bazan bu yolu ihtiyar eder. Meselâ: mürabahacılığı menetmek için, fahiş faiz taşıyan mukaveleler yapmak itiyadının cezaî bir suç teşkil ettiği kararlaştırıldı; yine muamelâtı ticariyede normal hadden aşağı fiatla satmak cezaî bir suç teşkil eder. Cezaî suç hukukî muamelenin in'ikadına mani olmaz; fakat iki tarafı bir ceza-korkusu ile tehdid etmek suretiyle ne de olsa önleyici bir rol oynar.

1146

Fakat kanuna aykırı bilûmum muamelâtı hukukiye hakkında böyle bir ceza ihdas edilmez. Muâsır kanunlar kanuna karşı hile yoluna tevessül etmeyi cezaî müeyyidelerle önlemeye temayül göstermektedir; bu ise her defasında bütün hususî muamelâtı hukukiyenin meydana çıkarılmasına imkân bulunmadığından, tam manasiyle haksızlıklara yol açmaktadır. Çünkü müeyyide tesadüfe bağlı ve gelişi güzel tatbik edilmektedir.

Fransız kanunu medenisi muharrirleri başka bir vasıtayı tercih ederler. Bu sadece intizamı âmmeye muhalif hukukî muamelelerin batıl olduğuna karar vermekden ibarettir. Butlan, yani hükümsüzlük tarafların cesaretini kırar ve kendilerine, umumî kanunu ihlâl etmelerinin hiç bir hukukî netice tevlid etmiyeceği için buna muhalif hareket etmenin tamamiyle faydasız olduğunu gösterir. İşte kanuna mugayir mukavelenin bu hükümsüzlüğünü işaret etmek içindir ki intizamı âmmeyi alâkadar eden kanunlara muhalefet edilemiyeceği söylenir.

Fakat bu takdirde, vazıı kanunun her ne bahasına olursa olsun intizamı âmme esasına aykırı bütün muameleleri hükümsüz addetmeye kadar vararak riayet edilmesini istediği bu kanunlar kategorisini nasıl tefrik ve teşhis edeceğiz? Burada bir çok mefhumlar arasında tereddüde düşülebilir.

İşte ilk tereddüt noktası kaideye riayet ettirmek için devlet müdahalesi lâzım geldiği takdirde intizamı âmme kaidesi mevcuttur denilebilecekdi. Bu mefhum ilk bakışda en bedihî ve en emin bir mefhum gibi görünür. Kaide bütün camiayı alâkadar ederse, tarafların ihlâl etmek istedikleri kaideyi mecburî kılmak için bu camianın hayatını koruyan otoritenin müdahale etmesi iktiza eder. Binaenaleyh intizamı âmme kaidesi devlet mümessilinin—bizim için yani medenî hukuku alâkadar eden işlerde müddeiumuminin — intizamı âmmeye mugayir mukavelenin butlan ve hükümsüzlüğünün beyan edilmesi hususunda müdahale etmek hakkını haiz bulunması keyfiyeti ile tefrik edilecekdir. Cezaî suçun bulunmayacağı hallerde devlet mümessili tarafların mahkûmiyetini isteyemiyecek ve fakat akdedilen hukukî muameleyi yokmuş gibi sayacak ve taraflara daima mukaveleyi keennlemyekûn addetmek için lâzım gelen vasıtalarla mücehhez bulunduğunu göstermek suretiyle mukavele yapmak hususundaki cesaretlerini kırabilecekdir. Hukukî kaidenin buyurucu mahiyetini gösteren bizzat Müddeiumuminin muamelenin butlanını istemesi ile tezahür eden bu teşebbüsdür.

Halbuki, hukukî mesailde Müddeiumuminin bu yolda müdahalesini derpiş eden kanunu medenî metinleri vardır. Evvelâ Fransız

1142

hukuk usulü muhakemeleri kanununun, Müddeiumuminin müdahalesini mucip davalar hakkındaki 83 üncü maddesini ele alalım. Müddei umuminin müdahale etmediği hukuk davaları vardır. Müddeiumumi davaya ancak duruşmada hazır bulunmak suretile karışır ve muvafık görürse reyini beyan eder; fakat, umumiyetle Müddeiumumî hususî menfaatları alâkadar eden bu münakaşalarda reyini beyan etmekden çekinir.

Buna mukabil «Müddeiumuminin müdahalesini mucip» davalar da vardır. Ve bu davalarda Müddeiumuminin muhakkak dinlemesi ve fikirlerini beyan etmesi icab eder. Burada Müddei umumi hususî menfaatler müvacehesinde âmme menfaatı mümessili sıfatiyle müdahale eder. Müddeiumuminin müdahalesini mucip davalar arasında Fransız hukuk usulü muhakemeleri kanununun 83 üncü maddesi evvelemirde «intizamı âmmeye taallûk eden davaları» zikretmektedir. Burada bizi alâkadar eden kelime ile yani «intizamı âmme» kelimesiyle karşılaşıyoruz. Fakat Napolyon Kodlarının kabulünden sonra mahakim teşkilâtı hakkında 20-Nisan-1810 tarihli bir kanun neşredilmişdir. Bu kanun hukukî mesailde Müddeiumuminin hangi hallerde faaliyete geçmek salâhiyetini haiz olduğunu göstermektedir. 20-Nisan-1810 tarihli kanunun 46 ıncı maddesi böyle bir hüküm taşımaktadır. «Hukukî işlerde Müddeiumumî kanunca tasrih edilen hallerde re'sen ikamei dava eder. Kanunların, karar ve ilâmların infazına nezaret eder. . . «Ve metin şunu da ilâve eder» Müddeiumumi *intizamı âmmeyi* alâkadar eden ahkâmı kanuniyede bu infazı *re'sen* takip eder». İşte burada intizamı âmme kelimesiyle karşılaşılıyor. Müddeiumumi kanunların tatbikine nezaret eder, fakat intizamı âmmeye taallûk eden işlerden ahkâmı kanuniyenin tatbikini re'sen takip eder.

Mevzu madde hakkında hukuk usulü muhakemeleri hakkında eserleri bulunan müellifler arasında büyük münakaşalar yapılmışdır. Filhakika bu maddede mevzuubahis olan şey Müddeiumuminin hangi hallerde hukukî mesailde asıl davacı sıfatiyle hareket edebileceğini tayin etmek meselesidir.

Kanun Müddeiumuminin tasrih edilen hallerde faaliyete geçebileceğini işaret etmişdir. Bu hususda en küçük bir tereddüde mahal yokdur. Müddeiumumiye dava ikame etmek hakkını veren bir metin bulunduğu takdirde Müddeiumumi muhakkak harekete geçebilecekdir. Bu suretle evlenmenin butlanı meselesinde mutlak butlan sebeplerinden birinin vücudu halinde butlan davası Müddeiumumi tarafından re'sen ikame olunur. (Kanunu medenimizin 101 ve 113 üncü maddeleri). Babalık hakkının nez'i meselesinde Müddeiumumi

1148

babalık nûfuzunun nez'ine karar ittihaz edilmesi hususunda hukuk mahkemelerinde dava ikame edebilir. Bu suretle kanunun tayin ettiği hallerle karşıkarşıya bulunuyoruz.

Kanunu Medenimizin 71 inci maddesinde de «bir cemiyetin gayesi kanuna yahut âdabı umumiyeye mugayir olursa Müddeiumumilik makamının veya bir alâkadarın talebi üzerine o cemiyetin fesholunacağı» söylenmektedir. Fransa'da Napolyon Kodlarından sonra ve bilhassa yarım asırdanberi kabul edilen muhfetif kanunlarda Müddeiumumiye intizamı âmme esasına aykırı olduğu için bir mukavelenin feshini talep və karara bağlamak hakkı tanınmış bulunmaktadır. Çok enteresan bulduğumuz bu kanunları zikretmeden geçemigeceğiz, zira bunlar Müddeiumuminin dava salâhiyetinin hususî mahiyetini tebarüz ettirmektedirler.

Bu suretle 1884 tarihli Fransız kanununda gayri meşru bir şekilde bir esnaf sendikası teşekkül ettiği takdirde Müddeiumuminin sendikanın lağv ve feshi hususunda takibatta bulunabileceği söylenmiştir.

Bu hüküm 1 - Temmuz - 1901 tarihli cemiyetlere dair kanunda tekrar edilmişdir. Bu kanunda kanuna aykırı bir cemiyet teşekkül ederse Müddeiumuminin cemiyetin fesih ve ilga edilmesi için takibatta bulunmak mecburiyetinde olduğunu kabul etmektedir. Aynı kanunun 17 inci maddesinde cemiyetler ve rühbân birliklerine müteallik buyurucu kanunları bertaraf etmek gayesiyle yapılan akit ve muamelelerin feshi hususunda Müddeiumumiye dava salâhiyeti verilmektedir.

Nihayet 1-Nisan-1898 tarihli muaveneti mütekabile şirketleri hakkındaki kanunda tamamiyle buna benzer bir hüküm mevcuttur. Bütün bu hallerde hiç bir şüphe ve tereddüde mahal yokdur; zira Müddeiumuminin müdahale edebileceğine dair sarih ve kat'î bir metin mevcuttur. Fakat böyle bir metin bulunmadığı ve davanın sadece intizamı âmmeye taallûk ettiği söylendiği zaman Müddeiumumi harekete geçebilir mi? Müellifler bu hususda tefrikaya düşmüşler ve ayrı ayrı fikir ve mütalâa yürütmüşlerdir.

*
* *

I· *Glasson ve Tissier* tarafından «Traité de Procédure Civile: Hukuk usulü muhakemeleri» isimli eserlerin 1 inci cildinin 188 inci numarasında müdafaa edilen birinci nazariyeye göre Müddeiumumi kanunun tayin ettiği haller haricinde hukukî meselelerde asıl davacı sıfatiyle hareket etmek hakkını haiz değildir. İsmi geçen müellifler

1149

nazariyelerini isbat etmek için şu delilleri ileri sürmüşlerdir:

1. Evvelemirde metne istinad eden bir delil; 1810 tarihli mahakim teşkilâtı hakkındaki kanun işe Müddeiumuminin ancak kanunca tasrih edilen hallerde hareket edebileceği prensibini vazetmekle başlamışdır. Her nekadar 1810 tarihli kanun Müddeiumuminin kanun, hüküm ve kararların infazına nezaret edeceğini ve intizamı âmmeyi alâkadar eden hallerde resen itiraz ve ikamei dava ettiğini ilâve ediyorsa bu «resen ikamei dava eder» kelimeleri sadece kanunların infazına nezaret keyfiyetine taallûk edecek ve Devlet mümessilinin kanunların tatbik ve infazı hususunda daima istimal edebileceği, umumî idarî mahiyette takibattan ibaret bulunacakdır.

2. *Glasson* ve *Tissier* ikinci delil olarak şunu ileri sürerler. Müddeiumumiye müdahale hakkını vermek, onu hususî menfaatları himaye ile tavzif yahut sırf hususî şahıslara taallûk eden davalarda gayri kabili kabul bir müdahaleye müsamaha etmek demekdir. Müddei umuminin iki muayyen şahısdan başka kimseyi alâkadar etmeyen bir hak hususunda dava ikame etmek ve bu suretle temsil ettiği âmme menfaatı ile, kat'îyen temsil etmekle mükellef bulunmadığı tarafların hususî menfatını karıştırmak salâhiyeti nasıl kabul edilebilir?

3. Nihayet ismi geçen müellifler üçüncü bir delil daha ilâve ederler. Bu delil de şudur: 1810 tarihli kanunda derpiş edilen intizamı âmme mefhumu kadar mübhem bir mefhum ile Müddeiumuminin hukukî mesailde hangi hallerde müdahale edebileceği ve hangi hallerde müdahale edemiyeceğini kestirmek imkânsızdır. Müddeiumumi her zaman intizamı âmmenin alâkadar bulunduğunu iddia edebilecek ve bu taktirde de ancak menafii umumiyenin müdafaası için müdahale etmesi icab ettiği halde hususî menfaatların müdafaası için davaya tevessül ettiği görülecekdi.

Esas itibariyle bu nazariye eşhası alâkadar eden davalarda devletin kayıtsızlığı prensibine tekabül etmekde ve hâkimin bitaraflığı da bu fikrin diğer bir veçhesini teşkil etmektedir. Filhakika Türk hukuk usulü muhakemeleri kanununun 72 inci maddesi mucibince«hakim iki taraftan birinin talebi olmaksızın re'sen bir davayı tetkik ve hal edemez.»Aynı kanunun 75 inci maddesine göre«kanunun tayin eylediği istisnalardan başka hallerde hâkim iki taraftan birinin söylemediği şeyi ve iddia sebeplerini resen nazarı dikkate alamaz...». Binaenaleyh, hâkim kendiliğinden haksızlıkları tamir ve hâli asliye irca etmeye kalkışamadığı gibi, önünde iddialarını teyid eden iki tarafın talepleri hududu haricine de çıkamaz. İşte birinci nazariye bundan ibaretdir.

***

1150

II. Buna mukabil diğer bir nazariyeye göre Müddeiumumi hukukî meselelerde mukavelenin intizamı âmme esasına temas ettiği bütün hallerde asıl davacı gibi hareket edebilir. Bu nazariye de 1810 tarihli teşkilâtı mahakim kanunu metnini ele almakda ve fakat bu kanunu harfi harfine tefsir etmektedir.

Müddeiumumi intizamı âmmeye taallûk eden meselelerde re'sen dava ikame eder. Re'sen dava mahkeme huzurunda görülen davadan farksızdır. 1810 tarihli kanun da Müddeiumumiye dava ikame etmek hakkını vermişdir. Bu nazariyeyi ileri sürenler şunu da ilâve etmekden geri kalmazlar: Kanun her şeyi derpiş edmemişdir. Müddeiumuminin müdahale edebileceği bütün halleri bir metinde saymak imkânsızdır; bununla beraber devlet mümessilinin müdahale hakkı bulunmamasına rağmen buyurucu bir kanunun ihlâline müsaade edilmeyen haller mevcuttur. Nihayet cemiyet kanununu mer'î kılmak için resmî mercilere, camia otoriterine ait alâka tebarüz ettirilmektedir. Müddeiumumiye dava ikame hakkı tanınmazsa tarafların ifa etmek isteyecekleri kanunsuzlukları ihtiva eden bütün kanuna aykırı mukaveleler mer'î kalacaalardır, zira taraflardan hiçbirisi şikâyet etmemekle intizamı âmmeyi tekrar tesis için hiçbir kimsenin salâhiyeti bulunmayacakdı.

İşte ortadaki iki nazariye bundan ibarettir. Hangisinin galebe çaldığını tayin etmek çok müşküldür. Zira, Fransız mahakim içtihadı bu hususda son derecede müttereddid ve kararsızdır. Müddeiumuminin bir intizamı âmme meselesi hakkında mahkemelere müracaat mecburiyetini duyduğu hallerde davası ahvale göre bazen kabul ve bazen red edilmişdir. Ve mahkeme kararları bunu kabul etmek mecburiyetinde olduğu kanaatını izhar ettiği vakit bunu dar şekillerde yapdı ve istikbale râci bulunmayan ve tefsir edenlere kabul edilen hakiki nazariyenin neden ibaret olduğunu söylemeye imkân vermeyen mübhem formüllerle ifade etdi.

Meselâ Fransız Temyiz Mahkemesi hukuk dairesinin 17-Birincikânun-1913 tarihli bir kararında (Sirey 1914, I,Sa 153) Müddeiumumiye ikamei dava hakkı tanınmış gibi görünmektedir. Şu kadarki «intizamı âmmenin, kendisine vahim tecavüzde bulunan fiiller münasebetiyle doğrudan doğruya ve başlı başına alâkadar olması şarttır.» Bu cümlelerin nekadar mübhem olduğu aşikârdır. Bu dava hakkını tahdid etmek için hâkimin kullandığı kelimelerdir.

Diğer tarafdan Fransız Adliye Nezaretinin tefsir tarzı da Temyiz Mahkemesinin, ittihaz ettiğim hüküm kadar kararsızdır. İş kazaları hakkındaki kanun münasebetiyle 11-B. Teşrin-1909 tarihli Adliye Nazarının bir tamimi Müddeiumumilik mensuplarına «intizamı âmmeye mugayrir mukaveleleri feshettirmelerini" tavsiye etmekde ve binnetice burada Müddeiumuminin umumî bir dava hakkı bulunduğunu kabul etmektedir. Başka hallerde Adliye Nezareti bunun aksine olarak müdahale ve takibatta bulunmamağı ve eşhası hususiyeyi bizzat menfaatlarını müdafâa etmekde muhtar bırakmayı tavsiye etmektedir. İkinci nazariye yani Müddeiumuminin hukukî mesailde intizamı âmmeyi alâkadar eden meseleler hakkında dava hakkı kabul edildiği takdirde intizamı âmme üzerine umumî bir mefhumun bulunabildiği zehabına düşülür: Bu halde intizamı âmme devletin riayet ettirmeyi deruhde ettiği nizamdan ibarettir. Müddeiumuminin re'sen mukavelenin feshi için ikamei dava edebileceği bütün hallerde, mevzuubahis mukavele intizamı âmme esasına mugayirdir. Ve bu da resmî makamların riayet ettirmekle mükellef olduğu umumî manada intizamı âmmeyi tazammun eder.

Fakat Fransız mahakim içtihadının Müddeiumumiye dava hakkını tanır gibi göründüğü amelî misaller tetkik edilince derhal intizamı âmme kelimesinin Fransız kanunu medenisinin 6 ıncı maddesindeki intizamı âmme kelimesi ile aynı mânada olmadığı müşahede olunur. Mahakim içtihadı bazan Müddeiumumiye intizamı âmme esasına müteallik hususatta müdahale hakkını tanımaktadır, fakat bu 6 ıncı maddenin bahsettiği intizamı âmmeden büsbütün başkadır ve dar bir mâna ifade eder ve taraflardan birinin talebi üzerine intizamı âmme esasına mugayir sayılarak bir mukavelenin feshedildiği ve pek muhakkak olarak Müddeiumumiye re'sen mukavelenin butlanını taleb hakkının tanınmadığı birçok haller mevcuttur.

Binaenaleyh, nev'ema iki çeşit intizamı âmme var demekdir:

1. Devlet Mümessillerinin riayet ettirmek mecburiyetinde oldukları intizamı âmme;

2. İhlâl edilmesi katiyen caiz olmayan intizamı âmme.

Marmion'un «intizamı âmme kaidelerine dair etüd" başlıklı tezinde müdafaa ettiği şey budur. Tez sahibi derki Müddeiumumi ancak hukuku âmme münasebetleri mevcut olursa müdahale edebilir ve haddizatında 1810 kanununda intizamı âmme kelimeleri hukuku âmme kelimelerinin müteradifidir, çünkü hatta hukuku hususiyede de hukuku âmmeye tabi mevad mevcut olabilir. Meselâ ahvali şahsiye, evlenme, resmî makamların müdahalesini tazammun eden hukuku hususiye meselelerine dahildir. Bu halde Müddei-

1152

umumi müdahale edebilir.

Kezalik, resmî makamların bir mümessilinin müdahalesi olmaksızın teşekkül edemeyen sırf hukuku hususiyeye ait münasebetler vardır. Merasime tâbi bir mukavele noterin müdahalesi vaki olmadan teşekkül edemez. Bundan başka kaidelerin ferdler için riayeti mecburî bir mahiyet arzetmelerine rağmen devlet mümessillerinin hiç bir suretle müdahale etmediği daha başka haller de vardır. Bu takdirde mevzuubahis olan Fransız kanunu medenisinin 6 ıncı maddesindeki intizamı âmme, yani hususî mukavele ile bozulamayan intizamı âmmedir. Fakat 6 ıncı madde bir prensip vazetmekle iktifa ediyor. İntizamı âmme kanunlarını tanımağa yardım edecek hiçbir vasıta göstermiyor ve kanunu medenînin hiçbir rehinde bu kabilde bir tarife tesadüf edilmiyor. Kimbilir belki de bu mefhum Napolyon kodunu yapanlara gayet sahih görünüyordu. *Portalis* derki «fertlerden ziyade doğrudan doğruya camiayı alâkadar ettiği takdirde» kanun intizamı âmmeye taallûk eder. Şahsî hürriyet ile akit hürriyeti şekli bu hürriyetleri istimal etmek isteyenlerin mensup bulundukları camiayı tehlikeye koyduğu anda tevakkuf eder. Her mukavele başlıbaşına bir birlik vücuda getirir. *Duguit* şirket, cemiyet gibi taraflar arasında muayyen ve devamlı bir menfaat iştirâki tesis eden her mukaveleye (birlik: union) ismini vermeyi teklif etmişdi. Fakat her mukavele bir birlik vücuda getirir; mukavele alacaklı ile borçlu arasında muayyen bir gaye için muakkaten teşekkül etmiş küçük bir camia yaratır. Bu küçük camia ancak içinde yaşamağa mecbur olduğu teşekkülün hayat ve faaliyetini haleldar etmeye kalkışmadığı takdirde teşekkül edebilir. Mukavele ile devlet, aile ve nizam altına alınan meslek teşkilâtını tanzim eden kanunlar hilâfına hareket edilemez. Şimdi bahis mevzuu olan kelimenin siyasî manasına intizamı âmmedir. Ferdler arasındaki iktisadî münasebetlerin ifadesi olan mukavele camia kanunlarını alt üst edemez. Siyasetin iktisad üzerine bir rüçhan hakkı vardır.

Devletin ne sebepden bütün buyurucu kaidelere riayet ettirmekle meşgul olmadığını ve ne sebepden mukavelenin intizamı âmme esasına mugayir bulunduğu bütün hallerde Müddeiumuminin fesih talebinde bulunabileceğinin söylenmediğini izah etmek icab eder. Devletin ve devlet mümessillerinin bu müstenkif vaziyeti, tarafların kendi menfaatlarını müdafaaya kâfi gelecekleri için, alelekser semeresiz kalacakdı. Taraflar beyinlerindeki mukaveleyi gizli tutmak istedikleri takdirde hemen hemen daima bu müdahale hükümsüz kalacakdı. Taraflar kanuna aykırı mukaveleyi ifa etmek hususunda mutabık kalırlarsa — bu kabil taraflarca butlan sebepleri ileri sürülmeden

1153

icra edilen mukaveleler mikdarı mühim bir rakam tutar — gizli bir mukavelede nasıl olur da Müddeiumumi faydalı bir şekilde müdahale edebilirdi? Muvazaa senedini iptal eden sened gizli bir mukaveledir ve muvazaalı bir senedle maskelendiği için meydana çıkarılması imkânsızdır. Adliye nezareti Müddeiumumileri bütün kanuna aykırı mukaveleler hakkında takibatda bulunmağa davet etseydi, Müddeiumumi bu kabil mukaveleleri ne suretle zâhire çıkarabilecekdi? bu takdirde takibat neticesi tesadüfe bağlı bulunacak ve rabıtasızlık baş gösterecekdi.

Hakikatte devletin bu yoldaki müdahalesi faydasızdır, çünkü taraflar kendi menfaatlarının en iyi müdafileridir. Kanuna aykırı bir mukavelede daima iki tarafdan birisinin mukaveleyi ifa etmemekde menfaatı bulunacakdır: İşte, şüphesiz süiniyetle hareket etmek suretiyle mukavelenin feshini isteyecek olan budur. Bu takdirde butlan davasını mahkeme önüne getirmelerinden emîn olmak için, ferdleri menfaatı hususiye yemiyle cezbetmek ve bunlara mukavele batıl addelirse mukavelelerini infaza mecbur olmayacaklarını söylemek kifayet eder.

Devlet akdin butlanı davasını mümkün kılmak suretiyle bitaraf kalır ve müdahale etmez. Ferdler kendilerini müdafaa edecek derecede kuvvetli bulunurlarsa devlet kendi şahsî davasını ortadan kaldırır. İşte kanuna aykırı mukavelelerde hadis olan şey de budur: Bu kabil akitlere iştirâk eden taraflar, mukavelenin butlanını dava etmek suretiyle mukaveleden yakalarını sıyırabilirler; bu halde âmme davasının sebebi vücudu anlaşılmıyacakdı.

Buna mukabil, tarafların bizzat mukavelenin fesbini istemiyecekleri tahmin edilen bütün hallerde devletin müdahale ettiği görülecekdir. Acaba bilhassa hangi hallerde bu vaziyet tahaddüs edecekdir? Bu, birbirine zıd menfaatlar yaratacak yerde müşterek menfaatlar yarattığı takdirde vukua gelir. Bu, *Duguit*'nin birlikler adını vermeği teklif ettiği şirket ve cemiyet mukaveleleridir. Burada menfaatler müşterekdir. Bu suretle kanuna aykırı olarak teşekkül eden sendikaların cemiyetlerin ve mütekabil muavenet şirketlerinin feshi için takibatta bulunması hakkında kanunların Müddeiumumiye emir vermesi hayret edilecek birşey değildir. Çünkü kanun iştirâk halinde bulunan kimselerin bizzat fesih davasını takip etmemelerinden korkar. Bu takdirde, devlet kendini müdafaa eder, çünkü mevzubahis birlikler ve cemiyetler kendilerini kuran ferdler arasında bir mukavele, devamlı filî bir hal yaratırlar. Bunlar uzun zaman için akdedilmiş mukavelelerdir. Ve siyasî birliğin hayatını tehlikeye koyabilirler. Bu hallerde devlet otoritesi harekete geçirilir, Müddeiumumi müdahaleye davet

1154

olunur. Bütün diğer hallerde kendi menfaatlarını müdafaa etmek hususu taraflara bırakılır.

Neticede şu kanaata varılır ki, intizamı âmmeye taallûk eden kanunlar bizzat devlet mümessillerinin takibatiyle intizamı âmmeye temas eden bir kanunu mer'î kılacağı fikrine nazaran tarif edilemez. Hele birçok noktaların tefsirinde mücadele hususunu taraflara bıraktığı malûm oldukdan sonra, devlet hakikate ancak intizamı âmmenin çok az bir kısmına riayeti temin eder. Devlet eşhasın müdahale etmiyecekleri hallerde müdahale eder.

Fakat bütün diğer hallerde, devlet Müddeiumumisi vasıtasile resen mukavelelerin butlanını taleb ettirmez ve bununla beraber bu mukaveleler Fransız kanunu medenisinin 6 ıncı maddesine muhalif olabilir.

Bu suretle ikinci bir fikre gelmiş bulunuyoruz: *Kanun buyurucu bir şekilde intizamı âmmeye müteallik bir kanun gibi gösterildiği takdirde tintizamı âmme mevcuttur* denilebilecekdi. İntizamı âmme kaidesi bizzat vazıı kanunun intizamı âmme kaidesi olduğunu beyan ettiği bir kaidedir. Siyasî hükümranlığı elinde tuttuğu için ve muvafık gördüğü buyrucu mahiyeti kanunlara vermek hakkı kendisine ait bulunması dolayısile, vazıı kanun herkesin bu kanuna riayet etmesini mecburî kılmak suretiyle, intizamı âmme kanununa hususî bir damga vurur. Bu takdirde kanunlar vazıı kanunca iki sınıfa ayrılmış olacaklardır: Yalnız bir kısım kanunlar neşirlerinden itibaren intizamı âmme damgasile damgalanacak ve taraflar bunun haricine çıkamayacaklarından haberdar edilmiş olacaklardır. Fakat, vazıı kanunun kat'î bir emri bulunmadığı takdirde intizamı âmme mevcut olmayacak ve mukavelelerin serbestisi prensibinin çerçivesi içinde kalınmış olacaktı.

Bu fikir tamamile yanlış bir fikir değildir, zira hakikatte âmme otoritesince intizamı âmme damgasiyle işaretlenen kanunlar vardır. «Hilâfına yapılan bilûmum mukaveleler keenlemyekûn tutulmak üzere, filân kaideye riayet etmek icab eder» dediği zaman, bizzat vazıı kanun kaidenin intizamı âmme esasına taallûk ettiğini gösterir. Fakat bu kıstas intizamı âmmeyi tavsif etmeye gayri kâfi gibi görünmektedir, çünkü bütün intizamı âmme mefhumunun kanunlarla takyid edildiğine şahit olmaktan çok uzak bulunuyoruz.

Filhakika, adâbı umumiyeye mugayir olduğu için feshedilen bir çok mukaveleler mevcuttur. Kanun intizamı âmme ile adâbı umumiyeyi birbirine benzetir. Bu esasın da ayni mefhuma müncer olur. Mahakim içtihadı metresliğe veya umumhanelere müteallik mukaveleleri feshettiği zaman mukavelenin batıl olduğuna hükmetmek için istinad

1155

ettiği kanunun hangi kanun olduğunu sarahaten söylemekde pek fazla müşkilâta uğrayacakdı. Mevzubahis noktalar hakkında böyle sarih bir metin mevcut değildir. Çünkü haddi zatında bu hadiseler suç sayılmaz veya memnu fiiller gibi addolunmaz ve hattâ bu vakıaların mevcudiyeti polisce müsamaha edilir. Binaenaleyh, bu zikrettiğimiz mukavelelerde buyurucu herhangi bir kaideye muhalif hiç bir şey yoktur, fakat mahakim içtihadı mevzu kanunlardan ileri giden ve cemiyette muayyen bir nizama tekabül eden adâbı umumiye mefhumunu intizamı âmme mefhumuna sokmak suretiyle bir intizamı âmme mefhumuna yükselmektedir.

Çok defa mahkemelerin *hukukun umumî prensipleri icabı* filân kaidenin intizamı âmmeye temas ettiğini beyan ettikleri görülür. Gerek hâkimler ve gerek müellifler daima hukukun bu umumî prensiplerinden bahsederler. Bunlar bir hukukî müessesenin umumî prensiplere uygun veya aykırı olduğunu söylerler. Fakat acaba bu teşebbüsler nelerden ibarettir? Kanun bunları tasrih etmiyor.

Hukukun umumî prensipleri mevzu hukuk kaidelerinden ibarettir, fakat birçok diğer kaideleri ihtiva eden oldukça umumî kaidelerdir. Hukukun bu umumî prensiplerinden daha muğlâk bir şey tasavvur olunamaz. Meselâ: şahsî hürriyet, evlenme hürriyeti, kabili ferağ mülkiyet hakkı, mes'uliyet. Bazan bir metin umumî prensibi verir, fakat bunu o kadar mübhem tabirlerle ifade eder ki hukuk kaidesi muhtevasının neden ibaret olduğu tamamiyle bilinmez.

Bununla beraber, mahkemeler bir mukavelenin batıl olduğuna hükmetmek için çok defa bu umumî prensiplere baş vururlar. Bu suretle mahkemeler daimî temlik ve ferağı mümkün olmadığına dair bir kayıtla karşılaşırlarsa kaydın, kanunu medenide tesis edildiği şekildeki mülkiyet hakkı umumî prensibine mugayir olduğunu söyleyecklerdir. Bu suretle, mahkemeler cemiyette teessüs eden ve hakikaten intizamı âmmeden olmakla beraber vazıı kanun tarafından buyurucu bir şekilde ve sarahaten intizamı âmme damgası vurulmayan bir inzamı îmâ ederler.

