Adliye Ceridesi

T. C.
Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Yirmi Dokuzuncu Sene
9 uncu Sayı

ANKARA
Hapishane Matbaası
1 9 3 8

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

473

İÇİNDEKİLER

No:		Sahife No:
	Tamimler . . . . . (F: 1, 2)	1227
66	Medenî kanunumuzun 88 inci maddesinin değiştirilmesi münasebetile . . . . . *(Sâdi SAĞNAK)*	1259
67	Alman — Italyan Hukuk kongresi. . . . . *(Çeviren: Arif AKGÜÇ)*	1274
68	Iradenin medenî hukuktaki ehemmiyeti. . . . . *(S. Ş. ANSAY)*	1277
69	Hukukî muamelelerde illet, illetden tecrid ve illetsizlik . *(Dr. Ferid AYİTER)*	1290
70	Avusturyada mahallî hapishaneler . . . . . *(Çeviren: Adil MÜSTECABLIOĞLU)*	1313
71	Amerika Birleşik Devletlerinde Jürinin geçirmiş olduğu ıslahat . . . . . *(Çeviren: Hafiz Z. BAŞAK)*	1320
72	Muâsır mevzuatta « Kanunsuz ceza olmaz » kaidesi . . *(Çeviren: Sadık TÜZEL)*	1326
73	Üçüncü beynelmilel hukuku ceza kongresi . . . . . *(Çeviren: Tarık E. YENİSEY)*	1354
74	Tatbikat notları ve her işe bakan mahkemelerde vazife itirazı. *(Ali Şevki ERKÜN)*	1381
75	Içtihadın, hukuk bilgilerinin inkişafında; kanunların tamamlanmalarında oynadığı önemli rol	1390
76	Tababeti Adliye ve ehemmiyeti « Konferans » . . . . *(Dr. Şakir TURAL)*	1410
77	Hukukî bir eser münasebetile . . . . . *(Sadık TÜZEL)*	1414
	Türk Temyiz Mahkemesi kararları ceza kısmı . .	F: 17,18
	Türk Temyiz Mahkemesi kararları hukuk kısmı . .	F: 17,18

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.

426

(Mabaad)

Tarihi: 8-4-938

Numara: Genel 44
Özel 17

C. M. umumiliğine

Orman suçlarından dolayı tutulan nakil vasıtalarının, bilhassa hayvanatı bakariyenin, bazı yerlerde Belediyelere tevdi edilerek duruşmanın hitamına kadar günlerce hanlarda kaldıkları ve bu suretle hayvanların telef olarak veya telef olacak derecede zaif düşerek kıymetlerine noksan tari almakda bulunduğu gibi bir çok ahvalde de bakım masrafları hayvanların kıymetini geçmekde ve bu sebeple de Belediyeler ve hancılarla hayvan sahipleri ve Adliye arasında itilâflar hususle gelmekde olduğu cari muhaberelerden anlaşılmışdır.

Orman suçlarından dolayı tutulan orman mahsullerile nakil vasıtalarından çürüyecek ve bozulacak olanlarla muhafazası müşkül bulunanların sulh mahkemesi kararıyle satılması ve masraflar çıkdıkdan sonra geri kalan paranın emaneten Bankaya yatırılması Orman kanununun 127 inci maddesi hükmü iktizasındadır.

Tutulan Orman mahsulleriyle nakil vasıtalarından çürüyecek ve bozulacak olanlar ile muhafazası müşkül bulunanların birer birer sayılması mümkün olmadığından, bu cihet maddede tasrih edilmeyerek hâkimin takdirine bırakılmışdır. Hâkim mahallî hususiyetleri ve iktisadî icapları ve bilhassa muhafazası lâzımgelen nakil vasıtasının kıymeti ile duruşma neticesine kadar emaneten muhafazasının istilzam edeceği masraflar göz önünde tutularak iktiza ettiği suretde mezkûr hayvanların kanun hükümleri dairesinde satılması ve bu suretle idare ve hayvan sahiplerinin zarardan korunmalarının temini tamimen bildirilir ve keyfiyetin ilgililere de bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: 5-1-938

Numara: Genel 6
Özel 3

Kayseri C. M. umumiliğine

18-12-938 gün ve 1190 sayılı yazı K:

Meşhud suçların muhakeme usulüne dair olan "3005„ sayılı kanunun şümulüne girmeyen hâdiselerde Umumi hükümlere tevfikan muamele yapılması iktiza eder.

İlk tahkikat yapılmayan işlerde M. Umuminin iddianamesinin celbname ile birlikde maznuna bildirileceği ve celbnamenin tebliğile duruşma günü arasında en aşağı bir hafta geçmesi lâzım geleceği ceza muhakemeleri usulü kanununun 208 ve 210 uncu maddelerinde tasrih edilmiş bulunmasına göre, iddianame ile birlikde mahkemeye mevcutlu iş verilmek suretile hukuku âmme davasının açılması caiz değildir. Bu takdirde mevcuden M. Umumiliğe teslim edilmiş olan maznunun tevkifine lüzum görülürse, evvelemirde sorgusu yapılarak tevkif veya ademi tevkifine karar verilmek üzere sulh hâkimine gönderilmesi lâzımdır.

475

Ancak sulh işlerinde maznunun iddianamesinin tebliğine lüzum olmadığından yalnız bu işlerde tanzim edilecek iddianame ile birlikte suçlunun sulh mahkemesine verilebileceği bildirilir.

*
* *

Tarihi: 6-1-1938

Numara: Genel 6
Özel 2

Akşehir C. M. umumiliğine

23-12-937 gün ve 1920/628 sayılı yazı K:

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 64 üncü maddesinin sarih hükmüne nazaran, hâkim veya C. M. Umumisi tarafından davet olunan her şahidin kaybettiği vakit ile mütenasip bir tazminat istihsaline hakkı olduğu gibi şahid hazır olmak için seyahat etmeğe mecbur olmuşsa yol masrafile şahidliğe davet olunduğu mahaldeki ikamet masrafını dahi alacağı cihetle talep vukuunda mezkûr tazminat ve masrafların madde tasrih edildiği veçhile Devlet hazinesinden verilmesi lâzımdır.

Keyfiyetin istilâmda bulunan mahkeme reisliğine bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: 7-1-938
Numara: Genel 9
Özel 4

Isparta C. M. Umumiliğine

28-12-937 gün ve 971 sayılı yazı K:

Adlî takip üzerine veya şair suretlerle hükûmetce zabt ve müsadere edilen silâhların, taşınması yasak olsun olmasın millî müdafaa bakanlığı emrine verileceği 2637 numaralı kanunun 4 üncü maddesinde tasrih edilmişdir.

Adlî emanet dairelerinde bulunan her hangi bir şahidin mezkûr 4 üncü maddenin hükmü haricinde her hangi bir makam ve memura muvakkaten dahi olsa verilemiyeceği bildirilir

*
* *

Tarihi: 10-1-938
Numara: Genel 27
Özel 1

Samsun C. M. U. liğine

14-12-937 gün ve 6654/1166 sayılı yazı K:

Eşini tahkir ettiğinden bahsile, Sinop gümrük muhafaza kısım âmiri Ali Öz-

476

türk hakkında takibat icrası ve 500 lira manevi zararın kendisinden alınması talebini havi Samsun Gümrük muhafaza memuru Ahmed Yücetürk imzasiyle memuriyetinize verilen 14-10-937 günlü dava arzuhali ve teferruatı kâğıtlar tetkik olundu.

Adliye harç tarifesi kanununun 7 inci maddesi hukuk davalarından alınacak peşin harçlardan bâhis olup bu maddenin ceza davalarına şümulü yokdur. Neticede mahkemece manevî zarar karşılığı olarak para hükmedildiği suretde hükmedilen para nisbetinde Adliye harç tarifesi kanununun 67 inci maddesi delâletile 19 uncu maddesine tevfikan yalnız nisbî ilâm harcı alınacağına ve mezkûr dava arzuhalinin kaydiye harcı istifa edilmiş bulunmasına göre Sinop C. M. U. liğince ileri sürülen noktai nazar yanlışdır.

Kanun hükümleri dairesinde muamele yapılmak üzere, sözü geçen dava arzuhali ve teferruatı kâğıtlar bağlı olarak geri gönderildi.

*
* *

Tarihi: 10-1-938
Numara: Genel 4
Özel 1

Kayseri C. M. U. liğine

29-12-937 gün ve 1216 sayılı yazı K:

"2330„ sayılı kanunun 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, 1918 sayılı kanun ile zeyil ve tâdilleri ve inhisar kanunları şümulüne giren yalnız para cezasını istilzam eden suçlar hakkında takibat yapılamayacağı zikredilmekte olmasına göre, kaçakcılık suçundan dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte hükmolunan inhisar para cezalarının affın şümulünden hariç olduğu bildirilir.

Ancak bu cezaların ait olduğu idarece, hapis hükmü müstesna olmak üzere tahsili emval kanunu hükümlerine tevfikan tahsili lâzım geldiği halde, gönderilen kâğıtlar arasında mevcut ödeme emrine nazaran Mustafa ve Bilâlın kaçakcılıkdan mahkûm oldukları inhisar para cezasının Kayseri icra memurluğunca tahsiline tevessül edildiği anlaşılmıştır.

Mezkûr para cezasının icra dairesince tahsiline tevessül olunması sebep ve müstenidatının bildirilmesi istenir. Ve gönderilen kâğıtlar bağlı olarak geri çevrildi.

*
* *

Tarihi: 10-1-983
Numara: Genel 16
Özel 7

Çankırı C. M. U. liğine

27-12-937 gün ve 710 sayılı yazıya K:

Türk ceza kanununun 521 inci maddesine uyan suçlarda takibat icrası şikâyete bağlı aklalmo beraber, ceza muhakemeleri usulü kanununun 344 üncü madde-

sinde yazılı olmadığı cihetle mezkûr 521 inci maddeye uyan hâdiselerde davacının gelmemesi halinde ceza usulünün 361 inci maddesi tatbik olunamaz. Bu takdirde davanın hukuku âmme namına takip ve intacı iktiza eder.

Binaenaleyh Hayvan öldürmekden maznun Feride ve Hayvan ayağı kırmakdan maznun Şakir haklarında Çerkeş sulh kâkimliğince yapılan duruşma sonunda beraetlerine karar verilmiş olmasına göre, temyiz mahkemesinin bozma kararlarında kanuna uymayan bir cihet görülememiştir.

Keyfiyetin Çerkeş sulh ceza hâkimliğine bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: *10-1-938*
Numara: *Genel:* *17*
Özel: *6*

Çankırı C. M. U. liğine

27-12-937 gün ve 71 sayılı yazı K:

Yazınıza bağlı Çerkeş ceza hâkimliğinin 18-12-937 gün ve 33 sayılı yazısında sözü geçen hadisede şahsî davacı bir şahısdan ibaret olup müteaddit olmamasına ve duruşmanın başlamasından evvel şahsî davadan vaz geçilmiş bulunmasına göre, davacıdan adliye harç tarifesi kanununun 60 ıncı maddesine tevfikan 80 kuruş harç alınması lâzım gelirken hadiseye tatbik kabiliyeti olmayan 61 inci madde ile harcın arttırılması doğru değildir.

Temyiz mahkemesi 2 inci caza dairesinin 26-11-937 tarihli kararında kanuna uymayan bir cihet bulunmadığının adı geçen hâkimliğe bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: *15-1-938*
Numara: *Genel:* *30*
Özel: *11*

Antalya C. M. U. liğine

6-1-938 gün ve 20 sayılı yazı K:

Vazife sırasında kâtibini tahkir etmekden suçlu Sıtma mücadele hey'eti reisi doktor Mehmed Rıza Erksan hakkında Temyiz mahkemesi dördüncü ceza dairesinden sadır olan 14-9-937 tarihli ilâmın suçlunun sıfatına taallûk eden bozma sebebi, mahallî hâkimliğinin ısrarına binaen ceza hay'eti umumiyesince tetkik olunarak ittihaz olunan 27-12-937 tarihli kararla ref'edilmiş olduğundan, artık ortada tevhidi ictihadı mucib mübayenetin mevcudiyeti mevzuubahsolamaz.

Türk kanununun 279 uncu maddesi tatbika münhasır olmasına ve suçlunun mücadele hey'eti reisliği vazifesini ücretle ifa etmekde bulunmasına nazaran, temyiz mahkemesi C. U. hey'etinin mezkûr kararında kanuna uymayan bir cihet görülemediği ve keyfiyetin tamime değer mahiyetde dahi bulunmadığı bildirilir.

*
* *

Tarihi: *15-1-938*
Numara: *Genel: 7* *Özel: 2*

Bergama C. M. U. liğine

7-1-938 gün ve 20 sayılı yazı K:

Emniyeti umumiye idaresinin nezareti altına alınmak cezası mahkûmların suç işlemelerine mani olmak maksadile alınmış bir zabıta tedbirinden ibaret olmasına ve bu cezanın 825 sayılı kanunun 12 inci maddesi hükmü dairesinde infazı lâzımgeleceğine göre, emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurulmak cezasına mahkûm olub bu ceza infaz edilmeden askere alınan şahısların, silâh altında bulundukları müddet içinde bu cezanın infaz edilmiş sayılması caiz değildir.

Bununla beraber mezkûr ceza askerlik vazifesinin teehhürüne sebep olmayacağından, terhisi müteakip infaz edilmesi iktiza eder.

Keyfiyetin istilâmda bulunan muavin Cevdet Karaağaca bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: *17-1-938*
Numara: *Genel: 23* *Özel: 6*

Ordu C. M. U liğine

6-1-938 gün ve 30/9 sayılı yazı K:

Gönderilen kağıtlara nazaran, kaçak sigara kağıdı ve tütün maddelerinden maznun Dursunun yirmişer liradan 40 lira hafif para cezasına mahkûmiyetine dair inhisar tayini ceza komsiyonunca verilen 7-9-933 tarihli kararın mumaileyh Dursuna 30-1-936 tarihinde askerden avdet ettikden sonra tebliğ edilerek kanun yoluna müracaat etmemek suretile 15-12-936 tarihinde kat'ileştiği anlaşılmaktadır.

Gerçi 23-3-936 tarihinde mahkûma tebliğ edilmiş olan ödeme emri ceza müruru zamanını inkıtaa uğratmış ise de, inkıta tarihinden haciz zabıt varakasının tanzim edildiği 8-12-937 tarihine kadar on sekiz aydan fazla bir müddet geçmiş olmasına ve hüküm olunan para cezasının nevile bu gibi içtimaan verilen para cezalarında müruru zaman her ceza üzerinden ayrı ayrı hesab edileceğine nazaran hadisede Türk ceza kanununun 112 inci maddesinin 6 ıncı bendinde yazılı on sekiz aylık ceza müruru zamanının tahakkuk etmiş olduğu mütalâatan bildirilir.

Mumaileyh Dursuna ait kâğıtlar bağlı olarak geri gönderildi.

*
* *

Tarihi: *17-1-1938*
Numara: *Genel:8* *Özel: 2*

Gürün C. M. U. liğine

22-12-937 gün ve 2836 sayılı yazı K:

Taşınması yasak olmayan silâhların alım ve satımı hakkındaki 2637 sayılı kanunun 4 üncü maddesinin mutlak hükmüne nazaran, yasak olmayan silâhların şehir ve kasaba dışında dahi taşınabilmesi için merciinden ruhsat alınması ve hilâfına hareket edenlerin silâhlarının zabıtaca zabtolunarak Millî Müdafaa Vekâleti emrine verilmesi gerekli olduğu anlaşılmaktadır.

Şehir ve kasaba dışında ruhsatsız gayri memnu silâh taşırken zabıtaca yakalanarak adliyeye teslim edilmiş olan kimselerin, Türk ceza kanununun 549 uncu maddesile mevzu şartlar dahilinde taşımamış olduklarından bahsile beraetlerine karar verilmiş olsa dahi silâhlarının Millî Müdafaa Vekilliği emrine verilmek üzere zabıtaya iadesi lâzım geleceği ve kanunun sarih icabı olan bu noktai nazara temyiz baş. M.U. liğininde iştirâk etmekte olduğu bildirilir.

*
* *

Tarihi: *20-1-1938*
Numara: *Genel:* *Özel: 13*

Hapisaneler U. müdürlüğüne

14-1-938 gün ve 7 sayılı yazı K:

Ceza evleri hekimlerinin ve bulunmayan yerlerde hükûmet ve belediye tabiblerinin, idaresi Adliyeye ait bulunan ceza evlerinde, nizamnamenin 48 inci maddesi mucibince ifasile mükellef bulundukları vazifelerden mütevellit veya bu vazifelerini ifa sırasında vukua getirdikleri suçlarından dolayı ceza M.U.K. 154 üncü maddesinin (kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen Adliyeye müteallik vazife veya işlerde) diye yazılı bulunan fıkrası hükmüne tevfikan doğrudan doğruya takibat icrası lâzım geleceği mütalâa kılınmaktadır.

*
* *

Tarihi: *22-1-938*
Numara: *Genel: 379* *Özel: 14*

Kayseri C. M. Umumiliğine

Ceza işleri 14 Sayılıdır.

19-1-938 gün ve 76 sayılı yazı K:

Beraet kararile neticelenen bir suçdan dolayı maznunun mevkuf kaldığı

480

müddetin bilahere işlediği diğer bir suçdan kat'ileşmiş mahkûmiyetine mahsubu muvafık değildir. Ancak beraet ettiği suçdan mevkuf bulunduğu sırada başka suçdan dolayı verilmiş ve kat'ileşmiş mahkûmiyet ilâmı mevcut olduğu takdirde bu ilâmın kat'ileşdiği tarihten itibaren mevzuu bahis mevkufiyetin mahkûmiyetine mahsubu muvafık olacağı mütalâaten arzolunur.

Mahaza muayyen hadise mevcut ise bu hususda mahkemeden karar alınması ve sonunun bildirilmesi.

*
* *

Tarihi: *26-1-938*
Numara: *Genel 49*
Özel 15

Malatya C. M. Umumiliğine

13-1-938 gün ve 45/10 sayılı yazı K:

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 22 inci maddesinin dahil bulunduğu üçüncü faslın ünvanı (Hâkimin davaya bakmaması ve reddi diye yazılı bulunmasına göre, mezkûr maddenin ikinci fıkrası, tahkikatını yaptıkları ve kararını verdikleri davanın muhakemesinde hâkimlerininin ancak hâkim sıfatiyle bulunmalarını men etmişdir.

Gerek sorgu hâkimlerinin ve gerek bunlara vekâleten baş kâtiplerin ilk tahkikatını yaptıkları davalarda M. Umumî sıfatile bulunmalarını men eden bir kanun hükmü bulunmadığı cihetle, mütalâanız muvafık görülmüşdür.

*
* *

Tarihi: *26-1-938*
Numara: *Genel 18*
Özel

Hapisaneler Umum müdürlüğüne

12-1-938 gün ve 4 sayılı yazı K:

Ceza kanununun mevkii mer'iyete vaz'ına müteallik kanunun 7 inci maddesi hükmüne göre, para cezasından çevrilme hapis ve hafif hapis cezasına mahkûm şahısların çalıştırılmaları için Vekâletten izin istihsaline lüzum yoktur.

Madde: Mahkûmun kendisine gösterilecek hizmeti ifa için müddeiumumi tarafından tayin olunan günde isbatı vücuda mecbur olduğu ve gelmediği takdirde ilâm hükmünün hapsen infaz olunacağı tasrihedilmiş olmasına nazaran, iş haricinde mahkûmun serbest bulundurulması iktiza eder.

Mezkûr madde mevzuubahis talimatname henüz yapılmamış olduğundan, çalışma ücretinin mahallî rayice göre tayini lâzım geleceği ve bu hususlarda dairelerince serdolunan mütalâaya dairemizin de iştirâk etmekte olduğu bildirilir.

* *
*

Tarihi: 27-1-938
Numara: Genel 41
Özel 20

Burhaniye C. M. U. liğine

11-1-938 gün ve 933/46 sayılı yazı K:

Aslında dört fıkradan ibaret olan Türk ceza kanununun 456 ıncı maddesine beşinci olarak, 2275 sayılı kanunla bir fıkra daha ilâve edilmişdir. İlâve edilen bu fıkra, kendisine tekadüm eden dördüncü fıkrada yazılı suçun 457 inci maddede zikrolunan vasıtalarla işlenmesi halinde takibat icrasının şikâyete bağlı olmadığını göstermekde ve münhasıran takip usulüne mütedair hükmü ihtiva etmektedir.

Binaenaleyh 459 uncu maddenin "1„ numaralı bendinde mevzuubahs olan 456 ıncı maddenin son fıkrasından murad, ilâve edilen mezkûr bişinci fıkra olmayup bundan evvelki dördüncü yani aslındaki son fıkra olduğu bildirilir.

*
* *

Tarihi: 1-2-938
Numara: Genel 120
Özel 45

Manise C. M. U. liğine

20-1-938 gün ve 94 sayılı yazı K:

Takibat icrası için merciinden mezuniyet istihsalinden evvel maznunun sorguya çekilmeyeceği 1609 sayılı kanunun birinci maddesinin ikinci fıkrası hükmü iktizasındandır. Maznunun gaybubeti hali müstesna olmak üzere, sorguya çekilmeden önce bir kimsenin tevkif ediiemeyeceği de ahkâmı umumiyeden bulunduğundan, mezkûr kanunun şümulüne giren suçlarından dolayı. merciince takibat icrası için müsaade verilmezden evvel, maznun memurların sulh hâkimliğince sorguya çekilmeleri ve tevkiflerine karar verilmesi caiz değildir.

Keyfiyetin istilâmda bulunan Akhisar C. M. U. liğine bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi. 1-2-938
Numara: Genel 120
Özel 36

Konya C. M. U. liğine

24-1-938 gün ve 80 sayılı yazı K:

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 287 inci maddesinde, kanunda hilâfı yazılmış olmadıkca asliye mahkemesi reisi veya hâkimi ve sulh hâkiminin duruşmaya taallûk etmeyen kararları aleyhine itiraz olunabileceği yazılıdır. Sorgu hâkimliğince verilen ve ancak reis veya hâkimin tasdikile tekemmül eden muhakeme-

den men kararları aleyhine 203 üncü maddesi mucibince itiraz olunabileceğinden, bu itiraz aynı zamanda reis veya hâkimin tasdik kararı hakkında da itirazı tazammun eder.

Keyfiyetin ağır ceza reisliğine bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: 7-2-938

Numara: Genel: 78
Özel: 25

Çanakkale C. M. U.liğine

20-1-938 gün ve 19 sayılı yazı K:

Şahsî dava yolile takip olunan işler haricinde sulh mahkemelerinin vazifelerine giren davalarda hukuku âmma davasının C.M.U. liğinin iddianamesile açılacağı ceza muhakemeleri usulü kanununda yapılan son tadilâtla kabul edilmiş olduğundan, yalnız sulh hâkimi bulunan kaza ve nahiyelerde bu hâkimlerce yapılacak veya yaptırılacak hazırlık tahkikatı evrakının mensup oldukları asliye mahkemesi C.M.U. lerine gönderilmesi ve bu M.U. liklerce de lüzum görülürse iddianame tanzimi suretile hukuku âmme davası açılarak evrakın mezkûr hâkimliğe iadesi iktiza eder. O suretle muamele yapılması bildirilir.

*
* *

Tarihi: 7-2-938

Numara: Genel: 61
Özel: 23

Burdur C. M. U. liğine

Kaçak rakı maddesinden dolayı Burdur ihtisas mahkemesince "6„ ay hapis ve para cezasına mahkûm edilmiş olan konak mahallesinden Kabaş İbrahim oğlu Hasana ait ilâmın, para cezasının tahsili için inhisar idaresince vukubulan talebe rağmen, harç tarifesi kanununun 39 uncu maddesi mucibince suret harcına tâbi olduğundan bahsile ceza hâkimliğince verilmediği haber alınmıştır.

"1918„ sayılı kanunun, 2271 sayılı kanunla değiştirilen 66 ıncı ve 2550 sayılı kanunla değiştirilen 57 inci maddeleri hükümlerine nazaran resen takib ve muhakeme olunan kaçakcılık suçlarından dolayı hükmolunan para cezalarının tahsili için ilâmın inhisar idaresine kezalik resen verilmesi lâzımdır. Harç tarifesi kanununun 66 ıncı meddesinin muhalif mefhumuna nazaran da resen verilen suretler harca tâbi değildir. Şu hale nazaran resen verilmesi lâzım gelen ilâmın talebe rağmen verilmemesi kanunun açık hükümlerine muhaliftir.

İnhisar idaresince istenilen ilâmın harç aranılmaksızın acele verilmesi lüzumunun ceza hâkimliğine tebliği ve sonunun bildirilmesi istenir.

*
* *

483

Tarihi: 7 2-938

Numara: Genel: 78
Özel: 29

Kayseri C. M. U. liğine

28-1-938 gün ve 102 sayılı yazı K:

Sıtma mücadele kanununun, ceza hükümlerini ihtiva eden 17 inci maddesinden ilk fıkrası mucibince müstakillen hafif para cezasını istilzam eden suçlar da dahil olmak üzere sulh mahkemesince rüyet edilmesi icabeder.

Kanunlarımız 7 inci cild 242 inci sahifesinde münderiç 16-3-932 tarihli tevhidi içtihat kararının da bu merkezde bulunduğu bildirilir.

*
* *

Tarihi: 7-2-938

Numara: Genel: 136
Özel: 401

Konya C. M. U. liğine

20-1-938 gün ve 65 sayılı yazı K:

Bozkır kazasında bazı daire ve evlerin jandarma santral ve telefon makine ve malzemesinden istifade ettirilmesinde adliyeyi ilgilendiren bir cihet görülememişdir. Hâdise suç teşkil ediyorsa bu da ilgili makam ve memurların vazifeleriyle alâkadar olduğundan ait olduğu makama verilmek üzere gönderilen kâğıtlar bağlı olarak iade olunur.

*
* *

Tarihi: 7-2-938

Numara: Genel: 82
Özel: 38

Trabzon C. M. U liğine

30-12-937 gün ve 1011/15388 sayılı yazı K:

Tazminat kabilinden olan para cezalarından yaşdan dolayı tenzilât yapılacağına ve yapılamıyacağına dair temyiz mahkemesince verilmiş olan mübayin ilâmların tevhidi içtihada sevki daha evvel C. B. M. U. liğine yazılmışdı.

Alınan karşılık yazıda "3„ üncü ceza dairesi, yaşdan dolayı tenzilât yapılacağına dair olan içtihadını tebdil etmiş olduğundan tevhidi içtihadı mucip ihtilâf mevcut olmadığı bildirilmişdir.

Şu hale nazaran mevzuubahs para cezalarının yaşdan dolayı takibat yapılmaksızın tamamen tahsili veya hapse tahvili iktiza edeceği bildirilir.

Gönderilen kâgıtlar bağlı olarak geri gönderildi.

*
* *

484

Tarihi: 8-2-938
Numara: Genel 38
Özel 18

Vezirköprü C. M. U. liğine

21-1-938 gün ve 33 sayılı yazı K:

Memurin muhakematı hakkındaki kanun hükümlerine tevfikan yapılan tahkikat ilk tahkikat mahiyetinde bulunduğundan, bu tahkikat esnasında maznunun sorguya çekilmesi ceza kanununun 104 üncü maddesi mucibince hukuku âmme müruru zamanını keser ancak 1609 sayılı kanunun şümulüne giren işlerde idarî makamların yapacakları tahkikat ihzarî mahiyette olduğundan ve ancak hukuku âmme davası açıldıktan sonra yapılan muameleler müruru zamanı keseceğinden hazırlık tahkikatındaki diğer muameleler gibi maznunun muhakkik tarafından sorguya çekilmesi hukuku âmme müruru zamanını kesmez.

Hatta hazırlık tahkikatı sırasında kaza salâhiyetini haiz merciler tarafından yapılan maznunun sorguya çekilmesi gibi muameleler dahi yapılan muamele idarî mahiyette olduğundan ve âmme davası açılmadan kazai muamelâtın vukuuna imkân bulunmadığından hukuku âmme müruru zamanı kesmez.

*
* *

Tarihi: 9-2-938
Numara: Genel: 86
Özel: 25

Malatya C. M. U. liğine

22-1-938 gün ve 74/11 sayılı yazı K:

Adam öldürmekden mahkûm Abdullah hakkındaki Temyiz mahkemesi birinci ceza dairesinin 30-3-937 tarihli ilâmında sözü geçen tevhidi içtihad kararı, affın şümulüne dahil geçmiş mahkûmiyetlerin tekerrüre esas olamayacağı merkezindedir.

İstisnai hükümleri ihtiva eden 11 inci maddenin "B„ fıkrasında diğer cürümlerden her hangi birile ikiden fazla mahkûm olanların afdan istifade edemiyecekleri tasrih edilmiş olmasına ve mumaileyh Abdullahın son işlediği adam öldürme cürmünden evvel 340-938 senelerinde ikiden fazla infaz edilmiş mahkûmiyeti bulunmasına göre, kendisinin af kanunundan istifade edemiyeceğine dair mahkemece ve Temyiz mahkemesince serdolunan noktai nazarlarda kanuna uymayan bir cihet görülememiştir.

Keyfiyetin mahkûm Abdullaha anlatılarak alınacak imzalı kağıdın gönderilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: *10-2-1938*
Numara: *Genel: 78*
Özel: 26

Kütahya C. M. Umumiliğne

1-2-938 gün ve 86 sayılı yazı K:

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 295 inci maddesi hükümlerine uygun bir surette Temyiz hakkından feragat halinde karar katileşmiş olacağından, dosyanın Temyiz mahkemesine sevkine lüzum yoktur.

Keyfiyetin; istilâmda bulunan mahkeme baş kâtipliğine bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: *10-2-938*
Numara: *Genel: 521*
Özel: 305

İstanbul C. M. Umumiliğine

2-2-938 gün ve birinci tetkik dairesi 938/951 sayılı yazı K:

Umuru belediyeye müteallik ahkâmı cezaiye hakkındaki kanunun bazı maddelerine muadil 1609 sayılı kanunun birinci maddesi hükmüne göre belediye meclis ve encümenleri hadisenin mahiyetine göre yalnız elli liraya kadar hafif para cezasına karar verebilecekleri gibi yine yalnız üç günden on beş güne kadar ticaret ve san'at icrasına karar verebilirler.

Mezkûr maddede muayyen bir suçdan ve cezasından bahsedilmiş olmayıp belediye meclis ve encümenlerinin salâhiyetlerinden ve ne gibi cezaları verebileceklerinden bahsedilmekte bulunduğundan belediye meclis ve encümenlerinin ayni hadise hakkında hem para cezasına ve hem de ticaret ve sanattan men'e karar veremeyecekleri mütâalaten bildirilir.

*
* *

Tarihi: *26-1-938*
Numara: *Genel: 941*
Özel: 181

Ankara C. M. Umumiliğine

16-2-938 gün ve 3/666 sayılı yazı K:

Müdafii bulunmayan maznunların dosyayı tetkik edebileceklerine ve istedikleri evrakın suretlerini harçsız alabileceklerine dair ceza muhakemeleri usulü kanununda bir sarahat yoksa da, müdafaa hakkında müteallik teminat prensiblerine istinaden müdafaada bulunmuş olan bu hakkın asile tanınmaması hukuki esaslarla kabili telif olamayacağından müdafii bulunmayan maznunların da, mezkûr kanunun

143 üncü maddesile müdafilere tanınmış olan hak ve salâhiyetleri haiz oldukları mütalâaten bildirilir.

*
* *

Tarihi: *10-2-938*
Numara: *Genel:* *Özel: 32*

Hapishaneler U. müdürlüğüne

2-2-938 gün ve 17 sayılı yazı K:

Hapishaneler nizamnamesinin 41 inci maddesinde yazılı fiillerin tatbiki müstelzim bir suç olmadıkları cihetle ceza kanunile bir ilgisi bulumadığı gibi, 42 inci maddesindeki disiplin cezalarının tatbiki de diğer bu kabil cezalar misüllü hâkimler kanununun 122 inci maddesinde yazılı mercie aid olduğu mütalâa edilmektedir.

*
* *

Tarihi: *10-2-938*
Numara: *Genel:* *Özel: 247*

Teftiş Hey'eti Reisliğine

25-1-938 gün ve 692 sayılı yazı K:

Türk ceza kanununun 3038 sayılı kanunla degiştirilen 276 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (veya her hangi bir sebeple vaziyet edilmiş olan malları) diye mutlak hükmü ihtiva eden kısmı ayni zamanda ihtiyati tedbir kararlarının infazına taallûk eden muameleleri de dairei şumulüne almaktadır.

Gayri menkuller hakkındaki ihtiyatî tedbirlere gelince, bir kimsenin, kendisine teslim olunan bir gayri menkulün hukuku tasarrufiyesi mahfuzdur. Gayri menkul kendisine teslim olunan şahıs ancak gayri menkulün mahsul ve menafiini temellük edilir ki bunlar menkul hükümde olduklarından bu hareketleri ceza kanununun 276 ıncı maddesinin şumulüne girer.

*
* *

Tarihi: *21-2-938*
Numara: *Genel: 56* *Özel: 24*

Vezirköprü C. M. U. liğine

9-2-938 gün ve 59 sayılı yazı K:

Mütalâanız muvafık görülmüşdür. Binaenaleyh nakızdan sonra dahi 3005

sayılı kanun hükümlerine tevfikan muamele yapılması lüzumunun, sulh ceza işlerini gören âza Hâdi Dümere tebliği bildirilir.

***

Tarihi: *28-2-938*
Numara: *Genel:* *96* *Özel:* *34*

Bilecik C. M. U. liğine

15-2-938 gün ve 591 sayılı yazı K:

Köy kanunundaki para cezaları iki had arasında mevzu olmakla beraber mücerred günü biten muhtar ve ihtiyar meclisi azalarının vakti zamanında seçilmesini temin gibi intizamı âmme gayesine mâtuf bulunmasına göre, mazkûr kanunun 46 ıncı maddesi delâletiyle 27 inci maddesine tevfikan idare hey'eti kararıyle tayin olunan para cezalarının âmme cezası olduğu ve her ne kadar bu cezanın köy sandığının varidatından bulunduğu 92 inci maddesinde yazılı isede, bir para cezasının her hangi bir yere tahsis edilmesi onun kanuni vasfına müessir olamayacağı cihetle köy kanununun mazkûr 46 ıncı maddesine tevfikan takdir olunan para cezalarının umumi hükümler dairesinde tahsili ve hapse tahvili iktiza eder.

Keyfiyetin istilâmda bulunan Yenişehir C. M. U. liğine bildirilmesi istenir.

***

Tarihi: *28-2-938*
Numara: *Genel:* *206* *Özel:* *69*

Konya ağır ceza mahkemesi Reisliğine

Tarihsiz ve "3" sayılı yazı K:

"1609" sayılı kanunda hilâfına bir hüküm bulunmaması itibarile, bu kanuna tevfikan sorgu hâkimliğince verilen karar aleyhine umumî hükümlere tevfikan itiraz olunabilir. Şu kadar ki mezkûr kanunun şumulüne giren suçlardan dolayı yapılacak takibatda hususi bazı hükümler kabul edilmiş olmasına ve bu cümleden olmak üzere son tahkikatın açılması kararile birlikde maznunun tevkifine karar verilmesi ve mahkemede duruşmanın mevkufen cereyan edeceği mecburi bulunmasına göre, tevkif kararı aleyhine vuku bulan itirazın reddi lâzımdır. Ancak duruşma sırasında mahkeme suçun mahiyet ve vasfının değişdiğini görürse, bu sebebe binaen vereceği bir kararla maznunu serbest bırakabilir.

***

Tarihi: 28-2-938
Numara: Genel: 96
Özel: 34

Bilecik C. M. U. liğine

15-2-938 gün ve 591 sayılı yazı K:

Köy kanununa'aki para cezaları iki had arasında mevzu olmakla beraber mücerred günü biten Muhtar ve ihtiyar meclisi âzalarının vakti zamanında seçilmesini temin gibi intizamı âmme gayesine mâtuf bulunmasına göre, mezkûr kanunun 46 ıncı maddesi delâletile 27 inci maddesine tevfikan İdare heyeti kararile tayin olunan para cezalarının âmme cezası olduğu ve her ne kadar bu cezanın köy sandığının varidatından bulunduğu 92 inci maddesinde yazılı ise de, bir para cezasının her hangi bir yere tahsis edilmesi onun kanunî vasfına müessir olamayacağı cihetle köy kanununun mezkûr 46 ıncı maddesine tevfikan takdir olunan para cezalarının umumî hükümler dairesinde tahsili ve hapse tahvili iktiza eder.

Keyfiyetin istilâmda bulunan Yenişehir C. M. U. liğine bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: 28-2-938
Numara: Genel: 98
Özel 39

Amasya C. M. U. liğine

15-2-938 gün ve 21/168 sayılı yazı K:

Türk ceza kanununun 444 üncü maddesinin ilk kısmında (davadan vaz geçmek hükümden sonra dahi makbuldür) denilmektedir. Buradaki (Hüküm) tabirinden murat kat'î mahkûmiyettir. Netekim maddenin müteakip kısmında bu halde hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarfınazar olur.) diye yazılıdır ki icra ancak kat'i hükümlerde mevzuu bahis olur.

* *
*

Tarihi: 28-2-938
Numara: Genel 210
Özel: 85

Manisa C. M. U. liğine

18-2-938 gün ve 245 sayılı yazı K:

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 124 üncü maddesinden istinbat olunan manaya göre, ilk tahkikat sırasında sorguya çekilen maznunun tevkifine veya tahkikatın gayri mevkuf olarak icrasına karar verilmesi iktiza eder. Karar verilmezden evvel C. M. U. sinin mütalâası alınacağı da 21 inci maddede tasrih edilmiş

olduğundan ilk tahkikat sırasında maznunun sorgusunu müteakip tevkif ve ademi tevkifi hakkında C. M. Umumisinin mütalâasını almak lâzımdır.

Keyfiyetin Akhisar sorgu hâkimliğine bildirilmesi istenir.

***

Tarihi: 2- 3- 938

Numara: *Genel:* 84
Özel: 35

Burhaniye C. M. U. liğine

1-2-938 gün ve 938/142 sayılı yazı K:

Rasim oğlu Mehmedin sonradan işlediği kaçakcılık suçundan dolayı mahkûm olduğu para cezasına aid infazın, adam öldürmek suçundan dolayı evvelce mahkûm olduğu ağır hapis cezasına müteallik infaz muamelesinin hitamına kadar tehir edildiğine dair kanunda bir hüküm yoktur; Mahkûmun mezkûr para cezasını ödemekde aczi tahakkuk ettiği suretde çevrilecek hafif hapis cezasının mürurü zamana uğramasına mahal verilmemek üzere, adam öldürmekden dolayı verilip infaz edilmekde olan ağır hapis cezasına tercihan infazı iktiza edeceği bildirilir.

***

Tarihi: 2-3-938

Numara: *Genel:* 155
Özel: 110

Urfa C. M. U. liğine

2- 2- 938 gün ve 87 sayılı yazı K:

Tahsili emval kanununun hapsen tazyik hükmü cezai mahiyeti haiz olmadığından bu hükmün infazını teminen mükellefin yakalanması için evinde veya sair icabeden yerlerde arama icrasında adliyeyi ilgilendiren bir cihet yoktur.

Keyfiyetin istilâmda bulunan Birecik hâkimliğine bildirilmesi istenir.

***

Tarihi: 2-3-938

Numara: *Genel:* 34
Özel: 17

Bitlis C. M. Umumiliğine

9-2-938 gün ve 41 sayılı yazı K:

Ceza muhakemeleri usulü kanununa göre ağır cezayı müstelzim suçlarda her hangi bir sebep ve suretle gıyaben duruşma icrası caiz değildir.

490

Mezkûr kanunun 224 üncü maddesinin son fıkrası hükmü ağır cezalı cürümlerin gayri suçlarda evvelce sorguya çekilmiş olan ve artık huzuruna mahkemece lüzum görülmeyen maznunlar hakkında cari olup bunun da tamamen mahkemenin takdirine ait bulunduğu bildirilir.

*
* *

Tarihi: 2-3-938
Numara: Genel: 447
Özel: 202

İzmir C. M. umumiliğine

"3005„ Sayılı kanuna ait talimatnamenin "33„ üncü maddasinde; C.M.U. lerinin şahsî dava yoluyla takip olunan suçlardan dolayı ancak âmme menfaati gördükleri takdirde hukuku âmme davasını açacakları, aksi suretde ceza muhakemeleri usulü kanununun 350 inci ve müteakip maddeleri mucibince dava açabileceklerinin suçdan zarar gören kimselere bildirilecekleri yazılıdır.

Şu hale nazaran, mezkûr suçlardan dolayı C.M.U. liğince âmme menfaatı görülmeyerek hukuku âmme davası açılmadığı suretde suçdan zarar gören kimseler ceza muhakemeleri usulü kanununun 350 inci ve müteakip maddeleri dairesinde davayı ikame ve takibedebilirler

Keyfiyetin Seferihisar C. M. Umumiliğine ve hâkimliğine bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: 10-3-1938
Numara: Genel: 74
Özel : 31

Vezirköprü C. M. Umumiliğine

1-3-938 gün ve 85 sayılı yazı K:

Ölçüler kanununa ve nizamnamesine tevfikan zabt ve müsadere olunan ayarsız ölçü ve tartıların cürüm eşyasından bulunmasına ve bunların belediyeye verileceğine dair kanunda bir sarahat mevcut olmamasına nazaran, mahkemece müsaderesine karar verilen ayarsız ölçü ve tartıların cürüm eşyası meyanında ciheti maliyeye verilmesi iktiza eder.

*
* *

491

Tarihi: *10-3-1938*
Numara: *Genel: 120* *Özel : 44*

Bilecik C. M. Umumiliğine

16-2-938 gün ve 650 sayılı yazı K:

Kazai mercilerde tahkik ve tedkik edilmekde olan hâdiselerin vasıf ve mahiyetini tayinde ve ceza tatbikında hâkim ve mahkemeler tam bir istiklâl ve kanaatile hareket etmek mevkiindedirler. Binaenaleyh, tahkik etmekde olduğu bir suçun vasıf ve anasırına müteallik olarak vukubulan sorgusu hakkında mütalâa serdedilmeyeceğinin Bilecik sorgu hâkimliğine bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: *10-3-938*
Numara: *Genel 179* *Özel 121*

Urfa C. M. U. liğine

1. Türk ceza kanununun 3038 sayılı kanunla değişdirilen 298 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkrasına uyan suçların duruşması, ceza tatbikat kanununun 29 uncu maddesi delâletile sulh mahkemelerine aiddir. Yine 3038 sayılı kanunla bu maddeye eklenen son fıkra ağır hapis cezası tayin etmiş olduğundan, bu fıkraya uyan cürümlere aid duruşmaların da ceza muhakemeleri usulü kanununun 421 ve ceza tatbikat kanununun muaddel 27 inci maddeleri mucibince ağır ceza işlerini gören asliye mahkemelerince yapılması lâzımdır.

2.2275 sayılı kanunla yapılan değişiklikden Türk ceza kanununun 492 inci maddesinin hayvan sirkatine mütedair olan 6 ıncı bendi 491 inci maddeye alınmışdır. 491 inci maddede yazılı suçların sulh mahkemesinde görebileceği tatbikat kanununun 29 uncu maddesinde yazılıdır. Şu hale nazaran mezkûr 29 uncu maddenin halen (492 inci maddesinin hayvan sirkatine mütedair altıncı fıkrasında) deye yazılı olan fıkrasının zımnen mülga olduğunu kabul etmek icabeder.

Şu hale nazaran, mezkûr noktalar kanunlarımızda tadilât icrasını müstelzim mâhiyetde değildir.

Keyfiyetin ve bundan sonra bu gibi muhaberelerde memuriyetimizi tavsit etmesi ve derkenarla vekâlete evrak gönderilmemesi lüzumunun 21-2-938 gün ve 154 sayılı derkenarla müracaatda bulunan Viranşehir C. M. U. liğine bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: *15-3-938*
Numara: *Genel 107* *Özel 44*

Erzincan C. M. U. liğine

10-2-938 gün ve 64-5 sayılı yazı K:

Ceza kanunumuz, cürüm ve kabahat teşkil eden fiilleri ayırmış, bunlardan

492

cürümleri ikinci ve kabahatları da üçüncü kitabında tesbit ve irae etmiştir. Filhakika ceza kanununun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasının "1„ ve "2„ inci bendleri delâletiyle, 518 inci maddesinin son fıkrasında ve 520 inci maddesinde yazılı fiiller kabahat nevinden bulundukları halde bunların cürümlere ait kitapda yer almış olmaları, tertib ve tasnife taallûk eden bir nokta olup bu hususun diğer bir tâdilde düzeltilmesi şayanı arzudur.

Hususî kanunlarımızda yazılı olup ağır ve hafif oldukları gösterilmiyen para cezalarının nevini tayinde aşağıda izah olunduğu üzere, kanunlarımızda kâfi derecede kıssas vardır:

1 — Cezanın mevzu bulunduğu hususî kanun Türk ceza kanunundan önce neşredilmişse para cezasının nevini tayinde ceza tatbikat kanununun 20 inci maddesi.

2 — Türk ceza kanununun mer'iyetinden sonra neşredilen hususî kanunlardaki para cezalarının nevini tayinde de umumî kaidelerin, yani ceza kanununun 19 ve 24 üncü maddeleri hükümlerinin nazara alınması icabeder. Şu hale nazaran, 1918 sayılı kanunun 25 inci maddesinin 2 inci fıkrası bizatihî para cezası vaz etmiş olmayıp hususî kanunlarına atfen para cezası verileceğini göstermemekte olmasına göre, suça kabili tatbik olan kanunda muayyen ve mevzu olup ağır veya hafif olduğuna dair sarahat bulunmayan para cezalarının nevini yukarda izah olunan esaslar dairesinde tayin etmek lâzımdır. Bu suretle nevi taayyün eden para cezalarının infaz muamelâtında ve müruru zamanlarının hesabında tereddüdü mucip bir cihetin mevzuubahs olmayacağı tabiidir.

Tütün kaçakcılığından dolayı 1918 sayılı kanunun 25 inci maddesinin ikinci fıkrası delâletiyle hükmolunan para cezalarının 2275 sayılı kanunla değiştirilen 1918 sayılı kanunun 56 ıncı ve 1701 sayılı kanunun 70 inci maddelerine tevfikan hapse tahvili lâzım geleceğine dair Temyiz mahkemesi "3„ üncü ceza dairesinde birbirine mübayin olarak verilmiş olan iki ilâmın tevhidi içtihada sevki C. B. M. U. liğine yazılmıştır.

Ahiren Temyiz mahkemesi 3 üncü ceza dairesi vekâletin noktai nazarına muvafık olarak mezkûr para cezalarının 1701 sayılı kanunun 70 inci maddesine tevfikan hapse çevrilmesi lâzım geleceğine dair olan içtihadını tebdil etmişse de evvelki mübayin ilâmlar hakkında henüz tevhidi içtihat yoluyile bir para verilmemiştir.

Neticeye kadar, bu gibi işlerde ceza M. U. K. 402 inci maddesine tevfikan mahkemeden karar alınması bildirilir.

***

Tarihi: *15-3-938*

Numara: *Genel: 79*
Özel: 32

Maraş C. M. U. liğine

3-3-938 gün ve 64 sayılı yazı K:

Askerî şahıslar hakkında askerî suçlardan dolayı askerî mahkemelerce hükmedilen ve mikdarları itibarile askerî ceza evlerinde infazı lâzım gelen hürriyeti bağlayıcı cezaların, mahkûmun terhisi halinde askerlikle ilişiği kalmamış olacağından umumî ceza evlerinde infazı iktiza edeceği bildirilir.

***

493

Tarihi: *15-3-938*
Numara: *Genel*: *37*
Özel: *6*

Alanya C. M. U. liğine

19-2-938 gün ve 45 sayılı yazı K:

Tazminat kabilinden olan para cezalarının haiz oldukları tazmini mahiyet dolayısile hapse tahvil edilmedikleri takdirde yaşdan ötürü indirmeye tâbi tutulmamaları muvafık ise de âmme vasıfları galip addedilerek hürriyeti bağlayıcı cezaya tahvilen infazı iktiza eden para cezalarının yaşdan dolayı tenzilâta tâbi tutulmaları adâlet icabına daha uygun olacağı mütalâa kılınmaktadır.

Bu hususda Temyiz mahkemesinden birbirine mübayin olarak sadır olan ilâmların tevhidi içtihada sevki C. Baş. M. U. liğine yazılmıştır.

Neticeye kadar, tazminat kabilinden olan ve mahkûmun aczi halinde hapse tahvilen infazı lâzım gelen inhisar para cezalarının hapse sureti tahvilleri, aynı yaşdan dolayı tenzilât yapılıp yapılmayacağı hususunda mahkemeden karar alınması bildirilir.

***

Tarihi: *22-3-938*
Numara: *Genel*: *197*
Özel: *81*

Denizli C. M. U. liğine

10-3-938 gün ve 53 sayılı yazı K:

Suçluların müdafaalarını tetkik için mahkemelerce icrasına karar verilen keşif masraflarının keşfi isteyen suçlu tarafından verilmesinde kanuna uymayan bir cihet yoktur. Ancak, âmmenin tekâfülü altında bulunan müdafaa hakkına taallûku itibarile mevzuubahs keşiflerde masrafların keşfi isteyen suçludan istenmesi ve aczi halinde meşhud cürüm tahsisatından tesviyesi gibi bir usulün tesisi caiz olmayup masrafın meşhud cürüm tahsisatından tesviyesi lâzımdır. Neticede masrafların haksız çıkacak tarafa tahmili iktiza edeceğinden bu dairede muamele ifası lüzumu bildirilir.

***

Tarihi: *23-3-938*
Numara: *Genel*: *145*
Özel *37*

Kırklareli C. M. U. liğine

14-3-938 gün ve 300 sayılı yazı K:

Zabıtaca tahtı emanette bulundurulacak eşyaya dair talimatnamenin 9 uncu

maddesinde (sahibi zuhur etmeyen eşya üç sene hifzolunduktan sonra . . . . .) diye yazılı olmasına göre, adliye emanet dairesinde ve hâkim ve mahkemelerce sahiblerine iadesine karar verilerek yapılan tebliğata rağmen müracaat etmeyen kimselere ait eşyanın sahibi zuhur etmemiş hükmünde tutulması ve bu itibarla tebliğ tarihinden itibaren üç sene içinde sahipleri tarafındanalın mayan mezkûr eşyaların aid olduğu mercie verilmesi iktiza eder.

Keyfiyetin emanet memurluğuna bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: *25-3-938*
Numara: *Genel: 59*
Özel: 21

Gürün C. M. U. liğine

14-3-938 gün ve 228 sayılı yazı K:

Mütemmim bir müeyyide ve idarî mahiyette bir tedbir bulunması itibarile, emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurulmak cezasının hükümde meskût geçilmiş olsa bile M.U mumilikçe re'sen nazara alınması lâzımdır.

Türk ceza kanununun 101 inci maddesinde mevzuubahs emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurulmak cezasının esasen hüküm zemanında mahkemece nazara alınmasına imkân bulunmaması itibarile dahi C. M. Umumiliğince kezalik re'sen tatbik ve infazı icap eder.

Muahaza tereddüt edildiği surette mahkemeden karar alınması bildirilir.

*
* *

Tarihi: *25-3-938*
Numara: *Genel: 91*
Özel: 39

Vezirköprü C. M. U. liğine

16-3-938 gün ve 116 sayılı yazı K:

Baro olmayan yerlerde meslek inzibatının temini için, tatbikı asliye mahkemelerine tevdi edilmiş olan avukatlar hakkındaki inzibatî cezaların, mezkûr mahkemelerce duruşma suretile tayin edileceğine dair avukatlık kanununun bazı maddelerini değiştiren 1220 sayılı kanunda bir hüküm bulunmadığı qildirilir.

*
* *

Tarihi: *25-3-938*
Numara: *Genel: 1183*
Özel: 285

Ankara C. M. U. liğine

11-3-938 gün ve 3-989 sayılı yazı K:

Ceza M. U. Kanununun 551 ve 552 inci maddeleri hükümlerine nazaran şahsî

davanın reddine veya duruşmanın açılmasına karar verilmesi şahsî davanın, ancak 350 inci maddedeki şartlara uygun bir surette açılmış olması halinde mevzuubahs olur. Bu şartları ihtiva etmeyen şahsî dava arzuhali üzerine davanın reddine karar verilebileceğine dair kanunda bir hüküm olmadığından bu halde yalnız istidanın reddine karar verilmesi ve bu karardan dolayı da adliye harç tarifesi kanununun 64 üncü maddesi mucibince harç alınması iktiza edeceği mütalâaten bildirilir.

Keyfiyetin, istilâmda bulunan Polatlı sorgu hâkimliğine bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: *1-4-938*
Numara: *Genel: 117* *Özel: 73*

Van C. M. U. liğine

3-3-938 gün ve 143 sayılı yazı K:

Şumulüne giren işlerde ilk tahkikatın mecburî olduğuna dair "1609„ sayılı kanunda bir hüküm yoktur. Bu kanunun 2,3 ve 4 üncü maddeleri, anca ilk tahkikata tâbi tutulan işlerde umumî kaidelere zamimeten bazı hükümleri ihtiva etmekte olup bu nevi suçlarda ilk tahkikatın icrası mecburiyetini ifade ve tazammun etmez.

Mezkûr kanunun Şümulüne giren ve agır ceza mahkemelerinin vazifesi haricinde kalan suçlarda dahi ceza muhakemeleri usulü kanununun değişen 192 inci maddesi mucibince iddianame ile hukuku âmme davası açılabileceği mütalâaten bildirilir.

*
* *

Tarihi: *25-4-938*
Numara: *Genel: 99* *Özel: 41*

Kozan C. M. U. liğine

6-4-938 gün ve 127-99 sayılı yazı K:

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 344 üncü maddesinde yazılı şahsî dava yolıyle takib edilebilecek olan işler haricinde Feke sulh mahkemesinin vazifesine giren davalarda tanzim olunacak iddianamenin mezkûr mahkemenin mensub olduğu Saimbeyli asliye mahkemesi nezdindeki C. Müddeiumumisi tarafından yazılması iktiza eder.

Keyfiyetin, adı geçen müddei U. liğe ve Feke Sulh hâkimliğine bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: *5-5-938*
Numara: *Genel:* *305*
Özel: *160*

Cebelibereket C. M. U. liğine

20-4-938 gün ve 375 sayılı yazı K:

Gümrük kaçakcılığından mahkûm bulunan eşhasın 16-11-933 tarih ve 46 sayılı tamim göz önünde tutularak hakikî vaziyetleri C. M. U. kanununun 400 üncü maddesine uygun bulunduğu takdirde mezkûr madde ahkâmından istifadeleri icap eder.

*
* *

Tarihi: *10-5-938*
Numara: *Genel:* *173*
Özel: *64*

Burhaniye C. M. U. liğine

28-4-938 gün ve 938-401 sayılı yazı K:

Tevbihi adlî yapılmasına dair verilen kararlardan 100 kuruş harç alınacağı Adliye harç tarifesi kanununun 50 inci maddesinde mutlak olarak yazılı bulunmasına göre, adlî tevbih kararı ceza kanununun muaddel 29 uncu maddesine tevfikan verilmiş olsa dahi, bu karardan mezkûr 50 inci madde mucibince 100 kuruş harç alınması lazım geleceği ve 47 inci maddenin son fıkrası hükmünün tevbihi adlî kararlarına şümulü bulunmadığı bildirilir.

*
* *

Tarihi: *11-5-938*
Numara: *Genel:* *148*
Özel: *71*

Vezirköprü C. M. U. liğine

22-4-938 gün ve 171 sayılı yazı K:

Hususî bir teşekkül olan ihtisas mahkemeleri halen mülga olup vazifeleri umumî mahkemeler tarafından görülmekde olmasına göre, kaçakcılıkdan maznun olarak yakalanan şahısların sorguları hakkında umumî hükümler dairesinde muamele yapılması iktiza eder.

Mezkûr mahkemelerin lâğvından evvel yapılan bir tebliğe istinaden sigara kâğıdı kaçakcılığından maznun olup orada yakalanan Selim oğlu Yusuf Başdağın sulh hâkimliğince sorguya çekilmemesi kanuna muhalifdir.

Bundan sonra kanun hükümleri dairesinde muamele ifası hususunun sulh ceza işlerini görmekde olan âza Hâdi Dümere tebliği istenir.

*
* *

Tarihi: *12-5-983*
Numara: *Genel:* *315*
Özel: *100*

Kastamonu C. M. U. liğine

28-3-938 gün ve 233 sayılı yazıya K.

Mal beyanında bulunmamalarından dolayı icira tetkik mercilerince verilen kararlar cezaî mahiyetde bulunması hasebile Tunceli Vilâyeti içindeki icra tetkik mercilerinden verilen bu kabil kararların temyiz kabiliyeti bulunmadığı beyanile gelen evrak birlikde geriye çevrildi. K:

*
* *

Tarihi *12-5-38*
Numara: *Genel:*
Özel: *89*

Hapisaneler Umum Müdürlüğüne

9-5-938 gün ve 53 sayılı yazı K:

Âmme borçlarını ödememelerinden dolayı tahsili emval kanununa tevfikan hapsen tazyikları icab eden eşhasın Nafia ve Belediye işlerinde çalışdırılmalarının muvafık bulunmadığını arz eylerim.

*
* *

Tarihi: *17-5-38*
Numara: *Genel:* *115*
Özel: *33*

Kula C. M. U. liğine

6-5-938 gün ve 953-145 sayılı yazı K:

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 361 inci maddesinin tâdilen sona aldığı şekle nazaran, âmme menfaatı bakımından C. M. U. liğince iştirâk edilmiş veya açılmış olan şahsî dava yolile kabili takib suçlara müteallik duruşmalarda davacının mücerret gelmemesiyle davadan vaz geçmiş sayılamıyacağı bildirilir.

*
* *

Tarihi: *17-5-38*
Mumara: *Genel:* *447*
Özel: *157*

Konya C. M. U. liğine

9-5-938 gün ve 370 sayılı yazı K:

15 ile 18 yaş arasında suç işleyen küçükler hakkındaki cezanın infaza başlan-

498

dığı sırada 18 yaşlarını bitirmemiş olanlar hakkında onlara mahsus ceza evlerinde veya büyüklere mahsus ceza evlerinin hususî kısımlarında çektirileceği ceza kanununun muaddel 55 inci maddesinde tasrih edilmiş olduğundan, bunlar hakkındaki cezaların 54 üncü maddeye kıyasen 18 yaşlarını bitirmelerine intizaren te'hiri veya ıslâhhaneda çektirilmesi caiz değildir. Ora ceza evinde mahsus yer bulunmamasına göre mezkûr cezaların büyüklere mahsus ceza evlerinde tefrik olunacak hususî kısımda infazı lâzım geleceği bildirilir.

*
* *

Tarihi: *18-5-938*

Numara *Genel* *357*
Özel: *181*

Sivas C. M. Umumiliğine

7-5-938 gün ve 371 sayılı yazı K:

Vaziyeti C. M. U. K. nun 400 üncü maddesinde yazılı şartlara uygun bulunan mahkûmların, cezalarının infazına başlandıktan sonra mezkûr maddeden istifade edebilirler.

Ancak müsted'i Gülsüm Çeliğin kocası Mehmet Çeliğin esas hükümlerine imkân olmadığının Gülsüm Çeliğe tebliğile alınacak imzalı varakanın gönderilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: *28-5-938*

Numara: *Genel:187*
Özel: *67*

Ordu C. M. Umumiliğine

12-5-938 gün ve 302-151 sayılı yazı K:

Ceza M. U. kanununun 196 ve 199 uncu maddeleri hükümlerine nazaran, sorgu hâkimleri mevcut delillerin son tahkikatın açılmasına kâfi olup olmadığını takdir salâhiyetini haiz olmakla beraber kararlarında C. M. Umumilerinin iddianameleriyle de bağlı değildirler. Ancak müsbet ve maddî delilleri takdir etmeyerek işi mahkemeye sevketmeleri icabeder.

İtiraz merciinin 26-7-937 tarihli kararında sözü geçen hâdisede C. M. Umumisi cebren kaçırmağa teşebbüs cürmünden son tahkikatın açılmasını istemişse de, sorgu hâkimliğince suç sarkıntılık mahiyetinde görülerek o suretle son tahkikatın açılmasına karar verilmiş ve fiilin mahiyetini takdirde ve muhakeme merciini tayinde kanuna isabet edilmemiş olmasına göre son tahkikatın açılması kararının yalnız bu sebeplerle ortadan kaldırılması iktiza ederdi.

Keyfiyetin ilgililere tebliği bildirilir.

*
* *

499

Tarihi: *28-5-938*

Numara: Genel:*126*
Özel *54*

Kozan C. M. Umumiliğine

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 396 ıncı maddesinin mutlak hükmüne nazaran, ceza hükümlerinin C. M. Umumileri tarafından infazı iktiza eder. C.M.Umumisi bulunmayan yerlerde sulh hâkimleri ancak mezkûr kanunun 34 üncü maddesi mucibince yalınız ceza kararnamelerini infaz ederler.

Keyfiyetin 17-5-938 tarih ve 212 sayılı yazı ile istilâmda bulunan Feke sulh hâkimliğine bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: *28-5-938*

Numara: Genel: *124*
Özel: *53*

Kozan C. M. U. liğine

19-5-938 gün ve 298-143 sayılı yazı K:

Yakalanan şahsın C. M. Umumisi tarafından sorguya çekileceği 3005 sayılı kanunun 4 üncü maddesinde yazılı ise de bu hüküm ancak mezkûr kanunun şümulüne giren meşhud suçlar hakkında caridir.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 127,128,129,134, ve 155 inci maddeleri hükümlerine nazaran, 3005 sayılı kanun ile ceza muhakemeleri usulü kanununun muaddel 158 inci maddesi hükmü haricinde yakalanarak C. M. Umumiliğine teslim olunan maznunlar sulh hâkimi tarafındaa sorguya çekilmesi icabeder.

Tebliği sabık veçhile muamele yapılması hususunun sulh hâkimine bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: *28-5-938*

Numara: Genel: *166*
Özel: *78*

Vezirköprü C. M. U. liğine

16-5-938 gün ve 210 sayılı yazı K:

Ceza kanununun 114 üncü maddesinde (ilâmın infazına müteallik kanuna salâhiyetli merci tarafından kanun dairesinde tebliğ olunan her türlü muamele müruru zamanı keser .....) deye tasrih edilmiş olmasına göre, para cezasının tahsili için yapılan ve mahkûma tebliğ olunmayan haciz zabıt varakası ile yine mahkûmun malının tahkiki zımmında Maliye ve Tapu dairelerine yazılan yazılar müruru zamanı kesmez.

500

Bu hususda memuriyetinizce ve Lâdik sulh hâkimliğince dermeyan olunan mütalâa muvafık görülmüşdür.

*
* *

Tarihi: *28-5-938*
Numar: *Genel: 2902*
Özel: 1072

İstanbul C. M. U. liğine

13-4-938 gün ve Birinci tetkik dairesi 938-2521 sayılı yazı K:

Üsküdar C. M. Umumiliğinin 2-3-938 tarihli yazısında sözü geçen Tevhidi içtihad kararı, tütün para cezalarının tazmini mahiyeti haiz olduğuna, ceza umum hey'eti kararı da tazminat kabilinden olduğu mezkûr tevhidi içtihad kararile tesbit edilmiş bulunan tütün para cezalarından yaşdan dolayı tenzilât yapılamayacağına dairdir.

Belediye para cezalarının mücerred Belediyeye ödenmesi bunlara tazmini mahiyet izafe edemiyeceğinden bu cezalar yaşdan dolayı tenzilât yapılması icabeder. Temyiz mahkemesinin içtihadı da bu merkezdedir.

Keyfiyetin Üsküdar C. M. Umumiliğine bildirilmesi istenir.

*
* *

Tarihi: *24-5-938*
Numara: *Genel: 233*
Özel: 205

Erzincan C. M. U. liğine

29-4-938 gün ve 271 - 5 sayılı yazı K:

1 — Emniyeti Umumiye idaresinin nezareti altında bulundurulmak cezası mahkûmların suç işlemelerine mani olmak maksadiyle alınmış bir zabıta tedbirinden ibaret olmasına ve bu cezanın 825 sayılı kanunun 12 inci maddesi hükmü dairesinde infazı lâzım geleceğine göre, Emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurulmak cezasına mahkûm askerî şahısların silâh altında bulundukları müddet içinde bu cezanın infaz edilmiş şayılması caiz olmadığı gibi emniyeti umumiye idaresinin nezareti altına alınmak cezasının infazı sırasında işlenmiş diğer bir cürümden dolayı geçen mevkufiyet müddeti içinde de infaz edilmiş sayılmaz.

2 — Sürgün cezası ile para cezasının infaz şekilleri ayrı ayrı ve mahsus hükümlere tâbi olduğundan sürgün cezasının infazı sırasında bu ceza ile birlikte hükmedilmiş bulunan para cezasının hapse tahvilinde mahkûmun mahbus kaldığı müddetin sürgün cezasına mahsubuna kanunen imkân ve mesağ bulunmadığı bildirilir.

*
* *

Hapisaneler U. Müdürlüğü
Tarihi: *19-4-938*
Numara: *Genel 9*
Özel 7

C. M. U. liğine

Ceza evlerine lüzumu olan mahkûm ve mevkuf ve borçdan dolayı hapsedilenlere mahsus defterler merkezde bastırılmıştır. Bu defterlerden ceza evi teşkilâtı olan mahallere doğrudan doğruya gönderildiği tamimen tebliğ olunur.

*
* *

Tarihi: *11-4-938*
Numara: *Genel 87*
Özel 8

C. M. U. liğine

Bazı mahallerde 2548 sayılı kanun mucibince mahkûmlara ödettirilecek yiyecek bedellerinin takip ve tahsil edilmemesi yüzünden kanundan beklenen gayenin temin edilmediği teftiş raporlarından anlaşılmakda olduğundan badema aşağıda gösterilen şekilde muamele yapılmasının usûl ittihazı tamimen tebliğ olunur.

1 — Ceza evleri bedeli tahsil ve pulu ilsak edilmiş bordroları hıfz ve diğerlerini tahsil için C. M. U. liğine verince elde bir şey kalmayacağından verilirken bordroların kaydı için ceza evlerinde birer defter veya bir araya gelince defter haline gelecek cedveller tutulması;

2 — Cumhuriyet müddeiumumiliklerince Şerek bulundukları yer ceza evinden ve gerek diğer kazalar C. M. U. liklerinden gelen ve bulunan yerde hazine avukatına ve diğer yerlerde doğruca icraya verilen bordroları kayıt için ayni vaziyette bir sıra cedveli veya defteri tutulması;

3 — Hazine avukatları bütün vekâletlerin işlerini takibe mecbur olduklarına göre avukat olan yerlerde bordroların maliyeye değil bu avukatlara verilmesi ve mukabilinde ceza evleri pulu ilsak edilecek tahsilâttan sonra da bordroların icra dairelerinden C. M. U. liklerine iadesi;

4 — Direk kazalara ait olan bordroların ait olduğu ceza evinin merbut bulunduğu C. M. U. liğine alâkadar kazalar C. M. U. liklerine gönderilmesi ve oralarca da kayden tesbit olundukdan sonra muamele mevkiine konulması;

5 — Tahsil muamelesi ikmal edilen bodroların C. M. U. liklerinde muhafazası muktezi ise de ceza evleri idarelerinde C. M. U. liğine merbut birer daire olduğundan ve C. M. U. likleri cedvel veya defteri yalnız ora ceza evinde değil diğer yerler ceza evlerine ait bordroların kayıtlarını da ihtiva etmekte olacağından, pullanacak bordroların muntazam ve sıra dahilinde muhafazası mümkün olamayacağından bunların ellerindeki cedvellerin sıra numarasına işaret edilmek ve gelmeyenleri takip ve tekit etmek üzere ceza evlerine verilmesi ve orada hıfzedilmesi;

6 — Bedeli tahsil ve pulu ilsak edilen başka yerlere ait bordroların da ait oldukları yerlere gönderilmesi muvafık görülmüştür.

*
* *

Tarihi: *26-3-938*
Numara: *Genel 5*
Özel 4

C. Müddeiumumiliğine

21-10-937 gün ve 25 sayılı yazıya ektir:
Mülhakatınızda beraber ağır ceza daireniz dahilindeki ceza evlerinde bulunan

502

ve geri kalan cezaları mikdarı bir seneden fazla olan bütün mahkûm kadınlar hakkında ilişik olarak gönderilen cedvellerden birer aded doldurularak doktor raporu ve 9/12 boy fotoğraflarile birlikte en kısa bir zamanda Vekâlete gönderilmesi temenni olunur.

*
* *

Tarihi: *11-3-938*

Numara: *Genel* *1294*
Özel *5*

Merkez ve mülhakat ceza evlerinin tayinat tahsisatından sene nihayetine kadar olan ihtiyaç mikdarı ayrıldıkdan sonra geri kalan kısmın tenkis ettirilerek bildirilmesi istenir. Hapisaneler numaralıdır.

*
* *

Tarihi: *27-1-938*

Numara: *Genel* *17*
Özel *4*

.....**C. M. U. liğine**

İstatistik Genel Direktörlüğünün 10-1-938 günlü ve 171/49 sayılı yazısında bütün ceza evlerine 937 yılında giren ve çıkan ve kalan kadın, erkek mevkuf ve mahkûmların ayrı ayrı mikdarları sorulmaktadır. Bu hususta mezkûr Direktörlükten gelen cedvelin bir örneği bağlanarak gönderildi. Mülhakat ceza evleri mevcutları merkez ceza evi mevcuduna doğru olarak ilâve edilmek suretile doldurulacak cedvelin nihayet yirmi gün içinde tekide mahal bırakılmadan iade edilmesi tamimen ehemmiyetle tebliğ olunur.

*
* *

Tarihi: *13-1-938*

Numara: *Genel* *8*
Özel *1*

.....**C. M. U. liğine**

Bazı mahal ceza evlerinde 2548 sayılı kanun geregince mahkûmlara ödettirilen yiyecek karşılığı bodrolarına sıra numarası verilmediği ve yokluk ilmühaberi ilsak edilen bordroların dip koçanlarında bırakılarak bedellerinin tahsili zımnında C. M. U. liklerine sevk edilmediği ve kanunun sarahatına rağmen bordro tebliğ ve tayın bedeli tahsilinin mevkuflara da teşmil edilmekde olduğu ve ekmek bedellerinin fakirlerden tahsil edilmeyeceği ve mukabilinde mevkuflardan da tahsil edileceği yolunda yanlış umumî bir kanaatın mevcut bulunduğu teftiş raporundan anlaşılmakda olduğundan kanunun tarifatı dairesinde muamele yapılması tamimen tebliğ olunur.

*
* *

Z. İş. Um. Direktörlüğü

Tarihi: *13-1-938*

Numara: *Genel 7*
Özel 155

C. Müddeiumumiliğine

Hâkim ve müddeiumumilerle tayini vekâlete ait bulunan Adliye memurlarının izin işlerinin tanzimi için bundan sonra alâkadarların müracaatlarına hacet kalmaksızın herkesin muayyen ve kendisince malûm bir zamanda kanunî izinlerini kullanabilmeleri için merkez ve mülhakatınızdaki 938 senesi adlî tatilinden istifade etmiyecek olan hâkim ve müddeiumumilerin ve vekâletçe izin verilen Adliye memurlarının şubat-938 tarihinden itibaren bu senenin sonuna kadar kadro vaziyeti ve münhaller nazara alınarak ve işler sekteye uğramıyacak şekilde hangi aylarda izinlerini istimal etmelerinin muvafık olacağı hususunun ve lüzumu halinde alâkadarların arzuları da sorulmak suretile encümence tetkik olunarak tanzim olunacak mazbatanın nihayet bu ayın 25 inci günü vekâlette bulunacak şekilde ve tekide mahal kalmadan irsali ehemmiyetle tebliğ olunur.

*
* *

Tarihi *24-1-938*

Numara: *Genel 18*
Özel 156

C. Müddeiumumiliğine

Tekaüt, dul ve yetimlere bağlanacak maaşda esas olmak üzere tahsis evrakının ikişer parça olarak gönderilmesi 19-12-935 tarih ve 110 sayılı tamimle bildirildiği halde bazı yer C. Müddeiumumiliklerinden tahsis evrakı birer nüsha olarak yollandığı görülmektedir.

Bu itibarla tahsis muamelesi teehhüre uğramakda olduğundan tekaüt, dul ve yetimlerin maaşları çabuk bağlanması muktazi bulunduğuna göre bademe tahsis evrakının ikişer parça olarak yollanmasının usul ittihazı bir daha tamimen ve ehemmiyetle tebliğ olunur.

*
* *

Tarihi: *938*

Numara: *Genel 19*
Özel 157

C. Müddeiumumiliğine

Vazifelerinden veya şahsî suçlarından dolayı evvelce mahkûm olup cezalarının teciline karar verilmiş olan hâkim, müddeiumumi ve Adliye memurlarının ikinci defa işledikleri suçlardan dolayı yapılan duruşmaları sonunda bazı mahkemelerce mahkû-

miyeti sabıkaları olup olmadığı araştırılmadan hüküm olunan cezanın yine teciline karar verilmekte olduğu anlaşılmıştır.

Suçlunun bu suretle her defa tecilden istifade etmiş olması tecil hakkındaki hükümlere muhalif görülmüş olduğundan bundan böyle karar verilmezden evvel suçlu olan hâkimlerle, müddeiumumilerin ve tayini vekâlete ait olan Adliye memurlarının mahkûmiyeti sabıkaları olup olmadığının vekâletten ve mertebei ulâ memurlarının mahalli Adliye encümenlerinden sorulmasının usul ittihaz edilmesi ehemmiyetle ve tamimen tebliğ olunur.

*
* *

Tarihi: *1-4-938*

Numara *Genel:* *42*
Özel: *158*

..... **C. Müddeiumumiliğine**

Hâkimler kanununun 30 uncu maddesi mucibince doldurulacak 6 No.lu fişlerden .....adet gönderilmiştir. Mülhakat da dahil olduğu halde otuz lira maaşlı hâkim ve âza muavinleri ve sorgu hâkim ve icra memurları hakkında bu fişler ağır ceza reisleri tarafından ve yine aynı dereceden olan müddeiumumi ve müddeiumumi muavinleri hakkında da ağır ceza müddeiumumileri tarafından kanunun 30 uncu maddesinde tarif ve izah edildiği şekilde doldurulup imza ve resmî mühürle tevsik edildikten sonra en çok on beş gün zarfında doğruca vekâlete gönderilmesi hususunun takip ve temini tamimen tebliğ olunur.

*
* *

Tarihi: *21-4-938*

Numara: *Genel:* *6*
Özel: *1705*

Adliye Vekilliğine

2525 sayılı kanun mucibince her türk, kanundaki tarifat dairesinde bir soy adı almağa mecbur olduğu ve bunun için tayin edilen müddetde çoktan geçtiği halde el'an bazı evrakta adı geçen şahısların soy adı yazılmadığı görülmekte ve başvekâlete gelen bu kabil evrak noksanının ikmali için gönderen yere iade edilmektedir.

Muayyen müddet zarfında soy adı almamak cezayı müstelzim bir suç ve bilhassa resmî muamelelerde sözü geçen şahısların soy adını yazmak ve aramamakta kanuna aykırı bir hareket olduğundan bundan sonra bu cihete dikkat edilmesi lüzumunun bütün alâkadarlara tebliğini ve müstemirren takibini tamimen rica ederim.

Başvekil
C. Bayar

505

Tarihi: *3-5-938*
Numara: *Genel: 50*
Öze : 159

C. Müddei Umumiliğine

Soy adlarının kullanılması mecburiyeti kakkındaki yüksek Başvekâletin yazısı yukarı aynen çıkarılmıştır. Tebliğ olunur.

*
* *

Tarihi: *16-5-938*
Numara: *Genel: 52*
Özel: 160

C. Müddei Umumiliğine

Tayinleri Adliye encümenlerine ait olan memurlarla hâkim sınıfından olmayan icra memurları ve muavinleri haklarındaki gerek adliye encümenleri ve gerek icra tetkik mercilerince ittihaz olunan kararların vekâlet inzibat heyetince itirazen tetkiki sırasında, mahallerince müdafaaları alınmaksızın inzibati ceza tatbik edildiği görülmektedir.

Memurin kanununun 55 inci maddesinin sarih hükmüne ve bu hususta yapılan müteaddit tamimlere rağmen bazı adliye encümenlerince kanunun bu maddesi hükmüne riayet edilmediği cihetle müdafaa alınmaksızın ittihaz edilen kararlar vekâlet inzibat komisyonunca bizzarure bozulmakta olduğundan bundan böyle işlerin uzamasına mahal kalmamak üzere gerek adliye encümenleri ve gerek icra tetkik mercilerinde yapılacak muamelede alâkadarların müdafaası alınmadan karar verilmemesi tamimen tebliğ olunur.

*
* *

Tarihi: *23-5-938*
Numara: *Genel 161*
Özel 56

C. Müddei Umumiliğine

Hâkim ve C. Müddei umumilerinden bazılarının, tahvil ve nakil dolayısile, yeni gittikleri mahallerde, eskiyip şahsen tanınıncaya kadar, yanlarında hüviyet varakası taşımamaları yüzünden, zabıta memurları ile müştereken icrası muktazi bulunan muamelât ve tahkiklere başlanırken, şahsen bilinmedikleri için zabıtaca, mevzuu muamele olan işe müdahale ettirilmedikleri ve kendilerini tanıtıncaya kadar bir takım yersiz münakaşalara yol açılmakta olduğu Dahiliye vekâletinin iş'arasından anlaşılmıştır.

Hâkim ve Cumhuriyet Müddei umumilerinin zabıta memurlarınca şahsen tanınmaması varit bulunduğundan Devlet devair ve memurini mabeynindeki ahengi bozacak olan ve bilhassa zabıta ile adliye arasında her zaman için mevzuubahis olabilecek âmme menafiine fena tesirler yapacağı şüphesiz bulunan bu gibi yersiz hâdiselere mahal kalmamak üzere hâkim ve Cumhuriyet müddeiumumilerinin behemehal hüviyet varakası taşımaları ve kendilerini icap ettikçe bu vesikalarla tanıtmağı usûl ittihaz eylemeleri tamimen ve ehemmiyetle tebliğ olunur.

*
* *

506

No: 66

Medenî Kanunumuzun 88 inci maddesinin değiştirilmesi münasebetile

Yazan: *Sâdi SAĞNAK*
Temyiz âzasından

Medenî Kanunumuzun 88 inci maddesi Yüksek Adliye Vekâleti tarafından görülen lüzum üzerine hazırladığı kanun lâyihasını 30-5-938 tarihinde İcra Vekilleri Hey'eti Büyük Millet Meclisine arz eylemiş ve Adliye encümeninde tetkik edilerek vâki teklif memleketin ihtiyacına uygun görülmüş ve umumî hey'ete tevdi ve Meclisce de aynen kabul edilmişdir.

Tâdil edilen şekil şudur: «Erkek 17, kadın 15 yaşı ikmal etmedikçe evlenemez. Şu kadar ki hâkim fevkalâde hallerde ve pek mühim bir sebebe mebni 15 yaşını ikmal etmiş olan bir erkeğin veya 14 yaşını bitirmiş olan bir kadının evlenmesine müsaade edebilir. Karardan önce ana, baba veya vasinin dinlenmesi şarttır.»

Yüksek Vekâlet esbabı mucibesinde şöyle diyor: «Türk Kanunu Medenisinin 88 inci maddesi erkeğin 18 ve kadının 17 yaşını ikmal etmedikçe evlenmemeleri esasını kabul etmiştir. Muayyen bir yaştan aşağı evlenmeye cevaz verilmemesi her şeyden önce tabiat kanunlarının zarurî bir icabıdır. Bundan başka müstakbel karı ve kocasının ana ve baba sıfatile yüklenecekleri vazife ve mes'uliyetleri de nazara almak lâzımdır. Her iki bakımdan da evlenmeğe ehliyet şahıstan diğer şahısa göre değişebilir. Fakat bu değişiklik muhitin, iklimin, hayat şartlarının tesirleri altında bir memleketten diğer memlekete nazaran bâriz ve umumî bir mahiyet arzeder. Kanunlarının ana hatları ayni esasa istinad eden devletlerin evlenme hususunda ayrı ayrı yaşlar kabul etmiş olmalarının sebebi budur. Nitekim Roma kanun ve an'anelerinin tesiri altında kalmış olan muhitlerde bu yaş kadınlar için 12, erkekler için 14 olarak kabul edilmiştir. Fransa1792 senesine kadar evlenmeğe ehliyet hususunda başka bir yaş tanımadı. 20-Eylûl-1792 tarihli kanun, evlenme yaşını kadınlarda 13 e erkeklerde 15 e çıkardı. Fransız Medenî kanununun bugün mer'î olan 144 üncü maddesi kadının 15, erkeğin 18 yaşı ikmal etmedikçe evlenemeyeceğini kabul etmiştir.