Nihayet ve hattâ daha muğlâk bir tarzda *«mevzuatın ruhu» veya «vazıı kanunca istihdaf edilen gaye»* adı verilen şeye de baş vurulur. Meselâ Sovyet hükûmeti tarafından yapılan hususî mülkiyet üzerine vaziyetin tasdikini ve Fransaya nakledilen mallar üzerindeki iddiaları Fransız mahkemelerinin reddettiği görülmüşdür. Bu takdirde Fransız mahkemeleri mevzuubahis vaziyet ve istihkak iddiasının tazminatsız hususî mülkiyet hakkının nezedilemiyeceği mealindeki Fransız mevzuatının umumî ruhuna muhalif olduğunu beyan etmişlerdir. Paranın kıymetten düşmesine karşı çare olmak üzere

1156

yapılan mukavelelerin mahkemelerce butlanına hükmedildiği zaman bu mahkemeler işbu mukaveleleri devlet kredisini ve paranın kıymetini muhafazayı istihdaf eden mevzuatca takib olunan umumî ruha mugayir olduğunu söylerler. Burada da bir metin zikretmek mümkün değildir ve mahkemelerin intizamı âmme ismi altında kasdettikleri şey vazıı kanunca cemiyette muayyen bir düzenin hüküm sürmesi için takib edilen gayedir. Bu takdirde intizamı âmme katiyen birer birer sayılabilecek buyurucu ve sarih kaideler manzumesi halini iktisab etmeyip sadece mahkemelerin tatbik ettirmek mecburiyetinde oldukları, fertlerin münasebetleri hakkında, muayyen bir akide halini alır.

Binaenaleyh, intizamı âmmeyi tarif etmek imkânsızdır; intizamı âmme kaideleri vazıı kanun tarafından böyle tarif edilen kanunlardır demek haddinden fazla kısa bir tarif olurdu.

*
* *

Şimdi üçüncü bir fikre geliyoruz: Bizatihi cevherleri itibariyle intizamı âmmeden olan kaideler vardır. Bunlar *camia için o kadar faideli ve lüzumlu kaidelerdir ki bu kaideler ahkâmına herhangi bir suretle muhalefet tasavvur edilemez.* Şüphesiz bu sebepden kanunları kat'î mahiyetlerine göre tefrik etmek düşünülemez, zira resmî bakımdan bütün kanunlar birbirinin aynıdır. Kanun daima buyurucudur. Buyurucu olmasaydı kanun olmazdı ve intizamı âmme kaideleri «buyurucu kaideler» şeklinde tarif edildiği takdirde bu kelimelere hususî bir mâna vermek icab eder, aksi takdirde bir hata işlenmiş olur.

Binaenaleyh, buyurucu ve ihtiyarî kaideler diye yapılan tefrik bu kaidelerin maddî mahiyetlerine göre yapılacakdı. İhtiyarî kaideler şöyle tarif edilecekdi: İhtiyarî kaide bir mukavele ile tarafların hududu haricine çıkabilecekleri kaidedir.

Fakat bu takdirde de hemen hemen hukuku âmme bakımından gayrikabili hal ve ne sebepden akitlerin aralarındaki mukavele ile kanunun tatbikinden yakalarını sıyırabileceklerini izahdan ibaret hukukî bir mesele ile karşılaşılır. Nasıl olur da sadece ihtiyarî kanunlar mevcut olabilir ve yine nasıl olur da kanunun mahiyetini teşkil eden buyurucu mahiyet baltalanmadan bu kelime ve bu tarif kabul edilebilir?

Binaenaleyh intizamı âmmeye dair kaideler, mahiyetlerine göre tarif edilmek istenirse, ancak şöyle bir tarifde bulunulabilir «intizamı âmme kaideleri hususî mukavele ile ahkâmına muhalefet edile-

1157

meyen kaidelerdir. Bu ise bizi hukukşinasların içinde çırpındıkları ezelî dairei faside ile karşı karşıya getirir.

İşte intizamı âmmenin umumî bir tarifi yapılmak istenildiği takdirde karşılaşılan pek büyük müşkilât. Fakat, eğer bu müşkilât hakikî ve hemen hemen halli gayrikabil bulunuyorsa, bu belki de intizamı âmme diye birşeyin mevcut olmamasından ileri gelmektedir. Bu tabirden kastedilmek istenildiği gibi umumî mânada intizamı âmme yokdur, yani önceden intizamı âmme kaideleri sıfatını verebileceğimiz bir kaideler sınıfı mevcut değildir ve kendisinden mutlak bir mefhum yapılmak istenilen intizamı âmme mefhumu belki de esas itibariyle içinde bulunulan zamana ve mukavelenin şümul ve ehemmiyetine tâbi nisbî bir şeydir. Kanuna aykırı mukaveleler mevcutdur demek alelâde bir sureti ifadeden başka bir şey değildir.

Esas itibariyle bizim bu intizamı âmme mefhumuna ihtiyacımız yokdur ve medenî kanunlar hiçbir zaman intizamı âmmenin ne olduğunu ve intizamı âmme mefhumunu tarif etmeyi düşünmemişledir. Kanunda ancak borçlar kanunumuzun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki «kanunun kat'î surette emreylediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet, ahlâka (adâba) veya *umumî intizama* yahut şahsî hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yapdığı mukaveleler muteberdir». Mealindeki umumî prensip mevcuttur. Buna nazaran muteber olmayan mukaveleler de mevcut demekdir ve aynı zamanda bu, mukavele akdi hususundaki serbestiye bir tahdid teşkil eder. İntizamı âmmeyi tarif etmek sadece mukavele akdetmek serbestisine hududlar çizmek demekdir. Bu hududların haricinde bulunan şey nasıl ifade edilebilir? Bu imkânsızdır ve aynı zamanda hiçbir faide arzetmez. Enteresan olan şey bu çerçevenin içinde, yani memnu olmayan mukaveleler içinde bulunan şeyi söylemekdir. İntizamı âmme mefhumu mukavele akdetmek memuiyeti ile karışır. Bir akdin batıl olduğuna hükmedildiği zaman bu akdin intizamı âmmeye aykırı bulunduğu söylenir. Bu suretle bu mefhum daima mütehavvil ve mümkünülusuldür. İntizamı âmme kaidelerinin bir listesi yapılamaz. Bu liste zamana göre tahavvül eder. Meselâ mecburî tedavül hakkındaki kanundan evvel hiçbir kimsenin hangi para ile tediyatta bulunacağına dair mukavelelerin intizamı âmme kaidelerine mugayir olduğunu söylemek aklından geçmiyecekdir. Ahval ve şerait değişir, mukavele sahası darlaşır ve bu takdirde bazı kaidelerin intizamı âmmeden oldukları beyan edilir.

Hülâsa intizamı âmme mefhumunu tarif etmekde hiçbir faide melhuz olmadığı ve hangi hallerde mukavelenin kanuna aykırı olduğunu söylemenin kifayet ettiği neticesine varılır. Fakat mukavelenin ka-

1156

nuna aykırı karakterini söylemek salâhiyeti kime aittir? Esas itibariyle hakikî mesele bu noktada temerküz eder. Bu sebepden ötürü imkânsız görünen intizamı âmmenin umumî tarifini bir tarafa bırakarak mukavelenin kanuna uygun olmadığını beyan etmekle mükellef otoritelerin hangi otoriteler olduğu meselesine geçelim.

II. MUKAVELENİN KANUNA UYGUN OLMADIĞINI BEYAN ETEMEKLE MÜKELLEF OTORİTELER

Kısaca söylemek lâzım gelirse şimdi mevzuubahis olan şey resmî makam müdahale edmeden iki taraf arasında aktedilen bir mukaveleye bütün neticelerini tanımamakdır. Âkitlerden birisi mukaveleyi tatbik mevkiine koymak istediği zaman, hâkim bazan reddeceği asıl dava hakkında karar ittihaz edecek, bazen de taraflardan birisi tarafından ileri sürülen defi üzerine karar verecekdir. Bazı hallerde iki tarafdan birisi tekaddüm edecek ve intizamı âmmeye mugayir olması dolayısile mukavelenin butlanını isteyecek ve diğer bazı hallerde de tediye veya icra hususunda takibata uğrayan taraf kendisine icrası istenilen mukavelenin butlanını ileri sürmeye mâtuf bir itiraz ile iktifa edecekdir. Bütün hallerde mukavelenin muteber olup olmadığını söylemek hâkime düşecekdir.

Fakat, kanunu medenî sisteminde mukavelenin intizamı âmmeye uygun olmadığı için batıl veya muteber olduğuna hükmetmek hususunda hâkimin keyfî bir kuvveti haiz olması tasavvur edilemez. Kanunu medenî sâhasında kanunilik, batıl olan mukavelelerin neler oldğunu önceden tayin etmekden ibarettir. Hâkimin kendi zatî otoritesi ile bir mukaveleyi batıl addetmesi tasavvur edilemezdi. Hâkim kanun yapamaz, yapabileceği şey ancak kanunu tefsir etmekdir. Binaenaleyh, mukavelenin muteber veya kanuna aykırı olduğunu söylemek için hâkimin herşeyden önce kanuna müracaat etmesi icap edecekdir. Mukavelenin sıhhatini veya gayrikanuniliğini önceden tayin etmek hakkını haiz olacak kimse vazıı kanundur. Bilâhare göreceğimiz veçhile vazıı kanun bazen böyle hareket eder.

Fakat vazıı kanunun bizzat emir ve nehyetmediği bazı haller vardır. Bu takdirde mukevelenin muteber veya batıl olduğunu kararlaşdırmak mahkeme kararlarına bağlı bulunur. Burada hâkim keyfi hareket etmez, sadece âmme otoritesince izhar edilmeyen camia kanununu ifade eder. Hâkim mukavelenin kanuna aykırı olduğunu kararlaşdırmak hakkını kendi otoritesinde bulmaz. O ancak vazıı kanun tarafından ifade edilmeyen bir prensibi tatbik ettirir. Bütün hu-

1159

kuk kaideleri ifade edilmiş kaideler değildir ve mahakim içtihadı teşrîî kaide vasfını haiz olmayan kaideyi ortaya çıkarmak hakkını haizdir.

Nihayet, siyasî kuvvetler tarafından tahmil olunan buyurucu kaidelerin, yani kanunların yanı başında bazı birlik otoriteleri tarafından hâkime tahmil edilen buyurucu kaideleri meydana çıkarmak imkânı mevcut mudur? Hâkim kanunu tatbik eder, fakat hususî otoritelerce verilen buyurucu emirleri tatbik etmekle de mükellef midir? Burada kastedilen birlik kanunu yani korporatif kanunlardır. Birçok muâsır müellifler hâkim için riayeti mecburî devlet kanununun haricinde esnaf teşkilâtı ile sendika ve iktisadî teşkilâtın da kanunlar meydana koyabileceğini ve bu kanunların da yalnız teşkilâta mensup olanlar için değil, fakat bu teşkilât haricinde bulunan kimseler için de mecburî bir hal iktisab edecek kanunlar bulunabileceği mütalâasını serd ederler. Kanun şeklinde tecelli eden siyasî, otorite ile mevzuatın umumî prensibini ortaya çıkarmakla muvazzaf adlî otorite haricinde hâkime tahmil edilen mecburî bir korporatif hukukun mevcut olup olmayacağını ve böyle bir hukuka mugayir olmaları hasebiyle feshedilmesi icab eden mukavelelerin bulunup bulunmayacağını ileride göreceğiz.

Binaenaleyh, biribirini takiben *kanun, mahakim içtihadı korporatif hukukunu* ele alacak ve ne suretle bir mukavelenin bunlar tarafından kanuna aykırı addolunabileceklerini göreceğiz.

1. İntizamı âmmenin kanunen Tayini

Siyasî kuvvet cemiyet hayatına yaraşan kaideyi ifade etmekle tavzif edilmişdir ve bu kaide beşerî hareketleri idare eden umumî ve daimî bir tedbirden ibaret bulunur. Acaba kasd edilen kelimenin maddî mânasına kanun mudur?

Esasen bunun kat'î ve resmî mânada bir kanun olması o kadar haizi ehemmiyet değildir. Resmî mânada kanun parlâmento tarafından kabul ve devlet Reisi tarafından neşir ve isdar olunan kaidedir. Maddî mânada kanun ise hukuk kaidesidir. Bir hukuk kaidesi sadece bir kararnameden tahassül edebilir. Burada kanun kelimesini kullandığımız zaman bu tabir daima materiel mânasında kullanılacakdır. Kanunu muvaffakiyetsizliğe sürüklemeye yeltenecek mukavelenin kıymeti bizatihî kanun vasıtasiyle takdir edilir. Bu halde vazıı kanunca derpiş ve vazedilen kanuna aykırı mukavelelere karşı ittihaz olunan sarih bir takbih kararı mevcut demekdir.

1160

Fakat bu kanunî takbih iki muhtelif tarzda yapılabilir: Bazen kanun sarahaten kanunun istihdaf ettiği gayeyi ve bu suretle mahiyetinin herkes için vacibülriaye olduğunu beyan eder. Buna mukabil bazen de, kanun hiçbir memnuiyet ifade etmediği halde bu memnuiyet kanunca takip olunan gayeden istidlâl olunur. Binaenaleyh, akdin kanuna aykırı olması bazen hilâfına akdin kanuna mugayir mahiyetinin sarahaten beyanından, bazen de bizatihi kanunun mahiyetinden istihraç edilir.

1. Evvelemirde hilâfına kayıt keenlemyekûn hükmünde sayılmak üzere *hanunun mecburî olmasına dair kanunda sarih bir beyan mevcuttur.* Bu halde, kanunu yaptığı sırada, vazıı kanun bizzat kanunun takib ettiği gayeyi zikreder. Vazıı kanun koyduğu kaideyi camianın hayatı için zarurî gördüğünü ve binnetice bu kanuna muhalif mukaveleye müsamaha göstermiyeceğini söyler.

Bu takdirde, hâkimin sâlâhiyeti sadece mukavelenin tefsirine münhasır kalır. Hâkim aktedilen mukavelenin kanuna mugayir olup olmadığını tetkik etmek mecburiyetindedir.Fakat, mukavelenin kanuna muhalefet teşkil ettiğini tesbit ederse, mukaveleyi feshetmek mecburiyetindedir; çünkü hâkimin haiz olduğu kuvvet sadece kanunun tatbikini temin etmekden ibarettir. Bu suretle bu ilk halde, mahakim içtihadı ancak mukavelenin kanunî memnuiyetle karşılaşıp karşılaşmadığını incelemek için mukavelenin basit bir tahlilini tazammun eder. Vazıı kanunun bu beyanı hangi şekilde tecelli edebilir? Bunun birçok şekilleri vardır:

a. BUYURUCU OLMAKLA BERABER SARAHATEN HİLÂFINA MUKAVELEYE MÜSAADE EDEN KANUN. Evvelâ vazıı kanun tarafından buyurucu şekilde verilen kanunlar vardır. Vazıı kanun emreder, fakat emrederken kaidenin hilâfına bir mukaveleyi tazamun edebileceğini de zikreder ve bu müsaade ile kaidenin intizamı âmmeden olmadığını işaret eder. Filvaki, mukavele serbestisi kanunu medeninin esaslı prensiplerinden birini teşkil ettiği için vazıı kanunun mukaveleye müsaade edildiğini beyan etmesi biraz tuhaf görülebilir. Vazıı kanun böyle hareket ediyorsa, bu sırf hükmün buyurucu mahiyetinin vazolunan nizama muhalefet edilmeyeceği zehabına düşürmesinden ileri geliyor. Meselâ borçlar kanunumuzun 263 üncü maddesinde «icar muayyen bir müddetle aktedilipde bu müddetin hitamında mucirin malûmatile ve muhalefeti olmaksızrn me'curun kullanılmasına devam olunduğu yahut mukavelede fesih hakkında gösterilen ihbarı iki tarafdan hiçbiri yapmadığı takdirde, *hilâfına mukavele yoksa,* akit gayri muayyen bir müddet için temdid edilmiş sayılır.» denmektedir. Yine boçlar kanununun bey ve trampa bahsinde 182, 185, 186, 210, 215, inci

1161

maddeleriyle icra muhakemesi bahsinde 263, 296, 297 ve 298 inci maddelerinde ve daha başka fasıllarda «hilâfına mukavele yoksa ..» tabirine tesadüf edilir. Kanunu medenimizin müşterek mülkiyet meslesine müteallik 624 üncü maddesinde de bu tabiri görüyoruz: «Hilâfına mukavele olmadıkça, hissedarlar müşterek mülklerini biliştirâk idare ederler.»

Fransız kanunu medenisinin 1754 üncü maddesinde âdi icar bahsinde, Fransız vazii kanunu kiracının uhdesine düşen tamiratı göstermekte ve mühim tamiratı tefrik etmektedir. Bu hüküm iki nevi tamiratın mâna ve şumulünü pek vazih bir şekilde işaret etmekde ve fakat hemen metin hilâfına mukavelenin mümkün olduğunu ilâve etmektedir: «Hilâfına mukavele yoksa . . . » tabiri ile vazıı kanun kanunî hükmün sırf tarafların mefruz iradesini tefsire yarayan bir hüküm teşkil ettiğini gösterir.

Aynı tabire Fransız kanunu medenisinin 1761 inci maddesinde kiralayanın menkul eşya üzerindeki hapis hakkı münasebetiyle ve 1763 üncü maddede çiftciye ait ikinci icar hakkı münasebetiyle tesadüf edilir. Bütün bu ihtimallerde vazıı kanun kaideyi vermek suretiyle bizzat kaidenin bir mukavele ile bertaraf edilebileceğini gösterir ve binnetice kaidenin intizamı âmmeyi alâkadar etmediğini göstermiş olur.

b. KANUNA MUHALİF BÜTÜN MUKAVELELERİN SARAHATEN MEMNUİYETİ: İkinci tarz birincinin tamamiyle aksidir. Burada vazıı kanun kanunu verir ve hilâfına bütün mukavele ve kayıtların batıl olduğunu işaret eder. Bu son yarım asırdanberi fazla kullanılan bir tarzla karşı karşıya bulunuyoruz. Böylelikle, kanunların buyurucu mahiyeti hususî bir şekilde tebarüz ettirilmek istendi. Vazıı kanun, kanuna muhalefet eden bütün mukaveleleri prensip itibariyle takbih etti. Meselâ Fransada iş kazaları hakkındaki 1898 tarihli kanunda vazıı kanun bu tarzda hareket etmişdir: Bu kanuna aykırı bütün mukavelelerle kanunun tatbiki için yapılan mukaveleler batıldır. Kezalik, evli kadının serbest ücreti hakkındaki 13- Temmuz-1907 tarihli kanunda aynı formüle tesadüf edilir: Bütün evlenme rejimlerinde ve hilâfına bütün kayıtlar keenlemyekûn hükmünde tutulmak üzere, kanun evlenme rejimine temas ettiği için, vazıı kanun bunun bir rejim kanunu gibi tefsir edilmesinden korktu. Zira evlenme rejimi hakkındaki kanunlar akitlerin mukavelesi ile hilâfına hareketleri tazammun ederler. Bu sebepden vazıı kanun her türlü hilâfa hareket imkânsızlığını ve evlenme mukavelesi ne olursa olsun kanunun bütün rejimlerde tatbik edileceğini açıkca gösterdi. iş kanununa müteallik ahkâmda da aynı formül ile ve bilhassa deniz iş-kanununda şu umumî kaide ile karşılaşılır: "Kanunun bütün hüküm-

1162

leri, hilâfa hertürlü kayıtlar keenlemyekûn hükmünde sayılmak üzere kabili tatbikdir. "

Nihayet 5-Nisan-1926 tarihli icra mukaveleleri hakkındaki Fransız kanunuyla 3- Haziran- 1926 tarihli ticarî mülkiyet hakkındaki kanunda da aynı formüllere tesadüf edilir. Bütün bu hallerde, hâkimin rolü çok kolaydır. Hâkim ancak mukavelenin herhangi bir noktada kanun hilâfına hareket edip etmediğini araştırmakla iktifa ve vazıı kanun tarafından tayin olunan cezayı tatbik edecekdir.

Bu suretle, her iki formül sayesinde, yani gerek kayıt ve şartın müsaade edilmesi ve gerek memnuiyeti ile vazıı kanun, kanunun mahiyetini açıkca gösterir.

VAZII KANUN TARAFINDAN KULLANILAN BUYURUCU TABİRLERLE KANUNUN MECBURÎ MAHİYETİNİN İFŞASI: Bazan üçüncü bir tarza göre, hilâfına mukaveleden bahsedilmez; fakat bu takdirde kullanılan tabirler okadar açıkca buyurucu bir mahiyet arzederler ki bu tabiratdan kanuna aykırı hareket etmeye müsaade edilmediği neticesi çıkarılır. Meselâ hal yerine istikbal sîgası kullanılması, "mecbur almak . . . lâzımdır . . . tâbi olmak . . . " tabirlerinin kallanılması gibi. Bu tabirler sarahaten insan iradesinin kanuna tâbi olmasını ve vazıı kanunun hilâfına mukaveleyi kabul etmediğini gösterir.

Binaenaleyh, kanunun iki taraf için mecburî mahiyetinin beyanı üzerine hâkim vazıı kanunun beyanına riayet etmeye mecburdur. Fakat, bu takdirde nasıl oluyor da vazıı kanun her vakit kanunun intizamı âmme mahiyetini işaret etmek ihtimamını göstermiyor? Bir metin kaleme alındığı zaman o metnin intizamı âmmeye taallûk edip etmediğini işaret etmek ve her defasında hilâfına mukavelenin mümkün olup olmadığını göstermek pek basit bir şey olacakdı. Bu teşrîî tarz Fransada bazı yeni mühim kanunlar hakkında kullanılmışdır. Meselâ âdi icar hakkındaki kanunda, bir kalemde bu kanun hükümlerinin heyeti umumiyesinin mecburî mahiyette olduğu kaydedilmişdir. Deniz iş kanununun 133 üncü maddesine de aynı mealde bir hüküm dercedilmişdir. Görünüşe göre bu tarz en açık ve her türlü münakaşayı bertaraf edecek mahiyette bir tarzdır. Fakat, vazıı kanun hukuk kaidesinde sadelik temini bakımından ve aynı zamanda bir kanun metni kaleme alındığı zaman kanunamugayyir sayılabilecek birçok mütenevvi mukaveleleri göz önüne alabilmekteki fazla müşkilât ve bazen de hilâfına olan bütün mukaveleleri önceden mahkûm etmekteki tehlike dolayısiyle her vakit bu tarzı kabul etmez. Hattâ mevzuubahis formülü ihtiva eden kanunlarda bile pek geniş formülün hakikaten bilûmum kanun hilâfına

1163

mukavelelere şâmil olup olmadığı câyi sualdir.

*
* *

2. Takib edilen gayeye göre ve vazıı kanunun sarih beyanına hacet kalmaksızın intizamı âmme esasına taallûk eden kanunlar.

Vazıı kanunun maksadı buyurucu bir kanun yapmakdır ve hâkim bu maksadı kabul etmek mecburiyetindedir. Fakat, vazıı kanun maksadını bir formülle ifade etmemişdir. Bu suretle ikinci kategori kanunlara gelmiş bulunuyoruz. Ahkâmı hilâfına bütün kayıtların butlanı beyan edilmemesine rağmen buyurucu mahiyet arzeden kanunlar.

Mukavelenin, kanunun ehemmiyetini kısmen izale etmeksizin kanunla birlikte tatbik edilemiyeceği müşahede olunduğu takdirde, bu kanunların buyurucu kanunlar olduğu tebeyyün eder. Kanun ancak herkese ve bütün hallere kabili tatbik olduğu takdirde hakikî rolünü ifa edecekdir. Halbuki mukavele dahi hususî mahiyette küçük bir kanundur, alacaklı ile borçlunun cemiyette bir tarafa çekilerek herkese şumulü olmıyacak bir kanun meydana getirmelerinden başka birşey değildir. Eğer kanunun herkese şâmil olması, vazıı kanunun maksadına uygun bulunuyorsa, mukavele muhakkak kanuna aykırı bir mukavele olacaktır.

İlk bakışta herşeyin birliğe tâbi olduğu söylenebilecekti. Siyasî teşekkül kanunlarının hepsi de bizzarure intizamı âmme kaidelerini teşkil ederler, çünkü bu teşekkülü bizz devlet sevk ve idare eder. Aile teşkilâtiyle iktisadî teşkilât kanunları intizamı âmme kaidelerine dahil olmazlar, zira bu kaideler alâkadarların serbest muvafakatiyle vücut bulurlar. Bütün bu nazariyede devlet kendine has kanunlariyle lüzumlu bir şahıs gibi gösterilecek halbuki iktisadî birlikle aile birliği sırf tarafların serbest iradesine istinad edecekdi. Böyle bir tahlil muhakkak hatalı olacakdı. Devlet teşkilâtına temas etmekle beraber tarafların hilâfına hareket edebildikleri kaideler mevcut olduğu gibi âmme kuvveti ve devlet teşkilâtına temas eden ve fakat batıl sayılmayan mukaveleler de vardır. Diğer tarafdan, sadece âdabı umumiyeye veya aile teşkilâtına ve hattâ iktisadî teşkilâta aykırı olmakla beraber hâkimlerin butlan kararı vermekde tereddüt etmedikleri bir çok mukaveleler de mevcuttur.

Binaenaleyh, kanun şu veya bu teşkilâtın kanunu olduğu için mukavele batıl değil, hakikatte vazıı kanunun bilûmum teşekküllere

1164

muvafık olan kanunları bizzat ifade etmesinden ileri gelir. Bu kanunlar birlik hayatına lüzumlu oldukları takdirde, hattâ aile veya iktisadî teşkilâta taallûk etseler bile, intizamı âmme kanunlarını teşkil ederler. İşte şimdi tebarüz ettirmeye çalışacağımız cihetler şunlardır:

A. Siyasî birlik kaideleri;

B. Aile teşkilâtına ait kaideler;

C. İktisadî teşkilâta ait kaideler;

D. Âdabı Umumiye kaideleri;

A. *Siyasî teşkilâta ait kaideler.* (Kanunu esasî, idarî ve mâlî kanunlar, teşkilâtı adliye ve mahkemelerin salâhiyetlerine ait kanunlar, madenlerin işletilmesine ait ahkâm, emniyeti umumiyeyi alâkadar eden mesleklere sülûk için mevzu şartlara ait ahkâm, meslekî esrara ait ahkâm....) Vazıı kanun devlet teşkilâtı ile meşgul olur ve bu teşkilâtın ne tarzda tesis edileceğini, fertlerin devletle münasebetlerini ve devlet teşkilâtı bakımından fertlerin birbirleriyle münasebetlerinin nelerden ibaret olacağını gösterir. Bu kabil kaideler prensip itibariyle intizamı âmme kaidelerini teşkil ederler. Filhakika, devletin vahdet ve kuvvetiyle yaşayabilmesi için bütün vatandaşların aynı kaidelere tâbi olmaları şarttır. Bir devlette bazı vatandaşların kanuna riayet ettikleri ve bazılarının kanunlarını kendileri yaptıkları tasavvur edildiği takdirde siyasî teşkilâta tecavüz eden bu hususî mukaveleler neticesi hakikî bir anarşi tevlid edilmiş olur. Devlet ve devlet teşkilâtı, kanunların mecburî mahiyette olmalarını icab ettirir.

Siyasî camianın hayatını tanzim edip de intizamı âmme ahkâmından olmayan kanunlar pek nadirdir. Filvaki, kanun fertlerin devletle münasebetlerini tanzim ettiği takdirde, iki muayyen kimse arasında bir mukavele ile bu kaide hilâfına hareket imkânsızlığı bedihidir. Devlet, tebeasından ve fertlerden bazı şeyler ister. Nasıl olur da alacaklı ile borçlu arasında bir anlaşma neticesi, vatandaşların kendisine karşı bazı hususlarda borçlu bulundukları hakkında devletçe vazolunan bu kabil bir kaideyi yıkmağa muvaffak olabilirler? Böyle bir hal âmme hukukuna temas eden devletle devlet tebeaları arasındaki münasebetleri hususî bir anlaşma ile değiştirmek demekdir, hususî hukuk yani mukavele serbestisi kaidesinden âmme hukuku kaidesine rüçhanı olan bir şey vücuda getirmek olur. Devlet bir âmme hizmetini tanzim ettiği ve ne şartlar dahilinde kendisi tarafından bir noter tayin edilebileceği ve bu noterin vazifesini ifa edebileceğini gösterdiği vakit muayyen iki kimse arasında bir anlaşma ile devletin istediği teşkilâttan hariç bir teşkilâta varılmasına

1165

imkân yoktur.

İşte devletin hilâfına mukaveleyi menetmeye lüzum görmediği bir seri mukaveleler: Kaide ancak takib ettiği gaye itibariyle bir intizamı âmme kaidesi teşkil eder.

İki âkit arasında vazıı kanunun cemiyetteki intizam bakımından zarurî addettiği şeye muhalif bir hal yaratmağa mâtuf bütün mukaveleler hakkında da keyfiyet böyledir. Asayişi temin maksadiyle vücuda getirilen yani devlet ülkesi dahilinde fertlerin biribirlerini zarara sokmamaları için fertlerin faaliyetini tanzim eden kanun ve nizamnameler vardır. Devlet her ferdin hareket tarzını gösterir ve yapabileceği veya yapamıyacağı şeyin hudutlarını tayin eder.

Herhangi bik ferdin hususî bir mukavele ile bu kaideye muhalefet etmesi imkânsızdır. Bu suretle devlet dahilinde artık herkese tahmil edilmeyen bir tarzı hareket kaidesi tahaddüs etmiş olacakdır. Halbuki bütün fertlere tahmil edilmiş müstekar ve umumî kaideler bulunmadan bir devlet tasavvur olunamaz, binaenaleyh bu kabil mukaveleler kanuna muhalif mukavelelerden başka birşey değildir.

Bu suretle, devlet bir âmme hizmeti teşkil ve ihdas ettiği zaman, kaleme alacağı nizamnamede «hilâfına bilûmum mukaveleler batıl sayılmak üzere . . . » demesine lüzum yokdur. Nizamnamenin asayişi temini istihdaf etmesi onun herkes için mecburî olduğuna delil teşkil eder.

Fakat buna mukabil, siyasî teşkilâtta ve âmme hizmetlerinde faaliyet ve bilhassa iktisadî faaliyetlerinin kolaylıkla ifası imkânını vermek için fertlere açık bırakılan servisler vardır. Bu takdirde, devlet en iyi kaideyi verir ve bu suretle devlet memurları ve hâkimler haklarını müdafaa hususunda fertlere yardım ederler. Fakat burada bu kaidelere riayet mecburiyeti var mıdır? Devlet fertler hesabına ve onların hususî menfaatları namına hareket ediyor. En iyi bir telâkkiye veya menfaatlırını tanzim hususunda devletinkinden farklı bir telâkkiye sahip olunan iki kişinin, her vakit devletin kendilerine verdiği kaideyi bertaraf etmelerine imkân vardır. Adliye servisisine taallûk eden bir misal bizi bu noktada iyice tenvir etmeye kifayet eder: Devlet, fertlere aralarındaki ihtilâfları halletmek için hâkimler ve salâhiyetli mahkemelerden müteşekkil bir Adliye teşkilâtı verir. İki kişi devletin gösterdiği hâkimleri bertaraf etmeyi ve hakemlere müracaatı tercih ettiği takdirde, bu hususda mutlak bir serbestiye malik bulundukları gibi mukavelenin, davaların mahkemelere müracaat yoluyla halli hakkındaki intizamı âmme kaidesine muhalif olduğu da ileri sürülmiyecekdir. Taraflar isterlerse devletce arzolunan aynı teşkilâtı, aynı kıymeti ve ayı salâhiyeti haiz birçok makheme-

1166

ler arasında herhangi birine müracaat şıkkını devletin kabul etmesine hiçbir sebep mevcut mudur? «Les règles de compétence ratione personae» yani, salâhiyet kaideleri ihtiyarîdir ve taraflar bu kaideler hilâfına hareket edebilirler.