Evlenme yaşı Belçika ve İtalyada da, Fransada olduğu gibi erkek için 18, kadın için 15 dir. Alman Medenî Kanununun 1303 üncü maddesine göre erkek 21, kadın 16 yaşını bitirmeden önce evlenemez. Amerika Birleşik Cumhuriyetlerini teşkil eden devletlerin, 21 inde evlenme yaşı er-

kekler için 18, 9 unda 16, 3 ünde 17, 2 sinde 15, ve birinde 20 ve yine bu devletlerin 16 sında evlenme yaşı kadınlar için 16, 11 inde 14, 7 sinde 15 ve 2 sinde 18 olarak kabul ve tensib edilmiştir. İsviçre federal kanununun uzun müddet erkek için 18 ve kadın için 16 olarak tesbit edilmiş olan evlenme yaşı bilâhare 18 ve 20 ye çıkarılmıştır. İsviçre kanununun 96 ıncı maddesinden iktibas edilmiş olan Türk Kanunu Medenîsinin 88 inci maddesi iki memleket arasındaki iklim ve muhit farkını nazara alarak evlenme yaşını gerek erkek ve gerek kadın için aşağı bir hadde tesbit etmiştir. Fakat İsviçreye nazaran yapılmış olan bu farkın iklim ve muhitimizin icablarına tamamile uygun düşmediğini on bir senelik tatbikatta göstermektedir. Türk mahkemelerinde açılmış olan yaş tashihi davalarının büyük bir yekûna baliğ olması ve günden güne tezayüd etmekte bulunması bunun açık bir delili addedilebilir. Filvaki 935 senesinde 33·953 gibi büyük bir rakam teşkil eden yaş tashihi davaları 936 senesinde 40899,937 senesinde 61806 adedine yükselmiştir. Bundan başka fevkalâde hallerde ve pek mühim bir sebeble dayanacağı kanunda sarahaten yazılı olan evlenmeğe izin taleblerinin adedi hiç bir memlekette mukayese edilemiyecek derecede büyüktür. Yaş tashihlerinde görülen tezayüd evlenmeye izin hususunda daha büyük bir nisbette ilerilemiştir. 935 Senesinde 900 den ibaret olan bu talebler 936 da 1264,937 de 2085 e baliğ olmuştur. İstanbul ve Ankara gibi büyük iş merkezlerinde yaptırdığımız tedkikatta yaş tashihi davalarının yüzde seksenden fazlasının evlenmeğe ehliyet temin maksadile açılmış olduğu anlaşılmaktadır. Belçika ve Fransaya nisbetle daha cenup iklimi bulunan memleketimiz için yaş haddinin buna göre indirilmesi düşünülebilir ise de lâyihada yazılı hallerin muhafazası muvafık görülmüştür.»

Kamutayın müzakeresinde Konya saylavı Doktor Osman Şevki Uludağ; evlenme yaşının bu suretle indirilmesinde endişe göstermiş ve millî bünyemiz üzerinde söz söylemeğe ve karar vermeğe salâhiyettar olan Sıhhiye encümenine işin havalesini istemiş ve demiştir ki: «herkes bilir ki arz daireleri üstüva hattına yaklaştıkca bulûğ erken olur. Daha yukarı iklime nazaran erken bulûğa ermeleri vaziyeti karşısında biraz imtiyaz verilebilir; Senegalde 8, Yemende 7 yaşında bulûğa erilir. Hayatta kendilerine mes'uliyet verilen eşlerin hakikaten bu mes'uliyeti müdrik olmaları lâzımdır. 15 ve 14 yaşlarında, evlenenlerin bu mes'uliyeti idrâk edeceklerine kani değilim. Gerçi iklim ve muhit bulûğda muessir âmillerdendir. Fakat vucud inkişafları, bünye ve ruh tekâmülleri de lâzımdır. Şimdiki neslin gürbüzlüğü evlenmenin lise talebesi yaşından üstün bir yaşta evlenmelerindendir. Bugün lise talebelerini evlenmeğe müsaade ettiğimiz zaman beş, on sene sonra bu gürbüzlük memlekette kalmıyacaktır.» Bu mütalâaya karşı muhterem vekilimiz keyfiyetin Sıhhiye encümenine gitmesinde mahzur yoksa da sıhhi-

508

ye encümeninin hâkim olduğu madde olduğu gibi yaşadığı ve yaşları ne olursa olsun evlenmek istiyenlerin doktor muayenesinden geçecekleri ve icabında doktorlar evlenmelerine müsaade etmiyeceklerini ve keyfiyetin teklif edilen kanunla alâkası bulunmadığını ve bu işte memleketin muhit ve iklimi ve diğer memleketlerdeki evlenme çağı ve hadleri ve fiilî ve hakikî tatbikatı nazara alarak bir sene fazlalık yerinde görülmüş olduğunu ve evlenme yaşı ile kanunun emrettiği yaşlar arasında üç sene, beş sene gibi farkın kaldıkça kanunların tatbika konulması kendiliğinden müntezi olacağı ve halen bin bir hilelere ve mahkemelere müracaat vukubulduğu ve şahitlerile beraber bir kaç yüz bin vatandaşın mahkemelere koşmakta bulundukları ve bunları kurtarmak lâzım geldiği ve türk camiası el birliğile bir reform neticesinde kat'î olarak bu bir senelik mesafeyi dolduracağını beyan ve memleketlerdeki yaşları şöyle tesbit buyurmuşlardır:

İspanya ve Portekizde: kadın için 12, erkek için 14 yaş.
Peru ve Brezilya ve şimalî Karolinde: kadın için 14, erkek için 16 yaş.
Romanya ve İtalya ve Norveçde: kadın için 15, erkek için 16 yaş.
Fransa, Belçikada: kadın için 15, erkek için 18 yaş.
Felemenkte, kadın için 16, erkek için 18 yaş.
Danimarkada: kadın için 16 erkek için 20 yaş.
Almanyada: kadın için 16, erkek için 21 yaş evlenme yaşıdır.

Adliye encümeninde bu işin mazbata muharriri Erzurum saylavı Fuad Sirmen de umumî Hıfzıssıhha kanunundaki muayene; yalnız zührevi hastalık için olduğuna dair kanunda bir kayıd olmayıp bu kanun evlenecek kadın ve erkeği evlenmeden evvel tıbbî bir muayeneye tâbi tuttuğunu ve vucud teşekkülâtı evlenmelerine müsaid bir vaziyette değilse müsaade verilemiyeceğini ve bu itibarla tıbbî mahzur, bugünkü mevzuatta bulunan bir hükümle önlenmiş bulunduğu ve bu kanun ile Adliye işleri azalıp yalan şahidliğin önüne geçileceğini ve işin Sıhhat encümenine gitmesine lüzum olmadığını söylemişlerdir.

Halbuki mer'î olan 1593 numaralı umumî Hıfzıssıhha kanununun sarî, salgın hastalıklarla mücadele hakkındaki ikinci babının yedinci faslında geçen fasıllar arasında müşterek hükümler başlığı altında 122 inci maddesinde şöyle denilmektedir: «evlenecek erkek ve kadınlar evlenmeden evvel tıbbî muayeneye tâbidir. Bu muayenenin sureti icrası ve teferruatı hakkında Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletince bir nizamname neşrolunur.» Anı takib eden 123 üncü maddesinde de; «frengi, bel soğukluğu ve yumuşak şankr ve cüzame ve bir marazı akliye mübtelâ olanların evlenmesi memnudur. Bu hastalıklar usulü dairesinde tedavi edilip sirayet tehlikesi geçtiğine veya, şifa bulduğuna dair tabib raporu ibraz olunmadıkça musabların nikâhları akdolunmaz». 124 üncü maddesinde de: «ilerlemiş sarî vereme musab olanların nikâhı 6 ay tehir olunur. Bu müddet zarfında

salâh eseri görülmezse bu müddet 6 ay daha temdid edilir. Bu müddet hitamında alâkadar tabibler her iki tarafa bu hastalığın tehlikesini ve evlenmenin mazarratını bildirmeğe mecburdur». (Dikkat buyurulsun doktor evlenmeleri caiz değildir diyemiyor, vesaya ile iktifa ediyor.)

Ohalde doktorun evlenme için kendilerine sıhhat raporu veremediği kimseler ancak frengi, bel soğukluğu ve yumuşak şankr ve cüzam ve aklî maraz musablarıdır. Bu hükmü diğer hastalarla bünyece mütehammil olmıyanlara teşmile bu kanun müsaid değildir. Aklî maraz hususunda esasen medenî kanunumuz, 89 uncu maddesinde; reşid olsa bile akıl hastalıklarından birine mübtelâ olan kimsenin asla evlenemiyeceğini tasrih etmiştir. Bu kanunların mezkûr maddeler dışında kalan diğer hastalık ve ârazda, evlenme; muvafakat ve rızaya bağlı akidlerden olduğundan akdin vukuundan evvel işin mahkemeye düşmesi hali ancak mahcurlar hakkında kanunî mümessillerin rızadan imtinaları takdirindedir ki bunda bidayeten doktorların kat'i ve fiilî bir rolü olmayıp mahcurun müracaatında ancak hâkimin takdiri hadiseyi halletmektedir. Halbuki bunda her şeyden önce fennin kat'î hükümlerini hâkim kılmak daha doğru olur. Bundan başka hacir halinden hariç bu meselelerde işin akitten evvel mahkemeye gelmesi mutasavver olmadığından akidden sonra kanunun ancak muayyen sebeblerine dayanılarak fesih yollarına gitmek, vâki zararı nisbî ve maddî bir surette giderebilir ki; bu da maksada kâfi gelmez.

Teklif projesini tedkik eden, ne Adliye encümeni ve ne de Sıhhiye encümeni bu işin Sıhhiye encümenine gönderilmesi için bir istekte bulunmadıklarını müzakere safhalarından anlamaktayız. Halbuki böyle bir istek olsaydı Türkiye Büyük Millet Meclisi dahilî nizamnamesi bu isteğe asla mani değildi. Çünkü bu nizamnamenin 128 inci maddesinde; bir encümen kendisine muhavvel lâyiha veya teklif ve yahut alelitlak bir mesele hakkında mazbatası sonra, yine kendi tarafından yazılmak üzere ibtida diğer bir encümenin mütalâasını almağa lüzum görürse lâyıha veya teklifin o encümene havalesini isteyebileceği gibi bir encümen diğer bir encümene muhavvel bir lâyiha veya teklif veyahud alelitlak bir mesele hakkında mütalâasını beyan etmek üzere o lâyiha veya teklifin kendisine havalesini talep edeceği yazılıdır.

İleride arzedeceğim ilmî ve fennî deliller müvacehesinde görülecektir ki vâki tâdilden endişe edilecek bir cihet olmayıp bilâkis tâdilin ihtiyacımıza uygun olduğu tebarüz edecektir. Yalnız işin tedkikine girişmezden evvel şunu da işaret etmek lâzımdır ki: Mahkemelere gelen yaş düzeltme davaları yalnız evlenme hususuna münhasır değildir. Bu davalardan reşid yaşının bahşettiği kanunî tasarrufları ve kanunen muayyen yaşı iktihsabla tahsil imkânlarını elde etmek gibi gayelerde bulunmakta olduğu göz önüne alınmalıdır. Mahaza vâki tâdil davaları azaltmak gayesile yapılmış bir tedbir

510

mahiyetinde görülerek — çünkü davaların azaltılması için başka adlî çareler ve tedbirler bulmak çok mümkündür—işi yalnız o nokta üzerinde adlî cebheden değil belki sıhhî ve içtimaî bakımdan tedkik etmek daha muvafık olur.

Malûmdur ki evlenme yaşını tahdid eden kanunların hedefi gençleri kendi tedbirsizliklerine karşı himaye etmektir. Ve bu, sosyal bakımdan başlı başına bir Hükûmet işidir. Bir devletin yükselmesi kuvvetli ve sağlam aileler teşkiline bağlıdır. Bir milletin istikbali çocuklarının sıhhatinde mündemiçtir. O halde sosyal ödevlerin en mühimmi ve başlıcası ana ve baba olmaktır. İçtimaî bir heyetin kıymet ve saadeti aile teşkilâtının derecesile ölçülebilir.

Evlenme yaşı hakkında Avrupa ve Amerika terbiye mütehassıslarının bazı mütalâa ve telifleri velevki kanaat ve muhitimize uygun olmasa bile bunları burada göstermek tahlil zemini hazırlayacağı için faideli buluyorum: Kızlarımız müellifi Feliks Toma eserinde diyor ki; evlenme hususunda en kuvvetli mütalâalarını yazan Pradhon'e göre gençlerin sabırsızlanmaları ne olursa olsun beden ile ruhun tamamile olgunlaşmasını ve aklın his ve ihtiraslar üzerine üstün olabilecek devreye gelmesini beklemek lâzımdır. Bu şartlar dairesinde erkek 26 ve kadın 21 yaşını bitirmeden evlenmemelidir.

Fakeye göre erkekler 18,20. kızlar 16,18 arasında evlenebilmelidir. Eğer bundan evvel evlenmeği icab ettirecak acele sebebler varsa doktorun fikrini almadan evlenmemelidir. Maahaza evlenmede muhit, terbiye, maddî ve manevî sıhhat ayrı ayrı tedkike değer âmillerdendir. Tedavisi imkânsız olan çocukların evlenmelerinin menedilmesi aile, ırk. ve cemiyet menfaatleri namına arzuya şayandır. Evlenme işlerinde doktorun mutlak muayenesi çok lâzımdır. Vaktile Fransada Kralların kızları bile bu muayeneden geçmedikçe evlenemezlerdi. Hatta İsabau Bavière altıncı Şarl ile evlenmezden evvel bu usule riayete mecbur olmuştu.

Amerikanın bazı yerlerinde Doktor tasdiknamesi olmaksızın her türlü evlenmeler menedilmiştir.

Profesör Robert Gaop çocuk ruhiyatı adındaki eserinde murahik devresine erkek çocuklar 14, kızlar 12,13 yaşında ayak basarlar. Çocukluk yaşile reşid yaşına yani 14-18 veya 20 yaş arasına bülûğ devri denilir. Bülûğa ayak basınca çocuğun fikrî halleri, his ve iradesi ihtilâle uğrayarak kendince büsbütün yeni plânlar kurar. Bülûğ ikinci doğuş demektir. Tırtılın kelebek olması gibi.

İrsî melekeler bülûğ zamanında birdenbire meydana çıkar. Artık o zaman çocukluk oyunlarına veda ederek inziva ve tahayyülâtı sever ve bu çağda muhayyele ve hafıza melekeleri en yüksek noktaya varır. Baliğlerde hissiyat taşmak üzere bulunur. Baliğlerde nefis severlik ve namus hisleri ve heyecan yüksektir. Bulûğ zamanında uyanan fikir ve his kuvveti her

çocukta müsavi olmayıp mizaç ve ırka ve aldığı terbiyeye göre değişir.

Bulûğ haddında o zamana kadar çocukluk sisleri altında kalan şahsiyet, bu sisler altından sıyrılıp çıkararak teşekkül eder.

Amerika terbiye kamusuna göre çocukluk devresinin son bulduğu yerde mürahik devresi başlar, bundan sonra bulûğ devresi gelir. Bunlar iklime göre değişir. Bulûğ umumiyetle kızlarda 11,12 erkeklerde 14,15 yaştadır. Bulûğ devresi gelince çocuk anatomi ve fizyoloji noktasından olduğu kadar psikoloji itibarile de pek önemli değişikliklere uğrar, heyecanları kararsız olup itiyad ve çalışmalarında kolay değişiklikler husule getirir. Fakat bu çabuk değişiklikler bazen bedenî ve ruhî hastalıkları meydana getirir. Asap ve hisleri hastalıkları, tereddiler baş gösterir. Hislerin doğuş ve genişlemesi ile ahlâkî hisleri derinleşir ve genişler. Zekâ kuvvet bulur ve büyür. 15-16 yaşında her iki cinste beden ağırlığı biraz olduğu yerde durarak sonra yeniden artar. Aklî yorgunluğa mukavemet 12 yaşından 18 yaşına kadar artar.

Profesör Claparède; çocuğun psikoloji ve tecerrübî pedagoji adlı kitabında diyor ki: Bir ferdin inkişafı, iki sınıf âmillere tâbidir: 1 — veraset 2—muhittir. Ayni muhite mensub fertlerin gösterdikleri farklar şüphesizdir ki verasetten ileri gelir. Değişik muhitler içinde büyütülmüş ferdler arasındaki benzeyişler de keza verasetin mahsulüdür. Fakat muayyen bir muhitte yetişen ferdler sair muhitlerde büyüyen ferdlere nisbetle kendi aralarında daha ziyade benzemektelerse bunu muhitin tesirlerine atfetmek lâzımdır.

Malûmdur ki veraset hakkındaki kanunlar Darvin tarafından konmuşdur. Bedenin teşekkül hususiyetleri nasılki nesilden nesile intikal ederse ihtisaslar, tefekkürler ve beşeri iradelerde ırka ve unsura mahsus bir şahsiyet iktisap ederek batından batına intikal eylediği sabit olmuşdur. Veraset bütün yaşayan mevcudlara hâkim ve onların vasıflarını saklayan bir kuvvettir. Bu vasıf ve hassalar ana ve babadan oğullara geçer, çocuk baba ve anasına ve büyük babasına hulâsa ailenin geçmiş rükünlerine cisim ve ruh itibarile benzerlikler gösterir. Bu beşerî vasıflar; yükselişi icab ettirir. Âmillerden ise sağlam bir unsurun vucude gelmesi için iktiza eden şartları hazırlayacağı cihetle o unsur kuvvet bulur. Ve yetişenler hayat savaşını başarır. Eğer intikal eden vasıflar zaaf ve marazî âmillerden ise yetişen nesil iradî, ruhî, mefkûrevî tereddi istihalelerine uğrayarak hayat savaşında mağlûp olur.

Bizim mütehassıslar ne diyorlar:

Saylav General Doktor Besim Ömer; Nevsalı âfiyet ve sıhhatnümayı izdivaç namındaki eserlerinde; karı, kocanın çocuk yetiştirme zamanları fennen ve hikmeten kadın için 19-31, erkek için 25-37 yaş arasıdır. Tutulan ihsaiyyattan Fransada vasatî evlenme kadın için 24 erkek için 32 olduğu tebeyyün etmiştir. Hıfzıssıhha; evlenmeyi vücudun tam bir neşvü nü-

512

masına bırakıyor ki bu zaman vasatî olarak erkek için 25, kadın için 20 yaştır. Bu sinde erkek akıl ve idrâk sahibi olmakla, meslek tayin ve maişetini bir dereceye kadar yoluna koymuş olacağından ev idaresi cihetinden muztar kalmamakla beraber vücudca da kemal bulduğundan ilk evlenmedeki baki kuvvetlerin fena kullanılma mazarratından ve çok birleşme tehlikesinden bir dereceye kadar âzade olur. Kadınlar ise yirmi yaşında çocukluklarını, hopbalıklarını bırakacakları gibi bedenen kuvvet kazanacaklarından doğuruş ve emzirme gibi tabiî vazifelerinin icrasına muktedir olurlar. İklimimizde kızları 18 erkekleri 25 yaşında evlendirmek en münasib ve sıhhî bir tedbirdir diyor. Muhterem doktor bu iki eserini vücud, ruh ve fikirlerin uyuşuk bulunduğu bir zamanda yani istibdad devrinde yazmıştır. Bu mevzular üzerinde şimdi yazı yazmış olsalardı Atatürk Cumhuriyetinin feyizle pek erken fikir, ruh ve beden tekâmüllerine irişen şimdiki nesil hakkında bu yaşlardan tenzilât yapmak suretile mütalâalarını yürütecekleri muhakkaktı. Çocuk hastalıkları mütehassısı Doktor İhsan Hilmi de çocuk bakımı kitabında şöyle demektedir: Doğuşun bulûğa kadar olan zamana çocukluk devri denilir. Bu devir 18 yaşlarına kadar süren «şebabet» devresi ile temadi eder. Ve bu şebabet devresinden büyük adam devresine geçilir. Bulûğ meselesi; irka, iklime, aileye, şahsa göre değişir. Kızlarda bulûğa erme 12 -15, erkeklerde 13-18 yaşlar arasında olur. İklimin sıcak olması bunu aceleleştirir ve soğuk iklimlerde geriletir. 9 yaşta bir arap kızı baliğ olduğu halde 15 yaşında bir Alman kızı henüz çocuk denecek bir raddededir. Bulûğ devresi ruhî tebedüllere makar olur. Bulûğ devresinin sonlarına doğru vücudun muhtelif kısımları beynindeki nisbet mükemmel ve muntazam bir hal kesbeder. Bulûğ zamanında vücudun hıfzıssıhhasına bazı cihetlerce daha ziyade dikkat edilmesi lâzımdır. Bu naklettiğimiz malûmat ve mütalâalardan şu netice çıkmaktadır: Evlenme yaşının tayininde iklim, muhit, terbiye âmilleri nazara alınmalıdır. Fakat bu tahdid evlenmede başlı başına hakikî bir nisbet olamıyacağından veraset müessiratı ve bünye tahammülü de göz önünde tutulmak suretile işe salim bir mecra verilmesi ve bunda hakikî miyar olacak doktor muayenesinin ve raporunun vücudu şarttır.

İşi bir de hukuk bakımından tedkik etmek faidelidir: Eskiden basit ihtiyaçları karşılayabilen medenî kanunların basit kaideleri meyanında bulûğ hadisesi her tarafta insanın kâmil bir akıl kazandığına delil addolunurdu. İnsanda temyiz kudretinin inkişaf zamanını tayin yaradılış itibarile güç olduğundan doğuş kabiliyeti ile tecelli eden cismanî tekemmül, temyiz kudretinin tekemmülüne delil ittihaz edilir ve bulûğ hâdisesi sabit olunca tasarruf ehliyetinin de sübutu için mani kalmamış sayılır ve daha yüksek bir temyiz ve vukuf ve meleke aranmazdı. Hususile ailelerde velâyet bağlılığı ve himaye bulûğdan sonra makûs olarak daha ziyade şiddetini hissettirirdi. Halbuki zamanın tebeddülile beliren yeni, yeni ve çeşidli

ihtiyaçlar ve âmiller karşısında evvelce uzun süren baba velâyeti yerine yetişen her ferdin hayat ve muamelelerinde mes'ul ve başı başına içtimaî ve iktisadî bir âmil olması düstur halini almıştır.

Muasır hukukta yalnız bulûğ; artık bir tasarruf haddi değildir. Ve bulûğ bir hukuk mefhumu olmaktan çoktan çıkmıştır. Bunun yerine temyiz ve rüşd tâbirleri kaim olmuştur. Bu itibarla temyiz ve rüşd mefhumları ve neticeleri burada tetkike değer mevzulardandır. Bir zamanlar Adliye Vekâleti, Tıp Fakültesi reisliği vasıtasile mütehassısların reyini toplamış ve gelen rapora nazaran yedinci yaşın hayatta, oldukca mühim merhalelerden birini teşkil ettiği ve çünkü bu yaşta bir çocuğun bedenî kuvası itibarile az, çok mühim bir vaziyet kazanarak ikinci tesennün devresine girdiği ve büyük yaşta bulunan insanların iptidaî vasıflarını göstermeğe başladığı ve hususile ruhiyat bakımından anlayılış, dikkat, hafıza, muhakeme ve temyiz hasseleri iptidaî mahiyette bir olgunlukla göründüğü ve tahsil hayatına sevk edilecek ve öğretilme ve terbiye kabul edebilecek bir hale geldiği anlaşılmış olduğu mütalâa edilmiştir ki bu mütalâanın isabeti kültür noktasındaki tatbikatle de teeyyüd ediyordu. Bundan dolayıdır, ki Almanyada, Avusturyada 7 yaşının ikmali temyize mebde addedilmiştir.

Fakat temyize başlangıç olan bu yaş, evlenme için kâfi sayılmamıştır. Çünkü evlenme; insanlara, mensub oldukları bir cemiyet içinde en çok ve en külfetli vazifeler yükleten ve doğuran bir akid olduğundan bunu yapanların akdin neticelerini lâyıkile anlayarak tahammül ettiği vazifeyi ifaya kadar bir müfekkireye ve tam bir ihtiyar ve iradeye sahib ve vücudca inkişaf etmiş bir hal ve yaşa gelmiş olması istihdaf edilmiş ve sair akidlerden hususiyeti itibarile ayrı olarak tedkik edilmiştir.

Onun içindir ki bazı devletlerde tekemmül çağı olan rüşt yaşı evlenme için bir had olmuştur. Bu yerlerde bu yaştan evvel evlenmeğe müsaade edildiği takdirde eşlerin istikballerine aid ve pek mühim bir hâdisenin tekevvünü sırasında şebabet devrinin icabı olan galeyanlar sevkile ailenin hukuk ve şerefine temas eden meselelerde ifrat ve tefrite gidebilmeleri ihtimali derpiş edilmiştir.

İslâm hukukunda evlenme için asgarî bir yaş tahdid edilmemişti. Binaenaleyh küçükler bile velilerinin rızasile küffüne nikâh edilebilirdi. Bu hukuka göre bülûğ yaşı kız hakkında 9 ve erkek hakkında 12 idi. Baliğ olmasalar bile her iki cins 15 yaşında hükmen baliğ addolunurdu. Yalnız İmamıâzam ile İbniabbas'a göre baliğ olmıyan 18 yaşındaki erkek ve 17 yaşındaki kız hükmen baliğ sayılırdı.

Münderis Osmanlı İmparatorluğu zamanında ve umumî harbte bir müddet mer'î olup o zamanca bazı yenilikleri muhtevi olması hasebile hükümlerini fıkhın müftabih hükümlerine mugayir gören mutaassıb fikirlilerin bu hoşnudsuzlukları karşısında hükmü az süren hukuk aile kararnamesinde;

âkil olubta fiilen baliğ olmıyan 18 yaşındaki erkekle 17 yaşındaki kızların evlenebilecekleri ve 12 yaşını bitirmeyen bir erkekle 9 yaşını bitirmeyen bir kız hiç kimse tarafından nikâhlanamayacağı tasrih edilmişti.

İşbu hukuk aile kararnamesinde müşterek bir hükümde tevhidi o zamanın telâkki ve icablarına göre mahzurlu görülen akalliyetlere aid ahkâmı şahsiye mevaddı ayrı ayrı bahislerde gösterilmek üzere toplanmış ve bu suretle nikâhın akid ve feshini ve karı nafakası ve dırahoma ve cihaz hakkındaki ruhanî reislerin kaza hakları ilga edilmişti. Ruhanî kaza imtiyazlarının kalkmasından evvel musevilerde bülûğ haddi kızlarda 9 erkeklerde 13 yaş idi. Bülûğa varmıyanların nikâhları sahih ise de kız 12 yaşına kadar yalnız velisi tarafından tezviç olunabilirdi. Baliğ olmıyanlar da 36 yaşına kadar velilerinin icazetine mevkuf tutulurdu. İsevîlere gelince: Ermenilerde nikâha ehliyet yaşı erkeklerde 14,15,18,20 ve kadınlarda 12,13,16,18, idi. Katoliklerde bulûğ erkek için 14 ve kadın için 12 idi. Rumlarda nikâha ehliyet yaşı erkeklerde 14,18 ve kadınlarda 12,14 idi. Rüşt yaşına yani erkeklerde 22 ve kadınlarda 20 yaşına varmıyanların nikâhlarında velilerin rızaları şarttı. Umum isevîlere göre baliğ olmıyanların nikâhları memnudu. Bir zamanlar Roma kanunları çocukların vücut tekemmüllerini nazara alarak rüşt yaşı erkek için 14 kızlar için 12 ve sonraları da 25 yaş olarak tesbit edilmiştir.

Medenî hukukun esasları müellifi Cenevre Üniversitesi profesörlerinden Albert Richard diyor ki: Medenî hakları istimal edebilmek için şu iki şart mevcud olmalıdır. Rüşt, temyiz kudreti. Reşid kanunen muayyen yaşın ikmalile olduğu gibi evlenmede şahısları reşit kılar ve bu halde temyiz kudretinin mevcudiyeti pek tabiî farzolunur. Kanunda bir çocuğun asgarî ne zaman temyiz kudretine sahib olacağına dair bir hüküm yoktur. Sağırlar, mahcurlar, temyiz kudretine sahib olmıyanlar medenî haklarını kullanamazlar. Temyiz kudretinden mahrum olanların ehliyetsizliği mutlaktır. Bazı akidler müstesna bunlar yalnız başına muteber bir akid yapamazlar. Yalnız kanunî mümessilleri haklarını kullanmak salâhiyetini haizdirler. Temyiz kudretinden mahrumiyet prensip itibarile haksız fiillerden doğan mes'uliyeti ortadan kaldırır. Bununla beraber nısfet kaidelerine binaen kanun temyiz kudretinden mahrum olanları bazı hallerde zarar tazminine mahkûm etmektedir. Mümeyyiz bulunan küçük ve mahcurlar ivazsız mal iktisab edebilirler ve münhasıran şahsî olan haklarını kullanabilirler. Diğer tasarruflarının muteber olabilmesi için kanunî mümessillerinin rıza ve icazeti elzemdir. Haksız fiil ifa eden mümeyyiz reşid gibi mes'ul olur. Hulâsa; ehliyet hukuk rejiminin esaslarından birini teşkil eder. Profesör Mustafa Reşid Belgesay; teorik ve pratik medenî hukuk namındaki eserinde medenî haklar tâbirini şöyle tarif ediyor. Medenî haklar: Hususî hukukun şahıslara temin ettiği menfaatler ve salâhiyetlerdir. Medenî haktan istifade salâhi-

575

yeti de bir hakka veya vazifeye sahib olabilmek hususunda kanunun tanıdığı iktidardır. Medenî haklardan herkes istifade eder. Küçükler ve mümeyyiz olmıyanlar medenî haklarını kullanamazlar. Bu haklar onların namına kanunun tayin ettiği mümessiller tarafından kullanılır. Kaide olarak medenî haklardan istifade hususunda insanlar arasında hiç bir fark yoktur. Ancak, bazı sosyal mülâhazalar veya insanlar arasında yaradılıştaki mevcud farklar göz önünde tutularak hakikî müsavatı temin için herkesin medenî haklardan müsavi olarak istifade etmesi kaidesine istisnalar kabul edilmiştir.

Küçüklük sebebile ehliyetsizlik muhtelif surette zail olur. 1- Evlenme ile kalkar. Lâkin mümeyyiz olmayan ve mahcur bulunanlar velilerinin rızasile evlenmekle reşid olmazlar. (İsviçre esbabı mucibe mazbatası sahife 44) 2 — Mahkemece mezun kılınan küçükler de 18 yaşını ikmal etmeden reşid olabilirler. Fakat bu mezuniyet evlenmeğe müessir olmayıp medenî haklar noktasındandır. (Gurti —Forrer) Medenî kanunda bazı muamelelerin ifasına ehliyet için muayyen yaş tayin etmektedir. Bu yaş bazen rüşt yaşına uymaz. Bazen uyar. Bir muameleye ehliyet için muayyen bir yaş kabul edilmiş ise bu yaşı ikmal edenler reşid olmasalar bile o muameleyi yapabilirler. Meselâ şimdi erkek 17 kadın 15 yaşı ikmal edince evlenebilirler. 15 yaşını ikmal edenler vasiyet yapabilirler. Bilâkis muayyen yaşları bitirmiyenler izin veya evlenme ile reşid olsalar bile bu muamelelere ehil olamazlar.

Plânyol, ehliyet; bir kimsenin kanunî bir mukaveleyi yapmak için haiz olması lâzımgelen kabiliyettir diyor.

Gurti ve Forrer Medenî Kanun şerhinde medenî haklardan istifade ehliyetini; capacité haklara ve borçta malik olmak ehliyetidir, menlehülhak olmaktır diye tarif ediyor.

Profesör Ahmed Esad Arsebük'de Borçlar Hukuku umumî esasları namındaki kitabında diyor ki; medenî hakları kullanmak salâhiyeti iki şartla mukayyettir: rüşt ve temyiz. Yani makul surette hareket edebilmek kudreti. Evlenme ve bir hususa izninde kişi reşit olabilir. Ticarette ehliyet 18, vasiyette ise 15 dir. Temyiz nisbî bir telâkkidir. Bazen bukadar kâfi görülmiyebilir. Daimi ve muvakkat temyiz kudreti olmıyan bir zamanda yapılan muameleler muteber değildir. Evlenmede bu esas tamamen tatbik edilmez. Medenî kanunun 112 inci maddesi mucibince karı kocadan biri evlenme merasiminin icrası zamanında bir akıl hastalığı veya daimî bir sebeb neticesi mümeyyiz değilse evlenme batıldır. Keza 115 inci maddesi mucibince evlenme merasiminin icrası zamanında geçici bir sebeble temyiz kudretinden mahrum bulunmnuş olan karı veya koca, evlenmenin feshini dava edebilirler. Mümeyyiz olmıyanların ehliyetsizliği ise mutlaktır. Medenî kanunda «mümeyyiz olmıyan şahsın tasarrufu hukukî bir hüküm ifade etmez, kanunda muayyen istisnalar bâkidir» demekle bunların evlenmesi ve

516

vasiyet etmesi esas itibarile muteberdir, fakat bir dava neticesinde iptal edilebilir dimektir. Çünki 124 üncü madde mucibince evlenmenin butlanı ancak hâkimin kararile hüküm ifade eder. Evlenme mutlak bir butlan ile malûl olsa bile hâkimin kararına kadar sahih bir evlenmenin bütün hükümlerini haizdir.

Medenî kanun şarihi Rossel de karı kocadan her birinin evlenmeğe ehliyetin şartlarından birincisi yaşa taallûk eden şarttır. Vaktinden evvel evlenmeler daima muhataraldır. Binaenaleyh asrî kanunlar bu gibi evlenmeleri imkân dairesinde men'etmeğe mütemayildir. Almanya medenî kanunu erkeğin rüşt yaşı olan 21 yaşından evvel evlenmesine müsaade etmez. Kadınlar müsaadei mahsusa müstesna olmak şartile 16 yaşını ikmal etmezden evvel kocaya varamazlar. Fransa kanunu erkek ve kadın için 18 ve 15 yaşını kabul etmişti. İsviçrenin federasyon kanununda evlenme yaşı erkek için 18 ve kadın için 16 olmak üzere tayin etmiştir. Evlenmenin karı ve kocaya ve evlâdlara karşı terettüb eden vazifeleri ve sosyal neticeleri o kadar ağır ve mühimdir ki evlenmeğe karşı ittihaz olunmuş olan tehlikeli ve müfrit müsaadekârlıktan rücu etmek icab etti. Bilhassa medenî haklarını kullanmak kanun ile şart edilmiş olan rüşt yaşına varmıyan bir insan aile teşkil etmek hakkını haiz olmamalıdır. Reşid olmıyan bir erkek baba ve koca sıfatlarının verdiği mes'uliyetlerini yüklenemez. Diğer tarafdan bir karı memleketimiz ikliminde 18 yaşından mukaddem ne manen ve ne de bünye itibarile kadın çağına girmez; doğurma meşakkatlarına, evlâd terbiyesine, asrî hayatın günden güne teşdid ettği aile anası gailelerine tahammül etmek bir genç kız için ancak 18 yaşını ikmal ettikten sonra bedenen ve ırkan kendisine lâzım olan kuvvet ve kabiliyeti iktisab ettikten sonra mümkün olur. Ehliyet yaşını on sekize çıkarmakla vazıı kanun kimseyi mutazarrır etmez. Çünkü İsviçrede bu yaştan evvel evlenmeler nadirdir ve gittikçe nedret peyda ediyor. Fevkalâda hallerde ve pek mühim bir sbebe mebni 17 yaşını ikmal eden bir kadın ve 18 yeşını bitiren bir erkeğin evlenmesile İsviçre bunları ehil addedebilir demiştir.

Rişar, İsviçre Devlet Şûrasında bu hususta şu yolda mütalâa dermeyan etmiştir: Bütün bir milletin itiyadlarını idare eden kanun demir bir zırh ve her türlü müstesna hallere sıkı sıkı kapanmış bir kapı olmamalıdır. Mademki tabiat bile hayat şartlarında değişiklik gözetmiştir, bütün muhtelif tabiatları merhametsiz bir kaideye tâbi kılmak istemek hakkaniyete muvafık olmayacaktır.

Medenî kanunumuzun yaş itibarile mevzuumuza temas eden hükümleri; mümeyyiz olan yani akıl hastalığı veya akıl zayıflığı veya sarhoşluk ve bunlara benzer (Egger'e göre hummalı hezeyan, narkoz, seyri filmenam, ipnoz, favkalâde şedid teheyyüçler, kendinden geçiş, gebeliğin verdiği gayri tabii hâl, yüksek derecede afyonkeşlik, kokain ve mümasili maddelerle tesem-

müm) sebeblerden birile makul surette hareket etmek iktidarından mahrum olmıyan her şahıs kanun mucibince mümeyyizdir (Madde: 213). Reşid medenî hakları istimale salâhiyettardır (M: 10). Reşid 18 in ikmalile başlar, evlenme kişiyi reşid kılar (M: 11) [1]

Mümeyyiz bulunan küçüklerle mahcurlar (yani velâyet altında bulunmıyan her küçük (M: 354) akıl hastalığı veya akıl zaifliği sebebile işlerini görmekten âciz veya daimî muavenet ve takayyüde muhtaç olan, yahud başkasının emniyetini tehdid eden her reşid (355) [2], israfı ve ayyaşlığı, suihali (suihalde manevî bir sukut şarttır. Gurti — Farrer) ve suiidaresile kendisi veya ailesini zarurete mâruz birakır veya daimî muavenet ve takayyüde muhtaç olan, yahud başkasının emniyetini tehdid eden her reşid (M:356), ihtiyarlığı, malûliyeti (yani bedenî veya dimağî malûliyet, dilsizlik, sağırlık, nüzül, hafızasızlık, fartı asabiyet, okuma ve yazma imkânsızlığı. Gurti — Farrer) veya tecrübesizliği (meselâ iş âleminden daimî uzakta kalmış; ve kocanın ölümile büyük bir servetin başına geçerek ticarî veya sınaî neviden bilmediği mühim teşebbüsü idare etmek mecburiyetinde kalmış bir kadının hali. Gurti — Farrer) sebebile işlerini gereği gibi görmekten âciz olduğunu isbat ve vesayet altına alınmasını istiyen her reşid (M: 357), bir sene ve daha ziyade hürriyeti sahip bir ceza ile mahkûm olan her şahıs (M:357) kanunî mümessillerinin rızaları olmadıkça bizzat kendi tasarruflarile iltizam edemezler. İvazsız hak itisabında ve münhasıran şahsa merbut hakları istimalde bu rızaya muhtaç değillerdir. Haksız fiillerden mütevellid zarardan mes'uldür (M:16). (Evlenme şahsa merbut haklardan olduğu halde bunda kanunî mümessillerin rızası aranmaktadır. Nitekim Medenî kanunda küçük ana ve babanın veya vasinin rızası olmadıkça evlenemez, evlenmenin ilânı esnasında ana ve babadan yalnız biri velâyeti haizse onun rızası kâfidir (M: 90), mahcur vasisinin rızası olmadıkça evlenemez. Vasinin imtinaı takdirinde mahcur, mahkemeye müracaat edebilir (M: 91) denilmektedir.)

[1] Zmanımızda reşid yaşı fransada, İtalyada, Almanya ve Belçikada 21 yaştır. İsviçrede askerlik mükellefiyeti ve vatandaşlık hakkının kullanma yaşile rüşt yaşının mütevazin olması için rüşt yaşının erkekte 20 ve evlenme kişiyi reşid kılacağından kadınlarda 17 yaşın ikmali suretinde tesbit etmiştir Bazı yerlerde bu yaş 23 ve bazı yerlerde 25 olarak kabul edilmiştir. Bizde memleketin iklimi nazara alınarak Teşkilâtı Esasiye kanununun tadilden evvelki onuncu maddesine uygun olmak üzere intihab hakkını veren 18 yaş rüşt yaşı olarak kabul edilmiştir. Teşkilâtı Esasiye kanununun mezkûr maddesi 14-2-934 tarihinde tadil edilerek saylav seçmek hakkı ancak 22 yaşındakilere verilmiştir. Binaenalehy Medenî kanundaki rüşt yaşının bu hadde iblâğı hakkında mütalâa dermeyan edenler eksik değilse de milletin mukadderatına aid işlerde aranılan yaşla medenî kanunun tasarruf ehliyetine aid olan yaş arasında bir ahenk tesisine bir icab ve mecburiyet olmasa gerektir.

[2] Karı kocadan biri evlenme merasiminin icrası zamanında bir akıl hastalığı veya daimî bir sebeb neticesi mümeyyiz değilse evlenme batıldır. (M: 112 fıkra 2)

Evlenme merasiminin icrası zamanında geçici bir sebeble temyiz kudretinden mahrum bulunmuş olan karı veya koca evlenmenin feshini dava edebilir. (M: 116)

518

Erkek 18 (şimdi 17), kadın 17 (şimdi 15) yaşını ikmal etmedikçe evlenemezler. Şu kadar ki hâkim fevkalâde hallerde ve pek mühim bir sebebe mebni 15 (şimdi erkeğin 15 ve kadının 14) yaşını ikmal etmiş oldukları takdirde evlenmelerine müsaade edebilir. Karardan önce ana ve baba veya vasinin dinlenmesi şarttır. (M: 88), evlenmeğe yalnız mümeyyiz olanlar ehildir. [1] akıl hastalıklarının birine mübtelâ olan kimse asla evlenemez. (M: 89).

Evlenmenin hak ve vazifeleri: Evlenme merasiminin icrası ile evlilik birliği vücud bulur. Karı koca yekdiğerine karşı bu birliğin saadetini müttehiden temin ve çocukların iaşe ve terbiyesine beraberce ihtimam etmek hususlarını iltizam etmiş olurlar. Karı, koca birbirine sadakat ve müzaharetle mükelleftir. (151 M.) koca, birlik reisidir. Evin intihabı karı ve çoccukların münasib veçhile iaşesi ona aittir (152 M.). Karı, kocasının aile ismini taşır. Kadın, müşterek saadeti temin hususunda gücü yettiği kadar kocasının muavin ve müşaviridir. Eve kadın bakar (153 M.). Birliğini koca temsil eder. Mallarını idare hususunda karı koca hangi usulü kabul etmiş olursa olsun koca tasarruflarından şahsen mes'ul olur (154 M.). Evin daimî ihtiyaçları için koca gibi kadın dahi birliği temsil hakkını haizdir. Kadının eşhası salise tarafından malûm olabilecek surette salâhiyetini tecavüz etmeyen tasarruflarından, koca mes'uldür. (155 M.) Karı, borcunu ödemekten âciz kalan kocası veya kendisi tarafından aile masrafları için edilen borçlardan mes'uldür. (187 M.). Koca, karısına münasib bir derecede aile masrafına iştirakini isteyebilir (190 M.). Çocuğun iaşe ve terbiyesine muktezi masraflar kendilerinin mallarını idare hususunda kabul ettikleri usule göre ana ve babaya terettüb eder (261 M.). Ana ve baba velâyetleri devam ettikce çocuğun mallarını idare ederler (278 M.) Eski usulde karı kocanın keyf ve heves ve emrine hazırlanmış zevk ve şehvet vasıtasından başka bir şey değildi halbuki şimdi kadın ne bir meta ve ne de zarif bir oyuncak olmayıp ailenin medarı istinadıdır. Eski usulde muasır Hükûmetlerde bir milletin rüknü sayın aile teşkilinde hedef bu müesseselerin himayesi suretile çok sağlam nesiller yetişmesini temindir. Bu himaye karı ve kocaya müsavi hak ve vazifeler verilmek ve çocukların terbiye ve sıhhatları noktasından riayete mecbur olacakları bazı hükümler konulmak ve bazı hususlarda hükûmetin müzahareti esirgenmemek (273,277 M.) suretile tesis edilmişdir. Evlilik birliği küçük modelde bir cemiyet hayatıdır ki mevzuu müşterek saadetin husulü için eşlerin bütün emel ve mesailerinin bir noktada birleşmesi ve bütün ümid ve istikballerinin yekdiğerine inkılâb ve imtizacıdır.

Yukarıdaki hükümlerle tahmil edilen hak ve vazifelere sahib olabilmek

[1] Evlenme mukavelesini tadil veya fesih etmek istiyen kimsenin temyiz kudretini haiz olması şarttır. Küçük ile mahcurun mezun kılınması lâzımdır. (M: 172)

519

için evvelâ sıhhat sonra aile terbiyesi ve nihayet görgü ve malûmat lâzımdır. Her yerde açılan okullar, kurulan radyolar ve sinemalar ve hayat bilgisi dersleri ve tatbikatı ve muhtelit öğretim usulleri aile ocağında öğretilmiyen malûmat ve terbiyeyi küçük çağda bunlara okullarda halk evlerinde verilmekte ve malûmatları ikmal ettirilmekte, zekâ ve irade kabiliyeti yükseltilmekte ve hayat ve iktisadiyata kıymet verme esasları talim edilmektedir. Zaman eski devrin 20 yaş müktesebatını şimdi hiç şüphesiz 12-13 yaşlarında elde ettirmektedir. Yıkılan devrin rehavet ve ataleti seven ve vatan hizmetinin başında olan kudsî ve şerefli askerlik vazifesinden bile kaçan kasaba ve şehirli çocukları yerine şimdi yeni yetişenler mektepte yaptırılan sporlar ve askerî talimler sayesinde köylüler gibi adale ve vücud kuvvetini bulmaktadırlar. Dersleri ağırlaşan ve bu suretle zihnî meşguliyeti bedenî mümareselere üstün gelen ve adale ve irade tevazününü bulamıyan ve yaşlarının icabı olarak muhayyelelerine vüsat gelen lise talebelerine gelince; bu hususda Paris tıp akademisi âzasından profesör Dr. A. Galmette'in tenasül terbiyesi hakkındaki kitabından şu satırları okumak lâzımdır. Müellif diyor ki: Liselere ve Kollejlere devam eden çocuklara tenasül terbiyesi verilmesi onları fenalıktan muhafaza edecek en iyi bir çaredir. Bu terbiye işi en geç olarak çocuk 14 yaşına ve en son 15 yaşına girdiği zaman başlamalıdır. Çünki umumiyet itibarile genç erkeklerde bülûğun ilk tezahürleri bu yaşta görülür. Kendilerini bedenlerinin sıhhatına vahim zararlar verecek, zekâlarını zehirleyecck zuhurattan korumak çok ehemmiyetli bir iştir. Yukarıda isimlerini ve mütalâalarını arzettiğimiz müelliflerin birbirine uymayan evlenme yaşı üzerindeki durmalarına bir cevap olmak üzere de «çocuklar hakkında asrî fikirler» müellifi Alfret Bine'nin şu haklı mütalâasını zikretmekten geçemedim: Müellif diyor ki; bir çocuğun yaşı kendisinin inkişafına bağlıdır. İki dürlü yaşı birbirinden tefrik etmek lâzımdır. Birisi tarih sırasile yaştırki doğum tezkereleri üzerinde yazılı ve tarihe göre tayyün eder. Diğeri teşrihe ve fizyolojiye aid yaştır. Bunu da boyun yüksekliği, vücudun ağırlığı, adalenin kuvveti diş ve sarî cümlesinin inkişafı, sesin tınneti ve kemal devresinin sair alâmet ve işaretlerile taayyün eder.

Tabii halde bu iki yaş, tarih yaşı ile fizyoloji yaşı birbirlerine tekabül ederler. Fakat bu tekabülde bir çok istisnalar vardır. Kanunî yaşlarından daha yaşlı yahut daha küçük çocuklara tesadüf etmek nadir bir şey değildir. Takaddüm veyahut teehhür bazı kare iki seneye, üç seneye kadar çıkabilir. Nadiren de daha ziyade olur. Bu iki yaş arasında tevafuksuzluk görüldüğü zaman en tabiisi fizyoloji yaşı makbul addedilmektedir gibi görünüyor. Çünkü hakikî yaş budur. Öteki gösterişten ibarettir. İşte ben nüfus kâğıtlarında görülen bu gösteriş yaşlarından dolayı bazı müellif ve zevatın endişeli mütalâalarını yerinde görmemekteyim. Maişeti düzgün ve irsî ve kisbî marazdan âzade sıhhatlı ve 18 yaşına ayak basmış bir erkekle ai-

520

le terbiyesini aile ocağında veya mektebte öğrenmiş olan yine sıhhatli 16 yaşına basan bir kızın evlenmelerini iklimimize göre hiç zararlı bulmuyorum. Bilâkis sıhhatli bir yaşta karşılıklı sevişme duygusile birleşerek bütün müsavi emniyet şartlarını birbirinde bulan bu eşlerin evlenmelerinden hakikî ve tam manasile aile yuvası kurulacağından şüphe edilmemelidir. Fevkalâde hallerde ve pek mühim sebeblere mebni 16 yaşını bitirmiş bir erkeğin ve keza ayni müessirat ile 15 yaşına girmiş bir kadının velî veya vasilerinin dinlenmesi şartile hâkimin vereceği evlenme müsaadesinin de def ve izale edilecek ihtiyaçlar ve mahzurlar karşısında isabetini hâdisat teslim ettirmektedir. Memnuiyeti kanunlarımızın çerçevesine girmeyen irsî ve kisbî bazı hastalıklar münasebetile evlenmeğe vücutlarının müsaadesi olmayanlar hakkında da umumî hıfzıssıhha kanununa doktorun muayenesi neticesinde sıhhî halleri evlenmeğe müsait olmaması hasebile evlenemiyecekleri ve verilen rapor aleyhine Memleket Hastahaneleri sıhhî hey'etine itiraz ve nihayet adlî tıp işleri umum hey'etinde son olarak temyiz edilmek üzere kendini mağdur gören tarafa müracaat hakkı verilmesinin bir madde olarak tenzili maksadın husulüne kâfi gelebilir kanaatindeyim. Son söz olarak Atatürkün şu vecizesini zikredeceğim; Emniyet ve hak işlerile alâkalı usullerde ve kanunlarda kolaylık, çabukluk, açıklık ve kesinlik esas olmalıdır. Her sahada olduğu gibi adlî usuller ve kanunlar sahasında da Türk Cumhuriyetinin ve onun yüksek değeri Kamutayının anlayışı ileri anlayıştır.

No: 67

Alman - İtalyan Hukuk Kongresi

Yazan: *Mariano D'AMELIO*
İtalya Temyiz Reisi

Çeviren: *Âtıf AKGÜÇ*

Hukukî münasebetler ve meseleleri tetkik için bu son günlerde Romada toplanmış olan İtalyan - Alman kongresi, vardığı bazı neticeler itibarile, teknik mahiyeti çok geçen siyasî bir kıymeti haiz bir kongre olmuştur. Almanyada nasyonal - sosyalist ihtilâli muvaffak olur olmaz, Roma hukukuna karşı şiddetli bir isyan vukua geldi. Esasen 4 asırdan beri, üniversitelerde, akademilerde, parlâmentolarda bir isyan hissi sezilmekte idi. Irk prensibinin zaferi, eski Alman hukukunun tekrar dirilmesini tabiatile tahrik ediyordu. Biraz değişmiş olduğu halde, 1900 tarihine kadar Alman hukukî hayatını tanzim etmiş ve bilâhare de kodler içinde tanzim etmekte devam etmiş olan Roma hukuku, mevkiini, büyük Alman milletinin asırlar zarfında vücuda getirdiği Alman an'anevî hukukuna, millî örf ve âdetlere terk etmek mecburiyetinde kaldı. Bunun birinci neticesi, büyük Roma hukukunu ilmî bir sistem altına almak, Justinyanus hukukunu saf aslına irca etmek gibi tarihte yüksek ilmî bir şeref kazanmış olan eski Alman üniversitelerinde Roma hukuku tedris saatlerinin azaltılması oldu.

Bu zihniyet ve hâleti ruhiye içinde idiki 1934 de, İtalyan hukukcularını temsil eden bir hey'etin de iştirâk ettiği ve «Akademie für Deutsches Recht» i doğuran Leipzig kongresi açıldı. Kongreye ve akademiye bu sefer Roma da Alman hukuk hey'etine rehberlik etmiş olan genç nazır Frank riyaset etti. Alman tezinin ilk defa aydınlatmağa başlıyan noktalarını Leipzig de görüyoruz. O zaman nazır Frank Alman hukukcularının Roma hukukundan kurtulmak istemekle beraber, nerede hâkim olmuş ise orada doğrudan doğruya veya dolayısı ile en medenî hayatın doğmasına sebeb olan bu yüksek ve üniversel mevzuatın tetkikinden ettikleri istifadeyi de inkâr etmediklerini söyledi. Bu beyanat, İtalyan hukukcularını temsil eden hey'etin kongrenin mesaisine iştirâk etmelerini teshil ve her iki memlekette hazırlanmakta olan büyük kanunî ıslahat işinde daha geniş mikyasta çalışma birliği yapmanın mümkün olduğunu ihsas etti. Bununla beraber bu hususta, mes'ut ve feyizli teşebbüse başlamak şerefi İtalya Adliye nazırı Solmi'ye düştü.

Kuvvetli ve otoriter bir Devlet fikri, beynelmilel yıkıcı cereyanlara

522

karşı tedbirler almak, sınıflar arasında mücadele yerine anlar arasında iş ve çalışma birliği vücuda getirilmesi, bütün bunlar bilhassa âmme hukuku sahasında iki memleketi yekdiğerine yaklaştıracak yeni ve müşterek bir idealin mevcut olduğunu gösteriyorlardı. Roma - Berlin mihveri böylece fikren ve kendiliğinden doğmak üzere idi. Zecrî müeyyidelerin tesiri altında bilâhare siyaseten nasıl teşekkül ettiği malûmdur. Leipzig kongresinden bugüne kadar, yeni Alman hukuku vicdanının Roma hukukuna tekrar yaklaşmağa doğru hayli mesafeler kat'etmekde olduğunu görüyoruz. Bunun delili Alman Adliye nazırı Frank'ın «Campidoglio» de irat ettiği nutukta söylediği kat'î, sağlam ve makul fikirlerdir. Nasyonal - sosyalist Almanyanın Roma hukukunda kabul edemediği şey, Roma hukukunun kendisi olmayıp, İstanbulda, Asyaî fikir ceryanlarının tesiri altında büyük Roma hukukunun mâruz kaldığı değişiklik ve Bizansta ona verilen şekildir dedi. Alman tezine ait bu tenvirler ve tasnifler bize, bilhassa faşizmin eski romen kültürünü ve eski romen vicdanını ihya etmek istediği bir devrede, hukuk sahasında birlikte çalışmak için, Alman hukukcularının nasıl Romaya gelebilmiş olduklarını gösteriyor.

Bütün mevzuatı birleştirmek ve yeknasak kanunlarla idare olunmak için umumî veya kısmî anlaşma imkânlarını araştırmak bizim en büyük hukukcularımızın bilhassa yüksek modern hukukcumuz «Şaloya» nın çok eski bir ideali idi. O, an'ane, örf ve âdet, içtimaî itiyadlar itibarile yekdiğerine yakın olan memleketlerin bilfarz Akdeniz etrafında toplanmış olan milletlerin tek bir kod ile idare olunmalarını düşünüyordu. Fakat bu gaye etrafında yapılacak mesainin iki taraflı itilâf ile başlamasını ve daha sonra diğer Devletlerin bu itilâfa iltihak etmelerini daha muvafık buluyordu.

Bu vâdide yapılan işler bir çoğumuzun malûmudur. Daha sonra Mussolini, hususî hukukun tevhidi için, Romadaki Beynelmilel Enstitüyü Akvam Cemiyetine hediye etmek suretile bu sahada gayet yüksek bir jestde bulundu. Bu müessesenin programında, hususî hukuk sahasında beynelmilel hayatı tanzim edecek yeknasak ve müttehit kanun projeleri hazırlamak mevcuttur. Bir kerre daha Roma, «milletlere yeknasak kanunlar vermeye" davet olunmuşdu. Avrupanın en büyük kültür merkezlerinde olduğu gibi, «Aldobrandini» villasında da, büyük idealin tatbikini temin edecek kanun projelerini yazmak üzere, zaman zaman, dünyanın bütün Devletlerinin mümessillerini ihtiva eden komiteler toplandı.

Burada, Almanyanın Uluslar Kurumundan çekilmesinden evvel, Alman murahhaslarının bu işe en azimli bir surette sarılan âlimlerden olduklarını ve bizim hukukcularımızın daha ziyade kendilerile da-

ha çabuk ve kolaylıkla itilâf edebildiklerini ayrıca kaydetmek isterim.

Fakat beynelmilel mevzuat sırf bir fikir işi değildir. Daha çabuk, müessir ve davamlı neticeler alabilmek için bu mevzuatın siyasî bir esasa dayanması lâzımdır. Roma kongresinde mümkün veya şayanı tercih görüldüğü gibi, Devletler arasında yeknasak mevzuata veyahut hiç değilse umumî prensiplerde müşterek kanunlara mâlik olabilmek için iki millet arasında çok yakın ve samimî siyasî bir anlaşma olmalıdır. Müşterek bir kod yahut ayrı ayrı da olsa müşterek maddeleri ihtiva eden kodlar, fikir, hissiyat ve emellerdeki birliğin çok yüksek ve çok mânidar bir ifadesidir. Bu noktayı nazardan Roma - Berlin mihverinin, milletler arasında hukuku birleştirmek faaliyetinin muvaffak olması için en büyük teminat teşkil ettiğini anlamak güç değildir. Dünya medeniyetini müdafaa gibi gayet büyük bir vazifede mütesanit olduklarını gören iki millet, hukukî hayatlarının müşterek bir nizam altına alınması mümkün olan kısmını tanzim edecek müşterek ve yeknasak prensiplere dayanan mevzuatın faidelerini herkesten iyi takdir edebilirler. Bu mihver üzerinden, iki memleket arasında inşa edilmiş bir köprü üzerinden geçer gibi, insanlar ve eşyalar bilhassa bir çok fikirler geçecektir.

Bu iki memleketin siyasî ittihadı, hukukun beynelmilel tevhidi tarihinde yeni bir hâdiseye yani dahilî âmme hukuku müesseselerinin tevhidi için teşebbüste bulunmağa imkân verdi. Roma kongresinde, ecnebi kollektif müesseselerin hukukî vaziyetleri, âmme hizmeti münasebetleri, hususî hizmet münasebetleri münakaşa edildi. Bu meselelerde her iki tarafın görüşlerinde mutabakat anlaşılarak, hiç bir mütekabil müsaadekârlıklara varılmaksızın, her Devletin istiklâline hürmet prensibine sadık kalınmasına karar verildi. İşte bu kongrenin asıl hususiyetini bu neticeye varmakta aramalıdır. Hukukcular her iki memleketin aynı fikrî istikamette yürüdüklerini gördüler. Bundan memnun kalarak bazı umumî prensipler de koydular. Münakaşaların kısa sürmesi ve müzakere edilen bütün meseleler üzerindeki itilâf gösteriyor ki onlardan daha evvel bazı şeyler olmuş, ve anlaşmayı evvelden hazırlamış idi. Duçe Berline gitmiş idi. Hitler Romaya gelmiş idi. Her iki reisin dehası, fikirleri hayli aydınlatmış idi. Hukukcular bu kongrede gayet itiyatlı ve basirekâr hareket ettiler. Mesailerinin bazı hadleri aşmamasına dikkat ettiler. Bir kanun müsveddesi yapmağa bile kalkışmadılar. Yalnız mütekabil anlaşmayı müşahede etmekle iktifa ettiler. Onların vazifesi maddî bir hukuk yapmak değil idi. Belki Alman nazırının dediği gibi hukuk siyaseti yapmak idi. Bir zamanlar Romanın hukukî zihniyeti ile Almanyanın hukukî zihniyeti arasında derin bir ihtilâf zuhur etmiş gibi göründü ise de bu kongre gösterdiki bu iki hukukî dehâ, şu tarihî zamanda her iki millete verilen vazifenin icrasını kolaylaştırmakta her zamandan ziyade yekdiğerine yakın bulunmaktadır.

526

No: 68

İradenin Medenî Hukuktaki Ehemmiyeti [*]

S. Ş. ANSAY

Hukuk, haricî hayat münasebetlerini tanzim eder. Bu meyanda medenî hukuk hissesine esas itibarile maddî hayat kıymetlerinin tevzii isabet eder. Bâtınî hayata diğer kuvvetler hâkimdir. Ahlâk ve dîn. Bâtınî ve haricî hayatın hududunda, ferdin bâtınî âlemini herkes için müşterek haricî âlemle birleştiren muammalı ve bununla beraber bize enfüsî surette pek âlâ malûm olan köprü, yani irade bulunur. İrade insanı, içinde vukua gelen ve ekseriya kendisi için üzüntülü bir mücadele halinde âkibeti evvelden göremeksizin oraya buraya çeken motiflerden teşekkül eder. Filhakika psikolojik karar hâdisesi muamele halinde maddeleşinceye kadar tamam olmuş değildir. İnsan, hakikaten bir şey arzu ediyor olduğunu ancak yapmış veya yapmamış olmasıyla bilir. İrade bu anda hukukan ehemmiyet kesbeder. Hukuk için, hayatın haricî nizamı için ancak insanın muamelesi, onun söz veya iş (fiil) halinde tezahür etmiş iradesi nazara alınır.

Evvelemirde mükellefiyet mevzuu olarak. Hukukî nizam tarafından insana sayılamıyacak derecede bir çok fiil ve terki fiiller emredilmiştir. Biz daima ve daima bir kaideye çok defa hukukî atmosferin ağır tazyiki altında itaata ve tahammüle mecburuz. Her yıl üzerimize itaat istiyerek ve tabiî hürriyeti darlatarak yeni kanunlar ve nizamlar yağmaktadır. Daima bizi vakıt vakıt tâciz eden yeni merciler, bizi kızdıran yeni hükümler. Fakat biz âmmenin hayrına olan emirler önünde iradelerimizin inkiyadını tevarüs etmiş ve öğrenmişizdir. Eğer ibtidaî kavimleri hatırlarsak yahut sadece orta çağ insanlarını, belki de Götz von Berlichingen'i [**] düşünürsek modern insan iradesinin dar bir müşterek hayat içinde ve enerjik (intensiv) kültür ile ne kadar terbiye edilmiş olduğunu anlarız. Biz tabiî temayüllerin azılı faaliyeti altındaki insandan, kanuna itaatla ve düşünceli surette muaşeret eden medenîler olduk: medenileştik.

Fakat irade yalnız itaatla değil, hükümran olmakla da mükelleftir. Kanun tarafından tebdili gayrı caiz surette tanzim edilmiş olan bir kaç hukukî münasebetten sarfınazar hususî hukuk, esas itibarile ferdin hükümranisi altındadır. Her şahıs kendi hukuk sahası içinde hüküm ve kendi

[*] V. Tuhr, Zeitschrift für schweiz.R, yıl 1922, cilt 41 s. 259 ve sonradan alınmışdır.

[**] 1480 - 1562 de yaşamış bir şövalye. Goethe'nin bu isimde bir dramı vardır.

hukuk münasebetlerini kendi arzusuna göre tanzim ve bizzat intihap ettiği gayeyi ve hedefi takip edebilir. Bu hususta kendisinin say'ü kazancı ve her şeyden önce faaliyet kabiliyeti (Vermöyen=mameleki) yardım eder. Bundan dolayı Alman lisanının, Lâtin dilinin bona kelimesinden çok daha kuvvetli bir ifade olarak kullandığı mamelek, yalnız hayat kıymetlerinin (Lebensgüter) bir yekûnu (Summe) değil, bilâkis iradeye âmâde bulunan kudret (Macht), bir müessir olabilmek (Wirkenkönnen), bir kabiliyet (Vermögen) dir.

Ferdin mamelek hukukuna müteallik muhtariyeti (otonomisi), genişliyen içtimaîliğe rağmen iktisat hayatımızın temeli olarak kalmıştır. Komünizm nazariyesine göre tahakkuk etmesi zarurî olan ve bu nazariyeyi hakikata kalb için çalışılan yerlerde tahakkuk eden cansız yeknasaklık hilâfına olarak bazı pürüzlerile (Auswüchse) beraber kültürümüzün tenevvüü ve hareketliliği, içtimaî hayatın çeşitli şekli her şahsın istediğini kendi mameleki ile yapabilmesine müstenidtir.

İrade medenî hukukta ne şakilde mer'î olmalıdır. Ençok akid şeklinde. Filhakika iki şahsın kendi hukuk münasebetleri hakkındaki birbirine uygun iradesinin düstur olması bize tabiî görünür. Fakat öyle haller vardırki şahsın yalnız kendi iradesi bir hukukî tesir husule getirmeğe, bilhassa bir hukukî münasebeti ref'etmeye kâfidir: Bir icarın feshini ihbar, akitten rücu, vesaire gibi.

Kanun tarafından insanın iradesine izafe edilen tesir, zatına has bir mahiyeti haizdir. Bütün hukuk nizamı bir fikir mahsulü, insanın haricî hayatını idare eden manevî bir kudret olduğuna göre her bir akdin tesiri, hukuk âleminin görülmiyen ve bununla beraber reel tahavvülünden ibarettir [1]. X'ın malik olması, yahut A'nın B'nin alacaklısı olması his vasıtası ile anlaşılmıyan bir vaziyettir. Fakat mülkiyet realitesi onun başkaları tarafından hürmete mazhar olmasında alacağın mevcudiyeti, borçlunun hareketi hakkında düstur olmasında gözükür.

Hukukî tesiri husule getiren irade artık mevcut olmasa dahi hukukî tesir baki kalır. Hukukî tesir psikolojik irade vâkıasından sonra da devame der. İrade bir hukukî münasebet meydana getirince bu münasebet kanunen müessir olmak üzere kabul olunan yeni bir vâkıa haylûlet edinceye kadar baki kalır.

İradeyi aşan işbu tesir, vasiyette en heybetli surette görülür. Müteveffanın ölümünden sonradır ki iradesi mer'iyete girer. Müteveffa, mirascının şahsını tayin eder ve ona mükellefiyetler tahmil edebilir; hatta mirascının ölümünden sonra mamelekin kime verileceğine dair ileriye doğru emir verebilir (namzet tayin edebilir). Müteveffanın işbu kudreti için zamanen bir tahdit lâzımdır: Alman hukukuna göre müteveffanın ölü-

[1] Benim Alman medenî kanunu umumî hükümleri hakkındaki eserimin II. inci cildinin § 43. üncü bahsine bakınız.

526

münden 30 yıl sonra müteveffanın iradesi hükümsüz olur, Alman medenî kanunu m. 2109, 2162. İsviçre hukuku müteveffaya ancak bir defalık bir namzet mirasçı nasbına müsaade eder, medenî kanun m. 488 (468). Daha ilerisi ve gayrı mahdut istikbal için müteveffa, bir vakıf veya aile fidei kommisi tesis etmek suretile müessir olabilir.

Ferdî iradenin işbu en yüksek müessiriyeti (Potenz), ilk önce hukuk tarihinde Roma vasiyetinde bütün kuvvetile tezahür etmiştir. Bu, orta çağın diğer kavimlerine Roma vatandaşının hemen hemen fevkalbeşer bir kudreti gibi görünmüştü. Bundan dolayı Romalının vasiyet senedi, «7 mühürle mühürlenmiş haricen, dahilen mersum kitap», apocalypse'in 5 inci faslında denildiği üzere, esrarlı bir kudretle mücehhez fevkalâda hafi bir şey gibi görünebiliyordu.

Akidlerde ve diğer hukukî işlerde de hukukî netice, irade sahibinin iradesinden sonrası için devam eder. İnsanın kendi mütebeddil, daimî tahavvüle mâruz ruhunda bir ân için istediği değil, bilâkis irade etmiş olduğu şey mutebердir. Söz dudaklar arasından uçar uçmaz yahut imza edilir edilmez, irade objektif bir meriyet iktisab eder. Ve bu meriyet başka kimseler için olduğu gibi bizzat irade sahibi için dahi düstur olur. Söz insanları bağlar. Verba ligant homines. İfade edilen iradenin mülzim kudretini tasavvur, tarihten önceki zamanlara kadar giden uzun tekâmül içinde meydana gelmiştir. Bu tasavvur kültürün en mühim kazançlarından biridir. Hayat münasebetlerimizin istikrarı ve emniyeti buna istinad eder. Manevî mevcudiyetimizin en mütehavvil unsurundan—ki iradedir—böylece sabit bir nizam vücut bulur.

İzhar edilen iradenin objektifleşmesi manevî hayatın bütün sahalarında emsali bulunan bir hadisedir: Diğer manevî mahsüller, bir şairin eseri, bir melodi, bir ihtira, bir ilmî bilgi veya nazariye başka insanların ittılâına vâsıl olur olmaz hâs, sahibinin mevcudiyetinden müstakil bir varlık iktisab eder. Bunlar, insanların düşüncesine, hissine, fantazisine, hareket tarzına müessir olurlar ve müessiriyetleri devam ettikce manevî realiteler gibi mevcudiyet alırlar [2]. İfade suretile sujeden ayrılmış olan hukukî irade dahi bu kategoriye girer. İrade hareket kaidesi olmak üzere mutâ olduğundan ve mutâ oldukca müessirdir ve Devlet halindeki teşekkülümüzün bütün sanatlı sistemi ve bilhassa mahkemelerin faaliyeti bunun için gayret eder.

İzhar edilen iradenin mülzimiyeti, kanunen teyid altına alınmış bir nizamdır. Bundan dolayı bu mülzimiyet ancak hukukî nizam tarafından çekilmiş sınır içinde mevcuttur. Bazı kararlar ve hususile şahsî hayat için en mühim olanlar her türlü hukukî cebirden âzâde kalmak mecburiyetindedirler. Bundan dolayı nişan üzerine evlenme davası kabil değildir,

[2] E. I. Bekker, Grundbegriffe des Rechts s. 18.

madde 91 (83). Kezalik bir kimseyi kanunu veya ahlâk ve âdabı ihlâl eder derecede hüriyetini istimalde tahdit edecek olan bütün mukaveleler de böyledir, medenî kanun 27 (23) fıkra 2. Diğer, esas itibarı ile mülzim mukaveleler, muayyen hallerde âkitlerden birinin bir taraflı iradesi ile (fesih, feshi ihbar, rücu), her iki tarafın muvafakatı ile ise her halde bertaraf edilebilir. Taraflar, mukavelelerini ref etmek imkânını ne selbedebilirler ve ne de şekle ait hükümlerle güçleştirebilirler. Kezalik bir cemiyetin yahut bir şirketin kararı daima yeni bir kararla ref olunabilir. Ve bir hükmî şahsın nizamnamesine gayrı kabili tebdil kaydı ilâve edilemez.

Bir taraflı irade beyanlarından bazıları, meselâ vakıf gayrı kabili rücudur; diğerlerinden, bilhassa vasiyetten rücu olunabilir. Çünkü vasiyet, vasiyeti yapanın son iradesini gösterecektir. Ve bu irade vasiyeti yapan sağ oldukca değişebilir. Kanunun müsaade ettiği rücu serbestliğini vasiyeti yapan kimse dahi bizzat nez'edemez. Vasiyeti yapan, vasiyetini gayrı kabili rücu olarak yapsa buna rağmen onu bozmasına bir mani yoktur.

Kanun dahi devletin, yahut denildiği üzere vazıı kanunun iradesinin bir izharı olarak nazara alınınca aynı vaziyettedir. Kanun daima yeni bir hukukî kaide ile ref olunabilir. Ve hiç bir vazıı kanun kendi iradesinin bu sonraki ref'i imkânını men ve tahdit edemez. Vazıı kanunun âm kuvveti kendi halefinin zarurî surette daha kuvvetli kudretinde hududunu bulur.

İmdi hukukî nizamın böyle büyük ehemmiyetli rol atfettiği iradeden jurisprudans ne anlamaktadır? Bu bir çok ilimlerin (Physiologie, psychologie, ahlâk, dîn ve felsefe) kendi tetkikatına mevzu ittihaz ettikleri aynı manevî hâdisedir. Bu hâdise mevcudiyetimizin en derunî özünü teşkil eden, her birimize doğrudan doğruya meş'ur olan ve bununla beraber kâinatın nüfuz edilemiyen sırrını kendinede saklıyan kuvvettir.

Hukuk için yukrıda söylendiği üzere yalnız izhar edilen irade nazara alınır. Karar safhasına vâsıl olmadan arzular, niyetler ve irade hareketleri hakkında ruhda cereyan eden şey insanın hukukî vaziyetinde ve muhit ile olan münasebetlerinde esas itibarile bir tesiri haiz olamaz. İradenin izhar edilmiş olması lûzumundan hukuk için bir takım mühim meseleler ve irade hâdiselerinin tamamen jurisprudans'a hâs bir tetkiki ortaya çıkar.

Bu meselelerden biri iradenin izhar edilmiş sayılabileceği hakikî ânın tesbitidir. Hukuk için esas olan psikolojik mülâhazalar değil, bilâkis amelî mülâhazalardır. Romalılarda irade beyanı ekseriya hazırlar arasında şifahen vukubulurdu. Bu pek basit halde söz söylenir söylenmez ve öbür tarafca anlaşılır anlaşılmaz iradenin tesirinin tahakkuk edeceği kendiliğinden münfehim olur. Fakat yazının inkişafı ve bundan fazla olarak posta ve telgraf ile münasebet, meselenin bir komplikasyonunu mucip oldu. Mektup vasıtası ile beyanda hukukî hüküm için esas olan ân hangisidir.?

528

Uzun ihtilâflardan sonra bu bapta umumca kabul edilen bir prensip mer'i oldu. Mektubun yazılması sırf bir hazırlık muamelesi sayıldı. Hattâ imza da böyle. Ancak irsaldir ki bazı noktadan hüküm ifade eder: Gönderilen beyan, gönderen onun vusulünden önce ölse dahi muteber kalır [3]. Fakat gönderilen mektup kaybolabilir veya vusulünden önce geri alınabilir. Vaziyeti halleden ancak mektubun vusulüdür. Eğer mektup gönderilenin iktidarı sahasına girmiş ise mektup vâsıl olmuşdur. O suretleki mektuptan gönderilenin haberdar olması ancak ona ve evinin veya mağazasının tertibatına ait ve muallâk bir keyfiyettir. Gönderilenin vâkıf olması, mektubun hüküm ifade etmesi için zarurî değildir. Bu, amelî sebeplerden dolayı böyledir. Çünki vukuf gönderen tarafından güç isbat olunabilir. Ve gönderilen tarafından istenildiği gibi metrûk bırakılabilir. Bundan dolayı gönderilenin evine veya mağazasına bırakılan bir mektup, gönderilen onu kusuru ile veya kusursuz okumamış olsa daha muteber bir beyan olarak hüküm ifade eder [4].

İradenin hukukî tesiri haiz olmak üzere izhar olunabileceği vasıtalar hangi vasıtalardır? Eğer bize en yakın bulunan kavimlerin en eski ve en mâruf vaziyetlerine bakarsak Romalılar ve Cermenler nezdinde formalizim sistemini gürürüz [5]. Ancak muayyen sözlere, Certa verba, bürünmüş irade lüzum ifade ederdi. Sözlere çok defa başka şeyler de ilâve edilmek lâzımdı: sembolik veya dinî hareketler, şahitlerin huzuru veya resmî bir merciin iştirâki. Bununla beraber Romalılar ile Cermenler arasında hukuk psikolojisi noktasından dikkata şayan bir fark tesbit olunur. Romalılar Romalı oldukları müddetce yalnız söylenen sözleri mülzim sayarlardı. Yazının çoktan intişar ettiği zamanlarda dahi Romalılar tahriri akdi kendi hukuklarına kabul etmediler ve mahkemelerde kullanılan senedleri bir itimadsızlıkla karşıladılar. Cermenlerde ise başka türlü idi. Cermenler ötedenberi, hattâ okumak ve yazmak nadir bir san'at olduğu zamanlarda dahi ve belki de asıl bundan dolayi senede itibar gösterirlerdi. Şekil psikolojisinde diğer dikkate değer bir fark şudur: Romalılarca muamelede asıl ehemmiyet verilen sözü söyliyecek kimse, mülkiyetin naklinde iktisab eden, borç akdinde alacaklıdır. İktisab eden malı mülkiyetine alır, alacaklı borçluyu mükellefiyetle takyid eder. Cermenlerde ise başka türlü dür. Ehemmiyetin, temlik edenin ve borçlunun irade izharına verilmesi

[3] Alman medenî kanunu § 130 II. Aynı hüküm İsviçre hukukunda kabul olunmak âlzımdır. İsviçre hukukunda beyanın irsali Borçlar kanununun 10 uncu maddesine göre daha başka bir mana ifade eder.

[4] Alman medenî kanuuu § 130 I. rücu noktasından bir inhiraf ile baraber. İsviçre hukuku da böyledir m. 9.

[5] Ihering Geist des röm. Rechts § 45; Mitteis röm. Privatrecht § 15; Heusler, Institutionen § 12.

Cermenlerin ve bugünün telâkkisine uymaktadır: Bayi mülkiyeti teslim eder (Auflassung), borçlu mükellefiyeti deruhte eder ve hukukcu olmıyan iktisab edenin yahut alacaklının muvafakatı, işin muteberiyeti için muktazi olduğunu düşünmekle kaygulanmaz.

Formalizm sisteminde hukuki neticeyi ortaya koyan irade değildir. Yalnız haricî vâkıaları nazara almak eski hukukun kaba sadeliğine tevafuk eder. Eski hukuk psikoloji tanımaz. Bundan dolayı yalnız söylenen mer'îdir [*].

Romalıların klâsik hukuku, meselenin bir incelemesini mucip oldu. Söz arkasındaki irade keşfolundu. Roma imparatorluk zamanının hukukcuları bir çok hallerde yalnız söze bakılmayacağını, bilâkis meselenin tarafların iradesine göre vaz'ı lâzımgeleceğini beyan ettiler: quaestio voluntatis. Bu inkılâb, eski hukukun ortadan kalkmakda olan şekillerine karşı yüz çevirme suretile tesri edilmiş, Roma kazaiyatından alarak hukuk lisanımıza soktuğumuz hüsnü niyete istinad ettirilmiştir. Hukukcular bir kimseyi beyan olunan hakikatta arzu etmediği takdirde sözün manası ile mes'ul etmek hüsnü niyete muhaliftir derlerdi. Bu telâkki en şiddetli surette hukukçu Paulus'un mâruf bir sözünde ifade edilmişti: Bir kimse bir sözü söylerken yanılırsa söylediği söz arzu etmediğinden dolayı hüküm ifade etmediği gibi söylemediğinden dolayı arzu ettiği şey de hüküm ifade etmez.

Bu nevi fikir cereyanlarından, 19 uncu asır ibtidalarında pandekt ilminde irade nazariyesi [6] denilen nazariye çıktı; yani, bir beyan, hakikî iradeye tevafuk ettikçe muteberdir.

Fakat bu nazariye hâkim olur olmaz itiraz başgösterdi [7]. Evvelâ irade nazariyesi kat'iyen gayrı kabili tatbik olarak tazahür eden bir halin bulunduğu nazarı dikkate konuldu [8]. Bu, «Mentalresevation» denilen haldir [*]. Bir kimse istemediğini gizlice mahfuz tuttuğu bir şey söylerse istememesine rağmen sözü ile bağlanır. Bu aleyhine hiç bir nazarî mülâhaza yükselmeyen amelî ve ahlâkî bir zarurettir. Fakat işbu mûtad haricinde bulunan halden sarfınazar, irade nazariyesi kendi iç özünde taarruza uğramıştır. Hüsnü niyete yalnız beyanda bulunan tarafından,

[*] V. Tuhr İsviçre borçlar kanunu umumî hükümleri s. 250 ve not 6 bakınız (bu notta v. Tuhr'un bu makalesine işaret edilmiştir.)

[6] Bilhassa Savigny tarafından ortaya konulmuştur, system III § 134.