Kezalik, devlet beyyinelerin ne suretle ikame edilecegini tayin eder, fakat tarafların aralarında başka sistem bir beyyine tasavvur etmelerine hiçbir mani yoktur, zira hâkim taraflar arasında bîtaraf bir vaziyette bulunur ve ancak hususî menfaatlar hakkında hüküm ittihaz eder. Taraflar muvafık gördükleri herhangi bir beyyine tarzını ileri sürmekte serbesttirler.

Başka bir misal: Normal zamanlarda iktisadî münasebat için devlet fertler tarafından istimal edilmek üzere para çıkarır ve paranın sıhhatini tevsik eder; bu takdirde mevzuubahis paranın tediyatta kullanılan kanunî para olduğunu gösterir. Fakat taraflar ikdisadî münasebetlerinde devlet parası yerine aralarında kabul edilen başka bir para ikame etmeyi isterlerse, normal zamanlarda ve rakit servisi devletin can noktasına temas etmediği takdirde, bu mukaveleler pekalâ muteberdir. Burada devlet fertlere bir âmme hizmeti arzeder, fakat kaide siyasî teşkilâta temas etse bile fertlerin başka bir servisi tercih etmelerine mesağ vardır. Hemen hemen daima, siyasî birlik teşkilâtına taallûk etmekle beraber buyurucu olmayan saydığımız bu kaideler için şöyle bir kriteryom kabul edilebilir: Bu kaideler sadece menafii hususiyenin halline taallûk ederler.

*
* *

B. *Aile teşkilâtına ait kaideler* (taaddüdü izdivacın memnuiyeti, ebeveynin velâyeti, evlilik haricinde doğan çocuklara ait hükümler . . .). Aile birliği, birlik kaidesini ifade etmek kuvvetini haiz değildir. Bu birliğin ailede kanun yapıcı bir otoritesi mevcut değildir; hattâ aile hukukunun nelerden ibaret olduğunu gösterebilecek icraî otoritesi bile yokdur. Vaktile dinî otorite bu kaideleri ifade etmek vazifesini üzerine alıyordu. Bu gün hukuk lâyıklaşdıkdan sonra aile birliğine ait kanunları devlet verir. Hiçbir vakit veya hemen hemen hiçbir vakit, bu halde hilâfına bütün kayıtlar keenlemyekûn hükmünde sayılmak üzere, kanunun buyurucu olduğuna dair kanunda hiçbir kayda tesadüf edilmez. Filvaki böyle bir kanun, aile hayatına temas etmesi dolayısiyle intizamı âmmeden bir kanun gibi

1162

telâkki edilir. Aile birliğinin teşekkülü hususî iradeye tâbi değildir. Aile mukavele esasına istinad etmez. Aileye girmek ve çıkmakda ferdin iradesinin nüfuzu ve rolü aşikârdır. Aile hukukuna tesir eder ihtiyarî fiiller mevcuttur: Evelnme, evlât edinme, itak, tabiî bir çocuğun tanınması iradenin izharını tazammun eder ve bu iradenin hukukî muamelâttaki iradenin yani hukuk yaratan iradenin arzettiği aynı mahiyeti haiz olması icab eder.Fakat bu irade ancak kanunda derpiş olunan şart ve şekillere göre tezahür ettiği takdirde bir hüküm tevlid eder. Bu ise bu muhtelif fiillerin bir mukavele teşkil etmediğini meselâ evlenme ve evlâd edinmenin sırf akdî birşey olmayıp mukavele esasına istinad eden müesselerden ibaret bulunduğunu söylemeye imkân verir. İrade ancak tarafların kanunun gösterdiği mecburî bir rejim altına girmeye yarar. Aile bir mukavele neticesi teessüs etmeyip devletçe tanınan tabiî bir birlik teşkil eder. Devlet aile teşkili kanununu vazederken tarafların tadil edebileceği bir kanun vermez. Taraflar yaratamıyacakları şeyi tadil de edemezler. Kendilerine bir mukavele ile aile hak ve vecibelerine benzer hak ve vecibeler meydana getirmek imkânı verilmemişdir.

Birlik heyeti umumiyesi, bu birliğe dahil bulunan kimseler, hısım ve akrabalar kanunen tayin edilmişdir: Birliğin teessüsü hakkında ki bütün kaideler intizamı âmme ahkâmındandır. Bu suretle, kanunda tasrih edilmemesine rağmen Fransız mahkeme kararları, hususî bir senedle nesebi sahih olmayan çocuğun tanınmasının hiçbir hüküm ifade etmiyeceğini ve batıl addolunacağını kabul etmişdir. Bir çocuğun nesebi hakkındaki mukaleve de batıl sayılacakdı, yoksa bu neseb tashihine akdî bir esas tanınmış olurdu. Binaeneleyh, birlik kurulmasını tayine yarayan bütün kanunlar bir grup halinde toplanabilir ve bu kanunların intizamı âmmeden olduklarına şüphe yokdur.

*
* *

Bundan sonra *taraflar arasındaki hak ve vecibeleri tanzim eden kanunlar gelir.* Tarafların bu hak ve vecibeleri birlik âzası sıfatlarından doğar ve kanun bu sıfatla bizzat birliğin teşekülünü tayin ettiği için kanunların hepsinin intizamı âmmeden olduğu kanaati doğabilir ve bu ise ifratlı bir düşünceye kapılmakdan başka bir şey olmazdı. Çünkü bu, kanunun aile âzaları arasındaki bilûmum münasebetleri tamamiyle tanzim ettiğini söylemekle müsavi birşey olurdu. Binaenaleyh bu suretle aile birliğinden her çeşit serbesti nezedilmiş olur ve değişmez bir aile teşekkülüne müncer olmuş bulunulurdu

1168

ve artık böyle bir ailede âzalar arasında münasebat defaten tesis edilmiş olur ve âzaların bu münasebetleri değiştirmeye hakları kalmazdı.

Hal ve şartların arzettiği tenevvüe binaen devletin aile efradına düşebileck bütün vecibeleri birer birer tanzim etmesi lâzım gelmez. Bir devlet dahilinde, âzaları noktası noktasına aynı hakları ve vecibeleri haiz olmayan aile teşeküllerine musaade etmek mümkündür.

Fakat bir şartla: O da âzalarının işe tamamiyle vâkıf olarak akde iştirâk etmeleri ve makbul ve müteber olacak surette birbirlerine bağlanmakdan ibarettir. Çünkü aile teşkilâtına dair kaideler içinde fertlerin himayesine mâtuf kaideler bulunur. Kanun bir aile içinde maddî veya manevî bakımdan kendilerini müdafaa edemiyecek halde bulunanların himayesiyle alâkadar olur. Böyle mâdun bir halde bulunanlara hak ve vecibelerini mukavele ile tanzim etmek imkânını vermek onları kanunî himayeden mahrum bırakmakla bir olacakdı. Devlet himaye kaidesini vazettikden sonra irade ve arzu ile bu kaidenin ortadan kalkmasına müsamaha edemez. Fertlerin himayesiyle alâkadar aileye müteallik bir kaideye tesadüf ettiğimiz bütün hallerde, bu kaideyi intizamı âmmeden addetmeye mütemayil bulunacağız.

Halbuki bu kaideler en fazla tesadüf edilen kaidelerdir. Filhakika, halihazırda aile siyasî bir teşkilât olmakdan çıkmışdır. Artık aile prensip itibariyle iktisadî teşkilât merkezi olmakdan da çıkmışdır. Binaenaleyh, halihazırda aile tamamen himaye ve otorite fikri ahlâkisi üzerine müesses bir birlikden ibarettir. Ailenin muhtelif âzaları arasında bazılarına itaati emreden ve bazılarına da himaye ve nüfuz hakkını veren ahlâkî münasebetler mevcuttur. Bu nüfuz ve himaye vecibeleri aile âzalarının ve bilhassa çocukların en iyi şekilde himayesi için tasavvur edilmişdir. Binaenaleyh hususî mukavelelerle bu kanunî kaidelere muhalefet etmek katiyen caiz değildir. Vazıı kanun hiç bir zaman hilâfına mukavelenin batıl olduğunu söylememişdir, zira kanunun gayesi böyle bir mukavelenin caiz olmadığını gösterir.

Bu suretle muayyen kimselere muayyen bir miras hakkı veren kaideyi bir intizamı âmme kaidesi gibi ele almak mecburiyeti vardır ve müstakbel mirasa ait mukaveleler memnudur. — Yahut da kanun hısımlar arasında nafaka borcu tayin ve tahmil eder; bu nafaka hakkı önceden reddedilemez. — Yahut da, karı koca arasında veya ehliyetsizlerle bunların mümessilleri arasındaki bazı mukavelelerin memnuiyetine dair kaideler .— Yahut da ailenin himayesine mâtuf olması dolayısiyle evlenme rejiminin lâyetegayyür olması hak-

1169

kındaki kaideler. — Yahut da ev reisliği ve babalık nüfuzunun terki hakkındaki kaideler. — ve en nihayet kanunun sureti katiyede aile mallarının ne tarzda birliğin diğer âzalarına intikal edeceğini tanzim etmesi dolayısiyle, veraset yoluyle intikale, mirasdaki mahfuz haklara mugayir bulunan mukaveleler.

Bu aile birliğinde yapılması caiz olan şey acaba nedir.? Hakikatte geride pek büyük bir şey kalmıyor, zira hemen hemen bütün kanunlar himaye mülâhazasiyle vazedilmiş bulunuyorlar. Geriye sadece taraflar arasındaki iktisadî münasebetlere temas eden kanunlar kalıyor. Aile muayyen bir menfaat iştirâki doğurur ve devlet sureti kat'iyede bu menfaat iştirâklerinin ne suretle derpiş edileceğini bizzat tanzim etmek hakkını haiz değildir. Devlet bazılarına muvafık gelen şeyin başkalarına da tevafuk edeceğini söyleyemez ve bu birlikde iktisadî teşebbüse de biraz yer bırakmak icap eder.

Evlenmeye müteallik mukavelelerde serbesti ancak bu suretle anlaşılabilir. Karı kocanın serveti daima aynı şeyleri ihtiva etmediği ve evlenmede işe karışan iktisadî menfaalar mütenevvî olduğu için kanun evlenme rejimi ile alâkadar olmaz ve kanunî rejime verdikden sonra tarafların istedikleri rejimi kabul etmekde serbest bulunduklarını kaydeder. Hattâ kanun tarafların kanunî rejimi tâbi olmağa mecbur bulunmadıklarını iyice işaret etmek için akdî rejimleri göstermekde ihmal göstermemişdir.

Kezalik nafaka hakkı kabul edildiği takdirde, nafakanın ödenmesi şeklini taraflar istedikleri gibi tanzim etmek arzu ederlerse böyle bir mukaveleyi batıl addetmeye hiç bir sebep mevcut değildir.

Hülâsa, aile birliğini alâkadar eden kaideler hemen hemen kâmilen intizamı âmme mülâhazasiyle vazolunan mecburî kaidelerdir, çünkü bu kaidelerden çok az bir kısmı birlik âzalarının sırf hususî menfaatlarına temas eder. Hattâ ilk bakışda menafii hususiyenin mevzuubahis olduğu zehabına düşüldüğü zaman bile, bu menafii hususiyenin aynı zamanda menafii umumiyeyi alâkadar ettiği görülür, zira devlet ailenin iyi teşkilâtlandırılması ile alâkadardır. Ancak aile âzaları arasındaki maddî menfaatların tanzim edilmesi için biraz serbestî bırakılır.

*
* *

C. *İktisadî teşkilâta ait kaideler* (Mukavelâtın şekline, faiz mikdarına, ticaret ve sanayi ve müzayedenin serbestisine, patronun işçilere karşı mesûliyetine, emvalin ferağ ve intikaline, mirasdaki mahfuz hisselere, mürurı zamana... taallûk eden bilûmum hükümler).

1170

Mevzuubahis olan mukavelelerin ne şartlar dahilinde aktedileceğini, hizmet ve mahsullerin ne şartlar dahilinde mübadele edileceğini göstermek için kanunun vazettiği kaidelerdir. Bu kaideler, prensip itibariyle, intizamı âmmeden değildir. Mukavelelerin neticesi ve âkitlerin vecibelerine dair kanunlar ancak hilâfına mukavele bulunmazsa mecburîdirler. Burada Fransız kanunu medenisi bakımından meseleyi tahlil eden profesör *Georges Ripert* Fransız vazıı kanununu ve kanunu medenî muharrirlerini tenkit eder ve kanunun kaleme alındığı sırada teşriî bir hata işlendiğini söyler. Filhakika, Fransız kanunu medenisi muharrirleri icar mukavelesi hakkındaki kaidelerden bazılarının ancak hilâfına mukavele bulunmadığı takdirde mecburî olduğunu kaydetmişlerdir. Âlim profesöre göre bunu söylemeye lüzum bile yokdu; yoksa kanunu medenide mukaveleleri istihdaf eden bütün metinleri birer birer ele alarak daima «hilâfına mukavele müstesna» formülünü tekrar etmek icab edecekdi. Esasen bu noktada tatbikat, kanunî kaidenin tatbikini tamamiyle değiştirmişdir. Kanunun vazettiği kaidelerin hiçbir rol oynamadığı mukaveleler vardır. Bu suretle nehir, deniz veya kara nakliyatına dair mukavelelerde şimendifer tarifeleri kumpanya konşimentoları, eşhası hususiyenin kanunî nizam yerine ikame ettikleri kaideleri teşkil eder. Yine bu cümleden olarak, sigorta hukukunda deniz sigortaları hakkında ticaret kanununun verdiği ve Fransız mahakim içtihadı tarafından bütün sigortalara kabili tatbik olduğu beyan edilen kaideler kat'iyen nazarı itibare alınmamaktadır. Sigorta poliçesindeki kayıtlara riayet edilmek suretiyle kanun tarafların mukavelesi ile bertaraf edilmiş bulunmaktadır.

Bunun sebebi de, zamanımızda iktisadî birliğin mukavele serbestisi prensibine istinad etmesinde mündemiç bulunmaktadır. Vazıı kanun servetin istihsal, tevzi ve istihlâkini tanzim etmekden ibaret olan vazifeyi üzerine almamışdır. Bugünkü cemiyetin içinde yaşadığı hal ve şartlar içinde alâkadarlardan daha iyi hareket etmek vazıı kanuna imkânsız görünmüşdür. Servetin istihsal veya tevziini tanzim etmeyi muhâl gören vazıı kanun teşkilât hakkını alâkadarlara bırakmışdır. Vazıı kanun alâkadarlara en iyi buldugu mukavele şartlarını teklif ettiği zaman bu kaideleri mecburî kılmaz, zira bunlar mukavelâta dair kaidelerdir. Vazıı kanun bu ciheti bizzat tasrih ile bu kaideleri en umumî hallerde kabul edilecek en iyi kaideler sıfatiyle ileri sürer. Vazıı kanunun ahvalin arzettireceği namahdud tenevvüü ve umumî kaidenin yerini tutacak bütün hususî kaideleri derpiş etmek hususunda hiçbir iddiası yokdur. Bütün teferruatın birer birer sayılması tabii mümkün olamazdı. Profesör *Ripert* bu nokta hakkın-

1171

da umumî bir fikir verebilmek için bazı misaller ileri sürmektedir.

Fransız kanunu medenisi satış mukavelesini tanzim ve satış kaidelerinin nelerden ibaret olduğunu tayin eder. Kanunu medenide tek bir satış tipi yani gayri menkullerin satışı nazarı itibare alınmıştır. Fakat vazıı kanun pekalâ bilir ki, hususî şartlar içinde aktedilen bu gayri menkul satışının yanı başında herbiri kendilerine has kaidelere ihtiyaç gösterecek sayısız ve mütenevvî satışlar bulunacakdır. Bu halde, tarafların başka bir şey söylemedikleri takdirde bunların takip edebilecekleri umumî kaideyi göstermek suretile vazıı kanun kendilerine tamamile başka bir kaide kabul etmek imkânını vermektedir. Yahut da, çiftlik icarı ve ortakcılık mukavelesine dair kaide verirken vazıı kanun pekalâ bilir ki bazı ziraî işletmeler için kanunî kaideden daha başka kaideler şayanı tercih olacakdı. Yine şirketlere dair kaideleri tesis ettiği sırada vazıı kanun şirket nizamnameleriyle bilâhare şirketi idare edecek kaideyi tayin etmek hususunu taraflara bırakmıştır.

Porfesör *Ripert*'e göre bütün bu kaideler kanunu medeniden çıakrılabilecek ve 113 üncü madde tek başına bunların yerine kaim olabilcekdi: «Yapılan kanunî mukaveleler bu mukaveleleri yapanlar için kanun yerini tutar». Haddi zatında bütün hususî mukavelelere ait kaideler mecburî değil fakat teklif mahiyetinde kaidelerdir. Bu kaideler yerine daima mukavele ile başka kaideler ikame edilebileceği için kanunî kaideyi bilmek okadar haizi ehemmiyet değildir. Hemen hemem daima mukavelenin tevsi edilmesi icab edecekdir. Bundan başka bu kaideler ancak bazı hallerde ve bazı istisnaî vaziyetlerde buyurucu bir mahiyet iktisab ederler. Bu hal ve vaziyetler nelerdir?

1. Tarafların himayesini istihdaf eden kaideler;
2. Bazı iktisadî müesseselerin esas kaideleri;
3. Üçüncü şahısların himayesine mâtuf kaideler;
4. İktisadî münasebetlerinde fertlere bir devlet mümessilinin tavassutuna müracaat etmek vecibesini yükleten kaideler.

Bu kanunlara ait ve intizamı âmmeye müteallik kükümleri biraz izah edelim:

*
* *

1. *Akidlerin himayesi mülâhazasiyle vazolunan bazı kaideler vardır.* Kanun tarafların münasebetlerini istedikleri gibi tanzim etmesine müsaade eder, fakat bu takdirde hiç olmazsa taraflardan her birisinin serbest ve salim iradesi şeklinde tecelli eden taraflar arasında bir kuvvet .müsavatı mevcut olmasını ister ve irade himaye

1172

edilmezse hususî pazarlıklara itibar etmez. Bu kanunî himayeden mahrum kalmak tarafların ihtiyarına bırakılmış bir şey değildir, zira kanun ticaretteki, dürüstlüğü temin için bu himayeyi zarurî addeder. Bunun neticesi meselâ bir satıcıya gabin sebebiyle satışın feshini istemek hakkını önceden terketmesine müsaade edilmez zira bu takdirde iradesi kanunun himaye etmek istediği ayıpla malûl olurdu. Satıcı gabin dolayısiyle fesih hakkından önceden vezgeçmeye rıza gösterirse bu kendisinin zaifliğini gösterir ve daha fazla himaye edilmesi lâzım gelir. Mukavelelerde tarafların himayesine taallûk eden bütün kaideler bilmecburiye intizamı âmme ahkâmından bulunurlar.

2. Kanun şüphesiz kendi iktisadî münasebetlerini tanzim etmek işini akitlere bırakmışdır. Fakat bununla beraber iktisadî camiada rüşeyim halinde bir nevi kanunî nizam, *bu—iktisadî hayata lüzumlu bazı kaideler mevcuttur.* Meselâ kabili ferağ ve intikal ferdî mülkiyet müessesesi bu cümledendir. Hakkı mülkiyeti, bu hakkın hükümleri, hududlarını tayin eden ahkâm—bilhassa gayri menkul mülkiyeti mevzuubahis olunca — bir memleketin içtimaî teşkilâtına en yakından temas etmeleri hasebiyle tamamen intizamı âmmeye aitdirler. Bu takdirde bu kaideler hilâfına hareket etmek katiyen caiz değildir. Bu suretle bu günkü iktisadî teşkilâtımıza mugayir iktisadî bir teşkilâta varılacağı düşünülmüşdür.

Kezalik ve fertlerin serbetce hareket edebilmeleri için bu fertlere iptidaî bir tarzı hareket kaidesi yükletilmişdir: İsteyerek veya hataları neticesi başkasını izrar etmemek. Burada mevzuubahis olan faaliyetlerin serbestce ifasına lüzumlu bir kaidedir; çünkü fertlerden birisi isteyerek başkalarını zarara sokmağa kalkışır ve peşinen zarara uğrayacakların tazminat hakkından feragatlarını şart koşarsa bu beşeriyete başı boş bir kuvvet teşkil ve fertlerin yapabilecekleri mukaveleleri alt üst edecekdi.

3. İktisadî münasebatta *üçüncü şahısların himayesine dair kaideler mevcuttur.* Hususî Mukaveleler iki kimse arasında bunların hak ve vecibelerini pekalâ tanzim edebilir. Fakat bu suretle bu iki kimse tarafından alınan vaziyet üçüncü şahısların mükteseb hakları üzerinde tesir gösterebilir. Vaziyet icabı bir kimsenin iktisab ettiği hak diğerlerinin iktisab edecekleri hak üzerinde tesir icra edebilir. Bu suretle muayyen şahıslar arasında akdolunan mukavelelerin üçüncü şahısların menfaatlarını tehlikeye düşürmesi muhtemeldir. Buna meydan vermemek için, kanun bunların menfaatlarını muhafaza maksadiyle bazı ahkâm vazetmişdir. Meselâ: Bazı hukukî muamelelerin tescile, ilâna tâbi tutulması gibi hükümler bu cümledendir. İşte bu nevi ahkâm da intizamı âmmeye taallûk eder.

1173

Fakat çok defa böyle bir hal karşısında mukavelenin butlanına hükmetmek lâzım gelmez, çünkü butlanın yanıbaşında butlanla karışdırılmaması icab eden başka bir müeyyide daha vardır: Bu da sadece mukavelenin üçüncü şahıslara karşı ileri sürülmemesidir. Mukavele iki taraf arasında muteber olabilir fakat üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemez.

Mamafi, bazı hallerde ve mukavelenin sırf üçüncü şahısların haklarını hileye tevessül ederek tehlikeye düşürmek gayesiyle yapıldığı tezahür ederse takip edilen gayeye göre mukavele kanuna aykırı görünür. Bu takdirde hileye müstenid bilûmum mukaveleler, hile üçüncü şahısların haklarına karşı yapılırsa, batıl sayılır.

4. Nihayet iktisadî teşkilâta taallûk etmekle beraber *devlet mümessillerinin müdahalesini tazammun etmeleri hasebiyele mecburî olan kaideler* vardır. Her nekadar, umumiyetle, devlet iktisadî münasebetlerde menfaat gütmezse de bazı hallerde aralarındaki mukavelelerin tanzimi ve işlerinin tekerrürü için fertlere yardımını esirgemez. Kendi menfaatları icabı ve hattâ bazen üçüncü şahıslar lehine taraflara yükletilen merasimi kanuniyeden feragati havi bir mukavele tasavvur etmek imkânsızdır. Bu suretle, hibe ancak resmî senetle yapılabilir. Noterin delâletinden istiğna gösterilirse muamele şüphesiz batıl addedilecekdir. Kezalik, ipotek tesisi de, ancak resmî senetle yapılabilir: Her nekadar sadece hususî menfaatlara taallûk etse de, hususî senetle yapılan ipotek tesisi hiç bir kıymeti haiz bulunmaz.

Diğer bütün hallerde, devlet hususî münasebetlerde mecburî kaideler kabul etmek lâzım geldiğine kail bulunursa bunu söylemesi icap eder, zira istihdaf ettiği gaye ile kanunun mahiyetini meydana çıkarmak imkânsızdır. Bu suretle, meselâ kanun hizmet mukavelesini tanzim etmeye teşebbüs eder ve ücretin muayyen bir had üzerinden muayyen şartlar ve günlerde patron için mecburî tediyesini tayin etmek isterse, kanun kaideyi verirken bu kaidenin intizamı âmme ahkâmından olduğunu göstermeye mecburdur.— Kezalik âdi icarda yazılı kanun kira bedelinin muayyen bir haddi tecavüz edemiyeceğini tayin etmek isterse, kaideyi verdikden sonra, kaidenin intizamı âmme ahkâmından bulunduğunu göstermelidir, çünkü alâkadarlar böyle bir kaidenin sadece gayri menkul kirasından doğan iktisadî münasebetlere temas ettiğine ve binaenaleyh hilâfına hareket edebilecek bir mukavele karşısında bulunulduğuna zahip olacaklardı.

* * *

1176

C. *Nihayet, ahlâk (adâbı umumiye) kaideleri gelir* (taaddüdü izdivacın ve yakın hısımlar arasındaki evlenmelerin memnuiyetine, evlilik haricinde doğan çocukların tanınmasına, nesebin tashihine, müstakbel mirasa ait mukavelâta, tarafeynin rızasiyle talâka, talihe bağlı oyunlara, piyangolara, borsa eshamının itibar üzere satışında hileye . . . ait olan ahkâm). Burada iş çok daha kolaydır. Ahlâk kaideleri insanın gidişatına taallûk eden ve kanunun bir hükmü ile kuvvei müeyyide kazanmış olan kaidelerdir. Vazı kanun intizamı ahlâkiyeyi temin için bazı ahlâkî kaidelerin kanun kuvvetiyle teyidine ihtiyaç hisseder ve bu suretle bir takım ahkâm ve kaideler vazeyler ki işte cemiyetin ahlâkî intizamını temin etmek gayesiyle konulan bu hükümler «adâbı umumiyeyi temin zımmında vazedilmiş olan kaidelerden» ibarettir. Riayet edilmesi icab eden ahlâkî kaidelerin nelerden ibaret olduğunu söylemek vazifesi vazı kanuna aittir. Vazı kanunun riayet edilmesini istediği ahlâkî kaidelere işaret ettiği bütün hallerde kaidenin hatta bunu tasrih etmeye lüzum olmadan, intizamı âmme ahkâmından bulunduğundan emîn olunabilir.

Filhakika, vazı kanun ahlâk kaidelerini fertlerin tekemmülü ve ahlâkileşdirilmesi için vermez. Vazı kanun, ahlâkın gayesiyle alâkadar değildir ve ahlâk kaidesini izhar ve kanun kuvvetiyle teyid ettiği zaman bu sırf menafi umumiyeyi gözetmesinden ileri gelir. Vazı kanun cemiyet düzeni için âmme menfaatı gayesini güden bir ahlâk kaidesi verir, yoksa gayri ahlâkî muamelelerden mağdur olanların veya ferdin himayesini istihdaf etmez. Adâbı umumiye kaidesi hiç şüphesiz mukavele ile hilâfına hareket etmeye imkân bulunmayan bir kaidedir.

Esasen şunu da ilâve etmek lâzımdır ki kaideyi vazettiği vakit vazı kanunun tayin ettiği müeyyide çok defa cezaî bir müeyyidedir. Hiçbir zaman vazı kanun cezaî bir müeyyide göstermeden ahlâkî bir kaide vazetmez. Bazan cezaî müeyyide vazedilmediği görülmüşdür. Fakat bunun bir hata teşkil ettiği hakkında her kes hemfikirdir. Meselâ Fransız kanunu medenisinin 371 inci maddesi her yaşta çocukların ebeveynlerine hürmet ve riayette bulunmaları mecburiyetini gösterir. Bu, kanunda hiçbir müeyyidesi bulunmayan bir kaidenin ifadesinden ibaret olup binnetice hiçbir hukukî mahiyeti haiz değildir.

Çok defa, vazı kanun ahlâkî kaideyi verdikden sonra cezaî müeyyidenin ne olduğunu tayin eder. Müeyyidenin cezaî mahiyeti yanılmayacak şekilde kaidenin mecburî karakterini gösterir: Çünkü bir kimse hususî bir mukavele ile cezaî kaidenin tatbikinden yakasını kurtaramaz.

1/75

Virjil Rosel âdabı umumiyeyi temin gayesiyle vazedilen kaideler hakkında umumî bir fikir verebilmek için bazı misaller zikrediyor:

1. Aile teşkilâtı hakkındaki kanunî ahkâm intizamı âmme ve âdabı umumiyeye taallûk eder.

2. Borçlar kanununun 21 inci maddesi zayıfları ve muhtacı muavenet olanları hilekâr eşhasa karşı himaye etmektedir ki bu da âdabı umumiyeye taallûk eder. Burada mücerret bir hukuk telâkkisinden ziyade ahlâkî mülâhazalar hâkim olmuşdur. Çünkü bir akitteki ivazlar arasında açık bir nisbetsizlik görüldüğü zaman vicdanı ahlâkî bu nibetsizliği derhal red ve takbih eder.

3. Kanunu Medeninin 45 inci maddesi gayeleri ahlâka mugayir olan cemiyet ve şirket ve müesseselerin hükmî şahsiyet iktisab etmelerini kabul etmiyor. Bu nevi cemiyetler eğer mevcut iseler kanunu medeninin meriyete girmesinden itibaren mefsuh addedilirler. Meselâ: Gençleri fuhşa teşvik, şekavet, kaçakçılık gayeleriyle teşkil edilmiş olan cemiyetler bu cümledendir. Bu maddei kanuniye hâkim olan mülâhazada âdabı umumiyenin muhafazasına matufdur.

4. Gayrı ahlâkî bir mukavelenin butlanına dair olan borçlar kanununun 20 inci maddesi ve bir mukavelenamede münderiç cezaî bir şartın gayri ahlâkî bir mahiyeti haiz bulunması halinde muteber olmıyacağına dair olan kanunî kaideler.

5. Bir aile âzalarının yekdiğerine karşı olan mecburiyetlerine, bir aile âzası arasında idare ve iaşe mükellefiyetlerine ait bulunan kaideler kezalik ahlâkî mülâhazalara istinad ederler; âdabı umumiyeyi temin gayesi üzerine müessesdirler.

6. Kanunu Medeninin 2 inci maddesinin birinci fıkrası yani herkesin haklarını kullanmakda ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayet ve mükellef tutulması,

7. Gayri meşrû rekabetin memniyeti gibi ahkâmı kanuniye de bu meyanda sayılabilir.

Bu misallerin bazılarında görüldüğü veçhile vazı kanun âdabı umumiyeyi temin zımnında vazettiği ahkâmın bir kısmında bu maksadını sarahaten beyan etmekde ve gayri ahlâkî olduğundan dolayı bu kaideyi vazettiğini söylemektedir. Bu kaidelerin âdabı umumiyeyi himaye maksadiyle konulduğunda artık şüphe edilemez. Bir kısmında ise bu maksadını sarahaten beyan etmiyor. Ancak burada da ahlâkî mülâhazaların hâkim olduğunu kolaylıkla farkedebiliyoruz. İşte kanunun bu misallere benzeyen diğer kaidelerinde de aynı tetkikatı yapacak olursak bazısında bu yolda sarahate tesadüf edeceğiz, bazısında da ahlâkî düşüncelerin, diğer siyasî ve iktisadî

1176

âmillere nazaran, daha kuvvetli ve daha müessir olduğunu müşahede edeceğiz. Bu takdirde bunları da âdabı umumiyeyi temin zımnında vazedilmiş kaideler cümlesinde addetmekliğimiz lâzım gelmektedir.

*
* *

Şimdiye kadar söylediklerimizden bir netice çıkarmak icab ederse, diyebiliriz ki bir kanunun intizamı âmme ahkâmından olması bu kanunun siyasî, alievî, iktisadî veya ahlâkî teşkilâta temas etmesinden, şu veya bu birliğin kanunun olmasında ileri gelmez. Devlette bir otorite teşkil edecek kaideyi göstermek ve müeyyidesini tayin etmek vazifesiyle mükellef olan vazı kanun iktisadî, ve ahlâkî siyasî bütün kaideleri ifade eder.

Fakat kanunun gayesi tahlil ve tetkik edilince bu kaidelerin bazılarının bizatihî siyasî birliği idame etmeye mâtuf bulunduğu müşahede edilir: Bu takdirde kaideler intizamı âmmeye taallûk ederler. Yahut bu kaideler aile birliğinin kurulmasını istihdaf ederler. Bunlar da aynı mahiyeti taşır, yani intizamı âmmeye taallûk ederler. Yahut da bu kaideler ahlâkî prensiplerin bir ifadesidir ve cemiyette düzeni idameyi istihdaf ederler: Bu takdirde de muhakkak intizamı âmme mahiyetini taşırlar.

Buna mukabil, bazan kaide sadece iktisadî gayeleri istihdaf veya fertlere kendi hususî menfaatleri için devlet mümessillerinin yardımını teklif eder; bu takdirde ve prensip itibariyle kaideler mecburî bir mahiyet arzetmezler.

Bu suretle mukavelenin memnu olup olmadığını kanunda işaret etmeye lüzum kalmaksızın kaidelerin intizamı âmmeden olup olmadıklarını kolaylıkla tefrik etmek mümkündür. Gelecek yazımızda bu hususda mahkemeye düşen vazifenin neden ibaret olduğunu göreceğiz.

1/122

Me'hazlar:

Profesör — Georges Ripert'in «Cours de Droit Civil approfondi et comparé: Mufassal ve mukayeseli hukuku medeniye» si esas ittihaz edilerek şu eserlerden istifade edilmişdir:

Georges Ripert, «Le régime démocratique et le Droit Civil Moderne: Demokrat rejim ve muâsır hukuku medeniye», 1936.

«La Règle morale dans les obligations civiles: Medenî vecibelerde ahlâk kaidesi», 1935.

«L'ordre économique et la liberté contractuelle: İktisadî intizam ve mukavele serbestisi», 1935.

Henri Capitant, «L'introduction à l'étude du Droit Civil: Hukuku medeniye etüdüne medhal».

Planiol ve Ripert, «Traité pratique de Droit Civil: Amelî Hukuku Medeniye».

Demogue, «Traité des Obligations: Borçlar Hukuku„

Josserand, «La relativité des droits: Hakların nisbîliği»

Tissier ve Glasson, «Traité de Procédure Civile: Usulü muhakematı Hukukiye»

Pillet, «Droit international privée: Hukuku hususiyei düvel»

Bartin, » « » » « »

Pr.Sıddık Sami, «İhtilâfı kavanine dair esasat ve mevzuatı hukukiye», İstanbul Baro Mecmuası, Sayı, 2, Sah. 83.

Avukat Hamdi Halim, «İntizamı âmme ve âdabı umumiye.» İstanbul Baro Mecmuası, Sayı 3, Sah. 129.

Marmion, «Les lois d'ordre public en droit civil interne: Dahilî hukuku medeniyede intizamı âmme kanunları» (Doktora tezi, Paris 1929)

Marcelle Clays-Lienhart, «L'ordre public: İntizamı âmme» (Doktara tezi, Lyon 1934).

Lienhard, «Le role et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et en droit international: Dahilî hukuku hususiye ve hukuku düvelde intizamı âmmenin rolü ve kıymeti» (Doktora tezi, Lyon 1934)

1178

No: 101

Tarihin seyri içinde mülkiyetin tekâmül safhaları

Kollektif mülkiyetten ferdi mülkiyete ve ferdî mülkiyetten kollektif mülkiyete

Türkceye çeviren:
Dr. H. Cahit OĞUZOĞLU
Ankara Hukuk Fakültesi
Profesörlerinden

İsviçrenin Freiburg Üniversitesi hukuk fakültesi profesörü Dr. H. Lögra tarafından 20-Mayıs-1938 de Ankara Hukuk fakültesinde verilen konferans.

Bay dekan, Bay profesörler, Bayanlar ve Baylar;

Ankara hukuk fakültesi benim için yabancı bir muhit değildir: Hocalarının mühim bir kısmı İsviçre ve bilhassa Freiburg'da okudular, hatta onun organizatörlerinden biri derslerimi takip etti ve aramızda geçen tahsil anlarını hiç bir zaman hatırlamaktan geri kalmadı. Bu güzel dinleyici kültesiyle bu gün çevrilmiş olduğumu görmekle tedrîsatımın heba olmadığından derin bir sürur duymaktayım. Talebelerimin talebeleri! huzurunuzda bu gün büyük bir heyecanla söz alırken yüksek alâkanıza teşekkürü bir vazife bilirim.

Bugün büyük değişikliklere maruz kalmakta olan mülkiyet asırlar içindeki umumî tekâmül seyrine nazarları çekmektedir. Roma mülkiyetinin klasik tarifini hatırlarsınız, (Plena in re potestas [1] (Ferdin, sahibinin şey üzerindeki mutlak kudret ve hâkiyimetidir; sadece istimal ve istifade salâhiyeti değil, ayni zamanda istihlâk, devir ve ferağ ve hatta tahrip salâhiyetleridir) (Uti frui abuti).

Napolyon kodunun 544 üncü maddesi Roma hukukunun tercümesinden başka bir şey değildir: «en mutlak bir şekilde şeyden istifade ve şeyde tasarruf salâhiyetidir.»

İsviçre kod sivili 641 inci maddesinde buna bazı tahditler vaz eyliyor (Bir şeye malik olan kimse, o şeyde kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkını haizdir.) 1912, yani bir devir başlangıcındayız. Napolyon kodu mülkiyetin mutlak tarifine bazı tahdidat ilâve ediyordu «Kanunlar ve nizamnamelerce memnu olan bir tarzda şeyi istimal eylememek kaydıyle» [2]

[1] Inst. 2, 4, D.E Usufructu, 4,

[2] Roma gayri menkul mülkiyeti verğiye tabi tutulmamış idi. İmparatorluğun külfetlerini peregrenler ve fethedilen memleketler taşımakta idiler.

1179

Kayıtsız ve şartsız bir mülkiyet hakkı devletin mevcudiyetiyle gayri kabili telif olurdu. Zira vergi bile malikin mutlak hakkına bir tahdittir. Lâkin bu tahditler mümkün mertebe nadir olması ve kanun tarafından açık surette vaz edilmesi gerekli sayılan tahditlerdi. Fransız inkilâbından çıkan cemiyet hemen, hemen mutlak olan ferdî mülkiyetin tunç kayasına dayanır. Ferdî mülkiyet ve sırf tarafların muhtar iradesinin zatî eseri olan akit 19 uncu asırda kürrei arzı feth eden kapitalizmin iki aletidir. Kürrei arzda vahdetin tamam olması manasında bu gün bu fütühat nihayete ermiştir. Her iktisadî veya siyasî hareket dünyanın her tarafında bir aksi tesir husule getirmektedir. Fakat muhtelif menfaatlerdan terekküp eden bütün bu münasebetler üzerinde her hareketin husule getirdiği bilcümle tesir ve neticeleri evvelden görmek imkânsızlığı ve ferdî iştihaların nihayetsiz egoizme doğru şiddetlenmesi korkunç iztiraplara meydan verdi ve müthiş bir reaksiyon husule getirdi. İztirap çeken kütle, akit serbestisinden ve kontrolsuz mülkiyetten istifade ederek dünyanın kralı olmak istiyenlerin bu vaziyetlerine nihayet vermek yollarını araştırıyorlar.—Felâket, ferdî zengin ve egoist vasfı ile takip ederken umumiyetle müstakil ve hür düşünen şahısları ezmekde kendini gösteriyor.—19 uncu asır hukukçuları akit sahasında olduğu gibi mülkiyet sahasında fasıla verilecek enstitüsyonun en tam ve kat'î şeklini bulduklarına kanidirler. Mazinin lüzumsuz olan kısımlarından temizlenerek Roma hukukundaki mahiyetiyle ferdî mülkiyet ebedî bir iktisap şeklinde tekrar tesis edilmişdi. Ona dokunmak memnu idi, bununla beraber bu gün! hakikatta mülkiyet zaman içinde Endividüalizm ve kollektivizim kutupları arasında büyük bir helezonî kavis çiziyor. Bu kutuplardan birine verdiği veya pek ziyade yaklaşdığı zaman diğerine yaklaşmak için ondan uzaklaşmağa başlar. İnsan kendi kendine verdiği iztiraplar önünden daima kaçar. Kollektif kutuptan itibaren Roma hukukunda ferdî mülkiyete tekaddüm eden uzun bir tekâmül safhası vardır; kezalik orta çağdaki mülkiyet şekillerinden başlayarak Fransız inkilâbı tarafından yeniden tesisi tedrici bir tekâmülün eseridir. Şimdi size bunu göstermeğe ve ikinci bir kısımda da mülkiyetin halihazırını tesbit ve tayine çalışacağım. Böylece on dokuzuncu asrın ikinci nısfından itibaren mülkiyet telâkkîsinin ne kadar değişmiş Communautaire ve kollektif kutba doğru ne kadar uzun bir yol kat edilmiş olduğunu da göreceğiz. Rus komünizmi ile marksist kollektivizmini bir tarafa bırakıyurum. Ben burada hukukçuları lâtince düşünen milletlerin hazırladıkları hukuktan tam ve hakikî manasiyle Avrupa hukukundan bahs edeceğim.

1180

I

Klâsik devrinden evvelki devirlerde kollektif mülkiyet

Roma hukuk şinaslarının, Ulpien, Papinien, Gaius'ların ferdî mülkiyetin kökünü çok farklı bir rejimde bulur. Roma devleti Akdeniz dünyasını silâhla kendisine tâbi kıldıktan sonra ferdî mülkiyet bu mıntakaları iktisaden feth eden ferdî teşebbüsün bir karşılığı idi. Eski Romanın ilk devirlerinde mülkiyet sahibi Domus'tur. Yani aile şefi, baba ve çocuklarıdır. Babanın ölümünde oğul kendi kendinin mirasçısdır. (Heres suus), bu, babası henüz hayatta iken onun da mülkiyet sahibi olduğunu ifade eder. Âile şefinin yani babanın ölümü oğula hakların istimalini iktisap ettirirdi. Oğul, babası hayatta iken de bu haklara sahip idi. Bunları babasının kanını taşımakla iktisap etmiş bulunuyordu. Baba ancak sahih surette yapılan bir vasiyetnamedeki sarih bir kayıtla oğulunu mirastan mahrum edebilirdi. Bu vasiyetname çok eski devirlerde ancak pontiflerin başkanlığı altında toplanan bir halk meclisi kararı şeklinde ve ilâhlarla istişareden sonra tanzim olunabilirdi. Buna Calatis comitiis vasiyetnamesi denilir. Ailenin mameleki ferdin tasarrufuna terk edilmemişti. Mülkiyetin intikalindeki normal nizamı değiştirmek için bütün halk ve ilâhlar müdahale etmelidirler. Küçüklerin ve sui juris kadınların vasisi bu devirlerde en yakın agna dır, yani, küçüklerin erkek tarafından en yakın hısımlarıdır. Bu vasi küçüğün malları üzerinde de aynen kendi malları üzerindeki tasarruf haklarına malikti. Vesayeti tarihi; vasinin keyfî hareketine karşı küçükleri himaye ve siyanete matuf tedbirlerin ve vasinin hesap vermek mecburiyetinin prötörler tarafından yavaş, yavaş nasıl idhal edildiğini bize gösterir. [1] Romada vasi, bu günkü hukuk telâkkisinde olduğu gibi yalnız kanunen kendisine verilen salâhiyetlere malik bir vekil değildi, vasi ailenin bir üyesidir. Bu sıfatla aileye ait bütün mallar üzerinde haklara ve salâhiyetlere sahip bulunuyordu. Kanun vasiye salâhiyetler bahş etmemiş bilâkis yavaş, yavaş onun mevcut haklarını tahdit eylemiştir, öyleki nihayet bunlar kanun tarafından verilmiş salâhiyetler mahiyetini almışdı. Bu telâkki canlılığını o derece muhafaza eyledi ki Napolyon

[1] Eski Roma medenî hukuku vasiye karşı le crimen suspecti tutoris ve Rationibus distrahandis davalarından başka vasıta tanımıyordu. Bu davalardan birincisi ile bir müsrif mahcur vaziyetine konularak mallarını idare hakkından mahrum edilebileceği gibi ehliyeti haiz olmayan veya sui hal sahibi olan bir agna da küçüğün şahsı ve malları üzerinde haiz olduğu haklardan mahrum edilebilir. Rationibus distrahandis davası vasinin ihtilâslarını cezalandırıyordu. Bu nevi efal yabancı bir şahıs tarafından başkasının mameleki üzerinde ika edilmiş olsaydı Furti davasının ikamesi lâzım gelecekti.

Girard Manuel de droit romain—7 ed. 1924— p. 224 ve 226.

118

koduna göre vasi kanunen men edilmiş olmadıkça serbestçe her tasarrufta bulunabilir.

Bu, pek eski Romada Domus'un ve hakkında pek az malûmatımız olan bizzat Klânin, Jensin fertten çok fazla mülkiyet hakkının hakikî süjeleri olduğunu bize göstermektedir. Bundan maada kanunî mirascılık (Succession abi intesta) bu günkü hukukta bu aile mülkiyetinin bir hatırası ve bilhassa bazı kanunî mirasçıların mahfuz hisseleri bu nevi mülkiyetin son bir tezahürüdür. Jermenler kendilerile birlikte bir kollektif mülkiyet telâkkisi getirdiler. Klâsik Roma hukuk jermenlerin kollektif mülkiyetinden çıkan müesseselere karşı bunları tahrip için bir silah olarak kullanıldı. Müsadere 13 üncü asırdan Fransız inkilâbına kadar devam etti.

Burada gayri menkul mülkiyetinden bahs ediliyor, zira ilk iktisadî devirlerde menkuller pek ehemmiyetli telâkki edilmeyordu. Jermenlerde arazi kollektif mülkiyete tabi idi.

Halk veya halktan bir grup yüzlerce mülkiyet hakkına sahip bulunuyordu. Her yıl grup şefi kabili zer araziyi aileler arasında taksim ediyordu. Bu beşinci asırdaki istilâlardan evvelki vaziyettir. [1] İsviçrede dahil olmak üzere kültürü ve dili bakımından Alman olan memleketlerde bu rejim bu güne kadar pek derin izler bırakmıştır. Bir çok mıntıkalarda köylüler bütün orta çağ zarfında kollektif mülkiyet rejiminde kaldılar. Ev ve bahçesi aileye aitti, ekilmiş arazı daimi surette aileler elinde kalıyordu. Bununla beraber grubun bütün arazi üzerinde müşterek mulkiyete rakabeti sarfa şeklinde devam ediyor ve bu da muhtelif neticeler tevlit eyliyordu:

1 — Bir aile evini grup meclisinin reyini almaksızın devir ve ferağ edemezdi.

2 — Ziraatte münavebe, hasad ve zer tarihi ilânları meclis tarafından tesbit edilirdi.

3 — Hasattan sonra herkes hayvanatını otlatmak için her tarlaya salabilirdi.

(Hâli mera hakkı ve buradan tarlalar etrafını kapatmak yasağı)

4 — Gruba ait olan tabii meralar ormanlar, sulak yerler, göller, derelerin ilâahırı ne suretle kullanılacağını grup meclisi tayin ederdi.

Alplarda bu köylü gruplarından bazıları İsviçre kantonlarına istihale ettiler. Bu köy grupları İngiliz hürriyetlerinin inkişafında büyük bir rol oynamıştır. Kollektif mülkiyet lâtin dili konuşan memleketlerde orta çağda mevcudiyetini muhafaza edemedi yahut ancak ikinci derecede bir rol oynayabildi. Büyük malikâneler Fiyef haline geldiler, buna mukabil aile mülkiyeti orta çağda cari olan mülkiyet şeklidir. Menkuller (toprak ve irat senedi sermayesi) aileye yani ayni kandan gelenlere aittir. Hayatta olanlar

[1] Planiol et Ripert; Manuel élementaire de droit civil—10. ed. 1925 tome I. p. 593 No. 1851.

1182

muayyen bir anda hakları istimal ve malları idareye salâhiyetlidirler. Lâkin ölülere karşı olduğu kadar gelecek nesillere de hesap vermekle mükelleftirler. Usulden aldıkları patrimuvanı aynen fuıuğa nakletmeğe mecburdurlar. Bunları artırmak mükellefiyeti yoktur; zira servet yapmak fikri ferdiyetçi kapitalizm devirlerinin hususiyetini, karakteristik vasfını teşkil eder.

Lâkin bu patrimuvan onların elinde asla azalamaz [1]. Binnetice bunları devir ve ferağ eylemek memnuiyeti ortaya çıkıyor. Mezardaki ölülerle gelecek nesillerin reyi birleşmedikçe böyle bir devir ve ferağ huzurla yapılamazdı, fevkalâde zaruret mevcut olduğu takdirde hayatta olan hısımların kâffesinin rızalarını almak şartiyle devir ve ferağ mümkündü ve bu rıza muhakkak lâzımdı. [2] Bilfıl böyle bir devir ve ferağ; malik borç için haps edildiği takdirde mümkün ve mevzu bahs olabilirdi. Borçlar gayri menkullere müracaat imkânını vermezdi, ancak menkuller ve borçlunun maddî ve fizik varlığı haczedilebilirdi. Hısımlarını gayri menkul satışına razı edebilmek için borçlu hapsedilirdi. (Romadaki manüs enjeksiyo yani manevi bir tazyik neticesinde borçlu üyesini ölüme mahkûmiyetten veya esir olarak satılmaktan kurtarmak için jensi borcu ödemeye icbar gayesiyle yapılan pazar yerindeki teşhir usuliyle mukayese ediniz.)

Rejim feodaldeki meratip silsilesini de buna ilâve ediniz! hemen, arazinin kâffesi muayyen bir harp hizmeti veya bir vergi mükellefiyeti mukabilinde bir senyörden alınmakta idi. Rakabenin kendisine aidiyeti dolayısiyle senyör malik vaziyetinde olduğu gibi, vasal veya vergi ile mükellef olan da arazide bilfiil tasarruf, intifa ve istimal salâhiyetlerine irsen sahip olduğundan o da bir nevi malik vaziyetindedir. Lâkin umumiyetle devir ve ferağ edebilmek için senyörün müsaadesini istihsal etmek ve bu müsaadenin karşılığını vermek mecburiyetindedir. [3] Vassalla metbuu arasında olduğu gibi ta krala kadar devam eden bir meratip silsilesi mevcuttur. Kral bütün krallık arazisinin maliki sayılıyordu: 14 üncü Lüi fransası ve hatta daha 19 uncu asırda İngiltere! Mahlûl kalan terekenin kral tarafından iktisabı, emlâk ve arazi vergisi ve her nevi müdahaleler bu suretle

[1] E. Chénon, Histoire générale du Droit francais public et privé 1926—T. I. b No. 165.

H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, 1. BD. 2. Aufl. 1906—S. 84 FF.

[2] E. Huber, System und Geschichte des schweizerischen Rechts, IV. BD. 1893 § 122, S. 261 FF. 150, S. 691 FF.

Hans Napholz, Geschichte der Schweiz-- BD. I—1932 S. 107 FF.

H. Legras, Grundriss der schweizeriechen Rechtsgeschichte 1933, S· 61—71.

[3] Chénon, op. cit.T. I No. 167

Brissaud. Cours d'histoire générale du Droit français public et pirivé, 1904—t. 1 p. 462—465 et t. IIp. 1521.

1183

meşru gösteriliyordu. [1] Bu rejim şehirlerde ticarî ve sınaî kapitalizmin inkişafı ve menkul mülkiyetinin artması neticesinde zayıflamağa yüz tutdu, yeni mülkiyet ve servet şeklini tanzim etmek için Roma hukukundan istifade edildi. Roma klâsik hukuku kapitalizmin mahsulüdür ve 13 üncü asır dan itibaren dünyaya hâkim olmaya başlayan müterekki kapitalizmin tekrar teessüsüne hizmet etti. Lâkin eski rejim fransız inkilâbına kadar mevcudiyetini muhafazada devam eyledi. Hatta orta çağın haczi ve ferağı kabil olmayan mülkiyet şekli fideicomis [2] yolu ile ve sun'î bir surette asîl aileler lehine ihya edilmek istenildi. Teşekkül etmek üzere olan yeni ekonomik nizam tarafından bel edilmelerine, borçlarının yükü altında erimelerine mani olacak ve bu suretle kendi varlıklarını muhafazayı temin edecek çare ve imkânlar 16, 17, 18 inci asır saray asılzadelerine bahş edildi. Almanyada bu neviden olan son fideicomisler ancak Hohenzollern imparatorluğuyle birlikte ortadan kalktılar.

II

Yeni kollektif şekillere doğru giden mülkiyet

Feodal rejim mazinin malidır ve bu gün bizi o rejime yaklaştıran hiç bir şey yoktur. Eski aile müşterek mülkiyetî ortadan kalktı, son izleri, miras rejimi gittikçe zayıflamaktadır. Mirasa ehliyet derecesinin tahdidi ve miras iktisabı için ödenmesi icap eden vergilerin gittikce yükselmesi sözlerimize delil teşkil etmektedir. Meselâ Fransada: Napolyon kodunun 755 inci maddesini tadil eden 31 ilk kânun 1917 tarihli kanun mirasa ehliyet derecesini 12 inciden 6 ıncıya endirmiştir. 1912 tarihli İsviçre kod sivlinde kanunî mirascılık derecesi büyük ana ve babaların fruğu ile tahdit edilmiştir. Fransada miras vergisi dördüncü derecede mirasçı olanların alacağı mirasın hemen, hemen yarısına tekabül eylemektedir. [3]

Aile haklarının bu suretle zayıflamış olması ferd ve ferdî mülkiyet lehine olmayıp devlet lehinedir. Başka bir devirde köylü mecilislerinin ve halk gruplarının yaptığı gibi devlet mülkiyeti tahdit ve istimalini dirije etmek için müdahale eden bir teşekküldür. Malik hemen, hemen mutlak olan bir hakka artık sahip telâkki edilmekte lâkin devlet ferdî mülkiyetin mevcudiyetini kabul ettiği nisbette malik devletin bir murahhası sayılmaktadır. Mülkiyet artık bir hak değil lâkin içtimaî bir vazifedir. [4] kanunen himaya edilen sübjektif haklar mevcut olmayıp devlet tarafından mevdu bir

[1] Brissaud, op. cit. T.IIp. 1186 FF. et 1462;—Chénon, op.cit.T. II No. 394.
[2] Chénen,op.cit.T.II. 374p. 168—170; Brissaud, op.cit.T.I p. 719
[3] Chenon, op. cit.T.II.371 p. 153 Et No. 424 p. 386;
Brissaud. oq. cit.T·I p.734 et 779 note 4 .
[4] Brissaud, Op.cit. ,T.II p, 1618 FF.

1184

takım içtimaî vazifeler vardır. Ferdî kanunlar yerine muhtelif içtimaî toplulukların teşkilât ve münasebetlerini tanzim eden bir takım kanunlar ikamesi yoluna gidilmektedir. Bu yeni mülkiyet telâkkisi menşeini kısmen kaldırılmaksızın inkilâpcı hareketinde bulmakta ve Rusyada en son tahakkuk şekline varmış bulunmaktadır. Lâkin biz bu hukukî fikir ve telâkkinin Avrupadaki tahakkuk ve ceryan şekillerini tetkik edeceğiz. Bununla hukukî fikir mantığının 19 uncu asır telâkki ve kanun metinlerine zıt olan bir telâkkiye nasıl vardığını çok iyi bir surette görmekteyiz. — Halbuki bu kanunlar hâlâ bu gün merî olmakta berdevamdırlar.

1 — Mülkiyet hakîkatta hiç bir zaman klâsik tariflerin irae ettiği şekilde mutlak olmamıştır. Daima sübjektif haklara muayyen bir tahdit kabul eylemek ve suiistimal edildikleri takdirde bunun neticelerini durdurmak zaruret hissedildi. Mülkiyet hakkına vaz edilen bu tahditler neticesinde tatbîkatta bir çok yeni hal suretleri ortaya çıkmıştır.

2 — Bizzat mülkiyet hakkının mahiyeti, iktisadî hayatta iktisap eylemiş olduğu şekil dolayısiyle derinden derine değişmiş bulunuyor.

1) Jüstinyen ve napolyon devirlerinin mutlak mülkiyet telâkkisi dahi zamanlarında bazı tahditlerle karşılaşmıştır.

Klâsik Roma hukukunda sırf gayri menkul mülkiyetine münhasır ve her memlekette kabulü zarurî bulunan bir takım kanunî tahditler mevcuttu. Şehir plânına mugayir inşaatta bulunmak memnuiyeti, muayyen bir irtifaın fevkinde inşaatta bulunmak memnuiyeti, arazi arasında geçit birakma mecburiyeti vesaire gibi [1].

Devlet menfaati mevzu bahs olduğu takdirde Roma Majıstrasının imperyumu [2] istimlâk salâhiyetini de ihtiva ediyordu. Eski devirlerde vatandaşlar devlete karşı hukuka sahip değildi. Ezcümle imparator Antonen kölelerine zalimane ve pek fena muamele eden esir sahiplerinin bunlar üzerindeki mülkiyetini ref etmiştir; Antonen enstütülerdeki reskirptasında (zira kendine ait bir şeyi fena kullanma devleti alâkadar eder, devlet için ehemmiyeti haizdir diyor «Erpedit Rei pullicae, nequis re sua male utatur» bu ifade modern drijismin (dirigisme moderne) bütün müdahelelerini doğru göstermeğe kâfi gelebilecekti. Hukukcuların prensip itibariyle ferdî haklara bir hudut tanımadığı Romada bunun neticeleri pek mahdut ve ehemmiyetten arî kalmıştır.

Dijeste, Gayyusa göre: «hakkını istimal eden şahıs haksız surette hareket etmiş sayılmaz» [3] =Nullus videtur dolo facere, qui suo fure utıtur. Anglosakson memleketleri hukuku, günümüze kadar bu prensibe sadık

[1] Josserand, Cours de Droit civil positif français, t.III, (1930) p.424—425

[2] L. Duguit, Les transformations générales du Droit privé depuis le code Napoléon—1912.p,20—21.

[3] Girard, Manuel de Droit Romain; 7.ed. (1924) p.267—269.

1185

kalmıştır [1] bununla beraber jüstinyen devrinde devletin müdahalesinin garip bir tatbik şekline tesadüf etmekteyiz: bir şahıs arazisini ekmediği takdirde devlet tarafından elinden alınabilecektir. Mutlak ferdî mülkiyet prensibine muhalif olan bundan daha fazla bir entervansiyonizm tasavvur edilemez. [2] Bunlar romanist doktirinlerin teşekkülünde fazla bir rolü olmayan metinler olmakla beraber çok enteresandırlar zira mantıkî prensiplerin müfrit neticelerini durdurmak için pratiğin şekli müdahalesini göstermektedirler. Münhaninin diğer kutbunda mutlak komünist doktirinin ferdî ihtiyaçlar ve ferdî mülkiyet lehine olmak üzere ne gibi imtiyazlar kabul etmek mecburiyetinde kaldığını Rus hadisatı bize kâfi derecede göstermektedir. Bu gün bütün mahakim [3] mülkiyet hakkının tahdidine dair olan bu esası kabul eylemektedirler.

2 — Mülkiyet esasında ve mahiyetinde derinden derine değişmiştir. Bir çok hallerde gayri şahsî bir şekil iktisap eylemiştir. Mahiyeti icabı olarak taallûk eylediği fertle sıkı rabıta ve münasebeti kalmamağa başlamıştır. Bizzat içinde oturan malikle ev arasında, bizzat tesis ve sevkü idare ettiği ticarethane veya fabrika ile müessis arasında, bizzat çiftci ile çalıştığı arazî parçası arasında vasıtasız ve sıkı bir rabıta ve münasebet mevcuttur. Bu hallerde mülkiyetle taallûk ettiği şey arasında öyle sıkı bir rabıta ve münasebet mevcuttur ki, Roma hukukşinaslarının fikrine göre mülkiyet şey'in bizzat kendisidir. Roma hukukşinaslarına göre mülkiyet bir hak, gayri cismani bir şeniyet, ruhî bir mefhum olmayıp şey'in bizzat kendisidir. Mülkiyet davasının adı res vindicatio'dır. Uzun zaman zilyetlik romalılara göre maddi eşya üzerindeki mülkiyet hakkının istimaline taallûk eden bir kudret şeklinde anlaşıldı. Bir araziye, bir ticarethaneye, bir fabrikaya sahip olan burjuva Napolyon devrinde ve ondan üç çeyrek asır sonra dahi mülkiyet haklarını hâlâ bu manada anlıyorlardı. Arazinin veya küçük bir dükkânın sahipleri de ayni hissi taşımaktadırlar, fakat bu gün dünyayı sevk ve idare eden bunlar değildir. 1804 de bunlar her şeydi. Bu gün bunlar bir sınıftır. [4]

Rusyadaki büyük felâket uçurumlarına Avrupanın bu güne kadar sürüklenmesine mani olmak hususunda hakikatan ehemmiyeti haiz bir sınıf . .

O halde mülkiyet büyük iş yapanların ve dünyanın iktisadî hayatını sevk ve idare edenlerin elinde nasıl bir mahiyet aldı? muhtelif şirketlerde

[1] Cicero, De officiis 3, 16: Code de Justinien, 8, 12, 9.

[2] Gaius au Digeste 50,17,55. Cf .dans le même sens: Paul D. 50, 17, 151 .Ulpien D.8,2,29 (droit de boucher les fenêtres d'un voisin en construisant); Ulpien D.39,2, 26 (droit de couper l'ecoulement d'une source).

[3] E. lambert et Brown, la lutte judiciaire du capital et du travail organisès aux Etats—Unis. (Lyon 1924).

[4] Di jesteki bir metne göre Gayus işletilmesi ihmâl edilen araziyi zapt edenin fiili haksız bir fiil değildir diyor. İsviçre kod sivili hakların hududu olduğu prensibini vaz ve bu hndut geçildigi takdirde hakkın suiistimal edilecegini kabul ediyor.

1186

şeriklerin hisselerini tevsik eden aksiom, obligasyon ve kıymetli evrak ve senedat paketleri şeklini almıştır. Tasarruf yapmağa muvaffak olan amele ve memurun mevcudu bir tasarruf karnesi şeklini almaktadır. Artık hiç kimse bizatihi objektif bir kıymeti haiz bir madenle, altın veya gümüş bir sikke ile alacağını kabzetmekten mütevellit bir tatmine mazhar olamıyor. Evvelleri bu madenî paralarla tediye imkânı mevcut iken bundan alacaklı için hususi bir tatmin neticesi de tevellüt ediyordu. Zira bu madeni sikkelerin bu vasfı ile haiz olduğu rolden müstakil olarak bunları başka bir şey içinde kullanmak imkânı vardı ve bunlar zevki bediiyi okşuyordu. Bu gün zenginler de fakirler gibi ancak kâğıt görüyor ve kâğıda sahip oluyorlar, onlarla şey arasında umumiyetle bir kollektivite yer almaktadır. Bilfiil fabrikanın makinalarını gören ve bunları işletenler bunlar üzerinde herhangi bir hakka sahip olmayan müstahdemler, ücretliler ve mühendislerdir. Mülkiyet ekseriyetle büyük bir miktara baliğ olan evrak ve senedat şeklinde göze çarpmaktadır.