[7] Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterrungen (1868), Röver, Bedeutung des Willens (1875) ve başkaları. Kezalik Kammergericht'in 1873 tarihli bir kararına bakınız (Seuffert's Archiv 29 No. 215).

[8] Alman medenî kanunu § 116. Borçalar kanununda zikredilmemiştir.

[*] Bunun için v. Tuhr § 35 I. ve Oser madde 1 şerhi, not 53 ve 18 inci madde şerhi not 15; Funk, not 2; Fuat Hulûsi ve Sabri Şakir, borçlar kanunu şerhi m.18 s.40 sonuna bakınız.

530

onu arzu edilmemiş sözlerin neticelerinden korumak için istinad edilmeyüp bilâkis hüsnüniyetin ondan daha kuvvetli bir mikyasta beyanda bulunanın hasmına yardım etmesi lâzım geldiğine işaret edilmiştir. Çünkü muhatap ancak beyanla alâkadardır. Beyanda bulunanın derunî iradesini muhatap tanıyamaz; bilâkis yalnız beyanın metninden ve kendisine malûm olan diğer ahvalden o derunî iradeyi anlayabilir. Mûhatap mutat veçhile yapılan bir beyana istinad ederek akdi in'ikat etmiş sayarsa beyanda bulunanın, irade nazariyesinin bilâkaydü şart tecviz ettiği veçhile kendi sözünü arzu edilmemiş olarak geri almaya mezun olması muhataba karşı büyük bir nısfetsizlik olmazmı?

Nazariyedeki bu ihtilâf ekseriya olduğu üzere tekniğin terakkisi ile tam bir inkişafa ve tavazzuha mazhar olmuştur. Telgraf, mürsilin veya muhatabın kusuru olmaksızın mürsilin beyanının metni ile iradesi arasında en şiddetli ayrılıklar meydana getirmeye fevkelâde müsaid bir beyan vasıtası ortaya koymuştur. 1856 da galiba ilk defa olarak mahkeme önüne bir hadise gelmişti [9]. Köln'lü bir tacir Frankfurt'lu bangerine şöyle bir telgraf çekmişti: 10,000 Taler Köln—Mindener tahvilleri satınız. Gelen telgrafta şöyle yazılı idi: Satın alınız. Banger bu dairede muamelede bulundu. Köln'lü tacir muameleyi muteber tutmamak istedi. Çünkü tahvil satın almak arzusunda olmadığı muhakkaktı [10].

Bu ve bu kabil haller hakkında alman medenî kanunu münasip orta bir çare buldu. Evvelemirde beyan muhataba vâsıl olduğu ve onun tarafından anlaşılabildiği veçhile hüküm ifade eder. Eğer beyan yanlış ise, yani mürsil yanlış yazmış veya yanlış söylemiş ise nakil vasıtası, yani telgraf veya vasıta olan şahıs yanlışvazife görmüş ise o beyan yine muteberdir. Fakat mürsil bunu, yanlışlığını haber alır almaz derhal yapmak mecburiyetindedir. Ve Alman medenî kanunu 122 inci maddesi mucibince muhatabın, beyanın sıhhatına itimadından dolayı düçar olduğu zararı tazmin ile mükelleftir. Muhatap telgraf üzerine muamelede bulunmuş ise fesih bir çok hallerde faydasız olacaktır, çünkü fesih eden tarafından tazmin edilecek zarar telgrafın doğruluğu halinde ödenecek mikdarda olacaktır. Bu netice nısfete uygundur. Filhakika zarar bir kerre çıkmıştır. ve posta idaresi her türlü mes'uliyeti reddettiğinden taraflardan hangisinin zarara tahammül edeceği sorulacaktır. Her şey zararın mürsile yük-

[9] Ihering, Jahrb. f. Dogm. 4 s. 83, Windscheid, Pand. § 309 not 5.

[10] Köln Land mahkemesi mukavelenin rızadaki fesattan dolayı vücut bulmadığını kabul etmiştir. Fakat mürsili Faransız medenî kanunu 1382 inci maddesi mucibince zararı tazmine mahkûm etmiştir. Çünkü emniyetsiz bir vasıta kullanmıştır, Ihering sahife 107. 1891 de Reich mahkemesi, cild 28, S. 16, mürsilin tazminat mükellefiyetini ticaret kanunu 278 inci maddesinden istinbat suretile ve bir telgrafın bozukluğunun neticelerinden muhatabın mes'ul tutulabilmesi kabili tasavvur olmadığı yolundaki haklı bir mülâhaza ile aynı tarzda karar vermiştir.

letilmesi lehindedir. Çünkü mürsil, kusurlu olsun, olmasın telgraf vasıtasını intihap ederek bunu irâs etmiştir.

İsviçre borçlar kanunu da yeni metninde [11] m. 27, bu istikameti tutmuştur. Fakat dikkate şayan surette yarı yolda duraklamıştır. Yanlış telgraf evvelemirde mutebердir. Bu, Almanyada olduğu gibi mürsil tarafından fesih olunabilir. Fakat mürsil, telgrafı alanın zararını ancak eğer telgrafı gönderirken bir ihmalde bulunmuş ise tazmin ile mükellef olur. Eğer bir kusuru yoksa — ki çok defa böyle olur [12]-zararı muhatabın çekmesi lâzım gelir [13]. Bunun tahammül edilemiyecek kadar adaletsizlik olduğu aşikârdır [14]. Tipik hâdise bir kerre halledilirse sert paragraflara tazyikli ve kuvvetli tefsir san'atı ile bir inbisat vermek federal mahkemenin vezifesi olacaktır.

Bu meselede biz bir çok asırlar devam eden doğmatik tekâmülün cereyanına nazar edersek şu ritmi buluruz: İptidada söz için kayıtsız ve şartsız mes'uliyet, sonra ikinci merhale: Kat'i âmil söz değil bilâkis iradedir, nihayet üçüncü merhale evvelemirde, söz esasdır, — fakat muayyen hallerde hasmının zararını tazmin cihetine gidilebilir.

Böyle bir cereyan Dogm tarihinde kesretle vukubulur, ve hususile jurisprudans esas meselelerinde. Biz eski hukukcuların tekâmülünü tamamen görüp yaşadığımız bir misali arzetmek isterim. Bu tazminat prensibine mütealliktir. Burada dahi eski hukuk haricî tarafa, yani fiile yapı şıyordu. Dahilî cihet, kusur, nazara alınmayordu. Fiili kim ika ederse zararı tazmine mecbur idi. Klâsik Roma hukukcularının incelmiş vicdanları burada da failin iradesine mer'iyet vermişti. Onlar şöyle talim ediyorlardı: Yalnız kusur cezaya müstehakdır; yalnız kusur faili tazminat ile mükellef kılar. Bu prensibin netayici ile tatbiki 19 uncu asır ortalarındaki Pandekt ilminde bulunur. İhering'in hararetli ufak yazılarından birinde (Hususî hukukta kusur unsuru, 1867) bu perensip mantıkî bir kanaatla ilân olunuyor, ve bundan bir kaç yıl sonra nazariye aleyhine reaktion başlayor. Burada da doğmanın tebeddülüne saik tekniktir. 1861 de şu

[11] Eski borçlar kanunu noktasından hukukî vaziyet hakkında benim Zeitschrift f. schweiz. R. cild 16 s. 28 ve sonrakilere, kezalik Zürich yüksek mahkemesinin, Reich mahkemesinin yukarıda nakledilen hükmüne imtisalen zararı mürsile tahmil eden bir hükmüne, Bl. Zur.R, 1909 No. 168, bakınız.

[12] Çünkü telgrafın kullanılmasında, her ne kadar telgraf idaresi mes'uliyet kabul etmiyorsa da mürsilin bir kusurunu bulmak mümkün değildir. Becker, borçlar kanunu 27 not 4

[13] Oser'e göre, m. 27 not 3 mürsil telgraf memurunun bir kusuru için bizzat kendi kusuru gibi mes'ul olur. Bence 27 inci maddenin maksudu bu olmasa gerek, ne 55 inci maddeden ve ne de 101 inci maddeden böyle bir hüküm çıkarılamaz; bununla beraber adalete uygun olacaktır.

[14] Henrici'nin "İrrtum beim Vertragsschluss„ adlı Zürich'de verilen tezine, s. 218, bakınız: bunda zararın borçlar kanunu 44 üncü maddesine göre tahmil ve tevzii imkânına edilmiştir.

532

hâdise hakkında Baviyera en yüksek mahkemesinin şöhret bulan bir kararı istar edildi [15]: Bir lokomotif kıvılcımından bir orman yangını çıkmıştı. Şömendöfer memurunun bir kusuru yoktu. Bununla beraber adlunısfat şömendöferin bir mes'uliyetini müstelzim gözüküyordu. Bunun üzerine mahkeme bir şömendöfer işletme, işletme ile mürtebit tehlikeden dolayı haddi zatında bir kusurlu harekettir dedi. Bu garabet (Enormität) nazariyenin ademi kifayesini açıkca tebarüz ettirmek için beyan olunmak lâzım gelmişidi. Asrî kanunların kusurdan mütevellit tazminattan başka kusursuz zararın da tazmin edilmesinin lâzımgeleceği bir çok ve ehemmiyetli haller kabul etmesi o vakitten beri teessüs eden tekâmülün neticesidir.

Şu halde burada da dogmatik prensip bir uçdan — fiil hakkında mes'uliyet — diğer uca — sırf kusur hakkında mes'uliyet — nihayet vasatî mevkiini bulmak için hareket etmekdedir. Kim, işbu iki tekâmül serisinde Hegel tarafından konulan tezden antiteze ve senteze tekâmül kanunu lehinde klâsik bir misal müşahede etmez.

Bana tekrar irade beyanı nazariyesine avdet etmekliğime müsaade ediniz. Jurisprudans, mesut bir tesadüfle bulunan sentez'den sonra sükûn limanına vâsıl olmuş gibi bir intiba uyandırmak istemiyorum. Modern nazariye zemininde irade beyan meselesi ile eski jurisprudans'a zarurî göründüğünden daha fazla meşgul olmayı mecburî kılan yeni tereddütler meydana çıkmıştır. Vaktile münakaşalı olan haller, bir kimsenin bir irade beyanında bulunması ve bu beyanın bir ifade veya vasıta yanlışlığından dolayı doğru olmayan bir muhteva alması şeklinde idiler. Fakat bir kimsenin esasen bir irade beyanında bulunmak istemediği halde başkasının, ahvalin vaziyetine göre, bir irade beyanı gibi telâkki etmeye mecbur olduğu bir şeyi yaparsa ne olacakdır ? Meselâ bir kimsenin acele ile bir intihap kâğıdı zannederek bir garanti senedi imza etmesi gibi. Senedi gönderen hasım için bu hareket garantiyi deruhte manasını ifade eder; halbuki yanılmış olan zat yalnız kendi siyasî kanaatini ifade ettiği fikrindedir. Jurisprundans'da muhafazakâr bir istikamet burada bir irade beyanının bulunduğunu inkâr eder [16]. Diğer bir istikamet bu halleri muhteva itibarile hatalı (entgleiste) irade beyanı gibi muameleye tâbi tutmak ister [17]: şaşıran kimse ancak fesih suretile, tazminat ile, kendi hareketinin neticesini bertaraf edebilecektir. Bu kabul edilirse — ki ben buna mütemayilim — jurisprudans, mantıkan gayrı caiz görünen arzu edilmemiş bir irade beyanı mefhumunu hoş görmiye mecbur kalır [18]. Fakat hukuk haricî unsurlarla meşgul olur. İradeye başlıca başka insan-

[15] Seuffert's Archiv 14 No. 208.

[16] Enneccerus, Lehrb. § 136 II A 3, Planck § 119 not I 5. a

[17 Manigk, Irrtum und Auslegung s. 108.

[18] Alman medenî kanunu umumî hükümleri § 61 s. 403

lara müessiriyeti itibarile nazar eder. Bu itibarla haricen bakıldığı surette bir irade beyanı manasını haiz olan bir bildirme hukuk nazarında süje için böyle bir irade mefkut olsa dahi bir irade beyanı gibi hüküm ifade der.

Bununla beraber bu istikamette bir haddi tecavüz etmek caiz değildir. Bir kimse hiç bir faaliyet göstermediği halde bir irade beyanında bulunmuş olduğu zehabı hasıl olabilir. Meselâ bir kimsenin kendi adını yanlış göstererek bir telgrafı veya bir mektubu X e göndermesi yahut bana yazan ve hiç bir cevap almayan R nin sükûtum ben onun mektubunu asla almadığım halde ve bundan dolayı sükûtumu tamamen irade edilmemiş olduğu halde, muvafakat manasına alması gibi. Bu gibi hallerde hiç bir suretle faal bulunmamış olan kimseye bir irade beyanı izafe etmek imkânı yoktur. Bu kimsenin bir irade beyanı bulunduğuna hal icabları altında inanmak vaziyetine düşmüş olan bir şahıs bir hayalin kurbanı olmuştur, yahut üçüncü bir şahıs tarafından iğfal edilmiştir, ve neticelerini üçüncü şahsa yükletemedikçe bizzat tahammül ile mükelleftir[19].

Nazar iradenin izharından saiklere teveccüh eder. Her karar muhtelif ve ekseriya bir çok saiklerin mücadelesinden tevellüd eder. İnsan kendi üzerine müessir olan bu saikleri ve hususile onların kuvvet münasebetlerini şuurlu olmaz. Bir kimsenin hakikatta daha kuvvetli hafi saikler tesiri altında olduğu halde muayyen bir saikten dolayı hareket ettiğini zan etmesi çok vâkidir.

Ceza hukuku failin kasdına büyük kıymet atfettiği halde medenî hukuk iradenin saiklerine umumiyet itibarile seyyan nazarla bakar [20]. Bir mukavele kendi muhtevasına göre takdir olunur; bir veya diğer taraf için onun in'ikadında vesile teşkil etmiş olan sebeplere göre takdir olunmaz. Bir şey satın alan kimse bunu muhtelif sebeplerden dolayı yapabilir: ona ihtiyacı olduğundan, yahut birine hibe etmek istediğinden, yahut bayia bir cemile göstermek için, yahut da bir rakibi kızdırmak için satın alabilir. Bütün bu hallerde ayni hukukî kaideler cari olur. Çünkü diğer akit müşterinin saikleri ile, hatta o motifleri bilse dahi esas itibarile alâkadar değildir.

Saikler, geçmişdeki, haldeki, yahut istikbaldeki vâkıaların tasavvurları (Vorstellungen) dır. İnsanın, kararının muallâk olduğu bütün ahvalden tam ve doğru malûmat sahibi olması nadirdir. Bundan dolayı hatanın bu nevi, saikte hata denilen hata, denebilir ki ekseriya hemen hemen gayrı kabili içtinap bir hâdisedir. Fakat işte asıl bundan dolayı hukuk, amelî hayatın emniyeti menfaatına bu kabil hatayı prensip itibarile nazara alamaz. Borçlar kanunu 24 II; eğer nazara alsa idi her mukavele tehlikeye düşer ve davalar için bir nihayet tasavvur edilemezdi.

[19] Hölder, Iherings Jahrb. 55 s. 428 ve sonu.

[20] Alman medenî kanunu umumî hükümleri § 52, III e bakınız.

534

İrade izharının muhtevası ve saiki arasındaki fark bazan tereddütten âzâde olmaz ve hukuk kaidesini bilmeyen, yahut takdir etmeyen meslek harici kimseye şiddetinden dolayı nahoş görünebilecek kararlara sevkedebilir. Meselâ bir tacir zarara uğramamak için istemeye mecbur olduğu müfredat fiatını hesap eder. Bir hesap hatası ile bu tacir 120 yerine 100 bulur ve mallarını bu fiata satar. Avukat ve ledelhace hâkim tacire hatası iradenin teşkili safhasında olduğunu, yoksa iradenin beyanı safhasında olmadığını ve bu itibarla baş vuracak bir çare olmadığını anlatır [21]. Fakat tacir bilâkis 120 hesap etse idi ve müşterilere yaptığı icabında sehven 100 yazsa idi hata ile irade edilmemiş bir beyan yapmış ve Borçlar kanununun 24 üncü maddesi 1 inci fıkrası 3 üncü numarası mucibince mukaveleyi feshedebilirdi.

Saikteki hatanın nazara alınamıyacağı kaidesi, istisnasız bir surette tatbik edilemez. Saikteki hatanın hüsnüniyet kaidelerine göre akit vücut bulamıyacak derecede ağır bastığı haller vardır. Vazı kanunun işbu istisnaî halleri nasıl tahdit edeceği sorulacaktır. Burada İsviçre ve Alman hukuku arasında karşılıklı bir tesir vâki olmuştur. Borçlar kanununun eski metninde, madde 19 No. 3 şeyin mevcud olmalarına veya olmamalarına göre muamelâtta tamamen başka bir cins veya neviden mallardan sayılacak derecede ehemmiyetli olan vasıfları hakkında hata edildiği surette feshe müsaade eder. Alman medenî kanunu buna iltihak etmiş, 119 uncu madde ikinci fıkrasında kısa bir surette muamelâtta ehemmiyetli sayılan vasıflardan bahsetmiştir. Bundan maksat, hayatımızın sür'atli cereyanında vukua gelebildiği üzere bir takım yanılmalar (Verwechselungen) ve sui tefehhümlerdir. Meselâ bir kimsenin mektupla, bir kadını yazı makinesi kullanabilir bir kız zannı ile tutması, kadının hizmete girdiğinde bunun bir ahçı kadın olduğu anlaşılması gibi; yahut bir kimsenin acele ile ambalâjına ve üzerindeki yazıya nazaran kendisince mâruf olan bir fotograf makinesi zannederek bir şey satın alması ve ambalâjı açtığı vakit bunun bir pişirme makinesi olduğunu görmesi gibi. Bu gibi muameleler fesholunabilir. Sırf keyfiyete müteallik (qualitative) farkalarda (mükemmel veya az mükemmel ahçı kadında iyi veya fena makine. de) bir fesih yoktur; bilâkis burada bey'i hukukunda tasrih edilen vasıtaya (bey'in feshi veya semenin tenzili yoluna) müracaat olunur. Yeni Borçlar kanununda, M. 24 f. 1 No. 4 de vasıflarda hata zikredilmemiştir. Fakat eğer hata, hata eden tarafından muamelâttaki (ticarî münasebetlerdeki) hüsnüniyet kaidelerine göre muayyen bir hale taallûk ediyorsa fesih caiz görülmüştür. Yeni metin gayrı muayyendir ve elâstikidir; bu itibarla tehlikesiz değildir. Çünkü her hata eden kimse bu metne istinadla fesih suretile akitten kurtulmayı ümit ve buna teşebbüs edebi-

[21] Federal mahkeme 30 inci II s. 64

lir. Bu itibarla jurisprudans'ın vazifesi, esasta hatanın tatbik sahası hakkında sistemin ve muamelâttaki emniyetin icaplarına göre zarurî olan haddi aramaktır. Bu manada olarak Federal mahkeme (43 II s. 775) 24 üncü madde 4 üncü numarasını tatbik için muayyen halin her iki tarafca akdin lûzumlu esası olarak nazara alınmış olmasını istemektedir. Esasta hatanın işbu tahdidi bence haddi zatında (sachlich) tamamen isabetli görünmektedir [22]. Fatat kanunun yeni metni itibarile ehemmiyetli vasıflar hakkında bir taraflı hata hallerinin (yukarıda metinde zikredilen misâllere bakınız) açıkta kalması endişesini haizdir; halbuki asıl bu hallerde hatanın neticeleri ancak fesih yolu ile bertaraf edilebilirler [23]. Fakat fesih hallerinin tadadı 24 üncü maddede tahdidi olmadığından eski borçlar kanununun 19 uncu maddesi üçüncü numarasında yazılı fesh i — bu feshe borçlar kanununun yeni 24 üncü maddesindeki dört halden hiç biri temas etmemekle beraber — muhafaza etmek için hiç bir mani kalmamaktadır.

Hukuk umumiyet itibarile saikte hataya karşı kaygusuz kalır, ve kalması lâzım gelirse de başka insanların haksız müdahalesi altında kararın meydana verilmesine âmil olan tecavüzlere karşı hassasiyetle bir aksülâmel gösterir. Her hata, hasım tarafından onun hileli iğfali ile (aldatması ile) vukua getirilmiş ise nazara alınır. Kezalik bir akit eğer irade, hukukî manada serbest değil ise, yani haksız tehdit ile tesir altında kalmış ise, fesih olunabilir. Bundan başka süjenin, muhtelif saiklere mâkul surette müvazeneyi mümkün kılan, normal aklî hali hukukî irade serbestisinin bir şaritasıdır. İnsan bu haldemidir meselesi münferit bir hâdisede tereddüde meydan verebilir. Bu meselenin müşkilâtı bilhassa ceza hukukunda kendini gösterir. Akitlerin muteberiyeti için insanın icabeden ehliyetini ekseri hallerde kat'î yaş hadlerile ve hacir müessesesile tesbit eden medenî hukukta ise çok daha azdır.

Bilâkis medenî hukuk için kelimenin felsefî manasında irade hürriyeti meselesi tamamen metafizik (transzendent) dir. Yalnız ceza hukuku nazariyesi kendini kısmen Déterminisme hakkındaki ihtilâfa kaptırmıştır. Zannettiğime göre haksız. Çünkü devletin tecziye hakkı halledilmemiş ve halli kabil olmayan bir meseleye tâlik edilemez. Daima kendi iradesinin serbestisine inanan insanlar olduğu gibi insanın muamalelerinin evvelden mukadder olduğuna yahut karekterin cebrî mahiyetinden zarurî su-

[22] Leipz. Zeitschrift, 1921 S. 153, de bir tabı hatasını ihtiva eden borsa gazetesine istinatla kıymetli bir varaka satın alınmış olması hali hakkındaki yazıma bakınız.

[23] Müşteri, aliud pro alio satın almış ise fesih ve semenin tenzili cihetine gidilemez. Çünkü mesalâ bir pişirme makinasının bir fotoğraf makinası evsafını haiz olmaması 197 (194) üncü madde mefhumunca bir ayıp olarak gösterilemez, benim Alamn medenî kanunu umumî hükümleri, kısım II s. 581 e bakınız.

536

rette çıkdıklarına katiyetle kani insanlar da vardır. Fakat böyle düşünen kimse de ceza adaletini inkâr etmeyecektir. Çünkü bir kimseye cürüm işlemek evvelden mukadderse o kimse cezaya da bir faktum gibi razı olmak mecburiyetindedir.

Medenî hukuk kendisini felsefî fikir mücadelesinin girdabına kaptırmadı. Medenî hukuk insanın muamelelerinin haricî neticelerini tanzim ile mükelleftir ve bundan dolayı bu muameleye anacak normal insanın ruhunda sureti cereyanı tecrübeye göre nasıl tezahür ediyorsa öyle nazar edebilir. Fakat insan, kendisini oraya buraya sürükleyen saikler arasında intihap yapabilmek için sökülemeyen ve muamele ânında hâkim olan hisse maliktir ve böyle bir manevî vaziyetin takaddüm ettiği bir karara bir serbest muamele der. Hayatın bu manasında jurisprudans dahi muamele serbestisinden bahseder. Hürriyet hissi bize tabiatımız vasıtası ile zorlanan bir hayalmidir? Bunu bir tarafa bırakmak lâzımdır. Çünkü hukuk, insan tabiatının derin meseleleri hakkında hüküm vermek iddiasında değildir. Ve Corpus jüris'de jurisprudans'ın, ilâhî, beşerî şeylerin bilgisi olduğu söyleniyorsa da bizim ilmimiz bu iddialı kilise tarifini çoktan bırakmış ve insanlara mâkul surette müşterek bir hayatı mümkin kılmak için ve menfaatler ve ihtiraslarla dalgalanan fezadan (Chaos) mümkün mertebe mükemmel bir cihan (Kosmos) vücude getirmek için zarurî olan kaideleri aramak ve tesbit etmekle iktifa etmekdedir.

No: 69

Hususî haklara aid tedkikler:

Hukukî muamelelerde illet, illetden tecrid ve illetsizlik [1]

I

Asrî medenî haklar sisteminde hukukî muamele mefhumunun yeri

1

Ferdin hukukî istiklâli

Yazan *Dr. Ferid AYİTER*

On dokuzuncu asırda hususî haklar ilminin iyice işlenmiş ve tam inkişafını bulmuş olan mefhumları, asrî medenî hakların temelini teşkil eden bir esasa dayanır: Hukuk süjet'si (hak sahibi) sıfatiyle ferdin kendi iradesine dilediği gibi tasarruf etmesi. Buna hususî haklar ilminde elân «ferdin istiklâli» (Privatautonomie) yahut «iradenin istiklâli» (Autonomie de la volonté) denilir. Ferdî irade serbestisinin kuvveden fiile çıktığı saha, akidlerdir. «Borç akdi ve sadakat vaadi» (Schuldvertrag und Treugelöbnis) adlı, 1896 yılında neşr edilen eserinde Puntschart (Punçart) mukaveleyi şöyle tarif etmiştir:

---

[1] Adliye Ceridesinin yirmi dokuzuncu senesinin 8 inci sayısında çıkan.:

"Mukayeseli hukuk, hukukun tevhidi ve ticarî alım satım hukukunun tevhidine aid kanun lâyıhası„

adlı yazımızda görülen hatalar aşağıda tashih edilmişdir:

Sahife	1067	satır	1	"(Edvar Lambert)„ "(Edvar Lamber)„ olacakdır.
„	„	„	11	"(Edvar Lambert)„ "(Edvar Lamber)„ „
„	„	„	16	"(Tuiyye)„ kelimesinden sonra gelen („) işareti, onu takib eden kelimelere aitdir.
„	„	„	23	"dreit„ "droit„ olacakdır.
„	„	„	26	"dreit„ "droit„ „

538

«Mukavele, tarafların nizamı (statüsü), düstûr (norm)'u ve bu sıfatla objektif nizamdır» [1a].

Fakat Puntschart (Punçart)'ın bu tarifi, iradenin kanun derecesine çıkarıldığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Onun demek istediği şey, mukavele taraflar için bir kanun gibidir, ancak kuvvetini hakikatda asıl kanundan alır, suretinde hülâsa edilebilir:

«Tam manasiyle mukavelenin tesirlerinden (Wirkungen) bahsetmek doğru olmaz. Zira bu suretle, hukukî muamelenin hukukî tesirler (Rechtswirkungen) yaptığı, mukavelede münderic iradenin hukukî neticeler (Rechtsfolgen) doğurduğu ifade edilmiş olur. Fakat hukukî tesir mukaveleden husule gelmez, yalnız ve münhasıren mukavelenin hukukî varlığına tatbik edilen hukukî nizamdan tevellüt eder. Her bir hukukî tesir objeklif hukuka, örf ve âde-

[1a] Sahife 69 ve müteakib.

»	1068	»	29	"deroit„ "droit„ »
»	»	»	38	"sen fondateur„ "son fondateur„ olacakdır.
»	»	»	38	"positif„ ve "şerh„ kelimeleri arasında "(„ işareti olacaktır.
»	»	»	40	"kaynakları„ ve "ikinci„ kelimeleri arasında ")„ işareti olacakdır.
»	1069	»	23	"tabiî hukuk„ kelimesinden sonra (1.),
»	»	»	24	"kaideleri„ kelimesinden sonra (2.) ve
»	»	»	25	"vicdanı„ kelimesinden sonra (3.) rakkamları konulacakdır.
»	»	»	26	"tezahür çder„ "tezahür eder„ olacakdır.
»	»	»	33	"doğrudan doğruy„ „doğrudan doğruya„ olacakdır.
»	»	»	28	"Théorie„ "Theorie„ olacakdır.
»	»	»	40	"1902„ den sonra "(„ işareti yerine ",„ olacak ve
»	»	»	41	"birinci yıl„ kelimelerinden sonra ")„ işareti olmıyacakdır.
»	1070	»	33	"principe et un„ "principe ou un„ olacakdır.
»	»	»	35	"pesitif„ "positif„ olacakdır.
»	1071	»	3	"Gèny„ "Gény„ »
»	»	»	39	"İa„ "la„ »
»	1072	»	16	" 'ətat„ "l' état„ »
»	»	»	16/17	"l 'attitude„ "l 'utilité„ olacakdır.
»	»	»	17	"rapperts„ "rapports„ »
»	»	»	18	"succeptibles„ "susceptibles„ olacakdır.
»	»	»	26	"aclı„ "adlı„olacakdır.
»	»	»	30	"asır—„ "asırlar„ „ olacakdır.
»	»	»	43/44	"del Académie„ "de l'Académie„ olacakdır.
»	1074	»	13	„dilimize„ "dilimizde„ olacakdır.
»	»	»	30/31	"ilmi'nden„ „ilmi„ 'nden„ »
»	1075	»	10/11	"mukaeseli„ "mukayeseli„ »
»	1077	»	7	"metafizi ki„ „metafizikî„ »
»	»	»	22	"(Wirklich)„ „(wirklich)„ »

539

te yahut kanuna râcidir.... Şu halde mukavelenin ihtiva ettiği «irade tezahürü» (Willenserklärung), kukukî nizamı tatbik etmek ve hukukî tesirler yapmak için yalnız bir vasıtadan ibaretdir» [2].

Bu esasa on yedinci ve on sekizinci asrın ma'ruf hukuk âlimlerinde de tesadüf edilir. Leibniz (Laybnitz) 'in hocası Thomasius (Tomasiyus) «Institutiones iurisprudentiae divinae» (ılâhî hukuk institütionları) adlı, 1688 yılında neşredilen, eserinde «pactum non obligat per se» (hukukî muamele kendiliğinden ilzam etmez) esasını kabul etmiştir [3]. Yine ayni devirde yetişmiş olan ve Tabiî Hukuk Mektebinin ma'ruf simalarından bulunan Pufendorf da «De officio hominis et civis juxta legem naturalem» (Tabiî hukuka göre insanın ve vatandaşın vazifesi) adlı, 1673 yılında neşredilen, eserinde fikrini şu vechile beyan eylemişdir:

«İnsanların fiil ve hareketlerini tanzim eden kaide, kanundur. Ben kanunu, bir mafevkin kendine tâbi olanları muayyen bir hattı hareketde bulundurmak için, vaz'etdği ve mutâ kıldığı bir iradesi olarak tarif ederim» [4].

[2] Ayni eser, sahife 73.

[3] Kitab 1, fasıl 5,§ 13, ve fasıl 1,§ 136.

[4] I, kitab 1, fasıl 2,§ 2.

Sahife	1078	satır	27	"bu cihet, onun kuvveden fiile geçmesinde mevcud„ cümlesi "onun kuvveden fiile geçmesinde bu cihetin de mevcud„ olacakdır.
„	1081	„	13	"(An—undfur—sich)„ "(An—und—für—sich)„ olacakdır.
„	„	„	33	"bilgieriln„ "bilgilerin„ olacakdır.
„	„	„	36	"an sciklopedisi„ "ansiklopedisi„ olacakdır.
„	1083	„	2	"(üf'ulesi) ine" "(makulesi)'ine„ olacakdır.
„	„	„	16	"(Kovelevski)„ "(Kovalevski)„ olacakdır.
„	„	„	23	"bulundu. Bütün„ "bulunan bütün„ olacakdır.
„	1084	„	28	"Landesberger„ "Landsberger„ olacakdır.
„	1085	„	3	"Landesberger„ "Landberger„ olacakdır.
„	„	„	11	"tavafuk eder„ kelimelerinden sonra („) işareti gelecekdir.
„	„	„	13/14	"getirilemez„ kelimesinden sonra („) işareti olacakdır.
„	„	„	14	"Lai desberger„ "Landsberger„ olacakdır.
„	„	„	17	"ifade ediyor„ "ifade eyliyor„ olacakdır.
„	„	„	31	"rechtsgeschiohtlichen„ "rechtsgeschichtlichen„ olacakdır.
„	„	„	35	"(Koschaker, (Koşaker„ "(Koschaker (Koşaker),„ olacakdır.
„	1089	„	17/22	"izah ediyor„ kelimelerinden sonra gelen cümle yerine aşağıda yazılı cümle gelecekdir:

" "Anlayıcı„ usulle çalışan sociologi'nin bazi umdelerine "kanun„ tabiri knllanılmak—meselâ „Gresham„ (Greşem) kanunu gibi—mutad olmuşdur. Bu kanunlar, social fiil ve hareketin, muayyen vaziyetlerde, beklenen neticesine müteallik tipik şanslardır. Bu şanslar, müşahede ile kuvvetli bir suretde tahmin edilir ve social fiil ve hareketde bulunanların tâbi oldukları tipik saikler ve yine onların tipik bir suretde gaye ittihaz ettikleri mana ile izah olunur.„

540

Ferdin serbest hareketi ve hukukun vücudbulması arasında vâki münasebeti, bugünün görüşüne esas teşkil eden bir vuzuh ve selâsetle, Savigny (Savinyi) anlatmışdır. «System des heutigen römischen Rechts» (Bugünkü roma hukuku sistemi) adlı, 1840 yılında initişara başlıyan, klasik eserinin birinci cildinde hususî hakların mahiyetini şu suretle izah ediyor:

«İnsan haricî âlemin içinde bulunur. Onun bu muhitinde kendisi için en mühim unsur, tabiat ve mukadderat itibariyle kendisine benziyenlerle olan münasebetidir. Hür insanların böyle münasebetlerde yanyana mevcudiyetlerini idame etmeleri, tekâmüllerinde yekdiğerine karşılıklı faideli olmaları ve bir mania teşkil etmemeleri ancak her bir ferdin varlığına ve faâliyetine mahsus emniyetli ve serbest bir saha vücuda getiren göze görünmez bir hududun tanınmasiyle kabildir. Bu hududu ve onunla serbest sahayi meydana getiren kaide, hukukdur. Bu suretle, hukuk ve ahlâk arasında olan yakınlık ve farklılık, ayni zamanda kendini gösterir. Hukuk ahlâkın emrini yapdırmakla değil, onun her bir iradede meknuz bulunan kuvvetini inkişaf etdirmekle ona hizmet eder. Fakat hukukun varlığı müstakildir ve bu sebeble her hangi bir vaziyetde hakikaten mevcud olan bir hakkın gayri ahlâkî bir suretde kullanılması imkânı iddia edilirse, bu bir tezad teşkil etmez. Hukuka olan ihtivaç ve hukukun mevcudiyeti, vaziyeti-

Sahife	1090	satır	7	"ad ediliyor„ "ad olunuyor„ olacakdır.
„	„	„	19	"Anca ktam„ "Ancak tam„
„	1092	„	38	"des Rechyts)„ "des Rechts)„ olacakdır.
„	1093	„	15	"mütalaasında„ "fikrini ileri sürüyor„ olacakdır.
„	1094	„	2	"Salamon„ "Salomon„ olacakdır.
„	„	„	22	"meselelerinini„ "meselelerin„ olacakdır.
Sahife	1094	satır	23	"etmesi„ "etmesini„ olacakdır.
„	„	„	24	"Salamon'un„ "Salomon'un„ „
„	„	„	26	"Salamon'u„ "Salomon'u„ „
„	„	„	41	"vergleichander„ "vergleichender„ „
„	„	„	42	"mecmuası„ kelimesinden sonra "(Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht)„ ilâve edilecekdir.
„	1095	„	6	"Salamon„ "Salomon„ olacakdır.
„	1096	„	24	"mukayesesi değil, hukukî„ "mukayesesidir. O daha ziyade hukukî„ olacakdır.
„	1098	„	31	"Zitelmann (Tzitelman)„ "Zitelmann (Tzitelman) 'ın„ olacakdır.
„	„	„	33	"intitütionel„ "institütionel„ olacakdır.
„	1099	„	3	"hasabiyle„ "hasebiyle„ olacakdır.
„	„	„	8	"birleşmeyor„ "birleşmiyor„ olacakdır.
„	1100	„	11	" "intution„ 'le„ " "intuition„ 'le„ olacakdır.

541

mizin tam kemali haiz olmayışının neticesidir. Fakat bu kemalsizlik tesadüfî ve tarihî olmakdan ziyade, mevcudiyetimizin bugünkü kademesine sıkı bir suretde bağlı bir mükemmellik mahrumiyetini ifade eder. Bu suretle elde etdiğimiz noktai nazara göre her bir hukukî münasebet, iki şahıs arasında mevcud ve bir hukuk kaidesiyle tanzim edilmiş bir ittisal şekli nde bize görünmekdedir. Bir hukuk kaidesiyle tanzim edilmek ise, ferdî iradeye herhangi bir yabancı iradeden müstakil olarak hüküm süreceği bir saha tahsis edilmekle olur.... Hukukî münasebetlerin mahiyeti ... ferdî iradenin müstakil olarak hüküm sürdüğü bir sahaden ibaret olmasıdır» [5].

Bu esas dahilinde Savigny (Savinyi) «iradenin beyanı» veya «tezahürü» tabiriyle ifade edilebilecek olan «Willenserklaerung» mefhumunu izah ediyor: Hukukî münasebetlerin doğmasında veya nihayet bulmasında âmil olan serbest fiil ve hareketleri yapanın iradesi doğrudan doğruya, yukarıda zikr edilen, gayeye matuf bulunabilir. Netice itibariyle hukukî münasebetlerin doğmasına veya nihayet bulmasına taallûk eden bu gaye, gayri hukukî başka gayeler için bir vasıta da olsa, asıl bakılacak cihet, iradenin hukuk sahasında takip etdiği hedefdir. Bu nevi fiil ve hareketlere «iradenin beyanı» (Willenserklaerung) yahud «hukukî muameleler» (Rechtsgeşchäfte) denilir.. İradenin beyanı bir taraflı veya müteaddid şahısların karşılıklı tetabuk eden iradeleri, yani mukavele şeklinde olur [6].

Yeni medenî haklar ilminin de istinad etdiği bu telâkkiyi von Tuhr (fon Tur) şu suretle ifade ediyor:

«Hukukî nizam esas itibariyle ferdin iradesine bağlı değildir: Kanunun hükümleri Devletin iradesine dayanmak suretiyle tesirini gösterir. Fakat medenî hukuk ferdin menfaati için (ob singularum utilitatem) vücuda getirilmiş olduğundan kanun vazıı alâkadarların mevcut mevzuat yerine kendi ihtiyaçlarına tevafuk eden diğer bir nizamı kabul etmelerine ... müsaade eyliyor. Hukuk süjet'sinin diğer insanlarla olan münasebetlerini mukavele ile tayin etmek hususunda haiz olduğu umumî salâhiyet (mukavele serbestisi) kanunda sarahatle ifade edilmemişse de, kanun vazıı mukavelelerin şartlarını, şekillerini ve tesirlerini tanzim ve mukavele serbestisine bazı tahdidat vaz'etmekle, bu umumî salâhiyetin mevcudiyetini tabiî olarak kabul eylemişdir. Hukuk süjet'sinin kanunî tahdidat dairesinde kendi sübjektif haklarını zatî iradesine göre tanzim edebilmesi manasında olmak üzere kanun tarafından verilmiş bir «ferdî istiklâl» (Privatautonomie)'den bahs edilebilir. Ferdî istiklâle karşı medenî hukuk esas itibariyle yardımcı vaziyetdedir: Medenî hukuk tarafların yapdıkları tasarruflara takaddüm etmez. Yalnız hukukî muamele ile tanzim edilmiyen hallerde tatbik edilmek veya hukukî muamele ile ittihaz olunan mukarreratın noksanları varsa, bunları tamamlamak ister»[7].

[5] System des heutigen römischen Rechts, cild 1, 1840, sahife 331 ve müteakib.
[6] Savigny (Savinyi), ayni eser, cild 3, 1840, sahife 5 ve müteakib.
[7] Alman Medenî Hukukunun Umumî Kısmı, cild 1,1910, Sahife 25.

542

«Medenî hukuk, ferdler arasında mevcud hukukî münasebetlerin bizzat ferdler tarafından tanzim edilmesi en muvafık olacağı telâkkisini hareket noktası yapıyor ve alâkadar şahısların kendi hukukî münasebetleri için esas teşkil eden hükümleri tekarrür etdirmelerine geniş bir mikyasda müsaade eyliyor. Hukukî fiillerin (juristische Handlungen) en mühim bir tarzı olan «hukukî muamele», bu gayeye hizmet eder . . . . Hukukî muamelenin tesiri, her bir hukukî vakıa gibi, kanunun müeyyidesine dayanır. Fakat kanun hukukî muamelenin tesirini tarafların izhar ve beyan olunan iradesine göre meydana getirdiğinden bu irade, hukukî muamelenin doğurduğu neticenin müşahhas (konkret) sebebi olarak tavsif edilebilir . . . . Hukukî muamelenin tesiri, hususî haklara aid her bir vâkıa gibi müşahhas bir hukukî münasebete inhisar eyler. Hukukî muamele ile sübjektif hak tesis veya tadil edilir, fakat objektif hukuk vücuda getirilemez ve değişdirilemez» [8].

von Tuhr (fon Tur)'un burada bahsetdiği «medenî kanun», «medenî hukuk» Alman Medenî Kanunu'dur.

Fransız medenî kanunu «Code civil» (Kod sivil)'in 1134 üncü maddesinde «kanuna göre teşekkül eden akidler, onları yapanlar için kanun yerini tutar» (les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites) denilmekdedir. Bu suretle fransız medenî kanununda ifade edilen «iradenin istiklâli» esasının kaynakları eski kilise hukukunun verilen söze hürmet umdesine raci olduğunu, bu telâkkinin tabiî hukuk görüşleriyle kuvvet bulduğunu, on sekizinci asır filozofları tarafından iradenin yaratıcı mahiyetde bulunduğu ve mukavelenin yüksek bir kuvvet ve nüfuz ifade eylediği ileri sürüldüğünden bu mülâhazaların ihtilâlin teşriî mesaisi üzerinde tesiri görüdülğünü ve Code civil'den sonra bu telâkkinin liberal individüalism tarafdarlarınca on dokuzuncu asırda ifrat dereceye getirildiğini fransız hukuk müellifleri kaydediyorlar [9]. İradenin istiklâli nazariyesi, hukukî münasebetler üzerinde iradenin hâkim olışunu daha ileri götürerek, bu iradenin ancak âmme nizamının icab etdirdiği hallerde tahdid edilmesi caiz olduğunu ve bu tahdidin asgarîye indirilmesi lâzım geldiğini, serbest olarak münakaşa ve müzakere edilen hususî menfaatların umumun menfaatiyle kabili telif olduğunu ve vecibeler serbest olarak deruhde edildiğinden hiç bir haksızlığın husule gelmiyeceğini beyan etmekdedir [9a]. Bu nazariye her türlü taahhüdleri ve hattâ kanunî hükümleri kukuk sujet'leri-

[8] von Tuhr (fon Tur), ayni eser, cild 2, ksım 1, 1914, sahife 143, 145 ve müteakib.

[9] Planiol-Ripert (Planyol-Riper), Traité pratique de droit civil français (Fransız medenî hukukunun amelî bakımdan izahı), cild VI, Obligations (borçlar), birinci kısım, 1930, sahife 19 ve müteakib ve sahife 19, haşiye 3 de yazılı eserlere bak.

[9a] Planiol-Ripert (Planyol-Riper), ayni eser, sahife 25.

nin hâkim iradelerinin tefsiri haline ifrağ ederek bu sahada da mukavelelerin mevcudiyetini kabule kalkışıyor. Bu ifratkârlığın aksülameli gecikmiyor. Duguit (Dügvi), bir muameleden doğan her türlü hukukî durumun objektif hukukun sadece tatbikatından başka bir şey olmadığını ve iradenin beyanı bu tatbikat için bir şartdan ibaret bulunduğunu kaydediyor [10]. Demogue (Demog) da mukavelelerin az çok göze görünen bir kanunî lüzumdan mütevellit olmadığı vakıt ekseriya çok mübrem ihtiyaçların tesiri akdin yapılmasına sebeb teşkil etdiğini beyan eyliyor [11]. Bu muarız hareket de her türlü irade kuvvetini ve mukvelelere raiyet edilmesi lüzumunu red etmiye kadar ileri gitmişdir [12]. Bununla mukavelelerin sonradan borçlu icin tahammül edilmez bir hâl almasına mani olmak isteniliyordu. Fransız hesusî haklar ilminde ve tatbikatında umumiyetle kabul edilen esase göre bugün mevcud ekonomik durum dolayısiyle akidlerin serbest bir suretde yapılmasına mümanaat edilmemelidir. Fakat diğer tarafdan bu serbestinin hukukî muamalâtın mahiyetine muzir olabilecek bir şekil almaması için bazı tahdidata mâruz bırakılması lüzumlu görülmekdedir [13].

Burada bir şeye işaret etmek isteriz. Kanunî hükümler, hukuk süjet'si bakımından «salâhiyet verici, tefsirî, mütemmim, âmir» vasıflariyle ifade edilen nevilere ayrılır. «İradenin serbestisi» dar manada «salâhiyet verici kanun hükümleri»'ni izah etmek için kullanılır. Bizim yukarıda bahseylediğimiz ferdin hukuk serbestisi daha ziyade umumiyetle hususî hakların dayandığı esası bildirilmekdedir. Alman Medenî Hukuku için kendi riyaseti altında kıymetli bir manüel neşretmiş olan Enneccerus (Ennektzerus) da bu ciheti ayni suretle izah etmekdedir:

«Objektif hukuk hayat münasebetlerini tanzim kılar. Fakat bu hususda beraber çalışmak üzere ferdi çağırır ve hukukî münasebetlerini hukukî muamelelerle bizzat işlemek için ona ferdî istiklâl denilen imkânı verir. (Bu istiklâl tabiî yalnız sübjektif hak doğurur ve bu sebeble objektif hukuku vaz'eden asıl istiklâl (Autonomie) ile karışdırılmamalıdır.) Bu ibda edici kuvvet yalnız objektif hukukun kendisine raci olur. Zira insanın sırf kendi iktidarına istinadla vücuda getirmek istiyeceği hukukî tesirler cemiyet tarafından kabul edilmiyeceğinden hukukî tesirlerden sayılmaz» [14].

---

[10] Traité de droit constitutionnel (Esas teşkilât hukuku„ ikinci tabı, cild 1, sahife 280 ve müteakib, 535 (Planiol - Ripert, ayni eser, sahife 22, haşiye 1).

[11] Traité des obligations en général (Umumî olarak borçlar), cilt 1, numara 23 mükerrer (Planiol - Ripert, ayni eser, sahife 22, haşiye 3).

[12] Planiol - Ripert (Planyol—Riper), ayni eser, sahife 22 ve müteakib.

[13] Ayni eser, sahife 23 ve müteaktb.

[14] Enneccerus - Nipperdey (Ennektzerus—Nipperday), Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (Medenî Hukuk ders kitabı), birinci cild, Medhal, Umumî kısım, 13 üncü tabı, 1931, sahife 133.

İngiliz hukukcusu Pollock (Pollok)'un dediği gibi şahsın «maksad ve niyetlerine kanun bizzat kendisini vasıta yapıyor» (the law makes itself the instrument of his intentions) [15].

Ferdî iradenin, hukukî muamele ile objektif hukuk vücuda getiremiyeceğini beyan eden bir çok ma'ruf hukukcular zikr edilebilir. Zamanımızın meşhur alman filozofu Edmund Husserl'in oğlu Gerhard Husserl «Kaziyei muhkeme ve hukukun meriyeti» (Rechtskraft und Rechtsgeltung) adlı 1925 yılında intişar eden kıymetli eserinde bu telâkkiye muarız bulunmakdadır. Husserl yukarıda izah edilen nazariyeden bahsile şöyle diyor:

«Buna nazaren yegâne hukuk kaynağı Devletdir. Her halde bu doğru olmasa gerek. Hiç bir Devlet bütün hayat sahalarına aid hukukun (ilk önce) vaz'ını kendine hasretmez. Bir millî cemiyetde hukuk vazının bir Devlet inhisarı altına alınması amelî bakımdan tatbiki kabil olmıyan bir işdir. Bir kaide ve düstura bağlanmak ihtiyacında olan social meselelerin tenevvüü, her türlü ihtilâf ihtimallerine karşı ve yeni ihtiyaclardan doğan bütün hukukî meselelerin tanzimi için bir merkezden mücerred hukuk hükümlerinin vaz'edilmesini men'eyler. Devlet vatandaşlar üzerinde ne kadar geniş iktidara sahib olursa olsun, hukukun vücudbulmasında ferdin kendi muhiti içinde ibdakâr teşriki mesaisinden hiç bir vakıt müstağni kalamiyacakdır» [16]. Husserl bunu kaydetdikten sonra hangi nevi ve dereceye mensub hukuk kaide ve düsturlarının burada meseleye mevzu teşkil etdiğini tedkik ediyor. Devletin hükümranlığına tâbi cemiyet sahasında tamamiyle meriyeti haiz olan ve bütün hak sahiblerine tatbik edilen şeye «hukuk» tabirini tahsis eden kimse için hukukun Devlete mensub olmıyan bir kaynakdan meydana gelmesi düşünülemez. Fakat Husserl hukuk ile Devlet tarafından vaz'edilen hukuku yekdiğerinin ayni ad etmediğinden umumiyetle kabul edilen telâkkiye muarız kalıyor. Husserl'in kullandığı «hukukun meriyeti» tabiri şunu ifade ediyor: Taallûk etdiği hâdiseye bir hukukî şe'niyet mahiyeti veren hukukun v a r l ı k ş e k l i. Bir hâdiseye h u k u k hâdisesi denilebilmek ve o hâdise hukuk sahasına idhal edilmek için ruhî muhteviyatı itibariyle ferdlerin yekdiğeriyle olan münasebetlerinde onların iradelerine taallûk etmesi ve bu taallûkun manası ferdî iradenin bir kaide ve düsturla tahdidini mütezammın olması lâzımdır. Hukuk, ferdlerin bu karşılıklı münasebetlerinde onların iradelerini bağlamak suretiyle bir hukuk birliği vücuda getirir. Buna hukukun social «fonktion»u adını veriyor. Hukukî şekle dahil olmak kabiliyeti, Husserl'e göre, hukukî muhtevanın mahiyetinde önceden mevcud olmak lâzımdır. Bu hukukî mahiyetin kıstası hâdisenin bir hak olarak iddiaya imkân vermesidir. Hu-

[15] A first book of jurisprudence (Hukuk ilmine ilk kitab), altıncı tabı, 1929, sahife 145 (Titze, Rechtsgeschäft, Yerli ve yabancı medenî ve ticaret hukuku için mukayeseli kamus, cild 5, 1936 sahife 790).

[16] Ayni eser, sahife 33.

525

kukun vücudbukması için mütaaddid irade sahiblerinin, hukuk süjet'lerinin bulunması lâzımdır. Bu irade sahiblerinin muhtelif ve yekdiğerine tevafuk etmiyen iradelerinin arasında bir anlaşma husule getirilmekle hukuk birliği doğar. Bu hukuk birliklerini Husserl bir takım hukuk dairelerine ayırıyor. Hukuk dairesi olmıyan hukuk, memleketsiz hükümdara benzetiliyor. Her hukuk dairesinin kendi hukuku vardır. Bu daire taallûk etdiği hukukun mer'î olduğu sahadır. Şu halde hukuk daireleri kadar hukuk sistemleri vardır. Devletin hükümran olduğu cemiyet büyük bir hukuk dairesi teşkil eder. Münferid cemiyet âzasının kendi aralarında yapdıkları mukaveleler, âkidlere mahsus küçük hukuk daireleri husule getirir. Bu küçük daireler kendilerinden daha büyük olan dairelere bağlıdır. Esas teşkilâtın ihtiva etdiği hükümlerden itibaren ferdlerin yapdıkları akidlerin ihtiva etdiği hükümlere kadar her türlü umumî veya ferdî hukuk kaidesi ve düsturuna Husserl «hukuk» adını veriyor. Netice şu oluyor:

«Hukuk=objektif hukuk. Sübjektif hukuk ise, objektif hukuka, yani hukukî nizama göre hukukî olan şeydir. Bu nizamın kaide ve düsturları (normları) hak sahibinin dahil bulunduğu hukuk dairesinin hukukunu teşkil eder.» Hukukun yaptığı tesire gelince, hukukî kaide ve düsturlar (normlar)'a tâbi olan hukuk süjet'sinin meydana gelen iradesi, hukukî tesirin neticesidir [17]. Bir cemiyet ferdlerine umumî hukuk birliği tarafından verilen hukukî hürriyet sahasında bu ferdlerin vaz'ettikleri hükümlere de Husserl «hukuk» tabirini kullanıyor. Şu halde tam manasiyle müstakil hukukun mevcudiyeti kabul ediliyor. Buna misal olarak cemiyetlerin ve sair hükmî şahısların nizamnameleri (statüleri) zikrolunuyor [17 a].

Husserl'in bu hukuk telâkkisi «hukuk» mefhumuna verdiği hususî bir mananın mahsulü gibi görünmekde ise de, cemiyet ve şirketlerin nizamname ve mukavelelerine kanunî bir mahiyet atf etmeğe başka hukuk âlimleri de mütemayil görünmektedir. Nitekim alman temyiz mahkemesi anonim şirketlerin kurulmasına «hukukî ibda» (Rechtsschöpfung) nazarile bakmakdadır.

Yeni alman hukuk telâkkisinde «mukavele» ve «ferdî hukuk istiklâli» mefhumları, cemiyet nizamının tam bir inkişafına hadim olmak kaydiyle tahdid edilmişdir. Bu suretle yapılan takyidin mukaveleye başka bir kuvvet ve derinlik verdiği beyan olunuyor [18].

Buraya kadar verdiğimiz izahatdan maksad, asrî medenî hukukun istinad etdiği ferdî hukuk serbestisi hakkında bir fikir edinilmesidir. Meselenin daha ziyade tafsili «hukukî münasebetler» ve «mukavele» mefhumlarının tedkikine aid olduğundan şimdilik bununla iktifa edeceğiz.

[17] Ayni eser, sahife 1 ve müteakib.

[17a] Ayni eser, sahife 33.

[18] Siebert (Zibert), Mukavele mefhumunun umumî tekâmülü, Lahey'de 1937 yılında toplanan ikinci milletler arası mukayeseli hukuk kongresine aid alman raporları, 1937, sahife 199 ve müteakib.

546

2

Hukukî muamele

«Hukukî muamele» (Rechtsgeschaeft) mefhumu alman Pandekt hukuk ilminin eseridir. «Rechtsgeschaeft» (Rehtsgeşeft) tabiri ilk önce on sekiz ve on dokuzuncu asrın meşhur alman hukukcularından Gstav Hugo (Gustaf Hugo) tarafından kullanılmışdır [19]. Hususî haklar sistemi bu mefhumsuz olamıyacağından roma hukukunda da «hukukî muamele» nin fiilen bilindiği ve fakat işlenilmediği ve bugün haiz olduğu kıymeti iktisab etmediği görülmektedir [20]. İvazsız «donatio» (hibe)ye mukabil ivazlı hukukî muamelelere «negotium» deniliyor ve bu tabir «contrahere» ve «gerere» masdarlariyle beraber kullanılıyordu. «Ius civile» nin «actus legitimus» ve «actum» tabirleri de hukukî bir ehemmiyeti olan her türlü muameleyi ifade eder. «Negotium», geniş manada, «muamele» demek olduğu gibi, dar manada, «mukavele» karşılığı olarak kullanılır. «Contractus» iki veya daha fazla taraflı hukukî muamelelerden doğan mukavelelerin toplu bir adı olmakdan ziyade, bir taahhüdü icab etdiren vecibe mukavelelerini tavsif eyler. Eski «ius civile»'ye göre dava kabiliyeti olan mukaveleler için aynı tabir kullanılırdı. Bunlar muayyen şekillere tâbi idi. «Nexum» ve «stipulatio» bu mukavelelerdendir. Şekle bağlı olmıyan ve muhteviyatı «ius civile» tarafından tanınmıyan vecibe mukavelelerine «pacta» denilirdi. «Pactum» bilâhare örf ve âdet, pretor, kanun veya «senatus consult» ile dava kabiliyetini elde etmişdir.

a

Savigny (Savinyi) ve Pandekt ilminin tesiri altında teşriî hareket

Gustav Hugo (Gustaf Hugo) «Kanunlar, hukukî hakikatların yegâne kaynağı değildir» (Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristi-

[19] Hugo, Lehrbuch der Pandekten (Pandekt ders kitabı), 3 üncü tabı (von Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, cild 2, kısım 1, 1914, sahife 143, haşiye 3).

[20] Rabel, Grundzüge des römischen Privatrechts (Roma hususî haklarının esasları), Kohler (Koler)'in sistematik tertib edilmiş hukuk ilmi ansiklopedisi, 7 inci tabı, cild 1, 1915, sahife 409 ve müteakib; Jörs - Kunkel - Wenger (Yörs - Kunkel - Venger), Römisches Recht (Roma hukuku), ikinci tabı, 1935, sahife 80 ve müteakib; Sohm - Mitteis - Wenger (Zom - Mittays - Venger), Institutionen Geschichte und System des römischen Privatrechts (İnstitütionlar Roma hususî haklarının tarihi ve sistemi), 7 inci tabı, 1923, sahife 209 ve müteakib; Endemann (Endeman), Römisches Privatrecht (Roma hususî hakları), 1925, sahife 54 ve müteakib; Kipp (Kip), Das römische Recht (Roma hukuku), Stammler (Ştamler)in riyasetinde neşredilmiş Sistematik bütün alman hukuku külliyatı, cild 1, 1931, sahife 1292 ve müteakib.

schen Wahrheiten) [21] adlı yazısında müsbet hukuku örf ve âdetle beraber göz önünde bulundurmuş ve hukukun yalnız normlardan ibaret olmayıb bir bütünlük teşkil etdiği esasına yakınlaşmışdır. Hugo'nun bu telâkkisine açık bir suretde iştirak eden Savigny (Savinyi), hukukî bütünlüğü şu vechile ifade ediyor. Hukukun mahiyeti «hususî bir cebheden nazarı itibara alınan insanların hayatının kendisidir» [22]. Hukukî münasebetler (Rechtsverhaeltnisse), ihtiva etdikleri hukukî kaidelerle beraber, bir kül halinde hayatın tekâmülüne tâbi olarak vücud bulur ve değişir. Hukuk müsbet mevzuatın cansız kütlesi değildir. Hakikî ve şe'nî hukuk, bu müsbet mevzuatın kaynağını teşkil eder. Savigny (Savinyi) kanun ve hakikî hukuk arasında fark olabileceğini, mahkemelerin tatbik etdiği hukuk ile şe'nî, canlı hukukun yekdiğerinden ayrı bir mahiyet arz edebileceğini kabul eyliyor ve hukukî bütünlüğün, millî ahlâk ve âdet, mahkeme tatbikatı ve ilmî görüşlerden mürekkeb ruhî ve gözle görünmiyen bir muhitde meydana geleceğini söyliyor. Bu suretle Savigny (Savinyi) hukuku, örf ve âdetden ibaret sayan bir görüşe vasıl oluyor. Kanun, canlı hukuku değişdiren mevzuat ve emirleri ifade eder ve hukuk daha ziyade ahlâka yaklaşır. Fakat Savigny (Savinyi) 'nin hukuk mefhumu, «millet» (Volk) mefhumuna dayandığından, bugün kullanılan sociologik manada değildir. Zira sociologie, «cemiyet» mefhumunu, başka bir manada aldığı «millet» mefhumiyle bir telâkki etmektedir.

Savigny (Savinyi) bu esaslara dayanarak «sübjektif hak» mefhumunu insanlar arasında mevcud irtibatdan doğan «hukukî münasebet»'lere irca eyliyor. Hukukî münasebet, cüzüleri canlı bir bağlılık arz eden bir uzviyet gibidir. Bu uzviyetde değişiklik ve tekâmül görülür. Hukukî kaideler, bir kül halinde «hukukî müessese» 'yi husule getirir. Bu da bir uzviyet gibidir ve hukukî münasebetlerin kaynağını teşkil eder. İnsanlar arasında mevcud maddî irtibat, hukukî müssesenin surî (formel) unsuriyle hukukî bir mahiyet alır. Savigny (Savinyi) hukukî münasebetlerin bir takım hukukî fiil ve hâdiselerin tesiri altında doğacağını, değişikliklere uğriyacağını ve nihayet bulacağını kubul ediyor ve hukukî fiil ve hâdiselerin, alâkadar şahsın serbest fiil ve hareketlerinden veyahud bir takım taesadüfî vaziyetlerden ve bu meyanda alâkadar şahıslardan gayrı kimselerin bazı fiil ve hareketlerde bulunup bulunmamalarından ibaret olduğunu kayd eyliyor. Alâkadar şahsın serbest fiil ve hareketleri de ya doğrudan doğruya hukukî münasebetlerin doğmasını veya nihayet bulmasını istemeğe matuf olur, yahud gayrı hukukî gayeler elde edilmek doğrudan doğruya maksadı teşkil

[21] Civilistisches Magazin, cild IV, sahife 89 ve müteakib (Zwilgmeyer, Die Rechtslehre Savignys, 1929, sahife 19, haşiye 5).

[22] Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Zamanımızın kanun vaz'ına ve hukuk ilmine olgunluğu), 3 üncü tabı, 1892, sahife 18 (Zwilgmeyer, ayni eser, sahife 10, haşiye 7).

ederken bundan dolayısiyle hukukî neticeler meydana gelir. Hukukî münasebetlerin doğmasını yahud nihayet bulmasını, alâkadarın isteğiyle husule getiren hukukî fiil ve hareketlere Savigny (Savinyi) «iradenin beyanı» veyahud «hukukî muamele» (Willenserklaerung oder Rechtsgeschaeft) adını veriyor [23].

Teşrii bakımdan «iradenin beyanı» nazariyesini Prusya Memleket Kanununun birinci kısmının dördüncü faslında etraflı bir suretde zikredilmiş görüyoruz. Fakat «hukukî muamele» tabirini kanun kullanmışdır. Bu mefhum, Hugo tarafından tekmil ifadesini buldukdan sonra, Pandekt hukuk sisteminin umumî kısmında yer tutmuşdur. İlmî vaziyeti Windscheid (Vindşayd)'ın şu mütalâası iyice aydınlatmakdadır:

«Hukukî muamele mefhumuna müteallik fikir ihtilâfında bu mefhumun hukuk ilmine aid bir mefhum olduğu, yani hukuk ilminin kendi gayeleri için vaz edildiği ve bu sebeble hukuk ilminin mesaisine iştirak eden herkesin bu mefhumu muvafık gördüğü şekilde değişdirmeğe salâhiyeti olduğu unutulmamalıdır. Ancak hukukî muamele tabiri altında ifade edilmek istenilen fikir ve mülâhaza unsurlarının dil bakımından bu tabirle telif edilebilmesi icab eder. Meseleyi tam manasiyle alırsak: Hukukî muamele bu ve şudur diyecek yerde: Hukukî muamele tabirinden şunu anlıyorum demek doğru olur» [24].

Burada muhtelif Pandekt hukukcularının «hukukî muamele» mefhumunu ne suretle telâkki etdiklerini tedkiklerimizin dışında bırakıyoruz. Yalnız Alman Medenî Kanununa takaddüm eden lâyihalara kısa bir göz atacağız.

1866 yılında yapılan Dersden lâyihası borçlar hukukuna aid hükümler ihtiva eder. Bu kanun lâyihasının madde 23-149 unda iradenin beyanı ve mukavele için umumî hükümler varsa da «hukukî muamele» tabiri kullanılmışdır. Bavyera krallığı için yapılan Medenî Kanun lâyihasında ise, «hukukî muamele» adlı müstakil bir fasıl vardır. Alman Medenî Kanununun umumî kısmı ve «hukukî muamele» faslı asıl Saksonya Medenî Kanunundan mülhem olmuşdur. Bu kanunun § 88 ve müteakibi «hukukî muameleler»'e aid hükümleri ihtiva eder. Hattâ bu meyanda «hukukî muamele»'nin bir tarifi de vardır:

«Bir fiil ve hareketde, irade, kanunlara mutabık olarak bir hukukî münasebetin doğmasına, izalesine veya değişmesine matuf olduğu takdirde, bu fiil ve hareket bir hukukî muameledir.»

Pandekt hukuk ilminin bu sahada vâki mesaisinin en olgun semeresi, Alman Medenî Kanununda ifadesini bulmuşdur. Kanun teşriî bakımdan tanzim edilmesi icab eden ve kabil olan cihetleri en kısa ve açık bir

[23] Savigny (Savinyi), Bugünkü roma hukuku sistemi, cild 3, 1840, sahife 6.

[24] Titze, Rechtsgeschäft (hukukî muamele), Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Hukuk ilmi kamusu), cild 4, 1927, sahife 654 e bak.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ifade ile mevzuatı arasına idhal etmişdir.

Yeni alman siyasî hareketi dolayisiyle bu Kanun hakkında yapılan kritikler ve alman medenî hukukunu bilmedikleri halde kulakdan misafirlikle bir takım salâhiyetsiz kimselerin ileri sürdükleri kıymetsiz fikir ve mütalâalardan sarfı nazar edilirse, Alman Medenî Kanununun özlülüğü ve selâseti, hukukî muameleler faslında da kendini gösterir.

b

Muhtelif millî kanunlarda hukukî muamele mefhumu

1. Alman Medenî Kanununun Umumî kısmını ihtiva eden birinci kitabın üçüncü faslı (§§ 104—185) hukukî muameleye aid şu bahisleri tanzim etmişdir: Hukukî muameleye ehliyet, iradenin beyanı (iradenin noksanı, butlân ve ibtal, şekle aid hükümler, iradenin tesiri görüldüğü ân, iradenin tefsiri), mukavele (tekemmülü), şart (ve mühlet), temsil (vekâlet) ve rıza (müsaade ve muvafakat). Evvelce mukavele gerek ilmî eserlerde ve gerek kanunî mevzuatda hekukî muameleler faslına idhal edilmezdi. Alman Medenî Kanunu bu usulü bozmakla sistem bakımından doğru bir hareketde bulunmuşdur. Borçlara aid mukaveleler hayatda en ziyade vâki olduğundan borçlar hukukunda umumiyetle mukavelelerden bahsetmek âdet olmuşdur. Nitekim fransız ve isviçre hukukunda da böyledir. Fakat medenî hukukun diğer kısımlarında da mukavele mefhumu mevcud olduğundan bu usulün isabetli olmadığı âşikârdır. Burada Unger'in haklı bir itirazını hatırlamamak kabil değildir. Unger, borçlar hukukundan başka bir yerde mukavele mefhumu yokmuş gibi bu bahsi yalnız buraya hasretmek, mukavele mefhumunun haiz olduğu umumî ve şümullü ehemmiyeti anlamamak demekdir, diyor [25].

2. İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Hukuku'nun teşriî bakımdan geçirdiği safhalar dolayısiyle iki ayrı kanun halinde meydana gelmesi, bir umumî kısmın vaz ve tertibine imkân bırakmamıştır. «Hukukî muamele» (Rechtsgeschaeft) tabiri Alman hususî haklar ilminde kullanıldığı manada olmak üzere İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Hukuku'nun muhtelif yerlerinde geçmekde ise de, bu mefhuma taallûk eden hükümler toplu bir halde kanuna derç edilmemişdir. Misal olarak İsviçre Medenî Kanununun Madde 6, 10, 55, 68, 177, 248, 650, 680 i ve İsviçre Borçlar Hukuku'nun Madde 33 ve 34 ü zikredilebilir. Hukukî muameleye ehliyet İsviçre Medenî Kaununun madde 16 ve müteakibinde, icab ve kabul, iradenin noksanı, temsil ve

[25] System des österreichischen Privatrechts (Avusturya hususî haklarının sistemi), cild 2, beşinci tabı, 1892, sahife 171 (Titze, Rechtsgeschäft (Hukukî muamele), Yerli ve yabancı medenî ve ticaret hukuku için mukayeseli hukuk kamusu, cild 5, 1936, sahife 793).

iradenin tefsiri bahisleri İsviçre Borclar Hukuku'nun başında «akidden doğan borçlar» faslında, şart bahsi, Code civil'in sisteminde olduğu gibi, «Borçların nevileri» başlığını taşıyan ve şartlardan başka «müteselsil borçlar»'ı, «Pey akçesi, rücudan dolayı tazmin, ücret tevkifi ve cezaî şart»'a aid hükümler de ihtiva eden bir bâb'a sıkışdırılmışdır.

3. Fransız medenî kanununda, yukarıda gördüğümüz manada, «hukukî muamele» mefhumu yokdur. Kanunun muhtelif yerlerinde kullanılan «acte» kelimesi «fiil», «hareket», «hukukî muamele» tabirleriyle ifade edilebilirse de, bu tabirlerin ihtiva eylediği mefhuma tevafuk eylememekdedir. Hukukî muamelelere aid bazı hükümler dağınık bir suretde borçlar hukukuna müteallik kısımdadir. Mukavelenin yapılması ve iradenin noksanı çok kısadır (madde 1108-1117). Hukukî muameleye ehliyet, madde 1123 - 1125 de; mukavelenin tefsiri, madde 1156 - 1164 de; mukavelenin ifa edilmemesinden dolayı zarar ve ziyan ve mukavele dışında kalan şahısların hukukî vaziyeti, «Borçların tesiri» başlığı altında madde 1156 - 1164 de; «muhtelif borç nevileri» faslında cezaî şart ile ne suretle ifa edileceği dileğe bağlı (alternatif) ve müteeselsil borçlardan başka şart ve mühlet madde 1168 - 1188 de; butlan, ibtal ve mukavelelerin feshi (tecdid, takas, edanın imkâsızlığı ile beraber) madde 1304—1314 de; muvazaa madde 1321 de ve tasdik madde 1338 de, temsil ve vekâlet madde 1984 ve müteakibde mündericdir.

Fransız Medenî Kanununun bu noksanı bilhassa Saleilles (Saley)'ın Alman Medenî Kanununa müteallik tedkikleriyle başlıyan ilmî mesai üzerine izale edilmiye çalışılmışdır. Planiol (Planyol) fransız medenî hukukuna aid manüelinde hukukî muameleler (actes juridiques) 'e ayrı bir fasıl tahsis etmişdir. Bunun sebebini şu suretle izah ediyor:

«Bütün hukukî muamelelere şümulü olan bu kaideleri tertibsiz ve usulsüz bir halde, muayyen bir muamelede onlara rast geldikçe, izah etmek âdetdi. Bu suretle zikr edilen kaideler fizyonomilerinin ve ehemmiyetlerinin bir kısmını kaybediyorlardı. Onların umumî mahiyeti ve kıymeti bilinmiyordu. Bu kaidelerin daha iyi tebarüz etdirilmesi için grup haline getirilmeleri daha faidelidir» [26].

Diğer ilmî eserlerde de hukukî muamelelere ayrı bahisler tahsis edilmekdedir [27].

---

[26] Planiol (Planyol), Traité élémentaire de droit civil (Medenî hukuk manüeli), cild 1, onuncu tabı, 1925, numara 266.

[27] Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, 7 inci tabı, cild 1, 1931, numara 48 ve müteakib; Capitant, Introduction à l'étude de droit civil, 4 üncü tabı, numara 230 ve müteakib; Josserand, Cours de droit civil positif français, ikinci tabı, 1932, numara 117-160; Demogue, Traité des obligations en général, cild 1, 1923, numara 22 ve müteakib, cild 2, numara 539 ve müteakib; Bonnecase, Baudry - Lacantinnerie zeylinde, cild 1, 1924, numara 248 ve müteakib, cild 2, 1925, numara 366 ve müteakib.

4. İtalyan medenî hukuku, fransız medenî hukukundan aynen mülhem olmakla beraber italyan hususî haklar ilminde hukukî muamelelere müteallik alman hukuk ilminin görüşleri geniş bir suretde kabul edilmişdir [28].

5. İngiliz - amerikan hukuku, toplu bir kanun halinde cem ve telfik edilmemiş olduğundan kanunî mevzuatda hukukî muamelelere aid bir fasıl yokdur. İlmî eserlerde mukavele hukuku bahsinde hukukî muameleye ehliyet, iradenin noksanı, şart, temsil ve saire bermutad tedkik edilmekdedir. Avrupa medenî hukuku sistemlerine göre ingiliz hususî haklarının büyük bir kısmını «Digest of English Civil Law» adlı eserde bir araya toplamış olan Jenks (Cenks), «umumî kısım» da «hukukî muameleler» ve «iradenin beyanı» na bir bahis ayırmış ve yalnız mukavelenin yapılmasını borçlar hukukunun başına getirmişdir. Jenks (Cenks) «hukukî muamele» 'ye «legal act» ve «iradenin beyanı» 'na «declaration of intention» diyor. Almanca «Rechtsgeschäft» tabiri ingilizceye «juristic act», «juridical act» kelimeleriyle de çevrilmiş ve ayni manada «acts of the party» ve «acts in the law» terimleri de kullanılmışdır. Bu mefhum ingiliz kanunlarında nazarı itibara alınmasa bile, her halde bu teşebbüslerin neticesi olarak ingiliz hususî haklar ilminde yer tutmuşdur.

6. Medenî Kanunumuz ve Borçlar Kanunumuz, İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Hukuku'ndan aynen alınmak suretiyle vaz edilmiş olduğundan isviçre medenî hukuku için ileri sürülen mütalâaların kanunlarımıza da şümulü vardır. Medenî Kanunumuzun 5 inci maddesinde «akıd» kelimesi «hukukî muamele» mukabili olarak kullanılmışdır. Ayni kanunun 8 ve 9 uncu maddeleri «medenî haklardan istifade» ve «medenî hakları kullanma» ehliyetlerini ayırıyor. Almance «Rechtsfähigkeit» (haklara ehliyet) ve «Geschäftsfähigkeit» (muamelelere ehliyet), bu taksimin mukabilidir. «Hukukî tasarruf» tabiri de «hukukî muamele» tabirinin müteradifi olarak kullanılıyor (madde 169 ve haşiyesi). Ayni tabirler borçlar kanununda da kullanılmışdır (madde 33, fıkra 1, cümle 2: «Temsil h u k u k î b i r t a s a r r u f d a n tevellüd etmiş ise salâhiyetin dereçesi o t a s a r r u f ile taayyün eyler»; madde 34 ün haşiyesi: «H u k u k î m u a m e l e d e n neşet eden salâhiyet» ve ayni madde, fıkra 1, cümle 1: «Temsil olunan kimse, h u k u k î b i r t a s a r r u f d a n tevellüd eden temsil salâhiyetini her zaman tahdid veya ref edebilir»).

C

Alman ve isviçre medenî haklarında hukukî muamele mefhumu

İsviçre Borçlar Hukukuna bir umumî kısım yazmiş olan von Tuhr (fon

[28] De Ruggiero, Istituzioni di diritto civile, 6 ıncı tabı, cild 1 sahife 231 ve müteakib; Pacifici - Mazzoni, Istituzioni di diritto civile italiano, 5 inci tabı, cild II 1, numara 131 - 169.

552

Tur) eserinin üçüncü faslını «mukavelelerden doğan borçlar»'a tahsis etmiştir. Bu faslın birinci kısmı «hukukî muamele» başlığını taşımakdadır. Medenî ve borçlar hukukumuz için büyük bir ehemmiyeti olan bu bahsi, von Tuhr (fon Tur) Almanyada hukuk ilmi ve tatbikatında umumiyetle kabul edilen nazariyeye göre izah etmektedir:

«Yeni ilmî tedkiklerde mukavele, umumî bir mefhum olan «hukukî muamele»'ye idhal edilmekdir. İsviçre Borçlar Hukuku'nun madde 33, 34, 654, 698 inde bu mefhum malûm ad edilmekdedir. Hukukî muamele, bir veya müteaddid hususî şahsın, bir hakkın veya hukukî münasebetin tesisi, değişdirilmesi veya izale edilmesi gibi hukukî bir tesirin yapılmasına matuf iradelerinin tezahürüne denilir. Kanun hukukî muameleleri tecviz etmek ve tarafların kendi istekleri gibi tavsif etdikleri hukukî tesirleri (muayyen hududlar dahilinde) müeyyedelemek suretiyle hukuk süjet'lerinin kendi hayat münasebetlerini bizzat tanzim etmelerine imkân veriyor. Ferdî istiklâl denilebilecek olan bu esas, ekonomik ve hukukî nizamımızın, geniş mikdarda sosyalistleşmesine rağmen, özü elân individüalist (ferdiyetci) olduğundan, temelini teşkil etmektedir. Bir hukukî muamele yalnız sübjektif hakları veya hukukî münasebetleri tesis yahud tadil edebilir. Fakat objektif hukuk doğurmaz. Hukukî muamele müstakbel hâdiseler için mücerred kaideler vaz etdiği takdirde de böyledir. Bankaların, sigorta şirketlerinin ve mümasil müesseselerin müşterileriyle kararlaşdırdıkları iş şartları, mücerred bir suretde ifade edildiğinden, yalnız haricen objektif hukuka benzer. Fakat bu itilâflar hukukî mevzuat ihtiva etmez. Onların muhteviyatı banka ile müşterisi arasında bir hukukî münasebet tesis eder ve bu şartlarda derpiş edilib bilâhara vuku bulacak hâdiselerin tesirleri zikr edilen hukukî münasebetle taayyün eyler. İşçilerle iş verenler arasında yapılan umumî mahiyetde ücret mukaveleleri (Tarifvertrag) de, çok kerre iddia olunduğu gibi, objektif hukuk meydana getirmez. Bu kabil mukaveleler, taraflar için bir mükellefiyet doğurur ve bu mükellefiyet, her halde gayri tabiî olarak fiil ve hareketlerde bulunmak ehliyetini thadid etmek suretiyle takviye edilir. Bir cemiyetin kanuna müşabih mücerred ifadeli statüsü (nizamnamesi) de objektif hukuk ihtiva etmeyib, cemiyetin hukukî münasebetlerini hukukî muamele şeklinde tanzimden başka bir şey ifade eylemez» [29].

von Tuhr (fon Tur)'un isviçre borçlar hukuku ve dolayısiyle isviçre medenî hukuku için ifade etdiği bu esaslar, alman medenî hukukunun kabul etdiği esasların aynidir. Alman medenî hukukunda «hukukî muameleler» hususî haklara müteallik neticeler tevlid etmek gayesini tâkib eder. Fakat bir hukuk süjet'sinin her türlü fiil ve hareketleri böyle hukukî neticelerin husulüne bais olmakla hukukî muamelelerden olmuş olmaz: Hak-

[29] von Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, cild 1, 1924, sahife 121 ve müteakib.

sız fiil ve hareketler ve define bulmak, semereleri almak gibi «fiiliyat» ve «şe'nî muameleler» (Realakte) bu kabildendir. Hukukî muamelelerin ve bu sıfatı haiz olmamakla beraber hususî haklar bakımından ehemmiyeti bulunan ve hukukî muamelelere müteallik kanunî hükümlere mevzu teşkil etmiyen fiil ve harketlerin yekdiğerinden tefrik edilmesi bir meseledir. Bunun kıstası, her iki nevi fiil ve hareketler grupunda husule gelen hukukî netice ile bunu husule getiren hukuk süjet'si arasında mevcut muhtelif münasebetlerde aranılmalıdır. Hukukî muamelelere dahil olmıyan fiil ve hareketlerde hukukî nizam, o fiil ve hareketi yapanın iradesine bakmaksızın, hukukî tesiri vücuda getirir. Hukukî muamelelerde ise hukukî nizam hususî haklara aid neticeyi, hukuk süjet'sinin bunu istemiş olması hasebiyle, tevellüt etdirir. Ferdin arzusunu yerine getirmekle hukukî nizam kendi iktidarından ferde ikrazda bulunur. Ferd bu suretle haklar ve vazifeler tesis ederek umumiyetle ekonomik hayatı ve bilhassa kendi ihtiyacları âlemini planlı bir suretde tanzim etmek imkânını elde eder.... Hukukî muamele mahiyeti itibariyle iki nusura bağlıdır: hukukî neticeye matuf irade (muamele iradesi) ve bu iradenin haricî âleme bildirilmesi (muamele iradesinin beyanı ve izharı). Şu halde her hukukî muamele «iradenin beyan ve izharı» 'na ihtiyac gösterir [30].