Aksiyonlardan terekküp eden bir anonim şirketten istihsal vasıtalarına elini koyan devlete kadar mevcut teşekküller arasındaki fark nekadar şe'ni olursa olsun asâpta ve kanda kendisini his ettirecek kadar vazih bir fark değildir. Araziye sahip köylüden tarlası, küçük bir atölye sahibinden atölyesi alınmak istendiği taktirde bunları terk etmektense intiharı tercih ederler. Fakat devlet hisseli maden şirketinin veya şimendüfer kumpayasının yerine kaim olduğu takdirde aksiyonerlerin devlet tarafından tap ettirilecek olan bonolarla kolayca tatmin edilebilmeleri imkânı mevcuttur; bu bonolar aksiyonerlere aksiyonlarının temin edeceği menfaati temin edebilir. Bu vaziyet halin icapların abağlı olan bir meseledir. Mülkiyet, mülkiyetin sembolleri arkasında kayıp oluyor, yalnız mülkiyetin sembolleri üzerinde muamele yapmak mecburiyeti bunların ifade ettiği hakikî ve şe'ni mananın yavaş yavaş ortadan kalkmasını intaç etti.

Netice: — Devletin hudutsuz mutlakiyeti — diğer grupların ve bilhassa ailenin maşeri mülkiyeti ferdiyetçi devirle tahrip edilmiş oldu. İtalyada olduğu gibi bazan devletin vücuda getirdiği korporasyonlar bizzat devletin hususi hizmet ve faaliyetinden başka bir şey değildir. (umumiyetle orta çağda da böyle idi) Ferdi mülkiyet zayıfladıkça şahıs devletin mutlâk kudretine mukavemetten aciz bir hale gelmektedir. Fertlerin hukuku gittikçe daha sıkı tahditlere maruz kalmakta ve bunlara karşı kolaylıkla hakkın sui istimalinden bahs edilmektedir. Fertlerin mülkiyetine tasarruf etmek bakımından devletin haiz olduğu hukuk hiç bir hudut tanımamaktadır: Enfilâsyon ve devalüasyonlar servet devletin bizzat yedi tasarrufunda bulunan işaret ve sembollerden ibaret olduğu anlarda ferdî servetin doğrudan doğruya müsaderesinden başka bir şey değildir. Borcunu tediyeyi kabaca red etmek, camit kırediler; bütün döviz mevzuatı malikin malı

1187

üzerinde dilediği gibi tasarruf etmek haklarına vaz edilmiş tahditten başka bir şey değildir. İthalât ve ihracat memnuiyeti de bu zaviyeden tetkik ve müşahede edilebilir. Jermanik devirde halk gurubu veya centaine arazi üzerinde ne şekilde tasarrufta bulunuyor idise bu günde devlet teşekkülü tek başına servetin hakikî sahip ve maliki olmak yolunu tutmuştur. Bu manada denilebilirki hususi hukuk umumileşiyor. Şimdiye kadar görülmemiş bir derecede bütün hukukî münasebet ve alâkalar devlete tabi olmaktadırlar. Communautaire manada mülkiyetin tekâmülü bizi nereye götürecektir? bunu evvelden görmek imkânsızdır. Fakat, kendisinin ve düşüncesinin sürüklenip gitmekte olduğu istikamet ve cihet hakkında her hukukçunun kati bir fikre sahip olması yerindedir.

Her devirde hukuku yapanlar insanlardır. Binaenaleyh içimizden her biri muayyen bir nisbet dahilinde müesseselerin değişmesini sür'atlendirmeye yahut geciktirmeğe yardım edebilir. Bertaraf edilmesi imkânsız olan manileri azaltabilecek sureti haller bularak müesseselerin terakki ve inkişafına hizmet edebileceği gibi iktisadî hayat icaplarının talep ettiği müesselerin zuhur ve takviyesini de tecil edebilir.

Tarih hayata daha adilâne bir ceryan vermek için, hakkı istemesini bilmeği ve içtinabı muhal görülenle sebebini bilerek mücadele etmeği öğretir.

1188

No : 102

Vefata Sebebiyet İşleri [*]

Ölümü tâcil etmek.—İhtilâtlı Davalar ve Adlî Tıb.

ÖN SÖZ

Konferans Veren: *B. Dr. Saim Ali DİLEMRE*
Erzurum mebusu, İstanbul Hukuk Fakültesi Profesörlerinden

Ankarada Hukuk Bilgilerini Yayım Cemiyeti Başkanı arkadaşımız Refik Şevket İnce bizden bir konferans istemişti. O aralık Millet Meclisinde bir vefata sebebiyet davasının vardiği neticeler münakaşa ediliyordu. Bu davanın esası şöyle idi:

Samsun civarında küçük bir yerde bir küçük sıhhiye memuru dört yaşında bir çocuğa kinin komprimesi yuttururken çocuk almak istememiş, haykırmış, tepinmiş sıhhiye memuru çocuğu yere yatırmış, komprimeyi ağzına koymuş ve bunun üzerine su içirmek istemiş, gürültü esnasında komprime hançereye kaçmış, çocuk ölmüş. Otopsi yapılmış, komprime hava borusunun içinde bulunmuş asfikziyadan öldüğüne dair asârı dahiliye ve hariciye dahi görülmesile çocuğun bu türlü ilâç vermek yüzünden doğan bir asfikziyadan öldüğüne rapor verilmiş. Bu vak'a tam bir vefata sebebiyet vehatayı tıbbî vak'ası addedilerek muhakemede (*ilâcın şiddetle lüzumu çocuğun sıtmadan ölmek tehlikesinde olduğu, o aralık başka vasıta olmadığı, bazan bu türlü ilâç vermekle kaza zuhur etmediği, vesaire, vesaire...*) Muhaffif sebeblerden addedilerek küçük sıhhiye memurunun vefata sebebiyet cezası çok kısaltılmış, fakat bu hatasının affedileceği Tıbbı Adlî meclisince ihtisas kararı haricinde olarak, yani bir kararı meslekî sayılmamak suretile beyan edilmiş olmakla mahkûmun bu vicdanî karara istinad ederek, affı için Millet Meclisine müracaat etmesi üzerine gerek Adliye ve Sıhhiye encümenlerinden ve gerek heyeti umumiyede epice uzun fikir müdavelesine yol açılmış oldu.

Ölen çocukta (allerji) denilen ve çok defa ölümüne kadar götüren hali mahsus mevcud olduğuna hiç şüphe yoktur. Müzmin sıtmalı ve nükslü ve ateşli çocuğun *(allerji-allergie)* hali hançeresinde teşennücü, bel'umun harekâtında imtizamsızlığı hazırlamış olduğuna dahi şüphe yoktur. Aynı

[*] Bu konferans 9-Nisan-938 de Ankara Halkevinde verilmiştir.

1129

zamanda bir küçük sıhhiye memurunun böyle şeyleri bilemeyeceğine dahi şüphe yoktur.

Bundan başka bu memurların ifayı vazife halinde muttasıl bu gibi mahkûmiyetleri düşünmeleri hem iyi hem fena olduğundan yalnız bu seferlik af cihetine gidildi.

İşte tam bu münakaşalar esnasında arkadaşım Refik Şevket İnce benden (Hukuk Bilgilerini Yayım Kurumu) için konferans istiyordu. Kendilerine bu mevzu üzerine, yani *(vefata sebebiyet işlerinde muaccillik ve bu işlerde ceza tatbiki)* üzerine bir konferansın faydalı olacağını söyledim. 9-Nisan-938 de Halk Evinde verilen bu fennî müsahabenin neşri istenildiğinden konferansdaki muhtıramı bir az daha tevsi ederek kuruma takdim ettim.

Bu bahis ve bu mevzu adlî tıbbın en karışık ve güç yerlerinden biridir. Bu yolda ne kadar tafsilâtlı yazılar yazılsa faydalı olacağı meydandadır. Adlî tıbda vefata sebebiyet müşahedeleri, nevileri ne kadar güzel tesbit edilirse o kadar istifadeli olur. Adlî tıb derslerimizde en önemli saatlarımız bu meselelere bağlı olan hâdiselerin tafsilâtile geçer. Bu meseleler çok dağınık olduğundan onlara mümkün olduğu kadar (*didactique*) bir şekil vermek istedim. Kifayetsizlikleri meydanda ise de gene bazı taksimata ihtiyaç vardır. İlmî meseleleri taksim etmek hiç bir zaman pürüzsüz bir gayeye varamaz. Bu taksimat mümkün mertebe kıvraklık elde etmek için yapılır. Bu noktanın göz önünde tutulmasını rica ederim.

TAKSİM

Vefata sebebiyet işleri adlî tıbda üç büyük hâdise cümlesile ihtilât ederler:

(1) — Hatayı Tıbbîler, doktorların ihmâl ve teseyyübleri.

(2) — Bir hastalık dolayısile cebrü şiddete tahammül edememek.

(3) — Anadan doğma mukavemeti hayatiye noksanı.

Bu kadro dahilinde (vefata sebebiyet işlerini takib edebilmek ve bir az kavramak) mümkün olur.

HATAYI TIBBİ VE HATAYI MESLEKÎLERDEN DOĞAN VEFATA SEBEBİYET

Tıbbî meslek hatalarının türlü türlü olacağı ve onları burada saymağa imkân olmadığı malûmdur. Burada hedef ve maksat bunların (adlî tatabiat), (hükmî kıymet) leridir. Onları adlî bakımdan incelemek lâzımdır.

Bir hâkim için bu hataları ikiye ayırmak ve meseleyi basitleştirmek lâzımdır. Adlî kıymetce bu hataları (sarih hatayı tıbbîler) ve (münakaşalı hatayı tıbbîler) diye ikiye ayırıyoruz ve hukuk tedrisatında çok faydalı buluyoruz.

1190

(Sarih hatayı tıbbîler), meselâ *(bir lôhusayı çocuğu doğurur doğurmaz tabibin terketmesi ve muktedir olduğu halde bir daha semtine uğramaması ve doğumu müteakib önüne geçilebilir bir ihlilât dolayısiyle kadının ölmesi* sarih bir hatayı tıbbîdir. Bu türlü sarih hatalar mahkemece sabit olunca böyle bir davanın halli kolay olur. Mahkemece mütehassıslardan yapılacak istinabeler bu türlü hataları kolay meydana kor. Hâkim, doktorların, meslek gayretile dahi olsa bir arkadaşı kurtarmak için ciddî bir fikir dermeyan edemediklerini görebilmesi büyük bir maharete muhtaç değildir.

Bu tabiatta olan davalarda hukukcu fazla bir sıkıntıya maruz kalmaz.

(MÜNAKAŞALI HATAYI TIBBİLER): Maalesef münakaşalı olan hatayı tıbbîlerin açtığı ceza işleri, diyebilirim ki hukuk bilgisinin en dikenli, en sıkıcı, bu büyük îctimaî bilginin en zaif kaldığı tatbikat sahasıdır.

Burada hâkim tamamile mütehassıslar elindedir. Bu mütehassıslar büyük ilmî behre sahibi olabilirler. Fakat bu nisbette adlî, hukukî görgü ve terbiyeleri ya vardır ya yaktur. Bu hâl pek tabiîdir. Bundan maada fikrine müracaat edilen mütehassıs tabib aynı zamanda hukukcu ve içtimaiyatcı dahî olsa her hangi bir hâdisenin fennen kolayca izah edilemeyeceği meydandadır.

Hekimlikte bir çok mühim meseleler halledilmiş olmaktan uzaktır. Tesadüfe bağlı ve münakaşa götürür işlerimiz pek çoktur. Meselâ, karnından mecruh bir adamın derhal ameliyat edilmesi lâzımdır. Fakat evvelâ cerhanın şekli nedir, mahiyeti nedir, derecesi nedir, cerhi müteakib ahvali umumiyesi ne merkezdedir? Bu şeyleri açık surette tesbit etmek, bahusus doğru tesbit etmek vicdanî hareket etmek lâzım gelir.

Meselâ ekseriya (*Peritonite*) başlamış olur. Böyle bir vak'ada mecruh yüzde doksan beş mahkûm demektir. Böyle bir mecruha ameliyat yapmak ve prituvan boşluğunu tefcir etmek ve içerdeki yaraları dikmek, pek zaif bir şansla o adamı kurtarabilir. (Peritonite) başlamamışsa mutlaka bu ameliyat yapılmalıdır. Mahkeme için (Peritonite) başlamış mı, başlamamış mı? bunu tesbit etmek ve meseleyi sarih ihmal ve teseyyübe kadar vardırmak lâzım geldiği vakıt bu ince noktayı hangi vesikaya dayanarak yapabiliriz?. Bu vesikaların sağlamlığı ekseriya bizi şüpheye düşürür.

Böyle bir meselede zaman ve mekânın müdahalesi olur. Vesaitin ademi mevcudiyeti olur, mütehassısların bir arızası olur, mahkemeyi sıkacak ve davanın dosyalarını kabartacak bin türlü hâdiseler olur.

Buna yakın olmak üzere, *meselâ kolundan veya bacağından, her hangi gayri mühlek bir yerinden mecruh olan bir şahsa yapılacak müdahaleyi tıbbiye neden ibarettir? Bu iş basit bir mesele olmaktan çok uzaktır.* Bu gibi yaralar çok defa haricen basit bir tedavi ile iyi olurlar, fakat bazan da mikroblanırlar. Bu mikroblar o şahsın kanından gelebildiği gibi, hariçten gelmiş dahi olabilirler. Büyük harbten sonra *bütün bu*

zararsız yaraların ameliyat yaparak tedavi edilmesi lâzım geldiğine dair bir çok âsar neşredildi, yani bu gün kolda, bacakta her hangi bir kurşun veya biçak yarasının açılması lâzımdır, derler, mecruhu bayıltmak, kurşun veya biçağın seyrettiği (mesir) denilen cerha kanalını meydana çıkararak *bu kanalın etrafından dairevî olarak yarım santim et çıkarmak* lâzımdır, derler, ve bu ameliyata (Excérèse) denir. Yeni mütehassıslara bakılırsa *(cerhten sonra 8 saat zarfında bu ameliyat tatbik edilecek olursa hariçten intan imkânı tamamiyle ortadan kalkmış olur ve bu ameliyattan sonra gene intan zuhur ederse mikroblar kandan ve bağırsaktan gelmiş olabilirler, ve bu suretle tedavi noksanı artık adlî tıbca mevzuubahis olmamalıdır). O halde kolundan veya bacağından vurulmuş olubta 8 saattan aşağı bir zaman zarfında bir hastahaneye veya bir operatöre müracaat etmiş olan bir mecruha bu ameliyat yapılmazsa ve o adam intan zuhuriyle ölürse mahkeme cerraha ve hastaheneye bir kabahat, bir (NOKSANI TEDAVÎ YÜZÜNDEN VEFATA SEBEBİYET) gibi hukuku umumiye davası açabilmesi iktiza eder.*

Mantık bunu âmirdir.

Velâkin bu güne kadar böyle yaralara bir tentürdiyot sürüp üzerini sardıktan sonra binlerce mecruhun dahi kurtulduğu görülmüştür.

Siz hâkim olsanız böyle bir davada ne yaparsınız? Burada carih bütün mânasiyle katil muamelesi görmeden evvel, ne düşünmekle, ne de her hangi bir maddeye istinaden,ne tabibi müdavi için ve ne de carih için, bütün fennî mevzuatı, tıbben ve hukukan derhatır edebildiğiniz halde dahi, beşerî malûmatın kifayetsizliği altında kalmakdan kurtulamazsınız. Kim ne dersedesin, verilecek hükümler gayetle indî olur, olmağa mahkûmdur.

Çünkü insaniyet bu nisbette terakkî edememiştir, edeceğinden de şüpheliyiz. Anlattığım hâdisede mecruhlara aynı zamanda (*Serum*) lar tatbik etmek veya etmemek de neticeyi hükmen değiştirmez. Vefat vukuunda hükümler gene indiyattan ibaret kalırlar.

Bir diğer güçlük misali: *Doğumdan sonra (rahim tegallüfü,) (rahimde son parçası kalması) vesaire... yeni bir vakıa kadınların ölümünü mucib olduğu zaman bu vakalarda hekimin müdahale tarzı kat'î bir surette tesbit edilmemiştir. Hekimler rahmin içerisine el sokulmalımı sokulmamalı mı? diye iki kampa ayrılırlar.* Bu suretle kat'î *bir teşhis yapmak için el sokmanın iyiliği veya fenalığı, fayda veya zararları ilimde adam akıllı tesbit edilmemiştir.* Hekimlik bu haldedir. Ona tâbi olacak mahkemeler de elbette o halde olur.

*
* *

Münakaşa doğuran hatayı tıbbilerin sonu gelmez. Hayat bilgisinin ve

1192

hekimliğin durmadan ilerlemesi vefata sebebiyet işlerinde daima müessir alacak her türlü yeni yeni kanunî vaziyetlerin meydana gelmesine sebeb olur. Bu işin sonu yoktur. Burada hukuk bilgisi hekimlikle el ele yürür. Bu beraberliğin kaideleri olmalıdır. Aradaki meslek ahengini tanzim için adlî tıb bilgisi icad edilmiştir. Hâkimler tabibi adlîlerle temas etmeği severler. Diğer etibba ne kadar malûmatlı olsa ayrıca adlî tıbta ihtisasları olmayınca verecekleri kararların içinden çıkmak güç olur. Çünkü fennî münakaşalar ceza kanunlarının tatbikine yardım etmekten daha ziyade onu iğlâk ederler. Hâkimin kanaatı vicdaniyesini kanuna uyacak bir şekilde hazırlamak lâzımdır. İlmî ve fennidir diye ağzına geleni söylemek doğru olmaz. Hekimler hâkimlere yardım ederken adlî bakımdan yetişmiş olmazlarsa söylediklerinin madelete tatbiki bin türlü müşkülâtın zuhuruna sebeb olur. Çünkü burada ilim ve fen bir tarafta, ceza kanunları mecmuası bir tarafta; ondan sonra malûmatı fenniye ve medenî kanun maddeleri ile beraber onların yanında bir üçüncü içtimaî büyük mesele vardır ki oda (madelet) meselesidir. *Kanun ve madelet aynı şey olmadığı gibi fen ve madelet dahi aynı şey değildir. Kanunun tatbikatı en çok beşeriyetin korunmasını göz önünde tutar. Efrada o kadar şefkat ve merhameti yoktur. Olmaması icab eder. Madelet ise birbirine uymayan bin türlü ruhî ve maddî hâdiseleri ayıklamak ve vicdanen temize çıkarmak ister.*

Bu dediklerimin izahı için bir misâl daha söleyeyim, kanun ve madeletin ve hekimlik bilgisinin bütün çapraşık noktalarını tebarüz ettirmek isterim.

Hekimlikte ve adlî tıbbın ölüm bahsinde korkunç bir mesele vardır: (*Embolie*) meselesi . . .

Yani, en güç ameliyatı cerrahiye temiz yapılır ve muvaffakiyetle biter. Bir kaç saat sonra akciğerlerde bu (amboli) denilen ihtilât zuhur eder ve hastalar ölür. Bu ihtilât zuhur ettiği zaman şimdiye kadar kimsenin kurtulduğu görülememiştir. Hastaların amboliden öldüğü teşhis edildikten sonra şimdiye kadar tıbbî ve meslekî bir kusur ve ihmâl ve teseyyüp mevzuubahs olmamıştır. Burada böyledir, Avrupada dahi böyledir. Bu ihtilât ekseriya karın ameliyatı, bilhassa rahim ameliyatı akabinde olur. Şimdiye kadar bu hâdisenin zuhuru şöyle izah olunurdu: (karın ahşası üzerine ameliyat esnasında kanı durdurmak için sağda solda bir çok mesarika ve perituvan veridleri üzerine pensler konur, dikişler konur, bu yerlerde hasıl olan pıhtılar bilâhare deverana girerler, akciğer damarlarına varırlar ve orada büyürler, akciğerlerin büyük veridlerini tıkarlar, bu suretle göğüs deveranı, yani küçük deveran kapatılmış olur ve hasta asfikziyadan ölür. Şu suretle bu hâdisnin zuhurunda hekimlikce bir sun'u taksirin tesiri mevzuubahis olamz. Hastanın talii böyle imiş, çaresi olmayan, hiç bir suretle içtinap edilemeyen bir hâdisedir)

1193

deyip geçerdik. Elyevm birçok doktorlar hâlâ bu fikirdedir.

Halbuki yirmi beş senedenberi bu akciğer ambolileri meselesi ve umumiyetle kanın neden pıhtılar yaptığı meselesi üzerine çok derin incelemeler yapılmıştır.

Evvelâ bu bıhtıların pens konulan ve dikiş konulan yerlerden gelmediği anlaşıldı. *Bu pıhtılar bacak veridlerinden gelirler, yani butlardaki karakan damarlarından (veridi fahzî) gelirler.*

Bu pıhtılar, yani akciğer damarlarını tıkayan pıhtılar yakından tetkik edildi. Bunlar akciğerlerin ortasında, büyük veridler içerisinden bozmadan çıkarılır, güzel fethi meyit yapılır, usulü dairesinde tetkik edilirse bu pıhtıların kendi üzerine bükülmüş 30,40,50 santim boyunda bir helezondan ibaret oldukları görülür. Bu helezonlar sıcak suda gevşetildikte but veridi, yani (veridi fahzî) boyundadır.

Evvelâ bu anlaşıldı.

Ondan sonra damarlar dahilinde kan pıhtılaşması, yani (Fibrinogène) çoğalması bir hastalıktır.

Bu ambolilerin hasıl olması için, yani bu pıhtıların teşekkül etmesi için bir kan hastalığının mevcud olması lâzımdır. Bu hale umumî emraz bilgisinde (Hyperinose) denir. Bu hiperinoz, yani kanda fibrin çoğalması muayyen şartlara tabidir. Bu şartların en mühimmi mikrob toksinlerile kanın zehirlenmesidir. İmdi cerahatlı rahim hastalıkları, cerahatlı karın boşluğu hastalıkları bu hali hazırlarlar. Bu hal bütün cerahatlı hastalıklarda olursa da karın boşluğu ahşasının ve bilhassa perituvan boşluğunun cerahatlanmalarında hem çabuk olur, hem birden kitlevî şekilde olur, yani bu sebsis hali (kanın zehirlenmesi ve toksinlenmesi) mübalağalî bir surette teessüs eder ve yerleşir.

Ohalde karın boşluğunun cerahatlı hastalıklarından ve ateşli ve (intanı dem) vakalarında kanda pıhtılar yapmağa büyük bir istidad hasıl olur.

Bu şeyle beraber bir mühim mesele daha gelir, buna inzimam eder. Buda (*yürek yorgunluğu - bataati kalbiye*) dir. Bu ikinci mesele üzerine bir üçüncü mühim mesele *daha inzimam eder, ameliyatın uzun sürmesi keyfiyeti ve çok klorform vermek.*

Demek oluyor ki. akciğer ambolilerinin hakikî sebebleri, (1) intanidem, (2) bataati kalbiye ve bu yürek yorgunluğunu husule getiren klorform ve ameliyetin haddinden fazla uzun sürmesidir. Meydana çıkan hakikat şudur ki, bataati kalbiyenin önüne geçilse, yani ameliyattan sonra yapılan kalbe kuvvet verici şiringalarımızı evvelden yapmış olsak, eğer bu ameliyeti mümkün mertebe çabuk yapsak, eğer kan pıhtılaşmasına mani olacak şiringalar yapsak, yani kandaki toksinleri düşürecek serumlar şiringa etsek, ve yani intanı deme sebeb olan mikrobun tabiatini tayin edip aşılarını veya serumlarını versek, ondan sonra bu ameliyatı

1196

yapsak, ve eğer ameliyat esnasında bacaklarda kanın yığılmasına manî olsak ve bacakları bir parça yüksek tutarak ve ısıtarak mekanik tedbirler alsak bu akciğer ambolileri hasıl olmaması lâzım gelir. Serumlar, çabuk ameliyat ve kalbe kuvvet verici şiringaların evvelden yapılması gibi tedbirlerin bizi bu amboli belâsından kurtarması icab eder. Bu malûmat genel patoloji mütehssısları ve büyük profesörler tarafından meydana çıkarıldı. Onları dinleyen operatörler seriiyatlarında bu vukuatın azaldığını gördüler.

İmdi, ameliyattan evvel bu gibi tedbirlere müracaat etmek ve hastalar bu amboli bakımından ayrıca tetkik etmek hastaneler için çok lâzım ve bir takım fedakârlıkların icrasını, büyük masraflar yapılmasını mucibtir. Hastanelerde büyük labaratuvarlar kurmak, biyoloji tetkikleri yapmak için âlet, edevattan maadâ ancak bu şeylerle meşgul olabilecek bir çok değerli mütehassıslar bulundurmak icab eder.

Operatörlere kabahat bulmadan evvel bu gibi teşkilât ve tesisatı vücuda getirmek lâzımdır. Velâkin, mantıkan, insaniyeti tehdid eden böyle bir fenalığın önüne geçmek madem ki mümkündür hukuk bilgisi bakımından böyle bir şeyi göstermemek (ihmâl ve teseyyüp) sayılmaz mı? yani bir amboli ölümü vakasında saydığım tedbirler yapılmadığından operatöre kabahat bulmak lâzım gelmez mi?

Ve bununla beraber, hiç olmazsa operatörün ilmen kabul ettiği bu amboli sebeblerinin ortadan kaldırılması için vesaite malik olmadığını söylemesi icab etmez mi?

Veyahud böyle bir hâdisenin elindeki hususî vakada meydana gelebileceğini söylemesi ve evvelden bildirmesi lâzım galmez mi?

Ve dahi, bu amboliyi önlemek için lâzım gelen muayyen tedbirlerin şu kısmını yapabildik, bu kısmını yapamadık, sebebi de şudur, budur demesi ve yaptığını tesbit etmesi lâzım değil midir?

Şu anlattığım ve epice uzun süren mühim misâl (vefata sebebiyet) vakalarında hâkim ve tabibi adlî için ne kadar enteresandır. Böyle bir dava açılabilir mi, açılamaz mı? Bence fen bakımından cevap müsbettir, yani açılmalı, açılabilmeli. Hukuk nazariyesi bunu âmirdir.

Fakat hukuk tatbikatı bakımından ve genel sosyoloji bakımından böyle bir dava açabilmek için çok zaman lâzımdır.

Bir kere hekimleri, operatörleri bu kadar mes'uliyet altına sokmak doğru mudur?

İcabı fennî böyledir, diyerek bir iki dava ile onları korkutup ve yıldırıp hastaları müdavaatsız, müdavaat ve hekimliği tereddüd içerisinde bırakmak doğru mudur?

Ve saniyen her türlü tedabire rağmen amboli olabilir, yahud bütün biyolojik ve hazırlayıcı sebebler mevcud iken zuhur etmediği çok vakidir.

1195

Haklı dahi olsa böyle bir davayı açmaktan ben korkarım. Çünkü bu güzel tıp malûmatının daha uzun müddet hukuk tatbikatında yer bulabilmesine imkân yoktur ve böyle bir şeyi davalarda esas tutmak cemiyetin aleyhine olur.

(Vefata sebebiyet) meselesinin cezadaki tatbikatı için (Empirique) hareket etmenin faydalarını ve tıb ve hukuk kitablarında onların yazdıkları prensiplere münkad olmanın doğuracakları mâşerî mahzurları göstermeğe bu amboli meselesi güzel bir misâldir. Daha bunun gibi nice misâller bulabiliriz.

*
* *

Bir hastalık dolayısile cebrü şiddete tahammül edememek

Mahkemelerde tabibi adlî için ve hâkimin kendisi için (vefata sebebiyet) vakalarının cezaya tatbiki meselesi (bir hastalık dolayısiyle cebrü şiddete tahammül edememek yüzünden ölüm) den ibaret olduğu zaman takip edilecek yol, bundan evvelki meselelerde olduğu gibi çok karanlık değildir.

Bu tabiatta olan davalarda dahi güçlükler vardır. Fakat bu güçlükler aşılması kabil olmayan güçlükler değildir. Elverir ki tabibi adlînin emraz malûmatı kâfi gelsin. Yapacağı fethi meyitte bulduğu hastalıklar vakayiin yüzde (95) inde mahkemeleri tenvir etmeğe kâfi gelmektedir. Tabibi adlî olmayan yerlerde diğer etibba bu ameliyeyi yaparlar ve bu teşhisi korlar, yani fethi meyitle ölümü hazırlamış olan hastalık meydana çıktıktan sonra bu hastalığın derecesi dahi (yani ne nisbette ilerlemiş olduğu) sarahaten zikrolunur. Bu vakalarda mahkemeye lüzum gösteren *cebrü şiddet derecesinin tayini* dahi tabiatile iyi tayin edilmiş olmalıdır. Bu (cebrü şiddet ve taaddi) nin kıymeti hukukan (*muaccillik*) ten ibarettir. Mahkemece ne nisbette muaccil olduğunu sarahaten tayini lâzımdır, ve bu iş hekime düşer. Müaccilliğin terazisi tamamile tabibin elindedir. (Az derece muaccil), (çok derece muaccil), (müessir surette muaccil) diyerek hâkime hiç olmazsa(üç derece) gösterilmelidir. Hâkim buna göre kanunun maddelerinin koyduğu cezaya hududlar biçer. Görülüyor ki burada ,iki şey vardır *muaccil olan cebrü şiddetin nev'i, mikdarı ve bu şeylerin karşısında hastalığın nev'i ve mikdarı.*

Bu nevi ceza tatbikatında hükmün bütün teması ve şumulleri ehli-hibre diye tayin edilmiş olan hekimlere yüklenmezse de hiç şüphe yok ki bu doktorların maddî ve manevî mesu'liyetleri çok büyük olur.

Ceza tatbikinde çok sıkıntıya maruz kalınmaz demiştim, böyledir. Fakat yukarda da ârzettiğimiz gibi fethi meyin yapılması ve onun iyi yapıl-

1196

mış olması en büyük şarttır. Bu meselelerde fethi meyitsiz hiç bir dava rüyet edilmez.

Farzedelim ki bu ameliye güzel yapıldı. Meselâ, kafasına vurulan bir adamın (nezfi dimağı) den öldüğü anlaşıldı. Adlî tıbca böyle bir vak'a ekseriya çok sarihtir. Şahsın sinni, damarlarının hali, kafa tası içindeki kan toplantısının yeri tesbit edilir. Kemiklerde bir şey var mı yok mu, kafa tası derisinde ne nisbette bir değişiklik vardır, yoksa hiçmi yoktur? Bütün bu şeylerin hekimlikce derecesi tayin olunur, tahkikat evrakiyle karşılaştırılır, (işbu şedidenin 1,2,3 üncü derecede ölümü muaccil) olduğu bildirilir, yahut (azıcık, orta derece, sarahaten muaccil) diye hadler konur ve her vakit oldukça iyi kararlar verilir.

Bazan bu kararlar hakikaten (riyazî) denecek derecede kıvrak olur. Meselâ bir insanın karnına tekme atmakla dalağı yırtılmaz, yani normal dalak böbrek kadar bir şeydir ve gayet mahfuzdur. Bu adamda sıtma, veren ve daha sair doktorlarca malûm bir hastalıktan dolayı dalak büyümesi (Splénomégalie) varsa o vakit bu uzuv şedidelerin fena tesirlerine kendi büyüklüğü nisbetinde maruz kalacağı tabiidir. Fethi meyitte az veya çok büyük olması, yumuşak veya sert olması tesbit olunur. Dalak nahiyesinde cebrü şiddetin eseri varsa var,yazılır;yoksa, tahkikat evrakı bize yardım eder. Haricen bir cebrü şiddet işi eserî gözükmeden dahi bu olabilir, deriz. Her hâlde şedidenin derecesi, hâdisenin sureti cereyanı ve otopsi bize ceza tatbikatı hakkında pek salim fikirler vermiş olur.