«Hukukî muamele» ve «iradenin beyanı ve izharı» mefhumları alman hukukunda çok kerre yekdiğerinin müteradifi olarak kullanılır. Burada alman hukuku kaydı, nasyonal - sosylism inkılâbından önce mevcud ilmî görüşü ifade etmekdedir. Buna liberalist ve demokratik telâkki diyebiliriz. Bu bakımdan alman, fransız, italyan ve ingiliz hususî haklar ilimleri arasında bir münasebet vardır. Yeni alman hukuk telâkkisi ise «autoritaire» (mütahakkim) Devlet mefhumuna muvafık olarak tekemmül eylemektedir. Alman Medenî Kanunu henüz temamiyle meriyetden kaldırılmamış olmakla beraber, ihtiva etdiği hükümler yeni Devlet ve hukuk telâkkisine göre tefsir ve izah edilmekdedir. Medenî hukukumuza kaynak olan isviçre medenî hukuku, Alman Medenî Hukukunun evvelki ilmî inkişafına dayandığından hukukî muamele mefhumunu ilk önce bu ilmî telâkkiye göre tetkik edeceğiz. Müteakiben yeni alman hususî haklarında hukukî muamele ve mukavele mefhumlarını kısaca gözden geçireceğiz.

«Hukukî muamele» ve «iradenin beyanı ve izharı» tabirlerinin kanunda aynı manada kullanıldığı, alman medenî kanununun mucib sebeblerinde tasrih edilmekdedir [31]. Fakat ilmî bakımdan her iki mefhum yekdiğerinden farklı manalarda kullanılmakdadır. İradenin beyanı, hukukî muamelenin vücud bulması için bir şart olarak telâkki ediliyor. Bazı hukukî

[30] Titze, Rechtsgeschäft (Hukukî muamele), Mukayeseli hukuk kamusu cild 5, 1936, sahife 790 ve müteakib.

[31] Alman Medenî Kanununun mucib sebebleri, cild I, sahife 126.

554

muameleler yalnız iradenin beyanından ibaret kalabilirse de, esas itibarile hukukî muamelelerin vücud bulması için daha başka unsurların olması lâzımdır. Meselâ bazı hukukî muamele tiplerinde iradenin beyanı kanunca bir değer ifade etmek için şekle aid hükümlerin de buna inzimam etmesi lâzımdır, kefaletin yaziyle olması gibi.

Hukukî muamelelerin tedkik ve izahında kullanılan tertib, kanunun tertibine az çok uyduğundan, mevzuun mahiyetine tevafuk etmiyen bir insicamsızlık arz etmekdedir.

von Tuhr (fon Tur) şu tertibe riayet etmekdedir:

I. Hukukî muamelelerin mahiyeti ve başlıca nevileri.
II. Hukukî muamelelerin kanunen makbul olmayişi.
III. Hukukî muameleye ehliyet ve tasarruf iktidarı.
IV. Hukukî muamelenin tekemülü şartları.
V. Hukukî muamelelerin tefsiri ve iradenin noksanı.
VI. Hukukî muamelenin muhtevası.
VII. Şarta ve mühlete bağlı hukukî muameleler.
VIII. Temsil.

Bu başlıklar altında toplanan bahislerde de yine indî bir tertip göze çarpmakdadır. Meselâ kukukî muamelelerin mahiyeti faslı, şu bahisleri ihtiva ediyor:

Hukukî muamele mefhumu: Ferdî hukuk istiklâli, hukukî muamelenin unsurları ve iradenin beyanına ârız olan haller, hukukî muamelenin kademe kademe kuvveden fiile çıkması, resmî bir muamaleyi tahrik eden fiillerin hukukî muameleden madud olmaması, tarafların iradesinin hukukî neticeye matuf olması, ekonomik niyet, hukukî muamelelerin fesih ve ibtali, hukukî muamelenin tekerrürü. Bundan başka tarafların iradesiyle kanunun bu iradeyi tahdid etmesi, hukukî muamelelere aid kanunî tipler, taahhüde girmenin hududu, hukukî muamelelerin vahdeti veya taaddüdü, irade beyanının esasları, şartları bu meyanda tetkik edilmekdedir.

Hukukî muamelelerin nevileri faslında bir taraflı, mütaaddid taraflı hukukî muameleler, kararlar, itilâflar mütalâa olunuyor.

Müteakiben «tasarruf» mefhumu, mevzuu, ihdas hakkiyle alâkası, tasarrufa muvafakat, hukukî fiillerle tasarruf, filî hareketlerden doğan tasarruf, tasarruf ile teahhüdün farkları ve irtibatı, tasarrufun mücerred mahiyeti, ve tasarrufa benziyen muameleler tedkik ediliyor. Fakat bunun yanında "hukukî muameleye ehliyet ve tasarruf iktidarı„ ve "hukukî muamelelerin muhtevası„ başlıkları altında tasarrufa ait mütemmim ve hattâ esaslı meselelerin ayrı ayrı tedkik edilmesi, bir sistem vahdetinin parçalanmasına en

iyi misaldir [32].

Bu insicamsızlık diğer mühim sistematik eserlerde de görülmekdedir[33]. Mukayeseli hukuk bakımından "hukukî muamele"mefhumunu tedkik etmiş olan Titze de tertib ve tasnif hususunda alman sisteminden ayrılmamışdır [34].

A. Alman medenî hukukuna göre hukukî muamele mefhumu

Hukukî muamele mefhumu alman medenî haklar ilmine göre şu surtle ifade edilebilir: Hukukî munasebetlerin tanziminde hak sahibinin (hukuk süjet'sinin) fiil ve hareketlerine taallûk eden iradesinin kuvveden fiile çıkdığı sahayi gösteren ana mefhumdur. Buna kategori de diyebiliriz. Kategori tabiri eski yunanca "ifade,, "önceden söylenmiş söz„ manasına "katigorie„ kelimesinden alınmışdır. Türk - islâm filozofları bunu "makule„ kelimesiyle arabcaya çevirmişlerdir. Bu tabir filozofide "varlığa müteallik söylenecek esaslar, mûtâ ve mevcudun ana mefhumları, düşünüldüğü suret, oluş şekilleri ve sınıfları„ [35] ifade edilmek için kullanılır. Logik, ontologi, psikologi, etik, sociologi ve estetike aid kategoriler olduğu gibi hukukukun da kategorileri vardır. Fakat bu tabir daha ziyade filozafik manadadır. Binder'in hukuk filozofisinde kullandığı kategoriler gibi. Fakat kategori yalnız marifet bahsinde şeylerin mahiyetini bize anlatan apriorik mefhumlar manasına gelmez. Müsbet ilimlerde ana umde, esas derecesinde olan mefhumlara da bu ad verilmekdedir. Kategori bu manada filozofide olduğu gibi mutlak bir mahiyetde olmayıb müsbet esaslara taallûku dolayisiyle izafî bir kiymet ifade ederse de bir mevhume (fiktion) değildir. Reel ve ontologik (şe'nî ve şeylerin mahiyetine tevafuk eden) bir istınadgâhı vardır.

Asrî hukuk sistemlerinin yekdiğerine yakınlığı ve karşılıklı müessir oluşları, ayni mücerred mefhumların elde edilmesine imkân vermekdedir. Bu kabilden olarak hukukî muamele mefhumunun muhtelif medenî haklarda mevcud olduğunu yukarıda gördük.

Hukukî muamelenin başlıca unsuru iradenin beyanıdır. Birden fazla

[32] von Tuhr (fon Tur), Alman Medenî Hukukunun Umumî Kısmı, cild 2, kısım 1 ve 2 nin fihristlerine bak.

[33] Enneccerus - Nipperdey (Ennektzerus - Nipperday), Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (Medenî hukuk ders kitabı), cild 1, Einleitung, Allgemeiner Teil (Medhal, umumî kısım), 13 üncü tabı, 1931, fihristine bak.

[34] Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das zivil - und Handelsrecht des In - und Auslandes (Yerli ve yabancı medenî ve ticaret hukuku için mukayeseli hukuk kamusu), cild 5, 1936, sahife 789 da hülâsaya bak.

[35] Eisler, Wörterbuch der philosophischen Begriffe (Aysler, Filozofik mefhumlar kamusu), 4 üncü tabı, cild 1, 1927, sahife 793 ve müteakib.

556

irade bir hukukî muamelede bulunabilir. Muameleye ehliyet, tasarruf iktidarı ve teferruata taallûk eden iradeler hukukî muamelenin diğer unsurlarını teşkil eder. Şe'nî vâkıalar, hukukî vaziyetde husule gelen değişiklikler, zeman, resmî makamların muamelâtı ve kararları da bu tâlî unsurlara inzimam edebilir.

Hukukî muamelenin tesiri adım adım görülebilir. Meselâ icabda bulunan bir şahıs, hukukî muamele kabul ile tekemmül etmeden, verdiği söze bağlıdır. Taraflardan birinin ölümiyle hukukî muamele zail olmak lâzım gelmez. Eksik irade başka suretle tamamlanabilir.

Her irade, hukukî muamelenin husulüne sebeb teşkil edemez. Bazı resmî muamelelerin tahrikine yarıyan iradeler, meselâ ticaret sicilline tescil için müracaat, evlâd edinmeye müsaade talebi, bu kabildendir. Bu sebeble dava ikamesi hususî haklara aid bir hukukî muamele değildir. Yalnız evliliğin butlanı davasında olduğu gibi hukukî muamelenin tekemmülü dava ikamesine bağlı haller istisna edilmişdir. Bundan başka dava talebinde, hukukî muamele bakımından, tam kıymetli iradelerin beyanı bulunabilir. Bu iradelerin neticeleri hususî haklara göre mütalâa edilmek doğru olur. Davada fergat gibi hem medenî hukuka ve hem hukuk muhakemeleri usulü hukukuna temas eden hallerde her iki hukukun hükümleri tatbik edilmek lâzımdır.

Hukukî muamelenin tekemmül etmesi için ihtiva etdiği iradenin beyanı, muayyen hukukî gayeye matuf olmak lâzım geldiği büyük bir ekseriyetle kabul edilmekdedir. Fakat taraflar daha ziyade ekonomik gayeleri düşündüklerinden buna tevafuk eden hukukî neticenin tasrih edilmesi icabetmez. Esas itibariyle tarafların matlubu olan hukukî neticenin husule gelmesini kanunun mütemmim hükümleri temin eder. Yalnız iradenin beyanı, muayyen hukukî neticeye matuf olmak, kanunda tasrih edilmişse, bunun noksanında hukukî netice husule gelemez.

Hukukî muamele esas itibariyle taraflar üzerinde tesirini gösterir. Bazen de, vekâletde olduğu gibi, üçüncü şahıslara da şamil olur.

İradenin beyanı üzerine hukukî neticenin asıl iradeye veya iradenin tezahür eden şekline göre olması meselesi iki muhtelif nazariyenin ileri sürülmesini mucib olmuşdur: İrade nazariyesi ve beyan nazariyesi. İkincisi, hukukî neticenin iradeye mevzu teşkil etmesini red ederek muayyen unsurların mevcudiyetini, hukukî muamelenin kendiliğinden husule gelmesine kâfi görmektedir. Bu unsurlardan biri iradenin beyan edilmesidir. Bu beyan esas telâkki edildiğinden asıl irade ondan farklı da olsa hukukî netice üzerinde tesirsiz kalır, deniliyor. Bu nazariyeye göre hukukî netice iradeye mevzu olamaz. Ancak beyanın hiç bir müsbet maksada matuf olmaması ve muvazaa vaziyeti, hakikî bir beyanın mefkudiyeti demek olduğundan bir gûna hukukî netice husule getirmez.

Hukukî muamelenin irade beyaniyle husule geldiğini kabul edersek ayni irade sahiblerinin bu hukukî muameleyi geri alabilecekleri varid görülür. Ancak geri alınan, hukukî muamele değil, onun doğurduğu hukukî neticelerdir. Bu hukukî neticelerden yalnız bir kısmının geri alınması ise feragat demekdir. Mukavele de tarafların arzusiyle izale edilebilir. Yalnız evlilik akdi bundan istisna edilmekdedir. İki şahıs arasında bir hukukî ittisal husule getiren tasarruflar da ibtal edilebilir.

Bir kerre tekemmül eden hukukî muamele, hukukî netice doğurmuşsa, aynı hukukî neticenin bir daha vücud bulması varit olamıyacağından o hukukî muamele tekrar edilemez. İki muhtelif veya yeni bir hukukî neticenin meydana gelmesi için hukukî muamele tekrar olunabilir.

Ferdî iradenin hukukî neticeler doğurmak hususunda serbestisi kanunun tayin etdiğ isaha içinde kabildir. Hukukî muamelelerin şartları ve muhteviyatı esas itibariyle muayyen tahdidata tâbidir. Bu gibi kanunî hükümlere, izafî mahiyetde âmir hukuk denilir. Hukukî muamelelerin muteber olmasının bağlı bulunduğu şekiller bu kabildendir. Bu âmir hükümlere riayet edilmediği takdirde ya hukukî muamele batıl olur veyahud başka hukukî neticeler vücud bulur. Zarar ve ziyan tazmini gibi.

Borçlar hukukunda hukukî muamelelerin serbestce teşekkülü, kanunî tiplerle tahdid edilmemişdir. Bu sahada esas tahdidat, hukukî muamelenin kanuna ve hüsni niyet kaidelerine mugayir olmamasıdır. Bir taahhüd deruhde etmek imkânı social ve ekonomik hayatın imkânları içinde verilmişdir.

İradenin beyanı, muhteviyatı itibariyle, bir veya müteaddid hukukî neticelerin elde edilmesine matuf olabilir. Bugibi hukukî muameleler basit yahud mürekkebdir. Bu da takib edilen ekonomik gaye ve ehemmiyetin derunî irtibatına bağlıdır. Ayrı ayrı muamele tipleri elde edilmek maksadiyle müteaddid şahıslar tarafından aynı zamanda yapılan mutabakatlar, müttehid bir hukukî muamele manasına gelebilir. Taraflardan birinin tek ve diğerinin birden ziyade olması halinde de hukukî muamelenin vahdeti kabul edilebilir. Hukukî neticeler bakımından bu basit veya mürekkeb oluşun ehemmiyeti vardır. Hukukî muamelenin vahdeti halinde cüzü'lerden birinin butlanı, diğer cüzü'lerin de butlanını mucib olub olmıyacağı, işin hukukî ve ekonomik mahiyetine göre anlaşılır.

Hukukî muamelenin ihtiva etdiği unsurlardan esasa taallûk edenlerinin taraflarca tayine dilmesi kâfidir. Bunlara bağlı hukukî neticeler, kanunî hükümlere göre vücud bulursa, onlara hukukî muamelenin tabiî unsurları denilir. Tarafların irade beyanları bu neticelerin kendi arzularına göre değişmesini icab etdiriyorsa, bu unsurlara da arızî vasfır verilir. Arızî unsurların mevcudiyeti kanunun müsaadesine bağlı olduğundan buna muhalif hareket

vukuunda vaziyete göre ya bütün irade beyanı yahud münhasıran kanuna tevafuk etmiyen arızî unsur batıl olur veyahud hukukî muamelenin mahiyeti ve tipi değişir. Unsurların bu üçe ayrılması kanunî mevzuat bakımındandır. Tarafların arzuları bakımından ise esasa taallûk etmiyen bir unsura birinci derecede ehemmiyet verilmiş olur ve bu unsurun noksanı bütün hukukî muamelenin zail olmasını icab etdirebilir.

Bir hukukî muamelenin meydana gelmesinde tarafların irade beyanlarına saik olan kendilerine mahsus hususî sebebler, hukukî netice üzerinde müessir değildir. Bu saikler tarafların irade beyanlariyle arızî unsur mahiyetine çıkarılabilirse, hukukî muamelenin bir cüz'ünü teşkil edebilir. Bunun için zikr edilen saikin taraflarca kabul edilen maziye ait bir vaziyet veya istikbale müteallik bir kayd, yani şart teşkil etmesi lâzımdır. Hukukî muameleler tefsir edilirken tereddüd vukuunda, böyle maziye aid bir vaziyetden ziyade bir şartın mevcudiyeti, yani tarafların daha ziyade istikbale aid bir hususu kestiremedikleri kabul edilir. Zikr edildiği vechile maziye aid bir vaziyet yahud istiklâle aid bir şart suretinde tarafların irade beyanlarında tasrih edilmiyen saik, ne kadar mühim olursa olsun, hukukan değersizdir. Yalnız kanunun tanıdığı bazı kayidlar (clausula), hukukî muamelenin sukutunu istilzam edebilir. Umumen kabul edilen nazariyeye göre burada ferdî bir saik değil, hukukî muamelenin temeli mahiyetinde olan bir ana vaziyet, yahud ana şart mevcuddur. Bunu taraflar zımnen kararlaşdırmamış olsalar bile, böyle bir vaziyet veya şartın sarsılmasında hukukî muamelenin devam etmesi alâkadar taraf için tahammül edilemez bir neticeyi doğuracağından, akdin feshine gidilir. Hukukî muamelelerin tahtında müstetir bir kayd (clausula rebus sic stantibus) şeklinde keyfieytin umumîleşdirilmesi haklı olarak gerek ilmî tedkiklerde ve gerek mahkeme kararlarında red edilmişdir. Umumî harbden sonra bilhassa «inflation»'a (kâğıt para bolluğuna) uğriyan yerlerde bugibi akidlerden rücu imkânı hüsni niyet kaidelerine istinad edilmek suretiyle kabul edilmişdir. Alman hukukunda Windscheid (Vindşayd)'in «Voraussetzung» (tekemmül etmemiş şart) ve Örtmann (Örtman)'ın «Geschäftsgrundlage» (muamelenin temeli) nazariyeleriyle imal edilen bu mühim mesele, fransız hukukunna «imprévision» (önceden kesdirilemeyiş) nazariyesini vücuda getirmiştir. Kırım harbı dolaysile ilk defa ortaya atılan bu nazariye büyük harb esnasında ve ondan sonra tekrar ileri sürülmüş ve hususî haklardan ziyade idare hukuku sahasında tesirini göstermişdir. İngiliz hukukunda «commercial frustration» muamelenin bozulması, imkânsızlığı mülâhazası «clausula rebus sic stantibus»'u bir nevi «condition of law» (kanunî şart) haline getirmiş ve netice itibariyle ferdlerin kendi irade beyanlarının mahsulü olmak lâzım gelen hukukî muamelelere Devletin müdahalesi suretiyle bu hukukî muamelelerin değiştirilmesi ve ondan rücu imkânı ve esası kabul edilmişdir. İngiliz hukukunun Avrupa hukukundan farkı, berikisi taraf-

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ların bu vaziyetde esaslı değişmeyi önceden kesdirebilib kesdiremedikle-rini ararken ingiliz hukuku bu değişikliğin önceden kesdirilib kesdirilme-miş olmasını esas olarak almakdadır.

Hukukî muamelelerin bu bahsı, muhteviyatının rüknü olan illet ve tasarruf meselesine temas etdiğinden bu suretle asıl mevzuumuza gelmiş oluyoruz. Fakat bundan önce yukarıda kısaca gördüğümüz nazariyenin kritiklerine ve yeni alman hukuk telâkkisinde hukukî muamele mefhumunun aldığı vaziyete ve müteakiben isviçre hukukunda hukukî muamele mefhu-muna birer bahis ayıracağız [36].

[36] Alman medenî hukukuna göre hukukî muamele mefhumunu tedkik ederken von Tuhr (fon Tur) 'un alman medenî hukuku için yazdığı eseri ve orada takib edilen sırayı esas ittihaz etdik. (Alman Medenî Hukukunun Umumî Kısmı, cild 2, kısım 1, 1914, sahife 142 ve müteakibe bak. Mukayeseli hukuk kısmı için Hauriou (Horyu), L' imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales (Beklenmiyen vaziyet ve social institütionların tesiri altında kalan mukaveleler), Cahiers de la nouvelle journée, numara 23, sahife 129 ve müteakib ve Schmitz (Şmitz), Clausula rebus sic stantibus, Mukayeseli hukuk kamusu, cild 2, 1929, sahife 634 ve müteakibe bak.)

No: 70

Avusturyada mahallî hapishaneler.

Yazan: *Hermann BEKAERT*
Belçika emniyeti umumiye müdür muavini
ve Brüksel Üniversitesi profesörlerinden.

Türkçeye çeviren:
Esad Âdil MÜSTECABLIOĞLU
Baş Müddeiumumi muavinlerinden.

1937 Senesi Eylûl ayında, Avusturya hükûmetinin delâletile Salzburg ve Innsbruck mahallî hapishanelerini ziyaret fırsatını elde ettik.

Bu iki hapishane aynı tipden hapishaneler idaresine tâbidir. Bunlar birer mahallî hapishane olup her biri mahallî bir mahkemenin kazasına bağlı ve bilhasse bu mahkemenin ihtiyacını karşılamakdadır.

Avusturyanın Garsten, Stein ve Graz gibi şehirlerinde spesyalize edilmiş bazı müesseseler vardır ki bunlarda başka, başka rejim tatbik edilmekde veya mahbuslar tamamen farklı metodlara tâbi tutulmakdadır. Biz bu müesseseleri ziyarete vakıt bulamadık. Bizim ziyaretimiz esnasında Salzburg hapishanesinde 333 erkek ve 20 kadın Innsbruck hapishanesinde 185 erkek ve 21 kadın mahpus bulunuyordu.

Her iki hapishanede de mahpuslar başlıca üç sınıfa ayrılmışlardı:

I — *Mevkuflar:*

Mahallî hapishaneler mahkemelerin hükümlerini vikaye maksadile, daha ziyade mevkuflara tahsis edilmiş sayılabilir. Bununla beraber suçların çokluğu sebebile, hapishaneler idaresi, başka yer tedarik edilinceye kadar o mıntakada kısa hapis cezalarına mahkûm olanları da buraya koymakdadır. Anlaşılıyor ki, mahallî hapishaneler rejimi, şahısların ancak tahkikat zaruretlerile bu müesseselerde mahfuz tutulması perensibine istinad ediyor; Bu vaziyetin cezalarını ayrı müessesede çekmekde bulunan mahkûmler üzerine bilvasıta tesiri oluyor. Böylece hapishaneler idaresine müteallik bir çok meseleler kazaî ve mahallî ihtiyaçları ilk adımda karşılamak endişesile sarahatla hal edilmiş bulunuyor.

II — *Kabahat mahkûmları.*

Avusturya ceza mevzuatı idare ve polis nizamatına aykırı ve bir günden bir seneye kadar cezayı müstelzim halleri kabahat olarak tavsif etmişdir.

Bu fiiller arasında bilhassa iradî olmayan suçlar göze çarpar. Bunlar aşağı yukarı Belçika mevzuatındaki gayri kasdî suçlara veya kabahatlara muadildir. Bu gibi kabahat mahkûmları umumiyetle kısa süren ceza müddetlerini mevkuflara tahsis edilmiş müesseselerde geçirirler.

III — *Cezaları bir seneden aşağı hapis olan cünha mahkûmları.*

Bu mahkûmlar da aynı suretle, velevki sabıkaları mevcud olsa bile, cezalarını mahallî hapishanelerde çekerler. Yalnız sonuncu mahkûmiyette cezanın infaz edileceği müessesenin nevi tayin edilir. Eğer son verilen ceza bir seneden aşağı ve mahkûmun sabıkaları ıslâhı mümkün olmayan hallerden ise ceza yine bir mahallî hapishanede çekdirilir. Salzburg ve Innsbruck hapishanelerinde yaşları on dört ilâ on sekiz arasında genç suçlular da vardır. On dört yaşından aşağı olanlara Avusturya mevzuatı hiç bir ceza vermez, yalnız bunlar hakkında himaye tedbirleri almakla iktifa eder. 14-18 Yaşında olan mahkûmlar hapishanelere kapatılır ve diğer mahkûmların tâbi oldukları rejime benzeyen bir rejime tâbi tutulurlar. Tahliye edildikleri vakıt, hapishaneler idaresile elbirliği etmiş olan bir himaye teşkilâtının sıkı bir inzıbatı altına alınırlar; bu teşkilât bilhassa bunlara iş teminine çalışır.

Bunlardan başka Innsbruck hapishanesinde siyasî mahkûmlar, askerî mahkûmlar ve malî cezalara çarpılmış olanlar da hapis edilirler.

Siyasî mahkûmlar, Belçikadaki gibi mutedil bir hapishane rejiminden istifade ederler. İstedikleri gibi çalışmak, yemek yemek ve geyinmek serbestliğinden başka kabahat mahkûmlarına mahsus rejimden de ayrıca müstefid olurlar.

Kabhatlarla siyasî suçlar arasındaki bu hapishaneler rejimi benzeyişi hiç şüphesiz 18 inci asırdaki Jözefin ceza kanununun haiz olduğu iki taraflı telâkkinin hayırkâr bir devamından başka bir şey değildir. Malî cezalara çarpılmış olan bu hapishanelere yarı idarî ve yarı cezaî bir karar ile hapis olunurlar. Bunlar mevkuflara mahsus rejime tâbididirler. Maliye nezareti veya bu nezaretin mahallî mümessilleri âmme davası açmakda ve cezanın ağırlığını tayinde tamamen serbestdirler. Hattâ bazı cezalar bir senelik hapsi bile ihtiva edebilir.

Askerî suç mahkûmları, mevkuf, kabahat mahkûmu, cünha mahkûmu, siyasî veya malî bir suçdan mahkûm olduklarına göre yukarıki rejimlerden birine tâbi tutulurlar.

*
* *

Innsbruck ve Salzburg hapishaneleri; hücre sistemine göre inşa edilmişlerdir. Bununla beraber Belçikadakilerden çok farklıdırlar. Salzburg hapishanesinin iki binası üç köşeli bir blok teşkil ederki bunun bir köşesi mevkuflar kısmına tahsis olunmuşdur. Innsbruck hapishanesi ise dört dılı'lı olup yarısı hapishanenin ihtiyaçlarını karşılamakdadır.

Adlî makamların hapishaneye olan yakınlığı bir çok kolaylıklara yol açıyor. Sorgular hâkimin makamında olduğu kadar, hapishanede de yapılabiliyor. Bilhassa hapishanede maznunun sorgusu ve icabeden müvacehelerin

562

yapılmasına müsaid hususî yerler vardır. Her hapishanede hücreler, galeriler halinde üst üst inşa edilmiş olup her galerinin nihayetinde diğerine geçmek için müşterek bir merdiven mevcüddur. Her galeri muhtelif genişlikde, yan yana 7 — 8 hücreden teşekkül etmekdedir. Hücrelerin cephesindeki dıvar üzerinde açılmış olan pençerelerden gelen ışık galereyi bolca aydınlatıyor. Hücrelerin bu tarzda sıralanmış olması Belçikanın Gad şehri hapishanesinin bir kaç sene evvel yıkılmış olan bazı eski kartiyelerini hatırlatıyor. Kısmen önüne geçilmiş olan oradaki konturol ve nezaret güçlüğü Avusturyanın bu mahallî hapishanelerinde de göze çarpıyor.

Bir az evvel hücrelerin muhtelif genişlikde olduğuna işaret etmişdik. Bu sebeble bu hücrelere bazan bir, iki, hattâ daha fazlası hapsediliyor. Mevkuflar ve siyasî mahkûmler umumiyetle yalınız bulunduruluyor; bazan da en fazla iki kişi, kabahat veya cünha mahkûmları bir grup halinde, çok defa 14 kişiye kadar bir hücre de hapsediliyor. Her hücrede mahbus sayısı kadar da yatak bulunuyor.

Çalışabilecek olanların iş aletleri hücrelerdedir.

Pencereler büyük, bazan iki metre murabbaındadır, hücreler ise büyüklüğüne ve istiabına göre 2,3 pencerelidir.

Veremli suçlular için hususî hücreler de vardır. Bunlar teshin edilmiş, büyük pencereli ve oldukça genişcedir. Bu hücrelere mahsus olan bütün eşya markalanmış olup kolaylıkla fark edilebiliyor.

Eğer hapishanenin kalabalığı artacak olursa iki veremlinin bir arada bulundurulduğu da vâkidir.

Hastabakıcılar umumiyetle üst katta bulunuyorlar. Bu katta mutad localer, hastaların muayenesine ve tedavisine aid lüzumlu şeyler mevcuddur. Ameliyat salonu yokdur. Şehir hastahanesinde bu ciheti temin edici hususî bir salon tefrik edilmişdir. Hapishane idaresi cerrahî bir ameliyyeye ihtiyaç gösteren hasta mahbusları derhal oraya naklettirir.

Gezinti saatında mahbuslar teneffüshanede tecrid edilmiş halde bulundurulmazlar. Müşterek hücre rejimi sebebile, avluda bir gardiyanın nezareti altında bulundukları zaman tamamen tecrid edilmelerine lüzum görülmemektedir. Bununla beraber her mahbus arasında muayyen bir mesafe bulunmasına dikkat edilir.

Diğer muhtelif tesisat hapishanenin dahili teşkilâtını şu suretle tamamlamaktadır. Mutfak, teshin levazımı, duşlar ve banyolar; her katda bir küçük dua yeri hazırlanmışdır. Burada kafesli bir kısım vardır ki kadınlar diğer mahbuslar tarafından görünmeksizin dinî vazifelerini yapabilirler.

İç avlulara gelince, burası bahçe çalışmalarına ve sebze yetişdirilmesine müsaid şekilde tanzim olunmuşdur.

Umumî görünüşü ile hapishane inşa bakımından geniş ve aydınlıkdır. Havalandırmak işi mükemmel surette temin edilmişdir. Bununla beraber, İns

bruck hapishanesinin avlusu, civar evlerin görünmesi dolayısile uygunsuz bir halde ve mahbusların hariçdekilerle doğrudan doğruya temasını kolaylaşdırıcı bir vaziyettedir.

*
* *

Hapishane rejimi:

Mahbuslara tatbik edilen rejim esas olarak cezaî bir meşguliyet halinde karakterize edilmişdir. Umumiyetle tahmin edilebilir ki bu müesseselerde mahbusluk müddeti kısa müddetli mahbuslar ve bilhassa hiç bir meslekî bilgisi olmayanlar için tam bir çalışmaya tahsis edilmişdir. Bununla beraber mahbuslar meslekî kabiliyetleri üzerinde araşdırmaları, derinleşdirme imkânları bulamamaktadır. Mahbusların daha evvelki meşguliyet ve meslekleri arasındaki farklar ve hapishanenin bunlara ayrı ayrı tatbik imkânı vermekde vaziyet icabı karşılaşdığı güçlükler, hapishane iş rejiminin ilmî bir surette tanzimine meydan bırakmayor.

Diğer tarafdan işsizlik Avusturyada, kesif bir halde hükmünü yürütmektedir. Hususî teşebbüslerin rekabetler karşısında, mahreç bulabilmek için Devlet hesabına olan gündelikler pek aşağı dereceye düşürülüyor.

Bundan başka hapishane çalışması bizzat hapishanenin ve bağlı olduğu mahkemenin ihtiyaçlarına göre tahdid edilmiş bulunuyor.

Bu yüzden çok az mahbus işe sevk edilebilmekde, iş faaliyeti ise ancak iki veya üç sınıf sanata tahsis kılınmaktadır. Ekseriyet iç hizmetlerle meşgul ediliyor. Mutfak, teshin işleri, temizlik ve saire maalesef bu faaliyetin daha müsaid şekilde cereyan etmemesi, tahliye edilen mahbusların iş itiyadlarını sağlamlaşdırmalarına imkân bırakmayor.

Bu rejim felâketli neticeler vermekdedir. Bir tarafdan çalışan mahbuslardan ancak pek azı burada içtimaî faaliyetlerini idame ettirebilmekdedirler. Diğer tarafdan çalışamayan mahbusların ise bu sebeble belki hariçde iken sakınabildikleri kötü itiyadlar kazanmış olmaları mümkündur.

Bir hapishaneler organizasyonu ihdasını tasavvur eden içtimaî kollektif gayret, ferdlerin bu müesseselerden sınıflaşmaksızın, ıslâh edilmeksizin çıkması yüzünden neticesiz ve hattâ faydasız bir şekil alıyor. Hiç kimse bütün mahbusların mümkün olduğu kadar içtimaî ihtiyaçlarına, kabiliyetlerine teknik bir uygunluk gösterecek bir iş sahibi olmaları lüzumuna lâkayd kalamaz. Bu gaye uğuruna fedakârlık gösterecek olan bir cemiyet umumî menfaatleri tatmin etmiş sayılıyor. Bu suretle herkes kendi istifadesini temin etmiş olur; mücrimler yeni bir suç işlemeye mecbur kalmazlar. Cemiyet ise kendini daha kolaylıkla korumuş olur.

Hapishanelerdeki çalışma rejiminin içtimaî ehemmiyeti üzerine dikkati kâfi derecede çekmeğe muvaffak olamayanlar, hususî menfaatlara ârız olacak tehlikeleri de kesdiremezler; bu meselenin halli hususunda Avusturyanın

564

arz ettiği manzara, her türlü ceza sistemlerinin iflâsını ve daha ağır içtimaî felâketlerin vukuu ihtimalini ilân etmekdedir.

Her şeyden evvel, bir âmme hizmeti demek olan hapishaneler iş rejimini tanımamak, mükerrirler ordusunu takviye etmek, içtimaî nizama vâkı tecavüzleri çoğaltmak, Devletin mükellefiyetini otomatikman ağırlaşdırmak demekdir.

*
* *

Yukarıda izah ettiğimiz vaziyet ve sebeblerle mahbusların çalışmaları en asgarî hadde düşmüş bulunuyor. Kendilerine iş verilmiş olanlar çalışıyorlar. Geriye kalan % 60, 70 i gayri faâl bir suretde günlerini, ya hücrelerde oturmak, veya gezinmekle geçiriyorlar. Hücrelerde ya okumak veyahud toplu bir halde oyun oynamak itiyadları beliriyor.

İç hizmetlerde kullanılmayan mahbuslar, bilgisine veya öğrenme arzusuna göre terzilik, kunduracılık, dokumacılık, doğramacılık ve bazan litoğraf işlerile meşgul olabilirler. Bir kaç mahbus ise mahallî mahkemenin siparişlerini el veya daktilo ile yazıyorlar. Kadınlar, hapishane çamaşırlarını yıkayıp tamir ediyorlar. İşler umumiyetle hücrelerde görülüyor. Fakat doğramacılık gibi san'atlar için atölye ihzar olunuyor. 3 veya 4 kunduracı yerine göre bir hücrede yerleşdirilerek aralarında iş tevziatı yapılıyor. Çalışanlar için iş saatleri Salzburg'da saat 11, 30 — 7, 30 ve 12 — 5; Innsbruck de ise 8 — 11 ve 1 — 5 dir.

Umumiyetle günde bir saat mahbuslara avlu içinde serbest gezinti müsaadesi verilir. Ve bu esnada kadınlar ve genç çocuklar diğerlerinden ayrı tutulur.

Kendilerine iş verilmiş olanlar için çalışmak mecburîdir. Bu gibilerin işi red etmesi veya işe hile karışdırması 1 günden 14 güne kadar tek başına katıksız hapis (yalnız ekmek, su) gibi disiplin cezasını müstelzimdir; tedrisat sistematik bir surette yapılmamakdadır. Mahpusların talim ve terbiyesi perensibi hapishane direktörlüğünün nezareti altında kendi kendine tatbik görüyor. Hapishane içinde bir kütüphane sayesinde mahbuslara şahsan ve okunacak kitab temin edilebiliyor. Bu suretle tahliyesi yaklaşmış olanlar, manevî bir intibaka müsaid görünenler üzerinde, ahlâki bir tesir elde ediliyor.

Gıda rejimi çok ihtimamlıdır. Vücud teşekkülâtı için asgarî ve zarurî olan mikdar metodikman hesaplanıyor. Mahbuslara haftada üç defa et ve her gün en az bir defa çorba veriliyor. Günlük kalori mikdarı ilmî bir surette tayin olunuyor. Bütün yemekler hücrelerde yediriliyor.

*
* *

Mahbusların nezareti pratik bir stajdan geçirilmiş olan gardiyanlara

565

bırakılmışdır. Gardiyanlar silâhlıdırlar. Kıyafetleri az çok polis kıyafetine benziyor. Kadın mahbuslar aynı suretle çalışdırılmış ve hükûmet memuru sıfatını haiz kadın gardiyanlar tarafından muhafaza olunuyor. Salzburg hapishanesinin hasta koğuşunda bir tek hastabakıcı hemşire vardır.

Mahbusların nezareti işi, şu suretle tanzim olunmuşdur:

I — *İşe nezaret:*

Eğer mahbuslar arasında mevcud ise, bu vazife spesyalist'e verilir ve bu şahıs mahbusların çalışmalarını tanzim ve kontrol eder.

II — *Hapishane içinde mahbusların muhtelif ihtiyaçlarının icap ettirdiği hallere nezaret:*

Bu işler sıkı bir disiplin ile yapılır. Sükûnet mecburîdir. Mahbuslar ancak küçük gruplar ve nezaret altında hücrelerinden çıkarılıp tekrar geri getirilir.

III — *Hücre içinde nezaret.*

Müşterek hücrelerde bu çok güçdür. Hücreler merkezî bir tabloya zillerle rabt edilmişdir. Herhangi bir ihbar kaşısında nezaret vazifesine lüzum gösteren hücreye derhal yetişlir. Gece ve gündüz devriyeleri mevcuddur.

*
* *

Avustuya ceza kanunu anormal ve deli mücrimler hakkında adlî bir sınıf ihdas etmemişdir. Yalnız deliler için vaktile, Belçikada 1867 ceza kanunun tatbikatında olduğu gibi, hususî tedbirler alınıyor.

Umumî suçlarla mahkûm edilmiş olan anormaller hapsedilirler. Ancak hapishane idaresi bunların ruhî ve aklî vaziyetlerni gözönünde bulundurur. Bu gibiler, şu suretle tasnif edilirler:

1) Zayıf anormaller; ki bunlar hapishanede alıkonurlar; tamamen tecrid edilerek hususî bir ihtimama tâbi tutulurlar; 2) ağır anormaller, ki bunların hastalıkları bir takım değişiklikler gösterir; çok defa ilk tezahürat başgösterir göstermez hukukî perensiplere göre muamaele edilmek üzere darülacezelere sevk olunurlar.

Tehlikeli bir mahiyet arz eden şiddetli anormallerin ceza rejiminden muaf tutulması mahkûmiyet ilâmile tesbit edildiği gibi, sonradan vukua gelen tezahurat sebebile de bu gibiler hususî müesseseler idaresinin tedbir ve sıyanetine terk olunurlar. Bununla beraber bu hususdaki istihzarat ve ihtisas noksanlığı yüzünden, bu idareler içtimaî korunma zaruretleri nisbetinde geniş tedbirleri her zaman temin edemiyorlar.

*
* *

Kanunî ve nizamî hükümler sebebile, mahbus meşrutan tahliye edilmeden evvel asgarî 8 ay hapishanede tutulur, bu müddete mevkufluk devresi de dahildir. Hapishanede geçirilecek olan müddet ceza müdddetinin en

566

aşağı üçde ikisine muadildidir.

Eğer suçlu mükerrir değilse, hapishane idaresi cezanın yarısının infazından sonra, mahkûmun hususî af yolu ile tahliyesini teklif edebilir.

Meşrutan tahliye müddeiumumi ve hapishane direktörünün riyaset ettikleri bir komisyon kararile olur. Bu gibi tahliye talebleri hapishane idaresince yapılır.

Avusturyada «içtimaî intibak ofisi» denen teşkilât mevcud değildir. Yalnız hâkimlerin riyasetinde, yarı resmî ve genç mücrimler üzerinde nezaret ve tasnif vazifesi gören bir takım teşekküller vardır.

Bununla beraber bu teşkilâtın müdahaleleri hiç bir esasa dayanmamaktadır. Genç mücirimin vesayet altına alınması mecburî değidir. Meşrutan tahliye halinde ise, serbestînin geri alınacağının şart koşulması zarureti yokdur.

Rüşdüne basmış olan suçlulara gelince, hapishane idaresi umumiyetle muaveneti içtimaiye teşkilâtı ile tahliye edilmiş olan mahkûmün ikametgâhı arasında irtibat tesis ettirir. Bu teşkilât mahkûmu himaye eder, tahliyesini müteakip maddî para yardımları yapar, ve kabiliyetine göre bir işe yerleşdirir.

Her kazaî mıntakada tahliye edilmiş olan mahkûmları himaye eden bir «tesis» mevcuddur. Bazı para cezaları bu tesislere tahsis edilmek suretile kuvvetlendirilmekdedir.

*
* *

Avusturyanın mahallî hapishaneler rejimi işte budur. Bazı ana hatlarını çizdiğimiz bu tetkik ile bu memleketin umumî hapishaneler sistemi hakkında tahminî bir fikir elde edilebilir. Daha evvel de işaret ettiğimiz gibi, daha ağır cezalı mahkûmları kabul eden başka hapishaneler de vardır; spesyalize edilmiş olan bu müesseseler, büyük suçlarla mücadele etmek için teknik esaslara göre teşkilâtlandırılmış ve hapishaneler idaresi gayelerine uygun ve ilmî bir istikamet almışdır.

Unutulmamalıdır ki mahallî bir hapishane—hele bir çok memleketlerde—evvelâ bir tevkifhane olarak kurulmuş ve bilâhare mahllî zaruretler ve mahkûmların hapis edilmeleri suretile genişledilmişdir. İşaret etmiş olduğumuz bazı kusurlar bu günkü cezalandırma sisteminin iki büyük noksanlığından ileri gelmekdedir. 1) Hapishaneler teşkilâtına müteallik içtimaî faâliyetin mahallî bir suretde dağıtılmakda olması; 2) Kısa müddetli hapıs cezalarının suiistimali.

Bu noksanlıkların ağırlığı bilhassa mahallî hapishaneler üzerinde daha kuvvetle hisedilmektedir. Salzburg ve Innsbruck hapishanelerinin bu müesseselerin ikinci derecedeki ehemmiyetlerine rağmen tavsifine girişilmekle, istikbale aid ıslâhat için bazı istifadeler arz edebilmeyi düşündük.

No: 71

Amerika Birleşik Devletlerinde Jürinin geçirmiş olduğu islâhat.

Yazan: *François GORPHE*
Poitiers İstinaf Mahkemesi âzası.

Çeviren: *Nafi Z. BAŞAK*
Sulh Hâkimi.

Amerika Birleşik 47 Devletinin her birinin kanunları diğerlerinden farklı olması dolayısile, noksansız ve ayni zamanda doğru olacak umumî bir hulâsa çıkarmak çok güçtür. Burada, mevzu hakkında evvelce yapmış olduğumuz umumî tahlili tamamlıyacak ve icabı halde nihayete erdirecek bazı malûmat vermekten başka bir iddiada bulunmıyacağız [1].

Amerika Birleşik Devletlerine ithal edilmiş olan İngiliz sistemi, umumî hatlarını muhafaza etmiştir; lâkin yekdiğerini takip eden tashihlerden sonra, ve vazedilmiş bulunduğu muhitin an'anelerden mahrum farklı zihniyetinden dolayı safiyetini kaybetmiştir. Görünüşe rağmen, bu sistem dahi Avrupanın diğer memleketlerinde kabul edilmiş olan Fransız sistemi gibi bazı değişiklikler geçirmiştir. Burada eski Âdi hukukun (Common Law) sisteminin bazı vasıflarına tesadüf edilmez; ne eski terzil edici mahkûmiyet usulüne (attainting) ne de kararını ittihaz edinceye kadar jüreleri ekmek ve sudan mahrum bırakmak gibi jüri üzerinde icra edilen eski tazyik vasıtalarına rastlamanın imkânı yoktur; bunlar çoktan terkedilmiştir.

Âdi hukuka tevfikan büyük jüriye müracaat usulü Devletlerin bir çoğunda az çok terkedilmiştir. Diğer bazılarında, bütün işler için büyük jüri olmaksızın tahkikat suretile takibat usulü kabul edilmiştir. Diğerlerinde, büyük jüri tarafından ittiham usulü (indictment) veya işe vaziyet etmiş olan müddeiumumi (prosecuting attorney) tarafından imza edilen hazırlık tahkikatı olmak üzere ihtiyara bağlı muhtelit bir takibat yolu kabul edilmiştir.

Jüri sistemi, bilhassa bir müddetten beri sık sık ve ciddî surette tenkit edilmiştir. Sahasının değil, yalnız mevadı hukukiyede, fakat ayni zamanda mevadı cezaiyede tahdidi yolunda müteaddit vasıta ve tedbirlere müracaat edilmiştir. Devletlerin bazılarında, jüriye an-

[1] Adliye Ceridesi, Haziran 938 sayısına bakınız.

cak tarafların sarih talepleri üzerine müracaat edilmektedir ki, bu da çok nadirdir. Maznunlara jüriden feragat etmek hakkını bahşeden kanunlar, cinaî davaların bir çoğunun Jürisiz rü'yet edilmesini intaç etmiştir.

Esas kanunda tasrih edilmiş bulunan «Jürinin huzurunda rü'yet edilen davanın (trial by Jury) esas rükünlerini tefsir eden Amerika Birleşik Devletlerinin Âli mahkemesi : 1. — Adedi değişmemek üzere jürinin 12 erkekten ibaret olacağını; 2. — Müzakerelerin, jürelere hukuki noktalar hakkında talimat vermeğe ve maddî hadiseler hakkında kendilerini ikaz (advise) etmeğe salâhiyettar hâkimin huzurunda ve nezareti altında cereyan edeceğini; ve 3. — Kararın ittifakla ittihaz edileceğini [2] kararlaştırmıştır.

Lâkin bunlardan birinci ve üçüncü hükümler hakkında muhtelif Devletlerde tadilât icra edilmiştir. Bu hususta en bariz tadilâttan biri de, gerek hüküm jürisine, gerekse ittiham jürisi veya Büyük jüriye kadınları kabul eden islâhat olmuştur [3] . Âdi Hukuka nazaran, kadınlar cinsiyetleri itibarile bu vazifelerden hariç tutulmuşlardı. Birleşik Devletlerin Esas kanununun 14 üncü tadilâtına uygun olduğu telâkkisile, bazı işlerde kadınların hukukunun kabulüne mâtuf mesai sarfedilmiş isede, mahkemeler umumiyetle buna mümanaat etmişlerdir; 1917 tarihindenberi kadınların intihap hakkını tanıyan Kalifornya gibi Devletler bile, kadınların jüreliğini sarahaten kabul eden bir kanun bulunması lâzım geldiği telâkkisinde bulunmuşlardır. Lâkin Wyoming Devletinde, Esas kanunun, cinsiyet farkı gözetmeksizin, bütün vatandaşları her nevi hukukta bir tutmasından, bu Devletin Âli Mahkemesi, ayni kanunun jüri hizmeti hususunda kadınlara da şâmil olduğu manasını istihraç etmiştir. Jüre sıfatının «müntehiplik evsafını haiz eşhasa» ve «müntehipler ile hane sahiplerine (Householders)» verilmesine kanunlarının müsait bulunduğu Nevada, Michigan ve Pensilvanya gibi bazı Devletlerde, yukarıda yazılı tâbirler ve bunlara mümasil olanlar kadınlara da şâmil olacak kadar geniş telâkki edilmiştir. Bazı Devletlerde, kadınlar intihap edilebilmekle beraber, bu vazifeden affedilmelerini talep edebilirler. Utah gibi diğer bazılarında ise, prensip itibarile intihap edilebilirler, lâkin bu vazifeden muâf olan eşhas meyanına sokulmaktadırlar; bu suretle memuru mahsusları tarafından tanzim edilen jürinin esas listesinde isimleri umumiyetle derç edilmemektedir.

Jürelerin adedine müteallik Âdi hukukun an'anevî kaidesi dahi

[2] In 281 U, S. 276, affaire Patton C. United States, P. 288.

[3] Bu mevzu hakkında, The Oregon Law Revie'wda, 11 Birincikânun 1932, Sa. 30, intişar eden Justin Miller'in makalesine bakınız.

bazı Devletlerde tadilâta uğramıştır. Bazılarında bu adet 12 den aşağı indirilmiştir. Bu hususta umumiyetle tarafların muvafakatı aranmaktadır; çünki Birleşik Devletlerin Âli Mahkemesine göre, adedin tenkisi 12 jüre tarafından muhakeme edilmek hususunda Esas kanunun bahşettiği haktan feragatı tazammun etmektedir (Evvelce zikredilen hadise, Patton C. U. S.) . Bu bakımdan Kalifornya Devletinin Esas kanunu tipiktir:

«Jüri tarafından muhakeme edilmek hakkı (of trial by Jury) her kese temin edilecek, ve bu hak türlü taarruzdan masun kalacaktır; hukukî mesailde karar Jürinin 3/4 ü tarafından ittihaz edilebilecektir. Cinaî işlerde, müdafiler tarafından alenî celsede beyan edilecek iki tarafın muvafakatile ve hukukî işlerde kanunun tasrih ettiği şekilde ifade edilecek iki tarafın muvafakatile Jüri huzurile muhakeme hakkından feragat edilebilir. Hukuk davalarında ve hakaret (misdemeanor) işlerinde Jüri 12 kişiden veya tarafların alenî celsede kabul edecekleri daha az kimselerden terekküp edecektir» (Kaliforniya Devletinin esas kanunu, Madde 1, bend 7; 6- İkinciteşrin-1928 tarihli tadilât).

Kararların ittihazında ittifakı şart kılmayan bazı Devletlerin kanunlarile Adî hukuk telâkkisinde bir diğer değişiklik vücuda getirilmiştir. Böylece Minnesota Devleti Kanunu 12 saatlık müzakereden sonra, 12 jürede onun ekseriyetini kabul etmektedir: «Bilcümle Hukuk davalarında veya bu Devletin her hangi bir Mahkemesi nezdinde ikame edilen davalarda, 12 saatlık müzakerrattan sonra, Jürinin 5/6 sının ittifakı, kararın muteber olması için kâfi bir adet teşkil edecektir.»

Her tarafta, jürelerin seçilmesinde seviyenin düşüklüğünden şikâyet edilmektedir. Çünki, hususî memurları tarafından tanzim edilen listelerin ihzarında aranan evsafın mahiyeti, umumiyetle zencileri de kabul edecek kadar genişlemiştir. (Âli Mahkemenin oldukça gürültü uyandıran bir kararına nazaran) [4]. Diğer taraftan, hukukcular, hekimler, sütnineler, itfaiye memurları, telgraf memurları, milis askerlerini ve ilâh... gibi bir takım mesleklere intisap etmiş kimseler hakkında Jüri hizmetinde hususî muafiyetler ihdas eden kanunları, bütün Devletler az veya çok kabul etmişlerdir. Bu yüzden tatbikatta, Jürelik hizmetini en iyi ifa edecek vaziyette bulunan bir çok kimseler, bilhassa buna ehil olanlar, otomatik bir surette bundan hariç tutulmuşlardır [5]. Bu vaziyet herkesin kendi hâkimleri tarafından muhake-

[4] Supreme Court of the U.S. 1-Nisan-1935, Norris — Alabama Devleti davası.

[5] Şubat-1935 de, Flemington'da (New —Jersey) meşhur Hauptmann davasında, Jüri halktan 4 kadınla çiftçi ve işçiden mürekkepti; Jüri reisi bir makinist idi. Salâhiyyettar memurları tarafından 250 kişilik bir liste tanzim edildiği halde, hâ-

me edilmek hakkına mütedair olan Jürinin esas prensibini ihlâl etmektedir. Bu ise, gözden kaçmıyan ve sistemin kıymetten düşmesine esaslı şekilde âmil olan ağır bir kusurdur.

Buna mukabil, Amerika sisteminin gerek cinaî, gerekse hukukî mevadda hiç değilse maznun için, umumiyetle bir istinaf hakkını [6] kabul etmesi gibi şayanı tercih tarafları vardır: Bu da, âdi Hukukta, 18 ve 19 uncu asırlar zarfında «writ of error» un tekâmülündenberi ve bilhassa «writs of error» lerin yerine hakiki bir müracaat yolu ikame eden 1907 tarihli İngiliz «Criminal Appeal Act» dan beri esaslı addedilen bir haktır. Münakaşa mevzuu olan yalnız beraet halinde, Devletin haiz olacağı istinaf hakkıdır; Bu mesele de muhtelif şekillerde halledilmektedir. Minnesota ve Massachusets Devletlerinde Devletin istinaf hakkı yoktur. Connecticut'te ise, beraet kararları hakkında hukukî noktalardan dolayı Devletin her zaman istinaf etmek hakkı vardır; ve hüküm bozulduğu takdirde, maznun yeniden mahkeme huzuruna sevkedilir. Devletlerin bir çoğunda, mutevassıt bir usûl kabul edilmiştir; Devletin müracaat hakkı bazı vak'alara hasredilmiştir; Bu da, umumiyetle ya bir kanunun esas kanuna mutabakatını tesbitine imkân vermek için, ya evvelki kanunlar ile tatbikatta bir ahenk temin etmek maksadile, ve yahut da, sadece ceza hukukunun daha üniform ve daha iyi bir surette tevziini temin maksadile hukukî noktalarda «writs of review» temin etmek veya istinaf yoluna müracaat etmektir; lâkin «müddeaaleyhin» yeniden mahkemeye sevki mevzuubahs olmaksızın ve hatta hükme ilişilmeksizin sadece münakaşa mevzuu mahiyetinde olmıyan noktalar (mere moot questions) hakkında mahkûm gibi istinaf hakkına sahip olunması fikri çok makul bulunmak itibarile şiddetle müdafaa edilmiştir [7].

Müşterek menşelerine rağmen, yalnız şekil itibarile değil, fakat

kim bunu 150 ye indirmişti, ve 12 Jürenin kat'î olarak seçilmesine kadar bunlardan bir kısmı da reddedilmişti. Bu Devletin kanununa göre maznun ve davacı sebep göstermeksizin 4 kişiyi reddedebilirler, geri kalanlar aşağıdakı sualler vasıtasile bir nevi imtihana tâbi tutulurlar:" ölüm cezası hakkında bir fikriniz varmıdır„, "Lindbergh'in çocuğunun kaçırılması hadisesini hiç işittinizmi„ ve ilâh . . . Cevap verme şekli reddi kolaylıkla intaç edebilir. Bu tarzda seçilen Jürilerde entellektüel sınıfına mensup kimsenin kalmadığı kolaylıkla anlaşılır. Yapılan seçme aksi istikamette vâki olmaktadır.

[6] Böyle bir tefrik Anglo—Amerikan muhakeme usulünde yapılmamış olmak itibarile bu müracaat yolu İstinaftan ziyade Temyize yakındır.

[7] Justin Miller, Appeals by the State in criminal cases. Yale Law Jurnal 36, Şubat-1937, Sa: 486—512.

bilhassa ruhları bakımından yekdiğerinden ayrılmış olan iki sistemi ayni plâna vaz' etmek mümkün olsaydı, jürinin Amerikadaki neticeleri ile İngilterede elde edilen neticelerini mukayese etmek cazip olurdu. Avrupadaki vaziyetten farklı olarak, İngiliz sistemi Birleşik Devletlere tekâmülünün âmili olan âdi Hukukun (Common Law) heyeti umumiyesile geçmiştir: Bu hal de müessesenin yeni sahasında yaşamasını mümkün kılmıştır. Jürinin delil hukukuna (Law of evidence) sıkı bir surette bağlı bulunmak suretile faaliyette bulunabileceğini unutmamak lâzımdır: Daha ilk zamanlardan beri (İngilterede jüreleri şahit telâkki etmekten vaz geçilüp, bunların hâkim seviyesine çıkarıldığı zaman) jüreleri tamamile emniyetbahş olmayan şahadetlerden, rivayetlerden, işitmeğe müstenid malûmatlardan, şahsî takdirlerden ve saireden korumak maksadile, bu zevatın tecrübesizliğini idare etmek üzere Cinayet mahkemelerine tatbikatın tanzim etmiş olduğu sıkı kaidelerin heyeti mecmuası vardır. Maznunun mazisi ve şöhreti hakkında saded harici her türlü sözlerden, münaziünfih meselelere doğrudan doğruya taallûk etmeyen beyanlardan sakınmak istenmiştir: Bu vaziyet de, bazı vaka'lar müstesna olmak üzere, maznunun masebakını bildirmek ve sarih bir şekilde tevcih edilen suallerden gayri bir suretle şahitleri dinlemek memnuiyetlerini intaç etmiş ve her türlü belâgate mâni olan soğuk bir muhit vücuda getirmiştir.

Avrupa kıt'asının jürelerinde mevcut bulunmayan bu hal, Amerikada sağlam millî an'aneler bulunmamak dolayısile gevşemiştir: Çünki an'aneler müesseseler gibi bir yerden diğer bir yere nakledilemez. Eski İngiliz sistemi asrileşmekle ve tabiri caizse amerikanlaşmakla mutantan ağırlığından ve kuvvetinden kaybetmiştir. Duruşmaların arzettiği manzaranın farklı oluşu yalnız hâkim ve avukatların umumiyetle perukasız ve binişsiz sivil elbise ile bulunmalarından ileri gelmez, lâkin bilhassa hâkimlerin kâfi derecede otorite sahibi bulunmamalarından, adaletin istiklâline daha az riayet edilmesinden, duruşma sırasında vazifelerin sarahaten tefrik edilmemiş bulunmasından ileri gelmektedir; avukatların serbestisi daha geniş ve resmî kayıtlara daha az tâbi olduğu gibi, burada herkes daha fazla lâubali hareket etmektedir; matbuatın ve halkın yersiz olarak gürültülü işlere karışması dolayısile jürelere tesir icra etmeğe mütemayil bir nevi heyecan da bu hale inzimam etmektedir. Bu suretle jürelerin vaziyetindeki seviye düşkünlüğünü müşahede etmiş olduk. Hâkimlere gelince, muhtelif Devletlerde umumiyetle intihap yolu ile seçilmeleri ne iyi bir seçim ne de yüksek bir otorite temin edecek vaziyette değildir. Geçen Şubat ayında (1935) Flemington'da (New—Jersey) matbuatı pek çok meşgul etmiş olan Hauptmann'ın meşhur muhake-

572

mesinde avukatların ne kadar idaresizce münakaşa etmekte oldukları ve sütunlarında ve hatta hususî nüshalarında (newspaper trial) cür'etkârane bir surette vermekte oldukları tafsilât ile Amerikan gazetelerinin adaletin cereyanı üzerinde ne gibi bir tazyik icra etmiş oldukları müşahede edilmiştir. Müekkillerinin bulundukları vaziyeti anlatmak maksadile müdafilerin jürelerin her birine ayrı ayrı hitap etmeleri vakidir.

Bu sui istimaller ve müessesenin bir nev'i tereddisini ifade eden bu hal; bazı Avrupa memleketlerinde müşahede edilen vaziyet ile karşılaştırılınca, bidayette zannedildiğinin aksine olarak Jüri gibi bir müessesenin hiç bir suretle cihanşümûl bir kıymeti olmadığını ve faaliyetine bir takım kaidelerin, ve ilâve edelim - millî an'anelerin heyeti umumiyesinin müessir olduğunu göstermektedir. Delillerin takdiri hususu, cinaî sahada adaletin en mühim ve en güç vazifelerinden biridir: Hukukî, siyantifik ve pratik malûmatı istilzam etmektedir. Duruşmaların sıkı bir surette kayıt altına alınması ve ikame edilen delillerin ciddî bir şekilde seçilmesi suretile yol çizilmemiş ve gaye de hâkimin açık izahları ile gösterilmemiş bulunduğu takdirde yetişmemiş ve çok defa umumî malûmat sahibi bile olmıyan jüreler bu vazifeyi başaramıyacaklardır: Bütün bu şerait İngilterede sıkı bir surette birleşmiş olduğu halde; isabetli bir iki islâhata rağmen Amerika birleşik Devletlerinde az çok terkedilmiş ve Anglo - sakson kanunlara sahip memleketlerin haricinde de umumiyetle sukut etmekte olan bir vaziyettedir.

Elde edilen tecrübenin verdiği neticelerden istifade etmek ve bunları her memleketin kendisine hâs olan şeraitine intibak ettirmek suretile cinaî sahada adaletin daha iyi hir surette teşkili için evvelkileri tamamlıyan bu mukayeselerden müfid malûmat istihraç etmiş olduğumuzu zannediyoruz.

No: 72

Muâsır Mevzuatta "Kanunsuz ceza olmaz„ Kaidesi

Yazan: *Marc ANCEL*
Fransız Temyiz mahkemesi . M. Umumî kâtibi
ve Mukayeseli Hukuk Enstitüsü
Umumî Kâtibi

Çeviren: *Sadık TÜZEL*
Paris Hukuk Fakültesinden
Lisansiye

«Nulla poena sine lege» kaidesi, bir asrı mütecaviz bir zamandan beri, ceza hukukunun temel prensiplerinden biri olarak telâkki edilmektedir. Kaide halihazırda mer'iyette bulunan ceza kanunlarının hemen hepsinin başlangıcındaki umumî hükümler arasında vazih bir şekilde yer almakdadır; talebeler ceza hukuku ile ilk temaslarından itibaren bu kaideyi tekrar etmeyi itiyad edinmekte ve müellifler onun kitaplarının başlangıcında, mevkii münakaşaya konamıyacak, ve umumiyetle kabul edilen fikirlerle muhik gösterilebilecek, gayet bedihî an'anevî kaidelerden biri sıfatile arz etmektedirler. Bu sebebden pek yeni bir tarihe kadar mer'î mevzuatda, kanunsuz ceza olmaz kaidesinin mütalâa ve tetkikinin faideden ârî olduğu zehabına düşülebiliyordu. Maamafih bu mevzuata bir az daha yakından bakmakla XIX. uncu asır bidayetindenberi bu nokta hakkında fikirlerin inkişaf ettiği ve bilhassa bugünkü pratiğin, hattâ cezaî mesailde bile, hâkimin rolü hakkında Fransız inkilâbı kebir adamlarının veya Napolyon Kodları muharrirlerinin mülhem oldukları telâkkiden temamile farklı bir telâkki taşımakta olduğu müşahede olunabilirdi [1]. Nihayet, en son devirde de bizzat an'anevî prensip mevkii münakaşaya konulmuşdu. Bazı müellifler, hâkim için, kıyas yoliyle ceza kanununda sarahaten derpiş olunmıyan bir vâkıayı cezalandırmak hakkını açıkça iddia etmekte tereddüt etmediler. Hattâ bazı vazıı kanunlar daha ileri gittiler ve meslâ Sovyet hukukunun eski vecizeyi resmen attığı görüldü. Halbuki birçok noktalarda klâsik telâkkilere merbut kalan bir memleket ceza kanunu yani 1930 tarihli Danimarka kanunu cezaî kıyas usulünü kanunen müeyyidelendirmekte tered-

[1]. "La création judiciaire des infractions pénales en droit français et en droit anglais„ (Fransız ve İngiliz hukukunda suçların kaza yoluyla yaradılışı) hakkındaki tetkikimize bakınız; Bull. de Lasoc. de législation comparée, 1931,96 ve müteakip sah.

574

dût etmemektedir. Bundan başka daha yeni olarak Alman ceza kanunu, hâkime «ceza kanunlarının kıyas yoluyla tatbiki suretile hukuk yaratma» salâhiyetini tanıyan bir hükümle tâdil edilmişdir. Binaenaleyh, mesele yeniden ortaya konulmuş bulunuyor ve birçok münakaşa ve mübahaseler doğurmaktan geri kalmıyor; çünki mesele sadece ceza hukukunun temel kaidelerine değil, fakat başdanbaşa içtimaî teşkilât hakkında edinilen telâkkiye de temas ediyor.

Binaenaleyh, bugün ceza mevzuatı ve hukuk felsefesini alâkadar eden bu mesele hakkında açıkça fikir beyan etmek faydalı ve belki de zaruridir. Biz zaten kendi hesabımıza doktrin mübahese ve münakaşasında evvelce fikrimizi söyledik [1]. Fakat, bu mühim mesele yalnız teşrii bir veçhe arzetmekle kalmaz. Şayanı arzu ve bizzarure münakaşa mevzuu olan şeyin yanıbaşında vâkıayı da hesaba katmak lâzımdır. Biz, nev'ema münakaşa dosyasına muâsır mevzuatta meselenin bu gün arzettiği halin seri ve fakat mümkün olduğu kadar mükemmel ve bitarafane bir tahlilini ilâve etmek istiyoruz. Bunu yapmak için de evvelâ kanunsuz ceza olmaz kaidesinin müsbet mevzuat tarafından nasıl kabul edildiğini iyice anlamak icabettiğini zannediyoruz; bunu takiben de an'anevi prensibe sadık kalan hukukların bir asırdanberi kabul ettikleri kaideye muhalif hükümlerin, veya yeni mevzuatın ve inkilâpcı temayülün en yakın devrede bu kaideye doğrudan doğruya yapdığı tecavüzlerin tam ehemmiyet ve şümulünü takdir edebileceğiz.

I

Muâsır mevzuatta kanunsuz suç olmaz kaidesinin kabulü

«Kanunsuz ceza olmaz» kaidesi XVIII inci asır sonunda ceza hukukunun hâkim prensiplerinden biri halini aldı [2]. Tarihî bakımdan kaide Fransız inkilâbını tebarüz ettiren fikirler hareketinin hukukî neviden neticelerinden birini teşkil eder. Hususiyle Fransa'da kaide, eski rejim teamülünün doğurduğu keyfi muamele korkusundan mül-

[1]. "Kanunî bir hüküm şumulü dahiline sarahatan girmeyen bir fiili hâkimin muhakeme ve tecziye etmesi arzu edilmeğe değer bir şey midir?„ Beynelmilel 4 üncü ceza hukuku kongrasına takdim olunan rapor. Rev. int. de droit pénal, 1936, S. 240 (Bu kıymetli etüd B. Cevat Serim tarafından lisanımıza çevrilmiş ve Adliye Ceridesinde intişar etmişdir. Adliye C. 1938, sayı 2, S. 199)

[2]. Garraud, Traité de droit pénal,3 üncü tabı No. 73... ; Julliot de La Morandière,de la règle "nulla poena sine lege„, thèse, Paris, 1910, 20 inci ve müteakip sahifeler.

hem olmuşdu. Malûm olduğu veçhile hâkimler o zaman «Keyfî cezalar» sistemi mucibince hatırı sayılır salâhiyeti haiz bulunuyorlardı. Bilâkis Fransız inkilâbı hukuku beşer beyannamesini neşrediyor ve bu beyannamede şahsî hürriyet en kıymetli bir şey gibi görünüyordu. Hukukî bakımdan bu fikirler hareketi tabiatile başdan başa bütün mevzuatı kanunilik prensibi üzerine istinad ettirmeğe müncer oluyordu; şahsî hüriyet ancak kanunla takyid edilebilir ve kanunda ancak millî iradeden sudûr edebilirdi; bu takdirde hâkimin salâhiyeti ziyadesile tevsi edilmiş bulunuyordu. Bizzat kanunu medeni, 5 inci maddesinde hâkimi umumî nizamname yoluyle hüküm vermekden men etmekde kusur etmiyordu, fakat ceza hukuku alanında hâkimlerin salâhiyet hududlarının bizzarure daha dar olması icabediyordu.

Binaenaleyh, «Kanunsuz suç olmaz, kanunsuz ceza olmaz» şekilleri altında ceza hukukuna tatbik edilen kanunilik prensibi ferdî hürriyetin bir garantisini teşkil eder [1]. Ve aynı zamanda istisnaî bir mahiyet arzeden cezaî müeyyidenin ancak ihtiyat ve basiretle ve mümkün olduğu kadar dar bir tarzda tatbik olunabileceği fikrine istinad eder. İşte hukuku beşer beyannamesinin kuvvetle ifade ettiği fikir: «Kanunun ancak ciddî ve herhalde zarurî görülen cezaları tesis etmesi icab eder ve hiçbir kimse suçdan mukaddem tesis ve neşir ve ilân ve tatbik olunan kanundan başka bir hükme teb'an cezalandırılamaz» [2]. Bir çok birbirinden farklı noktainazarlardan bakılınca bu perensibden burada mücmilen hatırlatmakla iktifa edeceğimiz iyice malûm neticeler çıkar.

Teşriî bakımdan suçların ve cezaların kanunca sarahaten beyan edilmesi prensibi netice olarak ceza kanununa aynı zamanda karakteristik bir veçhe ehemmiyet izafe eder. Ceza kanunu an'anevi bir surette muhtelif suçların tadadına hasredilmiş biri, umumî diğeri hususî olmak üzere iki kısma ayrılır. Filhakika, bu hukuk hepsi de birer birer tasrih edilmiş ve bizzat kanun vazıı tarafından her hususî fiil için tesis ve tahdid edilmiş sarih bir müeyyideye tâbi mevsûm suçlar manzumesinden terekküp eder.

Bundan, bizzat ceza kanununun kaleme alınmasında, manidar neticeler doğar. Kanunu medenî umumî prensiplerin teyidi yolile hareket edebilir. [3] Bilâkis ceza kanununun muayyen bazı fiilleri tec-

[1]. Bizzat "Code Rocco (Relazione S. 17)„ nun mes'eleyi bu suretle göz önüne aldığını hatırlamak faydadan hâli değildir.

[2]. Beyannamenin 8 inci maddesi; 1791 Teşkilâtı Esasiye kanunu madde 8; 1793 Teşk. Esas. Madde 14; sene III. Teşk. Esas. Madde 14.

[3]. Bu suretle hemen hemen bütün muğlâk medeni suçlar mes'elesi ceza kanununun 1382 inci maddesinin umumî mahiyetdeki formülünden tevellüd eder: "Ahere bir zarar irâs eden her fiil, kendi hatasıyle zararı husule getiren kimseyi tazminata mecbur eder.

576

rid etmesi, bu fiilleri sarahatle göz önüne alması ve bütün ihtimallerini derpiş etmesi iktiza eder. Hâdiseler ve atfı beyanlarla dolu muğlâk maddeler bundan neş'et eder ve hiç şüphe yok ki Fransız ceza kanununun 405 maddesi daha tipik bir misal teşkil eder: «Her kim gerek sahte isim veya ünvan istimali suretile gerek sahte teşebbüsler ve muhtemel bir salâhiyet ve kredinin mevcudiyeti hakkında kanaat hasıl etmek veya bir muvaffakiyet veya bir kazadan veya mevhum diğer herhangi bir hâdiseden ümid veya korku tevlid etmek suretile başkasının para, emlâk veya tahvilât ve senedatını, makbuz, vaid veya ibrayı mutazammın vesaiki hile ve desais imalile kendisine ita ve teslim ettirir ve bu vasıtalardan birine müracaatla başkasının bütün servetini dolandırır veya dolandırdığı teşebbüs ederse . . . . . "

Ceza kanunu hemen hemen bütün dünya mevzuatında bu tarz ifade ve kayıtlar taşır. Bu ise, kari için,gözü önünde bulunan ceza kanununun esaslı prensip olarak suçların ve cezaların kanuniliği prensibini kabul ettiğine açık bir delil teşkil eder. Filvaki, göstermeğe fırsat bulacağımız veçhile bu vasıf, bazı memleketler vazıı kanununun oldukça mühim yeni suçlar ihdas etmeğe teşebbüs ettiği hallere varıncaya kadar yaşamakda devam etmekdedir; bununla beraber hatta o zaman da vazıı kanun, daha fazla sarahat ve imkân dahilinde tafsilâtla yatışdırmağı kasdettiği suçun karakterini tavsif etmek suretile ceza kanununa has teşrii an'aneye sadık kalmağa çalışmışdır [1]. Nihayet, daha fazla ısrar etmeden kaydedelim ki, ceza kanunu kanunilik prensibi muktezasınca hiç bir zaman mâkable şâmil bir kanun olamaz bu gerek vazıı kanun ve gerek ceza kanununu tefsir edenlerce kabul ve teslim edilmesi icap eden bir kaidedir.

Bir de tefsir bakımından «kanunsuz ceza yokdur» kaidesi âlemce kabul edilmiş neticeleri tazammun eder. Birinci netice hâkime ceza kanununun hükümlerini teşmil etmek hakkını ve bilhassa ceza kanununu şu mutad ve kazaî tefsir yolu olan kıyas tarikile tamamlamak hakkını vermekden ibarettir. Hukukî mesailde hâkim için alelekser bir vazife teşkil eden kanunun kıyas yoluyle tefsiri, bunun aksine olarak ceza hâkimi için prensip itibarile men edilmiş bulunmaktadır. Diğer tarafdan, hâkimin salâhiyeti metinle emredilen cezanın tayininde de tahdid edilmişdir ve hattâ malûmdur ki 1791 ceza kanunu, prensibi en son mantıkî neticelerine kadar götürerek

[1]. Meselâ "umumî bir tehlike ihdası„ cürmü hakkında yeni İtalyan Ceza kanununun çok müdekkikane ahkâmına bakınız: 422 inci ve müteakip Mad.; kezalik 1932 Polonya kanununun 215 ve müteakip maddelerine bakınız; İtalyan Ceza kanununun 570 inci maddesinde ailevî yardım vecaibinin ihlâli suçuna bakınız.

muayyen cezalar sistemi tesis etmişdi; hatta bu sistem hâkime, kanunî bir azamî hâd ile asgarî hâd arasında hareket etmek salâhiyetini bile tanımıyordu.

Nihayet «kanunsuz suç ve ceza yokdur» prensibi içtimaî nizama taallûk eder denilebilecek neticelere müncer olur. Bunları hülâsaten göstermek kifayet eder; çünki bu netaic ortaya içtimaî, siyasî esasa taallûk eder bir mesele atar, halbuki biz burada kat'iyen bu mesele hakkında söz söylemek fikrinde değiliz. Filhakika halihazır mevzuatın ceza kanunu hakkında edindiği fikir ve kanaat hukuk ve ahlâk ayrılığına istinad eder: Haddızatında tayip ve takbihe lâyık her fiil muhakkak bir cürüm teşkil etmez ve hatta bu fiil - kelimenin teknik manasına - ancak vazıı kanunun bu fiili sarahaten müeyyideledirmek suretile cürüm olarak tavsif ettiği gün bir suç teşkil eder. Bu, bazı hallerde, mer'iyette bulunan caza kanunu ile bu kanunun tatbik olunduğu cemiyetin ihtiyaçları, fikirleri ve ahlâk ve âdabı arasında bir düzensizlik doğurabilir. Kanunun bazı suçları cezasız bırakması veyahut bunun aksine pek şedid görünen bir müeyyide koyması vâki olabilir. Burada örf ve âdet, mevcut hukuku tâdil veya tashih edemezdi. Kanun vazıına rücu daima zaruridir ve binnetice bazı hallerde nev'ema, vakit ve hale göre tanzim olunmuş muvakkat nizam teşkil eden, ve sadece âni bir ihtiyacı karşılamağa mâtuf bulunan ceza kanunlarının ortaya çıkdığına şahit olmak nadirülvuku hallerden değildir. Bildiğimze göre, ceza hukukunun camia ihtiyaçlarına uydurulması meselesini, hemen hemen yalınız 1870 tarihli İspanyol ceza kanunu oldukça şayanı dikkat bir tarzda hal etmeğe teşebbüs etmişdi. Filvaki, bu kanunun ikinci maddesi, bir mahkeme tecziyeye lâyık görmekle beraber kanun tarafından cezalandırılmayan fiillere muttali olduğu takdirde her türlü usûl ve merasimden imtina etmesi ve fakat aynı zamanda hangi sebeplerden dolayı bu fiillerin cezalandırılmağa değer fiillerden olduğunu hükümete izah etmesi icabettiğini derpiş etmektedir; kezalik hâkim mer'î bulunan kanunî ahkâmın lüzumundan fazla şedid cezayı istilzam ettiğine kani bulunduğu takdirde de hükûmeti keyfiyetten haberdar eder.

Bu muhtelif neticelere, «kanunsuz ceza olmaz» kaidesini kabul eden bütün mevzuatta tesadüf edilir. Hatta bunların mevcudiyeti; sarih bir kayıt mevcut olmadığı hallerde, her hangi bir mevzuatın «kanunsuz suç ve ceza yokdur» prensibine uymağı kasdettiğine hükmetmeğe mesağ verir. Bundan başka, hepsi olmasa bile, mer'iyette bulunan kanunî müdevvenatın büyük bir kısmı, sarih bir ifade ile kaideye yapılan bir atfı ihtiva eder ve bu da umumiyetle bu müdevvenatın ilk maddelerinde mündemiç bulunur. Meselâ Fransız ceza

578

kanununun 4 üncü maddesi, Alman ceza kanununun 2 inci maddesi, Belçika ceza kanununun 2 inci maddesi, Yugoslavya ceza kanununun 3 üncü maddesi, Türk, İtalyan, Portekiz, Polonya, Brezilya, Şili, Kolombia, Uraguay, Çin ceza kanunlarının birinci maddeleri ve Teşkilâtı esasiyeye müteallik garantiler mahkemesini tanzim eden 14-Haziran-1933 tarihli İspanyol kanununun 99 uncu maddesini zikretmek kifayet eder. Kezalik, cezaî, suçu tarif etmek zahmetini ihtiyar eden müdevvenat ekseriyetle ceza hukuku bakımından suçları sade ahlâkî alana tâbi *mala in se* ye muhalif olarak *mala prohiba* ya irca eden telâkkiyi kabul etmek suretile cezayı müstelzim suçu «cezaî müeyyide tehdidi altında men edilen her fiil» diye tarif etmekle iktifa etmişlerdir [1]. Ecnebî memleketler müdevvenatı tetkik edilince kolaylıkla «kanunsuz ceza olmaz» kaidesinin âlemşümul bir prensip olduğu neticesine varılır. Tek bir grup bu prensibe istisna teşkil eder bir mahiyet arzeder, bu da Anglo — Sakson mevzuatı grubudur ve bu gün suçların kanuniliği prensibini münakaşa edenler İngiltereyi misal olarak ileri sürmekte kusur etmezler, bunlara göre İngiltere bu prensibi hiçbir zaman kabul etmemişdir. [2].

Şüphesiz, İngiliz ceza kanunu tedvin edilmiş bir kanun değildir ve hiçbir İngiliz yazılı kanun metni «kanunsuz ceza yokdur» kaidesini resmen tanıyan bir fıkrayı ihtiva etmez [3]. Bununla beraber kanaatımıza göre, böyle yazı ile kabulün ademi mevcudiyetinden İn-

[1]. Meselâ, İspanyol Ceza Kanunu Madde 1; Macaristan Kanunu Madde 1: "Cürüm ve kabahat kanunca böyle sayılan fiildir.„ Bazı müellifler cürmü bu şekilde telâkkinin kifayetsizliğini tebarüz ettirdiler: P. Cartos Salvagno der ki, hastalıklar ilâçlarile değil, fakat ilk tezahürlerile doğarlar. Maamafih bu, kanaatımıza göre, sosyolojik bakımı teşrii noktai nazarla karışdırmak demekdir.

[2]. Maselâ Mannhardt, Juristische Wohenschrift, 1933, sahife 2636; fakat bu fikri herhangi bir şekilde münakaşa endişesinden uzak bulunanlara da tesadüf edilir. Bu suretle Beynelmilel Ceza Cemiyeti, bir kanun hükmünün şumulüne sarahaten girmeyen bir fiili hâkimin muhakeme etmesi ve cezalandırılması temenni edilir mi meselesini 1936 kongresinde kendi ruznamesine koymak suretile an'anevî kaideyi hatırlattığı sırada "bazı mevzuatın ve bunlardan Anglo — Sakson hukukunun„ bunu kabul etmediğini göstermektedir.

Pr. Lévy — Ulmann İngiliz Ceza Hukukunda, meselâ "kanunsuz ceza olmaz„kaidesini tanımamaktan ve örf ve âdet ile hal ve tanzim edilmiş ve hâkim tarafından tahdit edilmiş suçlar kabul etmekden ibaret inanılmıyacak iz ve hatıralar ortaya dökmektedir. İngiliz mevzuatında prensibin herhangi bir şekilde sarahaten kabul edilmemesi ve aynı zamanda İngiltereye ait işler hakkında en fazla malûmat sahibi hukuk âlimlerinde rastlanan bu mülâhaza ve mütalâalar derin tetkikata girişmeyen okuyucuyu hataya düşürebilir.

[3]. Bununla beraber 1878 de resmen bir ceza projesi kaleme alınmışdı: Projenin 5 inci maddesi "kanunsuz ceza olmaz„ kaidesinin sarahaten kabulünü tazammun ediyordu.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

giltere'nin «kanunsuz suç ve ceza yokdur" prensibini bilmediği neticesini çıkarmak büyük bir hata teşkil eder. Elle dokunulabilir ve kolaylıkla kabili teşhis neticelerle belli olduğunu söylediğimiz bu prensip şundan ibarettir: Prensibin kabul edildiği memlekette hâkim şayanı tecziye addetiği bir fiili, kelimenin teknik manâsına bu fiilden bir suç teşkil eden mevzu bir hukuk kaidesi mevcut olmadıkça cezalandırmak salâhiyetini haiz değildir. Halbuki, kolaylıkla görülürki, bu şekil altında ve kendisine has neticelerile prensip İngilterede pek alâ kabul edilmişdir.