Böyle tekme, yumruk, boks, futbol . . . ilâ. vakalarında bağırsak yırtılması (karın tardidlerinin akibetleri adlî tıbta muayyen olduğundan) iyi tayın olunur. Bu hadiseler mide yaraları, bazı bağırsak hastalıkları, tifo, veremle ihtilât eder. Bu hastalıkları fethi meyitler güzelce bulup meydana koyar. Hastalık ve tardid eserleri ve tahkikat evrakı yardımı ile (muaccillik nisbeti) oldukça vazıh birsurette tesbit olunur.

Hulâsa, mahakimde bir hastalık dolayısiyle cebrü şiddete tahammül edememek ve ceza tatbikatında muaccillik tayininin pek o kadar müşkülatı mucip olmadığı adliye mensubini doktorlar için malûmdur.

Yalnız (Expertise) yapacak doktorların, adliyenin kendi doktoru olması çok faydalıdır. Bu davalarda otopsinin vaktile yapılmış olması her şeyden daha mühimdir. Bu muhtıranın bu kısmını bitirirken, yani davalarda vefata sebebiyet meselesi, cebrü şiddet vukuu ve bir esaslı hastalık mevcudiyeti olduğu zaman mahkemenin alacağı şekil hakkındaki tetkikat arasında (uzvî kalb hastalıklarından) hiç bahsetmedim. Çünkü lûzum görmedim. Sebebi de şudur ki bu uzvî kalp hastalıkları, yani (kalp dahâmeleri) vücuda getiren kalp hastalıkları ve (kalp adalesi hastalıkları) nın kâfesi kabili teşhistirler. Bunların hafif ve şedid olanları kabili tayindir. Tabibi adlî raporunda bu nisbetleri daima ve kemali dikkatle yazar, ve

1192

bunların derecesine göre taaddi ve şedidelerle karşılaştırarak hükümler çıkarmak kolay olur. Cebrü şiddetin eseri, böyle bir eser yoksa diğer nevî taaddilerin, yani heyecan ve ağız kavgaları gibi kalbi zayıflatan ahvalin adlî tahkikat evakından çıkarılacağı tabiidir. Bu kalp hastalıkları olduğu zaman klorforma tahammül edememek ayrı bir meseledir.

Bazan maddî asârı cebriye görülmeden dahi, ölüme sebeb olan hal bir (yumruk, itmek, kakmak, düşürmek, yuvarlamak ve saire) tahkikatı adliyeden çıkarılır.

Kardiyakların operasyonlara dayanamaması, evvelden muayeneyi tıbbiyeye tâbi tutulmamış olmaları sık sık davaları mucib olur. İbtidaî tedbi lerde kusur etmek hastanın halinde kendisini haberdar etmemek hatadır. Bu kusurlar (muaccillik) kadrosuna girer. Fakat bu neviden vefata sebebiyet vakaları çok tekerrür etmiştir; etibba ve mahkemeler lâzım gelen münakaşayı her vakit yapabilirler, bu davalardan çıkacak müşkülâtı bütün doktorlar bilirler, mahkemelere yardımları olur. Bundan maada cerrahî umumî kitablarında ve dersanelerde kalp hastalıkları ve klorform münakaşaları hatayı tıbbî davalarında tahlil bakımında adî bir mesele olmuştur. Hukuka da lâzım olan budur.

Tahlilleri kolay olmakla vefata sebebiyet işinin ehemmiyeti sakıt olmaz. Nefsî dava, gene mühimse, yani kusur aşikâr ise cezanın tatbikic iheti değişmeyeceğini söylemeğe hacet yoktur.

Vefata Sebebiyet Meselelerinde Anadan Doğma Mukavemetsizlıklerin Tesirleri

Anadan doğma mukavemetsizliklerin (vefata sebebiyet) işlerile karışması bu bahsin en şematetli yeridir.

En felâketli yeridir. İhkakı hak için bu çürüklükleri bulmak lâzımdı. Fakat bu anadan doğma olan bünyevî mukavemetsizlikler hekimliğin bazan en karanlık yeridir.

Bazı insanlar asabî olur, bazıları demevî, bazıları lenfavî olur, bazıları safravî. Bu taksimler Araplar, Yunanlılar, belki Mısırlar, Asurîler zamanından beri malûmdu.

Fakat bazı adamların ömürlerinin kısa olduğu, adeta anasından doğarken erken ölmeğe mahkûm bulunması eskilerce bilinmiyordu.

Bu gün böyle sakat bünyelerin taksimi üç, beş maddeden ibaret değildir. Bu gün (hayatı nebatî sinirleri) denilen ve burada maalesef yeri olmayan bir bahis vardır. Bu hayatı nebatî sinirleri *(Vago — sympatique)* denilen manzumeyi teşkil ederler. (*Sympatique*) denilen büyük âsabı, onunla beraber insanın yüreğini işleten ve bazan durdurabilen arkadaşı (*âsabı*

1198

rievî midevî vagus) yi artık çocuklar liselerde dahi okuyorlar. Bu bahiste hekimlikce birden bire ölümü mucib olacak bir çok karışık meseleler vardır. Bu manzume yüzünden bir adamın bünyesi ölüme karşı pek az müceh-hez olabilir. Bu manzumenin çıkardığı bozukluğa (*Vago — sympatisme*) ölümü denir. Bu adamların kalbi duruverir, damarları gevşeyiverir, bunlarda her hangi bir şedide karşısında damar gerginliği birden bire ortadan kalkar. Bu gerginlik normâl derecede bizde mevcud olmalıdır. Yoksa, düşük olduğu takdirde, veyahud birdenbire düştüğü takdirde kalb duruverir, bu hale had (Hypotension) la ölüm denir.

HAD HİPOTANSİYONLA ÖLÜM:

Vakalarının bir çoklarına eskiden (nehi asabî) ile ölüm derdik. Bu nehi asabî ile ölüm bu gün daha iyi ayrılmıştır. Maalesef çok defa iki şey birbiriyle karıştırılmaktadır.

Bahsinde bulunduğumuz tabirat morg raporlarına, mahkeme salonlarına henüz dahil olmadı. Fakat bütün hekimlikle beraber ilerleyen adlî tıb ve hukuk ve ceza tatbikatında bu (Vago — Sympatisme) yüzünden ölüm, ve bu ölümlerin cezada (muaccillik) işlerile ihtilâtı için bir az fennî olmak kâfidir, ve hukuk mesailinde yer bulması çok görülmemelidir.

Çünkü (Vago — Sempatizma) nın yaptığı karışıklıklar ve hastalıkların otopsilerde teşhisi artık büyük bir ustalık istemez. Mütehassıslarca malûmdur ki (VAGO — SEMPATİZM) denilen hastalıkların ancak cüz'i bir kısmı ölülerde muayene ile anlaşılmaz. Kısmı âzamı ya (*sürrenal hastalığı*), *yahud* (*gizli bir nefrit*), yahut (*safra kesesi hastalıkları*), yahud (*plevra ve perituvan iltisakları*), (*eski bağırsak tüberkülozları*), (*eski perikart hastalıkları*), (*yumurtalık istihaleleri*), (*dalak büyümeleri*), (*gizli kalmış urlar*), (*karaciğerde kistler*), (*masarika tüberkülozları*), (*bazı burun boğaz hastalıkları*), (*epinefrit karhaları*) ve üunların yoptığı iltisaklar, . ilâ yani Bir takım maddî hastalıklardır. Bunların hepsini otopsilerde bulmak, meydana çıkarmak her vakil mümkündür.

Bu (vago — sempatizma) lar bu sinirlerin idaresinde olan içimizdeki ahşanın maddî bozukluklarından başka hiç bir şey değildir. Pek nadiren otopsi yapan hekim bu şeylerden bir kaçını gözden kaçırabilir. *Fakat o vakitde bu hastalıkların çok hafif olması lazımdır. Ve bu hafif tagayyüratla cebrü şiddet ihtilât ettiği zaman, bu cebrü şiddetin şiddetli olması iktiza eder. Şöyle ki hastalığı bulamayınca cezanın tayininde sade ve yalnız cebrü şiddete yüklenmek ve faile bu maddenin âzami mikdar cezasını vermek haksızlık olmaz. Ve mantıkan ölümü izaheder ne böyle bir hastalık ve ne de ölümü mucip bir şedide eseri yoksa bu davayı red ile bitirmek ne insanlar ve ne de Allahın karşısında mucibi hicab ve düşnam olamaz.*

Anadan doğma mukavemetsizliklerin encamı (YÜREK DURMASI) ile biter.

1199

Zaten hayat yürek durmasile biter. Demek oluyor ki anadan doğma mukavemetsiz olanlar da ölümü izah için pratikman hep yüreğe gideceğiz. Esas hastalığın sebebi ne olursa olsun bütün ölümlerin nihaî sebebi (kalbinte vakkufu) dur. Bu bakımdan anadan doğma mukavemetsizliklerde acaba (YANLIZ KALBE MAHSUS BİR MUKAVEMETSİZLİK) mevzuubahs olabilir mi?

Mukavemetsizlik diyorum. Kalb hastalığı demiyorum. Hekimlikte kendi başına bir (KALB KUVVETSİZLİĞİ) var mıdır? Böyle bir hastalık varsa mevcud olduğu zaman artık (Vago—sempatizm) diye uzaklara koşmak doğru değildir.

Yukarda arzettiğim (birden tansiyon düşüklüğü) yapan ahşa hastalıklarının yani (vago—sempatik) manzume üzerine fena tesiri icra eden ahşa değişikliklerinden bir kaçını söyledim. Bu iş tabiî bu kadar değildir. Yalnız ölümün sebeblerini maddeten teşhis için hekim nerelere gitmeli, bunu anlatmak ve bir yol göstermek istedim.

(YÜREK MUKAVEMETSİZLİĞİ) ayrı bir vilâdî hastalıktır, ve adlî tıbta son derece mühim bir şeydir. Bu şahıslarda (vago—sempatik) manzumenin faaliyetini bozacak (yukarda dediğim *Polyserosite*, sürrenâl, dalak, karaciğer, rahim, yumurtalık hastalıkları vesaire gibi şeyler) asâr yoktur. Dikkat edilsin, sonradan kazanılmış bir kalb hastalığı da yoktur. *Bunlarda yalnız ve yalnız bir (yürek dermansızlığı) vardır ve bu vilâdidir.*

Adlî tıbta son derece mühim olan kalbin bu haline biz (DYSTROPHİE GARDİOVASDULAİRE) diyoruz. Bu şahısların bütün damarları ince olur, şah damarları ince olur, kalbin kendi damarları *(Coronaires)* ince olur, böbrekleri çocuk böbreği gibi hem bir az ufak hemde gene çocuklarınki gibi *fuslu* olur. *Bunların şah damarına ancak serçe parmağımızı sokabiliriz.* Bu mühim anadan doğma hastalık evvelâ meşhur (Morgani) tarafından bulunmuştur. Morganiden sonra bir çok meşhur hekimler bu vilâdî hastalığı kabul ve tasdik ettiler. Bu hastalar hasta da değildir, yüzlerinden, vücutlerından bir şey belli olmaz. Yalnız koşamazlar, çabuk nefes darlığı gelir, bazlarında (*ast-ma — dailbühür*) vardır. Bu hastalığa biz kısaca (VİLÂDÎ AVORT DARLIĞI) diyoruz.

Morgtaki hizmetimiz esnasında bu malûliyetin her vakit davalara yol açtığını gördük. Bunlar ameliyata, kloforma, ateşli hastalıklara mukavemet edemezler. Uzun uzadıya kavga, gürültü, yorgunluğa mukavemet edemezler. Böyle kadınlar çocuk doğururken ölürler, Bir kürtaj ameliyesine dayanamazlar Bunlar umumiyetle çok nazik adamlardır.

Bu (*avort darlığı*) nı bazı yeni kitablar, yeni müellifler kabul etmezler. Fakat bu bir alafrangalıktan ibarettir. Böyle uzun zamanların, uzun tecrübelerin meydana çıkardığı büyük hakikatleri devirmek kolay değildir. Size bir vaka anlatayım:

Bundan beş sene evvel bir Musevî vatandaşın fethi meytini yaptık. Bu adam yeni evlenmişl. Bir kaç haftalık karısiyle sıcak banyolara gitmiş, bir gün sabahtan akşama kadar sıcak sulara dalmış çıkmış, bol yemiş içmiş.

1200

Dönüşte karısiyle beraber vapura binmiş, vapurun üst katında ceblerini aramiş, sigara bulamamış. Tütün almak için vapurdan hızla inmiş, iskeleye kadar koşarak gitmiş, sigara almış gene koşarak gelmiş, vapurun üstüne çıkmış, karısına mülakî olmuş ve oracıkta bacanın dibinde, karısının ayaklarının üzerine düşüvermiş ve olmüş!. Bu mûsevinin fethi meytini yaptık. 170 santim boyunda, etli, canlı 27 yaşında bir adamdı. Otopside hiç bir yerinde bir şey bulamadık. Yalnız avort ancak şahadet parmağımın ucunu alabiliyordu. Yalnız kalb damarlarının ufak ve gayrı kâfi olduğunu gördük. Böbrekleri dediğim gibi idi. Kol ve bacak şiryanları gayet ince bulundu.

Bu vak'a çok vazıhtır.. Tıbkı bunun gibi dört vak'a daha gördük. Bunların birer bire burada tafsilâtla yazılmasına hacet yoktur. Yalnız bu şahısların mukavemetsizlikleri meydandadır. Cebrü şiddete tahammül edemezler ve cebrü şiddetin tabiatine göre (muaccillik) kadrosuna girerler. Bu mesele hakkında burada azacık tafsilât mermeğe mecbur kaldım. Çünkü mesele çok mühimdir.

Halli müşkül vefata sebebiyet vakalarında (viladî yürek zaafiyeti) kadar mühim mesele tanımıyorum.

Üç çocuk sahibi bir kadında kalb zaafiyeti eserleri görüldü. Bu kakadın bu arızadan dolayı dördüncü hamlinde çocuğunu aldırmak istedi.

Etibba rapor verdiler. Kadına kürtaj yapıldı. Bu kadın kürtaj esnasında masa üzerinde vefat etti. Fethi meytinde (Vilâdî kalb zaafiyeti ve avort darlığı) bulundu. Bu dava böyle halledildi.

Bu gibi eşhas bazen ufak zehirlenmelere dahi tahammül edemiyorlar. Bunlar morfin şiringaları, yahud kalbe bir az tesir yapan ilâclara da dayanamıyorlar; bunlar gıdaî zehirlemelere de dayanamıyorlar. Meselâ üç dört kişi aynı yemekten zahirlense üçü kurtulup bir tanesinin *sür'atle seyreden bir kalb hastalığına tutulduğu görülür*. Otopsi yapılınca böyle bir vilâdî avort darlığı, bütün şiryanların inceliği hayretle müşahede olunur.

Bilhassa şunun üzerinde ısrar eylemek isterim ki bu hastalığın derecesi vardır, yani vilâdı kalb zaafiyeti dahi derece derece olur. Bu nokta fevkal'ade de mühimdir. Bunların bu yüzden mukavemetleri dahi derece derece olacağından artık hekimin zekâsına göre mesele hâl olunur. Ölüme sebeb olan cebrü şiddet veya her hangi bir hadise kalbin bu halinin derecesine göre ölçülür. Vefata sebebiyet işlerinde kalbin halinden çok iyi anlamak lâzımdır. Yürekte olan türlü türlü vazife kiyafetsizliklerini tayin edemeyen ve ölçemeyen doktorlar adalete hizmet edemezler vesselâm...

Bahsinde bulunduğumuz bu son sınıftaki avarızın cebrü şiddete karşı yaptıkları mukavemetsizlikleri ölçmek ve dolayisiyle hukuk bilgisine yardım etmek, ceza işlerini bir dereceye kadar *standardize* etmek, bu asırda ve bu tarakkiyata göre halletmek mübrem bir iştir. *Her şeyden evvel asrî olmak lâzımdır. Cezanın tatbikatında modern bilgilere dayanmak hukuk ilminin en şanlı en güzül bir bahsidir.* Tabibi adliler çok iyi marazî teşrih ve çok iyi marazîi fizyoluji malûmatına sahip olmalıdırlar. Bu nısıf etibba âdeta *etibbanın çiçeği* olması lâzımdır. Ancak bu gibi yardımcılarla

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

madalet yapılır. Bu bahis hakkiyle tevsî edilse bizi çok uzaklara götürür. Bu konferanstan maksat vefata sebebiyet işlerinde ceza tatbikatının ana hatlarını göstermek ve hâkimler ve doktorlar için ufak bir kadro ile bu mühim meselenin tatbikî cihetlerini kolaylaştırmaktır. Tabiaten bir çok bilgilerle münasebeti olan istinabe işinin yalnız ölüme taallûk eden kısımları bizi alâkadar ettiğinden bu bahiste bir iki mühim meseleye daha temas ederek vazifemi bitirmek isterim.

Kalb durması, kalb hastalığı olmadan, bu uzuvda ne marazî, ne vilâdî hiç bir şey olmadan dahi vukua gelebilir. Bu noktaya yukarda temas eder gibi oldum, yani bir nebze (had hipotansiyon) dan bahsettim.

(Had hipotansiyon) damarların birden bire gevşemesine denir. Damarların birden bire gevşemesi yürekte birdenbire deverana lâzım gelen gerginliği sıfıra indirir. Her doktor bilir ki yaralılar kan kaybettikleri zaman bu ârıza dolayisiyle çabucak ölürler, yani kaybedilen kanın çokluğundan değil bu (hipotansiyon) dan ölürler. Eğer bir adam yavaş yavaş kan kaybetse, bir çok kan kaybettiği halde yürek durmaz ve insan yaşayabilir. Az miktarda fakat birden bire kan kaybetmek damarları gevşetir. Yürekte dahi tansiyon birdenbire düşer ve ölüm gelir.

Bu bahsı uzatmak bizi alâkadar etmez.

Burada bizi alâkadar eden şey bu (had tansiyon) düşmesinin böyle kan kaybetmekten değil başka sebeb erden olduğu zaman neye karar vereceğiz, onunla bir az meşgul olmaktır[1].

(Had hipotansiyon) kan hastalıklarında, had cihazı hazmî hastalıklarında olur. Dimağ ve sinir hastalıklarında olur. Bilhassa (sürrenâl) hastalıklarında olur. Sancılı (böbrek, safra taşı..) nöbetlerde olur.

Rahim urlarında görülür. Egzemalı, çıbanlı ve müzmin cild hastalığı olanlarda zuhur eder, küçük çocuklarda dahili bünye değişikliklerinde görülür.

(Had hipotansiyon) hekimlikte (Allergie) denilen hâllerde olur. (Allerji) de ölümlerin mekanizması bu (had hipotansiyon) dan başka bir şey değildir.

Pratikman bütün urlarda, tümörlü insanlarda, sıtma, müzmin tesemmümlerde damarların birden bire gevşemesine bir istidad vardır

Ölüm sebeblerini tayin ederken bu (hipotansiyon) meselesini bulup çıkarmak çok faydalı olur. Bu hadisenin sebebi olan uzvî tagayyürleri ekseriya bulabiliriz. Yukarda yazdığım maddî bozukluklar (küçük, büyük urlar, dalak muayeneleri, hazım borusu hastalıkları, karaciğer hastalıkları, böbrek ve sürrenâl hastalıkları, müzmin tesemmümlerin yaptığı değişiklikler, gizli cerahat mihrakları, beyin hastalıkları... vesaire) kadavralarda kabili teşhistir.

Yalnız bunların her hangi bir cebrü şiddetle beraber ölümü meydana getirdikleri zaman (muaccillik) nisbetinin tayini ve cezanın derecesine yol bulmak bazan hakikî güçlükleri mucib olur. Fakat ne kadar güçlükler mevcud olsa dahi gene hâkimlere (muhaffif sebebler) göstermek büyük bir hizmettir.

Bu (allerji) bundan evvel söylediğim (vagosempatizma) fenalıklariyle şiddetle münasebette olup iki şey bir gibidir. Bu bahiste iki noktanın meydana çıkarılması hakikaten güçtür. Bunlardan biri *(dahilî ifraz guddeleri)* nin nesci tagayyürlerini bulabilmek, ki pratikman imkânsız gibidir, ikincisi bunların arasında mümkün mertebe tetkiki kolay olan *(sürrenal)* guddesinin tetkikidir. Bu ikinci nokta, bu derin meselenin bir az berraklaştırılmasına yardım ettiğinden otopsilerde (sürrenâl) muayenesi ihmâl edilmemelidir. Halbuki etibba bu muayenelerde bu işi çok ihmâl ederler. *Halbuki dahilî ifraz guddelerinin fizyolojik durumlarını ölüler üzerinde tetkik ederek ölüm sebebini çıkartmak için ne kadar âciz bir vaziyetde bulunduğumuzu, ve fakat aynı zamanda bu guddelerin arasında tetkiki en kolay olan gene (sürrenâl) olduğunu kendileri de bilirler.* Böyle bir şeyi ihmâl etmek affedilmez bir hatadır. Dahilî ifraz durumunun ölüler üzerinde bozukluğunu gösterecek (guddeyi derekiye, hipofis, sürrenâl) den başka ele geçer bir şey yoktur. Pratikte en kolay şey sürrenâle bakmaktır. Bu guddenin (damar gerginlikleri) üzerindeki müsbet menfi tesirleri her hekime malûmdur. Binaenaleyh otopsilerde böbrekleri çıkarırken (sürrenâl) leri ihmâl etmek pek büyük bir noksan teşkil eder. *(Sürrenâl) in inceliği, tereddileri, büyüklüğü, küçükluğü, Reng,i mukavemeti, böbreğe olan yapışıklığı derecesi, mini mini urları, kireç bağlamaları, bazan hubeybatlı sarı toprak boya gibi olması, ve bilhassa nesçi içersindeki NEZİFLERİ (APOPLEXİE SURRÉNALİENNE) ölümü bir dakikada izah eder.* Hiç böyle şey ihmâl olunur mu? gerek büyük adamların, gerek çocukların otopsilerinde ölümü izah etmek için bu doktorlar sıkıştıkları zaman niçin (sürrenâl) lere bakmazlar?

ÖLÜMÜN OTOPSİLERDE ANLAŞILMASI EN GÜÇ OLAN SEBEBLERİ BU (GERGİNLİK OYUNLARI) DIR.

Uzun mesleki tatbikatımızda bir çok güçlüklere rast geldik. Ölümü izah için kaç defa bu sürrenâl imdadımıza yetişmiştir. Ucu ölüme varan anlaşılması müşkül bir çok bünyevî hastalıkların kökü bu sürrenâldedir. Ölümü izah için birden damar düşüklüğü olduğunu anlamak babında iki şey: (HAD TEVESÜÜ KALB), SÜRRENÂL İSTİHALESİ) EN MÜHİM İKI ÂRAZDIR. *Modern bir tabibi adlî bu gibi eşhasın ne kadar ölüme müheyya olduğunu derhal anlar. Bu gibi eşhasın mukavemetsilikleri, her gûna cebrü şiddete ve hastalıklara karşı zebun bir bünyede oldukları malûmdur. Olabilir ki cebrü şidddet hiç kabilinden bir şey olur. Davalara bin türlü tezvirat sokulmuş olur. Yok yere zehirden bahsederler, gûnagûn taaddiden bahsederler. İçinden çıkılmaz dosyalar hazırlanır. Etibbanın İhmal ve teseyyübü yüzünden (böyle mühim biyoloji ve pataloji meselelerinin pratikte ve Adliye işlerinde ukalâlık olacağını zannetmeleri yüzünden) ne kadar madelet yanlışlıkları hasıl olur.*

Eğer etibba mahkemelere bu nisbette yardım etseler ortaya çıkara-

1207

cakları münakaşaların memleket bilginleri arasında ne derin akisler yapacağını derhatır etmeleri icabeder.

Hele her gün mahkemeleri dolduran (*doğurtma hataları*), doğumda yanlışlık yüzünden vefata sebebiyet işlerinde (sürrenâl) denilen bu mühim uzvun neziflerinin ne kadar mühim bir âmil olduğunu bilmek lâzımdır. *Doğum ve halâs zamanında bu sürrenâl nezifleri kendi kendisine olur.* Doğumdan mütevellid zarurî asârı cebriye vardır. Bu asârı cebriye yeni doğanların ölümünü izah etmek için çok gayrı kâfidir. *Ancak (sürrenâl)e bakmakla ve bu (Sürrenâl) neziflerini bulmakla ölümü izah edebiliriz.*

Raporlar, dosyalar ufalır, mahkemeler kısalır ve bahusus doğru iş görmüş oluruz.

Onu unutmamalıdır ki *yeni doğanlarda bu (Sürrenâl) nezifleri bazan doğumdan 8—10 gün sonra ölümü mücip olur.* Mahkemelerde çocuğa şu yapılmış, bu yapılmış gibi bin türlü dedi kodular yapılır. Hâkim ne yapsın? Burada hâkimleri tenvir edecek veya dalalete düşürecek âmiller doktorların gözlerinin açık veya kapalı olmasından başka ne olabilir?

BİR MÜHİM MESELE DE ŞUDUR: BAZI BÖBREK ILTİHABLARI (SÜRRENÂL) İLTİHABİLE BERABER OLUR (NEPHRİTE. ÉPİNEPÉHHRİTE, BÖBREK İLTİHABI O KADAR MÜHİM OLMADIĞI HALDE (SÜRRENÂL) DEKİ İLTİHAP MÜHLİK OLUR VE O ŞAHSIN BÜYÜK MUKAVEMETSİZLİĞİNİ BÖBREKLE DEĞİL, (SÜRENÂL) MUAYENESİLE MEYDANA KORUZ.

Vefata sebebiyet meselelerinde cebrü şiddet, ameliyat ve her gûna haricî ve dahilî tedavi kusurları mevzuubahs olduğu zaman karşımıza çıkan oldukça kıvrak ve büyük münakaşa devirleri geçirmiş olan bir mesele de (TİMÜS) meselesidir.

(Timüs) lü adamların çok nazik oldukları, 80 senedenberi münakaşa mevzuu olmuştur. Morg müdürlüğüm zamanında (14) defa (timüs mevcudiyeti) ve (cebrü şiddet) ve (çabuk ölüm) tahkikatı vakası olmuştur. Bütün Avrupada (Timüs) münakaşaları oldu. Bu meselede ileri varan, hiç ehemmiyet vermeyen büyük âlimler vardır, yani *Timüs ölüme karşı istidad hasıl eder mi etmez mi?*) 80 senedenberi münakaşa olunur.

Biz hukukcu olalım, yani mantıkcı olalım:

ÖLÜMLE ALÂKASI OLAN BÖYLE BİR MESELE İLİMDE VAR MIDIR, YOK MUDUR? HUKUKCUYA LÂZIM OLAN BUDUR. HALLEDİLMİŞ MİDİR, HALLEDİLMEMİŞ MİDİR? O DEĞİLDİR.

YANİ MADEM Kİ HALLEDİLMEMİŞTİR ÂMMENİN ALEYHİNE HAREKET ETMEK LÂZIMDIR.

BU MESELE İSTEDİĞİ KADAR HALLEDİLMEMİŞ OLSUN, BU TEREDDÜD VE KEŞMEKEŞ BİR HUKUKCU NAZARINDA İHTİYATKÂR OLMAĞI ORTADAN KALDIRMAZ. MADEM Kİ HAL OLMAMIŞTIR, ÂMME LEHİNE BİZİM İHTİYATKÂR OLMAMIZ LÂZIMDIR.

ÇÜNKÜ HUKUK BİLGİSİ MANTIK VE HIFZISSIHHADAN BAŞKA BİR ŞEY DEĞİLDİR. Bu bilgi ve büyük meslek bütün içtimaiyatın *grameri* demek değil midir?

Bundan dolayı *(Timüs Malûliyeti)* denilen hâl bir ihtiyatsızlık yüzünden ölüme müncer olursa (bu mesele ilmen hâlledilmemiştir) demek ile yakayı kurtaramayız. Timüs en çok doktorların başına belâdır.

Vefata sebebiyet işlerinde bu timüs bahsine gelince hukukî münakaşasını önce yaptım; çünkü aslında, münakaşa edile edile bıkkınlık vermiş bir meeseledir. Mütehassıs arkadaşlarım dünya münakaşasına iştirâk ederler, hep fennî düşünürler, böyle bir ölüm hazırlayan malûliyet var mıdır, yok mudur? Hep bunu düşünürler.

Bilinmez ki hukukcular, başka türlü düşünürler, timüslü bir çocuk operasyon esnasında *(timüs kalbi Thymusherz) dolayısile, ölüverirse, hâkim doktora kendilerinin hangi taraftan olduğunu sormaz. Bu mesele münakaşalı olduğunu anlayınca ihtiyatsızlık yüzünden bizi mahkûm eder.*

Şimdi bu malûliyeti anlatayım: Doktorlarca malûmdur ki insanların ve birçok hayvahatın göğsünde, bizim iman tahtamızın altında bir gudde vardır. Dünyaya gelirken kacmi ve sıkleti muayyen ve teşrih kitabında yazılı olup bu konferensları rakkamlarla doldurmamak için istatistiklerinden bahsetmediğimiz bu büyük bez 6-7 yaşından sonra küçülür, koybolur. Bazı eşhasta küçülmez öyle kalır. Bazı eşhasta hem kalır hem de büyür. Mütehassıslarca kalması ve büyümesi ile beraber nescindeki bazı değişiklikler daimî bir zehirlenme husule getirir. *Timüsün zehirleri kalbe dokunur*, orada dahi değişiklikler yapar. Netice şudur ki böyle adamların kalbi her hangi bir cebrü şiddet veya bir ikinci hastalık tesirile (Fibrillation) denilen (ürperme) haline geçer. Hekimlikte *(yürek ürpermesi)* diye kusurlu bir tercüme ile ifade edilen bu hâl çok tehlikeli bir hâdisedir. Bazen bu hal çabucak geçer, bazen bir müddet devam eder geçer, bazen de mübalâğalı olur kalbin durmasile neticelenir. Bu adamların hastalıkları şamatalı olur. Böyle çocuklar bazen ufak grip, kızamık, bağırsak bozukluğu gibi hafif hastalıklardan ölüverirler. Tedavi eden doktorun belâya girmemesine imkân yoktur.

Fakat hekimlerin vaziyetlerinin kötülüğü asıl başka şeydendir: Timüslü çocuk veya adam suratından bellidir. Felâket buradadır; yani timüslü çocuk veya adam şöyle bir şahıstır:

Çocuksa tombul, derisi beyaz, kadife gibi yumuşak, yağları beyaz, kısa boyunlu, âdeta gerdansız, ekseriya başı kabak, yanakları egzemalı, uykusu bozuk, müteheyyiç olurlar. Çok defa tek çocuklu bir aileye mensuptur. Kendinden evvel doğanlar da ufak sebeplerden ölmüş olur. Bu çocukların anaları veya babalarından biri de aşağıda söyleyeceğimiz (Büyüklerde timüs) manzarasında olurlar, yani tabir mazur görülsün, (Timüs kaçkını) olurlar. Bu çocukların en ufak rahatsızlıklarda yüksük ateş gösterdikleri, nabızlarının derhal duyulmaz olduğu hatırda tutulmalıdır.

(BÜYÜKLERDE TİMÜS): Timüslü ve 12-13 yaşını geçmiş çocuklar uzun boylu olurlar, omuzları düz veya çıkık olur, boyunları dai-

1205

ma kısa olur, arkadan bakıldıkta başları omuzlarına boyunsuz olarak çakılmış gibidir. Bu boy uzunluğu bacaktandır, yani gövde kısa, bacaklar uzun olur. Umumiyetli tüysüz olurlar. 35 yaşına dahi gelse tüysüz, pek seyrek sakallı olurlar, Vücudları lenfavi olur. Uzun boylu bir kadına benzerler. Bu (timüs) lüleri uzaktan görseniz hemen tanıyabilirsiniz, yani vaktile (Enderun ağaları), (Ak ağalar) gibi olurlar. Bu tarif, bu kalıp ve kıyafet bizi aldatmaz, yani böyle bir hasta yüzünden mahkemeye düşen bir operatör (bir ameliyattan evvel opetatör, veyahud dahilen tedavi esnasında veya her ne suretle bu tipte bir adamla sıhhî münasebete giren doktor o şahsın hiç olmazsa timüslü olabileceğini söylemesi hem kendisi, hem de hastası için iyi olacağı unutulmayacaktır.)

Bu *(Timüs tipi)* insanda böyle sabit olduğu gibi, bilcümle hayvanatta dahi böyle bir ucûbelik vücude geldiği fennen sabittir. (Timüs) lüler bazen kazasız belâsız ihtiyarlayabilirler ve ölünceye kadar *uzun boylu bir kocakarı gibi* dolaşır durur, bazen geniş omuzlu ve yağlı olurlar. Bunların sesleri dahi kadın sesi gibi incedir. Fakat bazen ufak bir bahane ile ölürler. Bunlara ameliyat yapmak çok tehlikeli olur. Timüslülerin otopsilerinde 7-8 yerde sabit ve mühim tagayyürat vardır. Lenfa guddeleri büyük olur, boğazlarında dil kökündeki lenfa tomurcukları şişkin olur, kalbleri bir az büyük olur, dalakları daima bir az hüyük olur, bunlarda apandis uzun olur. En aşağı (10) santim boyunda apandisleri olur, bu şeylerden sonra göğüs kemiğinin altında (timüs) ün kendisi, (50) yaşında bile olsa, durur.

Genç doktorlardan bir talebem vardı. Ailesini dahi tanırdım. Bu aile mahallemizde otururdu. Genç doktor boylu boslu, tüysüz, gayet tüysüz, mavi gözlü, çok beyaz, gayet kısa boyunlu, uzun bacaklı, hulâsa (timik) olduğu belli idi. Bu delikanlının kendinden evvel valdesi on tane çocuğunu ufak yaşta kaybetmişti. Babası daha zayıf fakat aynı boyda ve aynı teşekkülâtı taşıyan çok seyrek sakallı bir ihtiyardı. Doktorun timüslü ve babasının dahi *(Timüs kaçkını)* olduğunnu hissetmiştim. Bu doktora bir gün bu şüphemi söyledim ve *(Evlâd sen timüslüsün, muntazam yaşa, kendini gözet)* dedim. Bu vçocuk iyi bir operatör oldu, büyük harp zuhur etti, bir müddet gözden kaybettim. Bir gün Paris'ten bir mektup aldım. Bana: (Hoca tahminin doğrudur, ben sana inanmamıştım, geçen gün bir omnibüs içersinde birden bire bayıldım. Kalbimden meraka düştüm. Profesör (Vakez) e gittim. Beni muayene etti, *elektro* muayenesi yaptı. Diyagramımı çıkardılar, bende *(Fibrillation)* varmış. Beni tedavi ettiler. Senin söylediklerini (Vakez) e anlattım. Cevaben (Timmüs) den midir, orasını bilmem, yalnız gayrı kabili izah buluyorum, dedi), diyordu.

Bundan sonra bu doktor hakkında malûmat alamadım, inşallah sağdır. İstanbulda (Timüs) yüzünden çıkan davâlar ve münakaşalar, her ne kadar çok faydalı ise de sizi haddinden fazla işgal etmek istemem.

Buradaki Hukukcu meslek arkadaşlarıma, gösterdikleri teveccüh ve nezaketten, usanmadan beni dinlediklerinden dolayı çok teşekkür ederim.

1206

Adliye Dergisine abone olma ve kitap satın alma şartları

I — Adliye dergisine abone olmak veya Adliye Vekâ[le]arafından bastırılan kitaplardan satın almak isteyenler

1. Vekâlet neşriyat müdürlüğüne bir mektup yazarak kitabın adını ve adreslerini bildirecekler ve kitap veya abone bedelini dört kuruş damga pulu parasile birlikte posta ile Vekâlet neşriyat müdürlüğüne göndereceklerdir. Veya:

2. Kitap veya abone bedelini bulundukları yer malsandığına yatıracaklar ve karşılığında alacakları basılatı müteferrika makbuzunu oturdukları yer C. Müddeiumumiliğine teslim ile istedikleri kitabın adını ve adreslerini bildireceklerdir.
C. Müddeiumumiliği teslim aldığı makbuzu ve istenilen kitabın adı ile alıcının adresini Adliye Vekâletine gönderecektir.

II — Kitaplar, ayrıca posta ücreti istenmeksizin Vekâlet [neş]riyat müdürlüğünden alıcının adresine gönderilecektir.

III — Adliye dergisi kapağında muntazaman gösterilmekte olan neşriyattan başkasını satın almak istiyenlerin, mevcudu [bu]lup olmadığını daha evvel Vekâlet neşriyat müdürlüğünden [sor]maları ve ona göre ısmarlamaları lâzımdır.

129

Adliye Dergisi

Perakende satışı 30, yıllık abonesi 300 kuruştur.

Adliye Vekâleti tarafından bastırılan ve satın alınan mevcudu bulunan kitapların isimleri, bedelleri aşağıda, tedariki yolu da kapağın içinde gösterilmiştir.

Eserin ismi	*Bedeli Kr.*
Avukatlık kanunu	50
Alman Ceza muhakemeleri usulü kanunu	175
Bağlamlar kanununu şerhi (H. Oser)	150
Borçlar kanunu şerhi (Fritz Funk'jun)	350
Bürüksel Konferansı ve zabıtları	75
Ceza kanunu (Haşiyeli : Kemal Bora)	200
Ceza kanunu üzerinde bir inceleme	75
Cezalı kanunlar ve bunları tatbik eden merciler üzerinde mülâhazalar	40
Ceza Muhakemeleri kanununun esbabı mucibesi	50
Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu üzerinde bazı izahlar	50
Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu alfabetik fihristi	75
C. Müddeiumumilikleri kalem talimatı	50
Cinaî ilmihaçer	40
Deniz ticareti kanunu	50
Hâkimler kanunu	50
Hukuku esasiyede yeni temayüller	75
Ceza Bakımından Avrupa Adliyesine dair notlar	100
Cezanın infazı	150
Fransız Adli sicil teşkilâtı	150
Hukuk mahkemesinde hak na-	

Eserin ismi	*Bedeli K*
sıl müdafaa edilir?	
İngiliz ceza usulü	
Meşhut suçlar kanunu	
» » » talimatı	
Orman işleri (Hususi kanunlar ve cezaları)	
Şahitlik ve şahidin psikolojisi	
Velâyet vesayet talimatı	
Varşova konferansı	
Tamimler mec. (1928 - 1937)	
» » (1938)	
» » (1939 - 1940)	
Tevhidi içtihat kararları	
Temyiz Mahkemesi kararları (1930-1934 yılları T. H. U.)	
» » (1938 Hukuk)	
» » (1938 Ceza)	
» » (1939-1940 Ceza)	
Noter Kanunu	
Türk kanunu medenisi, meriyet kanunu, velâyet, vesayet ve miras nizamnamesi	
Devletler umumi hukuku	

1200

213. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

Suçlulardan İsmail müştekinin kardeşi olduğuna göre 524 üncü maddenin hükümde nazara alınmaması yolsuz olduğu gibi cürüm unsuru olan kasdin şiddet sebebi olarak kabulü de kanuna muvafık değildir.

Halilin mezru çilek mahsulâtını tahrip etmekten suçlu İsmail ve Nurinin bilmuhakeme: Ceza K. nun 516/ilk inci maddesine tevfikan ve suçun kasden işlenmiş olması sebebi şiddet addolunarak on beşer gün hapis ve otuzar lira ağır para cezasiyle mahkûmiyetlerine ve 500 kuruş harcın suçlulardan mütesaviyen tahsiline dair Karadeniz Ereğlisi sulh ceza M. den verilen 25 - 10 - 936 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahallî C. M. U. liği ve suçlular tarafından müddetinde istida ve şartı Nuri tarafından fakirlik ilmühaberi ve İsmail tarafından da depo parası verilmek suretiyle ifa edilerek dava evrakı C. Baş müddeiumumiliği makamından tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü:

1 — Şahit İlyasın suçlulardan İsmailin ayak izinin uymadığı yolundaki şahadetinin talil ve red olunmaması

2 — Şahit İbrahimle diğer şahitlerin şahadetleri arasındaki ayrılığın birleştirilmemesi.

3 — Zabıt varakası mümzilerinden Hüseyinle Yılmazın celp ve istimaları suretiyle tahkikatın tevsi olunmaması.

4 — Yeni delil ikame edildiği halde 52 inci maddenin tatbiki.

5 — Unsuru cürminin şiddet sebebi olarak kabulü.

6 — Suçlulardan İsmail müştekinin kardeşi olduğuna göre 524 üncü maddenin nazara alınmaması.

1209

7 — 30-5-936 tarihli celsede hâkimin imzasının bulunmaması.

Tebliğnamede gösterilen ve yukarda yazılan sebepler bozmayı mucip ve itirazlar bu itibarla varit görüldüğünden temyiz edilen hükmün bozulmasına ve evrakın mahalline ve depo parasının sahibine iadesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 28-1-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas No: 14712 Karar No: 1382 Tebliğname: 2/6497

---

214. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

Türk ceza kanununun 485 inci maddesinin içtima kaidesinin tatbikinden evvel nazara alınması icab edeceği düşünülmeden karar verilmesi yolsuzdur.

Dövmek ve sövmekden suçlu Bozan hakkında yapılan duruşma sonunda C. K.nun 482, 456/4, 69 ve 485/2 inci maddelerine tevfikan ve içtimaen 15 gün hapsine dair Birecik S. C. M. sinden verilen 11. 11. 936 tarihli hükmün temyizen tetkiki Urfa C. M. U. liğinden müddetinde istida edilerek dava evrakı C. Baş M. U. liği makamından tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü:

485 inci maddenin içtimadan evvel tatbiki icap ettiğinin düşünülmemesi ve sövmenin daha ağır cürüm addedilmesi yolsuz ve itiraz bu itibarla varid bulunmuş olduğundan hükmün bozulmasına ve evrakın yerine iadesine 28-1-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas No: 15204. Karar No: 1317. Tebliğname: 6661/2

1210

215. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

Ayrı ayrı odalarda oturan kimselerin eşyalarını aynı günün muhtelif saatlerinde çalan suçlunun her fiili müstakil ve münferit bir suç mahiyetindedir.

Müteaddit eşhasın eşyalarını çalmaktan suçlu 331 doğumlu Mehmet hakkında yapılan duruşma sonunda: Ceza K.nun 491/1,522,ve 56 ıncı maddelerine tevfikan ve neticeien yirmi beş gün hapsine ve mesruk eşyaların aynen olmadığı takdirde bedelleri olan 85 kuruşun tazminine dair Edremit sulh ceza M.den verilen 23/12/936 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahallî C.M.U. liği tarafından müddetinde istida edilerek dava evrakı C.Baş müddeiumumiliği makamından tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü:

Suçlunun ayrı ayrı odalarda oturan davacıların eşyalarını aynı günde olsa dahi aynı zamanda olmayıp farklı zamanlarda ayrı ayrı mahallerden almış olmasına göre ayrı ayrı müstakil ve münferit bir suç olup olmadığının düşünülmemiş olması ve davacılardan Nazifin donunun müşterek avluda kurutmak üzere astığı mahalden alınmış olmasına göre suçlunun sıyanetine terk edilmiş eşyadan olup olmadığının teemmül edilmemesi ve 525 inci maddenin tatbik edilmemesi yolsuz ve itirazlar bu itibarla varit olduğundan hükmün tebliğname veçhile Bozulmasına ve evrakın yerine iadesine 3/2/937 tarihinde birlikte karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza dairesi Esas No: 1444 karar No: 1722 T. 727

216. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

Vilâyetin emri üzerine muterizin ahırının Belediyece idareten kapatılması muamelesine karşı yapılan itirazın tetkiki Devlet Şûrasına ait olduğu düşünülmeden kapama muamelesinin hükümsüz addedilmesine karar verilmesi yolsuzdur.

Vilâyetin emri üzerine idarî mahiyette olarak belediyece kapatılan Karşıyakalı Nihadın ahırının kapatılma muamelesinin hükümsüz addedilmesine ve keyfî olarak kapatanlar hakkında kanunî takibat yapılmasına dair İzmir birinci sulh ceza hâkimliğinden verilip kat'ileşen 5/8/936 tarihli karar kanuna uymadığından temyizen bittetkik:

Vilâyetten verilen emir üzerine belediyece idarî mahiyette olarak yapılan muameleye karşı vukubulan itirazın tetkiki Şûrayı Devletin vazifesi dahilinde olduğu ve sulh ceza hâkimine bu hususda hiç bir vazife terettüp etmediği gibi ortada aleyhine itiraz edilerek bir karar dahi mevcut olmadığı cihetle yazılı olduğu şekilde karar verilmesinde kanunî isabet görülemediğiden mezkûr kararın C.M.U.K. nun 343 üncü maddesi mucibince Bozulması lüzumu Yüksek adliye vekilliğinin 19/2/937 gün ve 505/323 sayılı yazılı emrine müsteniden C.Baş.M.U.liği makamından ihbar ve dava evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü:

Yazılı emre atfen ihbarnamede gösterilen sebepler varid ve bozmayı müstelzim ve esası halleder mukarrerat mahiyetinde görülmemiş olduğundan usulün 343 üncü maddesinin son fıkrasına tevfikân hükmün Bozulmasına 3/3/937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci ceza dairesi Esas No: 2659 Karar No: 3193 T. 937/289

1212

217. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

Atılan halkaların şişelere geçirilmesi baht ve taliden ziyade halkaları atanın maharetine bağlı bulunmasına göre, bu fiil kumar mahiyetinde değildir.

Kumar oynamaktan suçlu Kâzım hakkında 3005 sayılı kanuna tevfikan yapılan duruşma sonunda C. K. nun 567 inci maddesine tevfikan ve takdiren 3 gün hafif hapis ve 50 lira hafif para cezasile mahkûmiyetine ve 89 uncu madde veçhile cezasının teciline ve kumar eşyasının müsaderesine dair Beyoğlu ikinci S. C. M. sinden verilen 23/2/937 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahalli C. M. U. liğinden müddetinde istida edilerek dava evrakı C. Baş. M. U. liği makamından tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü:

1— Atılan halkaların şişelere geçirilmesi baht ve taliden ziyade atanın maharetine bağlı bulunmasına göre, fiilin kumar mahiyetinde olup olmadığının düşünülmemesi;

2— Noksan harç hükmedilmesi;

Tebliğnamede gösterilen ve yukarda yazılan sebepler bozmayı mucip ve itiraz varid bulunmuş olduğundan hükmün bozulmasına ve evrakın yerine iadesine 11/3/937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas No. 3114 Karar No. 3535 T. 880 C. M.

12/3

218. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

Sarhoşlukta itiyadın husulü ikiden ziyade mahkûmiyete bağlı bulunduğu cihetle itiyadı sarhoşluktan mahkûmiyet halinde itiyadın unsuru olan sabık mahkûmiyetlerden dolayı ayrıca tekerrür hükmünün tatbiki yolsuzdur.

Sarhoşluktan suçlu Osman Sırrı hakkında yapılan duruşma sonunda:

Sarhoşluğu itiyat halinde görülen suçlu Osman Sırrının T. Ceza K. nun 572 ve mükerrirliğine binaen 81/2 inci maddelerine tatbikan ve tezyiden üç ay on beş gün hafif hapsine dair Saideli sulh ceza M. den verilen 5/2/937 tarihli hükmün temyizen tetkiki Konya C. M. U. liği ve suçlu tarafından müddetinde istida edilerek dava evrakı C. Baş müddeiumumiliği makamından tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü:

Sarhoşluğun itiyat ve ibtilâ derecelerinin tekerrürden daha şedit cezayı müstelzim olup itiyattan dolayı ceza verilmiş olmasına göre tekerrürden de ceza verilmesi ve mükerrir addedilmiş olmasına göre 13/6/936 tarihli sabık mahkûmiyetinin infaz edilip edilmediğinin tahkik edilmemesi de yolsuz ve itirazlar bu itibarla varit bulunmuş olduğundan temyiz edilen hükmün tebliğname mucibince bozulmasına ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına ve evrakın yerine iadesine 15/3/937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas: No. 3300 Karar No. 3759 T. 931 C, M.

1214

219. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

C. Müddeiumumisi tayin ettiği ehli hibreye C. M. U. K. nun 72 inci maddesine tevfikan yemin ettirmeğe salâhiyetli bulunduğundan teklif olunan yemini kabulden sebepsiz olarak çekinen hükûmet tabibinin 72 inci maddeye göre cezalandırılması lâzım gelirken beraet kararı verilmesi yolsuzdur.

Ölü Hüseyinin keşfi için 2-1-937 de C. M. U. si ile birlikte Kuyucak köyüne giden Akseki hükûmet tabibi Halidin otopsi icrası için kendisine teklif edilen yemini kabulden imtina etmesi sebebiyle yapılan duruşma sonunda: C. müddeiumumilerinin doktorlara yemin verebileceklerine dair kanunda bir sarahat mevcut olmadığından bashsile beraetine dair Akseki sulh ceza hâkimliğinden verilip kat'ileşen 25-1-937 tarihli karar kanuna uymadığından temyizen bittetkik:

Hazırlık tahkikatı sonunda tehirinde zarar umulan hallerde C. M. U. lerinin de ehli hibre intihap ve tayinine salâhiyetli bulundukları usulün 3006 sayılı kanunla değişen 66 ıncı meddesinde açıkca yazılı bulunmakla beraber otopsinin tehirinde mazarrat umulan hallerde C. M. U. sinin huzuriyle yapılabileceği 79 uncu maddede ayrıca tasrih edilmiştir. Şu suretle ehli vukuf intihabı ve tayinine ve otopsi yaptırmağa salâhiyetli bulunan C. M. U. sinin tayin ettiği ehli hibreye 72 inci madde mucibince yemin verdirmesi haiz bulunduğu bu salâhiyetin tabii ve zarurî bir neticesidir. Kaldı ki C. M. U. sinin tayin ettiği ehli hibreye yemin teklif edemeyeceğine dair kanunda bir hüküm de mevcut değildir. Binaenaleyh teklif edilen yeminin kabulünden sebepsiz olarak çekinen H. tabibinin usulün 70 inci maddesine tevfikan cezalandırılması lâzım gelirken mütalâalar serdiyle yazılı olduğu üzere karar verilmesinde isabet bulunmadığından ceza M. U. K. nun 343 üncü maddesi mucibince işbu kararın bozulması lüzumu yüksek adliye vekilliğinin 5-3-937 tarih ve 580/347 No. lu yazılı emrine müsteniden

1215

C. Baş müddeiumumiliği makamından ihbar ve dava evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü:

Yazılı emre atfen ihbarnamede gösterilen sebep varit ve bozmayı mucip olduğundan Usulün 343 üncü maddesine tevfikan aleyhe müessir olmamak üzere hükmün bozulmasına 18-3-937 tarihinde birlikte karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas No: 3234 Karar No: 4042 Tebliğname 937/315

---

220. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

Suçlunun mevkuf kaldığı müddet hükmolunan cezaya mahsup edildikten sonra geri kalan cezanın teciline karar verilmesi kanuna uygun değildir.

Hırsızlıktan suçlu Musa ve Hasanın yapılan duruşmaları sonunda: Tenzilen birer ay on beşer gün müddetle hapislerine ve o kadar müddetle emniyyeti umumiyye nezareti altında bulundurulmalarına ve mevkuf kaldıkları müddet mahsup edildikten sonra geri kalan cezalarının teciline dair Beykoz sulh ceza hâkimliğinden verilip kat'ileşen 26-1-937 tarihli karar kanuna uymadığından temyizen bittetkik:

Cezanın kısmen teciline hükmolunması ve hadiseye taallûku bulunmayan harç tarifesi kanununun 81 inci maddesine tevfikan harcın arttırılması yolsuz görüldüğünden ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesine tevfikan bozulması lüzumu yüksek adliye vekilliğinin 15-3-937 tarih ve 669-439 No. lu yazılı emrine müsteniden C. Baş M. U. liği makamından ihbar ve dava evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

Yüksek adliye vekilliğinin yazılı emrine atfen ihbarnamede gösterilen sebeplerle cezanın bir ay on beş günden ibaret olmasına göre harcın 50/4

1216

üncü fıkrasiyle tayin edilmemesi yolsuz olduğundan bu itibarla varit ve bozmayı mucip olduğundan usulün 343 üncü maddesine tevfikan hükmün bozulmasına ve tekrar suç işlediği zaman infaz edilmiş olan kısım nazara alınmak üzere cezanın teciline ve harç kanununun 50/4 üncü fıkrasiyle tayin olunan 500 kuruş harcın 52 inci maddesiyle nısfı bittenzil 250 kuruşun cezaları nisbetinde kendilerinden alınmasına ve fazla harcın alınmamasına 20-3-937 tarihinde birlikte karar verildi.

Temyiz mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas No: 3453 Karar No: 4201 Tebliğname 937/363

221. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

Mağdur küçüğün kanuni mümessili tarafından usulü dairesinde açılmış şahsî bir dava mevcut olmasına göre duruşmanın tatiline karar verilmek lâzımken davanın reddine karar verilmesi kanuna uygun değildir.

Âdiyen darp ve tahkirden suçlu Şoför Mustafa hakkındaki davanın reddine ve harç tarifesi kanununun 59/5 inci maddesi mucibince 100 kuruş harcın davacıdan alınmasına dair Bayındır sulh ceza mahkemesinden verilip kat'ileşen 19-12-936 tarihli karar kanuna uymadığından temyizen bittetkik:

Davacı Rasimin küçük olması ve baba ve anasının hayatta bulunması dolayısiyle şahsî dava açmağa salâhiyeti bulunmamasına ve ortada usulü dairesinde açılmış şahsi dava mevcut olmasına göre ceza muhakemeleri usulü kanununun 253 üncü maddesinin son fıkrasına göre duruşmanın tatiline karar verilmesi icap ederken davanın reddine diye karar verilmesinde kanunî isabet görülemediği gibi harç tarifesi kanununun 59 uncu maddesi mucibince şahsî davacılara harç hükmedilmesi için şahsî davacının kanun yollarına müracaat etmesi lâzımdır. Hadisede ise şahsî davacı bir

gûna kanun yoluna müracaat etmemiş olmasına göre kendisine harç tarifesi kanununun 59 uncu maddesine istinaden harç hükmedilmesinde dahi kanunî isabet görülemediğinden bu kararın ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesi mucibince bozulması lüzumu yüksek Adliye vekilliğinin 10-3-937 tarih ve 436-419 No: lu yazılı emrine müsteniden C. Baş M. U. liği makamından ihbar ve dava evrakı tebliğname ile daireye tevdi olunmakla icabı düşünüldü.

Yüksek Adliye vekilliğinin yazılı emrine atfen ihbarnamede gösterilen sebepler varit ve bozmayı mucip olduğundan usulün 343 üncü maddesinin son fıkrasına tevfikan hükmün bozulmasına ve harcın alınmamasına 20-3-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas No: 3450 Karar No: 4198 Tebliğname 348

---

222. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

Hapishne dahilinde çakı ve bıçak bulunduran mahkûmların hareketi hapisaneler nizamnamesinin 83 üncü maddesi delâletile 35 inci maddesinde yazılı inzibatî cezayı müstelzim mahiyette olup ceza kanunu hükümlerine göre ayrıca müstakil bir suç teşkil etmiyeceğinden 526 ıncı madde ile mahkûmiyet kararı verilmesi kanuna uygun değildir.

Hapisane içinde çakı bıçağı bulundurmaktan suçlu Hıdır ve Halilin ceza kanununun 526 ıncı maddesi mucibince birer gün hafif hapis ve yarımşar lira hafif para cezasiyle mahkûmiyetlerine dair Gümüşane sulh ceza mahkemesinden verilip kat'ileşen 28-5-936 tarihli karar kanuna uymadığından temyizen bittetkik:

Mahkûmların hapisane içinde çakı bıçağı bulundurmaları hapisaneler

12/8

nizamnamesinin 83 üncü maddesi delâletiyle 35 inci maddesinde yazılı inzibatî cezayı müstelzim fiillerden olup ayrıca ceza kanunu hükümlerine göre müstakil bir suç teşkil etmediği halde bu cihetten zuhul edilerek mahkûmlara ceza kanununun 526 ıncı maddesine istinaden yazılı olduğu şekilde ceza verilmesinde kanunî isabet görülemediğinden bu kararın ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesi mucibine bozulması lüzumu yüksek Adliye vekilliğinin 20-3-937 tarih ve 726/469 No: lu yazılı emrine müsteniden C. Baş M. U.liği makamından ihbar ve dava evrakı tebliğname ile daireye tevdi olunmakla icabı düşünüldü.

Yüksek Adliye vekilliğinin yazılı emrine atfen ihbarnamede gösterilen sebep varit ve bozmayı mucip olduğundan usulün 343 üncü maddesine tevfikan hükmün bozulmasına ve cezanın çektirilmemesine 30-3-937 tarihinde birlikte karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas No: 3792. Karar No: 4839 Tebliğname 937/385

---

223. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

Hüküm yalnız para cezasına taallûk ettiği takdirde alınacak harcın para cezası miktarını geçemiyeceği harç tarifesi kanununun 47 inci maddesinin son fıkrasında tasrih edilmişken yarım lira para cezasına mahkûm edilen suçludan (100) kuruş harç alınmasına karar verilmesi yolsuzdur.

Şehir içinde ruhsatsız bıçak taşımakdan suçlu Vahit diğer adla Faikin yapılan duruşması sonunda T. C. K. nun 549 uncu maddesi mucibince yarım lira hafif para cezasile mahkûmiyetine, bıçağın müsaderesine, 100 kuruş harcın kendisinden alınmasına dair Çanakkale S. C. H. den verilip kat'ileşen 25-8-937 tarihli kararın temyizen bittetkik:

12/9

C. K. nun 3038 sayılı kanunla değişen 24 üncü maddesinin hükmü göz önünde bulundurulmaksızın bir liradan az para cezası tayini yolsuz olduğu gibi yarım lira para cezasına karşılık 100 kuruş harç alınması da 2503 sayılı kanunun 47 inci maddesi sarahatına muhalif bulunduğundan C. M. U. K. nun 343 üncü maddesi mucibince işbu kararın bozulması lüzumu yüksek adliye vekilliğinin 19-10-937 gün ve 3891-2137 sayılı yazılı emrine müsteniden C. Baş. M. U. liği makamından ihbar ve dava evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü:

Yazılı emre atfen ihbarnamede gösterilen sebepler varid ve bozmayı mucip olduğundan usulün 343 üncü maddesine tevfikan hükmün aleyhe müessir olmamak üzere bozulmasına ve hükmolunan para cezasının mikdarına göre harç kanununun 47 inci maddesine tevfikan elli kuruş duruşma harcı alınmasına 10-11-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas No. 12084 Karar No: 13818 Tebliğname 937/1562.

---

224. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

Karşılıklı davalarda harcın yalnız asıl davacıya yükletilmesi icap eder.

Birbirlerini dövmek ve sövmekden suçlu Remziye ve Zeliha haklarında 3005 sayılı kanuna tevfikan yapılan duruşma sonunda tarafların davalarından vaz geçmelerine mebni C. K. nun 99 uncu maddesi mucibince âmme davasının düşmesine ve 300 kuruş harcın Zelihadan ve 300 kuruşun da Remziyeden alınmasına dair Ayvalık S. C. M. den verilen 6-10-937 tarihli hükmün harçdan temyizen tetkiki mahallî C.M.U. liğinden müddetin-

de istida edilerek dava evrakı C. Baş. M. U. liği makamından tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü:

Karşılıklı davalarda harcın yalnız asıl davacıya yükletileceğinin düşünülmemesi ve delil ikame edilmiş olmasına göre eksik harç hükmolunması yolsuz ve itirazlar bu itibarla yerinde olduğundan tebliğname veçhile hükmün bozulmasına ve evrakın yerine iadesine 10-11-937 tarihinde birlikte karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas No: 12608 Karar No: 13771 TebliğnameC.M. 3658

---

225. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II C. D.

Kavganın gayri malûm bir sebepden çıkmasının esbabı muhaffefeden addiyle cezadan tenzilât icaresi yolsuzdur.

İki kişiyi bıçakla yaralamaktan suçlu Mehmet Ali ve dövmekten suçlu Rıza haklarında 3005 sayılı kanuna tevfikan yapılan duruşma sonunda C. K.nun 456/4,457, 59, ve 69 uncu maddelerine tevfikan içtimaen ve neticeten Mehmed Alinin bir ay sekiz gün ve Rızanın tenzilen yirmi gün müddetlerle hapislerine Mehmed Aliden 300 ve Rızadan 200 kuruş harç alınmasına dair Burdur S. C. M.den verilen 7-11-937 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. M. U.liğinden müddetinde istida edilerek dava evrakı C.Baş müddei umumiliği makamından tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

1 — Kavganın esbabı gayrı malûmeden çıkmış olmasının esbabı muhaffifei takdiriyeden olarak kabul edilmesi veçhinin izah edilmemesi.

2 — Suçlu Mehmet Aliye fazla harç hükmedilmesi.

Tebliğnamede gösterilen ve yukarda yazılan sebepler bozmayı mucip ve itirazlar bu itibarla varit bulunmuş olduğundan hükün Bozulmasına ve evrakın yerine iadesine 13-11-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas No. 12785 Karar No. 14080 Tebliğname C.M. 3679

1221

226. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

Ceza kararnamelerine Cumhuriyet Müddeiumumilerinin itirazı salâhiyetleri bulunmadığı düşünülmeden C.Mdüdeiumumisinin vaki itirazına binaen suçlunun beraetine karar verilmesi yolsuzdur.