Tarihi bakımdan başlıca suçları biribiri ardınca tarif etmek ve meydana çıkarmak suretile ceza hukukunu yaratanlar İngiliz hâkimleri olmuşdur[1]. Filvaki bu hukuk teamülî hukukun (Common Law) yani mahke mekararlarile asırların seyri esnasında vücuda getirilip kazaî emsale tanınan mecburilik kuvvetine müstenid hukukî kaideler manzumesinin bir cüz'ünü teşkil eder. Binaenaleyh, suçları tayin etmek hakkı yalnız hâkime ait bulunduğuna göre, İngiltere'nin uzun zamanlar «kanunsuz ceza yokdur» kaidesini bilmediğini kabul etmek yerinde bir şey olur. Fakat XVIII inci asırdanberi herşey değişmiş ve İngiltere'de hukuk ve hususile ceza hukukunda bir nevi istikrar husule gelmiş bulunuyor. Şüphesiz, Common Law mûtad yumuşaklık ve gayri melhuz ihtiyaçlara tevafuk hassalarını muhafaza etmişdir. Hukukî mesailde İngiliz hâkimi prensipleri yeni ihtiyaçlara tatbik etmeğe muvaffak olmuşdur; fakat XVIII inci asır nihayetindenberi, bilfarz *Blackstone*'un klâsik şerhlerinde tesadüf edildiği gibi, İngiliz ceza kanunu hiçbir yeni bahis ilâvesi yolunda tekâmül göstermemişdir. Yanılmıyorsak, evvelce meçhul olupda İngiliz mahkemeleri tarafından XIX uncu asır zarfında suç olarak ibda veya kabul edilen her hangi bir suç gösterilemez. Bu, öyle bir hakikat ifade eder ki, umumiyetle XIX uncu asır bidayetindenberi İngiltere'de kazaî yolla suç icadına yegâne misal olarak zikredilen ve ücretler mikdarını arttırmağa mütemayil amele birliklerini cezalandırmakdan ibaret olan şey hakikatte çok eski bir suça yani «Conspiracy» (birçok kimseler arasında haksız bir fiil ikaına mâtuf anlaşma) suçuna istinad ediyordu; ve bu suç birçok asırlar evvel kabul ve tarif edilmişdi.

Esasen, kolaylıkla anlaşılabilir ki, «kanunsuz suç ve ceza olmaz» prensibinin mûtad ve karakteristik neticeleri İngiliz mevzuatında mevcut bulunmaktadır. Vukuları ânına kadar suç teşkil etmeyen fiilleri tecziye etmeğe mâtuf hüküm ve nizamlar (Statutes) mikdarı, İngilterede, başka memleketlerde olduğundan daha fazladır ve İngiliz

[1] Esasen bu hemen hemen her yerde ve bilhassa Fransada da böyle olmuşdu. Garraud, Traitè de droit Pénal, 3 üncü tabı cilt. I,67 ve müteakip No. lar.

580

vazıı kanunu esasen cezalandırılan fiillerin komşusu olmakla beraber hâkimin kendinde bunlara cezaî müeyyideyi tatbik etmek hakkını görmediği muayyen küçük hadiselerden mürekkep bir seriyi cezalandırmak için müdahale ettiği görülür [1] . İngilterede dahi ceza kanununun dar manada tefsiri yolunda bir kaidenin mevcut olduğu ve hatta yazılı kanun hükümlerini teşmil etmenin daha makul birşey olacağını tahmin ettikleri takdirde, veya metin bariz bir şekilde natamam abes ve manâsız bulunduğu halde de, hâkimlerin yazılı kanunlar ahkâmı ile kaideten bağlı olduklarını söylemek kâfidir. İngiliz ceza kanununun yazılış şekline gelince, bu kanun hiç olmazsa herhangi diğer bir kanun kadar suçların ihdası hususunda yalnız *lex scripta*'nın nüfuz ve tesirine tâbi bulunan memleketlere has kazüist inceleme vasfını izhar eder. [2].

Binanaeleyh «kanunsuz ceza yokdur» kaidesi İngilterede mektup hukukun bir prensibi sıfatiyle değil ve fakat bir örf ve âdet kaidesi gibi tanınmış ve mevzu hukuk tarafından kabul edilmişdir. Prensibin bu zımnî şekilde kabulünün İngilterede hukukun teşekkülü tekniğindeki batî bir tekâmül neticesi husule geldiği gösterilebilir [3].

Şunu da ilâve etmek icabeder ki bilûmum diğer memleketlerde olduğu gibi, bu tekâmül XVI ıncı asırdan itibaren İngiliz hukukunun teşekkülünde mühim bir rol oynayan hukuku tabiiye fikri ve gittikçe kuvvet peyda eden şahsî hürriyeti himaye endişesi ile mevzuumuzda kolaylıkla husule gelmişdi [4]. Esasen İngiliz müellifler kendi âmme hukuklarının, hukuku beşerin mevcudiyetini umumî bir çerçeve içinde ilân etmeyi lüzumlu görmediğini ve fakat her şeyden önce hukuku beşere riayeti fiilî müesseseler vasıtasiyle temin etmekle meşgul olduğunu hatırlatmakdan zevk duyarlar [5]. Böyle olmakla beraber

[1]. Misal olarak, teamülî hukuk hâkimleri hakikaten geniş ve yaradıcı bir tefsir salâhiyetini haiz bulunmuş olsalar da, metinde yazılı olmasa bile cezalandırılacağında şüphe olmıyan fiilleri cezalandıran ROAD TRAFİC ACT. 1930' un çok ince hükümlerine bakınız. Otomobil kazalarında bir kazaya sebebiyet verdikden sonra durmamak; sahibinin müsaadesi olmadan bir arabayı almak ve yörütmek gibi.

[2]. Misal olmak üzere COMPANİES ACT yani 1929 tarihli şirketlere dair kanunun cezaî hükümlerine bakınız.

[3]. Bu nokta hakkında ve daha fazla tafsilât için İngiliz ve Fransız hukukunda suçların yaradılışı hakkındaki etüdümüze bakınız. La création judiciaire des infractions en droit anglais et en droit français. (BULL. De la soc. Lég. Comparée 1931 S. 104...)

[4]. Kaynağı "Grande Charte„ a dayanan ve mücerret bir ceza hukuku kaidesinden daha ziyade ferdi himaye eden bir ceza muhakemeli usulü ihzarı şeklinde tecellî eden bu hareket hakkında Rodney L. Mott'un "Due process of Law„ kısım II,S.30-86 ya bakınız.

[5]. Dicey, Law of the constitution (Teşkilâtı esasiye Kanunu) 8 inci tab 181 ve müteakip sahifeler.

suçların ve cezaların kanunda sarahaten yazılı olması prensibi yazılı bir şekilde beyan edilmemişdi. Yalnız prensibin tesirini temin maksadiyle kanun tarafından çok müessir iki müeyyide tesis edilmişdi: Evvelâ gayri kanunî takibat dolayısiyle mağdura verilen dava hakkı; saniyen tevkif edilen her ferde bir hâkim müvacehesinde derhal ifadei halde bulunmağa müsaade eden meşhur *writ of habeos corpus* [1]. Suç ve cezalar «keyfî» olsalar ve istidlâl tarikiyle hâkim tarafından tesis edilebilselerdi, bu iki teminat hiçbir kıymet ifade edermiydi? İngiliz ceza usulü bilâ tereddüt suç ve cezaların kanuniliği prensibinin kabulünü kendi esasında mevcut addeder.

Binaenaleyh zahire kapılmamak ve bilâ teemmül İngilterede ceza hukukunun Common Law'a dahil mevaddan bulunması dolayısiyle bu hukukun hâkimin tam salâhiyetine terkedildiği neticesine varmamak icap eder. Bizatihî Common Law ve hassaten ceza hukuku hemen hemen Fransız ceza kukuku kadar sarih bir kanunilik mefhumuna müncer olurlar. İlk bakışda şimdi söylediğimize karşılık gösterilmeğe tasaddî olunabilecek en son bir hâdise bize bunu daha iyi gösterecek. Polise sırf hayalî bir hırsızlığa müteallik ihbaratta bulunan bir kadın ceza bakımından bütün camiaya zarar irâsına mütemayil bir fiilden suçlu olarak mahkûm oldu. Hiç bir kimse, polis memurlarını cemiyetin umumî himayesinden inhiraf ettirmek suretiyle, faidesiz olduğu malûm bir izi takiple işgal etmek vâkıasının bir mazarratı âmme teşkil edebileceğinde şüphe etmedi. Yalnız bu fiilin aynı zamanda ve dolayısiyle bir cürüm (misdemeanour) teşkil edüp etmediğini bilmek mevzuubahs oluyordu. Hâkimler bu nokta hakkında teemmülde bulundular. Fakat bunların ittihaz ettiği kararlar İngiliz hukukşinasları arasında pek kvvvetli bir heyecan uyandırdı [2]. Bu ise Common Law hâkimlerinin resen cezaî müeyyidelerin tatbikini teşmil etmek salâyiyetini haiz olmadıklarını göstermeğe kifayet ederdi — çünkü kat'iyet kesbeden hükülmere karşı doktrin bakımından protestolar istisnaidir—hatta bu hususda hukuk tekâmülünün Fransada olduğu gibi İngilterede dahi icraî ve kazaî kuvvet tarafından yeni bir suç ihdasına mani olduğunu söylemekden bile geri kalınmadı [3]. Binaenaleyh R. V. Manley kararı Fransada husule getirebileceği ay-

[1]. W. T. S. STALLYBRASS, Journal of Comparative législation, 1930, S. 217 (A comparaison of the general principles of the criminal law of England with the progetto of Alfredo Rocco);

Kezalik, perris, scuola positiva, 1931, S. 13-14 e müracaat.

[2]. Law Quartely Review, 1933,S. 189-191 de W. T. S. Stallybrass'ın pek müciz tenkidine bakınız.

[3]. Bu mealde, gayet vazıh bir surette Law Quarterly Review, 1933 Sahife 153 de bir etüd çıkmışdır.

582

nı tenkitleri tevlid etti. Zaten bunun ehemmiyetini izâm etmemek muvafık düşer, çünkü mahkeme kararı hâkim için hiç bir umumî hukuk kaidesi ifade etmez ve «serbest ilmî araştırma» ile iştigal edecek yerde, bilâkis belki de haddizatında kötü tefsir edilmiş ve fakat Common Law'ın kanuniliğini teşkil eden bütün bir emsal serisi arkasında melce arar [1]. Mesele hülâsa edilecek olursa ortada muayyen pratik bir gaye için ittihaz edilen hususî bir karardan başka birşey mevcut olmadığı görülür. Hattâ Feransada icabında, mahkemelere meselâ «memurlara hakaret» gibi mevhum şikâyetler vâki olmamışmıydı? Bununla beraber bu kabil fiiller ancak ızdırarî bir cezayı temin gayesini istihdaf eden kıyas ve teşmil yoluyle tefsir sayesinde Feransız kanunu medenisinin 222 inci ve müteakip maddelerinin şümulü dahiline girerler. R.V.Manley de İngiliz hâkimi bambaşka bir teknik usûl kullanmışdır. Fakat mesele daha ileri gitmemekde ve sadece „kanunsuz ceza olmaz»kaidesine bağlı kalan memleketlerde bu kaideye mahkeme kararlarının serdettiği mahdut istisnalar meyanında yer almaktadır.

Binaenaleyh İngiltere ve Fransa görünüşe rağmen her nekadar birbirinden farklı da olsa bu kaideye kuvvetle merbutturlar. Amerika birleşik devletleri, hukukuna gelince esasında İngiliz teamül hukuku bulunmasına rağmen bu hukuk da alelekser ve sarih bir tarzda «kanunsuz ceza yokdur» prensibini kabul etmişdir. Hülâsaten söyleyebiliriz ki, şu son senelere kadar medenî dünya mevzuatında «kanunsuz suç ve ceza olmaz» prensibi umumiyetle kabul edilmiş bulunuyordu. Şimdi haizi ehemmiyet olan nokta ne dereceye kadar bu prensip hilâfına hareket edildiğini anlamak meselesidir.

II

Müsbet hukukda «Kanunsuz ceza olmaz» kaidesine yapılan Muhalefet ve tecavüzler

«*Nulla poena sine lege*» kaidesinin XIX uncu asır bidayeti hukukunda fevkalâde sağlam ve kuvvetli bir prensip şeklini arzettğini söylemişdik. Bilhassa geçen asrın sonlarında fikirler hareketi bizzarure prensipde tâdilât husule getirmiş ve kaidenin ilk zamanlardaki şümulünü zaifletecek birçok unsurlar işe karışmışdı .

Evvelâ eski rejim mahkemelerine tanınan geniş salâhiyetler Parlâmentoların salâhiyetlerini tecavüzleri, engizisyon usulünün ifratları

[1]. Bu hususda Stallybrass'ın yukarda ismi geçen eseri.

hatırası yavaş yavaş silinmiş ve hâkimin indî ve keyfî hareketi korkusu vazıı kanun için vaktiyle olduğu kadar kuvvetli bir ilham menbaı olmakdan çıkmışdı.

Diğer tarafdan, malûm olduğu veçhile, kriminalist doktrinde çok mühim bir değişiklik husule geldi. Klâsik manevî mes'uliyet nazariyesi cerh edilmiş ve münakaşa mevzuu olmuşdu. Her cürüm için tek ve değişmez bir ceza tayin etmenin iyi bir metod olmadığı söylendi. Cezayı her hususî fiile intibak ettirecek şekilde derecelere ayırmağa teşebbüs edildi ve XIX uncu asır cezaî mevzuat hareketlerinden biri bilhassa hâkime cezaî müeyyideyi şahsî takdirine göre tayin etmeğe müsaade etmekden ibarettir. Meselâ esbabı muhaffefe veya cezanın te'cili gibi müesseseler başka bir gaye takip etmiyorlardı. Hatta daha umumî bir şekilde, cezanın şahsileştirilmesi lehindeki her hareket kanunsuz ceza olmaz kaidesinin ibtidaî resanetini gidermeğe mütemayil bulunuyordu; malûmdur ki, bu kaide, bazı hallerde, muhakkak inkilâp vazıı kanunlarının gözlerine gayri muhik görünen muayyen hüküm sistemine müncer oldu [1].

Bu harekete ilâveten ortaya İtalyan pozitivist mektebinin fikirleri çıkmışdır. Bu mektebin tesiri sadece cezanın tatbikinde değil ve fakat bizzat cinayet va'kaları kriteryomu üzerinde de hissedilmişdir. Yalnız «bizatihi ele alınan bir cürmün» mevcudiyeti değil ve fakat hakikî manâsiyle mücrimlerin mevcudiyeti de münakaşa mevzuu oldu. Bu nazariyede bir suç faili yani anormal ferdin zecrî müeyyidelerden daha ziyade koruyucu tedbirler veyahut - mesele Devlet veya korunması mevzuubahs camia bakımından göz önüne alınırsa - suçların tekerrürünü men etmeğe mâtuf tedbirlere mevzu teşkil etmesi icap eder; bu halde ceza kanununun gayesi artık bir ceza çektirmekden ziyade içtimaî müdafaayı temin etmekden ibarettir.

Halbuki bu sosyal müdafaa yalnız mer'iyette bulunan ceza hukuku vasıtalariyle her zaman kabili tahakkuk görülmüyordu. Nihayet, cemiyeti himaye etmek mevzuubahs olduğu takdirde hâkimin müessir ve nafi bir tarzda hareket etmek için serbestçe hareket edebilmesi lüzumu ileri sürüldü. Bu suretle bazı hallerde, sosyal müdafaa, herşeyden önce temin edilmesi icabeden ve bazılarının onun için ferdin menfaatlarını feda etmeğe hazır oldukları muayyen bir içtimaî nizamın müdafaası ile karışmakla nihayet buldu.

Binaenaleyh bu, ancak hülâsaten hatırlatabildiğimiz birkaç mütenevvî mefhum başlangıçda tasavvur olunduğu gibi kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibinin bir dereceye kadar zaafa uğramasını intaç

[1]. Julliot De La Morandière'in evvelce zikredilen tezi 13 üncü ve müteakip sahifeler; Garçon, Norveç Ceza Kanununun Fransızca tercümesi mukaddimesi (1903).

584

etti. Bu prensip, kabul edildiği bütün memleketler mevzuatında umumiyetle bazı zımnî aykırılıklara ve muhalefetlere mâruz kaldı; fakat bundan başka daha pek yakın bir tarihde bazı yeni mevzuat tarafından doğrudan doğruya tecavüzlere mâruz kaldı. Binaenaleyh, aynı zamanda, hem kanunîlik prensbine yapılan tecavüzleri ve hem de bu prensibin istisnalarını tetkik etmek icabeder.

I

«Kanunsuz ceza olmaz„ Kaidesini Kabul eden mevzuatta bu kaideye karşı dermeyan edilen istisnalar

Bu istisnalar ya kazaî tatbikat sahasında veyahut teşriî teknikde baş göstermiştir.

Kazaî tatbikatta ceza kanununu harfi harfine yeknesak bir şekilde tefsir etmek imkânsızlığı derhal göze çarpmışdır. Hattâ bazı hallerde, kanunu tefsir etmek, muhakkak, natamam olduğu takdirde, onu ikmal etmek veyahut kanun vazıı kâfi derecede sarahatle yapmadığı takdirde hududlarını çizmek demekdir. Meselâ Fransada mahkemeler tabiatiyle ceza kanununun her maddesi hakkında hususî bir tefsirde bulunmak mecburiyetinde idiler ve bu hususî tefsir müsbet hukukla yekvücud bir hal alıyor, onun bir cüzünü teşkil ediyor ve kanunu yazılı metninden ayırmak imkânsızlığı baş gösteriyordu [1].

Esasen, bu suretle, hâkimler yalnız kanunun manayı hakikisini izah etmek veya hududlarını tesbit etmekle mükellef olmayıp, aynı zamanda, bazan kanunun tatbikını vazıı kanunun derpiş edemediği fiillere de teşmil etmeğe mecbur kaldılar. Hususiyle hırsızlığın kanunî tarifine pek sığmayan elektirik hırsızlığı cezalandırıldığı zaman vaziyet bu mahiyeti arzediyordu. Çünkü kanunî tarifde başkasına ait malın hileli surette alınması göz önünde maddî korku fikrini tecessüm ettirir [2]. Kezalik dar manâda derpiş olunan emniyeti süiistimal mefhumuna girmeyen bazı hâdiseleri cezalandırmak için geniş manâda vekâlet mefhumu kullanıldığı takdirde de keyfiyet böyledir. Nihayet, ve daima zarurî bir te'dibin icablarına cevab vermek için

[1] . Bu suretle ceza kanununun kolaylıkla yeni hukuk telâkkilerine uyabilmesine müsait, istenilen şekle sokulabilme hususunda büyük kabiliyet iktisap ettiği söylendi. (J. A. Roux , Cours de droit criminal français, 2 inci tabı, 29 uncu ve müteakip sahifeler.)

[2]. Mahkemei Temyiz kararı 24 - Tem. - 1908, Sirey 1909 No. 1, S. 121.

„ „ „ 3 - Ağustos - 1908, Sirey 1913 No. 1, S. 387. Gégout, L'interprétation littérale des lois pénales (Revue critique de législ. Et de jurispr. 1934, S. 142 ilâh . . .

mahkemeler içtihadı bazı hallerde kat'iyen bu kadar mühim neticelere varmağı kasdetmeyen dar bir metin esası üzerine mühim inşaat tesis etmekte tereddüt göstermemiştir. Meselâ bir asırlık Fransız mahkeme kararları, sırların ifşasını cezalandıran 378 inci madde esası üzerine son derecede ince bir meslek sırrı nazariyesini bu suretle tesis etmişdir; ve yine bu suretledir ki 309 uncu ve müteakip maddelere istinaden ferdin maddî ve hattâ bazı hallerde manevî tamamiyetine son derecede müessir bir himaye teşkil eden şiddet (voies de fait) doktrinini inşa etmişdir.

Ceza hukuku Fransız mahkeme kararları tarafından tatbik olunduğu gibi göz önüne alındığı zaman, suçsuz ceza olmaz kaidesinin kat'iyen kanunu tefsir edenin mutlak bir mütavaatı şeklinde tezahür etmediği yolunda bir fikir beyan etmek mecburiyeti hasıl olur. Tâbir caizse bu tarzı tefsir bazan okadar ileri varmışdır ki doktrin, bazı hallerde ve içtimaî bakımdan, içtihadı mahakim inşaatının doğruluğunu kabul etmekle beraber, bazan da cezaî neviden metinlerin dar manâda tatbiki prensibi namına bunu protesto etmekden geri kalmamışdır.

Bundan maada, devletlerin kısmı âzamında bu mahakim içtihadının inkişafı ancak bizzat yazılı kanun tarafından umumiyetle kabul edilen metodla mümkün kılınmışdı. XIX uncu asır teşriî ıslahatının neticede ceza hâkimine cezanın tayininde gitgide daha şümullü bir takdir hakkı verdiğini evvelce hatırlatmak fırsatını bulmuşduk [1]. Fakat, çok defa, suçun unsurlarını tayin hususunda da vaziyet buna benzer bir şekil arzediyordu. Evvelâ ve mücerret cezanın tatbikine pek yakın bir bakımdan, modern müsbet hukukun tedricen asıl ceza sistemi yanı başında bir emniyet tedbirleri sistemi kabul ettiği malûmdur. Son zamanlarda tanzim edilen Fransız ceza kanunu projesi, bunlara kanunda bir yer ayırmağa mütemayil bulunmaktadır. Halbuki emniyet tedbirinin kendi hususî tabiatı dolayısile keyfî muamele sahasına dahil bulunduğu söylenebilir. Madrid üniversitesi ceza hukuku profesörü Quintiliano Saldana iki müesseseyi mukayese ederek [2] ceza tatbik edilmek için bir «cezaî vesika» yani kanuna uygun bir kazaî hükmün mevcudiyetini tazammun ettiğini, halbuki emniyet tedbiri her nekadar kendisini tesis eden bir kanunun mevcudiyetini tazammun etse de, yine bazan alelâde bir «idarî vesika» mucibince tahmil olunabildiğini kaydetmişdir. «Suçsuz ceza yokdur» kaidesine açıkça sadık kalan 1931 tarihli İtalyan ceza kanunu, gayet

[1]. 1931 İtalyan Ceza Kanunu, Cezanın tayin ve şahsileşdirilmesinde hâkime geniş bir takdir hakkı verdi. Bu husus için kanunun 132 inci ve müteakip sahifelerine bakınız.

[2]. Peines et mesures de sûreté (Cezalar ve emniyet tedbirleri) Revu eint. de rdoit pénal, 1927,7 inci ve müteakip sahifeler.

586

mantıkî bir surette gayri muayyen ceza ile ceza kanununun makabline şâmil olması keyfiyetini bertaraf etmişdir. Fakat İtalyan ceza kanunu birinci kitabın yedinci faslında emniyet tedbirleri rejimini tanzim ederken bu tedbirlerin prensip itibarile gayri muayyen olacaklarını ve tatbikleri gününde mer'î kanuna tâbi bulunacaklarını kararlaştırdı. Bundan başka, bu tedbirlerin içtimaî bakımdan muzur eşhasa tatbik edilmeleri icabeder; halbuki içtimaî mazarrat (periculosita sociale) umumiyetle birinci defa vâki bir suçla tezahür ederse de (madde 202. Fıkra 1), bazı hallerde, ceza kanununun cezalandırmadığı bir hâdise şeklinde de tezahür edebilir (madde 202, Fıkra. 2). Bu suretle emniyet tedbiri «kanun tarafından suç olarak derpiş edilen yeni va'kalar ika etmesi muhtemel olduğu takdirde, hattâ gayri kabili itham ve tecziye» her ferde tatbik olunabilir (madde 203). Polonya ceza kanunu gayri mes'ul addedilen bir suç failinin serbest bırakılması hukukî bakımdan bir tehlike arzettiği takdirde hattâ hacır müddeti evvelden tayin edilmese bile, hacr altına alınabileceği hükmünü taşımaktadır (madde 79 ve 81) [1]. Bu takdirde an'anevî «kanunsuz suç olmaz» kaidesile açıkdan açığa alâkalarını kesmek isteyen mevzuatın, ceza yerine hâkimin her hususî meseleye mutlak bir salâhiyeti tamme ile emniyet tebirlerini ikame etmeleri kolaylıkla anlaşılır [2].

Şüphesiz, burada, hiç olmazsa nazarî bakımdan, asıl ceza alanından farklı olan hususî bir saha mevzuubahsdir [3]. Fakat, tecrim mevzuu üzerinde, muâsır vazıı kanun, birçok hallerde, «kanunsuz suç olmaz» kaidesine harfi harfine riayetin kendisine yüklettiği metoddan rücu etmişdir.

Bu prensip her yeni tecrim için alelekser bir isim verilen ve bütün esaslı rükünleri tayin edilen hususi bir cürmün ihdasına yol açar. Halbuki, birçok hallerde, vazıı kanun yeni bir kaide ittihaz ederken bu kaideyi ihlâl edecek herhangi bir kimsenin ceza kanununun veya hatta hususî bir kanunun filân ve filân maddesinde derpiş olunan cezalarla cezalandırılacağını kararlaştırmakla iktifa eder. Tatbikatda bu şekle sık sık tesadüf olunur; o suretle ki muâsır kanun va-

[1]. 4-Ağustos-1933 tarihli Serseriler ve Şerirler hakkındaki İspanyol kanunu.

[2]. Sovyet Ceza Kanunu Madde 45.

[3]. Emniyet tedbirlerine ait hususatta "kanunsuz ceza olmaz„ prensibine muhalefetleri muhik göstermek için Alfredo Rocco, emniyet tedbirleri mevzuu bahis olduğu takdirde artık ceza kanunu şümulü haricinde kalındığını söyler (P. De Casabiance, Code Pénal İtalien annoté, Madde 200-201.

zıı iptidaî cemiyetler zihniyetine teessüfle karşılanacak bir rücu ile, her gün biraz daha, sırf medenî hukuk kaidelerini ceza ile müeyyidelendirmeğe ve cezaya dar manâda tatbikinin icap ettirdiği istisnaî ehemmiyet karekterini kaybettirmeğe mütemayil bulunmaktadır. Bu metod sadece cezaî müeyyide mefhumunu zafiyete düçar etmek mahzurunu arzetmez. Sarahaten yazılı suçlar prensibine aykırı hareket eder; meselâ kat'iyen bir dolandırıcılık teşkil etmeyen hadiseleri dolandırıcılık için veya hiç bir suretle ceza kanununun 419 uncu maddesinin oldukça geniş şümulü dahiline girmeyen bir hadiseyi fiyatların tarifti için cezalandırmaya mecbur kılar [1]. Hakikatte burada bizzat kanun vazıı tarafından yaratılan cezaî bir kıyas ile karşılaşıyoruz. Hâkim uzaktan veya yakından sabit bir suça teşbih edilen yeni hâdiselere sarih bir müeyyide tatbik edecekdir. Bu ise mecburî kıyas yolu ile içtihad ile ceza kanununun şümulü tefsiri mefhumunu bilfiil kabul etmek demektir.

Bununla beraber, bütün bu hallerde, kanun sarih ve inceden inceye tecrim prensibinden tamamiyle ayrılmış değildir; çünkü bundan böyle ceza ile cezalandırılan yeni fiilleri iyice tesbit edilmiş bir suçla yanyana getirir; hattâ bazı hallerde daha ileri gidilmişdir. Kanun vazıı bazan bir an evvel neticeye varmak ve bazan sırf hâkime kolaylıkla cezanın tatbikini temin etme salâhiyetini vermek maksadiyle, bütün esaslı rükünlerini tayin etmediği suçlar ihdasında tereddüt etmemişdir. 20-Nisan-1916 kanunu ile Fransa da tesis edilen kanuna aykırı spekülasyon suçu bu kabildendir [2]. Burada bahis mevzuu olan, fevkalâde iktisadî şartların mümkün kıldığı manevraları men'e mâtuf, vakit ve hale göre tanzim edilmiş, muvakkat bir nizamdan ibarettir. Bazı ecnebi kanunları daha cüretkârane hareket etmişlerdir. Bunlar, bazı hallerde, asıl doğrudan doğruya kanun tarafından tayin edilmiş veya kolaylıkla hâkim tarafından tayini mümkün

[1]. Bu suretle mesken kiracı ve kiralayanları arasındaki münasebetleri tayin eden 1 - Nisan - 1926 ve 29 - Haziran - 1929 tarihli kanunlar bazı hallerde kira bedelinin (kanun tarafından tesbit edilen hadden fazla) yükselmesini Ceza Kanununun 419 uncu maddesindeki fiatların tahrifi suçuna teşbih ederler (1926 Kanunu Madde 13, 1929 Kanunu Madde 14, fıkra 7). Diğer taraftan, ticarî şirketlerin teessüsüne dair suçların kısmı azâmı dolandırıcılığa benzetilmişdi. (Misâl, 27 - Tem. 1867 tarihli kanunun 15 inci maddesi; müessis hisseleri hakkındaki 23 Birincikânun 1929 kanununun 12 inci maddesi). Finansal ceza hukuku bu gibi teşrîî müşabehet ve kıyaslar üzerine birçok misalleri ihtiva eder.

[2]. Le Poittevin, Lois nouvelles, 1927,1,117;

J. A. Roux nun notları, Sirey, 1928,1,185;1925,1,281.

Rezalet veya ahlâk ve âdâba aykırı fiillerin faillerini alel'âde hapis cezasile cezalandıran (Wer groben Unfug verübt) ve mahkemelerce geniş mikyasda tatbik edilen Alman Ceza Kanununun 360 ıncı maddesinin 11 inci fıkrasına bakınız.

fiilden daha ziyade hassaten muzur sayılan bir faaliyeti cezalandırmakda tereddüt göstermemişlerdir. Bu suretle Polonya ceza kanunu, 215 inci maddesinde (umumî bir tehlike tevlidini) bir suç olorak kabul etmekdedir; fakat aynı madde metni, bize bu umumî tehlike ihdasının kanunun daireyi şümulüne girmesi için arzetmesi icabeden karakterini idrâk etmemize müsait tabiatta görünmüyor. Kezalik İtalyan ceza kanununun 570 inci maddesi «aile ocağını terketmek veya aile nizam ve ahlâk ve âdabına uygunsuz bir hayat sürmek suretiyle babalık nüfuzuna, kanunî velâyet veya karı veya kocalık sıfatına has vecibelerden kaçınan herhangi kimseyi» cezalandırmaktadır. Kanun burada imkân nisbetinde sarih bir formülle bütün aile hukuku vecibelerini ve hattâ evlenmenin karı koca ve ebeveyne tahmil ettiği ahlâkî vecibeleri blok halinde cezalandırmağa muvaffak olmaktadır. Böyle bir metin müvacehesinde hâkimin rolü kanunu tatbik ile muvazzaf bir tefsirci rolü olmakdan çıkar ve adalet ve hakkaniyet dairesinde karar ittihaz eden adalet tevziine memur bir kimse rolüne inkilâb eder. Bundan böyle bazı hâdiseleri kendi şahsî kanaatı ve kendi iyilik ve kötülük, haklı ve haksız mefhumuna göre tecziye etmek veya bunları cezasız bırakmakta muhtardır. Bu tarz görüş «kanunsuz suç ve ceza olmaz» prensibi ile güçlükle kabili telif görülmektedir. Bu tarz görüşün müdafileri esasen kendiliklerinden, itimad göstermek suretiyle, hâkime büyük bir salâhiyet verdiklerini itiraf etmekde tereddüt etmiyorlar. Doğrusunu söylemek lâzım gelirse bu müfrid noktada artık hâkim kanunla mukayyet değildir; kanun kendisine idare edenlerin anladığı şekilde müesses nizamın müdafaası ve ahlâkı umumiyeye riayeti temin için mutlak bir salâhiyet vermişdir.

«Kanunsuz ceza olmaz» kaidesine mugayir bu kabil ahkâm hemen hemen inkılâpdan mülhem mevzuat tarafından bu kaideye doğrudan doğruya yapılan tecavüzlerin doğurduğu ayni neticeye müncer olmaktadır.

II

«Kanunsuz ceza olmaz» Kaidesine doğrudan doğruya yapılan tecavüzler.

Bazı yeni mevzuat, Polonya veya İtalyan kanun vazılarının bazı münferit ve mahdut hallerde yaptığından, daha çok ileri gittiler. Bunlar «kanunsuz ceza olmaz» kaidesini kayıtsız ve şartsız alt üst ettiler. Bunun en bariz misallerine Sovyet Rusya mevzuatında tesadüf olunur. 1922 tarihli Sovyet Rusya ceza kanunu, şarihlernin ifa

desine bakılırsa, «hukukun işçi sınıfının emellerine hâdim bir hale sokulması (prolétarisation du droit)" gayesini istihdaf etmektedir [1]. Ceza hukuku, Rusyada Sovyet rejiminin korunmasını temin ve kim olursa olsun hasımlarına karşı işçi sınıfı diktatörlüğünü idame etmeğe mâtuf bir sınıf silâhı gibi telâkki edilmişdi. 6 ıncı madde suçu şöyle tarif etmişdir: «İçtimaî bakımdan muzur ve amele ve köylü kuvveti tarafından tesis edilen hukukî nizamla tezad teşkil eden her fiil veya ihmal».

1927 tarihli ceza kanunu daha ileri gitti. Filhakika, bu kanun yalnız rejim düşmanlarına karşi değil ve fakat 5 senelik plân politikası muarızlarına karşı da tam bir şekilde mücadele etmeği hedef ittihaz etmişdir. Kanunun taşıdığı başlık onun hususî vasıflarını gösterir; bize «hususî kısımdan mahrum ve nisbet gözetmeyen» kanun mevzuubahs olduğu söyleniyor. Kanunu yapanlardan ve başlıca müşevviklerden birisi, Müddeiumumi Krylenko'nun sözlerine bakılırsa yeni kanun iki esaslı yeniliği tazammun etmektedir: Evvelâ, suçların ayrıca tayin olunduğu hususî kısmı ihtiva etmekde; saniyen her suç hakkında sureti mahsusada tahdit edilmiş hususî bir müeyyideyi tasrih etmekden ibaret sistemi takbih etmektedir. Gördüğümüz veçhile, bu noktalar «suçsuz ceza yokdur» kaidesinin pek vazıh iki neticesini teşkil eder. Fakat, Sovyet ceza hukuku sebebiyet verilen fenalığı tecziye veya telâfisi gibi göz önüne alınan klasik ceza mefhumunu reddetmektedir. Nazariyeciler klâsik mefhumun ticarî münasebetlere istinad eden bir cemiyetin hatırasından ibaret olduğunu ve binnetice Marksizme muhalif bir mefhum teşkil ettiğini ileri sürerler. Binaenaleyh Sovyet Rusya kanun vazıları mücrimlik mefhumu yerine tehlikeli hal mefhumunu ve kanunî ceza yerine içtimaî müdafaa tedbirlerini ikame ediyorlar. Kolaylıkla görüleceği veçhile, ıslahat 50 senedenberi ortaya atılan ve kaydettiğimiz gibi an'anevî «kanunsuz suç ve ceza olmaz» prensibini yıkmağa değilse de zafiyete uğratmağa temayül eden İtalyan pozitivist nazariyelerinin teşrîî kuvvet tarafından kabülüne müncer olmaktadır.

Bundan başka, «kanunsuz suç ve ceza yokdur» prensibi sarahaten kaldırılmışdır. «Ceza kanununun ana prensibleri» raportörü B. Krasikov 1924 de, haddi zatında burjuvazi sınıfına yaraşır bir prensip olması dolayısiyle «kanunsuz suç ve ceza yokdur» kaidesinin Sovyet hukukundan çıkarılması icab ettiğini yazıyordu [2]. B. Krylenko hali ha-

[1]Corrado Perris, Le nuove teorie penali della Russia sovietica (Scuola positiva, 1931 S. 3) — Yeni Sovyet Rusya ceza nazariyesi.

[2] Marguerovsky, Les bases du droit soviétique, Moscou 1929, s. 551 (Sovyet hukukunun esasları)

590

zırda bu kaidenin tekrar kabulü «kendi ceza kanununun dinamik inkılâpcı muhtevasını yıkmak suretile amele sınıfı diktatörlüğünü zaifletmek» demek olacağını beyan etmektedir. Binaenaleyh, kanun vazıı sadece suçların ihbarî mahiyette bir listesini tanzim etmekle iktifa ediyor. Suçlar ise, bir tarafdan bilhassa tehlikeli suçlar, yeni Soyet Rejiminin esaslarına karşı yapılan suçlar ve diğer tarafdan daha az tehlikeli suçlar diye haşlıca iki kategoriye ayrılmışdır. Sovyet ceza kanununun 6 ıncı maddesi bu takdirde kendisine hususî bir fiil havale edilmiş hâkime faideli görürse ona en fazla yaklaşdırdığı suç için derpiş olunan cezayı tatbik etmesini emreder. Burada ceza kanununda kıyas yoluyle ceza prensibinin sarahaten tanınması keyfiyeti ile karşı karşıya bulunuyoruz [1]. Kanunun 45 inci maddesi maznuna içtimaî müdafaa tedbirinin tatbiki hususunda mahkemenin «kanunun umumî kısmı ahkâmından, nazarı itibare alınan suçun veya kıyas yoluyle kendine müracaat edilen suçun hususî halini derpiş eden hususî kısmın maddesinde gösterilen hududlardan ve nihayet ika edilen suçun içtimaî tehlikesini, işin hal ve sebeblerini ve suçu işleyenin şahsiyetini göz önünde tutmak suretile hukuk hakkındaki kendi Sosyalist şuurundan mülhem olması» icab edeceğini kararlaştırmaktadır.

Binaenaleyh, bu sistemde hâkim açıkça muayyen bir nizamın müdafii gibi görünür ve esasen kanun tarafından kabul edilmiş hemen hemen mutlak bir takdir salâhiyetini haiz bulunur. Bazı yeni tadil ve tahfiflere rağmen aynı prensipler Alman millî sosyalist hukukunda da yer almışdır.

Bunun ilk izah, tabiri diğerle ilk tezahüratına, Prusya nazırı Kerrl tarafından kaleme alınan nasyonal sosyalizm ceza hukuku hakkındaki muhtırada tesadüf edilir [2]. Muharrir, nasyonal sosyalizmin yeni bir hukuk yaratmak istediğini beyan ediyordu; ve bu yeni ceza hukukunun bariz vasıflarından biri «kanunsuz caza olmaz» kaidesini terketmekden ibarettir [3].

«Kanunsuz ceza olmaz» kaidesi ferdin himayesini kriminalistik endişelerin ilk safına koymaktadır; halbuki millî sosyalist ceza kanunu ferdi değil ve fakat devleti korumak gayesini gütmektedir. Bundan başka, nasonal- sosyalizm ceza hukukunun ilk nazariyecileri-

[1] Bu nokta hakkında ve bilhassa bu kıyas yoluyla içtihadın hududları hakkında J.J. Anassof'un "L' analogia nel diritto penale sovietico„ (Sovyet ceza hukukunda kıyas) 1930 sahife 440 a müracaat.

[2] National-socialistiches Strafrecht (Denkschrift des preussischen Justizministers, Berlin 1933)

[3] Aynı eser s. 115-116

ne göre kaynağını inhitat devri Roma hukukundan aldığı için [1] bu kaide binnetice sırf Alman olan bir hukuk da kabule şayan değildir. Alman telâkkisine nazaran hukuk kanuna zamanca tekaddüm eder. Binaenaleyh kanun vazıının bu hukuku resmen ilân etmekde ihmal göstermesi veya kâfi derecede açık bir şekilde ilân edememesi o kadar haizi ehemmiyet bir şey değildir; her ne olursa olsun hukukî kaide milletin şuurunda mevcuttur ve hâkim hukuk kaidesini milletin şuurunda aramak mecburiyetindedir [2].

Şüphesiz bu, hâkime korkunç bir salâhiyet vermek demekdir; fakat nasyonal- sosyalist mektebi nazariyecilerine göre hâkimin indî ve keyfî hareketinden yalnız«liberal ideoloji» korkabilir; nasyonal-sosyalist okulu nazariyecileri hâkim, milletle sıkı fikir iştirakinde bulunduğu ve onun hukukî kanaatı vicdaniyesine sahip olduğu takdirde keyfî hareketin imkân haricinde olduğunu söylerler. Binaenaleyh her ne zaman milletin tamamiyetini muhafaza etmek zarureti hasıl olursa, hâkime milletin istediği cezayı tatbik etmek salâhiyetini vermek yerinde ve hukukî bir şeydir. Bu yenilik tarafdarları mücrimin hiçbir vakit yazılı ceza hukukunun ilmekleri arasından geçmemesi lüzumunu ve halk vicdanı kendisini suçlu gibi addettiği takdirde mücrimi delilsiz mahkûm etmek mümkün olduğunu ve nihayet ceza kanununun halkı veya sosyal devleti korumak için, zaruret hissedilen bütün hallerde, makabline şamil olmasını kabul ediyorlardı. Almanya bu nokta hakkındaki yeni nazariyeleri derhal tatbikat sahasına koymakta tereddüt etmedi ve ölüm cezası hakkında 23-mart- 1933 tarihli bir kanun, ikaı 31-birincikânun ile 28-şubat-1933 arasındaki zamana tasadüf eden bazı yangın ve hiyaneti vataniye hâdiselerini makabline şamil olarak ölüm cezasiyle tecziye etti. Hattâ bu kanun bütün şiddetiyle tatbik edildi.

Üçüncü Reich o zamandanberi sistemini biraz değiştirdi. Yeni ceza kanununu ihzara memur edilen komisyon rejimin ilk nazariyecilerinin bu müfrit tarzı hareketini kabul etmedi ve nasyonal- sosyalist ruhunu taşıyan bir proje tanzim etmekle beraber ilmî bir eser ortaya koymak endişesiyle hareket edildiği görüldü. Komisyonun çalışmaları neticesine Alman Adliye nazırı Dr. Franz Gürtner'in pek mükemmel bir raporiyle ıtla' kesbetmiş bulunuyoruz. Filhakika, bu raporda yeni Alman ceza hukuku prensipleri en son şekilleriyle izah edilmiş bulunmaktadır[3]. Halbuki, bu prensiplerin ilk iksi «kanun-

[1] Garip olmakla beraber bu fikir Dr. Nicolai' nin "Juristische Wochenschrift mecmuasında çıkan bir makalesinde müdafaa edilmişdir.

[2] Kerrl ve Nicolai' nin ismi geçen eserleri; Manhardtın Juristische Wochenschrift, 1933: s. 2636.

[3] Das Kommende deutsche Strafrecht (Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrecht Kommission, Berlin, 1934.

592

suz ceza olmaz» kaidesi ile cezaî kanunların makabline şamil olmaması prensibini kabul etmektedir.

Bununla beraber, bundan yeni Alman Ceza Kanununun tam kriminalist ortodoksluğu neticesini çıkarmak icap etmez. Muhakkak komisyon her şeyden önce «İkaından evvel kanun tarafından sarahaten cezalandırılacağı beyan edilmedikçe hiçbir fiilin bir ceza tatbikini icap ettiremeyeceğinin» kabul ve beyan edilmesini teklif etmektedir [1]; ve şüphesiz eski kaideye bu tarzda saygı ibrazı, bu hürmetin bir çok mukavemetlerden sonra gösterilmesi dolayısile, okadar fazla kiymetde bir mâna ifade eder. Fakat, bu kaideye ta'yin edilen şümûl hakkında fazla hayale kapılmamak icap eder.

Evvelâ,ve her nekadar Dr.Gürtner'in muhtırası «Kanunsuz ceza olmaz» kaidesine hakiki menşeini ve ferdiyetcilik hassasını tanımakda ise de [2], komisyon bu kaideyi ihya etmekle ferde teminat vermeği kasdetmiş değildir: Bize, bir ferd veya ferdin menfaatlariyle değil ve fakat bütün halk camiasiyle alakadâr olan nasyonal-sosyalizm ile bu fikrin sebebi vücudu kalmadığı, söylenmektedir [3]. Dr. Gürtner de Kerrl kadar «liberal ideolojiyi» reddetmektedir.Eer «suç ve cezanın kanunîliği» prensibinin hâkime verilecek salâhiyeti tahdit etmesi lâzım geliyorsa bu, muhakemeleri görülecekıeri daha fazla himaye etmek için değil fakat sadece kuvvei merkeziyeyi kazaî kuvvetin bütün tecavüzlerine karşı temin etmek içindir. Şayanı tecziye fiilleri serbestce tayin etmek vazifesini hâkimlere tevdi etmek, onlara «Siyasî hükûmetin en mühim kuvvetlerini ve millî hayatın esaslı mes'elelerinin hallini» tevdi etmek demekdi [4]. Filvaki, nasyonal - sosyalist doktrinine göre ceza hukuku nedir? Rejim düşmanını araşdırmağa matûf bir «mücadele hukukundan» ibaretdir, ve gayesi de muayyen bir fiili değil fakat «antisosyalist» bilûmum faaliyetleri «nasyonal - sosyalist kudretine» muhalif her arzu ve iradeyi cezalandırmakdır.

İrade ceza hukuku (Willenstrafrecht) ismi buradan gelir [5]. Binaenaleyh hâkimin hangi gayri içtimaî faaliyetleri muhakeme etmek mecburiyetinde olduğunu tayin etmek kuvvei merkeziyeye ve politikayı idare eden kuvvete aidtir.

Bu suretle, an'anevî prensip en esaslı sebebi vücudunu kaybeder. Fakat, ona gösterilen gaye ehemmiyetini kaldırmağa müncer

[1]. Projenin 1 inci maddesi.

[2]. Aynı fikri taşıyan Henkel'in, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, Hamburg, 1934,s.12 ve Klee'nin Deuche Juristenzeitung, 1934, S. 639.

[3]. Das kommende deutsche Strafrecht, S. 131.

[4]. Aynı eser S.128.

[5]. Das kommende deutsche Strafrecht, S. 12-13 ve 15.

olur. Çünki, ceza hukuku fiillerden daha ziyade bazı antisosyalist sayılan faaliyet veya irade şekillerini cezalandırdığı takdirde, artık vazıı kanunun her suçun eczayı aslîyesine giren unsurları açıkca tayin ve inceden inceye derpiş etmesine lüzûm hissetmez. Ceza hukukunun bu esaslı, ve gördüğümüz vechile karakteristik kısmı yerine, çok def'a umumî hükümler ve milletin temiz hissiyatına veya diğer kıymet telâkkilerine müracaat suretile tayin olunacak bazı fiilî haller (Vorbestimmte Talbestande) ikame edilir [1].

Bu, eğer neticede Sovyet Rusya hukuk sistemine müncer olmasaydı, mevzuat bakımından tam manasiyle bir yenilik teşkil edecek bir ceza sistemi olacakdı. Lüzumunda hâkim kanunun noksanlarını ikmal eder ve kanun vazıı Sovyet Rusya hukukuna has tarzı yani kıyas yolunu emrine amâde tutmak suretiyle bu hususu hâkime emreder.

Alman Ceza ve Ceza Muhakemeleri Usulü kanununu tadil eden 28-Haziran-1935 tarihli kanun komisyonun fikir ve telâkkilerini Reich mevzuatına idhal etti. Manidar bir tarzda «Kıyas yoliyle ceza kanunlarının tatbiki suretile hukukun yaradılışı (Rechtschöpfung)» başlığını taşıyan bir fasılda kanun, Ceza Kanununun yeni 2 inci maddesinin(a) bendinin şöyle kaleme alınmasını kararlaşdırmışdır: «Her kim kanunun cezalandırdığı ve Ceza Kanununun esas ruhuna ve halkın temiz idrak ve temyiz kabiliyetine göre cezayı müstelzim bir fiil işlerse ceza görür. Hiçbir kanun metni mevzuubahs fiile kabili tatbik değilse, fiil ruhu kendine en yakın olan metne göre cezalandırılır." [2].

Şüphesiz, ne kadar şümullü olursa olsun, bu hükmün Sovyet Rusya ceza kanununun yaptığından daha fazla hâkime ait salâhiyetleri tahdid ettiği söylenebilir. Çünkü kıyas sisteminin kabulü ancak üç şarta bağlıdır. Evvelâ, fiilin sarahaten tecziye edilen bir fiile benze-

[1].Aynı eser, S.132.

[2]. Ceza Muhakemeleri usulünün 170 ve 267 inci maddeleri aşağıdaki şekilde tadil edilmiştir:

Madde. 170 a.-" Halkın temiz hissiyatına göre cezaya müstehak olan bir fiilin kanunca cezayı müstelzim bir fiil olduğu beyan edilmediği takdirde, müddeiumuminin ceza kanununun ana fikrinin bu fiile tatbiki imkânı olup olmadığını ye bu ceza kanununu kıyas yoliyle tatbik etmek suretiyle adaletin hüsnü tedvirini teshil edip etmeyeceğini tetkik etmesi icap eder.„

Madde. 267 a.- "Esasa taallûk eden muhakeme, suçlunun halkın temiz hissiyatına göre bir cezayı müstelzim ve fakat cezaya müstahak olduğu kanunca beyan olunmayan bir fiil işlediğini tebeyyün ettirdiği takdirde, mahkemenin ceza kanununun esas fikrinin bu fiile kabili tatbik olup olmadığını ve bu ceza kanununu kıyas yoliyle tatbik etmek suretiyle adaletin hüsnü tedviri teshil edilip edilmiyeceğini araştırması lâzım gelir.„

mesi icab eder. Bundan başka, hükmün hukukî bakımdan teşmil kabiliyetini haiz olması lâzım gelir, ve bu suretle meselâ 16 yaşından aşağı olan bir kız çocuğunu baştan çıkarmağı cezalandıran madde 17 yaşındaki bir küçüğü baştan çıkarma fiilini cezalandırmağa hizmet edemez. Nihayet, cezanın «halkın saf ruhuna» muvafık olması iktiza eder: hâkim «Göz önüne alınan faaliyetin millî camia ihtiyaçlarına muvafık olup olmadığını veya bütün milletin ademi tasvibine müstahak olup olmadığını «araştırmağa mecburdur.

Fakat, bu tahdidatın ancak görünüşte kat'î bir mahiyet arzettiği kolaylıkla görülür. Filhakika, eğer ceza kanunu bütün esasları tayin edilmiş fiillerden daha ziyade az veya çok umumî bir mahiyet arzeden faaliyet şekillerini cezalandırırsa, nazarı itibara alınan fiil hemen hemen daima evvelce suç sayılan bir faaliyet şekline benzetilebilir. Burada ceza müdevevenatının vicdana taallûk eden bahislerinin nekadar, aynı zamanda suç ve cezaların kanunîliği kaziyesinin zarurî ve tabiî neticesi ve vatandaşlar hürriyetinin fiilî garantisi olduğu açıkca müşahede olunur. Nihayet, «halkın temiz akıl ve idrakine" müracaat dahi bir tahdit teşkil etmez. Bu müracaat en nihayet cezayı kanuna değil, fakat halkın şuuruna veya daha doğrusu efkârı umumiyeye tâbi tutmağa müncer olur. B. Stanislas Rappaport [1] manidar bir makalesinde pek mükemmel izah ettiği gidi, üçüncü Reich'ın Ceza Kanununu Sovyet mevzuatına rapt eden karakteristik nokta: «Ceza kanunu ile halkın hususî duygusunun nazarı itibare alınmasından ve hattâ aynı mahiyette sayılmasından ibaretdir. Bu ise Sovyet komünist rejimindeki (halkın şuuru) ile tam bir müşabehet arzeder».

Hakikatda, gerek Sovyet hukukunda ve gerek nasyonal - sosyalist hukukunda «kanunsuz ceza olmaz» kaidesine doğrudan doğruya yapılan tecavüzlerin şöylece hulâsa edilebilecek aynı ana fikirlerden doğduğu kolaylıkla anlaşılır.

Herşeyden önce, «kanunsuz ceza olmaz» kaidesinin reddi inkılâpcı bir idolojiden münbaisdir. Bundan başka, kaydetmek lâzım gelir ki, kaidenin ademi kabulü, alelekser, siyasî rejimin şiddete müracaat suretiyle alt üst olduğu anlarda vukua gelir. Macaristanda bir komünist hükûmet teşekkül ettiği vakit iş, bu şekli aldığı gibi; kezalik Münich kıyamından sonra da iş böyle olmuşdu, ve hususî surette teşekkül eden mahkemeler «inkılâp prensiplerine hertürlü tecavüzü» tenkil etmek vazifesini alıyordu; ceza, hâkimin intihabına bırakılmışdı. Bu gibi hallerde muzaffer olan rejim ne şekilde olursa ol-

[1]. Üçüncü Reich'ın müstakbel Ceza Kanunu (Rev. int. de droit penal, 1934, 279 ve müteakib maddeler.

sun tatbik sahasını tahdit edebilecek zorluklara uğramamak için tamamiyle yeni bir hukuk vazetmek ister. Bu hukuk, ister Almanyada olduğu gibi hukukî telâkkilerin sırf ulusal bir mefhumuna dayansın,isterse Sovyet Rusyada olduğu gibi sınıf mücadelesi mefhumuna istinad etsin, aranılan netice her iki halde de yeni ceza hukukuna azamî kuvveti te'min etmekden ibarettir.

Diğer tarafdan, gerek Sovyet Rusya ve gerek Nasyonal — Sosyalist Almanya hukuklarında «kanunsuz suç olmaz" kaidesinin reddi bütün XIX uncu asır müdevvenatının esasında bulunan ferdiyetcilik endişesinin terkinden münbaisdir. Mademki bu yeni kanun her şeyden evvel cemiyeti himaye etmek istiyor, bazı hallerde ferdin yeni hukuktan mağdûr olması o kadar haizi ehemmiyet değildir [1]. Sovyet Rusya ve üçüncü Reich ferdi tamamile ihmal etmekte tereddüt göstermezler; fakat, bunlara kaynak teşkil eden temayül ve cereyanları başka yerde aramak icabeder. Filhakika, esaslı gayesi «kabili ihmal muvakkat bir fenomen" teşkil eden ferdin haklarını değil fakat Devlet nizamını müdafaa etmekten ibaretdir ve «Code Rocco" da bu cereyan ve temayülün pek açık izlerine tesadüf edilir.

Nihayet, her iki haldede «kanunsuz suç olmaz" kaidesinin terki, bilhassa evvelce işaret ettiğimiz gibi, hâkimin rolünde husule gelen tam bir istihaleden ileri gelir. Bu yeni mevzuaatda hâkime hukûkî bir rolden daha ziyade siyasî bir rol tevcih edilmişti; hâkim başlayan inkilâbın muzaffer olmasına çalışmak ve yeni içtimaî teşkilâtı fevkalâde kuvvetli bir tarzda tahtı temine almak suretile rejim tebeddülünü himaye etmek vazifesile mükelleftir. Hâkimin milletle ve daha doğrusu idare eden zümre ile iştirak ve irtibat arzusu bundan ileri gelir; çünkü hâkim aralarında ihtilâf doğan hususî şahıslar arasında bitaraf bir hakem olacak yerde, bütün kuvveti elinde tutan Devletin tefevvukunu te'yide ve yeni bir nizamın tahakkukunu temine yarayan uzuvlardan biri halini iktisap eder [2].

Bu ifratlı noktada, «kanunsuz ceza olmaz» kaidesinin ilgası, hakikatta, bizatihî ceza hukukunun ilgasından başka bir şey değildir; çünkü burada kanunîlik mefhumu siyaset icapları önünde silinir. Böylece menafii Devlet ve hikmeti hukûmet yeni bir şekilde ve hü-

(1) Bu suretle eki *in dubio pro reo* kaidesinin reddedilmesi neticesine varılır. Deniliyor ki, madamki yanlız Devlet menafiinin himaye edilmesi icap eder, niçin şüpheli vaziyet suçlu lehine harekete vesile olsun, binaenaleyh hatta müsbet deliller olmasa bile hâkime mahkûm etmek imkânı verilecektir.

[2]Hâkimin rolü hakkındaki bu telâkkinin, ferdin himayesi endişesini hatta ceza mahkemeleri önünde müddeiumumilik müessesesini perensip itibarile bilmemesizliğe kadar götüren İngiliz telâkkisi ile ne kadar tezad teşkil ettiği görülecektir.

596

kûmet kuvvetinin son istinatgâhı sıfatile ortaya çıkar, ceza hukuku ise bu kuvvetin en emin silâhı ve hâkim de en müessir vasıtasını teşkil eder. İş böyle olunca, hâkimi sarih bir kanun metni ile mukayyed tutmak faidesizdir; hâkimi kendine tevdi edilen yeni rolü ifa edecek bir hale koymak için, kendisine umumî mahiyette talimat ve direktifler vermek müreccahtır: Ve her iki sistemde de cezaî kıyasın hakiki manası budur.

Doğrusu istenilirse, başka bir etüt'de izah etmeğe çalıştığımız veçhile cezaî kıyasın bir çok nevileri vardır [1]. Birinci nevi kıyas ayrı ve mevsum cürümler halinde tasnif edilmiş cezalandırılması kabil fiillerin kanunen tayini yerine suçları gösteren alelâde bir liste ikame etmekten ibarettir; hâkim bilâhare bu listeyi muhakemesini görmekte olduğu hadiselere teşmil edebilir. Bu nevi kıyası açıkça kabul eden yegâne mevzuat, görüldüğü veçhile, Sovyet Rusya ceza kanunudur ve esasen belki de bu kanunun ceza hâkimine verdiği salâhiyetin şumûlü hakkında bazı ihtirazî kayıtlar serdetmek lâzım gelir [2]. Her halde, kabul etmek lâzımdır ki, Sovyet Ceza kanunu «kanunsuz ceza yoktur» kaidesinin açıkça inkârına istinad ve eski fransız hukukunun keyfî cezalar sistemine avdet etmektedir.

İkinci nevi kıyas ise, kanunîlik perensibini terketmeksizin mevsum suçlar sisteminden yakayı kurtarmaktan ibarettir. Hâkim ancak kanun tarafından cezalandırılan fiilleri cezalandırabilir; fakat bizzat kanun bazı hallerde hâkime malûm bir hâdise için derpiş olunan cezayı bu hadiseye yaklaştırılabilir bir fiile teşmil etmeğe müsade eder. Muayyen bir doktrin tarafından ileri sürülen bu tarz dahi [3] tam manasile yalnız bir memleket mevzuatında yer aldı: O da 1930 tarihli Danimarka ceza kanunudur. Danimarka kanununun birinci maddesi der ki: «Cezalandırılması lâzım geldiği Danimarka mevzuatile derpiş olunan bir fiil veya bu gibi bir fiile tamamen benzetilebilen bir hareket ceza kanununun şumûlüne girer.»

Burada mevzubahs olan pek dar manada ve üçüncü Reich ceza hukukunun anladığı gibi, kıyas yolile teşmilden büsbütün farklı bir «kiyasî teşmil» dir. Filhakika, gördüğümüz gibi, bu sistemde kanunsuz ceza yoktur kaidesinin evvelemirde kabulü ve hâkimin salâhiyetlerine karşı tayin edilen nazarî takyidatın bizi hataya düşürmemesi icap eder: Ceza hâkimi «halkın temiz efkârına» istinat etmek

[1] Dördüncü beynelmilel ceza hukuku kongresine takdim olunan raporumuza bakınız. (Rev. int. De droit pénal, 1936),

[2] Anasoff, L'analogia nel diritto penale sovietico, 1930, S. 444

[3] Calvos salvagno, Le délit innommé et 1, inteprétation analogique nam eserine müracaat.

suretile cezayı pek ileri götürebilir; çünkü hakikatta hâkim yeni siyasî nizamın idamesinin istilzam ettiği bütün hallerde cezayı temin etmek mecburiyetindedir. Görünüşe ve prensip itibarile cezanın kanunîliği kaidesinin kabulüne rağmen, Nasyonal—Sosyalist sistemi birinci ve en müfrit kıyas tarzına müncer olur. Danimarka kanunu itiraz kabûl etmez bir surette alemşumul prensiplerin en şayanı imtisal olanıdır. Danimarka kanunundaki tadilâtın faidesi hakkında tam bir fikir edinmek için filen tatbikat neticelerini beklemek icap eder.

Nihayet, cezaî kıyasın bir üçüncü anlayış tarzı vardır ki, o da, bu cezaî kıyası tecziyesi kabil fiillerin tayininde, yani cürmün tesisinde değil, fakat tesbit edilmiş cürmü tefsirde göz önüne almaktan ibarettir. Bu suretle, «kanunsuz ceza olmaz» kaidesine en fazla bağlı memleketler mahkeme kararları ekseriya kıyasî delil veya kıyas yolu ile istidlâl cihetine sapmaktadırlar. Şüphesiz bu suretle mahkemeler klasik doktrine bağlı kalarak ceza kanunlarının harfi harfine ve hatta dar manada tefsirinden kurtulmaktadır. Fakat, mücmilen tahliline çalıştığımız inkılâp ve tekâmülün hakiki manası, «kanunsuz suç olmaz» kaidesine sadık kalan mevzuatta, hâkime bilhasa, cezaî metne aşırı bir tarzda harfi harfine riayet neticesi bir aralık kaybettiği normal tefsir salâhiyetini iade etmekten ibarettir. Çünkü tefsir etmek, kanunu evvelden yeknesak kayd ve şarta bağlı olarak tatbik etmek mecburiyetini tazammun etmez: Tefsir etmek, kanunî hükmün mana ve gayesini ve sonra kanun vazının ona vermeği kasdettiği bü ün ehemmiyet ve şumulü vermek demektir. Hiç olmazsa bu hususta, ceza kanununu tefsir eden hâkimin, kanunu medeniyi tefsir eden hâkimden daha az salâhiyeti haiz olduğunu iddia etmek doğru bir şey değildir. Hukuk ve ceza hâkimlerinin rolünü ayıran farkı başka yerde aramak icap eder: Hukuk hâkimi bazan bir müfessir olmaktan çıkar, çünkü içtimaî hayatın icapları ve davacıların bütün hallerde temini adalet hakları hukuk hâkimini, hatta kanunun meskût geçtiği hallerde de bir karar ittihazına mecbur eder. Halbuki bunun aksine olarak kanunsuz ceza olmaz kaidesine riayet edilen bütün hallerde, ceza hâkiminin salâhiyeti daha ileri gitmez; ceza hâkimi pek alâ icabında ceza kanununa geniş bir mâna ve şumûl verebilir; fakat hiç bir zaman tecrimi yazılı kanunun hudutları haricine teşmil edemez [1].

Muasır hukukun tekâmülü bu şekilde göz önüne alındığı taktirde, suçların ve cezaların kanunîliği prensibine sadık kalan mevzuatın — Hattâ bu mevznat ceza hâkiminin salâhiyetini tevsi veya tahdit etdiği zaman bile — açık veya kapalı bir şekilde bu eski vecizeyi

[1] Escobedo, Ancora sull' analogia nell diritto penale sostanziale La giustizia penale 1934, forma VI.

reddeden hukuklara nekadar muhalif haraket ettikleri derhal müşahede olunur. Kanaatımıza göre, bu muhalefet esasa taallûk eder; çünkü ceza kanununun son geçirdiği tahavvüllerde „kanunsuz ceza olmaz" kaidesinin terkedilmesine alemşumûl bir mâna vermek iddiasında bulunan bazı vakitsiz ifadeleri tekrar münakaşa mevkiine koymağa imkân verir. Müsbet etüdümüzden hiç olmazsa şu neticeye varabiliriz: Bu gün kaidenin terki istisnaidir ve hatta çok defa bu terk mahdut bir cezaî kıyas şekline bürünmeğe çalışır. Eğer bu cereyan inkişaf etse idi suç ve cezaların kanunîliği hukuku beşerin tanınmasından münbais memleketlerde olduğu kadar, prensibi şahsi hürriyetin an'anevî garantisi *habeas corpus* müssesesi ile teyit eden memleketlerde de pek kuvvetli mukavemetlerle karşılaşacağımdan emin olunabilir. Bu bakımdan, ceza hukukunun içtimaîleştirilmesi haraketi en açık ve en merak uyandıracak bir tarzda Fransız inkilâbından evvelki Avrupada mer'î bulunan telâkkilere bağlı bulunur. Binaenaleyh «kanunsuz ceza olamaz» kaidesini kuvvetten düşürmek ve hatta ortadan kaldırmaktan ibaret temayül ve cereyanın hukukun inkişaf ve tekâmülünde bir terakki mi teşkil edeceği, yoksa maziye gömüldüğü zehabına düşülen bir hâle avdeti mi göstereceği cayi sualdir.

S79

No: 73

Üçüncü Beynelmilel Hukuku Ceza kongresi salâhiyeti Umumiye

I — Hangi suçlar hakkında Salâhiyeti Umumiye kabulü caizdir?

(Polonya Divanı Âli Cinayet Mahkemesi Reisi M. Vitold de Michelis tarafından tevdi olunan Rapor.)

Çeviren: Tarık E. YENİSEY

A — Mukaddeme.

Palermo kongresine Polonya namına bir rapor tevdi eylemem hakkında hukuku ceza Beynelmilel Birliği Kâtibi umumisi ve Paris Temyiz Mahkemesi âzasından Profesör Roux'nun teklifini tereddütle kabul etdim. Bu mesele, mezkûr birliğin tertib ettiği Kongre ve Konferanslarda, Polonya'nın teşebbüsü üzerine, birçok defalar mevzuubahs edilmişdir.

Hukuku Ceza Beynelmilel Birliği ve Hukuku Cezanın tevhidi ile muvazzaf Beynelmilel Büro tarafından, mevzuubahs meselelerde ve hassaten Hukuku Cezanın tevhidi ve Beynelmilel Hukuku Cezanın müsbet inkişafı hakkında sarfedile gelen gayretleri, dikkatle takib eyledim.

Raportörlük vazifesini burada, pek yeni nazariyelerin kısa bir zamanda müspet hukuk şekline tahviline tarafdar olmayan objektif bir tatbikatcı olarak ifa edeceğim.

Modern hayatda icrası icabeden tebeddülâtı kısaca arzetmek içindir ki raportörlük işini deruhte etmiş bulunuyorum. Bu suretle, bu günkü medeniyet ve kültürün emniyetini temin sadedinde, derhal yapılması lâzımgelen umumî ve müspet tenkilin mahiyeti de tebellür etmiş olacakdır.

***

B — Varşova, Brüksel ve Paris (1927-1930-1931) Konferanslarında bahsolunan Hukuku Düvel suçları.

Salâhiyeti Umumiyeyi alâkadar eden suçların listesini tanzimde ciddî bir müşkül bu günkü günde mevcud mudur?

Zannetmiyorum. Ehemmiyetsiz bazı hususat müstesna, suçlunun

600

yakalandığı mahal hâkimine, suçlunun tabiiyeti ve suçun ikaı mahali ne olursa olsun, muayyen ef'ali rüyet etmek salâhiyeti verilebileceği hakkında mutabakat vardır.

Burada mevzuubahs olan, kurunu vustâ zamanında yol kesen, münakalâtın asayiş ve emniyetini ihlâl eyleyen «asasini» ve «vagabundi»ler yerine kaim olan «hostes generis humani»ler tarafından irtikâb olunan suçlardır.

Hukuku Cezanın tevhidi hakkında 1927 senesinde Varşova'da toplanan birinci konferansda, mevzuubahs ettiğimiz suçların listesi tanzim edilmiş ve beynelmilel muahedat ile derpiş edilen Hukuku Düvel suçları tâdat olunmuşdu. Bunların başlıcaları şunlar olarak gösterilmiş idi:

a) Korsanlık;
b) Madenî veya kâğıd para ve sair esham sahtekârlığı;
c) Esir ticareti;
d) Kadın ve çocuk ticareti;
e) Umumî bir tehlike ihdas edebilecek vesaitin kasdî istimali;
f) Uyuşdurucu maddeler kaçakçılığı;
g) Gayri ahlâkî neşriyat ticareti.

1930 Brüksel konferansı ile 1931 Paris konferansı umumî tenkilin millî mevzuata itdhali için daha ileri gitmişlerdi. Mevzuatı milliyenin aksamı umumiyesinde suçların tâdadı ihtiyaca kifayet etmediği nazarı itibare alınarak, beklenilen semereyi temin edebilmek için, muhtelif metinlerin de birleştirilmesi derpiş olundu. Bu sayededir ki, bu gün elimizde, en salâhiyetdar hukukşinaslar tarafından müştereken hazırlanan yekmeal metin projeleri bulunuyor.

Bu projelerin müsbet hukuku ceza metinleri haline ifrağı artık parlamentolara kalmış bir işdir.

*
* *

C — Kanun projelerinde derpiş olunan Hukuku Düvel suçları ve Polonya Hükûmetinin 17-Mart-1931 tarihli Memorandum'u.

Muhtelif Ceza kanunlarının birleştirilmesi işinden maada, Varşova, Brüksel ve Paris içtimalarında, yukarıda mezkûr Hukuku Düvel suçları listesinin genişletilmesi de düşünülmüştür. Cihan sulhü garantilerini çoğaltmak için, bu zamana kadar hiçbir beynelmilel Muahede ve hatta hiçbir kanun veya kanun projesinde derpiş edilmemiş olan hususî bir «delictum juris gentium» mevzuubahs olmuştur.

Hukuku Cezanın tevhidi hakkındaki birinci konferans reisi olan Profesör E.Stan.Rappaport'un teklifi üzerine, tecavüz harbi propagan-

dası ve bunun bir Hukuku Düvel suçu olarak tenkil olunması keyfiyeti, ilk defa Varşova ve Brüksel içtimalarında etraflı bir suretde tetkik edilmiştir.

«Rappaport teklifi»nin, Varşova ve sonra Brüksel ve Paris'de geçirdiği safhaların tarihçesini yapacak değilim. Bu hususda elde edilen neticeleri hatırlatmakla iktifa edeceğim.

Hukuku ceza birliğinin Polonya Grupu riyaset Konseyi tarafından 30-Eylül-1927 tarihinde ve bizzat Grup tarafından da 13-Teşrinievvel-1927 de tasdik edilen işbu teklifi, konferansa, Varşova Avukatlarından M. Satnislaw Rundo tevdi eylemiştir.

Varşova konferansı, birinci komisyon ile mutabık olarak, tecavüz harbi propagandası hakkındaki teklifin müzakeresini tehir etmiş ve meselenin tetkikini, Profesör Rappaport, Hukuku Ceza Beynelmilel Birliği kâtibi umumisi Profesör Roux, konferans Kâtibi Umumisi Profesör Pella ve komisyon reisleri M. Caloyanni ve M. Sasserath'dan müteşekkil hususî bir komisyona havele eylemişdir.

Hususî Komisyon 1929 senesinde, M. Caloyanni'nin riyasetinde içtima ederek M. Pappaport tarafından verilen yeni bir rapor etrafında müzakeratda bulunmuştur.

Meselenin, oldukca tekâmül etmiş olduğu nazarı itibara alınarak, hukuku cezanın tevhidi hakkındaki konferans ruznamesine derci muvafık görülmüş ve 1929 senesi içtimaında müzakere edilmesi kararlaştırılmıştır.

1930 Brüksel konferansının III üncü komisyonu bu suretle işe haşlamış ve 27-Haziran tarihinde, zirde maruz metinler kabul olunmuştur:

Madde — I «Tecavüz harbine tahrik için alenen propaganda yapan her kimse ..... cezalandırılır».

Madde — II «Birinci maddede derpiş olunan cezanın tatbiki, tahrike maruz kalan devletin mevzuatında böyle bir cezanın mevcud olmasına vabestedir».

Görüldüğü üzere, kabul olunan metnin birinci maddesinde Polonya'nın ve aynı zamanda konferansın alâkadar komisyonunun teklifi mündemiç bulunmakda, ikinci maddede ise, aynı hüküm mevzatı milliyede bulunması kaydı şart koşulmaktadır ki, bu da zarurîdir.

Mevzuubahs ikinci madde, ahiren, Polonya ceza kanununu tanzim edenlerden biri olan Profesör M. Makowski tarafından tenkide maruz kalmışdır. Mumaileyh, Varşova'da münteşir «Revue Politique» de yazdığı bir makalede, yapılan ilk Polonya teklifinin ehemmiyetini tebarüz ettirerek, bu hususda geri değil ileri gitmek icab etti-

602

ğini beyan ve bir beynelmilel Mukavele akdederek lâzım gelen kanunî teşekküllerin ihdasını talep eylemektedir.

Aynı noktayı iltizam etmiş olan Polonya Hükûmeti de, «tecavüz harbi» nin beynelmilel bir cinayet telâkki olunması için Cemiyeti Akvam'a 1927 senesinde müracaat etmiştir.

Tevdi eylediği 17-Eylül-1931 tarihli Memorandum'unda, tecavüz harbi Propagandasının tenkilini, yeni bir cihan harbi tehlikesinin bertaraf edilmesi için elzem bulunan «manevî terki teslihat"ın esas şartlarından biri olarak kaydeylemiştir.

Böyle bir beynelmilel muahedenin akdi zaruridir ve ancak bu suretle, yukarıda bahsettiğimiz hukuku Düvel suçları listesi tamamlanmış olacakdır.

*
* *

D — Hukuku Düvel suçları ve Polonya ceza kanunu iptidaî Projesi.

Alâkadar Komisyon tarafından 1931 senesinde kabul olunan Polonya Ceza kanunu Projesinin 8 inci maddesi, modern bir vazıı kanunun, beynelmilel camia nef'ine olarak tevhid icabatına ne suretle uyabileceğini göstermektedir. Polonya projesinin hukuku Düvel suçlarına müteallik kısmı, Varşova Konferansının (1927) bu hususa dair olan mukarreratına tamamen tekabül etmektedir.

Varşova Konferansı mukarreratı mucibince, 1923 tarihli Beynelmilel Mukavele ile derpiş edilen «delictum juris gentium" lara, gayrı ahlâkî neşriyat ticareti de ilâve edilmiştir; ve bilûmum modern projelerde tâdat edilen suçlardan mâada, tecavüz harbini tahrik suçu da ayrıca dercolunmuştur.

Lâkin, 1930 da Brüksel'de kabul olunan yukarıda mezkûr ikinci madde, mevcut kaydı ihtirazî dolayısile, mevzuubahis suçu bir Hukuku Düvel suçu haline ifrağ ettiği cihetle, Polonya Hukuku Ceza projesini hazırlayan Profesör E. Satn. Rappaport, «tecavüz harbine tahrik» kaydını 8 inci maddeden tay ve Brüksel'de kabul edilen formülü üçüncü maddeye derceylemek mecburiyetinde kalmışdır.

Mezkûr üçüncü madde şu şekilde kabul olunmuştur:

Madde :—3

I) — «Tecavüz harbine alenen tahrik eden her kimse, beş sene hapis cezasile cezalandırılır».

II) — «Birinci Madde derpiş olunan cezanın tatbiki, tahrike

mâruz kalan Devletin mevzuatında, böyle bir cezanın mevcut olmasına vabestedir».

Esbabı mucibe lâyihasında, «tecavüz harbine tahrik suçu, (delictum juris gentium) bulunması hasebile, Polonya Devleti mütekabiliyet şartile beynelmilel bir mukavele akdettiği takdirde, mevzuubahs kategoriye sureti kat'iyede idhal edilebilir» denilmektedir. Profesör W. Makovski de yukarıda bahsetteğimiz makalesinde 3 üncü maddede yapılan tâdilât hakkında diyor ki: «Tecavüz harbine tahrik suçunun siyasî veçhesine beynelmilel bir şekil verilmesine engel olan Brüksel konferansı takyidatı dolayısile, dava henüz Devletlerin hukuku milliyeleri çerçevesi dahilinden çıkamamıştır; ve bu sebepledir ki Polonya Projesi, tâdat olunan takyidata göre tâdil edilmişdir».

*
* *

E. — Netice.

Hukuku Düvel suçları listesinde mukayyed olan tecavüz harbine tahrik hakkındeki formülü tekrar kim teklif edecektir?

Polonya Hukuk ilmi, Polonya vazı kanunu ve Polonya salâhiyetdar siyasî makamatı, Hukuku Düvel suçları listesine, modern bir ceza kanununda icab eden mevki ve kıymeti vermiş bulunuyorlar.

Bu hususta kat'î neticeyi ancak beynelmilel hukuk ilminden diğer millî vazı kanunlardan ve medenî Devletler camiasından bekleyebiliriz.

*
* *

Melfuf : I

Rappaport Teklifi

Tecavüz Harbi Propagandası

Polonya'nın teşebbüsü üzerine, Cemiyeti Akvam «tecavüz harbini» beynelmilel bir cinayet olarak kabul etti. Cenevre Yüksek Meclisinin bu kararı hiç şüphe yok ki, mühim bir kıymeti maneviyeyi haizdir. Bellot, caloyanni, Donnedieu de Vabres, Pella, Saldena gibi sahibi şöhret hukukşinaslar kıymetli eserleri ile münevver muhitlerde efkârı umumiyeyi bu hususda hazırlamış bulunuyorlardı. Bunlardan bazıları — Pella ve Saldena — Devletlerin müşterek mes'uliyetleri bahsinde müstakbel Hukuku Ceza meselesinin bilhassa tatbikat cihetini itina ile tetkik etmişler, bir kısmı da — Profesör Bellot, Caloyanni, Donnedieu de Vabres — adlî teşkilât meselesini incelemişlerdir.

604

Bu büyük fikir cereyanları, bütün «yenilikler» gibi, bir tenkid ve ademi itimad muhitinde doğmakda ve fakat, bir çok müşkülât ve engellere rağmen, daima inkişaf ederek, ancak *müşterek bir gayretle* elde edilebilecek olan beynelmilel müsbet hukuk vâdisine doğru yol almaktadırlar.

Her halde, hukuku ceza komisyonları mümessillerinin beynelmilel konferansı arifesinde, beynelmilel *müşterek* Hukuku Ceza mevzuundan, *ferdî* Hukuku Ceza için neticeler istihsal eylemek ve Varşova konferansında beynelmilel yeni bir suç teşkil eden (delictum juris gentium) *tecavüzî harb propagandası*'nın tetkikine başlamak muvafık olur fikrindeyim.

İşbu beynelmilel suç, mahiyet ve şumûlü itibarile, İtalyan Hukuku Ceza Projesinin 6 ıncı maddesi ile Polonya Hukuku Ceza projesinin 7 inci maddesinde musarrah suçlar kategorisine ithal edilebilir (Revue Penitentiaire de Pologne, 1927). Ekserî ahvalde bir matbuat suçu teşkil edecek olan böyle bir suç, Devletlerin yalnız emniyeti bakımından değil, fakat aynı zamanda *cihan kültür ve medeniyetinin emniyeti* noktasından, beynelmilel bir tenkile tâbi tutulmalıdır.

Kalpazanlık, korsanlık, kadın, çocuk ve esir ticareti, mevadı infilâkiye istimali ve saire gibi tâkibi icab eden ef'al ile birlikte, tecavüz harbi propagandasının da millî ceza kanunlarında, beynelmilel münasebatı ihlâl eden suçlar kategorisine derci iktiza eder. Bu hususda şöyle bir madde ilâve olunabilir:

«*Madde:* — Nutuk, konferans veya neşir veya teşhir vasıtalarile, efkârı umumîyeyi tecavüz harbine tahrik eden her kimse, beş sene hapis cezasile cezalandırılır».

Muhtelif kanunların tevhidi için akdedilecek bir konferansda tesadüf olunacak müşkülâtı burada tâdat edecek değilim. Bununla beraber, diğer mümasil konferansların bir başlangıcını teşkil edecek olan Varşova konferansında, mevzuubahs ettiğimiz beynelmilel Hukuku ceza suçunun iptidaî tetkikine geçilmesini tavsiye ederim. Tabiîdir ki, bu meseleyi bir an içinde halletmek imkânsızdır. Ancak, her medenî milletin ve cihanın menafii icabatından olan böyle bir tetkikin icrası, zarurîdir.

*
* *

Melfuf: II

Profesör W. Makovski'nin makalesinin hülâsası

Tecavüz harbine tahrik cinayeti.

Hukukî nizam, hukuk mefhumu ile içtimaî vicdan mefhumunun birleşmesinden doğmaktadır. Beynelmilel hukukî nizam için de vaziyet aynıdır. Politis diyor ki: «Milletlerin hukukî vicdanı, iktisatî ve ahlâkî mefhumlara mecburiyet hassası izafe etmektedir». Bu haletin bir neticesi olacakdır ki, beynelmilel ihtilâfatın halli zımnında harbe müracaatın tel'in edilmesi yoluna gidilmiş bulunuyor. Cemiyeti Akvam Misakı, ademi tecavüz muahedeleri, beynelmiler mahkemeler, Kellogg misakı, bütün bunlar milletlerin hukukî vicdanının tekâmülünü göstermektedir.

Beynelmilel adalet ve mücrimlerin (şahıs veya cemiyet olsun) takibi meselesi birçok münakaşalara yol açmış ve fakat bu gün yine nazariyat sahasını aşamamışdır. Halen mevcut beynelmilel hukukî nizam müesseseleri, cezaî müeyyidelerin tatbiki ile muvazzaf bir organizm ihdasına muktedir değildirler. Buna mukabil, camia namına ferde ceza tatbik edebilen bir teşekkül mevcutdur . Beynelmiler sahadaki tesanüd, beşeriyetin nef'ine olarak, beynelmilel hukukî teşriki mesainin tekâmülünü istilzam etmektedir.

Muâsır Devletlerce kabul edilmiş olan ceza kanunlarında, beşeriyetin esas menafiini istihdaf eden suçlar derpiş olunmuştur. Bu suretledir ki, bilûmum medenî milletlerin ceza kanunlarında, esir, kadın ve çocuk ticareti, uyuşturucu maddeler ticareti, gayri ahlâkî neşriyat ve saire hakkında hükümler yer bulmuştur. Bu hususda beynelmilel teşriki mesaiyi tanzim eden muahedatı tâdat etmemekle beraber, diyebiliriz ki, içtimaî bakımdan bir fiil zararlı telâkki olunduğu takdirde, Devletin cezaî makamatı, diğer Devletlerle hemahenk olarak,bunun derhal tenkili cihetine gitmektedirler.

Cemiyetin hukukî vicdanı, tecavüz harbinin beşeriyete karşı bir suç teşkil ettiği neticesine vardığı andan itibaren, Devletlerin mevzuatında bu husuşda bir hükmün yer bulması ve beynelmilel teşriki mesaiye doğru temayüllerin artması, tabiatile beklenebilirdi. Herhangi cezaî takibata henüz tâbi tutulamayan harb hakkında, cezaî müeyyidelerin kabulü, hiç şüphe yok ki,şimdilik mevzuubahs değildir; hal ve harekâtı ile bir harp tehlikesi ihdas eden kimseler kak-

606

kında ise, müeyyide vaz'ı mümkündür. Harp, medeniyetin terbiye ettiği ve fakat her an galeyan etmek istidadında olan heyecan, hırs ve şiddetli hislerin bir mahsulü olduğuna nazaran, sulhu tehlikeye koyabilecek bilvasıta âmillerden biri olarak, tecavüz harbine tahrik keyfiyetini gösterebiliriz. Hukuku ceza, dahilî asayişi tehlikeye sokması hasebile, suç irtikâbına teşvik keyfiyetini cezalandırmakdadır.

Muhtelif beynelmilel konferans ve kongrelerde tecavüz harbine tahrik meselesi hakkında dermeyan edilen hukukî mülâhazat bunlardan ibarettir.

Polonya hukukşinaslarının, Kanunu Cezaların tevhidi hakkındaki beynelmilel konferanslarda ve Hukuku Ceza Beynelmilel Birliğinde bu vadide sarfedegeldikleri gayret ve emekler takdire şayandır. Polonya Ceza Kanununun 107 inci maddesinde şöyle denilmektedir: «Tecavüz harbine alenen tahrik eden her kimse, beş seneye kadar hapis cezasile cezalandırılır.»

Şunu da ilâve etmek lâzımdır ki, Polonya'yı bu vâdide takib eden Devletler pek çok olmamıştır. Ancak Belçika ile Brezilya, bazı tadilâtla, böyle bir hükme kanunlarında yer vermişlerdir.

13 Devletin mümessilleri ve Cemiyeti Akvam'ın delegelerinin iştirakile Brüksel'de 1930 haziranında toplanan Hukuku Cezanın tevhidi hakkındaki III üncü beynelmilel konferans, müzakerat ruznamesine, tecavüz harbine tahrik fiilinin «delictum juris gentium» olarak kabulünü dercetmişdi. Suçun tarifi hakkında ittifak hasıl olmuş ve şu şekil kabul edilmişdi: «Tecavüz harbine alenen tahrik eden her kimse ..... cezalandırılır».

Maamafih, işbu konferansda cezaî müeyyide derpiş edilmemiş ve bu iş hususî mevzuata bırakılmıştır. İzhar edilen temenniler, Devletlere bir mecburiyet tahmil eylememekle beraber istikbalde tâkibedilecek istikamet hakkında ciddî bir direktif teşkil etmektedirler.

Brüksel konferansı tecavüz harbine tahrik suçu, tahrikin mâtuf bulunduğu memleket mevzuatına göre cezalandırılması lâzım gelen bir suç teşkil ettiği takdirde ancak cezanın tatbik edilebileceği kaydı ihtirazisini koymakla, Polonya projesinden mülhem bulunan esas formülü tamamlamış oldu. Bulgaristan, Yunanistan, Romanya, Çekoslovakya ve Yugoslavya mümessilleri beyanatda bulunarak, mevzuubahs suça «delictum juris gentium» mahiyeti izafe edemeyeceklerini bildirdiler.

Suçun mahiyeti siyasîyesine beynelmilel bir veçhe verilmesine mâni olan işbu kaydı ihtirazîler dolayısile, mesele yine Devletlerin mevzuatı milliyeleri çerçevesi dahilinde kalıyor demektir.

*
* *

Melfuf: III

Manevî terki teslihata dair. Polonya Hükûmetinin Memorandum'u

(Tenkil tedbirlerine müteallik kısım)

Manevî terki teslihat meselesi bir zamandan beri, yalnız efkârı umumiyeyi değil, aynı zamanda mes'ûl Devlet adamlarını da alâkadar etmektedir.

Beynelmilel vaziyet, bazı unsurların milletler arası münasebatını tağşiş etmek ve ortaya ihtilâf mevzuları çıkarmak için yaptıkları tehlikeli tahrikler dolayısile, gün geçtikçe daha vahimleşmek istidadını gösteriyor. Bazı muhitlerde yükselen kinü gayz nidaları, umumî endişeyi mucib olmakta ve sulhun tahkimi için sarfedilegelen gayretleri semeresiz bırakan bir şüphe havası yaratmaktadırlar. Bu meselenin terki teslihat konferansında bilhassa tetkiki icab etmektedir; zira konferansda elde edilecek neticelerin, alâkadar Devletlerin birbirlerine karşı besledikleri itimadın derecesine göre tebeddül edeceği tabiîdir. Bu itimad ise, her şeyden evvel, Avrupada siyasî ve manevî bir uzlaşmanın elde edilmesine vabestedir.

Terki teslihat konferansının muvaffakiyetle neticelenebilmesi için, evvelemirde, sulh aleyhinde mevcud cereyanların ne suretle izale edilebileceğini ve Devletlerin elbirliği yaparak manevî bir uzlaşma nasıl temin eyleyebileceklerini bilmek lâzımdır.

Polonya Hükûmeti, konferansa davetli bulunan Hükûmetlere işbu Memorandum'u tevdi etmekle, manevî terki teslihatın filen teminin faideleri üzerine dikkat nazarlarını celb etmek ve bu terki teslihatın hangi sahalarda süratle icrası lâzım geldiğini tayin eylemek istemiştir.

Mevzuatı milliyede, ferdî hürriyetler ile menafii umumiyeyi telif etmek iktiza eder; Cemiyetin âlî menfaatlarını korumak için, bu hürriyetler bazı takyidata tâbi tutulmaktadırlar. Şimdiye kadar, ferdî hürriyetlerin tâbi bulundukları menafii umumiyenin, millî kadro dahilinde mevcut muhtelif içtimaî toplulukların menafii ile aynı olduğu zannedilmekte idi. Halbuki, millî kadro haricinde, yüksek bir Cemiyet mevcuttur ki o da Beynelmilel Cemiyetdir.

Bu takdirde, neden dahilî mevzuatın, millî Cemiyet menfaatları ile birlikte Beynelmilel Cemiyet menafiini de nazarı itibare almaları mümkün olmasın?

Bu mesele, ilk defa 1927 de, Hukuku Cezanın tevhidi hakkındaki

birinci konferansda mevzuubahs edilmiş ve diğer tarafdan, bu mevzua dair Brezilya, Romanya ve Polonya Devletleri arasında da istişareler yapılmışdı.

İşbu üç Devletin Ceza Kanunu projelerinde, harbe tahrik eden her kimsenin hapis cezasile cezalandırılacağı tasrih olunuyordu. Brezilya projesi, bu hususda daha ileri giderek, ecnebî bir memleketle siyasî müzakerat esnasında, harb lehinde Hükûmet üzerinde tesir icra etmek için, halk arasında kargaşalık çıkaran veya beynelmilel münasebatı tağşiş etmek isteyen her kimsenin tecziyesini derpiş etmiştir. Lâkin diğer Devletler, mezkûr üç Devleti bu vadide tâkip etmemişlerdir. Ceza Kanunlarının cümlesinin tâdili hususunda, bütün Devletlerin gayretlerini birleştirmek zamanı gelmemiş midir? Devletler, bazı şahıs veya toplulukların caniyane hareketlerine karşı sulhun ve beynelmilel tesanüdün himayesi hakkında bazı hükümler kabul etmelidirler. Lâzım gelen formülleri bulmak ve Milletler arası münasebatını bozabilecek olan harekâtı tesbit eylemek mütahassıslara bırakılacak bir işdir. Mütehassısların fikirleri beynelmilel bir mukaveleye esas olabilir ve buna istinaden, Devletler, Ceza Kanunlarında icabeden tadilâtı icra ederler. Devletlerin bu vadideki gayretlerinin tevhidi, ancak bu suretle olabilir.

*
* *

Melfuf: IV

Hukuku Cezanın tevhidi hakkındaki IV üncü konferansın verdiği karar

(Paris, 27 — 30 Kânunuevvel—931)

Hukuku Cezanın tevhidi hakkındaki beynelmilel konferanslarda, bazı hukuku Düvel suçları ile harb propagandasına dair müşterek metinler kabul olunmuşdu. Bu metinler, mezkûr konferanslara iştirak eden Devletler mümessillerinin ekserisi tarafından tasdik edilmiştir. Bu vaziyete nazaran, IV üncü konferans, birçok Devletlerin mevzuatı cezaiyelerine bu gibi ahkâmı derç ve Hukuku Düvel suçları ile harb propagandasını tenkil etmeleri hakkında beynelmilel bir mukavele akdinden tevellüd edecek faideler üzerine Cemiyeti Akvam kâtibi Umumiyesinin nazarı dikkatini celbeder.

*
* *

609

II — Devletler arası münasebatını tağşiş edebilecek olan yanlış haberlerin tenkiline dair.

(Beynelmilel İş Bürosu âzası ve Cenevre Hukuk Fakültesi Doçenti M. Michel de Potulicki tarafından tevdi olunan rapor.)

1 — Mukaddeme.

Cihan harbi esnasında «défaitisme» hakkında pek çok söz söylendi. Sulh zamanında ise, bundan nadiren bahsolunmaktadır. Mukavelelerden maksad, milletler arasındaki teşriki mesaiyi inkişaf ettirmek ve onlara, harbe tevessül etmemek hususunda bazı kat'î vecibeler kabul ettirmek suretile asayişi temin eylemek ise, «défaitisme» in birçok vasıtalarla tel'ini cihetine gitmek iktiza eder.Bu hususda bir netice elde etmek için, beynelmilel münasebatı alenen ve kasden muhataraya sokmak ve binbir fedakârlık sayesinde temin olunan sulhu ihlâl eylemek isteyenlerin tecziyesi icabeder.

Asıl terki teslihata tekaddüm edecek ve onu hazırlayacak olan manevî terki teslihat mevzuubahistir. Harb propagandasının tenkili hakkında, evvelki içtimalarımızda faideli gayretler sarfedilmiş ve hatta Cemiyeti Akvam'a kadar gidilmiştir. Fakat, diğer bir mesele daha mevcuddur. Muâsır bazı ceza kanunlarında olduğu gibi, harb propagandasını tenkil etmek kâfi değildir; aynı zamanda, beynelmilel münasebat için bir tehlike menbaı teşkil eden ve hasmane cereyanlar uyandırabilecek olan, yanlış ve kasdî haberlerin neşrü ilânının da tecziyesi lâzımdır.

2 — Tarihçe.

Mesele pek yeni değildir. Ağustos-1914 de Stockholm'de toplanması mukarrer olup, harbin ilânı üzerine in'ikad edemeyen Parlamentolar Birliğinin XIX uncu konferansı ruznamesine de bu mesele dercedilmişdi. Viyana Üniversitesi profesörlerinden M. H. Lammasch, tevdi eylediği mühim bir raporda, Devletlerin birbirlerine karşı besledikleri niyetler hakkında yanlış ve hakikate mugayir haberlerin işaası dolayısiyle milletlerin maruz bulundukları tehlike hakkında noktai nazarını izah ederek, Devletleri «beynelmilel münasebatı ihlâl edecek mahiyetde olan yanlış haberlerin kasden neşrü ilânına mâni olmak üzere kanunlarına ağır cezalar vaz etmelerini» teklif eyliyordu.

Ancak hayatın garib bir istihzası olarak, bu teklifden birkaç gün sonra, harbi umumî zuhur etti.

Harbden sonra, ve bilhassa tecavüz harbinin Cemiyeti Akvamca kanun harici ilân edilmesi üzerine, bu nevi propagandanın izalesi için yeniden gayretler sarfedilmeğe başlandı. Bu hususda, bilhassa

610

Polonya Hükûmeti ile Cemiyeti Akvama müzahir olan Beynelmilel birlik, matbuat eksperleri konferansı gibi kurumlar, muhtelif memleketlerde geniş mikyasda icrai faaliyet eden bu nevi sulh tehlikesine karşı cihanın nazarı dikkatini celbe çalışdılar. Bugünkü günde, büyük matbuatın sanayi ve Borsa kazançları ile hemahenk olarak yürüdüğü ve, iş yapabilmek için, mübalâğalı havadisler neşretmek suretile efkârı umumiyede alâka uyandırmaya çalışdığı maalesef tebeyyün etmiş bulunuyor.

3 — Suçun mahiyeti.

«Juris gentium» suçu mu, yoksa âdi matbuat suçu mu mevzuubahistir?

Diğer bir şahsa atfen, yanlış ve yalan haberleri, sui niyetle, işan etmek suçunun mahiyetini burada tetkik edecek değiliz. Muhtelif şekillerde tecellî eden bu suç hakkında (eshamın yükselmesi veya düşmesi, intihabat esnasında reyler üzerinde müessir olmak üzere yapılan neşriyat gibi) ekseri ceza veya matbuat kanunlarında cezalar derpiş edilmiştir. Burada mevzuubahs edeceğimiz suç, umumiyetle yazı ve bazen de söz ile ika olunan «beynelmilel» suçdur.

Devletler beynindeki münasebatı ihlâl edecek olan yanlış haberlerin tenkili hususunda, vazı kanun üç usûl takib edebilir.

Birinci usule göre, mesele, tamamen millî menafiinin himayesi bakımından derpiş edilmektedir. Pek mahdut bir sahayı ihtiva eden bu usûl, ihtiyaca tabiatile kifayet etmemektedir.

Daha geniş olan ikinci usûl, harbi kanun harici addeden prensibden mütevellid âli bir menfaatin himayesini nazarı itibare almaktadır.

Burada, iki şık mevcuddur:

a) Hukuku cezanın tedvini hakkındaki III üncü Brüksel konferansı müzakeratında mevzuubahs olan «teşrîî müşabehet» kaydını kabul etmek; b) Veya mezkûr suçu, bir hukuku düvel suçu telâkki ederek, tenkili cihetine gitmek icabeder.

Bu son iki sistemin mahzur ve faideleri vardır. Daha realist olan birincisi, yeni bir fikrin tatbikatda ne gibi müşkülâta tesadüf edebileceğini nazarı itibare almakta ve hali hazır beynelmilel vaziyetin imkânlarını göz önünde bulundurmaktadır. Netice itibarile bu sistem, pek de müessir olmamaktadır. Bu hususda yapılacak en iyi şey, cemiyeti Akvamın himayesi tahtında bir konferans toplayarak beynelmilel bir mukavele akdetmektir.

Tenkile umumî bir mahiyet veren üçüncü sistem ise, bu vâdide hakikî bir terakki ve tekâmül teşkil etmektedir. Prensip olarak, bu sistemi tercih etmek iktiza eder, zira bu suretle sulha vâki olacak

her tecavüz, beynelmilel nizama yapılmış bir tecavüz telâkki edilecekdir.

Her halde diyebiliriz ki, yanlış haberlerin neşrü ilânı meselesi ile harb propagandası meselesini bir nevvel halletmek icab etmektedir. Hattâ birinci meselenin halli daha müstaceldir, çünki, burada, harbin uzak bir âtide hazırlanması mevzuubahisdir. «Tecavüz» harbinin mahiyetini tesbit etmek pek müşkül olduğu cihetle, yanlış haberlerin işaesi meselesinin halline tercihan daha evvel gitmek muvafık olur. Millî mevzuata dercedilmek üzere kongreye teklif edeceğimiz metin projesi şöyle olabilir:

«Devletler arası münasebatını ihlâl edecek mahiyetde olan yanlış ve hakikate uymıyan haberleri kasden neşrü ilân eden her kimse, ... sene hapis cezası ve ..... para cezasile ve yahut yalnız bu iki cezadan biri ile cezalandırılır».

Bu fikir, bazı kimseler için belki bir hayal gibi görünür. Böyle bir teklifin pek fazla mazhariyet görmiyeceğini iddia edenlere cevaben deriz ki, beynelmilel vâdide, millî tasdika iktiran etmesi muhakkak olan meseleleri yalnız ele alacak olursak, hiçbir terakki temin etmenin imkânı kalmaz. Herhangi bir yenilik getiren bir metnin millî kuvayı teşrîiye tarafından kabulünden evvel, fikirlerde bir «hareket» tevlid etmek ve bu hareket mevcut ise, onun, ziyaa uğramamasını temin eylemek icab eder. Gayretlerimiz bu maksada mâtufdur.

11 - 12 Kânunusani 1932 de Kopenhag'da toplanan beynelmilel matbuat konferansı, hükûmetlerin matbuat büroları vasıtasile, yanlış haberlerin işaası ile mücadele etmelerini ve halka mümkün olan suretle doğru haberlerin verilmesi için icab eden tadbirleri ittihaz eylemelerini temenni etmişdi.

Bu fikirlerden mülhem olarak, millî vazıı kanunlar, ceza veya matbuat kanunlarına yanlış haberlerin neşrü ilânının tenkili hakkında hükümler koyamazlar mı ? Manevî terki teslihata mâtuf bulunan böyle bir tedbir ittihaz edilmedikçe, asıl terki teslihat bir hayalden ibaret kalacakdır.

*
* *

III — Hangi suçlar hakkında salâhiyeti umumiye kabulü caizdir?

(Cernautzi Üniversitesi Hukuku Ceza Profesörü "Mösyö Jean Radulesco„ tarafından tevdi olunan Rapor.)

I

Beynelmilel Hukuku Ceza Birliğinin III üncü kongresine arzolu-

612

nan birinci mesele, büyük bir ehemmiyeti haizdir. Mevzuubahs olan, hangi suçlar hakkında salâhiyeti umumiyenin kabulü caiz olduğu meselesidir.

Nakliye vasıtalarında elde edilen terakki neticesi olarak, beynelmilel cinayetin gün geçtikce çoğalmakta olduğunu görüyoruz. Caniler, bu suretle, hududları kolaylıkla aşmakta ve her nevi tâkibattan âzade kalmaktadırlar. Büyük şehirlerde mevcud kozmopolitizm, beynelmilel cani şebekelerinin teşekkülüne imkân vermekte ve bu şebekeler bütün beşeriyet aleyhinde harekete geçmektedirler.

Vahameti derkâr olan bu vaziyet, Devletin nüfuzunun millî hudutlar dahiline münhasır kalmasından mütevellid noksanları bertaraf etmek üzere, beşerî tesanüd fikri ile adalet hissini bu hususta kat'î bir sureti hal bulmaya sevketmektedir.

Kavanini cezaiyenin mahalliyet kaidesi hilâfına olarak, bazı mühim suçlar, suçun ika mahalli ve suçlunuu tâbiiyeti nazarı itibare alınmaksızın, tevkifin vâki olduğu yerde rü'yet edilmelidirler.

Tevkifin yapıldığı yer hâkimine hangi suçlar hakkında salâhiyet vermek caizdir. İşte bütün mesele budur.

Meselenin esasına geçmezden evvel, salâhiyeti umumiye prensibine muâsır Ceza Kanunu ve projelerinde ne gibi bir mevki verildiğini, bu hususdaki yeni temayülâtı tayin edebilmek için, kısaca tetkik etmek faideden hâli değildir fikrindeyim.

Kanunu Ceza esas olarak, mahalliyet prensibini kabul etmektedir; millî hududlar dahilinde irtikâb olunan her suç, onun hükümlerine tâbidir. Kanunu Cezanın millî hududlar haricinde cari olması, bazı istisnaî hallerde mevzuubahs olabilir. Memaliki ecnebiyede tebaanın ika ettiği suçlar ile — suçlu ecnebi bir tâbiiyetde bulunsa ve suçunu memleket haricinde hazırlamış veya irtikâb eylemiş olsa dahi — Devletin emniyet veya itibarına halel irâs eden suçlar hakkında vaziyet böyledir. Bu iki istisnadan maada, salâhiyeti umumiyenin tatbikatından mütevellid bir de üçüncü bir istisna mevcuddur.

Salâhiyeti umumiyenin mahiyeti ve hukukî esası nedir?

Tecziye hakkının umumî olduğunu kabul eden sistem, mahallî tevkif mahkemelerine — suçlunun tâbiiyeti ve suçun mahalli irtikâbı ne olursa olsun — salâhiyet tanımakdadır.

Mahalliyet esasını kabul eden klâsik tez ise, hâkimiyet prensibine istinad etmektedir. Kanunu Cezanın gayesi, Devletin bilûmum menafiini millî hududlar dahilinde himaye etmektir. Mahkemeler — suçlu, tebaa veya ecnebi olsun — ülke dahilinde işlenen her suçu rü'yet salâhiyetini haizdirler.

Fakat Devlet, memaliki ecnebiyede zarara düçar olduğu her halde dahi, menafiini korumak mecburiyetindedir. Böyle bir hâl, suçlu

5/3

veya suçdan zarar gören kimsenin tebaadan bulunduğu, veyahut irtikâb edilen suç Devletin emniyet veya itibarına halel irâs ettiği takdirde mevzuubahisdir. Bütün bu istisnalar, mahalliyet prensibinin tatbikattaki şiddetini azaltmakta ve, bazı ahvalde, işbu prensibin haricine çıkmaya imkân vermektedir. Mahkemeler, yalnız Devlet arazisinde işlenen suçları değil, fakat aynı zamanda, millî bir menfaata zarar irâs etmek şartile, memleket haricinde ika olunan suçları da rü'yete salâhiyettardırlar.

Kanunu Cezanın himaye etmesi lâzım gelen fikri adalet ve menfaatı beşeriyeye müstenid bulunan tez, tecziye hakkının, mahallî değil, umumî olduğunu dermeyan etmektedir. Kanunu Cezanın nihaî gayesi, «beşerî toplulukları birbirinden ayıran mûtad hududlar» dahilindeki nizam ile birlikte umumî nizamı da muhafaza etmektir. Mahkelere, millî hududlar haricinde işlenen suçları da rü'yet etmek hakkı, yani salâhiyeti umumiye verilmelidir.

Salâhiyeti umumiye prensibi tatbikata yeni vaz'edilmiş değildir; 1803 ve 1852 tarihli Avusturya Ceza Kanunlarında bu prensibe yer verilmiştir. 1852 tarihli kanun mucibince, mahkemeler, hususî ahkâma tâbi bulunan Devletin emniyet ve itibarına mâtuf suçlar haricinde, memaliki ecnebiyede bir ecnebi tarafından irtikâb edilen bilûmum suçları rü'yete salâhiyettar kılınmışlardır. «Judex deprehensionis» salâhiyeti de, İtalyan (1889), Norveç (1902) ve Rus (1903) Ceza Kanunları tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır.

Yeni tanzim edilen kanunlar meyanında, klâsik mahalliyet nazariyesine sadık kalarak, umumiyet sistemini kabul etmiyen, İspanyol Ceza Kanununu zikretmeliyim. Buna mukabil, ahiren tasdik olunan Rocco Ceza Kanunu, 1889 İtalyan Ceza Kanununa imtisalen, umumiyet sistemini tamamen benimsemiştir. İşbu Ceza Kanununun birinci maddesi mucibince, ecanib tarafından yabancı bir ülkede işlenen suçlar — bu suçlar ecnebi bir Devlet veya bir kimseye müteveccih olsa dahi — İtalyan Ceza Kanunu hükümlerine tâbidirler. Maamafih işbu «Judex deprehensionis» salâhiyeti, umumî değildir: Böyle bir salâhiyet, ölüm cezası, müebbed kürek veya asgarî üç sene hapis cezasını müstelzim ağır suçlar hakkında mevzuubahistir ve takibat ancak, suçun ika olunduğu mahal hükûmetince veya suçlunun tâbi bulunduğu Devletçe iade talebi terviç olunmaması üzerine, Adliye Vekâletinin emrine müsteniden yapılabilir.

Yeni tanzim olunan Ceza Kanunlarının azçok hepsinde, mahallî tevkif hâkimine, bir dereceye kadar salâhiyet tanınmaktadır. Alman, Polonya, Romanya, Çekoslovakya projeleri bunların başlıcalarıdır. Bu projelerin ekserisi, «judex deprehensionis" salâhiyetine tâbi olan

suçları tâdat etmektedirler. Bunlar meyanında, korsanlık, esir ve kadın ticareti, kalpazanlık gibi Hukuku Düvel suçları da mevcuddur.

Bütün bu söylediklerimizden anlaşıldığı üzere, modern vazıı kanun, Kanunu Cezanın mahalli tatbiki hususunda, gün geçtikce daha geniş bir zihniyetle haraket etmek temayülünü göstermekte ve, eski mahalliyet sistemini muhafaza etmekle beraber, tenkilin umumileşmesi prensibine bir dereceye kadar mevki verıuektedir.

Ekseri kanunlarda ve kanun projelerinde, salâhiyeti umumiye, bütün beşeriyeti rencide eden ve Devletlerin elbirliği ile tenkiline çalıştıkları suçların cezalandırılması için bir vasıta telâkki edilmektedir.

Vehameti fevkalâde istisnaî olan öyle fiiller vardır ki, bunları ika eden her kimse, bu suretle yalnız kendi memleketi Ceza Kanunu hilâfına değil, fakat aynı zamanda ve bilhassa, her medenî insanda tab'an mevcut beşeriyet hissine karşı da hareket etmiş sayılır. Bu gibi kimseler cezasız kalamazlar; bunlar, cinayetlerini nerede ve kime karşı irtikâp etmiş olurlarsa olsunlar, cezalarını çekmelidirler; bütün beşeriyet bunu istemektedir.

Bu mülâhazaya binaen, Devlete iki vazife terettüb etmektedir: Bir yandan, kendi menafiini himaye etmesi dolayısile, hâkimiyet ve tamamiyetinin vesayetini icra edecektir; diğer taraftan da, beynelmilel camianın bir uzvu olması hesabile, bilûmum memleketlerin menafiini gözetecekdir.

*
* *

II

Kanunu Cezanın, esas itibarile mahallî olması iktiza eder; bu hususda ihtilâf mevcut değildir. Bu sistemi, umumiyet sistemi ile tebdil etmek haksızlık ve adaletsizlik olur. Muâsır hukuku cezanın müstenid bulunduğu prensip mucibince, Kanun, ilk evvel ihbar ve sonra tecziye etmelidir. Halbuki, bu ihbar ancak millî hudutlar dahilindeki kimseler için mevzuubahs olabilir. Diğer cihetten, suçlunun, suçunu ika ettiği mahalden uzak bir yerde tâkibi, büyük hatalara meydan verebilir.

Leh veya aleyhde mevcut delâil, muhakeme mahallinden bu kadar uzak bir yerde bulunduğu taktirde, failin kabahatlı olup olmadığını nasıl takdir edebiliriz? Failin kendi memleketi örfü âdetleri ile, muhakeme edildiği memleket örfü âdetleri arasında pek mühim farklar bulunabileceğine nazaran, suçun vehametini ne esasa göre tayin etmek lâzım gelecektir?

Tenkilin umumî olmasını terviç eden sistem, mahalliyet sistemi yerine kaim olamazsa da, salâhiyeti umumiye, Kanunu Cezanın mahallî olarak tatbikinben mütevellid noksanları ikmal etmek üzere, bilûmum cinayet ve suçlar için, bazı şartlar tahtında, kabul olunabilir.

İşbu salâhiyet dahiline girmesi bilhassa lâzım gelen suçlar, Devletlerin müşterek menafiini haleldar etmek suretile umumî bir igtişaş tevlid eden suçlardır. Burada, suçlunun tâbiiyet ve suçun mahalli irtikâbı nazarı itibare alınmaksızın, mücrimin yakalandığı yer hâkimine salâhiyet bahşetmek iktiza eder.

Salâhiyeti umumiyeye tâbi bulunacak olan suçların listesini tanzim için, evvelemirde, himayesi bilûmum Devletleri alâkadar eden menafiin tayini lâzım gelmektedir. Bunlar meyanında ilk evvel, beşeriyetin manevî terekesine dahil bulunan gayri maddî «kıymetler" gelmektedir. Esir ticareti, kadın ve çocuk ticareti, gayrı ahlâkî neşriyat, bütün bunlar, bilûmum cemiyetler için, milletler beynindeki ahlâk mefhumunu rencide etmesi dolayısile, daimî bir tehlike teşkil eden suçlardır.

Gayrı maddî «kıymetlar» den sonra, kâğıt para ve sair millî ve ecnebi esham gibi maddî «kıymetler» mevzuubahistir. Bunların da korunması bütün Devletleri alâkadar eder. Kalpazanlık, malî münasebatın emniyetini ve binnetice beynelmilel ticaretin temeli olan dürüstiyi ihlâl etmektedir.

Bir de, telefon, telgraf, deniz altı kabloları gibi, herkesin emrine âmade bulunan «kıymetler» mevcuddur.

Ve nihayet, Devletlerin, elbirliği ile himaye etmeye çalıştıkları bir hakkı zikretmeliyiz ki, o da sulh içinde yaşamak hakkıdır.

Himayesi bütün Devletleri alâkadar eden «kıymetler» bunlar ise, bu himayeyi en müessir bir şekilde temin için, hangi suçlar hakkında salâhiyeti umumiye kabul etmek caiz olur?

Tâbiiyet ve suçun irtikâb mahalli nazarı itibare alınmaksızın, suçlunun yakalandığı yer hâkimine salâhiyet verilmesi iktiza eden mevzuları tayin etmeliyiz.

Bazı suçların umumî bir tehlike teşkil etmeleri dolayısile, Devletler bu nevi suçların tenkili zımnında birçok Mukavele ve itilâfnameler imza etmişlerdir. Demek oluyor ki, beynelmilel mahiyeti muahedat ile kabul edilmiş bulunan bazı suçlar mevcuddur. Bunlar meyanında, esir ticareti, kadın ve çocuk ticareti, uyuşturucu maddeler alış verişi, gayrı ahlâkî neşriyat, kalpazanlık gibi her Devletin takib edegeldiği suçları zikredebiliriz.

1927 senesinde Varşova'da toplanan Hukuku Cezanın tevhidi hakkındaki birinci beynelmilel Konferans, beynelmilel Hukuku Ceza me-

616

seleleri ile meşgul olmakla beraber, salâhiyeti umumiye meselesini de tetkik etmişti. İşbu Konferans tarafından kaleme alınan 6 ıncı maddede şöyle denilmektedir: «Fiilin mahalli irtikâbı ve fâilin tâbiiyeti nazarı itibare alınmaksızın, zirde mâruz fiillerden birini ika eden her kimse, Millî Kanun mucibince cezalandırılır: Korsanlık, madenî veya kâğıt para ve sair esham ve tahvilât kalpazanlığı, esir ticareti, kadın ve çocuk ticareti, müşterek bir tehlike ihdas edebilecek mahiyetde olan bilûmum vesaitin kasden istimali, uyuşturucu mevad sürümü, gayrı ahlâkî neşriyat ve beynelmilel muahedat ile derpiş olunan sair suçlar."

Varşova Konferansına göre, salâhiyeti umumiyeye tâbi olması lâzım gelen suçlar, yeni tanzim olunan Kanunu Ceza Projelerinin ekserisinde yer bulmuşlardır.

Lâkin, gerek hukuku Düvel suçları namı altında Varşova Konferansı tarafından tertip olunan liste, gerekse beynelmilel mukavelelerde derpiş olunan suçları ihtiva eden liste, bence, salâhiyti umumiyeye tâbi bulunması icab eyleyen suçların cümlesini ihtiva etmemektedir. Varşova Konferansı tarafından hazırlanan listeyi ikmal için, buna, Kanunu millî mucibince cezalandırılmakla beraber, beynelmilel mukavelât mevzuunu teşkil eyleyen suçları da ilâve etmek iktiza eder.

Konferans murahhaslarının kabul ettikleri sistemi tenkid edecek değilim. Salâhiyeti umumiye, bazı ef'alin tenkilinden mütevellid umumî menfaat fikrine müstenid ise de, menfaatin sureti telâkkisinin mütehavvil olduğu da muhakkakdır. Vazıı Kanun, Devletlerin riayet edilmesini istedikleri hak ve menfaatleri hep bir arada derpiş edemez. Böyle bir hak veya menfaat mevzuubahs olduğu her halde, hukuku Düvel suçları listesi peyderpey, beynelmilel mukaveleler akdi sureti ile, itmam edilebilir.

Salâhiyeti umumiyeye tâbi tutulması lâzımgelen suçların listesini tanzim için, suçun mahiyeti itibarile, umumî tenkili icap ettirmesi, veyahut tenkilin, fiilin irtikâp edildiği mahalde yapılmasının faideli bulunması hallerine göre, suçları iki büyük kısma ayırmak muvafık olur fikrindeyim. Bu taksime nazaran, birinci kısma, mahiyeti itibarile, umumî bir tehlike arzeden suçlar dahil edilecekdir. Bunlar, muhtelif Devlet topraklarında hazırlanan veya irtikâp edilen suçlardır. İkinci kısma girecek suçlar ise, bir Devletin hâkimiyetinin coğrafî hududları haricinde işlenen suçlardır.

***

III

A — Mahiyeti dolayısile, salâhiyeti umumiyeye tâbi tutulması icab eden suçlar.

1 — Esir Ticareti: 1926 tarihli beynelmilel Mukavelenin birinci maddesinde «esaret, üzerinde hakkı temellük icra edilen bir kimsenin vaziyetidir» denilmektedir. Aynı madde ahkâmı mucibince, esir ticareti «esir etmek maksadile bir kimsenin alınması veya satılmasıdır».

Esir ticareti, mahiyeti itibarile, beşeriyetin en mukaddes kazançlarından biri olan hürriyet mefhumunu rencide eden bir suçtur. Bu suç, kadın ve çocuk ticaretinde de olduğu gibi, ferdi beşere karşı herkesin göstermesi lâzım gelen saygıya bir tecavüz teşkil eder. Alçakça ticaretlerile herkesin nefretini celbeden bu nevi «hostes generis humani» lerle medenî cemiyetlerin mücadele etmeleri lâzımdır.

Esir ticareti meselesi birçok konferans ve Kongrelerde görüşülmüş ve, ahiren, bu suçun tenkili hakkında beynelmilel bir Mukavele akdedilmiştir.

Vehametine binaen, bütün Devletlerin elbirliği yaparak, bu âfet ile sureti kat'iyede mücadele etmeleri zaruridir. Binaenaleyh, diğer hukuku Düvel suçları ile birlikte esir ticaretinin de, salâhiyeti umumiyeye tâbi tutulması icab eden suçlar listesine ithali lâzım gelmektedir.

2 — Kadın ve çocuk ticareti: Bu suç, esir ticareti suçuna müşabihtir; zira, o da, neticesi itibarile, hürriyeti selbetmektedir. Avrupalı binlerce kadın, yapılan tekliflere kapılarak, memleketlerini terkederek pek uzak yerlere gitmekte ve orada kölelik yapmaktadırlar.

Kadın ve çocuk ticareti, beynelmilel mahiyeti itibarile, her yerde korunması icab eden ahlâkı umumiyeye bir tecavüz teşkil etmektedir.

Esir ticareti gibi, kadın ve çocuk ticareti meselesi de, muhtelif kongre ve konferanslarda mevzuubahs edilmiştir. Bu hususda 4-Mayıs-1910 tarihinde beynelmilel bir mukavele akdolunmuş ve buna zeylen, mevzuubahs ticaretin tenkili, için, 30-Eylûl-1931 de Cenevre'de diğer bir Muahede imzalanmıştır.

Salâhiyeti umumiyenin tatbiki için esir ticareti meselesinde dermeyan edilen sebepler, kadın ve çocuk ticareti meselesinde de aynen mevcuddur. Binaenaleyh, bu suç da, 1927 tarihli Alman Ceza Kanunu projesinde olduğu gibi, salâhiyeti umumiyeye tâbi tutulması icab eden suçlar listesine ithal edilmelidir.

3 — Gayrı ahlâkî neşriyat: Burada mevzuubahs olan, beşeriye-

618

tin manevî bünyesini tahrib eden bir suçtur. Bilhassa gençlik için bir tehlike teşkil eden bu âfetin imhası zımnında, bütün Devletlerin kuvvetle mücadele açmaları lâzımdır. Suçun esası, satmak, dâğıtmak veya teşhir etmek üzere, resim, afiş, sinema filimi ve sair eşyanın imâl, nakil, ihraç veya ithalidir.

Yukarıda bahsettiğimiz suçlar gibi, gayrı ahlâkî resim, kitab ve sairenin sürümü beynelmilel bir suçtur, zira bu nevi sürüm birçok Devletlerin topraklarında yapılagelmektedir.

Gayrı ahlâkî neşriyat meselesi 1908 de Paris'de in'ikad eden beynelmilel bir kongrede görüşülmüş ve bugibi neşriyatın tenkili için bazı tedabir derpiş edilmiştir. 1908 Kongresi temenniyatı çerçevesi dahilinde 1910 senesinde hazırlanan mukavele projesinden sonra, gayrı ahlâkî neşriyat meselesi Cemiyeti Akvam üçüncü Asambl'esinde müzakere edilmiş ve bu hususta 1923 senesinde Cenevre'de bir mukavele imza olunmuştur.

Görüldüğü üzere, beynelmilel teşekküller bu nevi neşriyat ve yazıların ahlâki haseneye karşı bir tecavüz teşkil ettiğini anlamış oldukları cihetle, bu tehlikenin bertaraf edilmesi için büyük gayretler sarfedegelmişlerdir. Ahlâkın sukutu ve ahlâksızlığın methü senası, Cemiyetin inhitatını intac etmekte olduğuna nazaran, bütün beşeriyetin gayrı ahlâkî neşriyat sürümü ile mücadele etmesi iktiza eder. Böyle bir suç irtikâb eden her kimse tecziye olunmalı ve tevkif yeri mahkemeleri, suçlunun tâbiiyet ve suçun ika mahallini nazarı itibare almaksızın, hükmünü vermelidirler.

4. Uyuşturucu maddeler ticareti: Gayrı ahlâkî neşriyat beşeriyetin manevî bünyesini tahrib ettiği gibi, uyuşturucu maddeler de beşeriyetin fizik ve fikrî bünyesini tahrib etmektedir. Uyuşturucu maddelerin istimali Cemiyet için büyük tehlikeler hazırlamaktadır ve buna karşı bütün memleketlerin elbirliği yaparak mücadeleye geçmeleri lâzımdır. Bu hususta, beynelmilel konferansler toplanmış ve bir çok mukaveleler akdedilmiştir. Misâl olarak afyon istimaline dair 1912 senesinde Lahey'de imzalanan mukaveleyi zikredebiliriz. Cemiyeti Akvam misakının 23 üncü maddesi icabatından olarak, işbu teşekkül, afyon ve sair muzur mevad ticaretini kontrol etmeye memur edilmiştir. 1925 senesinde de, uyuşturucu maddeler hakkında Cenevre'de beynelmilel bir mukavele akdolunmuştur.

Uyuşturucu maddelerin istimali ile yapılacak mücadele, yalnız Devlet hududları dahilinde değil, fakat aynı zamanda hududlar hari-

6/9

cinde de olmalıdır; zira bu tehlikeye her memleket ve binaenaleyh bütün beşeriyet mâruz bulunmaktadır. Bu nevi maddeleri sürmekle suçlu olan her kimse, her nerede yakalanırsa yakalansın, şiddetle tecziye edilmelidir.

5. Terorizm: Kanunu cezanın derpiş ve tecziye ettiği bazı fiiller vardır ki, bunlar, yalnız muayyen bir Devlet için değil, aynı zamanda bütün beşeriyet için bir tehlike teşkil ederler. Bu fiiller, içtimaî herhangi bir teşekkülün temellerini yıkmak gayesini istihdaf ettikleri cihetle, siyasî suç addedilemezler. Misâl olarak, insanların hayat veya sıhhatını tehlikeye koyan, yangın, infilâk veya seylâb husulüne sebebiyet vermek suretile umumî bir tehlike ihdas eyliyen fiilleri zikredebiliriz.

Varşova konferansı, terorizm'i «umumî bir tehlike ihdas edebilecek mahiyetde olan bilûmum vasıtaların kasden istimali» şeklinde tarif etmiştir. Umumî bir tehlike mevcud ise, her Devlet, böyle bir tehlikeyi ihdas eden kimseleri tâkib etmek mecburiyetindedir; bu kimseler, ecnebi olsalar ve suçlarını bulundukları memleket haricinde ika etmiş bulunsalar dahi, takibat yapmak iktiza eder.

Terorizm, başka bir bakımdan da, içtimaî camiaya karşı bir sui kasd teşkil etmektedir. Bunun tenkili için bütün Devletlerin elbirliği yapmaları zarurî görünüyor. Bu sebeple, terorizm hakkında da salâhiyeti umumiye kabul etmek caizdir.

6. Kalpazanlık: Mahiyet itibarile, bu suç ferdlerin menafiini veya bir Devletin iktisadı münasebatını zarardide ettiği gibi, beynelmilel iktisadî münasebatın emniyetini de ihlâl eylemektedir. Devletlerin iktisadî münasebetlerinin inkişafı üzerine, beynelmilel para tedavülü de binnetice artmış oldu. Bu sebeple, kalpazanlık, paraya karşı itimadın azalması neticesinde, milletler arası iktisadî münasebatını dolayısile haleldar etmekte ve beynelmilel iktisadî teşriki mesai vadisinde iğtişaş tevlid eylemektedir.

Cemiyeti akvam, kalpazanlığın tenkili meselesi ile meşgul olmuş ve 9-Nisan-1929 tarihli Cenevre mukavelesini tenzim eylemiştir. Mukavele metninin tetkikinden, kalpazanlığın, bilûmum Devletlerin elbirliği yaparak tenkiline çalışmaları lâzım gelen beynelmilel bir suç olarak kabul edildiği tezahür etmektedir. Cenevre mukavelesinin 9 uncu maddesi, salâhiyeti umumiye prensibini şu suretle vaz'ediyor: «3 üncü maddede derpiş olunan ef'ali irtikâb eyleyen ve mevzuatı dahiliyesi yabancı bir memleketde işlenen suçların tâkibi prensibini kabul eden bir Devlet arazisinde bulunan ecnebiler, suçlarını bu Devlet topraklarında ika etmiş gibi cezalandırılırlar. Takib mecburiyeti, iade talebinin yapılmış olup, diğer Devletin, suç ile alâkası olmayan

820

bir sebep dolayısile, suçluyu iade edememiş bulunmasına vabestedir.»

Mevzuubahs olan menafiin mahiyet ve ehemmiyetine binaen, kalpazanlığın önlenmesi ve tenkili zımnında, beynelmilel teşriki mesai lüzumu bu gün tebeyyün etmiş bulunuyor. Bu sebeple, kanunu Cezanın mahalliyet prensibinden sarfınazar ederek, suçlunun tevkif edildiği yer hâkimine — tâbiiyet ve suçun ikaı mahalline bakılmaksızın — salâhiyeti umumiye bahşeylemek iktiza eder.

7 — Esham sahtekârlığı —: Kalpazanlığın tenkili hakkındaki beynelmilel Cenevre Mukavelesinde madenî ve kâğıt paraların korunması derpiş edilmişdir. Esham ve tahvilâtın himayesi hakkında da tedabir ittihaz ve bu nevi sahtekârlıklar yapan kimseleri tâkib ve tecziye eylemek iktiza etmez mi?

Kalpazanlık, paraya karşı beslenen itimadı azaltması hasebile, beynelmilel iktisadî münasebat emniyetini haleldar ettiği gibi, esham sahtekârlığı da Devletler arası iktisadî münasebatında iğtişaş tevlid eylemektedir. Kalpazanlık hakkındaki Mukaveleyi tanzim eden konferans, bu sebeple, esham,çek ve sair tahvilât sahtekârlığına dair,cemiyeti Akvamın beynelmilel bir Mukvele hazırlamasını temenni etmişti.

Bilûmum esham ve tahvilâtın, para hakkında derpiş olunan bütün koruma tedbirlerine tâbi tutulmasının icab edip etmediğini tetkik edecek değilim. Yalnız bunların bazıları için ayni tedbirlerin kabulü zaruridir.

Ticarî sahada kâğıt para kıymetini haiz esham mevcuddur. Ve bunlar, beynelmilel tedavülde de geçmektedirler. Bu esham hakkında yapılacak sahtekârlık tabiatile Milletler arası iktisadî münasebatını ihlâl etmektedir.

Bu sebeple, esham ve tahvilât sahtekârlığını da, salâhiyeti umumiyeye tâbi tutulması lâzım gelen suçlar listesine ithal eylemek iktiza eder.

8 — Harb propagandası: Hukuku Düvel suçları listesine, tecavüz harbine teşvik keyfiyetinin de derci teklif olunmuştu.

Böyle bir propagandanın tecziye edilmesi hususunda bugün herkes müttefik ise de, bu suça ne gibi bir mahiyet izafe olunacağı hakkında henüz tereddüd mevcuddur. Mevzuatın hali hazır vaziyetine nazaran, Propaganda suçu hakkında salâhiyeti umumiye kabulü mümkün müdür? Bu hususda ciddî müşküller mevcuddur.

Harb propagandası, mahiyeti itibarile, bütün beşeriyete bir tecavüz teşkil eden bir suçtur. Cemiyeti Akvam Misakına nazaran: «12, 13 veya 15 inci maddelerle kabul edilmiş olan taahhütler hilâfına olarak, Cemiyet âzasından biri harbe müracaat ettiği takdirde, diğer

Cemiyet âzalarının cümlesine karşı (İpso facto) bir harb hareketinde bulunmuş addolunur.» Harb, Cemiyeti Akvam VIII inci Asamblesi ve Kellog Misakı tarafından cinayet olarak tavsif edilmiştir.

Harb bir cinayet telâkki olunduğu takdirde, harbe teşvik keyfiyetinin de tecziye edilmesi iktiza eder. Cihan sulhu bunu icab ettirmektedir.

Harb propagandasının bir suç olduğunu, Brezilya, Polonya ve Romanya Kanunu Ceza projeleri kabul etmişlerdir.

Harb propagandasının iki veçhesi vardır: Millî veçhesi ve beynelmilel veçhesi. Brezilya ve Romanya projeleri, millî veçheden meseleyi mülâhaza etmişlerdir. Romanya Ceza Kanunu projesinin 229 uncu maddesi mucibince, propaganda, Brezilya Devletini (veya Romanya Devletini) tecavüz harbine tahrik için yapılırsa kabili tecziyedir.

Buna mukabil, Polonya projesi, bu suçu, bir Hukuku Düvel suçu olarak kabul etmektedir. Projenin 107 inci maddesine nazaran, propaganda, Polonya Devletini harbe teşvik için olduğu gibi, her hangi bir Devleti böyle bir harbe sürüklemeyi istihdaf ettiği takdirde de, cezalandırılır. Aynı projenin 8 inci maddesi, bu suç hakkında salâhiyeti umumiye kabul etmektedir. Mahalli irtikâb, suçlunun tâbiiyeti ve istihdaf olunan Devlet ne olursa olsun, suç Polonya topraklarında tecziye edilir.

Harb propagandasına millî veya beynelmilel bir mahiyet vermek lâzım mıdır? Bu hususu tesbit etmek pek ehemmiyetlidir, zira, suçun mahiyetine göre, salâhiyeti umumiyenin tayini icab eder.

Harbe tahrik suçunun tenkili işile bütün Devletlerin alâkadar bulundukları şüphesizdir; zira bu suç, günden güne beşeriyet için daha kıymetli olan bir hakka, sulh içinde yaşamak hakkına bir tecavüz teşkil etmektedir.

M.Pella'nın ifade ettiği veçhile, „Bir Hukuku âmme suçunun Hukuku Düvel suçu olabilmesi için, bu suçun birçok Kanunu Cezalarca derpiş edilmiş bulunması ve gayrı ahlâkî mahiyetinin ve şeklinin bütün bu mevzuatda aynı suretle tebaruz ettirilmiş olması lâzımdır".

Halbuki, hiçbir Ceza Kanunu harb propagandasının suç olarak tecziyesini derpiş etmemiştir ve bu hususda ancak üç projede bir kayıd mevcuddur. Yukarıda bahsettiğimiz esir ticareti, kalpazanlık, uyuşturucu maddeler ticareti ve sair suçlar ise, salâhiyeti umumiyenin kabulü için elzem bulunan beynelmilel suç mahiyetini haiz bulunmaktadırlar. Harb propagandasına, böyle bir mahiyet henüz izafe edilmiş değildir.

İşte bu sebepledir ki, bu yeni suç hakkında salâhiyeti umumiyenin kabulü mümkün görülmemektedir. Harb propagandasının sul-

622

hu ihlâl ettiği hakkında, fikirlerde gün geçtikce bir cereyan uyanmakta ise de, bu suçun bir Hukuku Düvel suçu addedilmesine şimdilik imkân yoktur. Evvelemirde, tecavüz harbı mefhumunun sarahaten tayini, ve böyle bir harbe tahrik keyfiyetinin, hiç olmazsa ekseri Kanunu Cezalarca suç olarak kabulü lâzımdır ki, propaganda suçuna Hukuku Düvel suçu mahiyeti verilebilsin. Bu ise ancak beynelmilel bir mukavele akdederek, âkid Devletlere mevzuatı cezaiyelerine harb propagandası suçunun dercini kabul ettirmekle olabilir. Böyle bir mukavele akdine değin, millî bir mahiyet izafe edebileceğimiz bu suç hakkında, salâhiyeti umumiye kabulüne imkân yoktur.

Hukuku Cezanın tevhidi hakkındaki III. üncu Konferansa iştirâk eden Devletlerin ekserisi de, harb propagandası suçuna ancak millî bir mahiyet tanıyabileceklerini beyan etmişlerdir.

9. Sulhu ihlâl eden yanlış haberlerin işaası: 1912 tarihli Avusturya Ceza Kanunu prosjesi, harb propagandası suçuna müşabih olan, yanlış veya hakikata mugayir haberlerin neşrü ilânı suçunu kabul etmektedir. Aynı husus, Brezilya Kanunu Cezasında (madde 510) ve Çekoslovakya Kanunu Cezasında (Madde 139, No. 5) derpiş edlmiş bulunmaktadır.

Cemiyeti Akvam IX uncu Asamblesinde ve II inci Komisyonda, M. Pella, «radyo vasıtasile, bazı Devletleri beynelmilel efkârı umumiyeye yanlış tanıtmak, veya bu Devletler içinde, dahilî sulhu ve binnetice beynelmilel sulhu tehlikeye sokan bazı cereyanlar yaratmak için mübalâğalı veya hakikata muhalif haberlerin neşrü ilânı" hakkında nazarı dikkati celbetmişti.

Maamafih, yanlış haber işaası suçunu, mahiyeti itibarile, Hukuku Düvel suçları listesine ithal etmek lâzım gelirse de, bu suç, harb propagandasında dermeyen edilen aynı esbab dolayısile, bugünkü günde ancak millî bir suç olarak telâkki edilemez.

Yanlış haber neşrü ilânı suçu, Devletlerin ekserisi tarafından bir suç telâkki edildiği takdirdedir ki, bu hususta salâhiyeti umumiye tanıyabiliriz.

B — Mahalli irtikâb dolayısile, salâhiyeti umumiyeye tâbi tutulması icab eden suçlar.

1) Korsanlık: Hukuku Cezanın tedricen tedvini hakkında Cemiyeti Akvam tarafından teşkil edilen Eksperler Komitesince hazırlanan proje mucibince, korsan, açık denizde, kendi hesabına ve kazanc fikrile malları zabt eden veya şahıslara karşı şiddet istimal eyleyen kimsedir. İşbu projenin birinci maddesinde, «tamamen siyasî bir maksatla işlenen ef'alin korsanlık addedilemeyeceği» ilâve olunmaktadır.

M. Pella, (Korsanlığın tenkili) adlı eserinde, bu tarife daha tah-

didî bir mahiyet vermektedir. Mumaileyhe nazaran, «Korsan, her hangi bir Devletin tahtı hâkimiyetinde bulunmayan yerlerde, kendi hesabına ve kazanç maksadile malları zabteden veya şahıslara karşı şiddet istimal eyleyen ve bu suretle mezkûr yerlerde seyrüsefer emniyetini bozan kimsedir».

Tetkik ettiğimiz mesele bakımından, hukuku âmme korsanlığı ile siyasî mahiyetde olan korsanlık arasında tefrik yapmak faidelidir. Birincisi, bir Devleti değil, yalnız mahdut kimseleri istihdaf etmesi hasebile, «antisocial» dır. Siyasî korsanlık ise, «antisocial» değil, «antigouvernemental» dır, zira burada istihdaf olunan Devlettir. Siyasî korsanları tâkib ve tecziye etmek hakkı, bu sebeple, ancak Devlete râcidir.

Hukuku Âmme korsanlarını her Devlet tâkib ve tecziye etmek hakkını haizdir. Beynelmilel tenkil, ancak bu şekil korsanlık için mevzuubahs olabilir.

Herhangi bir Devletin hâkimiyet hududları haricinde, mallar zabt edilmiş ve şahıslara karşı şiddet istimal olunmuştur. Bu takdirde, korsanları muhakeme etmek hakkı, bunları yakalayan Devlete aitdir; ve suç açık denizde yapıldığı için, diğer herhangi bir Devlet, kaza hakkı iddiasinda bulunamaz. Korsanları tevkif eden her Devlet, kanunları dahilinde, bunları cezalandırmak hakkını haizdir.

2) *Deniz altı kablolarının tahribi*: Deniz altı kablolarının muhafazası hususu, 14-Mart-1884 tarihli mukavele ile tanzim edilmiştir. Muhafaza, kara sularında değil, ancak açık denizde mevzuubahistir. Harb zamanında tatbik edilememiş olan işbu mukavele, son sulh muahedeleri ile tekrar mer'iyete vâzolunmuştur. Deniz altı kablolarının kasden tahribi gibi, mezkûr mukavele ile derpiş olunan suçlar hakkında, suçun irtikâb mahalli dolayısile, salâhiyeti umumiye kabulü caizdir. İşlenen suç bilûmum memleketleri alâkadar ettiği cihetle, her hangi bir Devletin suçluları takib ve tecziye edebilmesi icab eder.

Açık denizde kabloların tahribi suçu M. de Bustamente tarafından hazırlanan Hukuku Düvel projesinde zikredilmiştir. İşbu projenin 309 uncu maddesinde: «Korsanlık, esir ve kadın ticareti, deniz altı kablolarının tahribi ve buna mümasil Hukuku Düvel suçlarını işleyen kimseler, bu kimseleri yakalayan Devletin Ceza Kanunu mucibince tecziye edilirler» denilmektedir.

3) *Balık `avı nizamatına muhalif ef'al*: Kara suları haricinde yapılan balık avcılığına mütedair suçlar hakkında da salâhiyeti umumiye kabulü caizdir. Bu hususta, 1882 senesinde, Lahey'de beynelmilel bir mukavele imza edilmiştir; Danimarka ile İngiltere arasında da, Far-Oer ve İzlanda adaları kara suları haricinde balık avcı-

624

lığı hakkında, 1901 senesinde, bir muahede akdolunmuştur.

Suçluları tevkif eden Devletin, bunları tecziye edebilmesi, işbu Devletin Ceza Kanununda bu nevi suçların derpiş edilmiş bulunmasına vabestedir.

*
* *

Hulâsa olarak diyebiliriz ki, hâlen, zirde muharrer suçlar hakkında salâhiyeti umumiye kabulü caizdir: Esir ticareti, kadın ve çocuk ticareti, gayrı ahlâki neşriyat, uyuşturucu maddeler ticareti, terorizm, kalpazanlık, esham sahtekârlığı, korsanlık, deniz altı kablolarının tahribi, balık avı nizamatına muhalif ef'al.

*
* *

IV — Hangi Suçlar hakkında salâhiyeti umumiye kabulü caizdir?

(Belgrad Üniversitesi Hukuk profesörü
M. J. Periçtarafından tevdi olunan Rapor.)

Siyasî suçlar ve bazı hukuku âmme suçları istisna edilirse, diyebiliriz ki, muâsır Devletlerin cümlesi hukuku cezalarını aynı esasata istinad ettirmişlerdir. Bunun da sebebi basittir. Filvâki, nisbeten kültür sahibi bulunan milletlerin hepsinde, caiz olan ile caiz olmayan fiiller az çok aynıdır ve bundan dolayı, ceza kanunları, esas itibariyle, birbirine benzerler. Muhtelif ceza kanunlarında derpiş edilen, bilhassa ahlâka müteallik suçların kâffesi, «bütün beşeriyeti rencide eden» suçlardır. Bu noktada, bilûmum mevzuatın *birleşmiş* olduğunu bihakkın iddia edebiliriz .

Böyle olmakla beraber, her Devletin Ceza kanununca tecziyesi lâzım gelen suçlardan birini irtikâb eden bir kimsenin cezasız kaldığı da vâkidir. Bunun sebebi ne olabilir? Sebebi, Ceza Kanunlarında mahalliyet prensibinin mevcud olmasıdır: Bir Devlet, suçlunun tâbiyetini nazarı itibare almaksızın, kendi topraklarında ika olunan suçları tâkip etmekte, millî hududları haricinde işlenen suçlara karşı —suçlu kendi tâbiyetinde olsun olmasın — tamamen lâkayd kalmaktadır. Neticede, Devlet, kendi topraklarında irtikâb edilmemiş olması şartiyle, bir suçun beynelmilel sahade tâkibata tâbi tutulup tutulmaması hususu ile, prensib itibarile, alâkadar olmamaktadır.

Ecnebî bir memlekette vuku bulan bir fiilin gayrı ahlâkî olması keyfiyeti de Devleti alâkalandırmamaktadır. Devlet, fiilin ahlâkî veya gayrı ahlâkî olduğunu, ancak kendi topraklarında işlendiği takdirde nazarı itibare alır. Bunun haricinde, bir Devletin Ceza Kanunu nazarında ahlâkî veya gayrı ahlâkî hiç bir fiil yoktur. Bu sebeple, Dev-

letler, ahlâk noktasından suçun ehemmiyetini nazarı itibare almıyarak, topraklarına iltica etmiş olan bir suçluyu cezasız bırakmaktadırlar; bu suretle, gayrı ahlâkî olması hasebiyle bir çok Ceza Kanunlarınca tecziyesi derpiş edilmiş olan bir suç, bazı defalar cezasız kalmaktadır. Bu hâl ise, ahlâk ve adalet fikriyle hiç bir suretle kabili te'lif değildir. Buna mâni olmak için, kongrenin teklif ettiği usulü kabul etmekten başka bir çare yoktur: Suçlunun iltica ettiği Devlet ya suçluyu bizzat cezalandıracak, veya kendi memleketine iade edecektir.

Hukuku Ceza bahsinde, kanunların mahalliyet Prensibi neden mevzuubahs olmaktadır? Bunu da tetkik edelim.

Devlet, suçları, adaleti yerine getirmek arzusiyle tecziye etmez. Devletin rolü bu değildir. Devlet, suçluları, kendi mevcudiyetini korumak için tâkip eder. Bu günkü Hukuku Ceza bu yolda inkişaf etmektedir. Bunun neticesi olarak, Devlet, millî hududları haricinde ika olunan suçları, kendi asayişi için bir tehlike addetmemektedir. Hariçte işlenen suçlar, Devletin asayiş ve içtimaî mevcudiyetini muhataraya sokmaz. Meselâ, Çin'de bir suç ika edip Paris'e kaçan bir Çinli'yi cezalandırmaktan Fransa için ne gibi bir faide melhuz olabilir? Bir Devlet arazisinde işlenen suçlar, diğer Devletleri hiç bir suretle alâkadar etmez. Ve zaten, ecnebî bir memlekette irtikâb olunan bir suçun tahkikatını, suçlunun tevkif edildiği memlekette yapmak fevkalâde güç bir iştir. Diğer taraftan, kesbi kat'iyet eden ceza hükümlerinin bütün memleketlerde vacibülicra olup olmayacağı meselesi de vardır. Farzedelim ki, Fransız mahkemesi, Fransa'da tevkif edilen bir kimse hakkında bir ceza vermiş, fakat mahkûm firar ederek ecnebî bir Devlet topraklarına sığınmıştır. Ceza hükümlerinin, ısdar olundukları memleket haricinde muteber olmamaları Prensibine rağmen, firarî hakkında işbu Devlet Fransız mahkemesi kararını icraya mecbur bulunmaktadır. Filvaki, tevkif yeri mahkemesi (yani fransız mahkemesi), mevzuubahs suçluyu mahalli irtikâb ve tâbiiyet hususlarını nazarı itibare almaksızın muhakeme etmeye salâhiyetdar olduğu cihetle, verilmiş olan kararın, firarî her nerede yakalanırsa yakalansın, infazı icabeder. Fakat, buna mukabil, ceza hükümlerinin verildiği memleket haricinde vacibülicra olamayacakları kaidesi mevcuddur ki, bu taktirde, firar halinde bulunan suçlunun cezalandırılmasına imkân kalmamaktadır.

Salâhiyetdar mahkeme, yani tevkifin yapıldığı yer mahkemesi tarafından verilen hükümlerin her yerde vacibülicra olması keyfiyeti, ecnebi bir mahkeme tarafından, hükmü infaz edecek Devlet tebeası aleyhine verilen hükümler meselesi ile alâkadardır. Meselâ, bir

626

fransız İngilterede mahkûm olduktan sonra, kendi memleketine, yani Fransa'ya firar ediyor; İngiliz mahkemesi kararı vacibülicra olduğu takdirde, Fransa, ecnebi bir mahkeme tarafından bir fransız hakkında verilen kararı infaz edecek demektir.

Bu ise pek mümkün değildir, zira her hangi bir memleket mahâkimi, bir vatandaş hakkında yapacağı muameleyi, bir ecnebi hakkında yapamaz. Bunun böyle olması, Hukuku Ceza bakımından pek mühimdir. Vatandaşlarla ecnebiler arasında gerek Hukuku Âmme, gerekse Hukuku Hususiye noktasından, büyük farklar bulunduğu malûmdur. Hukuku Ceza bakımından, ecnebi, Prensip itibariyle, vatandaşla aynı şeraite tâbi ise de, mahkeme huzurunda, sırf ecnebi olması dolayısile, aynı suretle muamele görmez. Bu gayrı kabili inkârdır; asırların tahfif edebildiği ve fakat tamamen izale edemediği bir his varsa, o da ecnebilere karşı her yerde beslenen kindir. Memleket makamatının ecnebilere karşı her vakit ademi itimad göstermekte ve onları daima zan altında bulundurmakta oldukları herkesce malûmdur. Bir ecnebi, ehemmiyetsiz bir suç işlemiş olsa dahi, firar etmemesi için ihtiyaten tevkif olunur. Mahallî makamat nazarında, ecnebi, iyi gözle görülmeyen ve sevilmeyen bir kimsedir. Bu sebeple, ecnebi, harekâtında vatandaş kadar serbest değildir. Ecnebi, aşağı tabakaya mensup bir insandır; vatandaşın haiz olduğu hakları talep edemez. Ona karşı yapılan muamele de başkadır. Memleket makamatınca içtimaî mevkii bilinmediği cihetle, ecnebi, memleketinde gördüğü itibarı, bulunduğu memlekette tabiatiyle görmemekte ve bu sebeble kolayca ittiham edilebilmektedir.

Vaziyetin böyle olması şüphesizki nahoşdur; fakat hakikat budur. Zamanla ve Cemiyetin tekâmülü neticesinde, bu haksızlığın bertaraf edileceğini temenni ederim.

İşte bütün bu sebeblerledir ki, hiç bir memleket, ecnebi mahkemelerinden sadır olan hükümleri infaz etmek istememektedir. Ecnebî bir mahkeme tarafından mahkûm edilen bir vatandaş mevzuubahs ise, hükmü infaz etmekle o Devlet, vatandaşların himayesi vazifesini yerine getirmemiş olur. Yabancı bir memlekette ika eylediği bir suçtan dolayı, Devlet, tebaasını ancak kendi mahkemesi huzurunda muhakeme edebilir; tebaası aleyhine ecnebî bir mahkeme tarafından verilen kararın, kendi topraklarında vacibülicra olmasını kabul edemez. Yabancı bir ülkede mahkûm olan bir kimsenin vatanı, ecnebilere karşı adaletin ne suretle tatbik edildiğine vakıftır; bu sebeble, ecnebî bir mahkemeden sadır olan bir hükmü icra etmek istemez. Üçüncü bir Devlet tebaası için de, vaziyet böyledir.

Bir ceza hükmünün millî hududlar haricinde vacibülicra olmas

da, hukuken caiz değildir. Filvaki, Hukuku Ceza hükümleri, alâkadar Devletin emniyet ve asayişini temin için vaz olunmuştur. Demek ki, bir hükmü cezaî, ancak hükmü veren mahkemenin bulunduğu memleket menafiini alâkadar eder; ve bu hükmün, suçlunun iltica ettiği yabancı memlekette infaz olunması için de bir sebep yoktur; zira bu takdirde, bir Devlet, diğer bir Devletin dahilî asayiş ve nizamını temine salâhiyettar kılınmış olur; bu ise, Devletlerin beynelmilel hâkimiyet prensibi ile kabili telif değildir.

Ceza mahkemeleri kararları ile Hukuk mahkemeleri kararlarını birbirinden ayırmak iktiza eder. Hukuk mahkemelerinden sadır olan kararların yabancı bir ülkede icrası «exequatur» vermek suretile, bazı şartlar altında, kabildir. Bir hukuku hususiye davasında mevzuubahs olan, eşhasa ait maddî menfaatlardır; bir ceza davasında ise, şahsın hayatı, şerefi veya hürriyeti gibi daha çok mühim menfaatlar mevzuubahstır. Bazı beynelmilel tesanüd sebeblerine binaen, bir Devlet, kendi topraklarında, ecnebî mahkemeleri tarafından verilen hukuk kararlarını icra edebilirse de, ceza kararları hakkında aynı suretle hareket edemez. Diğer taraftan, eşhasın yalnız maddî menfaatlarını alâkadar eden bir davada, Devletin hâkimiyet ve nizamı âmmesi, bir ceza davasında olduğu gibi, mevzuubahs değildir. Bu sebeble, hukuk kararları hakkında umumiyetle kabul olunan «exequatur» usulü, ecnebi mahkemeler tarafından verilen ceza kararları hakkında cari olamaz.

Avrupa kıt'ası tek bir Devlet halinde teşekkül etmiş olmasaydı, cezaî hükümlerin Avrupanın her hangi bir yerinde tatbikine imkân bulunurdu. (İsveçre'nin bir kanton'unda verilen kararın, diğer bir kanton'da icra edildiği gibi). Bu takdirde, ancak dünyanın diğer dört kıt'ası mahkemelerinden sadır olacak hükümler hakkında yukarıda bahsettiğimiz kaide cari olurdu.

Demek oluyor ki, Avrupa'da Devletlerin hâkimiyet ve istiklâl prensibinin tamamen izalesi neticesinde, ancak gözetilen gaye tahakkuk edebilir. Bu ise, Avrupa'nın büsbütün başka esaslar üzerine yeniden kurulmasına vabestedir.

628

No: 74

Tatbikat Notları ve Her işe bakan mahkemelerde

Vazife itirazı

KANUN HÂKİM VE TATBİKAT:

Yazan: *Ali Şevket ERKÜN*

Her yeni kanun — ***ne kadar mükemmel olursa olsun*** — ancak, iyice alışıldıkdan sonra: (*tam randuman*) verebilir. En iyi kanunlardan, yanlış tatbikat ile (*fena neticeler*) alınabilir. Muhakkakdır ki: (*En kötü kanunlar bile, iyi hâkimler elinde, pek güzel tatbik olunabilir*).

Tatbikat sahasında, dünkü kanunların bırakdığı izler, kolayca silinemez. Bu pek tabiîdir. İtiyatlarımız, daima düşüncelerimize hâkimdir.

Pek iyi bildiğimiz bu umumî kaideleri kısaca hatırlatdıkdan sonra; mevzua rücu ediyorum. Hukuk usulü muhakemeleri tatbikatı hakkındaki notlarımdan bir kaçını sayın meslekdaşlarıma arz etmek istiyorum.

Usulü muhakemelerimizin Tarihçesi:

Tanzimat devrinde, muâsır medeniyete göre (*umumî ıslahata*) lüzüm görülmüşdü. O zamanlar adlî ıslahat hakkında, karşılıklı iki cereyan çarpışmışdı. Radikal düşünen Koca Reşid ve Keçeci zade Fuad paşalar: (*garp kanunlarını iktibas*) etmek istiyolardı. Mütercim Rüşdü ve tarihci Cevdet paşaların temsil eyledikleri (*muhafazakâr*) zümre (*şer'î esaslara göre yeni kanunlar tanzimi*) tezini müdafaa ediyorlardı. Dünya diplomasi tarihinin meşhur simalarından olan Âli paşa, her iki cereyana (*mümaşâtkâr*) bulunuyordu. İkinci noktai nazarın galebesi *(mecellenin)* tedvinine vesile oldu. O zamana kadar şer'iye mahkemelerinin müdevven usulü muhakemesi yok idi. Muhafazakâr düşüncelerin mahsulü bulunan mecellenin *(dava, beyyinat ve kaza)* kitabları, bizde ilk *(usulü muhakeme)* oldu.

Mecellenin bir çok güzel hükümleri vardı. Ancak *(iskolâstik esaslara bağlı kalmak)* zamana göre *(ahkâmın değişmesi)* lüzumunu emreden *(fıkıh esaslarına)* da uymamakda idi. Bu yüzden, tam üç rubu asır *(kapitülâsyon)* zincirleri boynumuzdan çözülmedi. Şu hâdise adlî inkilâbımızı da gecikdirdi.

Tanzimat devrinin cezrî inkılâb tarafdarı olan ricali yılmamışlardı. İlk

629

fırsatda *(ticaret usulü muhakemesi)* ile *(Deniz ve Kara ticareti)* ve *(Ceza)* kanunlarını, aceleye gelen bir terceme ile, ortaya atarak; hukukiyatımıza *(garba dogru)* ilk cereyanı verdiler. Bu arada *(usulü muhakematı hukukiye)* ve *(usulü muhakemei cezaiye)* kanunları da intişar etdi.

Usulü muhakemei ticaretin ömrü uzun sürmedi. Usulü muhakematı huhukiye, bir çok tâdiller geçirerek, son senelere kadar tatbik edilmekde bulunuyordu. Umumî harb esnasında çıkan *(usulü muhakemei şer'iye)* kanunu muvakkatı mütareke ile beraber tarihe intikal etdi.

Garibdir ki usulü muhakematı hukukiyenin neşrinden sonra bile, mecellenin usulü muhakemeye âid hükümleri aynen bakî kalmışdı. Diye biliriz ki; bugün bile, hâlâ bu esasların izleri dimağlardan silinmemişdir. Meselâ: *(teşkili tarafeyn)* merasimini yapmadan, tahkikat hâkimleri *(mübrez senedi kabul)* gibi ihzarî işlere girişmezler.

İstiklâl zaferi üzerine, Lozan akidnamesi *(kapitülâsyonları)* ortadan kaldırdı. Cumhuriyet rejimimizin kudretli adımlarile, bizi düne bağlayan zencirler koparıldı. Böylece *(adlî inkılâbımızda)* tekemmüle doğru kat'î adımlar atılmış oldu.

Tanzimat devrinde, ilk adlî müessesemiz *(Divanı ahkâmı adliye)* adı ile işe başlamışdı. Az sonra *(mahakimi nizamiye)* ihdas edilmişdi. *(Teşkilâtı adliye)* kanunumuz Küçük Sait Paşa tarafından kaleme alınmışdı. Bu kanun çok yaşadı. Bir çok tâdiller görerek bugün bile hâlâ mer'î bulunmaktadır.

Yalnız — *Necmettin Mollanın kalemi ile* — eski *(Bidayet mahkemesi)* unvanı — *Mısırdaki mahakimi ehliyeden mülhem olarak* — asliye mahkemesi şekline ifrag edilmişdir. Bir de son zamanlarda *(Cinayet mahkemesi)* tâbiri — *Türkceleştirmek* — ülküsü ile *(Ağır ceza)*ya çevrilmişdir.

Hukuk usulü muhakemeleri:

Bugünkü hukuk usulü muhakemelerimiz genç bir kanundur. Çok güzel hükümleri ihtiva eylediği şüphesizdir. Gittikçe alışarak daha iyi tatbik olunabilmektedir. Ancak bu kanun *(üç dereceli)* ve *(üç hâkimli)* mahkemeler için yapılmışdır. Halbuki bizde *(iki derece)* vardır. Mahkemelerimizden bir çokları *(münferid hâkimli)* dir. Yetişmiş hâkimlerimizin azlığı ve malî bünyemizin müsaadesizliği yüzünden, bu teşkilâtı pek uzun seneler için *(değiştirmeğe)* de imkân yoktur.

Eski adliye müşavirimiz Kont Üstörörög tarafından, memleketimiz için *(hâkimi münferid)* esasına göre tertib edilmiş *(ve profesör Yusuf Ziya Özer'in kalemile tâdilen türkceye çevrilmiş)* bulunan, eski sulh hâkimleri usulü muhakemesi kanununun *(ideal)* mükemmeliyeti haiz olduğu kanaatı vardır. Uzun tecrübelerden sonra, bu usulü muhakemenin çok kolaylıkla tatbik olunabileceği anlaşılmış ve davaların sür'atle intaç edilebildiği görülmüştür. Cumhuriyetimizin ilk senelerinde Büyük Millet Meclisi

kararile, bütün hâkimi münferidlere teşmil olunarak, çok güzel semereler veren bu kanunumuz, yeni ihtiyaçları karşılayamazdı. Çünkü: bu usulü muhakemenin eski umumî hükümlere göre yazılmış bazı fasılları vardı ki cidden ıslaha muhtaç idi.

Bununla beraber umumî hatlarının bize çok uygun geldiği de muhakkakdır.

Bu günkü hukuk usulü muhakemelerimizin (*iadei muhakeme*), (*delillerin tesbiti*) ve (*hükümlerin tavzihi*) gibi cidden çok güzel kısımları vardır ki bu bakımdan eski kanunumuza tefevvuku inkâr olunamaz bir hakikattır.

Kanaatımıza göre: (*iyi tatbikat*) kanundan ziyade (*bir alışma*), (*kavrama*) ve (*kolayını bulma*) meselesidir.

Usulü muhakeme ve teşkilâtı:

Hukuk usulü muhakemelerimizin birinci maddesinde: (*Mahkemelerin vazifeleri teşkilî mahakim kanunu ile mukayyeddir*) fıkrasile başlıyarak; 8 inci madde sonunda biten ilk faslın 1 inci kısımı hükümlerini inceleyecek değiliz. Ancak, önemli bir noktada, biraz durmak isterim. Her usulü muhakemenin kendisine mahsus bir teşkili mahakim kanunu olmak gerektir. Bizdeki (*usulü muhakemeler*) değişmiş; yalnız (*teşkili mahakim*) kanunumuz olduğu gibi kalmışdır.

Teşkili mahakim noktası, usulü muhakeme hükümleri arasındaki âhenk ve muvazeneye müessir olmaktadır. Bir kaç misal arzedelim:

Hukuk usulü muhakemelerimiz (*üç derece teşkilâtı*) olan bir memleket için yapılmışdır.

(*Gaib, itiraz etmeyerek muhakemeye gelmemiş, veya tekrar gaybubet eylemiş ise bir daha muhakemeye kabul olunamaz*) . . . İsviçre için bu pek doğrudur.

Çünki: Gelmeyen taraf (*gıyabî hükme karşı ikinci derece mahkemesine müracaat ederek; eksik kalan bütün müdafaalarını orada söyliyebilir*)

Bizde, temyize gidildiği zaman (*ibtidaen söylenmeyen müdafaalar dinlenemez. Yeni delillerin ikamesine de müsaade edilemez*). Çünki temyiz (*takdir mahkemesi*) değildir. Görülüyor ki (*Muhakeme usulü*) ile (*teşkilât*) arasındaki muvazene ıslaha muhtaçdır. Ve bu (*hukuku esasiyemizin en mühimlerinden*) olan müddeaaleyhin (*müdafaa hakkını*) sarsabilecek bir noksandır,

Harç tarifesi de hukuk usulü muhakemelerine uymamakdadır. Meselâ: *H. U. M. K. 407 inci* maddeye göre: (*Gıyaben hüküm, gaib tarafından harc verilmedikce, mahkûmunaleyhe tebliğ olunamaz*). Halbuki harç tarifesi gereğince (*Mahkûmunaleyh gıyabî ilâmın harcını vererek gaibe tebliğ ettirmeğe*) mecburdur.

Şurasını da ehemmiyetle kaydedelim ki: Elimizdeki usulü muhakemeye

göre asliye mahkemeleri (*üç kişilik*) bir hey'etden müteşekkil olmak gerektir. Tahkikat hâkimlerinin (*mercii itirazı*) vazifesile de mükellefdir. Halbuki adliyemizde (*İstanbulda müctemi mahkeme, Üsküdarda hâkimi münferid*) tarzında (*teşekkül farkları*) vardır. Bu yüzden usulü muhakemenin (*tahkikat hâkimliği*) faslındaki bir çok hükümlerinin tatbikatda yeri kalmamış gibidir.

HER İŞİ GÖREN

Mahkemeler

Bir çok mahkelerimizin türlü (*müteferrik*) vazifeleri vardır.

O kadar ki; *340* adlî teşkilâtından az sonra, M. Kemâl Paşa (*müretteb ağır ceza*) mahkemesini teftiş ederken: (*Böyle münferiden sulh hâkimi, üçü birleşerek asliye mahkemesi ve daha iki âza ilâvesile ağır ceza şeklinde)* toplanarak: (*nev'i benibeşer arasında kabili tasvir ve tasavvur bilcümle deaviyi rü'yet*) vazifesile mükellef tutulan bir mahkemenin (*ihtisas esasına dayanan asrî hukukculuk rejimi ile*) kabili telif olamıyacağını arz elyemiş: ve bu mütalâanın doğruluğunu bir çok hâdiselerle izaha çalışmışdım.

Şükrana şayanıdır ki adliyemizde gün geçtikce yavaş yavaş ihtisasa daha fazla ehemmiyet verilmeğe başlanmıştır.

Takdir ile kaydetmek isterim ki bugün (*bir kaç türlü vazifesi*) olan mahkemeler çok azalmıştır.

Asliye hukuk mahkemeleri *ve ihtisası:*

Yalnız (*Ankara*)ile (*İstanbul*) ve (*İzmir*) asliye mahkemelerinde müstakil birer (*Ticaret*) dairesi vardır. Yine pek az mahkemelerimizde (*Ahkâmı şahsiye*) daireleri ayrılmışdır. Başlı başına bir branş olan (*deniz ticaret*) işleri için vaktile İstanbulda bir mahkememiz vardı ki bugün tarihe karışmışdır.

Temyizde (*Gayri menkul*) işleri için müstakil bir daire vardır. Halbuki yedi dairesi olan İstanbul asliye hukuk mahkemesinde bile (*Gayri menkul davalarına bakacak*) bir dairei mahsusa yokdur. Şüphesizdir ki gayri menkul ve vakıf işleri başlı başına bir ihtisas mevzuudur.