Ruhsatsız bıçak taşımaktan suçlu şoför muavini Abdullahın T. C. K. nun 549 uncu maddesi mucibince bir lira hafif para cezasile mahkûmiyetine dair Balıkesir sulh ceza hâkimliğinden tanzim kılınan 20-2-937 tarihli ceza kararnamesine C. M. U.liği tarafından itiraz edilmesi üzerine yapılan duruşma sonunda: Suçlunun Beraetine dair yine o yer mahkemesinden verilip kat'ileşen 8-6-937 tarihli kararın temyizen bittetkik:

Ceza M. U. K. nun 386,388 inci maddelerine müsteniden tanzim kılınmış olan ceza kararnamelerine karşı münhasıran mahkûmların itiraz edebileceğini itiraz edilmiyen ceza kararnamelerinin kat'ileşeceğini ve itiraz üzerine duruşma yapılmakla beraber maznunun mazereti olmaksızın duruşmaya gelmemesi veya bir müdafi göndermemesi halinde itirazın tetkika hacet kalmaksızın red olunacağını âmir bulunan 389,390 ve 391 inci maddelerinin hükümleri bu kararnameye yalnız maznunun itiraz edebileceğini ve C. M. U. sinin bu kabil kararlar aleyhine itiraz salâhiyetinin bulunmadığını göstermekte olduğu halde C. M. U.sinin itirazının kabuliyle yazılı olduğu üzere karar verilmesinde isabet bulunmadığından Ceza M. U. K.nun 343 üncü maddesi mucibince işbu kararın Bozulması lüzumu yüksek Adliye Vekilliğinin 8-11-937 gün ve 4029/2265 sayılı emrine müsteniden C. Baş Müddeiumumiliği makamından ihbar ve dava evrakı daireye tevdi edilmekle icabı düşünüldü.

Yazılı emre atfen ihbarnamede gösterilen sebepler varit ve bozmayı mucib olduğundan usulün 343 üncü maddesi mucibince hükmün aleyhe müessir olmamak üzere Bozulmasına 13-11-937 tarihinde birlikte karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas No. 12720 Karar No. 14086 Tebliğname 937/1633

1222

227. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

Muhtelif şahıslara ait olsa bile aynı yerden aynı zamanda müteaddit hayvanların çalınması bir suç teşkil eylediği halde ayrı ayrı ceza tayin ve içtima kaidesinin tatbiki yolsuz olduğu gibi, hayvanların iade edilmeyip zabıtaca istirdat edilmiş olmasına göre cezadan 523 üncü madde ile tenzilât yapılması da kanuna muvafık değildir.

Müteaddit eşhasa ait hayvanları çalmakdan suçlu ve mevkuf Ahmed oğlu Kale Mehmed ve gayri mevkuf Ükkâş oğlu Halil ve mali mesruku bilerek satın almakdan suçlu Halil oğlu Mehmed ve Sadık ve Mehmed oğlu Mehmed Ali ve Hanifi ve Mami kara haklarında yapılan duruşma sonunda Kara Mehmed ve Halilin davacı Alinin öküzünü çalmakdan ceza kanununun 491/6 ıncı maddesine tevfikan 6 şar ay hapislerine ve molla Ali ve Nezirin keza öküzlerini sirkatten dolayı altışar aydan bir senenin Halil hakkında 69 uncu madde mucibince yarısına muadil 5 ay daha zammiyle Halilin on bir ay hapsine ve kala Mehmedin bir sene altı ay hapsine ve mali mesruku bilerek almakdan suçlu Sadık ve Mehmed Alinin 512 inci madde veçhile üçer gün hapis ve birer lira ağır para cezasile mahkûmiyetlerine ve öküzlerin kıymeti hafif olduğundan 522 inci madde mantıkca, Kala Mehmedden gayri Halilin cezasının tenzilile 5 ay onbeş gün hapsine ve Sadık ile Mehmed Alinin de tenzilen birer gün hapis ve birer lira ağır para cezasile tecziyelerine ve Kala Mehmedin, Ahmedin hayvanlarını çalmakdan 491/6 ıncı maddeye göre 6 ay hapsine ve 69 uncu madde mucibince, içtimaen bir sene iki ay hapsine ve 522 inci madde veçhile bu cezasının yarısı indirilerek 7 ay hapsine ve mami kara ile Halil oğlu Mehmed ve Hanifinin dahi 512 inci madde mucibince mali mesruku bilerek almak ve Halilin bu hayvanları satmağa tavassut etmekden üçer gün hapis ve birer lira ağır para cezasile mahkûmiyetlerine; 522 inci madde veçhile cezalarının yarısı da indirilerek birer gün hapis ve birer lira ağır

1223

para cezasiyle tecziyelerine ve hayvanlar iade edildiğinden 523/2 inci madde mantıkınca 4 ay 17 gün hapsine ve kala Mehmedin 5 ay 25 gün hapsine ve 525 inci maddeye tevfikan Kala Mehmed ve Halilin olkadar da emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulmalarına ve Mehmed ve memi kara ve Sadık ve Mehmed Ali haklarında 523 üncü maddenin tatbikine mahal olmadığına ve 850 kuruş harçdan beşer kuruşun Mehmed Ali ve Sadık ve Hanifi ve mami kara ve Mehmedden 463 kuruşunun kala Mehmedden ve 362 kuruşunun Halilden alınmasına dair Maraş sulh ceza mahkemesinden verilen 19-10-937 tarihli hükmün temyizen tetkiki Mahallî C. M. U. liğinden müddetinde istida edilerek dava evrakı C. Baş. M. U. liği makamından tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü:

1 — Davacılardan iki Ali ile Nazımın hayvanları aynı yerden aynı zamanda çalınmış olmasına göre, bir fiilden ibaretken ayrı ayrı ceza tayin ve içtima ettirilmiş olması.

2 — Hayvanların iade edilmeyip zabıtaca istirdad edilmesine göre, 523 üncü madde ile tenzilât icrasında isabet bulunmaması.

3 — Suçlu Sadık, Mehmed, Ali Mehmed, Hanifi ve Mami karanın hayvanları çalınmış olduğunu bilerek aldıkları hakkındaki kat'î sübut delillerinin gösterilmemesi.

4 — 522, 523 üncü maddelerin her fiil için ayrı ayrı tatbikinden sonra, istimaın yapılmamış olması.

5 — 30 uncu maddenin tadilden sonraki hükmü nazara alınmayarak 522 ve 523 üncü maddelerinin tatbikinden dolayı para cezasından tenzilât yapılmamış olması.

6 — İçtimaın 69 uncu maddenin tadilden sonraki hükmüne muhalif olarak yapılması;

7 — Halil hakkında 525 inci madde ile verilen fer'î cezanın yalnız çalmakdan verilen cezaya hasredilmemiş olması.

8 — Kararın müşevveş ve vuzuhdan ârî bulunması.

9 — Suçlu Kala Mehmed ve Halile diğerlerinden ayrı olarak harç hükmedilmemesi.

Teblignamede gösterilen ve yukarda yazılan sebepler bozmayı mucip ve itirazlar bu itibarla varid görüldüğünden temyiz edilen hükmün bozulmasına ve evrakın yerine iadesine 11-11-937 tarihinde birlikde karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas No: 12534 Karar No: 13871 Tebliğname 3/5148

1224

228. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

İki defa bıçağını saldırmış olan suçlunun maharetsizliği ve tecavüze mâruz kalanın kendisini koruması dolayısiyle fiil husule gelmemiş olmasına göre fiilin tam teşebbüs derecesinde olduğu düşünülmeden nâkıs teşebbüs addile olsuretle ceza tayini yolsuzdur.

Ahmedi bıçakla yaralamağa nâkısan teşebbüsten suçlu Niyazi hakkında 3005 sayılı kanuna tevfikan yapılan duruşma sonunda: C. K. nun 456-son,457,61/1 inci maddelerine tevfikan ve neticeten on bir gün hapis cezasiyle mahkûmiyetine dair İnegöl S. C. M. den verilen 5-10-937 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. M. U. liğinden müddetinde istida edilerek dava evrakı C. Baş müddeiumumiliği makamından tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

Suçlu hareketinden kendiliğinden vaz geçmeyip esbabı mania haylûletiyle suçu file çıkaramadığına göre tebliğnamenin birinci rakkamında gösterilen sebep varit değilse de suçlunun iki defa bıçağını saldırmış olmasına ve maharetsizliği ve mütecavizünaleyhin kendisini koruması dolayısiyle fiilin husule gelmemesinden ve cerh fiili ile yapılan icraî fiil arasında yapılacak başka bir fiil bulunmamasına mebni fiilin tam teşebbüs derecesinde olup olmadığının düşünülmemiş olması yolsuz olduğundan varit olan tebliğname veçhile hükmün bozulmasına ve evrakın yerine iadesine 16-11-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas No: 12929 Karar No: 14150 Tebliğname C.M.3702

1225

229. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II C. D.

Suçlunun; eniştesine ait kumbarayı birlikde oturdukları evden çaldığı mahkemece kabul edilmesine göre cezadan 524 üncü maddesinin son fıkrası mucibice tenzilât icrası icap edeceğinin nazara alınmaması yolsuzbur.

Hırsızlıktan suçlu Nuranın ceza kanununun 491/son 522,56 ve 525 inci maddelerine tevfikan bir ay 20 gün hapse mahkûmiyetine ve bu kadar müddet emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulmasına dair Beyoğlu İkinci sulh ceza mahkemesinden verilip kat'ileşen 13-7-937 tarihli karar kanuna uymadığından temyizen bittetkik:

Davacı Simon, Suçlunun eniştesi olup ikinci derecede sıhri akrabası bulunduğu ve kumbaranın birlikte oturdukları evden çalındığı mahkemece karar yerinde saraheten kabul edildiği halde suçlunun cezasından ceza kanununun değişen 524 üncü maddesinin son fıkrası mucibince tenzilât yapılması icap ederken bu cihetten zuhûl edilmesi ndekanunî isabet görülemediğinden bu kararın ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesi mucibince bozulması lüzumu yüksek Adliye vekilliğinin 13-11-937 gün ve $\frac{4082}{2307}$ sayılı yazılı emrine müsteniden C. Baş müddei umumiliği makamından ihbar ve dava evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

Yüksek Adliye vekilliğinin yazılı emrine atfen ihbarnamede gösterilen sebep varit ve bozmayı mucip olduğundan usulün 343 üncü maddesine tevfikan hükmün bozulmasına ve suçlunun sabit görülen hareketinden dolayı ceza kanununun 491, 522 ve 56 ıncı maddeleri mucibince verilmesi iktiza eden 25 gün hapis cezasından kanunun 524 üncü maddesinin son fıkrası mucebince küsuru lehe nazara alınarak on yedi gün müddetle hapsine ve 525 inci madde veçhile okadar müddetle de emniyet umumiye nezareti altında bulundurulmasına ve harç kanununun 50/4 ve 52 inci madde-

1226

leriyle 200 kuruş harcın alınmasına 20-11-937 tarihinde birlikte karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas No: 13007 Karar No: 14511 T. B. 937/1651

---

230. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II C. D.

Şahsî davacı hakkını haiz olmayan kanun yoluna da müracaat etmemiş bulunan müdahile 500 kuruş harç yükletilmesi yolsuzdur.

Hakaretten suçlu Mehmed hakkındaki âmme davasının düşürülmesine ve 500 kuruş harcın müştekiden alınmasına dair Çeşme S. C. M.den verilip kat'ileşen 16-7-937 tarihli kararın temyizen bittetkik:

Müşteki Hüseyin tarafından C. M. K.nun 350 ve 351 inci maddelerine uygun olarak şahsî dava açılmış olmayıp 21-5-937 tarihli iddianame ile âmmenin menfaatlarını muhafaza noktasından C. M. U.liğince âmme davası açılmış bulunmasına ve müşteki de 23-6-937 tarihli duruşma celsesine müdahil sıfatile kabuledilmiş bulunmasına nazaran şahsî davacı sıfatını haiz olmayan ve kanunun yollarına müracaat etmeyen müştekiye 500 kuruş harç yükletilmesinde kanunî isabet görülemediğinden bu kararnın C. M. U. K.nun 343 üncn maddesi mudibince bozulması lüzumu Yüksek adliye vekilliğinin 23-11-937 tarih ve 4154-2380 sayılı yazılı emrine müsteniden C. Baş.M. U.liği makamından ihbar ve dava evrakı daireye tevdi edilmekle icabı düşünüldü:

Yazılı emre atfen ihbarnamede gösterilen sebep varid ve bozmayı mucip olduğundan usulün 343 üncü maddesine tevfikan hükmün harca hasren

ekseriyetle bozulmasına ve harcın alınmamasına 30-11-937 tarihinde karar verildi.

Temyzi Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Esas No. 13312 Karar No. 14978 T. 937/1702

1228

CEZA
ÜÇÜNCÜ DAİRE KARARLRI

1229

1230

231. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

Valis ve elek tertibatını haiz olmayan değirmenlerde üğütülen unların ihraç ve nakli kanunen hiç bir kayıt ve şarta tâbi değildir.

Buğdayı koruma karşılığı kanununa aykırı gitmekten maznun İsmail ve arkadaşlarının yapılan duruşmaları sonunda: beraetlerine dair Bergama As. C. H. den verilen 23-3-938 günlü hüküm; Hazine vekili tarafından temyiz olunmasından dolayı mahallinden gönderilen evrak Baş- M. U. liğin 21-4-938 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü:

Valis ve elek tertibatını haiz olmayan âdi değirmenlerde üğütülen unların ihracı ve nakli kanunen kayıd ve şarta tâbi olmamasına ve sahibinin evine giderken yakalanmış olmasına göre temyiz itirazı yerinde görülmediğinden reddile kanuna uygun olan hükmün tebliğname mucibince tasdikına ve temyiz depo parasının irat kaydına ve 500 kuruş temyiz harcının Maliye Hazinesinden alınmasına 1-7-938 gününde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi üçüncü Ceza Dairesi: Esas No: 2539. Karar No: 4743. T. 1370/6

231

232. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

Hususî kanunlarda mevzu para cezalarının tahsil usulü hakkında hususî hükümler mevcut olduğu takdirde bu para cezaları hakkında ceza kanununun 19 uncu maddesi hükmü tatbik edilemez.

Yedinde (189000) yaprak kaçak sigara kâğıdı tutulmaktan Elmalı asliye ceza mahkemesinin 4-11-931 tarihli kararı ile sureti kat'iyede bir ay hapis ve (189000) kuruş para cezasına mahkûm Salih oğlu Ömerin mahkûm olduğu işbu para cezasının ceza Ka.nun 19 uncu maddesine tevfikan bir seneyi geçmemek üzere hapse tahvili icabedeceğine dair Elmalı AS. C. mahkemesinden 30-9-936 tarihile verilip kat'ileşen hükme karşı Adliye vekilliğinin 27-6-938 gün ve 1506-1160 sayılı yazılı emrile bu işe ait evrak Baş M. U. liğin 29-6-938 gün ve 851 No. lu tebliğnamesile daireye verilmekle okundu:

Yazılı emre dayanan tebliğname münderecatı:

Mahkûm Ömere 1510 sayılı Ka.nun 13 üncü maddesinin 2 inci fıkrasına göre bir ay hapis ve bu fıkra delâletile 558 sayılı Ka.nun 14 üncü ve 1701 sayılı Ka.nun 63 üncü maddeleri mucibince cem'an (189000) kuruş para cezası verilmiş olmasına ve 1510 sayılı Ka.nun 38 inci maddesi hükmedilen para cezalarının tahsil usulü hususî kanun ve nizamlarında gösterilmiş olduğu takdirde o kanunlara göre tahsil edileceğini âmir bulunmasına ve 558 sayılı Ka.nun 14 üncü maddesinde para cezasının hapse tahvil edilerek infaz edileceğine dair bir güna kayıt mevcut olmamasına ve hadisenin 1918 sayılı Ka.nun meriyetinden evvel cereyan etmiş bulunmasına binaen mezkûr para cezasının hapse tahvil sureretile infaz edilmemesi icap ederken yazılı olduğu şekilde ceza Ka.nun 19 uncu maddesi mucibince işbu para cezasının bir sene müddetle hapse tahvil suretile infazına karar verilmesinde kanunî isabet görülemediğinden bozulmasına dairdir.

Gereği düşünülüp görüşüldü:

Tebliğnamede haber verilen bozma dileği dayandığı sebebe ve dosya

1232

münderecatına göre yerinde görüldüğünden sözü geçen 30-9-936 günlü hapse tahvilkararının ceza. M. U. Ka. nun 343 üncü maddesinin son fıkrasına tevfikan bozulmasına 1-7-938 gününde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi üçüncü Ceza Dairesi: Esas No. 4209. Karar No: 4745. Tebliğname 851/Y. E.

233. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 205 inci maddesine uygun olarak tanzim edilen iddianame bulunmadıkca duruşma yapılarak hüküm verilmesi yolsuzdur.

Devlete ait söğüt ağaçlarının dallarını kesmek suretile Hazineyi izrardan maznun Hüseyin hakkında yapılan duruşma sonunda: Borçlanma kanunu mucibince Hazinece maznuna teslim edilen gayrı menkuldeki söğüt ağacının dallarını malik ve şağılı sıfatı ile ve hüsnü niyetle budadığı anlaşıldığından beraetine dair Kemah S. C. H. den verilen 28-5-938 günlü hüküm; orman idaresi tarafından temyiz edilmesi üzerine mahallinden gönderilen evrak Baş. M. U. liğin 28-6-938 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü:

Ceza. M. U. Ka.nun 205 inci maddesi serahatı dairesinde tanzim edilmiş iddianame olmadığı halde davanın bakılıp karara bağlanması yolsuz olduğundan sair cihetlerin tetkikine mahal olmaksızın hükmün bu sebebten dolayı bozulmasına ve bozma sebebine göre harç alınmasına mahal olmadığına ve depo parasının geri verilmesine 2-7-938 gününde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi üçüncü Ceza Dairesi: Esas No: 4221. Karar No: 4756. T. 2989-3.

1233

234. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

Lehe bulunan müruru zaman hükümlerinin makabline teşmili lâzımdır,

Devlet ormanından izinzsiz ağaç kesmekten maznun Nazmi ve Süleyman ve Recep haklarında tevhiden bozma üzerine yapılan duruşma sonunda: Orman nizamnamesi ile bu nizamnameye ekli kanun hükümlerine tevfikan hapis, para cezası ve tazminat ile mahkûmiyetlerine dair söğüt sulh ceza hâkimliğinden verilen 1-4-938 günlü hüküm mahûmlardan Nazmi tarafından temyiz olunmasından dolayı mahallinden gönderilen evrak Baş M. U. liğin 8-6-938 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunup gereği düşünüldü.

Mülga orman nizamnamesinin 31 inci maddesindeki 6 aylık müddet davaya mübaşeret için mevzu olup bu müddet içinde dava açıldıkdan sonra ormandan ağaç kesmek veya çıkarmak suçlarının tâbi olduğu aslî müruru zaman Beş sene olmasına ve 1-Haziran-937 tarihinde mer'iyete giren orman kanununun 132 inci maddesinde bu kabil suçlar için dava müruru zamanı bir sene olarak kabul edilmesi hesabiyle bu müruru zaman suçluların lehinde bulunmasına ve lehte olan müruru zaman kaidesinin makabline teşmili suretile suçlular hakkında tatbiki ceza esaslarından olmasına ve Türk ceza kanununun 104 üncü maddesile kesilen müruru zamanın yarısının ilâvesile baliğ olacağı müddetten fazla uzatılmaması esası kabul edilmesine ve bu hâdisede suçun işlendiği tarihten itibaren aradan bir buçuk seneden fazla müddet geçmesine göre davanın müruru zamana uğradığı ve bu müruru zamanın bu itibarla nazara alınması muktazi olduğu cihetle hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına ve ceza M. U. K. nun 325 inci maddesine tevfikan bu bozmadan davayı temyiz etmeyen Süleyman ve Recebin de istifade ettirilmesine ve mezkûr kanunun 322 inci maddesine tevfikan âmme davasının düşmesine ve şahsî hak davasının

1234

âmme davasile birlikte düşmesi esası ancak mülga orman nizamnamesinin 31 inci maddesinde gösterilen müddet içinde açılmayan davalar hakkında carî olup vaktinde dava açılan ve fakat ceza kanununun tayin ettiği müddet içinde hükme raptolunmayan ahvalde âmme davasının düşmesine rağmen şahsî hak davasına halel gelmeyeceği Türk ceza kanununun 110 uncu maddesi hükmü iktizasından olmasına ve âmme davasının düşmesi hasebile şahsî hakka inhisar eden davaları ceza mahkemelerinin bakmasına usulü cevaz olmamasına göre Nazmi hakkında şahsî hak cihetinden alâkadar olanların ait olduğu mercie müracaatta muhtariyetine ve temyiz harcı alınmasına mahal olmadığına 2-7-938 gününde oy birliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesi Esas No: 3799. Karar No: 4763. Tebliğname 2698-2

---

235. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

---

1 — Müsadere edilecek nakil vasıtasının mahkûmlara aidiyetinin tesbiti lâzımdır.

Kuru Meşe odunu kesip çıkarmak için Orman idaresiyle aralarında mün'akit mukavele hilâfına kuru çam odunu kesip ihraç ettikleri iddiasiyle maznun Ahmet Kellesibüyük, Selim Koç ve Ali Şenkaya haklarında yapılan duruşma sonunda: Orman kanunun 23 üncü maddesi delâletiyle 107 inci madde mucibince birer gün müddetle hafif hapislerine ve 120 inci madde gereğince nakil vasıtalarının müsaderesine ve bunlardan Selim Koçun yaşından dolayı Türk ceza kanununun 56 ıncı maddesinden istifadesi icabetmekte ise de; mahkûm olduğu bir gün hapsin kusuru hesaba katılmayacağına göre tenzilât icrasına mahal olmadığına dair İslâhiye sulh ceza hâkimliğinden verilen 18-12-937 günlü hüküm, mahkûmlar tarafından

1235

temyiz edilmesi üzerine mahallinden gönderilen evrak C. Baş M. U.liğinin 22-2-938 günlü tebliğnamesiyle daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü.

Selimin duruşma sırasındaki ifadesine göre bunun da ormandan ağaç kesip çıkardığı tesbit ve müdafaası tahkik edilmeksizin 107 inci madde ile mahkûm edilmesi ve nakil vasıtalarının maznunlara aidiyetini müsbit deliller gösterilmeksizin müsadere kararı verilmesi ve maznunlardan Selimin yaşı dolayısiyle 56 ıncı madde ile tenzilât yapılarak 3112 sayılı kanunla tadil edilen Ceza kanunun 29 uncu maddesinin son fıkrası mucibince tevbihi adlî lâzımgeldiğinin düşünülmemesi yolsuz ve bu itibarla temyiz itirazları ve tebliğname münderecatı yerinde görüldüğünden hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına ve 500 kuruş temyiz harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 5-7-938 gününde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesi Esas No: 982 Karar No: 4785. Tebliğname 741-3

---

236. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

Kanunsuz kesilen ağaçlar henüz arabaya yükletilmemiş olmasına göre kullanılan nakil vasıtasının müsaderesi yolsuzdur.

Devlet ormanından izinsiz ağaç kesmekten maznun Ahmet ve Mehmet haklarında yapılan duruşma sonunda: Orman kanununun 105 ve 120 inci maddeleri gereğince birer hafta hapis ve beşer lira ağır para cezasile mahkûmiyetlerine Ancak yaşlarından dolayi Türk ceza kanununun 55,56 ıncı maddelerine tevfikan Ahmedin hapis cezasının beş güne ve para cezasının 410 kuruşa ve Mehmedin hapis cezasının üç güne ve para cezasının 330 kuruşa indirilmesine ve elde edilen ağaç, balta, araba ve iki

1236

Öküzün de müsaderesine ve 150 kuruş yarım harçtan 78 kuruşun Ahmetten ve 72 kuruşun da Mehmetten alınmasına dair Reşadiye sulh ceza hâkimliğinden verilen 25-5-938 günlü hüküm bu yer C. M. U.liğinden temyiz olunmasından dolayı mahallinden gönderilen evrak Baş M. U.liğin 21-6-938 günlü tebliğnamesiyle daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü.

Suçluların kestikleri kabul edilen ağaçların henüz arabaya yükletilmemiş olmasına göre kanunsuz olarak kesilen ağaçların naklinde kullanılmamış olan nakil vasıtasının da müsaderesine karar verilmesi ve yaş dolayisile indirilen ceza miktarına göre harcın fazla tayin edilmesi yolsuz ve bu itibarla temyiz itirazları ve tebliğname münderecatı yerinde olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına 6-7-938 günde oy birliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesi Esas No: 4052. Karar No: 4815. Tebliğname 2583-1

---

237. T. TEMYIZ MAHKEMESİ III. C. D.

Hâkimler K. nun 99 uncu maddesi son fıkrası T. C. k. nun tevfikan iftira suçunu teşkil eden hadiselere kabili tatbik değildir.

Mezkûr fıkra ancak hâkimlere inzibatî muamele tatbikını istilzam eden istinatlar hakkında kabili tatbiktir.

Hendek ceza hâkimi Ali Saip Güveliye iftira etmekten maznun Kocaeli meclisi umumisi azasından Hendekli Ahmet bayrakcı hakkında asliye ceza hâkimi sıfatile hukuk hâkimi tarafından görülmekte olan davanın diğer bir mahkemeye nakli maznun tarafından istenmesi üzerine yüksek vazifeli mahkeme sıfatile Adapazarı ağır ceza mahkemesince mezkûr davanın

Düzce asliye ceza mahkemesine nakline 30-4-938 gününde karar verilerek tevdi olunduğu Düzce asliye ceza mahkemesince de: Bu davanın rüyeti hâkimler kanununun 99 uncu maddesine göre ağır ceza mahkemesinin salâhiyeti dahilinde olmakla beraber Adapazarı ağır ceza mahkemesinin kaza mıntakası haricindeki bir mahkemeye dava nakline salâhiyeti de bulunmadığından 1-6-938 gününde karar verilmek suretile bu iki mahkeme arasında hasıl olan ihtilâfın halli için Adapazarı C. M. U. liğinden gönderilen evrak C. Baş M. U. liğinin; davayı nakleden merci ile dava kendisine naklolunan mahkeme arasında merci tayini ihtilâfı mevzuubahs olmayacağından evrakın tetkiksiz yerine gönderilmesi isteğini havi tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü.

İftira davasına esas olan ihbarname müeddası sübutu halinde hâkim aleyhine ceza takibatını istilzam edecek olan bazı mevaddı dahi ihtiva etmekte olmasına ve hâkimler kanununun 99 uncu maddesinde istisnaen gösterilen muhâkeme mercii, münhasıran inzibatî cezayı istilzam edebilen isnadata mâtuf olup ceza kanununca takibatı gereklendiren isnadatın umumî hükümler dairesinde tabi bulunduğu takibat mercilerine şamil bulunmamasına göre Düzce asliye ceza hâkimliği kararında bu davanın ağır ceza mahkemesinde görülmesi lüzumunu tazammun eden mucip sebep yerinde olmadığı gibi dava kendisine naklolunan merciin davayı nakleden merci kararına ademi ittibaa da salâhiyeti bulunmadığı cihetle mezkûr Düzce mahkemesinin vazifesizlik kararı yolunda değilse de, diğer cihetten Hendek hukuk hâkimince görülen iftira davası hakkında maznun tarafından verilen istida, hukuk hâkiminin şahsına mâtuf her hangi bir sebeple reddini natık olmayıp belki bu davanın ağır ceza mahkemesince görülmesi lâzımgeleceğine ve bir de hâdisede davacı bulunan ceza hâkiminin hâlü mevkii bakımından şahitler üzerine manevi nüfuzunu kullanması ihtimalinden münbeis şüpheyi daî hâlü sebebin vücuduna ve M. U. nin de bitaraf olmadığına müstenit bulunmasına ve davayı gören hâkimin şahsına kabili atfolmayan her hangi sebep reddi müstelzim olamayacağı gibi M. U. nin bitarafane hareket etmemesi iddiası da red sebebi olamayacağına mebni hâdisede red yolu ile nakle mesnet olabilecek bir sebep bulunmadığı ve hâkimin şahsına mâtuf olmayan şüpheyi daî hareketlerse; tarafların talep ve istidalarile nakli mucip kanunî sebeplerden olamayıp olsa olsa mahiyeti icabettirdiği

1238

yerlerde âmme emniyeti noktasından nakli gereklendirebileceği ve bunu talep hakkı da adliye vekâletine ait bulunduğu cihetle Adapazarı ağır ceza mahkemesince 14 üncü maddeye müsteniden nakle medar olarak bir sebebin fıkdanı nazara alınmaksızın ve işte kabili mülâhaza olacak şüpheyi dai hâlin hâkimin şahsına mâtuf bulunmadığı düşünülmeksizin yalınız âmme emniyeti mülâhazasına yer verip veremeyeceği noktasından münaşaka mevzuu olabilecek bir sebebe tevfikan nakle karar itasında ve mamafı usulün 29 uncu maddesinin mevzuubahs olamacayağı hallerde 14 üncü maddesine istinad edecek sebeplerden dolayı ağır ceza mahkemelerince nakil kararı itası salâhiyeti ancak kaza daireleri dahilindeki mahkemelere maksur olup haricine çıkılmazken mezkûr ağır ceza mahkemesince bu cihet dahi nazara alınmaksızın davanın Adapazarı mahkemesinde görülememesi ihtimâline binaen kazası haricinde bulunan Düzce mahkemesine naklinde de isabet bulunmadığından her iki mahkeme kararları aleyhine yazılı emir yoluna gidilmek üzere vaziyeti hazırası itibarile tayini merci yolile hallolunabilecek işlerden olmayan dava dosyasının Baş M. U. liğe iadesine 5-7-938 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Temyiz mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesi Esas No: 4256 karar No: 4770 tebliğname 2583-5

---

238. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III C. D.

Orman idaresi usulen müdahil sıfatını iktisab ettiği takdirde ancak davayı temyiz edebilr.

Ruhsatsız odun nakletmekten maznun Mustafa hakkında yapılan duruşma sonunda: beraetine dair Samsun S. C. H.den verilen 17-5-938 günlü

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

1239

hüküm; Orman İdaresi tarafından temyiz olunmasından dolayı mahallinden gönderilen evrak Baş M. U.liğin 2-7-938 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okundu:

Müdahil sifatını almamış olan idarenin davayı temyize salâhiyeti olmadığından temyiz istidasının reddine ve depo parasının geri verilmesine ve 400 kuruş temyiz harcının idareden alınmasına 6-7-938 gününde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesi Esas No. 4288 Karar No. 4816 Tebliğname 3053-3

---

239. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III C. D.

Fuhuşla mücadele nizamnamesinin 42 inci maddesinin tatbik edileceği hadiselere ayrıca hıfzıssıhha kanununun 282 inci maddesi kabili tatbik değildir.

Mecbur bulunduğu hafta muayenesine gitmemekten maznun Fatmanın Umumî Hıfzıssıhha kanunun 282 inci maddesi mucibince 3 gün hafif hapis ve 5 lira hafif para cezasiyle mahkûmiyetine dair İstanbul asliye 4 üncü ceza mahkemesinden 13-7-937 tarihile verilip kat'ileşen hükme karşı Adliye Vekilliğinden verilen 30-6-938 tarih ve 1565-1193 sayılı yazılı emir üzerine bu işe ait evrak C.Baş M. U.liğinin 7-7-938 gün ve 897 No.lu tebliğnamesiyle daireye verilmekle okundu:

Yazılı emre dayanan tebliğname münderecatı:

Hafta muayenesine veya tedaviye gelmeyen umumî kadınların zorla getirileceği ve cebrî tedavi ve tecride tâbi tutulacakları ve tekerrür halinde umumî evlerden birine raptının temin edileceği Fuhuşla Mücadele nizamnamesinin 42 inci maddesi sarahatından bulunmasına ve mezkûr nizamnamenin 22 inci maddesinde yazılı mecburiyete işbu 42 inci medde ile müey-

1240