Çok umarız ki; Ankara gibi büyük merkezlerde (*Gayri menkul*) davalarına ve İstanbul gibi limanlarda (*deniz ticaret*) işlerine ayrılmış daireleri görebileceğimiz günler çok uzak değildir.

HER İŞE BAKAN MAHKEMELERDE:

(Vazife itirazı)

Yersiz bir itiraz:

Hukuk usulü muhakemeleri ile teşkilât kanunu arasında (*Tam bir âhenk lâzımdır)* demiştik; (*müşterek vazifeli mahkemelerde*) yapılan (*vazi-*

fe itirazları) da bu mütalâamızı te'yit eder.

Biliyoruz ki: Hukuk mahkemelerimizde üç türlü teşekkül vardır:

A — Ticaret, Hukuk ve Ahkâmı şahsiyeye bakan (*üç âzalı asliye mahkemesi hey'eti*).

B — Ticaret, Hukuk ve Şahsî hükümlere bakan (*Sulh Hâkimi*). . .

C — Her üç türlü davaya (*asliye*) ve (*sulh hâkimi*) sıfatile bakan (*münferid hâkim*)..

Bu üç türlü mahkemelerden her hangi birinde (*vazife*) itirazı dermeyan edilecek olur ve o mahkeme (*her iki vazifeyi haiz*) bulunur ise, ne muamele yapılmalıdır? İşte incelemek istediğimiz mevzu bu (*vazifesizlik def'i*) dir.

Vazife itirazları:

Tam teşkilâtlı bir asliye mahkemesinde Ticaret, Hukuk veya ahkâmı şahsiye dairelerinden birine aid dava, sehven diğerinde ikame edilmiş olabilir.

Bu hususda dermeyan edilecek müdafaa (*yerinde bir vazife itirazı*) dır. Ve (*iptidaî itirazlardan*) olmayan (*esasa*) aid bir müdafaadır; (*H. U. M. 187. F. 2*) ki âmme intizamına taallûkundan dolayı muhakemenin her safhasında dermeyan edilebilir. Ve diğer müdafaalara takdimen müçtemi hey'et kararile halli lâzım gelir (*H. U. M. 221*). Hatta bu ciheti tahkikat hâkimi veya mahkeme hey'eti re'sen bile nazara alabilir.

Ancak böyle bir müdafaanın (*müşterek vazifeli mahkemelerde*) dermeyan edilmesi (*yersiz*) ve (*mânasız*) olur. Tatbikat bize gösterir ki davayı uzatmak ülküsile bu gibi vesilelere baş vuran tarafın hüsnüniyeti çok şüphelidir.

İşte, bazı mahkemelerimizde (*müzmin bir hastalık*) halini alan bu; ve bu gibi mevzular üzerinde yapılacak incelemelerin (*muhakematın tesriini temin*) bakımından önemli olabileceğini düşündüm; naçiz kalemim ile şu satırları karalıyorum.

TATBİKATDA:

Sulh mahkemeleri, melanj olarak bu davalara bakıp dururken (*vazife*) itirazını ileriye süren hiç bir vekile tesadüf etmiyoruz. Netekim Temyiz mahkemesinde de bu noktaya ehemmiyet verilmemektedir. Temyize gelen sulh işleri, mahiyetlerine göre hukuk ise üçüncü, ahkâmı şahsiye ise ikinci ve ticarî mahiyetde ise (*temyiz ticarete*) tevdi edilmekdedir. Hiç bir sulh hâkimi kararının bu noktadan nakz edildiği görülmemişdir.

Asliye mahkemelerinde, bilhassa (*hey'et halinde*) çalışan dairelerde, hasmın cevab lâyihasının ilk fıkrasında: (*Vazife*) itirazile karşılaşmak ihtimali (*muhakkak*) gibidir.

Hatta; tahkikat hâkiminin (*Ticarî dava mıdır, hukukî dava mıdır; de*

mek isteyorsunuz) yolundaki suali üzerine (*davacı, ne demiş ise onun aksidir*) yolunda (*tavzih*) yapan avukatlara bile tesadüf etmekdeyiz. Şu itirazlar; işi çok olan mahkemelerde; Müddeaaleyhlere en az (*2:3*) ay bir vakit kazandırmakdadır. Bu yüzden senelerce uzamış davalar da vardır.

Temyiz mahkemesi şu noktaya mâtuf itirazları bazan nazara almadıkları halde; bazı defa (*sebebi nakz*) gösterdiklerine de şahid oluyoruz. Tecrübelerle sabitdir ki: Böyle bir (*bozma*) kararı, davaları, hukuk işlerinde (*1:2*) ticaret dosyalarında (*2 :3*) sene gecikdirmeğe kâfidir. Bir tevhidi içtihat ile hâdisenin hallinç intizaren; şimdilik kanun maddeleri üzerinde küçük bir inceleme yaparak, sayın meslekdaşlarıma mahkemelerimizin son tatbikatını arzeylemek isterim:

HER BAKIMDAN:

Müşterek vazifeli hâkim huzurunda serdedilen (*Vazifesizlik*) itirazı her bakımdan tamamen (*yersiz*) dir.

Çünki (*Ticarî veya Hukukî olsun, ahkâmı şahsiyeye veya sair hukukî mevzulara müteallik bulunsun; her üç takdire göre bu davaya bakmak, mahkemenin vazifesi*) dahilindedir. Ayni hâkimler her üç türlü işlerde de (*kaza*) salâhiyetini haiz bulundukları gibi, her ne olursa olsun, davayı görecek müessese dahi (*ayni teşekkülden*) ibarettir.

DEFTER İŞİ:

Davaların nev'ine göre; (*mahkemelerin; ayrı ayrı defterleri bulunduğu*) mütalâası da yerinde değildir.

Her mahkemenin bir esas defteri vardır. Davaların nevileri ancak (*H*) ve (*T*) gibi işaretlerle ayrılmakdadır. Şu halde vazife itirazı kabul edilir ise:

Esas defterinde bir (*işaret değiştirme*) neticesini doğurabilecektir.

Diyelim ki: (*Mahkemelerde bir kaç türlü esas defteri*) vardır.

Şu halde (*bir esas defterinden silinip diğerine kaydetmek*) icap eyler ki bu gibi sırf şekle aid ve (*esasa kat'iyen gayri müessir*) idarî yanlışlıklar için usulî itirazlar yapılabilirmi? Böyle esasa gayrı müessir merasim (*nakza*) sebep gösterilebilirmi?

Bu hasusda hukuk usulü muhakemelerinin *428* inci meddesi son fıkrasında açık ve kat'î sarahat vardır; Usûl muhakemeye muhalefetten dolayı bir hükmün nakz olunabilmesi için:

A — Mahkemeye aid vesaikin haricine çıkılması:

B — İşbu hatanın hükmü değiştirecek derecede bulunması:

C — Esasa müessir itirazların tetkiksiz bırakılması şartdır.

Vazifesizlik halinde:

Bir dakika için (*vazifesizlik*) itirazı (*yerinde görülmüş*) farzedelim:

Bu itirazın kabulü,üzerine yapılacak usulî merasim şundan ibaretdir:

A — Salâhiyetdar mahkemeden karşı tarafa tebligat.

B — On günü geçirmemek.

C — Bu müddetin mürurü halinde (*dava açılnamış*) sayılmak (*H. U. M. 193*).

Müşterek vazifeli ayni mahkemede, müddeaaleyhe on gün içinde, yeniden bir daha tebligat yaptırmak, akıl ve mantık ile alâkası bulunmayan bir (*formalite*) olur ki — *sırf eşkâl hatırı için bunu yapmak* — abesle iştigal demekdir.

Mantık bakımından; her iki halde dahi (*davaya bakacak şahsiyet ve teşekkül*) değişmeyeceğine göre, bu itirazın (*semerei hilâfı*) bir hiçdir.

Şu halde ortada (*müddeaaleyhin esasa müessir bir itirazı*) yoktur.

Ayni hâkimlerin, ayni merasimle (*verdikleri hükmü*) tagyir edecek mahiyetde bulunmayan bu gibi itirazlar; tetkiksiz bırakılsa bile, (*şekil nokstasını*) hiç bir zaman (*nakz sebebi*) olamaz .....

EN DOĞRU İÇTİHAD:

Hukuk hâkimliğindeki kıymetdar mukarreratile temayüz eden İstanbul müddeîumumî baş muavini Bay *Sunuhî* Çatalaca asliye hukuk mahkemesindeki bir davada: (*Ticaret, hukuk*) itirazı üzerine: (*Her iki şekildeki dava mahkememizin vezaifi dahilinde bulunmamasına göer, vazife hakkında ittihazı karara mahal olmadığını*) tefhim etmiş ve veirdiği karar temyiz dördüncü hukukun — Zımnî *bir tasdik ile* — mazharı tasvibi olmuşdu . . .

İstanbul asliye birinci hukuk dairesi son bir kararında: (*Hukukî mahiyetde gösterilen dava ticarî hâdiselerden münbais bulunmasına göre ticaret mahkemesi sıfatile davanın devam rü'yetine ve ancak mahkeme hey'eti her iki türlü davayı rü'yet vazifesile mükellef olduğundan yeniden celpname tebliğine lüzum görülmediğine*) karar verilmiştir.

İstanbul asliye mahkemesi birinci hukuk dairesinin ayrı ayrı (*hukuk*) ve (*ticaret*) kısımları yokdur. Birinden diğerine havale kararı verilmesi imkânsızdır. Bu bakımdan sayın mahkemenin verdiği hüküm çok yerindedir.

Unutmayalım ki böyle bir kararın çıkabilmesi için, işin (*iki, üç ay*) gecikmesi lâzım gelmektedir ki bu vaziyet sui niyet erbabına vesilei teşvik olmakda ve müçtemi hey'etteki işlerin sayısını çoğaltmaktadır.

YOLSUZLUKLARIN

Önüne geçmek için:

Modern hukukculuğun en önemli kaidelerinden biri de (*suiniyetle davayı uzatmak isteyenlerin önünü almak*) dır.

Şu bakımdan hukuk usulü muhakemelerimiz çok müsaid hükümleri ihtiva etmektedir.

Tahkikat hâkimi (*ibtidaî itiraz*) mahiyetinde olmayan, yersiz bir (*vazifesizlik*) iddiası üzerine evrakı (*müçtemi hey'ete tevdie*) mecbur değildir (*H.U.M. 178. F. H*). Vazifesini iyi kavramış bir tahkikat hâkimi kanunun kendisine verdiği salâhiyeti hüsnü istimal ederek; bu gibi ehemmiyetsiz sebeplerden dolayı, evrakı müçtemi hey'ete tevdi eylemez. Hukuk usulü muhakemelerinin *221* inci maddesi çok- açıkdır: Ancak (*davayı kısaltacak*) müdafaaların (*takdimen halli*) lâzım gelir.

Diğer tarafdan mahkeme hey'eti de bu gibi yersiz itirazları, hâdise şeklinde (*tarafları çağırıp dinlemeğe lüzum görmeden*) evrak üzerinde tetkik ve hükme rabtedebilir (*H.U.M. 190 223* ve *224-fıkra son*). Bu takdirde işi uzatmak isteyen taraf, en çok yedi gün içinde (*yersiz itirazının*) redde mahkûm bulunduğunu görecekdir. Böylece tatbikatda (müçtemi hey'et) listelerini dolduran (*Kötü bir huyun*) önü alınmış olur.

Kanun (*hakkın her türlü suiistimalini himaye etmez*): Modern hukukculuğun bu en önemli kaidesi, şüphe yoktur ki hâdisemize bihakkın tatbik olunabilir.

Bu gibi vahî sebeplerle muhakemenin aylarca, yıllarca sürüncemede bırakılmasına meydan vermemek, en mühim bir hak ve adalet vecibesidir.

Adaletin gecikmesi, bir çok hallerde (*hakkımın ihkakı*) imkânını ortadan kaldırır.

SON OLARAK

İncelerken dağılan mevzuu toplayarak, yazıma sonuç vermek isterim:

A — Her türlü işlere bakan mahkemelerde (*vazifesizlik*) itirazı (*yersiz*) dir. bunu ancak: (*davayı uzatmak isteyenler*) yaparlar.

B — Vazifesizlik (*esasa âid*) müdafaalardandır. (*takdimen halli lüzumunu*) tahkikat hâkimi takdir edeceğine göre: yersiz itirazlarda (*bütün deliller toplanmadan evrak müçtemi hey'ete tevdi*) edilmemelidir.

C — Hey'eti hâkime bu gibi yersiz itirazları (*hâdiseler şeklinde, tarafları çağırmadan, evrak üzerinde*) hal ederek; davanın uzamasına meydan vermemelidir.

Böylece, (*Tezvirin*) önü alınmış, mahkemenin işleri azaltılmış ve davalar çabuk bitirilmiş olur...

Yazının özü:

1 — Kanunlar, alışıldıkca mükemmelleşir. İyi hâkimler elinde, fena kanunlar bile güzel neticeler verir.

2 — Adlî tarihimizde, garb hukukculuğuna doğru atılan adımlnr, ancak Cumhuriyet devrinde, tam bir (*İnkilâb*) şeklini alabilmişdir.

3 — Hukuk usulü muhakemeleri genç bir kanundur. Ancak (*müçtemi*

636

mahkeme) ve (*istinaf*) esaslarına göre yapılmışdır. Bir çok hükümleri, bizdeki teşkilâta uymamaktadır.

4 — Usulü muhakemeler değişmiş; teşkilât kanunu eskisi gibi kalmışdır. Bu umumî âhenge müessir olmaktadır.

5 — CUMHURİYET rejimimiz (*ihtisasa*) kıymet ve ehemmiyet vermketedir.

Ancak; bizde hâlâ birçok — *hatta her türlü* — vazifeleri gören mahkemeler vardır.

6 — Muhtelif daireleri olan mahkemelerde vazife itirazı yapılabilir.

Bir çok vazifeleri gören mahkemelerdeki (*vazifesizlik*) itirazları (*yersiz*) dir.

7 — Tatbikatda (*sulh mahkemelerinde*) görülmeyen bu itirazlar (*müçtemi mahkemelerde*) işi uzatmak isteyen tarafa aylarca vakıt kazandırmaktadır.

8 — Müçtemi vazifeli mahkeme (*her bakımdan*) davayı rüy'etle mükellefdir.

Bir defterden silip diğerine yazmak (*şekil*) işidir; esasa müessir değildir. Nakz sebebi olamaz.

9 — Vazifesizlik kararı verilerek, ayni mahkemede (*yeniden celbname*) çıkarmak (*mânasız*) bir iş olur.

10 — En son ve en doğru içtihat şudur;

A — Muhtelif vazifeli mahkemelerde, vazifesizlik itirazı dinlenemez.

B — Davanın hangi sıfatla rü'yetine karar verilir ise verilsin, on gün içinde yeniden celbname tebliğine lüzum yoktur.

C — Bu şekil meselesi, esasa müessir değildir; nakz sebebi olamaz.

11 — Tahkikat hâkimi esasa taallûk eden bu itiraz için, bütün delilleri toplamadan evrakı müçtemi hey'ete tevdie mecbur değildir.

12 — Müçtemi hey'et, bu gibi itirazları (*hadiseler*) gibi; tarafları çağırmadan evrak üzerinde inceleyerek, karara bağlamalıdır.

Müdafaa hakkının (*sui istimaline*) meydan vermiyerek (*davaları uzatmamak*) hâkimlere düşen bir adalet borcudur.

No: 75

İçtihadın, hukuk bilgilerinin inkişafında; kanunların tamamlanmalarında veyahu t evrimine uydurulmalarında oynadığı önemli rol.

Yazan: *Yorgaki EFFİMİANİDİS*

Mevzu haklarda, şeriatlarda olduğu gibi, bunlara ilişikli tesis ve çalışmalarda da, vukuf ve ıttılâ husulü için, araştırmaları ve incelemeleri, yalnız bir tesise ve bir yönlü çalışmaya hasretmiyerek, bilinebilen tesisler ve çalışmalar aralarında karşılaştırmalar yaparak, bunların, mütevazi durum ve evrimlerini tesbit etmek lâzımdır; çünki, ancak bu metodladır ki, meşhur hukukçu (Rodolphe Dareste)'in dediği gibi [1], bunlar aralarında görülen benzerliğin; ya, ayrı ayrı görülen ve sanılan sosyetelerin bir asıldan neş'et eylediklerini ve, bu itibarla, müşterek an'anelere sahib olduklarını; veya, aynı sebeblerin, her yerde, aynı neticeleri vereceklerini kabul suretile izahı mümkün olur. Yine, sözü geçen metodladır ki, bu uğura masruf araştırma ve inceleme, ilmî bir mahiyet alabilir; zira, ancak bu metod sayesindedir ki, Henri Sumner Maine, Gaston Richard, Fustel de Coulanges gibi çok kıymetli hukuk tarihi bilginlerinin ve M. Eschbach, Henri Ahrens, Henri Capitant, Maurice Hauriou örneğinde müderrislerin kail oldukları vecihle [2], hukuk fikrinin muhtevası, tecrübî olup, şarî'lere rehberlik etmek kifayetini haiz bulunduğunu; binaberin, bu muhteva, gelişigüzel surette ve şarî'lerin keyfü - ihtiraslarına tebaan vücud bulmayıp, beşerî tecrübelerin umumî kanunlarının tesirleri altında husule geldiklerini kabul zarureti tebarüz eder; böylece de, bunların tekâmüllerini, muayyen kanunlara irca etmek imkânı hasıl olabilir ve, bu imkân da, yukarıda dediğimiz gibi, elde edilecek neticenin, ilmî mahiyet iktisab etmesine medar bulunur.

Şu kısaca izahatı verdikten sonra, biz de, araştırmalarımıza ve incelemelerimize, ilmî bir mahiyet verebilmek için, büyük üstadla-

[1] Etudes d'histoire du droit.

[2] Sir Henri Sumner Maine: Etudes sur l'ancien droit. G. Richard: Essai sur l'origine de l'idée de droit. Fustel de Coulanges: Histoire des institutions politiques de l'ancienne France. M. Eschbach: Introduction générale à l' étude du droit. Henri Ahrens: Cours de droit naturel. H. Capitant: Introduction à l'étude du droit civil. M. Houriou: Aux sources du droit.

638

rın açtıkları çığırı takib ederek yürüyeceğiz; onların, bilgi meş'allerinin nurundan istinare ederek, davamızı isbat sadedinde, delillerimizi, iki camianın: Romalılar ve İslâm camialarının tesis ve çalışmalarının karşılaştırılmalarına hasreyleyeceğiz. Hasreyleyeceğiz dedik; çünki, bu sahada beşerî çalışmaların en yüksek semerelerini; beşerin fikrî mesaisinin müşterek muhassalaları üzerinde tasarruf ederek, bunlara, orijinal, zatî bir kisve iktisa ettirmek emrinde pek bariz bir kudret ve kabiliyeti bunlarda buluyor ve görüyoruz da, ondan dolayı yalnız bu ikisile iktifa edeceğiz diyoruz.

Muasır hukuk bakımındansa, bu karşılaştırmalarımızı, daha ziyade gdnişleteceğiz; her nerede olursa olsun, bulacağımız örnekleri, delilleri, naklü-derc edeğiz.

Romalı fakihler, fıkhı (Jurisprudentia): İlâhî ve beşerî şeylerin bilgisi; hakka uygun olanı, hakka uygun olmıyandan ayırd etmek ilmidir. (Jurisprudentia est rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia) diye tarif etmişlerdir.

Kelimelerin iştikakî manalarını araştırdığımızda, Romalıların, hak ve adalet hakkındaki iptidaî fikirlerinin, pek kaba ve hiç de incelmemiş olduklarını anlarız; onların nazarlarında, hakkın (jus,jubere, jussus), otorite tarafından halkın mutavaata mecbur tutulduğu bir takım emirlerden ibaret bulunduğunu görürüz. Adâletin (juri stare) iyi veya kötü, kâmilen, bu emirlere riayete; hukuk ilmi ise (jurisprudentia), bu emirleri bilmeğe inhisar ettiğini müşahede eyleriz [1].

İlk önce böyle başlıyan hukuk fikri, adâlet telâkkisi, tekâmül ederek, fukahada n(Ulpien)'e atfolunan yukarıki tarifin mana ve medlûlüne müncer olmuştur.

İslâm fakihleri, fıkhı mesaili şer'iyei ameliyeyi bilmektir, yolunda tarif eylemişlerdir ki, bu tarifin, eimmei şâfiiyeye aid olduğu işaret edilmiştir. Hanefî mezhebinin müessisi İmamı Âzam ise, insanın nefsini ve haklarını ve vazifelerini bilmesidir, tarzında tarif eylemiştir.

Romalılar ve İslâm camialarına mensub fukahanın, fıkha aid yukarıki tarifleri, çok geniş manada olan taraflardir ki, elyevm bunları, hukuk bilgileri karşılığı olarak almakta, hata olmaz sanırız; çünki, bugün, garb hukuk ıstılâhınca, (jurisprudence) kelimesi, birbirlerinden çok farklı iki manada kabul tarzına mazhardır: Biri, yukarıda dediğimiz gibi, en geniş manada, tabiî ve mevzuî hakların ilmidir, yani, tümü ve zencirleme suretindeki bağlılıkları, umumî surette, hukuku teşkileden kaidelerin; nazarî ve amelî bilgileridir (Scientia juris). Halbuki, dar manada, jurisprudence kelimesi, mahkeme-

[1] C. Accarias: Précis de droit romain, nam esere müracaat.

ler huzurunda mevzuubahs olan hukukî meseleleri, şu veya bu surette halletmek üzere hasıl olmuş itiyadı irae eder (usus fori). İşte, bu manadadır ki, mehakim içtihadları, şu veya bu mahkemenin içtihatları diye anılırlar. Bugün, batı hukuk âleminde olduğu kadar, bizde de, bu ikinci mânaya alem olmuştur. Elyevm, hiç bir kimse bunu, evvelki geniş manaya almamaktadır.

İslâm fukahası, bu babda, daha makul ve daha ilmî hareket ederek, Usulü Fıkıh (hukukun nazariyesi) ve Furuu Fıkıh (hukukun tatbikatı, bugünkü telâkki vechile, içtihad) olmak üzere ikiye taksim etmişlerdir.

Hukuk ilminin lüzum ve ehemmiyetini isbata kalkışmak değil, böyle bir kareketin vücubuna kail olmak bile, hayatın zaruretlerine ve icablarına göz kapamak demek olacağından, bu vadide söz söylemek emelinde bulunmıyoruz; bu, bedihiyattandır; isbata muhtaç değildir: Ferdleri çalışmıyan bir sosyete tasavvuru nasıl muhâlse, öylece, hukuksuz bir sosyete tasavvuru da muhâlendermuhâldır. Bizim burada arzu ve tafsil etmek istediğimiz nokta ve husus, bundan evvelki yazılarımızda da serdeylediğimiz vechile, içtihad yoliyle, kanunlarımızın tamamlanmaları; tümlüğümüz hayat zorluklarına uydurulmaları ve bunların , bu hayatın inkişafına ve mütrakki surette tekâmülüne, yalnız engel olmamak değil, bunun seyrini kolaylaştırmaları bakımından, bunun ehemmiyetini ve tâbi olduğu metodu ve icab ettirdiği bilgileri ve buna mütevessil bulunanların haiz olmaları gereken vasıfları tebarüz ettirmek suretile, sosyetemizin diğer yönlerinde kendini gösteren Atatürk rejiminin dinamik nizamı verimliliğini, hukuk sahasında da belirtmek emrinde, hukukçularımızın dikkat nazarlarını çekmekdir.

*
* *

Şeriatların (législations) tekâmül ve inkişafları bakımından, içtihadın rolünü tesbit ederken, iki devreye taksim zaruretini duyarız: mektub ve müdevven olmayıp sırf örf ve taamüle müstenid bulundukları devre; diğeri de, bunların mektub ve müdevven şekil aldıkları devre.

Hukukun bir hayat prensibi olduğunu ve hak fikri muhtevasının da tecrübî olarak vücud bulduğunu göz önünde tutarsak, şerayiin, müdevven ve mektub şekil almış bulunmıyarak, hayat zaruretleri sevkile, örf ve taamül şeklinde insanların riayet edegeldikleri kaidelerinin teessüs ve tekâmüllerinde ve, bunların, sosyete hayatının inkişafiyle beraber müterakki inkişaflarında, içtihadın ve müçtehidlerin usûl ve mezheblerinin (doctrines), ne derecede mühim rol oynadıklarını

anlamakiçin, gözlerimizi geriye doğru çevirerek bakmak lâzımdır [1].

Şu tarihî metodun kullanılışında, bize, en şaşmaz ve kuvvetli yardımı yapan Romalıların ve İslâmların şeriatlarıdır. Bu şeriatların tekevvün ve tekâmül tarihleri, bize, pek canlı surette, beşerin fikrî mesaisinin çok parlâk örneklerini verir ve İslâm bilginlerinin, içtihad (İslâm kaynaklarından hüküm çıkarmak için bütün kudret ve vüsunü sarfederek çalışmaktır), diye tarif etmelerinin illet ve hikmetini anlatır; filhakika, bu saha, sosyete hayatı icablarına müterafik olarak, insanın dimağî ispekülasyonunun en yüksek tecelliyatını ve yaratılarını nazarımızda tecessüm ettirir.

Din telâkkisinin, sosyete hayatının her yönüne ve insanların bütün fiil ve hareketlerine hâkim olduğu devirde, Romalıların, ecdad dininden ilham alarak başlıyan ve (Gentes) ve sonra (Cité) topluluğu dinlerine dayanan ve daha sonra da, sosyete hayatının inkişafı ve insanların hayt hakkındaki telâkkilerinin değişmelerile, din telâkkisinden ayrılarak, sosyete telâkkisine bağlânan hukukun, hukuk kaidelerinin, şu müterakki tekâmül ve inkişaflarında, müçtehidlerin hizmetleri çok büyük olmuş, bunların, yorulmak ve usanmak bilmez çalışmaları sayesinde vücud bulan eserleri, gelecek nesiller için, kanun hüküm ve kuvvetinde olarak, hukuk kaynağı durumunu almışlar ve, hâlâ da, önlerinde saygı ile eğilmek mecburiyetini bizlerin kalblerine ilkah edecek kudret ve mehabeti muhafaza eylemekte bulunmuşlardır.

Sonradan Romalılar adını alan insanların, yukarıda söylediğimiz veçhile, iptidada pek haşin ve sert olan, meselâ, babaya evlâtları üzerlerinde eşya misillû tasarruf salâhiyetini verecek derecede, beşerin tabiî duygularına aykırı düşen, hukukî telâkki ve tesislerini incelterek, bu tabiî duygulara insiyakını temin eyliyen ve, irs haklarını da, beşerin yüksek duygularına intibak ettiren âmiller içlerinde, (Papinien), (Gaius), (Ulpien), (Paul), (Modestin), ve bunların selefleri (Julien Africain) ve (Marcellius Servidius Scaevola) ve saire gibi müçtehitlerin (jurisconsultes) ortaya attıkları akidelerin; beşerin takatı dışında sayılacak derecede yüksek çalışmalar sonunda, aklî selîme ve hayat icablarına uygun olarak vücuda getirdikleri içtihatların da pek mühim rolleri vardır. Yunan felsefesinin, bu çalışmalarda, baha biçilemez derecede kıymetli tesir yaptığı; temel taşı hizmetini gördüğü de muhakkaktır [2]. Hem ne hacet; din, felsefe, şeriat; bunlar, hep birbirlerinin tamamlayıcısı, yardımcısıdırlar. İnsanın inanç ihtiyacında olduğu gibi, hukuk da, idealdır; binaberin, imha edilemez; fakat, onun gibi, zaman ve mekân hükümlerine ta-

[1]. M. Eschbach: Yukarıda sözü geçen eserine müracaat.

[2] Georges Del Vecchio: (Leçons de philosophie du droit) nam eserine bak.

bîdir. İşte, bu bakımdan ebedî bir şekli yoktur; tezahür eylediği zamanın şartlarına ve icablarına uymak zorluğundadır. Fakat, şu uysallık, şekildedir; yoksa, temel itibarile Hak (şeriat = législation) tezahur şekli yönünden müessir olan tarihin fevkindedir. Bizatihî kendi tesislerinin, kendi timsali olmak üzere vücut bulan kanunlarının da üstündedir. Kuvvetli bir cazibe, onu, daima, fikir alemine, diğer benzerleri yanına çeker. Bu sebebden dolayıdır ki, Hak (şeriat = legislation),felsefeyle din arasında mevki alır, diyenlerde bulunmuştur [1].

İlk önceki Romalılarda, ecdâd dininden ve aile ocağı ve mukaddes ateş mihrabı telâkkisinden doğan, mülkiyet hakkı muhtevasından başlıyarak, bilâhare, felsefe yardımiyle de şeriatın (mevzu hakların) nasıl inkişaf eylediğini göz önüne alırsak yukarıki mütalâanın doğruluğu tebarüz eder ve bu bağlılığı kavrıyabilmek için de, tarihin yardımına sığınmak zorluğu, kendini gösterir.

*
* *

İslâm şeriatı denilen ve, zamanına göre,yüksek ve müvahhit din telâkkisinden mülhem bulunan hukuk âbidesi de, başlı başına bir medeniyet âleminin timsali ve beşerin fikrî mesaisinin bir şaheseri olup, mezheb müessisleri dört imamın ve, bilhassa, Hanefî mezhebi müessisi İmamı Âzamın ve telmizleri, İmamı Zufer, Ebu Yusuf, ve Muhammedin, beşerî kuvvetin fevkinde denecek surette, kudretli ve verimli ve şuurlu ve inanlı çalışmaları ve feragati nefisde ifrata vararak, mensub oldukları camianın, refah ve saadetinin ve nizam ve ahenginin husul ve teminini kutsal ülkü bilmeleri neticesi olarak, hususî şeklini almış ve (corpus juris) durumuna gelmişdir.

Filhakika, İslâm şeriatı kaynaklarının, betahsis, asıl kaynak olan Kur'anı Kerim ve Hadîsi Şeriflerin, bir tasnife, bir metoda tâbi olmıyarak, yeni vücud bulan bir sosyetenin, İslâm camiasının, çok kuvvetli hayatiyet ve enerji mahsulü olan pek hızlı inkişafının, hergün bir başka şekil ve safha arzeden tecelliyatı hasebile, zamanın darlığına mebni, gelişi güzel yayılmış ve serpilmiş delillerinden, hüküm istinbat ve istihraç etmek ve bunları, bir metoda tâbi tutmak ve ilmî kavaid ve kavanine istinad ettirmek ve bütün bu ameliyeyi, bir insanın ömrü gibi, kısa bir zamana sığdırmak, tarihte, hemen eşine raslanamıyan bir muvaffakiyettir. Bunun en parlak, ve aynı zamanda, en müşkül olan ciheti, hususiyeti, orijinalitesidir. Bu hususiyeti temin

[1] E. Serminier: (Del 'influence de la philosophie) nam eserinde (Législation) şeriat kelimesinin, kâh tabiî hak, kâh mevzu hak yerinde kullanmış, biz de yerine göre öyle aldık.

642

ve daha bariz bir hale koymak için, olzaman hâkim durumda olan (Aristote)'un felsefî mezhebine ve (catégorie)'sine ve (Néoplatoniciens) cereyanlarına karşı, İmamı Âzamın, müstakil bir felsefî mezhep yaratacak derecede ilmî kudrete malik ve tabiî ulûma vakıf bulunmasıdır; ilmî ihatanın yüksekliğine ve çeşitliliğine ekli olarak da, sarsılmaz bir ahlâkî kudrete ve tükenmez bir manevî varlığa ve imana sahip olmasıdır. Bu zatların akıllara hayret verici muvaffakiyetlerinin en büyük sırrı da, İslâm şeriâtı kaynaklarını, hıfız ve tasarruflarına geçirmekteki yüksek kabiliyetleridir. Filvaki, İmamı Âzamın, bir ramazan ayı içinde, Kur'anı Kerimi, doksan defa hatmettiği rivayet olunur. İleride tafsiledeceğimiz veçhile, hukuk kaynaklarını ve kanunları iyi bilmek ve zaptetmiş bulunmak, içtihada isabet bakımından, çok gereklidir.

İster Romalılar ve ister Müslüman câmialarına mensup bulunsunlar, hukuk ilmine ve beşeriyetin refah ve saadetine hizmet eden bu yüksek müçtehidler, bugünkü hukuk ilminin, yalnız, temellerini koymakla ve pekiştirmekle kalmamışlar, nev'i beşer baka buldukça baki ve berdevam bulunacak, hukukun rasyonel prensiplerini tebarüz ettirmekle, istikbalin karanlıkları içinde, beşeriyetin yolunu tenvir edecek ve vahdet husulüne doğru sevkedecek [1] sönmez meş'aleler ihda eylemişlerdir.

İşte, bu sebebden dolayıdır ki, bu müçtehidlerin, içtihadî mesaileri, mevcudu ve müdevveni: Tavzih, tefsir, tevsi velhasıl tatbik ameliyesinden daha çok yüksek durumda, yapıcılık ve yaratıcılık anlamında olduklarından, yukarıda bir nebze bahsedildiği üzere, bu tarz içtihada, en geniş manayı vermek ve (Hukuk ilmi) karşılığı olarak almak muvafık bulunmuştur.

*
* *

Binlerce senelik bir tekâmül ve inkişaf neticesi olarak, hukuk ve şerayî, mektub ve müdevven bir şekil aldıktan sonra, içtihadın, manası da daralarak, (Kanun ilmi) mahiyetini almak; kanunları bilmek; şarîin maksadına ve kanunun ruhuna nüfuz etmek; bunların, illet ve hikmeti vâzılarını ve geçici zaruretler mahsulleri olup olmadıklarını kavramak; hukuk nazariyelerini ve hukuk kaide ve prensiplerini, mücerred surette, konbine edebilmek ve saire manasında telâkki edilmek zarureti aşikârdır; yalnız bu kadar değil; bunun teknik, san'at ciheti; hukuku faaliyete koymak ve hâdisata, hüve hüvesine, tatbik eyliyebilmek, yani, kanunu harekete getirerek, menfaatların çarpış-

[1] C. Accarias'ın yukarıda sözü geçen eserine bak; Kezalik Gustave Dugoait'nın (Histoire des philosophes et des théologiens musulmans) nam eserine bak.

malarının ve sosyal çeşitliklerinin hudusa getirdikleri, sayısız meseleler karşılarında, bunun tatbik sahasını tahdid etmek veya tevsî eylemek hususlarından ibarettir.

Filhakika, şarîden, vazıı kanundan, her türlü teferruatı ihata beklenemiyeceği ve böyle bir talebin, hayatın değişeceği esasına karşı tegafül demek olacağı düşünülürse, mevcud hükümleri karşılaştırarak; kanunun sakit bulunduğu hâdise hakkında bir hüküm çıkarmak emrindeki mesainin, ehemmiyet ve kıymeti, nazarlarda tebarüz eder. Fransız Medenî Kanununun vücude getirilmesinde baskın hizmeti geçen (Portalis)'in şu: (Kanunun vazifesi, geniş görüşlerle, hukukun, umumî kaidelerini tesbit etmektir; netice bakımından, verimli prensipler tesis eylemektir; yoksa, her madde hakkında zuhur ve hudus edebilmeleri muhtemel meselelerin teferruatiyle meşgul olmak değildir; bu, kanunların umumî ruhuna nüfuz eden ve tatbiklerini idare eyliyen hâkimlere ve müçtehidlere âiddir) sözü, işbu mülâhazanın canlı belgesidir.

Bazıları, hukukun mektub ve müdevven bulunmadığı devirlerde içtihadın, hizmet ve ehemmiyeti inkâr edilemezse de, tahrir ve tedvin ileriledikten ve mükemmel kanunlar vücud bulduktan ve sosyal münasebetlerde rehberlik edecek ve cümlece bilinebilecek kaideler teessüs eyledikten sonra, içtihada, lüzum ve ihtiyac olmadığı yolunda mülâhaza serdeylerlerse de, bu mülâhaza, hayat icablarına ve değişme zaruretlerine karşı göz kapamağa müncer olduğundan, bittabi, iltifata şayan görülemez.

Hukukun tatbiki denilen mezkûr ameliyeyi, amelî hukuk denilen usulü muhakemeyle karıştırmamalıdır. Hukuk ilminin gayesi, tesbit eylediği kaidelerin sosyal münasebetlere tatbiki olmasına göre, bu gayenin ifadesi, hukuk ilminin de lüzumsuzluğunu gerektirir; binaenaleyh, hukukun tatbiki, kanun metinlerinin iyice bilinmelerini istilzam ettiği gibi, hükümde büyük bir doğruluk ve isabeti; fikirde de kuvvetli nüfuzu nazar ve sebatı, topyekün, iyi organize olmuş bir kafayı, dimağı gerektirir. Bunu şöyle ifade edenlerde vardır: Müçtehid, mevzu kanunları çok iyi bilmeli; bunların, sadık bir müfessiri ve şârihi olmalı ve her verilen meselede, iyi bir hâkimin vereceği, esbabı mucibeli ve müdellel, kararı takrir ve imlâ ettirecek bir kabiliyet ve kudrete bulunmalıdır; zatî fikirlerinden ve şahsî benliğinden sıyırılarak ve şârîin fikrine ve maksadına nüfuz etmekten başlıyarak, kanunun, canlı ifadesi bulunduğu, doğru veya yanlış, prensipleri tebarüz ettirmeli ve bu prensiplerin, derhal, vâkıalara ve hâdiselere tatbiklerini bilebilmeli ve bulabilmeli ve bundan zuhura gelecek bütün neticeleri ve âkibetleri, istid lâl ve istihrac ve keşfü-tahmin eyleyebilmelidir. Bunun

için de iki şey lâzımdır: Bütün kanun metinlerini hıfzına ve yedi tasarrufuna geçirmiş bulunmalı; kanunun vaz'ınat ekaddüm eden emsalleri ve bu kanunun ne gibi şartlar içinde doğduğunu bilmeli ve göz önünde tutmalı.

İslâm fukahası, içtihad için: 1 — Fâkıh olmak ve 2 — İçtihadın taalûlk edeceği mesele, şer'î bir mesele bulunmak lâzımdır demişlerdir. Fâkıh olmaklığın ise, ilmi fıkhı ihataya vabeste bulunduğu aşikârdır.

Yukarıki tafsilâta göre, İslâm âleminde içtihad salâhiyeti, yalnız fukahaya aid olduğundan, bunlara, (Erbabı içtihad) dahi denir; fakat, mezhep sahibi olan dört imamın ve asırlar devamınca onlara halef olan diğer fukahanın dimağî çalışmalarının neticelerini ölçersek, ehemmiyet ve şümulleri itibarile, İslâm alemindeki teşriî faaliyetin muhtelif safhalarını tesbit edebiliriz. Şu çalışmaların karşılaştırılması, bize, bunların içtihatlarının kudret ve derecelerini de gösterir; işte, kudret ve derecelerin bu tefavütü, bunların, sınıflara ve derecelere taksimlerini gerektirir. Bundan dolayı, işbu bakımdan, müçtehidin, üç sınıfa ayrılarak, mezhep ve usûl sahibi dört imam, birinci sınıfı teşkiletmek üzere kabul edilmiştir. Diğer iki sınıf başkaca yine sınıflara ayrılmıştır ki, bunda, ittifak yoktur. Meselâ: (Edirnevi) ve (Flugel) yirmi tabaka olmak üzere tesbit ettikleri halde, İbni Kemali Paşa, yalnız yedi tabaka olarak kabul etmiştir.

Bundan başka, içtihadı, şümul ve mahiyeti itibarile de taksime tâbi tutmuşlardır ki, bu da, İçtihadı filşer'î ve içtihadı filmesail suretile olan taksimdir. Bazıları, asıl içtihad, birincisi olup, mezhep ve usûl sahibi olan dört imam taraflarından yapılanıdır, demişlerdir. Binaenaleyh, müşarünileyhim dört imamın telmizlerinden sonra gelen fukaha, selefleri taraflarından hallolunan meselelere kıyasen halletmiş olmalarına mebni, bunlara, (Müçtehidini filmesail) deyerek, ikinci derecede kıymet vermişlerdir. Vâkıa, bunların, içtihad vâdisindeki çalışmaları, dört imamın ve telmizlerinin çalışmaları derecesinde semereli değildir; fakat, yeni ve münferid meseleler de halletmek suretile, İslâmın teşriî servetini arttırmaktan da halî kalmamışlardır.

Fakat, sosyete hayatının inkişafı; muamelâtı nasın tevessüü ve bizzarur hukuk fikri muhtevasının da artması neticesi olarak, evvelce, içtihad emrinde ve bunun tatbikat sahasından kurtulup ilim seviyesine yükselmesine kâfi görülen bilgilerin kifayetsizlikleri anlaşılmağa başlanmış; binaenaleyh, müçtehidin mesaisi, ilmî bir mahiyet alabilmek için, kanun hakkında da bir hüküm verecek ve anı tenkid eyliyecek ve şu tenkidlerini ilim icablarına ve mucip sebeblere dayayabilecek kabiliyette bulunmalıdır, yani, kanunun mer'î bulunduğu

sosyal çevreyle olan zarurî münasebetlerini bilerek, şaşmaz ve emin bir parmakla, sözü geçen bakımdan, işbu kanunun muhtac olduğu ıslâhatı, işaret ve irae eyleyebilir durumda olmalıdır kaatına varılmıştır.

Filhakika, ol yüksek vasıfları haiz olan müçtehid, bu nazik ameliyeyi, sert ve katı duruma gelerek, veya, hatalı prensiplere dayanarak, hayat evrimine uyamıyan ve onun müterakki seyrini zorlaştıran kanunî tesislere, elâstikiyet ve inhina kabiliyeti vererek; bu seyre uydurma vazife ve hizmetini yerine getirebilmek için, ahlâk ve iktisad ilmlerinden istianeyle rasyonel ve konvansyonel prensipleri [1] seçer; bunlar içinde devamlı olanlarla olmıyanları birbirlerinden ayırd eder. Kezalik, tarihin ibretbahış yapraklarından da ders alarak, mantık icablarına aykırı olmakla beraber, hatalı prensiplere dayanan ve devam edebilen kanunların da vücud bulduklarını tesbit eder ve, bunların, esas itibarile, hatalı prensiplere müttiki bulunmalariyle beraber, geçici ve fakat, hakikî bir zaruret ve ihtiyac neticesi olarak vücud bulduklarını görür. Değil böyle arızî ihtiyaclar ve zaruretler dolayısile, hattâ, dayandıkları prensipleri itibarile mâkul ve mantıkî olmaktan naşi, masdarları bakımından, nev'i beşer için birlik zarurî olan hallerde bile, şekil değişiklikleri olduğunu öğreniriz [2].

İşte, matlup evsafı haiz bir fâkıhın, bir müçtehidin, yukarıda görüldüğü üzere, ıttılâ hasıl eyliyeceği ve tesbit edeceği haller, bize, vücuda getirilecek terakkiyi, değişiklikleri gösterirler; kanunlarımızda yapılacak tadilât ve ıslâhatı tebarüz ettirirler. Bu terakki, ister derhal vücuda getirilmesi gereken terakki olsun, ister kökleşmiş örf ve teamüller ve an'anelerle telif etmek zaruretine mebni, tedricî surette vücuda getirilmesi vücudunu arzeden değişiklik bulunsun; bu babda, vazıh ve ayan bir görüş ve duyuş birliği hasıl olur: Bu, öyle kuvvetli ve kabiliyeti namiyesi çok bir tohumdur ki, filizlenmekte ve semeresini belirtmekte gecikmez; bahusus, hayat icabı gibi, tükenmez bir kaynaktan gıdasını almakla, büyümesi de tez olur; aykırı durumdaki tesisin yıkılması, yerini, hayata uygun olanına terketmesi sonucunu doğurur.

Binaberin, yukarıki sözler, tatbikat bakımından, müçtehidin, felsefî ve tarihî noktai nazarları telif etmesi mecburiyetinde olduğu kanaatını verir.

Elde mevcud kanun nedir? Bunun selefi ne idi? Müstakbelde ne olmalıdır? İşte müçtehidin, bugünkü telâkkiye göre, araştırmala-

[1] Burada (rasyonel) aklî ve mantıkî, binaenaleyh mutlak; konvansyonel de, mukayyed ve nisbî manasında kullanılmışdır.

[2] Maurice Hauriou: (Aux sources du droit) nam eserine bak.

646

rının yüksek amacı!!!. Yukarıda da dediğimiz gibi, bu kabîl araştırmalarda, incelemelerde, ilmî olan cihet, tenkidî olan kısımdır ki, bu, hukukun rasyonel, yani, aklî ve mantıkî ve beşer tab'ının mevlûdu olmak itibarile, devamlı bulunan elemanlarını bulup çıkarmak ve, beşerin keyf ve kaprisi, üstad (Turhan Tan'ın dediği gibi, bülhevesliği fevkinde olan kanunlar ianesile ve bunların saçtıkları kuvvetli nur ve ışık yardımile, bazı tesislerin keyfî ve düşük durumlarını tebarüz ettirmek ve böylece de bir şeriâtın gerektirdiği ıslâhat ve tadilâtı işaret ve irae eylemek !!! İşte, hukukun felsefesi de buradadır. Bunun dışında kalan müçtehid, baştan başa, tefsir ve tavzih alanında, bocalar ve çalışması da kısır kalır, yolundaki kıymetli sözleri söyliyen bilgine hak veririz[1].

Yukarıda söylenen tenkidî ve binaberin, felsefî olan tarzı, şöyle bir tarafa bırakalım, bir kanunu, doğru ve dürüst tatbik edebilmek için onu tefsir etmeği bilmek, yani, iltibas mahzurundan gayri sâlim ve muzlem ve müphe mifade ve ibarelerin, ipham perdelerini yırtarak, şarîin maksadını arayıp bulmak lâzımdır. Bu, bir san'atdır; Almanlar bu san'ata müteallik kaidelere (hermeneutique) derler ki, Helen dilinden alınan bu kelimenin anlamı: Tefsirî, teşrihî ve tavzihî demektir.

Bir kanunun ibaresi, iki türlü manaya mahmûl olur, veya, şüpheli ve müphem durumda görülürse, müçtehidin, her şeyden evvel, kanunun tahrir ve tertib ve tab'ında, hata ve zühûl olup olmadığını araştırması lâzımdır; çünki, bazan bir nokta ve ya bir virgül ilâvesi ve yahud da bir nokta ve bir virgülün zühulü, unutulması bile, manayı değiştirebilir. Müçtehid, bu bakımdan hata ve zühûl mevcud olmadığına ve kanunun metninin şarîin elinden çıktığı gibi bulunduğuna kanaat getirdikten sonra, metnin iphamını izale için, ya, sarf kaidelerinden veyahud da, mantıktan istiane eder, şöyleki: Metinde istîmal olunan kelime ve cümlelerin luğavî ve ıstılâhî manalarını derpiş ederek, veya kanunun ihzarî çalışmalarında ve kanunun müzakere ve münakaşalarında geçen sözleri ve ileri sürülen mütalâa ve mülâhazaları göz önünde bulundurarak, şarîi, bu hükmü vaz'u — tesise saik olan sebep ve illetleri tebarüz ettirir. İşte, kanunun tefsiri için kullanılan şu iki vasıtaya göre tefsiri ikiye ayırırlar: 1 — Sarfî tefsir; 2 — Mantıkî tefsir [2].

Bu iki tarzı tefsir de, Tebyinî ve Tevsiî veyahud da Tahdidî olur. Filhakika, tefsir, kanunun hakikî ve tabiî manasını tesbite masruf olursa, bu tefsir, tebyinî mahiyeti haiz olup, halbuki, kaunun mâna

[1] C. Accarias 'ın yukarıda, sözü geçen eserine müracaat.

[2] B. Windscheied'in: Système du droit romain namı eserine müracaat,

ve şümulünü tevsî ve yahud da tahdid suretinde vukubulursa, bu takdirde de, tevsiî veya tahididî bulunur.

Tevsiî tefsirin esas kaidesi ve prensibi: Her ne kadar kanunun metninde yazılı olmasa bile, mümasil hâdiselerde ammu — şamil olmasının, şariin maksadında mündemiç bulunmasıdır. Kıyastan ibaret olan bu prensibi, Romalı fukaha: (Ubi eademm est legis ratio, ibi eadem esse debet legis dispositio) kaidesile ifade ettikleri gibi, İslâm fukahası da (İllette iştirâk, hükümde de iştirâki icad eder) yolundaki kaidei külliye ile ifade etmişlerdir; ve kıyasta bununla mütemessik bulunmuşlardır.

Şu ifadeleri göz önüne alırsak, tevsiî tefsire, yani kanunun hükmünü, kanunda sarahaten yazılı olmıyan mümasil hâdiselere teşmile, kıyas yolile varıldığını görürüz. Burada (Toullier)'nin şu (Kıyas ! ! . . müçtehidi, nasıl ki bütün insanları görünmeyen pusula sevku - idare ediyorsa, öylece sevku - idare eder. Kıyas, Haliki avalimin yaptığı gibi, şarîin de mümasil hâdiseler için, başka başka tekrarına hacet olmaksızın, umumî, ve yeknesak kanunlar vaz'ı - tesis eylediğini, bize, bihakkin farzu - tahmin ve kabul ettirir; velhasıl, kıyasdır ki, Roma içtihadını, bütün milletlerce, (Yazılı Hikmet vasfile muttasıf bülend mevkie çıkarmıştır) sözü, bunun kıymet ve ehemmiyetini izhar eden bir belgedir.

Kıyas, kudretli bir müçtehid elinde, hazik bir cerrahın elindeki bistüre benzer. Filhakika, İmamı Âzamın kıyas yolile içtihadda gösterildiği kudret, bilenler için, baha biçilemez derecede kıymetli bir örnekdir.

Kıyas, tevsiî tefsir; her ikisi de, hükmü tevsî ve teşmil edilecek kanunî sarahatın, hususî ve istisnaî bir hüküm olmayıp, belki, umumî haklara müteallik bulunmasını icab ettirirler; yoksa, Romalıların (excepptio firmat regulam in casibus non exceptio) ve islâm müçtehidlerinin (müstesniyat mevritlerine maksurdurlar) kaidesile âmil olmak icabeder. Bu zabıtanın anlamı şudur: (Nasıl ki, kanunun metninde sarahat olmamakla beraber; ruhuna göre, şümulüne dahil bulunan meselelere de sirayeti icap ediyorsa, aynı suretle, metinde dahil gibi görünmekle beraber, ruh ve manasının hariç bıraktığı meselelere de teşmil edilmemek iktiza eder).

Yukarıda zikredilen (illette iştirâk hükümde de iştiraki icap eder) kaidesinin yanında, Roma fukahasının (cessante ratione legis, cessantejus dispositio) diye ifade ettikleri ve İslâm fukahasının da (illetin zevali ona müterettip hükmün de sukutunu badi olur) yolunda beyan eyledikleri kaideyi de göz önünde tutmak gerektir. Fakat, bundan, kanunun vaz'ını icab ettiren esbabın zevalile, kanu-

nun da, otomatik bir surette ortadan kalkacağı manası çıkarılmamalıdır; çünkü, her hangi bir kanun, sarahaten veya zımnen, lağvedilmedikçe, mecburiülriaye olmakta berdevam bulunur ve bu babda vücudunu istilzam eden esbabda müstakil olarak yaşar; zira, müeyyidesini binefsihi şariden alır. Binaenaleyh, yukarıda mevzuubahs edilen (müstesniyatın mevritlerine maksur olacakları) kaidesi, tahdidî tefsirde cari bulunur.

Maahaza, kıyasla tevsiî tefsir arasında, gaye ile vasıta arasında olan fark derecesinde bir fark ve ayrılık gözetmek icabeder; binaberin, kıyas vasıtadır; gaye ise, tevsiî tefsirdir.

Edille iraesi ve esbap serdile, kanunların ruhundan, netice ve mukteza istihracını da, kezalik, tefsirle karıştırmamalıdır; çünkü aralarında, gaye ile vasıta arasındaki derecede fark vardır.

Tevsiî tefsirde de müracaat edilecek delil ve mucip sebebler, kiyastakilerin, hemen hemen, aynıdırlar: (argument a contrario sensu) ve (argument a fortiori) ki, bunlardan evvelkisi, şu yazıyla ifade olunur: (Qui dicit de uno negat de altero — inclusis unius est exclusio alterius). Bu sebebi mucibin istimali ve hükme medar olması, istisnaî hükümden başlayarak, âmme haklarına müntehî olmasına vabestedir; ancak ol vakit hükme isal eder. Fakat, buna çok itina ile müracaat edilmeli ve sık sık baş vurulmamalıdır. Şukadar ki, kanun, muayyen bir husus hakkında, sarih ve kat'î surette, meselâ, menfî bir hükmü tazammun ederse, mezkûr hususun zıddı için işbu sarahat (a contrario sensu) bir sebebi mucib olur, velevki, yukarıda serdedilen şart mevcud olmasa bile.

(A majori ad minus) ve (a minori ad majus) sebebi mucibine gelince, bu da, kanunun bir hükmünü, derpiş eylemediği ve fakat, hükmü mucip sebep ve illeti, vazıın derpiş eylediği hususlan daha kuvvetli surette tazammun eden meselelere de teşmili mucip olan sebebdir [1].

Binaenaleyh, yukarıda verilen tafsilât, bize, ister tefsir etmek ve ister delile ve mucip sebebe iktiran ettirmek suretiyle olsun, vazıın, hududsuz olarak tesbit eylediği bir hükmü tahdid etmemek ve ne de, umumiyetinin reddeylediği tefrika, mezkûr hükmü, tâbi tutmamak lüzumunu öğretir ve müçtehidin rolünü tayin eder.

İçtihadın oynadığı mühim rolü bir kat daha tebarüz ettirmek için, Romalılara kadar gitmek ve uzun müddet tedvin ihtiyacını duymaksızın an'anelere bağlı kalan bu insanlar arasında (prèteurs)'lerin kazaî vazifelerine başlıyacakları sırada içtihadlarını ilâmen halka karşı neşreyledikleri beyannamelerinin, Romalılar şeriatını, esa-

[1] MM. Aubry et Rau'nın (Cours de droit civil français) nam eserine bak.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

sından değiştirerek, adetâ, yazılı kanun mahiyetini haiz (daimî beyanname)'lere müncer olmak suretile geçirdikleri tekâmül derpiş edilirse, ol vakte kadar hâkim durumunda olan içtihadın, bu devirden sonra, mahdud olmakla beraber, gene ehemmiyetini muhafaza eylediğini görürüz ve (Callistrate)'ın haber verdiğine göre, İmparator (Sévère)'in bir iradesi mucibince, mümasil kararların tekerrürü suretile, hükkâmın, tezahür eyleyen fikir ve noktai nazar birliklerinin, vuzuhtan âri kanunların tefsirine ve iphamlarının izalesine hizmet eder bir vasıta olarak kabul edildiğini anlarız.

Fakat, en hakimane tesisleri bile, müterakki olduğu kadar, mütedenni bir surette de tekâmül ettirmekten ve tağlit ve ifsatdan hali kalmıyan zaman, bu hususta da tesirini göstermiş ve hâkimleri, körü körüne içtihada tebaiyet ve mutavaattan tahzir eylemek lüzum ve ihtiyacını belirtmiştir. Bilhassa, Şarkî Roma imparatorlugunda, Bizansta, madûn hükkâmın dalkavukluk ve kayıdsızlık ve tenbellik sevkile, hükkamın silsilei meratibi bakımından, yüksek mevkide bulunan zatların, en ufak ve makul esbabı mucibe ve delillerden mahrum kararlarını bile, gözleri kapalı, mutâ görerek, takip ve sebebi hüküm ittihaz eylediklerinin görülmesi üzerine, (Justinien), bu kabil emsale binaen hükmetmektense, kanun hükümlerine tevfikan icrayı kaza ve itayı hükmeylemek lâzım geleceğini irade eylemiştir ki [1], bunda, yakında intişar edecek olan (Türk adliyesinin evrimi .... İlâh.) adlı eserimizde de gösterdiğimiz veçhile, sosyetenin, enerjisini tüketmesi ve tevakkuf ârazı göstermeğe başlamasiyle beraber, gerek ilim ve gerek ahlâk bakımından ve yaratıcılık yönünden, iptidalarda bol bol raslanan seçgili insanlara, artık sık sık raslanmaz olması gibi zâfa rağmen, tesislerin mükemmeliyeti kanaatından mülhem olarak, yaratıcı yardımdan istiğna gösterilmesi misillû inhitat emareleri belirmiştir ki, şu ruhî hallerin, bunda âmil olduğu muhakkaktır.

*
* *

İslam fukahası, en kuvvetli içtihad yolu olan (kıyası) tetkik ederken, yukarıda denildiği üzere, esasen kıyas delili şer'îsine binaen hakkında hüküm lâhik olan meselenin hükmünü, illetteki iştirakine mebni, diğer meseleye teşmil etmekten ibaret olmasına nazaran, ortada iki meselenin vücud ve vücubunu tesbit ve bunlara kıyasın anasırı demişlerdir ki, evvelkisi, meselei asliye olup temel hizmetini görür; ikincisi, meselei kıyasiye olup buna, evvelkisine bakarak, meselei fer'îye dahi demişlerdir.

[1] Georges Bry'nin (Prencipes de droit romain) nam eserine müracaat. C. Justinien VII. 45. de sententiis, 13.

650

Bundanbaşka, mumaylehum fukaha, kıyasta esas ve temel hizmetini gören mesaili: 1) — Mesaili Ümmühatiye; 2) — Mesaili Vâkıa; 3) — Mesaili Nevaziliye olarak üçe ayırmışlardır ki, bunlardan üçüncüsü, İslâmiyete malûm olan ilk üç asırdan sonra zuhur eden meselelerdir.

Mesaili Ümmühatiye ve Mesaili Vâkıaya, Mesaili İçtihadiye dahi denildiği gibi Mesaili Nevaziliyeye de, Mesaili Müstahrice ve Müstanbita adı verilmiştir.

Mesaili İçtihadiyenin, sarih nassa bina edilmiş olanlarına, Mesaili Mansusa ve fukahanin, fikir birliğile halledilmiş olanlarına da Mesailiİcmaiye ıtlak olunmuştur.

İslâm fukahası, kıyasın vecihlerini iki olarak kabul etmişler, ve bunlardan ikincisini, dört şekli mahsusa ayırmışlardır; mezkür vecihleri de kıyasın muteber olması şartlarıdır demişlerdir.

Birinci şart — Kıyasa temel hizmetini gören mesele, Kur'anı Kerim veya Sünneti Seniyenin nassı sarihine binaen halledilmişse, bu delillerin isbat kuvveti, diğer aynı kuvvette bir delille tahdid edilmiş olmamalıdır.

İkinci şart — Kıyasa temel hizmetini gören meselenin hallinden doğan hükmü şer'î, usulüne uygun olarak tesbit edilmiş ve şek ve ibhamdan ârî olarak naklolunmuş bulunmalıdır ki, bu da fukahanın, kıyas yolları diye işaret eyledikleri vasıtalarla elde edilebilir ve bu (Turuku Kıyas) da dörttür:

A — Câlî illet, ki bu, manası zahir olan kelime ile tahassul eder ve hukukî ıstılahı teşkil eyler.

B — Hafî illet, ki bu, hukukî ıstılahı teşkil eden kelime ve ibare vasıtasile değil, ruhu itibarile tezahür eder.

C — Münasebet, ki bu, kıyasa temel hizmetini gören meselenin illeti mahsusası ile halli maksud meseleye de ayni hükmü terettüb ettirmeği icab ettiren aradaki mantıkî münasebettir.

D — Erbabı hazaketin reyleri, ki bu, kıyasa esas olan meselenin illetile halli maksud meslenin sebeb ve illeti arasında müşabehet ve mümaseleti tammenin mevcudiyetini izhara medar olur.

Üçüncü şart — Kıyasa esas olan mesele Kavli Peygamberiye binaen halledilmişse, bu kavlin, ne gibi bir meseleden dolayı sâdır olmuş olduğunun bilinmesi lüzumudur; zira, bu babtaki kavillerin, nakil bakımından taaruz ettikleri de vâkidir.

Dördüncü şart — Kıyasa esas olan meselenin tarzı halli itibari-

le bunun hükmü şer'îsi, şeriat aleminde tek olmayıp nazîri de bulunmak gerekliğidir.

Beşinci şart — Bu şart menfîdir; halli maksud mesele hakkında delili şer'î bulunmamaktır; bu itibarla, kıyas tarikile tefrî hüküm zarureti mevcud bulunmaktır.

İslâm fukahasına göre, kıyasın levazımı, yani, kıyasa esas olacak meselenin haiz olması iktiza eden şartlar da altıdır; ancak, bu şartların bulunmasiyledir ki, mabihülkıyas olmak kuvvetini ihraz edebilir. Bu şartlardan evvel hükmün, kasır veya müteaddi olup olmadığını tetkik lâzımdır. Filhakika, hüküm kasır ise, yani, muayyen bir meseleye maksur ise, bunu, âher meseleye teşmile imkân yoktur; halbuki, hüküm müteaddi, binaenaleyh, tevsi ve naklü - teşmile müsaid ise, bu takdirde, kıyasen, tevsi ve teşmile imkân mevcuddur.

Yazımızın hacmi müsaid olmadığından, tafsilâtta daha ileri gitmiyerek telhis edeceğiz; şukadarki, meseleye ilişikli olmak itibarile bir noktayı işaret etmeksizin geçemiyeceğiz.

İslâm şeriâtı tarihile meşğul olanlarca mechul değildir ki, içtihad kapısının kapandığı hakkında bir nakil vardır. Yukarıda adı geçen kitabımızda oldukça tafsilât verdiğimiz bu mesele hakkında şuracıkta, bir iki söz söylemeği faydalı buluruz.

İslâm şeriâtında, mezheb ve usûl sahibi dört imamların ve telmizlerinin beşer havsalasına sığmıyacak derecede yüksek çalışmalarla, İslâm şeriâtı da, tekemmül ettikten, yani mecelle halini (corpus juris) aldıkdan ve bunun canlı delilleri olarak, meselâ, İmamı Muhammedin atlı cild eseri gibi muhalled âsar peyda olduktan sonra, ki zaten bu devir İslâm camiâsının kemâl ve tevakkuf devri sayılır, yeniden mezheb ve usûl vücuda getirmeğe çalışmak, teşettütü efkârı mucib olmaktan kat'ı nazar, ashabı mezheb ve usûl ayarında zatların yetişdiğine dair bir emare de görülememiş olmasına bakılırsa, bu hâdisenin, İmparator (Justinien)'ne atfolunan, yukarıda sözü geçen, iradenin sudurunu badî olan hallerin, Romalılar camiasında olduğu gibi, İslâm camiasında da, baş göstermiş olmalarından gayri bir şeye hamledilmemek, doğru ve yerinde olsa gerektir.

İşte, yukarıdanberi olan izahat ve örnekler, değil yalnız hukukun umumî prensipleri itibarile, hattâ, mezkûr prensipleri tebarüz ettirmek üzere fukahanın çalışma tarz ve şekilleri bakımından da, benzerlikler ve yakınlıklar mevcud olduğunu isbat ve irae ederler. Binaenaleyh, (Rodolphe Dareste)' in şu: (Velhasıl üzerinde ısrarla durulması iktiza eden son bir nokta da, herhangi bir tesisin, şu veya bu kavim tarafından, kendi millî ve hususî malı olduğu iddiasının ileri sürülemiyeceği kaziyesidir. Grek, Romain, Selt, Slav, Cermen bütün Avrupa

652

kavımları, hernekadar aynı surette ifade etmemişlerse de, hukuk ve adâlet hakkında, aslen, aynı fikri haizdiler. Eğer, herhangi muayyen bir zamanda, bu babda aralarında tezad ve ayrılık gürülmüşse, bu da, bazılarının, öbürlerine bakarak, aynı yolu takib etmekle beraber, daha hızlı yürümüş olmalarından inbias etmiştir) yolundaki sözlerini ve, kezalik, Gaston Richard, Fustel de Coulanges, Georges Del Vecchio, Sir Paul Vinogradoff, Henri Capitant, Edward Westermarck gibi kıymetli bilginlerin, sosyologların [1], şerayiin de, medeniyetin umumî seyrine tâbi bulunduğu; beşerî toplulukların aralarında görülen büyük farkların, yürüyüşteki hızlılık, veya yavaşlılıktan ileri geldiği, yoksa, esasın bir olduğu, beşerin tab'ından doğduğu sözlerinde toplanabilen noktai nazarlarını kaydü-tesbit etmek, geçen mutalâaları te'yid eylemek bakımından faydalıdır. Hem ne hacet, şu fikirler ortaya atılalı yüz seneden daha az bir zaman olduğu halde, İslâm şarii, on dört asra yakın bir zaman evvel, şeriatlar aralarında bağlılık bulunduğunu ve geçmiş şeriatların ihmal edilmemesi lâzımgeldiğini, Kur'anı Kerimin (Ailei İmran) suresinin 2 inci âyeti celilesi sarahatile ilâm ve tesbit buyurmamış mıdır? [2].

Adları ve eserleri yukarıda yazılan bilginlerin mütalâaları ve tarihin bize vardiği kiymetli örnekleri, göz önünde tutularak, karşılaştırmalarımızın ve incelemelerimizin sonuçlarını, şöylece tesbit edebiliriz:

Milâddan 509 sene kadar evveline irca olunan bir tarihte, her hususta dinden, hattâ, aile dini, aile ocağı ve kutsal ateş mihrabı gibi, pek dar, dinî bir telâkkiden ilham alan; insanların bütün faaliyet ve teşebbüslerini felce uğratan ve, adetâ, ayaklarını köstekliyen bu tarz an'ane ve telâkkilerin zebunu bulunan Romalıların, dinî ve bünyevî bütün kuvvet ve hâkimiyeti nefislerinde toplıyan kıralllığı ve kıralları, büyük bir inkılâbla ortadan kaldırarak , yerlerine,sırf cismanî kuvvet ve kudreti haiz olmak üzre, o da şümulü itibarile mahdud ve bir sene gibi müddetle mukayyed ve muvakkat, konsulleri ikame eylediklerini, ve fakat, dinî icaba mebni, va-

[1] Gaston Richard: Essai sur l'origine de l'idée de droit.
Fustel de Coulanges: Histoire des institutions politiques de l'ancienne France.
G. Del Vecchio: Leçons de philosophie du droit.
Sir Paul Vinogradoff: Principes historiques du droit.
Henri Capitant: Introduction à l'étude du droit civil.
Edward Westermarck: L'origine et le développement des idées morales.

[2] Ayeti celilenin meali şudur: (Sana bir kitap inzal olunmuştur ki baştanbaşa bir hakikattır ve kendisinden evvelkileri te'yid eyler; semadan Tevratı ve İncili, insanlara rehberi hareket olarak inzal buyurduğu gibi, Kur'anı da inzal buyurmuştur.)

zifesi sırf ruhanî reisliğe ve dinî merasimi icraya inhisar etmek suretile (Mukaddes Kralları = Rex sacrurum) ibka ederek dünya işlerini, din ve ahiret işlerinden tamamen ayırarak, şeriatın da, yani, mevzu hakların da, dinle olan bağlarını çözüb, cismanî ve sosyal bir tesis olarak XII tablolar kanunu vücuda getirdiklerini görürüz.

Hıristiyanlığın zuhurunun, bu cismanileşmek evrimi üzerinde, durdurucu bir tesir yapmamak şöyle dursun, bilâkis, zuhur ettiği sosyetenin, Roma İmparatorluğu gibi cihanşumul bir teşekkülün durum ve tesislerinden müteessir olarak, ferdlerin daha ziyade hürriyet ihraz etmek ve sosyetenin dar ve sıkıcı çemberinden kurtulmak suretile, benlik ve şahsiyetlerini tebarüz ettirmek emrinde, rehakâr bir âmil hizmetini gördüğünü müşahede eyleriz ve, (Beşeriyet tarihi, müterakki bir surette layîkleşmekliğin tarihi olub, bunun da tamamlanmış olmaktan pek uzak bulunduğu) yolunda serdi mutalâa eden bilğine hak veririz [1].

İslâmiyetin zuhur ve intişarına takaddüm eden devirde, Arabistanın içerlerinde ve ortalarında, bedeviyet hayatı yaşıyan ve müteferrik kabilelere inkısam eden ve aralarında harbü-cidalle vakıtlarını geçiren ve her semye ve kabilenin allâhı, kendi çadırı altında, ve, timsali olan putu da, Kâbede mahfuz bulunan arablık alemindeki an'ane ve telâkkilerinde, Romalılarin ibtidadeki an'ane ve telâkkilerine, çok benzerlik arzettiklerini, tarih sahifelerinde okuyoruz. Arablarda da, hak mefkûresi ve adâlet telâkkisinin, iptidada Romalılarda olduğu veçhile, beslemek külfetinden kurtulmak için, kız evladlarını diri diri gömmek gibi bir faciayi tecviz ettirecek derecede kaba ve sert olduğunu öğreniyoruz.

Milâdden sonra 622 tarihlerine doğru, İslâmiyetin zuhur ve intişarile beraber vücud bulmağa başlıyan İslâm şeriâtının, bu dinin yüksek ve birleştirici mahiyetinden ilham aldığını ve eski kaba ve sert, beşerî duygulara aykırı an'aneleri lâğveylediğini ve bu dinî telâkkinin, camianın her yönüne hâkim bulunduğunu anlıyoruz; bu hâkimiyeti de, pek tabiî buluyoruz; çünki, İslâm âleminde hakikat bir olup, bunun da, asıl kaynaklarından fışkırdığını derpiş edince dinle dünya işlerini birbirlerinden ayıracak ve (Allaha aid olanı Allaha, Kaysere aid olanı da Kaysere) verdirecek bir inkılâp husul bularak [2], bu iki hâkimiyet alanı birbirlerine engel olmaktan kurtulmadıkça, şeriatın da, yani, mevzu hakların da, bir realite olan sosyete hayatı telâkkisine bağlanamıyarak, teoloji çenberi içinde kalacağı ve değişemiyeceği ve sosyete hayatı inkişafına uyamıyaca-

[1] Salomon Reinach'ın: (Orpheus) nam eserine bak.

[2] Alfred Loisy 'nin: (La Religion) nam eserine bak.

ğı aşikârdır.

Yukarıki mülâhazalara, (Auguste Comte)'un, üç merhale, yani, beşerî topluluklardan her birerinin, behemehal, ilk teolojik telâkkiden başlayarak, sırayla, metafizik ve pozitif telâkki devirlerini yaşamak suretile tekâmül ve inkişaf eyliyeceği fikrini, bu fikir umumî kabule mazhar olmamakla ve pozitif devre son ve kat'î merhale olacağı sanılmamakla beraber, eklersek, tekâmül merhaleleri itibarile iki âlem arasında hasıl olmuş olan farkı ve uzaklığı kavrarız.

İşte, Ulu Önderimizin nurlu dehası, kendisi için tükenmez bir kuvvet ve enerji kaynağı olan Türk inkılâbının ülküsü, yukarıda arzolunan fark ve mesafeyi, pek hızlı ve dev adımlariyle yürüyerek ve kat'ederek, ortadan kaldırmak ve Türk Ulusunu da, eşleriyle yan yana, medeniyet hayatının uçsuz bucaksız yolunun, yorulmaz ve geri kalmaz yolcusu yapmak olduğunu anlar, ve bu alanda, Türk hukukçularının uhdelerine terettüp eden vazife ve hizmetin zor olduğu kadar da, kıymetli ve kutsal bulunduğunu teslim eyleriz.

Yüce Atamızın eşsiz dehasından; ulusumuzun çok kuvvetli hayatiyetinden doğan ve yirminci asrın bihakkın mucizesi sayılmağa lâyık bulunan bu hamle; teolojik durumdan, birden, pozitif hayata geçmek; ilhamını, semadan ve gaipten değil binefsihî hayattan almak suretile, tedricî tekâmülle asırların geçmesine müftekir bulunan metafizik devreyi atlaması gibi, tarihte örneğine raslanamıyan bu sıçrayış; hasta ve ihtizar halinde ve yıpranmış görünen bir sosyeteden, gürbüz, hayat ve enerji dolu bir sosyete çıkarış, ancak, tabiatta yeni bir nev'i ve çeşit vücud bulmak için tesiri tesbit edilen ânî ve şiddetli bir tahavvülü andırır bir hâdisedir; alelâde bir hâdise değil, tarihin, eşini, hemen hemen kaydetmediği, bir hâdise, adetâ, bir mucizedir. Ulus, bu hamlesile ve bu sıçrayışile, ayaklarını köstekliyen ve serî hamlelerine, yürüyüşlerine engel olarak, geri kalma sonucunu doğuran bütün zorlukları yenerek (Yeni bir Türk Ulusu) durumuna gelmiş ve evvelkisinden pek çok farklı bir nev'i yaratmak suretile işbu mucize vücud bulmuştur ki, bunu yaşatmak ve pekiştirmek için sarfedilecek gayretin ne derece kutsal ve meşkûr bir hizmet ve vazife bulanacağını, tarife ve tafsile lüzum olmasa gerektir.

Muâsır Hukuk bakımından İçtihad

Yüksek medeniyet seviyesine varmış milletlerin Ana Yasalarına göre, Devlet denilen yüce teşekkülün, ifasiyle mükellef bulunduğu vazife ve hizmetleri ifa sadedinde haiz olduğu ve mücehhez bulunduğu kuvvetlerin, İcra ve Teşrî ve Kaza kuvvetlarinin, birbirlerinin salâhiyetlerine müdahele etmemeleri ve tamamen birbirlerinden müstakil

bulunmaları esası kabul edilmiş olmasına göre, Teşrîî kuvvetin vücuda getirdiği kanunların ve tesis eylediği hükümlerin de ancak, yine kendi tarafından ıslâh ve tadil ve tefsir edilebilip, diğer İcraî ve, hattâ, Kazaî kuvvetlerin de müdahele ve taarruzundan masûn bulunmaları iktiza eyliyeceği ilk bakışta, hatıra gelir, ve mâkul da sayılırsa da, bunun, sırf bir görünüşten ibaret kalarak hayatın hakikî seyrine aykırı olduğu noktalarından sarfı nazar, binefsihi, sosyal hayat inkişafile mütenasip olarak inkişaf eden, tevzii adâlet lüzum ve ihtiyaciyle de uygun düşmediği, ufak bir mülâhazayla ve fikir imâlile tesbit edilebilen bir kaziyedir.

Filhakika, yukarıda söylendiği veçhile, Kanun, ancak, umumî hatları ve prensipleri irae ve te'yid eyliyeceği cihetle, her gün birer suretle arzı çehre eden hâdisat ve vakâyie, bu umumî prensipler dairesinde, terettüb edecek hükümleri tayin ve tesbit eyliyecek; adâlet hakkında ve ihkakı hak sadedinde, en son sözü söyliyecek, yine hâkimler olmalarına mebni, Kazaî bakımdan olduğu kadar; kanunda sarahat yoktur diye, Hâkimin, kendisine arzolunan meseleyi tetkik ve bir hükme bağlamaktan imtina edemiyeceği ve böyle bir hareketin, ihkakı haktan imtina sayılacağı derkâr olmasına nazaran, teşriî bakımdan da, İçtihada, adetâ mecbur bulunduğu aşikârdır. Şu lüzum ve zarureti, bizat vazıı kanun da, teslim ederk, Medenî kanunumuzunn 1 inci maddesindeki — Kanun lafzile ve ruhile temas ettiği bütün meselelerde mer'îdir. Hakkında kanunî bir hüküm bulunmıyan meselede hâkim örfü adete, örfü adet dahi yoksa kendisi vazıı kanun olasaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecekdiye ona göre hükmeder. Hâkim, hükümlerinde ilmî içtihadlardan ve kazaî kararlardan istifade eder — hükümlerine varmıştır. Binaenaleyh, şu hükümler, yukarıdanberi sayıp döktüğümüz yüksek vasıfları haiz hâkimlerin mevkilerinin, ne mertebe yüce olacğını; sosyetenin seri tekâmül ve inkişafı bakımından, ifa edecekleri hizmetlerin, ne kadar kıymetli ve müessir bulunacaklarını göstermiştir.

Her sınıf seçginlerde olduğu gibi, bilhssa, mütemadi bir sa'y; tükenmez bir azim; yıpranmaz bir adâlet sevgisi ve hüsnü hulkla olgunlaşmak zorluğunda olan hükkâm sınfının yetişmesi ve vücud bulması, sosyetenin, bu sınfa karşı göstereceği sevgi ve saygı ve ihtimama bağlı olduğu kadar, bu sınfın çalışmasının verimliliği de, haiz olacağı otoriteye, ve halkın, kendisine karşı göstereceği inan ve güvene bağlı bulunduğu da inkâr edilemiyen bir gerçeklik olmasına mebni, şu iki bakımın icab ve iktizalarının asla gözden kaçırılmamaları, yurdumuzun ve sosyetemizin yüksek menfaatlarının gerektirdiği hallerden olduğunu da tebarüz ettirmiştir. Binaberin, bu sınfın da, maddi refah yönünden olduğu kadar, manevi olgunlaşma ve ıstıfa bulma yönünden de gerekli tedbir ve tekayyüdlerle alâkalandırılması ve her hukuk tahsil edenin, bilâ kaydü - şart, bu sınfa iltihak eyliyememesi ve bir seçiliş vücud bulması zarureti belirmiştir.

Yukarıki maddenin — örfü adet dahi yoksa kendisi vazıı kanun olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecekdiyse ona göre hükmeder— fıkrasiyle, hâkimin, teşrîî içtihad lüzumu tebarüz ettirildiği gibi—ilmî içtihadlardan ve kazaî kararlardan istifade eder— fıkrası mefadile de, umumî kaidelerin husul ve istikrarlarında, bizatihî içtihadın, haiz olacağı tesir ve kuvvet ızhar olunmuştur.

Maahaza, yukarıki maddenin—kanun lafzile veya ruhile temas ettiği bütün meselelerde mer'îdir—maâlındeki fıkrası bile hâkimin, gözü kapalı olarak kanunun metnini tatbik etmesi ve bunun üzerinde imalî fikir ve izharı kanaat eylememesi manasını da tazammun etmez; hattâ, daha ileri gidilerek, kanunun, akli selim ve adâlet lâzımesine aykırılığı karşısında, bunu, bütün bütün, ihmal etmemesi mecburiyetini de ifade eylemez denilebilir. Filhakika, bazı memleketlerde, kanunun, hak ve adâlet mefhumlarına olan bariz aykırılığı karşısında, ihmal edilerek ittihaz olunan kararların yüksek mahkemece de tasdik edilmek suretile, kanunun tatbiksiz bırakıldığının örnekleri de eksik değildir. Binaenaleyh, içtihadın, kuvvet ve tesiri içtihadla kanunun lağvedilemiyeceği ve, hâkimin, tatbikine memur olduğu kanunu, mühmel bırakamiyacağı nazariyesine karşı, hakikat alanında kendini göstermekten bir ân hali kalmaz. Kudretli bir hâkim, metinlerin haricî şekilleri karşısında, pek de telâş göstermez; kanunun münekkidi durumuna geçer ve kanunun metninden değil, ruhundan ve şâriin maksadıdan ilham alır; bu da kâfi gelmezse, hayat icablarını, yüksek adâlet mefhumlarını derpiş eder. Zaten, adâlet, sosyete hayatı zaruretlerine uygun olmakdır diye de tarif olunmakta değilmidir?

Hükümlerin mucib sebeplere iktiran ettirilmeleri; dava mevzuunun tavzih olunması; muayyen hallerde, yüksek mahkemenin kararlarına ittibaın mecburî bulunması gibi esaslar, hep içtihadın ehemmiyetini tebarüz ettiren ve müeyyidesini artıran hallerdirler. Temyiz sebeblerinin tevsi olunması ve, hattâ, yüksek mahkemenin müstakar içtihadına aykırı hüküm verilmesinin bile sebebi temyiz olabileceği hususunun kabul edilmesi de, bu sözlerimizin kuvvetli delilleridirler [1].

Eğer, şu naçiz yazılarmızla, adâlet mekanizmamızın uhdesine terettüb eden yüce ödevi tebarüz ettirebilmiş ve bu ödevin icra ve ifasında muvaffakiyet husulünun, elemanlarının seçilmesindeki itina ile beraber, teçhiz kılındığı imkânlarla mütenasib olacağını, hele iş veriminin, otoritesinin mahfuz bulundurulması ve yüksek bir ilim havası yaradılmasiyle artacağını arzü-isbat eyliyebilmiş ve, millî-kalkınmada, bunun, hizmet ve yardımının pek büyük olacağını göstermek suretile, kıymetli liderlerimizin, yüksek dikkat nazarlarını ve itina ve ihtimamlarını bu yöne çekmeğe muvaffak olabilmişsem, kendimi, dünyanın en bahtiyarı saymakta, haklı bulurum.

İstanbul: 18-4-938

---

[1] E. H. Perreau'nun (Technique de la jurisprudence en droit privé) ve Er. Gény'nin (Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif) nam eserlerine bak.

No: 76

Tababeti Adliye ve enemmiyeti

Kâbil tıp fakültesi halk konferansları

Dr. Şakir TUKAL
Kâbil Tıp fakültesi tababeti
Adliye ve ruhiye profesörü

Medeniyetin terakkisi maalesef yalnız müsbet cihetten olmamıştır. İlim ve teknik insaniyetin taalisine nekadar hizmet etmiş ise belki ondan fazla olarak onun zararına, tahribine giden mahuf aletlerin icadına sebep olmuştur. Bu gün otomobille gidebiliyoruz, fakat bu alet tank halinde dağ, tepe aşarak insanları eziyor. Bugün tayyare ile zeman ve mesafe mefhumunu kısaltıyor, kıt'aları komşu kapusu haline getiriyoruz, fakat yine tayyare insanların başına ölüm, felâket tufanı yağdırabiliyor. Bazı hastalıkların âmillerini mikroplarını biliyoruz, bunları üretiyor, onlardan aşı, serom yapıyoruz, fakat aynı mikroplar günün birinde şehirlerin üzerine veba serpmek için hazırlanmaktadır, hemen her devletin büdçesinin mühim bir kısmı zehirli gazlar hazırlamaya ve bunlardan tahaffuz çarelerini, maskelerini temin etmeye sarfedilmektedir. Her gün bir cisim keşfedilmekte ve bu ilâç olarak kullanılmaktadır, fakat bunların zehir olduğunu unutmamak lâzımdır.

İlmin terakkisinden hayır yapan insanlar istifade ettiği gibi ayni ilmi şer, fenalık güden adamlar emellerini kolaylaştırmak için kullanmaktadır. Medeniyetin terakkisi hemen daha fazla şiddette cürmün ve cinayetin çoğalmasını mucip olmuştur. Bu gün Amerikada yarım saatta bir adam öldürülmekte, iki dakikada bir insan veya ev soyulmaktadır.

Dünyada hiç bir bilgi yoktur ki hayır yolunda kullanıldığı kadar şerre de alet olmasın. Elinizdeki bıçakla ekmeğinizi kesersiniz, bir cânî bu bıçağı bir insanı öldürmek için kullanır. Balta ile odun kırarsınız, cânî onunla kafa patlatır. Keserle evinizi yaparsınız, şerir onunla baş parçalar. Arseniki ilâç diyekullanırız, cânî onunla adam zehirler.

Bu misalleri nâmütenahî uzatabiliriz.

Bir cemiyetin nizam ve âhengi onu terkibeden ferdlerin içinde iyi olanlarına inkişaf yollarını açmak ve buna engel olan fenaların el ve kollarını bağlamakla kabildir. Yoksa asırlardan beri kurulmuş bir medeniyeti bir iki senelik anarşi zirüzebr edebilir. Muhterem sâmilerim peçe Saka hadisesinin memleketlerine nekadar elim yara açdığını ve bununla

658

Âlâhazreti Şehîd ve onun muakkıbinin on senedir devam eden intizam ve asâyiş devri arasında nekadar derin bir uçurum olduğunu zihinlerinde pek mükemmel canlandırabilirler.

Cemiyette bu varlığı temin edecek cihazın adına Adliye denir, onun mümessili de Hâkimdir. Fakat ilim okadar dal budak salmıştır ki bunu bir adamın ihatasına imkân kalmamıştır. Onun için hâkim diğer ilim erbabından istianeye mecburdur. Bu hususta kendisine en çok yardım eden ve adetâ lâzimigayrimüfarikı ha.ine gelen ilim ise tababettir. Çünki tecavüze uğrayan insandır. İnsanı bilmek ise ancak tababetle kabildir. İşte tababetin adalete yardım etmeği kendisine gaye edinen şubesine de TABABETİ ADLİYE diyoruz.

Taarruz iddialarını tasdik veya reddedebilmek ancak tababeti adliye ile kabildir. Şahit ve şahadet eski kıymetini kaybetmiştir. Yalan şahadeti bir tarafa bırakınız, bu gün sabit olmuştur ki bir takım insanlar kendileri de inanarak muhalifi hakikat şeyler söylerler, muhayyelelerinden uydururlar, yalnış görürler, heyecanlarının şiddeti tesiri altında görmemiş olabilirler. Binaenaleyh geçen asırlarda adalet cihazının en büyük istinadgâhı olan şahid ve şahadet de Adlî tababeti ruhiye kalburundan geçmedikçe bir çok hâlâtta kıymet ifade etmemektedir.

Bir adamı ölmüş derler. Acaba hakikaten ölmüş müdür? yoksa zâhirî ölüm müdür? Yirmi dört saat beklemedikçe insanın diri diri gömülmüş olması tehlikesi mevcuttur.

Bir insan ölmüştür, aradan yirmi dört saat geçmiştir. Sırt ve kaba etlerini mor bir renk kaplamıştır, dövülmüş zannedersiniz; halbuki ölüm morluklarıdır.

Üzerinde yaralar bulursunuz acaba ölmeden evvel mi yapılmıştır, yoksa öldükten sonra mı? Nasıl ayıracaksınız?

Bir adam dövüldüğünü iddia eder. Üzerinde yara ve bereler vardır. Acaba bunu başkası mı yapmıştır, yoksa birisne iftira etmek için kendisi tarafındanmı ika edilmiştir yoksa, düsmüş veya çarpmış mıdır?

Bir adam görüsünüz bir çok defalar helâya gider, Düşkün, souk souk terlemiş, kusmuş, bir kaç gün sonra salâh bulmuş, iki gün sonra tekrar hastalanarak idrarı tutulmuş ve ölmüştür. Koleraya tutulmuş zannedersiniz ve bir salgın esnasında bu gibi bir takım vak'alar kaybolmuş gitmiştir, halbuki arsenikle zehirlenmiştir.

Bir insana tesadüf edersiniz, yıldırımla vurulmuşcasına yere düşer ölür, kalb hastalığından öldü dersiniz. halbuki asid siyanidrik ile zehirlenmiştir.

Kapalı bir odada bir ölü bulursunuz. Derisi yer yer kırmızı mor renktedir. Dövülmüş zannedersiniz kömürle zehirlenmiştir.

Elli yaşında bir adam bir ziyafetten sonra ölür. Zehirlediler dersiniz

65 D
MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

halbuki böbrek hastalığı olan üreminden ölmüşdür.

Evin birisinde asılı bir adam bulursunuz. Bir bacağında bereler ve sıyrıklar vardır. Öldürülmüş de asılmış dersiniz, halbuki kendisini asmıştır. Bacağındaki bereler de ölürken vâki olan ihtilâcatla çarpa çarpa olmuştur. Yerde bir adam görürsünüz boğazında sıkılmış bir ip vardır. Acaba boğazı iple sıkılarak mı öldürülmüştür, yoksa kendini asmış da ip koptuğundan dolayı yere mi düşmüştür?

Asılı bir adam acaba öldürüldükten sonra cinayeti gizlemek için asılmış mıdır? Nehirden bir ölü çıkarırsınız. Kendisi mi düşmüştür, başkası mı atmıştır? Öldürülüp mü atılmıştır, yoksa dirimi düşmüştür? Üzerinde yaralar vardır bunu hayvanlar mı yapmıştır, taşlar mı kesmiştir. Çarpmış mıdır, yoksa başkası tarafından mı yapılmıştır?

Tabanca ile vurulmuş bir adam bulursunuz acaba kendini mi öldürmüştür? Yoksa bir cinayete kurban mı gitmiştir?

Bir adamdan şüphelenirsiniz üzerinde kan lekeleri vardır. Acaba bunlar başkasının kanı mıdır, yoksa burnu mu kanamıştır?

Bir bıçak bulursunuz; üzerinde kan lekeleri vardır. Sahibi tavuk kesdiğini söyler. Tavuk kanı mıdır? İnsan kanı mıdır? Nasıl ayıracaksınız?

Kızın birisi filân tarafından bikrinin izale edildiğini iddia eder. Yeni mi izale edilmiştir, yoksa eski midir? Donundaki lekeler hayız kanı mıdır? Bikâret kanı mıdır? Yoksa güvercin kanı mıdır? Yine donundaki beyaz beyaz lekeler meni midir? Yumurta akı mıdır? Hamur lekesimi dir? Yoksa ifrazatmı dır?

Tenha bir yerde yeni doğmuş ölü bir çocuk bulursunuz. Ölü mü doğmuştur yoksa diri mi dünyaya gelmiştir? Diri doğmuş ise nasıl ölmüştür?

Herkesde yanlış bir telâkki vardır. O da çocuğun mâsum, her söylediğinin doğru olduğu kanaatidir. Halbuki bu gün ilim isbat etmiştir ki çocuk kadar yalancı, çocuk kadar müfteri, uydurucu mahlûk yoktur. Bir hiç için, arkadaşları arasında söz mevzuu olmak için uydurur, bir kutu çikolataya bir şerefi parçalamaktan çekinmez. Bunların ekseriya musallat oldukları adamlar orta, yaşlı mevkii içtimaisi yüksek insanlardır.

Profesör Lasègue'in vaziyed ettiği bir vak'ada küçük bir kız mahallenin zengin bir zatı kakkında bana taarruz etti diye iddia etmiştir. Halbuki sonradan anlaşılmış ve kendisi de itiraf etmiş ki arkadaşının birisi Müstantikin odasının döşeme ve tezyinatını medhetmesi üzerine orasını göreyim diye yalanı uydurmuştur.

Profesör Fournier'nin bir vak'asında ananın birisi zengin bir adamdan para koparmak için küçük kızının aleti tenasüliyesini fırça ile fırçalamak suretile şişirmiş ve komşusunun taarruz ettiğini iddia etmiştir.

Her memleketin kanunu ceza vermek için mücrimin şuurunun, zihninin yerinde ve normal olmasını şart koyar. Gerek muvakkat ve gerek daimî cinnet halinde olan bir kimseyi yapdığı cürümden dolayı mâzur addeder. Hâkimin bunu tayin etmek için müracaat edeceği sahibi ihtisas yine tabibi adlîdir, o da mücrimi alır, günlerce isticvab eder, müşahede eder, iki üç batın cedlerinden itibaren verasetini, rahimde iken anasının geçirdiği hastalıkları ve buhranları, doğuşunu, çocukluğunu, bülûğ veya hayiz başlaması devrini, delikanlılık veya genç kızlık çağlarını, tahsil ve meslek hayatını, ailesi ve etrafı ile geçim şeklini velhasıl bütün sabıkasının bilânçosunu çizer, cürmü ika ettiği andaki hâleti ruhiyesini tetkik eder ve kararını rapor halinde hâkime verir, o da buna göre hükmünü tesbit eder.

Bir adamın malına, zevcesine tasarruf edebilmesi için de zihninin tam olması icabeder. Yoksa hiç bir kanun deli veya bunak adamın ne alım satımını meşru addeder ne de bugibi bir insanla bir kadını yaşamaya mecbur eder. Böyle bir vak'a karşısında hâkimin müracaat edeceği ilim adamı yine tabibi adlîdir.

Tabibi adlîler yalnız bu söylediğim rolde de kalmamışlardır. Yirmi senedenberi itiyadî ve tesadüfî mücrimlerin tefrikinde de büyük vazife almışlardır. Tecrübe ve ilim isbat etmiştir ki Adliye ve zabıta cihazlarını en çok meşgul edenler itiyadî mücrimlerdir. Bunların adedleri yüzleri geçmediği halde senede her birisi on, yirmi, elli, yüz cürüm ve cinayet yaparak zabıta ve Adliye memurlarını arkalarından koştururlar. Onun için şimdi mücrimler adlî ruh hekimlerinin müşahede eleğinden geçirilmekte ve cürmü meslek haline getirmiş ve kaşerlenmiş mücrimler ayrılarak hususî bir muameleye tâbi tutulmaktadır. Bu usulü tatbik etmekle Devlet bir çok masraflarını tasarruf etmek ve bu şerirlerin de fenalıklarının daha ilmî surette önüne geçmek imkânını bulmaktadır.

Artık fazla başınızı ağrıtmağa lüzum görmüyorum. Yapdığım şu kısa izah bu ilmin ehemmiyetini zihninizde eğer canlandırabilmiş ise kendimi bahtiyar addedeceğim.

Sözlerimi bitirmeden evvel bu konferansları tertibetmek suretile huzurunuzda söylemek fırsatını bana bahşettiği için Vezir sahibi Sıhhiyeye ve beni dinlemek lütfünü gösterdiğiniz için de sizlere teşekkür etmeyi bir vecibe bilirim.

No : 77

Hukukî bir eser münasebetile

Yazan: *Sadık TÜZEL*

Ankara hukuk fakültesinde Roma hukuku kürsüsünü işgal eden değerli profesör Vasfi Raşit Sevig bu fakültedeki takrirlerini «Romanın Hususî Hukukunun İnstitütion'ları» başlığını taşıyan bir kitap halinde neşretti. Profesörün derin vukufu ve bu vadideki çok sağlam ilmi bu çetin ve güç bahisleri bütün çıplaklığile ve tefrrüatı ile ve bilhassa İslâm hukuku ve mecelle ahkâmı ile mukayeseli bir usûl takip etmek suretile önümüze koymaktadır. Bize Roma Hukuku son zamanlara kadar hiç veya çok az tanınmış bir saha olarak kalmıştı. Tedrisatta çok kuvvetli bir mevkii yoktur. Gayet sathî ve iptidaî malûmatla iktifa olunuyordu. Bununla meşgul olan eserler kifâyetsiz ve hemen hemen yok mesabesinde idi.

Cumhuriyetten sonra husule gelen adlî inkılâp meyanında dinî ve değişmez kaidelerden mülhem olması dolayısile, zamanın ve medeniyetin icap ve zaruretlerini takip edemiyen ve bu sebepden medenî münasebetlerini idare etdiği milletleri ilim, kültür ve medeniyet alanında geri bırakmağa sebep olan mecelleyi terkederek, Radikal bir karar neticesi asrımızın en ileri ve yeni bir kanunu olan İsviçre kanunu medenisini ve diğer Garp müdevvenatını aynen aldıktan sonra bizde de bu kanunların çekirdeği olan Roma hukukunun şimdiye kadar olduğundan daha esaslı bir surette tetkik ve mütalâası zarureti kendisini göstermişdir.

«Mademki Türkiye Cumhuriyetinin bütün kanunları Garb kanunlarından mülhem olmaktadır ve binnetice o kanunlar gibi köklerini Roma hukukundan almaktadır, bizler için artık tamamile tarihî bir kıymet ve mahiyetde bir bilgi olmaktan çıkarak müsbet hukukumuzun sistematik bir surette tetkikinde yer alan Roma hukukunun sistemli bir üniversite tahsilinde yer alması icap eder.»

Filhakika medenî ve borçler hukukunun her hangi bir müessesesi veya prensibi ile karşı karşıya kaldığımız zaman bunların Roma'da geçirdiği muhtelif safhalarla tekâmül tarzlarını tetkik faideden halî değildir. Bundan başka, böyle bir etüd Roma hukukunun eski milletler hukuku arasında en malûm olan bir hukuk olması itibarile bir hukuk müessesesinin nasıl doğduğunu, nasıl inkişaf ettiğini ve ne gibi saikler neticesi

662

zeval bulduğunu göstermeğe ve bu suretle hukuk fikir ve ruhunu tam manasile teşekkülüne yardım eder.

Esasen ruhu beşer de olur olmaz bilgi ile tatmin edilemez. Bu geniş hukuk mekanizmasının yalnız nasıl işlediğini ve bu günkü şeklini değil, fakat hangi kaynaklardan geldiğini, nereden başlayıp neye müncer olduğunu bilmek ister.

Roma hukukunun mütalâasını tavsiye etmek sadece tecessüslerimizi tatmin etmek için değil ve fakat günlük vak'aları anlamak ve bir dereceye kadar istikbali tahmin etmek için zarurî mefhumları elde etmek hususunda da lüzumludur. Münferid ulusal veya ırkî bir hukuka saplanıp kalmakla dar bir program çerçevesi dahilinde sıkılıp kalınmış bulunulacaktı.

«Hukukun kaynakları (örf olsun, kanun olsun) maziden fışkırırlar. Hukuk ilmi bu maziden gelen bu maziye ait maddelerden hâle uygun düşen bir hukuk vücuda getirir.»

«Filhakika, hukuk vazu kanunun keyfî bir mahlûku değildir, fakat sosyal muhitin eseridir. Hukuk her cemiyetin iktisadî, içtimaî, ahlâkî şartlarına uyar. Bu şartların tesiri altında mütemadiyen tâdile uğrar, tekâmül eyler. Hukuk daimî bir değişme halindedir. Mazideki hukuka bağlıdır. Daimî ve batî bir intibak hareketile istikbaldeki hukuku da hazırlar.»

Biz bu yazımızla yalnız bu kıymetli eser hakkındaki mütalâalarımızı söylemekle kalmayacağız, ayni zamanda Roma hukukunun ehemmiyetini tebarüz ettireceğiz.

Roma hukuku, her nekadar artık yalnız İskoçya ve cenubî Afrikadan başka bir yerde kabiliyeti tatbikiyesi olmayan bir hukuktan başka bir şey değilse de, hâli hazırda bütün dünya üniversitelerinde talim ve tedris edilmekte ve tedrisinin ehemmiyeti de inkâr ve münakaşa edilmemektedir.

Profesör Collinet'ye göre Roma hukuku tedrisatı tâlî tahsil müesseselerinde ve üniversitelerde yapılan lâtince tedrisatına benzer bir rol oynamaktadır. Roma hukuku modern hukuk tahsilinin temelini teşkil etmektedir. Tıpkı Fransızca ve diğer lâtin milletleri dillerinin lâtinceden gelmeleri gibi muâsır hukukun da, Anglo-sakson dünyası hariç olmak üzere, büyük bir kısmı Roma hukukundan gelmektedir. İşte bu sebeple ve hukukçuların uzun zaman Roma hukukunda «yazılı aklı» görmüş olmaları sebebile, bu tedrisat, programlarda yer almakta devam etmiştir.

Fakat, bundan başka 19 uncu asır içinde tarihî metotta tahakkuk ettirilmiş olan tetkikler neticesinde dil tetkikçilerinin Lâtincenin tekâmülüne daha geniş bir yer vermeleri gibi, hukukculardada XII levha kanunundan Jüstinyenin tedvinine kadar 10 asırlık bir hayata malik olan Roma hukukunun tarihi üzerinde mesai ve gayretlerini sarfetmişlerdir. Binaenaleyh, bu gün Roma hukuku kursları tedris edildikleri her yerde—ta Birleşik Devletler ve Japonya'ya varıncaya kadar—başka

başka adlar altında bu mevzuatın tarihî tekâmülünü tetkik mevzuu ittihaz etmişlerdir ki bu tekâmül okurlar için yüksek bir derecede terbiyevî ve yapıcı bir mahiyeti haizdir; çünkü bu onlara hukuk müesseselerinin bizzat cemiyetin siyasî, dinî, veya içtimaî tahavvüllerile mütenasip olarak ne suretle doğduklarını, değiştiklerini veya öldüklerini gösterir.

Büyük Alman hukukcusu Rodolphe von Jhering muvaffakiyetini kendisini Romülüs'den Justinyene kadar meşhur mevzuatın etüdüne hasr ve vakfetmeğe medyundur. Filhakika Roma hukuku sayesinde büyük âlimin hukukî dehâ ve zekâsı sür'atle, dar bir çerçeveden çıkarak en parlak prensipleri bulmakta güçlük çekmemişdir.

Roma hukukunu bu yeni tarzda anlama ve telâkki etmenin en kuvvetli âmili hukuk fakültelerine «tarihî metodun» girmesi olmuştur. Bu metod Roma hukukunu an'anevî tedris şeklini yani Eksejetik veya doğmatik metodu tamamile kaldırmak için istihlâf etmiş onun yerini almıştır. Eksejetik veya doğmatik metod Justinyen tedvininin metinlerini esas ittihaz ederek onları şerh ve tefsir ediyor ve tahlil yolu ile membalardan fikirleri çıkararak bunları doktirinal nazariyelerde terkip ediyordu. Bu doktirinal nazariyelar kodların vücuda getirilmesinden evvel amelî vak'aların halline yarayorlardı. Diğeri ise yani tarihî metod menşelerden Justinyene kadar olan kaynakların hey'eti mecmuasını (hukuk edebiyat, epigrafya ve sair kaynakları) ihata ederek müesseselerin inkişafını onların seyrinde takip eder ve günün hukukî hayatına her hangi bir tatbikle doğrudan doğruya alâkadar olmaksızın Roma hukukunu tarihinin muhtelif merhalelerinde olduğu şekilde hakikata mutabık veya yakın olarak yeniden teşkil etmek gayesini istihdaf eder.

Roma hukukunun ehemmiyeti hakkında Paris hukuk fakültesinde profesör Giffad'rın «Précis de droit romain» ismindeki kitabından şu satırları aynen naklediyoruz:

«Roma hukuku iki bakımdan ehemmiyet ve faide arzeder.

I — Roma hukukunun tarihî bakımdan faidesi.

Kaynaklarının bolluğu ve bin yıllık hayatı sayesinde — XII Levha kanunundan Justinyen külliyatına kadar — hukuk tarihçesi bakımından gayri kabili mukayese bir tetkik ve müşahede sahası teşkil eder. Roma hukuku, ona, her hangi diğer kadim bir hukukun yaptığından daha iyi, hukukun nasıl doğduğunu ve iktisadî, siyasî, dinî ve ahlâkî âmiller tahtı tesirinde ne gibi istihaleler geçirdiğini görmeğe ve anlamağa imkân verir.

II — Roma hukukunun hukukî bakımdan faidesi:

Roma hukukunun mütalâa edilmesinin hukukcular için arzettiği faide onun teknik kıymet ve nüfuzundan ileri gelir.

Auguste' den Severes' lere kadar devrede gelen klâsik hukukşinaslar hukuk kaidelerini tecrid etmek ve bunları daima pratiğin doğurduğu yeni hallere tatbik etmek sa'natında büyük maharet gösterdiler. Gaius,

664

Ulpien, Paul gibi Roma hukuk âlimleri elyevm de mübtedi hukukcular için en mükemmel üstadlardır.

Kadim Yunanistanın hatip ve filozoflar mektebinde teşekkül etmiş olan o büyük hukukcular hukukî kaideleri tasnif ve bunlardan bir ilim vücuda getirdiler. Hukuku ilk defa tanzim etmesini beceren Romalılar olmuştur.

Bundan başka Jüstinyen hukuku (Corpus Juris Civilis) 12 inci asırdan itibaren bütün Avrupa'da mütalâa edilen ve 15 inci asır nihayetinde Almanya'da resmen kabul edilen hukukun teşekkül ve taazzuvunda ve asrî kanunların bilhassa 1804 Fransız kanunu medenisile 1900 senesi Alman kanunu medenisinin yazılışında mühim bir tesir icra etti. Bu suretle Roma hukuku tedris ve tetebbüü bu kanunların ve mukayeseli hukukun esasında mündemiç bulunmaktadır.

«Roma hukukunun ehemmiyetini tebarüz ettiren bu ilmi mütalâalardan sonra şimdi eserin kısaca tahliline girişebiliriz. Roma'nın Hususî Hukukunun Institution' larının intişar eden birinci cildi tam 700 sahifelik muazzam bir eserdir. Müellifin maksad ve metodunu anlamamız için eserinin mukaddimesinden şu satırları alıyorum: «Roma hukukcuları hukuk tahsiline medhal teşkil eden eserlere: «Institutes» derlerdi. İmparator Justinianus tarafından tedvin ettirilmiş olan (Curpus) Mecellenin yani hukuk mecmuasının başında böyle bir Institutes bulunuyordu. İlmi hukuk tahsili bu İnstitutes' lerin izahile başlardı. Demek İnstitution hukuk ilmine başlattırma demektir. Institution hukukî müesseselerin bünyelerini, muhteviyatlarının ve gayelerinin anlaşılabilmesi için bilinmesi lâzım olan esasların ve kavaidi külliyenin (umumî kaidelerinin) izah edildiği yerdir. Bütün hukukî ilimler Roma hukukcularının koydukları esaslara istinad eder. Hukuku öğrenmek için evvelâ bu esasları bilmek lâzımdır. Eski hukuk ilmi, maddeleri (metinleri) şerh ve izah eylemek suretile, maddelerin sıralarını takip ederek yapılırdı. Şimdi ise, bahisleri bir sistem dahilinde izah eden kitaplar anlaşılmaktadır.»

«Romalıların en büyük hukukcularının yazmış olduğu eserler bize çok dağınık parçalar halinde intikal eylemiştir. Bu sebepten, 16 ıncı asrın en büyük hukukcusu olan Fransız (Cujas)'ın bu eserleri yeniden tertib eylemek hususunda gösterdiği kudret ve dehâya rağmen bu eserlerin hey'eti umumiyesine hâkim sisteme nüfuz edemeyiz. Bu sebeptendir ki hukukun bu umumî fikirlerinin, bu umumî esaslarının izahında bu gün Almanların medenî hukukunun esaslarını izah tarz ve sistemini iktibas eyleyeceğim. Bu, beni Roma hukukunu Roma hukuku olarak izahtan, her yerde yalnız onun çehresini arzetmekten onun dilini kullanmaktan, onun dehâsını göstermekten ayıracak ve sizi yalnız bu ölü âlemde dolaştırmama, yaşatmama manî olacaktır. Ölü bir hukuku tetkik edenler hiç şüphesizdir ki zamanın hukukundan fikren tecerrüd eylemelidir. Başka türlü, kendilerini tetkik eyledikleri hukukun devrine hasredemezler. Fakat ben kendi elimden gelse Roma devri ile bugünkü zaman arasına sıkışmış bütün devirlerde sizi gezdireceğim; Roma'dan itibaren, metodunu

iktibas eylediğim asrımıza kadar geçen bütün asırlardan sizi basamak basamak indireceğim».

Eserin birinci cildi Umumî Kısım adı altında şu bahisleri ihtiva etmektedir:

I — Hukuka ehliyet

A. Hukukun süjesi olmağa ehliyet: şahıslar;

B. Hukukun mevzuu olmağa ehliyet: şeyler;

II — Hukukî muameleler,

III — Hukuk ilim ve mefhumu:

Müellif bu son kısımda hukukun ehemmiyetini tebarüz ettirmekte ve bize veciz bir ifade ile hukuk mefhumunun geçirdiği istihaleleri anlatmaktadır.

Eser İslâm hukukunun Roma hukuku ile münasebetleri hakkında da ihatalı düşüncelerle doludur. Değerli profesör İslâm hukuku üzerinde Roma hukukunun tesiri olduğunu kabul etmiştir. Bu tez tanınmış garb müsteşriklerinden Goldzieher ve Becler tarafından hararetle müdafaa edilmiştir. Fakat Roma ve islâm hukukları arasında görülen benzerliklerden islâm hukukunun Roma hukukundan mülhem olmuş olmasını icap ettirmeyeceği en yeni ve salâhiyetli ilmî tetkiklerle meydana çıkmıştır. Alman müsteşriklerinden Bergstrasser islâm hukukunun esasları «Medine» şehrinin evvelce mevcut ve islâm dininin hukukî düstur ve kaidelerile ıslah edilmiş hukukunda aranılmak lâzımgeldiğini «İslâmda hukukî düşüncenin başlangıcı ve karakteri» adlı yazısiyle ilk defa izah etmiştir. Bu sahada yapılan tetkikler mühim neticeler vermiştir. İslâm hukukunda mümeyyiz bir vasıf olarak görülen «icap» ve «kabul» ün Babil ve Sümer hukukundan gelmiş olduğu, mukayeseli hukuk tarihinde yapılan tetkiklerle anlaşılmaktadır [1].

Şimdi eser hakkındaki kanaatımızı şu suretle hulâsa edebiliriz:

I — Eserde kabul edilen metod en mütekâmil yani Alman medenî kanununun kabul etmiş olduğu metoddur.

II — Eser çok derin ve ihatalı tetebbü ve tetkik mahsulüdür.

III — Eser yalnız profesörün kurslarını takip eden yurt çocukları için değil hukuk ile az çok alâkası olan herkes için mucibi istifadedir. Hukuk kütübhanemizin büyük bir boşluğunu doldurmuştur

Netice olarak Romanın Hususî hukukunun Institution'ları hakkında şunu söyleyebiliriz. Bu kadar çetin bir mevzuu bu kadar selis ve açık bir üslûb ile, bu kadar akar bir lisanla ifade edebilmek ancak Vasfı Raşit Sevig gibi hukuk âlimlerine nasib olan bir şeydir. Profesör Vasfi Raşit uzun ve çetin mesaisi neticesi meydana getirdiği eserile bütün hukuk âlemimizin tebriklerine hak kazanmıştır.

---

[1] — Bu hususta daha fazla malûmat için Dr. Ferit Ayiter'in (Adliye ceridesi, 1938, sahife 653-657) Sübjektif hak üzerine çok kıymetli etüdüne bakınız.

Adliye Ceridesine abone kaydı ve sair kitapların sipariş şartları

I — Kitap almak isteyenler kitabın bedelini bulundukları yer mal sandığına yatıracaklar ve para karşılığına alacakları hasılatı müteferrika makbuzunu oturdukları yerin C. Müddeiumumiliğine teslim ile istedikleri kitabın adını ve açık adreslerini kayıt etdireceklerdir.

II — C. Müddeiumumiliği teslim aldığı makbuzu ve istenilen kitabın adı ile alıcının açık adresin aiAdliye Bakanlığın gönderecektir.

III — Kitaplar yine C. Müddeiumumiliği vasıtasile ayrıca posta ücreti talep edilmeksizin Bakanlık Neşriyat Müdürlüğünden alıcının göstermiş olduğu adrese gönderilecektir.

IV — 938 yılından evvelki yıllara ait adliye ceridesinin hiç mevcudu kalmamıştır. Bu münasebetle geçmiş yıllar için adliye ceridesine abone kaydı dileği kabul edilemez.

V — 938 ve müteakip yıllar içerisinde çıkacak olan adliye ceridesine abone kaydı için de birinci ve ikinci maddede yazılı şekil tatbik olunur.

VI — Yeni neşriyat adliye ceridesi kapağında muntazaman gösterilecektir.

Adliye Ceridesi

Perakende satışı 30, yıllık abonesi 300 kuruşdur.

Adliye Bakanlığı tarafından bastırılıp mevcudu bulunan kitapların isimleriile bedelleri aşağıda, tedariki yolu da kapağın içinde gösterilmiştir.

	Kuruş
Ceza Muhakemeleri U. kanunu	125
„ „ „ „ kalem talimatı	50
Ceza Muhakemeleri „ „ alfabetik fihristi	75
Tadillerinden sonra Ceza M. U. Kanunu üzerinde bazı izahlar	50
Ceza Muhakemeleri usulü kanunu esbabı mucibesi	50
İngiliz ceza usulü	75
Meşhut suçlar kanunu	15
Şahitlik ve şahidin psikolojisi	30
Deniz ticareti kanunu	50
Kanunu medenî (eski harflerle)	100
„ „ tatbikatı kanunu	35
Yeni hâkimler kanunu	100
Yeni icra iflâs kanunu	100

	Kuruş
Ceza K. üzerinde bir inceleme	75
1 - 149 Adliye ceridesi fihristi	100
Bağlamlar kanunu şerhi (H.Oser)	150
Maliye ilmi	100
Velâyet Vesayet talimatı	50
930-934 temyiz ticaret H. umumiyesi kararları	150
935 yılı temyiz hukuk kararları	125
935 yılı temyiz ceza kararları	125
Orman işleri (Hususî kanunlar ve cezaları)	75
Cezalı kanunlar ve bunları tatbik eden mercîler üzerinde mülâhazalar	40
Devletler umumi Hukuku cilt 1	230
„ „ „ „ 2	150
Hukuk Mahkemesinde Hak Nasıl Müdafaa edilir	60

668

154. T. TEMYİZ MAHKEMESİ T. D.

1771 numaralı kanun hükmüne tevfikan istihkaklarına mukabil mübadillere verilen bonoların devir ve temliki ticarî olmadığı halde vazife noktasının nazara alınmaması yolsuzdur.

M. — *Alemdar oğlu Ali Rıza vekili Nuri Fettah.*
M. A. — *Anadolu İnkişaf ticaret limited şirketi vekili Amato.*
Üçüncü Şahıs: Tüccardan Hoca oğlu Hüsnü vekili Mehmed Celâl, Sarraf Yasef Benri vekili Osman Nuri ve İstanbulda Memduh.
[Mahkemesi İzmir asliye ticaret dairesi. Karar tarihi 15-6-936 Karar No: 129]

Dava: Müddei vekili, müddeaaleyh şirket noterden tanzim kılınan beyanname ile Maliye vekâletince Yanya mübadillerinden Suphiye verilmiş 1000 ve Azmiye verilmiş 1000 ki ceman 2000 liralık ikinci tertip mübadil bonosunu müvekkiline devrederek mukabilinde 800 lira almışsa da; bu bonoların devir ve temlikten evvel iddia edildiği maliye vekâletinden öğrenilmiş olduğundan devir muamelesinin iptalini ve verilmiş olan 800 liranın tahsilini talep ve müddeaaleyh şirket vekili de tüccardan Hüsnü aleyhine açdığı davada her biri biner lira kıymetinde bulunup 750 lira mukabilinde müddeaaleyh tarafından müvekkiline devir ve temlik edilen iki parça mübadil bonosunun ahiren maliye vekâletince iptaline karar verildiği anlaşılmışsa da; müvekkili şirket iptalden haberdar olmaksızın bu bonoları 800 lira mukabilinde Ali Rızaya ciro etmişdi. Mumaileyh iptalden haberdar olunca parasının tahsili için müvekkili aleyhine dava açmış olduğundan cironun iptalile 750 liranın mumaileyh Hüsnüden tahsiline karar verilmesini ve Hüsnü

669

vekili Celâl tarafından verilen arzuhalde şirkete devredilen bonoların müvekkiline 600 lira mukabilinde Yasef Benri tarafından ciro edilmiş olduğundan bu paranın veya Yasef Benri de işbu bonoları kendisi İstanbulda Memduhdan 350 liraya satın almış olduğundan bu paranın rucuan tahsilini istemişlerdir.

Hüküm: Tevhiden yapılan muhakeme sonunda; müddeaabih bonoların iptal edilmiş olduğu Maliye bakanlığının mübrez tezkeresi suretinden anlaşılmaşına mebni taraflar arasındaki devir muamelesinin iptaline ve 800 liranın % 5 faizle birlikte müddeaaleyh şirketten tahsiline müddei Ali Rızaya verilmesine ve şirket tarafından Hüsnü aleyhine açılan davada sabit olan 700 liranın % 5 faizle birlikte Hüsnüden alınıp şirkete verilmesine ve Hüsnü tarafından rucuan Yasef Benriden 600 lira iddia edilmişse de; mezkûr bonoların 400 liraya satıldığı Benri vekili tarafından beyan edilmiş ve fazla iddia isbat edilememiş olduğundan 400 liranın Yasef Benriden tahsiline ve Yasef Benri tarafından rucuan Memduhdan iddia edilen 350 liradan Memduhun istinabe yolile kabul ve eda ettiği yeminle sabit olan 190 liranın Memduhdan alınmasına karar verildiğini natıktır.

Temyiz eden Anadolu İnkişaf ticaret limited şirketi vekili R.Amato.

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü:

Davada mevzuubahis vesikaların itası sebebi 1771 numaralı kanunda gösterildiği ve mübadillere istihkaklarına mukabil verilmiş olup mezkûr kanun mucibince alacaklarını temsil eden tasfiye vesikalarının başkalarına devri ve matlubun temliki ticarî muamelelerden bulunmadığı cihetle, davanın rüyeti ticaret mahkemesinin vazifesi haricinde olduğu gibi, bu nokta teemmül edilmiyerek ticarî addile, rüyet ve intacı yolsuz ve temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görüldüğünden hükmün hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesine tevfikan bozulmasına ve sair cihetler hakkında tedkikat icrasına mahal olmadığına ve aşağıda yazılı 440 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 19-11-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi. Esas No: 36/2907 Karar No: 3147.

620

155. T. TEMYIZ MAHKEMESİ T. D.

Kollektif şirketlerinin infisahından sonra dahi tasfiye muamelâtının hitamına kadar tasfiye umuru için mevcut addolunacağı ticaret kanununun 217 inci maddesi hükmünden olduğu halde, bu cihetin nazara alınmaması yolsuzdur.

M. — *İhsan*
M. A. — *Bekir ve Battal.*

[Mahkemesi: Erzurum hukuk hâkimliği. karar Tarihi: 7-12-935 karar No: 28]

Dava: Müddei, müddeaaleyhlerin ticarethanelerinde ücretle muhasiplik ve kâtiplik yapmış olduğundan bahsile bakiyye borçları olan 669 liranın mumaileyhimadan tahsilini istemişdir.

Hüküm: Müddeaaleyhlerin 556 lira borcu olduğu tahakkuk ettiğinden ve müddeinin resen tahlifi de yapıldığından bahsile, bu paranın müddeaaleyhlerden tahsiline ve sabit olmayan ziyade iddianın reddine karar verildiğini natıkdır.

Temyiz eden Bekir ve Battal vekili Semih Kobal.

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü:

İddia olunan alacağın şirkette olduğu ve şirketin feshedilerek tasfiye halinde bulunduğu ve müddeaaleyhlerden Bekirin tasfiye memuru tayin edildiği anlaşılmasına ve kollektif şirketlerinin badelinfisah dahi tasfiye muamelâtının hitamına kadar umuru tasfiye için mevcut addolunacağı ticaret kanununun 217 inci maddesinde tasrih edilmiş olmasına göre, mücerret şirketin feshedilmiş olması şeriklerin şahısları aleyhine dava ikamesi için kâfi olmadığı ve tasfiye memuru aleyhine dava ikamesi lüzumuna dair müddeaaleyhler tarafından serdolunan itiraz varit bulunduğu halde; bu cihet lâyı-

62/

kile teemmül edilmiyerek ve mezkûr madde hükmü nazarı dikkate alınmıyarak yazılı olduğu üzere mütalâa beyanile bu baptaki müdafaanın reddile, husumetin tevcihine karar verilmesi yolsuz ve temyizen bu hususa müteallik dermeyan olunan itiraz varit olduğundan hükmün bu sebepten hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesine tevfikan bozulmasına ve diğer cihetler hakkında şimdilik tedkikat icrasına mahal olmadığına ve aşağıda yazılı 562 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 19-11-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi. Esas No: 36/3384. karar No: 3143.

---

156. T. TEMYİZ MAHKEMESİ T. D.

Borçludan fazla teminat alınması tecdit mahiyetinde değildir. Ancak borçluya mehil verilmesi mukaveleyi tadil mahiyetinde olup bu tadil kefilin vaziyeti ne derece ağırlaşdırıldığının tetkik edilmemesi yolsuzdur.

M. — *Sümerbank umum müdürlüğüne izafeten avukat Münip Hayri.*

M. A. — *Ziraat vekâleti vekili Tayyar Tezel.*

[Mahkemesi Ankara asliye ticaret dairesi. Karar Tarihi 18-6-937. Karar No: 163]

Dâva: Müddei vekili, Adana dahilindeki Pas ormanlarının işletilmesi hakkında müddeaaleyh ile muteahhit Sadettin arasında mün'akit mukavelename hükümlerinin tamamii icrasını teminen müvekkili banka tarafından 537 lira 50 kuruş teminat mektubu verilmiş ve ahiren müteahhidin taahhüdünü ifa etmediğinden dolayı mukavelenin feshedildiği bildirilmesi üzerine

672

mezkûr mektup muhteviyatı faizi ile birlikte hazine namına merker bankasına tediye edilmiş isede; müvekkilinin yapdığı tahkikat neticesinde akit, idarenin fesih hakkının müvekkiline müessir olmayan zeyli mukavelenamenin mevcudiyeti hasebile tahakkuk etmiş ve bu mukavele mevcut farz edilirse bunun müvekkiline tebliği zarurî iken bu suretle hareket olunmamış ve iki tarafın anlaşması kendilerine ait bir hak olup müvekkilinin icazeti olmadıkca ilzamı mutasavver bulunmamış olduğu cihetle, tahakkuk etmeyen bir sebebe müsteniden hazinei maliyeye tediye edilen salifüzzikir paranın dava tarihinden itibaren geçecek günlere ait faizle beraber tahsilini istemiştir.

Hüküm: Davacının 21-6-928 tarihli taahhütname mucibince, kefalet ettiği meblâğla mülzem bulunmamış ve dermeyan ettiği müddeiyat ve müdafaatı varit görülmemiş olduğundan ve saireden bahsile davanın reddine karar verildiğini natıkdır.

Temyiz ve şifahî izahat alınmasını isteyen: Sümer bank umum müdürlüğü vekili avukat Münip Hayri.

Sebkeden talebe mebni, tayin olunan günde mümeyyiz tarafından Cemal Hazım ve mümeyyezünaleyh namına avukat Vahap Bucak bilvekâle gelip, mümeyyezünaleyh vekilinin müddet hakkında bir diyeceği olmadığı ve temyiz İstidasının müddeti içinde ifa ve kaydedildiği anlaşıldıktan ve iki taraf vekillerinin verdikleri şifahî izahat dinlendikten sonra vaktin müsait olmamasından ötürü tetkikat yapılarak karar verilmek üzere işin başka bir güne bırakılması muvafık görülmüş idi. Ahiren mümeyyezünbih ilâm, evrakı hükmiye ve temyiziye ile maan mütalâa ve tedkik edilerek icabı düşünüldü:

Borçludan fazla teminat alınması borcun tecil edilmesi kefaletin sukutunu mucip tecdit mahiyetinde değilse de; tediyesi vücup derecesine gelmiş olan bir borç için borçluya mehil itası mahkemenin telâkkisi veçhile alacaklı aleyhine ve borçlu lehine yapılmış bir anlaşmadan ibaret olmayıp mukaveleyi tadil mahiyetinde bulunduğu ve borcun esası baki olmakla beraber tediye zamanlarının değişdirilmesi halinde bu tadil keyfiyetinden kefilin vaziyetinin ne derece ağırlaşmış olduğunun araşdırılması icabeylediği cihetle, bu hususu ileri süren müddei banka vekilinden müvekkilinin işbu tadil sebebile vaziyetinin ağırlaşdırıldığı hakkında madde tayini suretile mütemmim

673

izahat istenerek ve vaziyetin ağırlaşdırıldığı nisbet tayin olunarak ana göre hüküm itası lâzım gelirken, borçluya mehil verilmesinin ve binnetice mukavele zeylinin tadil mahiyetinde olmadığından ve bilâ tetkik kefilin vaziyetinin ağırlaşdırılmadığından bahsile, ilâmda yazılı olduğu veçhile karar verilmesi yolsuz ve itirazatı temyiziye ancak bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda yazılı 740 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 22-11-937 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Temyiz mahkemesi ticaret Dairesi. Esas No: 37/2860, Karar No: 3198.

157. T. TEMYİZ MAHKEMESİ T. D.

Ticaret kanununun 550 inci maddesine göre kabul muhatap tarafından poliçe üzerine yazılmak muktazi olduğu halde, bu madde hükmünün nazara alınmaması ve irae olunan delillerin cümlesi birden tedkik ve takdir olunarak ana göre karar verilmek lâzım gelirken, delillerin birer birer tedkik olunmaması yolsuzdur.

M. — *Mahrukatcı Nizameddin vekili Yusuf Ziya.*

M. A. — *Genç oğlu Hasan.*

[Mahkemesi Adapazarı hukuk hâkimliği: Karar Tarihi. 10-2-936. karar No: 17]

Dava: Müddei vekili, müddeaaleyh tarafından keşide edilen poliçenin muhtevi olduğu 500 lira vadesinde ödenmeyip müvekkili tarafından ödenmiş olduğu cihetle, bu paranın tahsilini ve müddeaaleyh de davacıya

674

borcu olmadığından ve rica üzerine davacıya bir kolaylık yapması kendisini borçlu vaziyetine sokamıyacağından ve davacının odun ile nakliye ücretinden bakiyye 700 lira borcu olduğundan bahsile, bu paranın hüküm alına alınmasını bilmukabele istemişlerdir.

Hüküm: Poliçe arkasındaki imzanın müddeaaleyhe aidiyeti raporla sabit olmasına ve müddeaaleyh mukabil davayı isbat edemiyerek bu bapta müddeinin tahlifi yapılmış bulunmasına ve poliçe muhteviyatının müddei tarafından ödendiği tahakkuk etmesine mebni, 500 liranın müddeaaleyhden tahsiline ve sabit olmayan mukabil davanın reddine karar verildiğini natıktır.

Temyiz eden: Hasan vekili Şevki Baysa .

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü:

Ticaret kanununun 550 inci maddesinde kabul (kabul edilmiştir) veya buna muadil diğer bir cümle ile fade ve muhatap tarafından imza edilir. Muhatabın poliçenin yüz tarafına yalnız imzasını vaz etmesi kabul hükmündedir diye yazılı olduğu ve mübrez ve davanın müstenidi olan poliçede bu maddeye muvafık şekilde bir kabul bulunmadığı halde, bu cihet nazarı dikkate alınmıyarak ve sebebi izah edilmiyerek poliçenin zahrındaki Hasan imzasının poliçeyi kabul hükmünde sayılması ve mukabil dava hakkında davacı vekili borcu inkâr ile berabar muhtelif ifadelerde bulunmuş ve vazıh ve kat'î bir ifade ve beyanda bulunmamış ve yemin sırasında davacı Müddeaaleyhden odun almadığını da söylemiş ve orman idaresinde keresteci Hasan tarafından Ankaraya gönderilen 18 vagon oduna dair cedvelinde numaraları yazılı vagonların müsavi olduğu odunları Nizameddin ve Selim ve Ârifin aldığı şimendüfer idaresinden gönderilen listede yazı-

bulunmuş ve müddeaaleyh vekili Ârif ve Selime gönderilen odunların davacı Nizamettinin emrile gönderildiğini söylemiş ve her iki tarafın şahit olarak isimlerini istedikleri Musa Kâzım, Nizamettin Hasandan 18 liradan odun aldığını ve Hasanın bu odunlardan bir mikdarının Nizamettin hesabına Ârif ve Selime gönderdiğini söylemiş ve davacı vekili Musa Kâzımın istimaından evvel müvekkili ile müddeaaleyh arasında hesap rüyet edilerek müddeaaleyhin müvekkiline borcu kaldığını söylemiş ve bu hale göre orman idaresile şimendüfer idaresinin kayıtları ve Musa Kâzımın şahadeti

18 vagon oduna dair olan mütekabil davayı teyit ve isbat eder mahiyette bulunmuş olmakla yekdiğerini teyit eden deliller mevcut iken sebebi izah edilmeksizin mütekabil dava hakkında müddeaaleyhin müddeiye yemin teklifine hakkı olduğuna karar verilmesi ve kararda da bu deliller münferit olarak nazara alınmak suretile mütekabil davayı teyit eder mahiyette olmadığından bahsedilmesi ve davacı vekilinin bahseylediği hesabın neden ibaret oludğu ve müddeaaleyhin protestoya verdiği cevapta alan tarafından tediyesi lüzumuna dair ifadesile şahit Musa Kâzımın müddeaaleyhin 400 küsur lira borcum değildir. Raufun borcudur. Dediğine mütedair ifadesi hakkında taraflardan izahat alınarak anagöre muamele ifasından zühul edilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla varit olduğundan hükmün, hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda yazılı 340 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alsınmaına 25-11-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi: Ticaret Dairesi. Esas No: 36-1604 Karar No: 3199

---

158. T. TEMYİZ MAHKEMESİ T. D.

Deniz ticaret kanununun 1198 inci maddesinin son fıkrası mucibince, hasaran kaptan veya gemi adamlarının kusurundan ileri gelip gelmediğinin tedkik olunmaması yolsuzdur.

M. — *Samsun Tütün inhisarlar idaresi vekili Hüseyin Hüsnü*

M. A. — *Seyri sefain idaresine izafeten Samsun acentesi Ömer.*

[Mahkemesi: Samsun sulh hukuk hâkimliği. Karar Tarihi: 20-4-936 Karar No: 6]

Dava: Müddei vekili, Cibali fabrikasının beyannamesile Ankara vapuruna tahmilen Samsun baş müdüriyeti namına gönderdiği vapur derünunda Hasara uğradığı anlaşılan 18 kilo 660 gram hanım eli sigarasının bedeli olan 7461 kuruşun tahsilini istemiştir.

676

Karar: 18 kilo 660 gram hanımeli sigarasının istimale gayri salih bir şekilde hasara uğradığı anlaşıldığından ve saireden bahsile, bedeli olan 7464 kuruşun tahsiline karar verildiğini natıkdır.

Temyiz eden: Hazinei maliyeye izafeten avukat Mahmud Danışman.

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü:

Konşimentonun 21 inci maddesine ve deniz ticareti kanununun 1198 inci maddesi mucibince, konşimentoda kırılma, akma, avarya, Frankodur kaydı veya buna benzer bir kayıt yazılı ise kiralayanın kırılma, akma veya avaryadan mes'ul olmayacağı ve ancak kiralayanın hareketlerinden mes'ul tutulacağı kaptan veya diğer bir şahsın kusuru sebebile kırılma, akma veya avarya husule geldiği surette mes'uliyet hükmünün cereyan edeceği yazılı bulunmasına ve her nekadar hanımeli sigaralarından iddia olunan kısmının glükozla mülâmma olduğu zabıt varakasında gösterilmiş ise de; hasarın yukarda beyan olunduğu veçhile, kaptan veya gemi mürettebatının kusurlarından ileri gelmediği anlaşılamamakta olmasına nazaran, bu bapta tedkikat icrasile tebeyyün edecek hale göre bir karar verilmesi, lâzım gelirken bundan zühul ile eksik tahkikata müsteniden yazılı olduğu üzere hüküm itası yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesine tevfikan Bozulmasına ve aşağıda yazılı 562 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 10-12-937 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Temyiz mahkemesi Ticaret Dairesi Esas No: 37/3255 Karar No: 3298

677

159. T. TEMYİZ MAHKEMESİ T. D.

Zarar ve ziyan isteyebilmek için ihtarname gönderilmek lâzım gelip gelmediğinin teemmül edilmemesi yolsuzdur.

M. —. *Bolu ve Gerede posta müteahhidi Hilmi.*

M. A. — *Gerede posta ve telgraf idaresine izafeten müdürü Hamdi Güler.*

[Mahkemesi: Gerede hukuk hâkimliği Karar Tarihi: 8-5-936. Karar No: 96]

Dava: Müddei, mukavele ve şartname hilâfına olarak 24 saat posta otomobilnin fuzulen işgal edilmesinden mütevellit bu güne kadar mâruz kaldığı 625 lira zararla bundan sonra geçcek günler için yevmiye 25 liranın müddeaaleyh İdareden tahsilini istemiştir.

Hüküm: Müddeaaleyh İdarenin Boludan Geredeye gelen postaları aynı günde Boluya hareket ettirmeyerek 24 saat teehhürle hareket ettirmek suretile, müddeinin posta otomobilini haftada üç gün fuzulen tevkif ettirdiği anlaşılmış olduğundan bu sebeple husule gelen 360 lira zararın posta idaresinden tahsiline ve ziyade iddianın reddine karar verildiğini natıktır,

Temyiz eden: Gerede Posta ve telgraf idaresi namına müdürü Hamdi Güler.

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu görüldükten ve dosydaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü:

Hâdisede zarar ve ziyan isteyebilmek için davacının bir ihbarname keşidesile, müddeaaleyh idareyi ifayı taahhüde davet etmesi lâzım gelip gelmediğinin teemmül edilmemesi ve mukavelenamenin ikinci maddesi hükmüne göre, müddei gerek Boluda ve gerek Geredede birer otomobil bulundurmağa mecbur olduğu cihetle, bu vecibenin ifa edilmiş olup olmadığı

678

tahkik edilerek ifa edilmediği anlaşıldığı surette bu halin zarar ve ziyan iddiasına tesiri olup olmayacağı cihetinin de düşünülmemesi, yolsuz ve temyiz itirazları zikrolunan sebeplerden dolayı yerinde görüldüğünden, hükmün hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda yazılı 660 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak tarafdan alınmasına 13-12-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi. Esas No: 36-2137 Karar No: 3328

---

160. T. TEMYİZ MAHKEMESİ T. D.

Kira akdinden sonra kiralanan gayri menkulün davacılara ferağ edildiği anlaşılmasına göre, borçlar kanununun 254 üncü maddesinin birinci bendi hükmü nazara alınmaksızın hüküm verilmesi yolsuzdur.

M. — *Aşcı Şükrü ve kardeşi Hamdi vekili Necmettin Şakir*

M. A. — *Kasap Hasan*

[Mahkemesi: İzmir asliye ticaret dairesi. Karar Tarihi: 19-2-934 Karar No: 13]

Dava: Müddeiler vekili, müvekkillerinin mutasarrıfı olup müddeaaleyhin kirası altında bulunan dükkânların tahliyesi hakkında açılan dava üzerine mezkûr dükkânlar, 24-4-932 tarihinde tahliye edilmiş ise de, tahliyeye kadar geçen 4 ay 18 günlük ecri misil olan 268 lira 24 kuruşun tediyesinden imtina edildiğinden bu paranın tahsilini ve müddeaaleyhlerde mucir Nuriden kiraladığı dükkânların kira karşılığından 475 lirasını vererek mütebaki 225 lirasını tevkif ve dükkânı müddetinden bir ay evvel tahliye etmiş ol-

duğundan ve 118 numaralı dükkânın başkasına kiraya verildiği halde müddeinin tahliyeden evvel kiracı ile uyuşarak bu dükkân için ayrıca mukavele yapdığından ve saireden bahsile 450 lira zararın bilmükabele tahtı hükme alınmasını istemişlerdir.

Hüküm: Davacıların tasarrufu mübrez kayıt ile sabit olmuş ve 118 numaralı dükkânın 24-3-932 tarihinde müddeiler tarafından ikinci kiracıya kiralandığı da müddeaaleyh vekilinin tahkikat esnasındaki beyanatından anlaşılmış ve dükkânların dörder yüz liradan 800 lira icara mütehammil olduğu ehli vukufun ihbarile tahakkuk etmiş olmasına mebni, müddeabih 268 lira 24 kuruştan 118 numaralı dükkâna ait bir aylık kira karşılığının tutarı olan 29 lira 15 kuruşun tenzilile mütebaki 239 lira 9 kuruşun müddeaaleyhlerden tahsiline ve mukabil davanın reddine karar verildiğini natıktır.

Temyiz eden: Kasap Hasan vekili Mehmet Celâlettin.

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü:

İcar akdinden sonra kiralanan gayri menkulün davacılara bey ve ferağ edildiği sureti iddia ve müdafaadan anlaşıldığı cihetle, borçlar kanununun 254 üncü maddesinin ikinci bendi hükmüne göre, ecri misil talep edilebilip edilemiyeceği nazara alınmaksızın bu talebi mutazammın olarak açılmış olan davanın kabulile ehli vukufa takdir ettirilen tazminata hükmolunması ve müddeaaleyhler vekili mukavele mucibince müvekkillerinin âkidi olan mucire 475 lira verildiğini ve dükkânın mukavele müddetinin hitamından evvel tahliye olunduğunu def'an dermeyan eylemiş olduğu halde, bu müdafaa hakkında tetkikat icra kılınmaması yolsuz ve temyiz itirazları ancak bu sebeplerden dolayı yerinde görüldüğünden, hükmün hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda yazılı 720 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 13-12-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi. Esas No. 37/23 Karar No. 3327

680

161. T. TEMYİZ MAHKEMESİ T. D.

Vapurdan çıkarılan malların gümrük antreposuna verilmiş olması iflâs tarihinden evvel bu malların filen müflisin yedine geçmiş olması manasını ifade edemiyeceği halde, iflâsdan mukaddem teslim edilmiş sayılması icra ve iflâs kanununun 190 ıncı maddesi hükmüne muhalif bulunması.

M. — *Ayzen und Stal Edgar Bubbert vekili Marko Naum.*

M. A — *Müflis Mehmed Kadri masası idare âzası avukat İsmail Agâh, Muharrem Nail ve Şemun Levi.*

[Mahkemesi: İstanbul asliye birinci ticaret dairesi. Karar Tarihi: 10-4-936 K. No: 38]

Dava: Müddei vekili, müflis Kadrinin müvekkilinden iştira ettiği 1502 rayişmark ve 15 santim kıymetinde olan malın konşimentosunu malların İstanbula vürudundan 15 gün evvel merkez bankasından bir suretle alarak bir gün sonra iflâsına karar verildikten ve iflâs kararından evvel müflisin yedine geçmeyen malların bedeli masa tarafından temin edilmedikce satıcının istirdada hakkı olduğundan ve bu bapta yapılan müracaatın kabul edilmediğinden bahsile, konşimentonun iadesine ve müdahalenin men'ine karar verilmesini istemiştir.

Hüküm: İcra ve iflâs kanununun 190 ıncı maddesi mucibince, bir bayiin satıp gönderdiği malları müşterinin iflâsı üzerine istirdada hakkı olabilmesi için malların müşterinin bulunduğu mahalden gayri bir mahalde kendisine gönderilmiş olması ve müşterinin eline geçmemiş ve bedeli de kableliflâs müşteri tarafından ve ne de badeliflâs masa tarafından tediye edilmemiş olmasile mümkün olup hâdisede ise malların konşimentosunun kableliflâs müflise teslim edilmiş olduğu tahakkuk ettiğinden ve bu muamelenin ticaret kanununun 697 inci ve kanunu medeninin 893 üncü maddeleri mucibince, malların hükmen teslimi demek olduğundan ve malların bedelinin tesviyesi

müflis tarafından nakden değilse de; üzerine çekilen bir poliçenin tediye maksadile kabulü tarzında vâki olduğu anlaşıldığından ve saireden bahsile, davanın reddine karar verildiğini nakıtır.

Temyiz eden: Müddei vekili Marko Naum.

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü:

cra ve iflâs kanununun 190 ıncı maddesinde satıldığı ve gönderildiği halde, iflâsa hükmolunmazdan evvel müflisin eline geçmeyen malları için satıcının istirdat iddiasında bulunabileceği ve bu gibi malların bedeli masa tarafından verilmiş olduğu surette istirdat hakkının kullanılamayacağı ve satıldığı ve gönderildiği halde, iflâsın ilânından evvel irsaliye mektubu konşimento veya tahmiliye senedi gibi ticarî evrak ile hüsnüniyet sahibi üçüncü şahsa satılmış veya rehin edilmiş olan bu gibi mallar hakkında geri alma talebinin kabul edilemeyeceği yazılı olduğu ve mezkûr maddenin izahına dair olan büyük millet meclisi adliye encümeninin esbabı mucibe mazbatasında da mal gelmeden konşimentosunun teslimi suretile başkasına satılmışsa icra ve iflâs kanununun 190 ıncı maddesinin birinci fıkrası hükmünün tatbik edilemiyeceği yazılı bulunduğu ve hâdisede malın vürudundan evvel konşimentosunun müflise verildiği ve kendisinden senet alındığı anlaşıldığı ve 7-12-936 tarihinde vürud eden vapurdan çıkan malların gümrük antireposuna verilmiş olması iflâs tarihi olan 8-12-935 tarihinden evvel bu malların filen müflisin yedine geçmiş olması manasını ifade edecek bir vaziyet bulunmadığı halde, zikrolunan icra ve iflâs kanununun 190 ıncı maddesi hükmüne başka mana verilmek suretile yazılı olduğu üzere karar ittihazı yolsuz ve temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görüldüğünden, hükmün hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesine tevfikan Bozulmasına ve aşağıda yazılı 740 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 17-12-937 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi Esas No: 36/2639 Karar No: 3351

162. T. TEMYİZ MAHKEMESİ T. D.

Bozma kararına tebean verilen hükümden harç tarifesi kanununun 22 inci maddesi mucibince, maktuan 250 kuruş harç istifası lâzımgelirken, mahkûmünbih üzerinden tekrar harç alınması yolsuzdur.

M. — *Ali oğlu Hamdi vekili Hasan Tayaç*
M. A. — *Bekir vekili Hüseyin*

[Mehkemesi: Şerefli Koçhisar hukuk hâkimliği. Karar Tarihi: 22-1-937 Karar No: 11]

Dava: Müddei vekili, müvekklinin müddeaaleyh zimmetinde noter senedile koyun bedelinden bakiyye alacağı olan 5370 liranın maa faiz tahsilini istemiştir.

Son hüküm: Bozma kararına uyularak yapılan muhakeme sonunda: Alacak noter senedine müstenit olup dosyada mevcut ziraat bankasının makbuzu mucibince 2895 lira 1 kuruşun ödendiği görülmüş olmasına göre bakiyye 5354 lira 49 kuruş kaldığı anlaşılmış ve müddeaaleyh geri kalan borcunu bir kıt'a ilmühaberle ödediğini iddia etmiş ise de; mübrez ibraname tarihinin muharref olduğu ehli vukuf raporunda bildirilmiş ve müddeaaleyh yemin hakkını da kullanmamış olmasına mebni, mezkûr 5354 lira 49 kuruşun müddeaaleyhden tahsiline karar verildiğini natıktır.

Temyiz ve şifahî izahat alınmasını isteyen: Mehmed oğlu Bekir.

Sebkeden talebe mebni, tayin olunan günde mümeyiz namına avukat Âsım Ruacan ve mümeyyezünaleyh Hamdi veresesinden yalnız Şehabettin gelip vukubulan tebligata rağmen gelmeyen diğer mirascıların gıyabında mürafaa icrasına başlanarak temyiz müddeti hakkında mümeyyezünaleyh Şehabettinin bir diyeceği olmadığı ve temyiz istidasının müddeti içinde ita

ve kayd edildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan tarafların verdikleri şifahî izahat dinlendikten sonra vaktin darlığına binaen karar verilmesi hususunun başka bir güne bırakılması muvafık görülmüş idi. Ahiren temyiz edilen ilâm, evrakı hükmiye ve temyiziye ile birlikte mütalâa ve tetkik edilerek icabı düşünüldü:

Bozma kararı dairesinde ibraz olunan makbuz zirindeki tarihin muharref olup olmadığının anlaşılması için keyfiyet usulü dairesinde intihap olunan erbabı vukufa havale edilmiş ve bu bapta verilen raporda tarihin kat'î surette muharref olduğu bildirilmiş ve mahkemece verilen karar üzerine müddeaaleyh davacıya yemin teklif etmemiş olmasına ve senede karşı teslimat definin şahitle isbatı caiz bulunmamasına nazaran yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddile, usûl ve kanuna uygun olan esas hükmün tasdikına ve bozma kararına tebean muhakeme icra ve karar ittihaz edilmiş olmasına göre harç tarifesi kanunu mucibince maktuan 250 kuruş harç istifası lâzımgelirken mahkûmunbih üzerinden harç istifasına karar verilmesi yolsuz bulunduğundan hükmün bu kısmının bozulmasına ve aşağıda yazılı 1960 kuruş temyiz masrafından tasdik harcının temyiz edenden ve bozma harcının da ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 22-12-937 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi Esas No: 896 Karar No: 3421

166. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Âmme işlerinde çalış'ırılmakta iken kaçan mahkûmun geri kalan cezasının asıl cezanın altıda birinden üçde birine kadar çoğaltılması icap ederken firardan dolayı verilen cezanın asıl ceza ile içtima ettirilmiş olması bozmayı mucip görülmüştür.

Amasya ağır ceza mahkemesinin 78 esas sayılı ve 17-6-936 tarihli ilâmile bir sene ongün ağır hapse mahkûm olup bu cezasını çekmete ve belediye işlerinde çalışmakta iken firar ettiğinden Aamasya asliye ceza mahkemesinin esas 263 sayı ve 15-10-936 tarihli ilâmile iki ay bir gün hapse ve Merzifon sulh ceza mahkemesinin 314 sayı ve 30-3-936 tarihli ilâmile iki ay onbeş gün hapse mahkûm Merzifonun Akpınar köyünden Ömer oğlu Keskin hakkında Amasya ağır ceza mahkemesinden verilen ve kat'ileşen 5-3-937 tarihli kararın (Merzifon Akpınar köyünden Mehmet Şimşek kızı Fatmanın cebren ırzına geçmeğe teşebbüs fiili 30-12-935 tarihinden evvel ika edilmiş olmasına ve bu hususta ait olduğu mahkemece bir karar verilmesinden evvel ayni şahsın Merzifonda hırsızlık fiilini işlemiş olmasına nazaran Türk ceza kanununun 69 uncu maddesine göre içtima kaidesinin tatbik edilmesi icap ederken hâdisede alâkası olmayan 77 inci maddenin üçüncü fıkrası tabik edilmesi.

2 — Amasya ağır ceza mahkemesinin 17-6-936 tarihli ilâmına tevfıkan cezasını çekmekte olan Keskin, âmme işlerinde çalıştırılmakta iken 6-10-936 tarihinde firar etmesinden dolayı 2023 No. lu kanunun son fıkrasındaki (bu hizmet esnasında kaçanlar hakkında geri kalan mahkûmiyet müddetine asıl ceza müddetinin altıda birinden üçte birine kadar müddetle cezaları çoğaltılır) şekilde olan sarahata göre verilen cezanın diğer cezalarla içtima ettirilmeyerek müstakillen infazı icap ederken ve (çoğaltılır) kelimesinden bu husus sarahaten anlaşılmakta iken bu cezanın diğer cezalarla içtima

kaidesine tevfikan birleştirilmesi yolsuz bulunduğundan bahsile ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesi mucibince temyizen bittetkik bozulması yüksek adliye bakanlığının yazılı emrine atfen C. Başmüddeiumumiliğinden ihbar ve dava evrakı temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine tevdi edilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Yazılı emre atfen ihbarnamede gösterilen sebep varit ve bozmayı mucip olduğundan mezkûr kararın ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesi son fıkrasi hükmüne tevfikan bozulmasına ve yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahalline geri gönderilmesine 22-6-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 1937/1592. Karar No: 2617. Tebliğname: 1759

167. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Rumî sene ile milâdî sene arasında on üç günlük fark olduğuna göre suçlunun yaşını tesbit ederken bu farkın nazara alınmamış olması bozmayı mucipdir.

Fatmayı faili müstakilli gayri muayyen olarak boğarak öldürmekten suçlu Ahmet oğlu Musa ve İbrahim oğlu Ahmedin ceza kanununun 450 ve 463 üncü maddeleri mucibince onar sene ağır hapse mahkûmiyetelrine ve Ahmedin cezasından 56 ıncı maddeye göre tenzilât yapılmasına dair Isparta ağır ceza mahkemesinden verilip temiz mahkemesince tetkik edilmeksizin kat'ileşen 1-8-933 tarihli kararın (Dosya içinde mevcut nüfus memurluğunun 2-5-933 tarihli yazısı mündericatına nazaran suçlulardan Ahmet 25 Mart 1331 rumî senesinde doğmuş olup suçun işlendiği 2 Nisan 1933 milâdî senesinde henüz 18 yaşını bitirmemiştir. Rumî sene ile milâdî sene arasında 13 günlük fark bulunduğuna göre rumî senenin 25-Martı milâdî sene-

686

sinin 7 Nisanına tekabül eder bu itibarla soçlu Ahmedin cezasından ceza kanununun 55 inci maddesi mucibince indirme yapılması lâzım gelirken yazılı olduğu şekilde 56 ıncı maddeye göre indirme yapılmasında ve diğer suçlu Musanın 1-Mart-328 rumî senesinde doğmuş olmasına nazaran suçun işlendiği 2-Nisan-1933 milâdî yılında henüz 21 yaşını bitirmediği cihetle cezasından ceza kanununun 56 ıncı maddesi mucibince tenzilât yapılması icap ederken yazılı olduğu şekilde tam ceza verilmesinde kanunî isabet görülemediğinden bahsile temyizen bittetkik ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesi mucibince bozulması) Yüksek adliye bakanlığının yazılı emrine atfen C. Başmüddeiumumiliğinden ihbar ve dava dosyası temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine tevdi edilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Yazılı emre bağlı ihbarnamede gösterildiği üzere dosyada bulunan nüfus kaydına göre Musanın 1-Şubat-328 ve diğeri Ahmedin 25-Mart-1331 doğumlu olup suçun işlendiği 2-4-933 de bunlardan Musanın 21 yaşını ve Ahmedin de 13 günlük takvim farkı hesaba katılarak 18 yaşını bitirmedikleri cihetle Ahmet hakkında 55 inci ve Musa için de 56 ıncı maddelerin tatbik edilmesi lâzım gelirken yazılı olduğu üzere karar verilmesi yanlış olduğundan Isparta ağır ceza mahkesinden verilip kat'ileşen ve yazılı emirle bozulması istenen 1-8-933 günlü hükmün Ahmet ve Musaya ait kısmının usulün 343 üncü maddesi mucibince bozulmasına ve bozma sebebine göre çektirilecek cezanın tesbiti lâzım geldiğinden mahallî Mahkemesince ceza kanununun 450 inci maddesinin 4 ve 7 inci bentleri ve 463 üncü maddesi mucibince tayin olunan onar sene ağır hapis cezası yerine Ahmedin 55 inci maddenin 2 No. lu bendi mucibince 3 sene ağır hapsine ve 2330 sayılı af kanununun 2 inci maddesi mucibince bu cezasının tamamen affa tâbi olduğuna ve başka sebeple mevkuf ve mahkûm değilse hemen salıverilmesinin C. Başmüddeiumumiliği makamına müzekkere yazılmasına.

Diğeri Musa hakkında da tayin olunan on sene ağır hapis cezasının ceza kanununun 56 ıncı maddesi mucibince altıda biri indirilerek sekiz sene dört ay ve 2330 sayılı kanunun 3 üncü maddesi mucibince üç senesi affa tâbi olduğundan geri kalan beş sene dört ay müddetle ağır hapsine ve 31-33 üncü maddeler hükümlerinin tatbikına ve bundan fazla cezanın

687

çektirilmemesine 22-6-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 937/1542 Karar No: 2611. Tebliğname: 1757

168. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Suçlunun babası muhtar olmak itibariyle eline geçirdiği köy resmî mührü ile babasının zat mührünü kullanarak ilmühaber tanzim etmekten ibaret olan fiili Türk ceza kanununun 356 ıncı maddesine göre cezayı müstelzim olduğu nazara alınmadan 342 inci madde ile mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuzdur.

Takdirî tahfif sebebinin vücudile beraber babası muhtar İsmailin resmî ve zatî mühürlerini basmak suretile sahte vesika tanzim ederek kendi buğdayı içerisinde Osmanın buğdayını da kendisine ait gibi öğütmesini ve Osmanın buğday koruma kanunu mucibince vermesi icap eden vergiden kurtulmasını teminen sahtekârlıkta bulunmaktan suçlu İsmail oğlu Halilin ceza kanununun 342/59 uncu maddelerine tevfikan sekiz ay ağır hapse konulmasına dair Aydın ağır ceza mahkemesinden verilen 15-6-936 tarihli hükmün temyizen tetkiki suçlu tarafından istida ve yokluk ilmühaberi ita edilerek dava evrakı C.Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Suçlunun hareketi buğday koruma kanununa tevfikan kendi köylülerine muhtar tarafından verilmesi lâzım gelen ilmühaberi babası muhtar olması itibarile eline geçirmiş olduğu köy resmî mührü ile babasının zat mührünü kullanarak tanzim ve başka köy ahalisine vermekten ibaret ve ceza kanununun 356 ıncı maddesindeki suç mahiyetinde olmasına göre suçun tavsif ve tatbikında isabet bulunmaması.

Yolsuz ve temyiz itirazları bu yol ile yerinde bulunmuş olduğundan

688

tebliğnamedeki tasdik talebinin reddile mezkûr hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın yerine iadesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 23-6-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 936/5449. Karar No: 2645 Tebliğname: 2392.

169. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Mağdur Hüseyinin sol kolundaki arıza sebebile çalışma kudretini yüzde kırk nisbetinde kayıp ettiği ve bu halin daimî malûliyeti mucip olduğu raporda yazılarak bir taraftan çalışma kudretinin yüzde kırk nisbetinde zıyaa uğradığı dermiyan edilirken diğer taraftan daimî malûliyetten bahsedilmesindeki mübayenet hal edilmeksizin yazılı bulunduğu şekilde karar verilmesi yolsuzdur.

Hüseyinin sol kolunu kırarak yüzde kırk nisbetinde devamlı zâfına sebebiyet vermekten suçlu Mehmet oğlu muhabere alayı erlerinden Osmanın ceza kanununun 456/2-467 inci maddelerine tevfikan bir sene hapse konulmasına ve 200 lira tazminat ve zararı manevî alınarak davacıya verilmesine dair Sinop ağır ceza mahkemesinden verilen 2-5-936 tarihli hükmün temyizen tetkik C. Müddeiumumiliğile suçlu taraflarından istida kılınmasına ve suçlu canibinden yokluk kâğıdı ita edilmesine mebni dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Nisbî harcın hükmedilmemesi yolsuz ise de bu cihet hakkında temyiz vâki olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır ancak;

1 — Suçlu hâdise zamanında asker olduğundan bahsile suçu inkâr etmesine karşı merkumun vak'a sırasında mezunen gelmiş bulunduğu şaha-

detle anlaşıldığından bahsile reddolunarak bu cihetin merciinden resmen sorularak tevsik ve tesbit edilmemesi.

2 — Son 9-12-935 tarihli raporda Hüseyinin sol kolundakl arıza sebebile çalışma kudretinin yüzde kırk nisbetinde azalacak derecede daimî malûliyeti mucip olacağı gösterilmesine nazaran bir taraftan kudretin yüzde kırk nisbetinde azaldığı dermeyan edilirken diğer taraftan da daimî malûliyetten bahsedilmesi suretile husule getirilen müphemiyetin izalesi için arızanın kat'î mahiyet ve vasfının adlî tıp işleri meclisine tesbit ettirilmesi lâzım gelirken noksan bırakılması.

3 — Kat'î delillerden olan gırepi suçta kullanıldığı takdirde silâhtan sayılacağının düşünülmemesi.

4 — Hükmedilen 200 lira tazminat ve zararı maneviden ne mikdarının tazminat ve ne kadarının manevî zarar olarak hükmedildiğinin ve maddî tazminat müstenidatının gösterilmemesi.

Yolsuz ve tebliğname muhteviyatı bu itibarla varit görülmekle hükmün bu sebeplerden dolayı ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibine bozulmasına ve dosyanın yerine gönderilmesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 25-6-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 936/5451 Karar No: 2706. Tebliğname: 2394.

---

170. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Hırsızlık ile me'lûf bulunan maktul Ömerin geceleyin bakkal Rüştünün dükkânından çıkıp kaçdığını gören bekcinin mükerreren vaki "dur„ emrine itaat etmiyerek kaçmakta devam etmesine nazaran kır bekcileri kanunun matufun aleyhi olan köy kanununun 77. inci maddesinin 3. No: lı bendinin verdiği salâhiyete binaen silâh istimal etmiş olan bekcinin mahkûmiyeti cihetine gidilmesinde kanunî isabet görülememiştir.

Takdirî tahfif sebebinin vücudile beraber Rüştünün dükkânından hırsızlık yapan Ömerin durmasını teminen attığı silâhla ve dikkatsizlikle yara-

690

layarak ölümüne sebebiyet vermekten suçlu Kâşif oğlu bekçi Şabanın ceza kanununun 455. 59 uncu maddelerine tevfikan sekiz ay hapse konulmasına ve 20 lira ağır cezayı nakdî alınmasına dair Samsun ağır ceza mahkemesinden verilen 21-5-936 tarihli hükmün temyizen tetkiki suçlu tarafından istida ve yokluk kâğıdı ita edilerek dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

İhbarat ve iddiaya göre ölü Ömerin hırsızlık ile maruf kimselerden olup hâdise gecesinde de bakkal Rüştünün dükkânından çıkıp kaçarken suçlu bekçi tarafından mükerreren vaki (dur) emrine itaat etmeyerek kaçmasına ve hâdise şu mahiyetile meşhut cürüm vaziyetinde olduğuna ve dükkânın keşfinde de sirkat vukuu anlaşılmasına karşı 330 tarihli kır bekçileri kanununun matufunaleyhi olan köy kanununun 77 inci maddesinin 3 No: lu bendinin verdiği salâhiyete binaen istimali silâh edilmiş olduğunun nazara alınmaması.

Yolsuz ve suçlunun temyiz itirazları bu itibarla varit bulunmakla tebliğnamedeki tasdika mütedair mütalâanın reddile hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın yerine iadesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 25-6-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi Esas No: 936/5454 Karar No: 2700. Tebliğname 2414.

---

171. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Övey oğlu hakkında işlenmiş olan öldürme suçu türk ceza kanununun 3038 sayılı kanunula değişen 449. uncu maddenin şumulünden hariç kaldığı düşünülmeden suçlu hakkında bu madde ile ceza tayini yolsuzdur.

Övey oğlu İsmaili kasden öldürmekten suçlu Hasan oğlu Alinin ceza kanununun 449/1, 31.33 üncü maddelerine tevfikan onsekiz sene ağır hapse

konulmasına ve müebbeden hidematı âmmeden memnuiyetine ve cezası zarfında mahcuriyeti kanuniye hâlinde bulundurulmasına dair Aydın ağır ceza mahkemesinden verilen 12-5-936 tarihli hüküm resen temyize tâbi bulunmasına mebni temyizen bittetkik tasdikını mutazammın temyiz mahkemesi birinci ceza dairesinden sadır olan 14-5 937 tarih ve 4627/1979 No: lu ilâmın (449 uncu maddenin 3038 No: lu kanunla değişen şekline göre övey oğlu hakkında işlenmiş olan öldürmek suçu bu maddenin şumulü haricinde ve bu cihette suçlunun lehinde bulunmuş olduğunun nazara alınmaması kararın tashihini mucip ahvalden görülmekle tasdika mütedair kararın kaldırılması ve mahallî hükmünün bu cihetten bozulması) talebile dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

449 uncu maddenin 3038 No: lu kanun ile değişen şekline göre övey oğlu hakkında işlenmiş olan öldürme suçu bu maddenin şumulü haricinde kalmış ve bu cihet ise suçlunun lehinde bulunmuş olduğu halde gözetilmemesi kararın tashihini mucip hallerden görülmekle tasdika mütedair verilmiş olan kararın kaldırılması ve mezkûr 3038 No. lu kanunun lehdeki hükümleri nazara alınmak üzere hükmün tebliğnamedeki mütalâa gibi bozulmasına ve evrakın yerine gönderilmesine 29-6-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi Esas No: 1618. Karar No: 2727. Tebliğname 48.

---

172. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Tekerrür dolayısile 81 inci maddenin ikinci fıkrasiyle asıl cezaya ilâve edilen ceza mikdarının mezkûr maddenin son fıkrası sarahatına muhalif olarak eski mahkûmiyetinden fazla tayin edilmesi kanuna uygun değildir.

Ağır ve şiddetli tahrik neticesi Akif ve Kadiri silâhla âdiyen yaralamaktan suçlu Mustafa oğlu Halil İbrahimin bilmuhakeme sübutu fiiline ve

692

cerhten infaz edilmiş 11 gün hapis mahkûmiyeti bulunmasına binaen Ceza kanununun 456/2.1 457.51/2.56.69.81 inci maddelerine tevfikan ve neticeten üç ay onaltı gün hapse konulmasına dair Uşak Ağır Ceza mahkemesinden verilen 4-7-936 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Müddeiumumiliğinden istida edilerek dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile Temyiz mahkemesi Birinci Ceza Dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

Suçlunun başından yaralandıktan sonra silâhını kullanmış olduğu ve mani sebebin haylûlet etmediği mahkemece göz önünde tutularak suçun vasfı takdir edilmiş ve maahaza C. Müddeiumumisinin temyizi bu cihete müteferrî bulunmuş olduğuna göre tebliğnamenin birinci bendinde yazılı mütalâa yerinde değildir ancak;

Kadiri yaralamak suçundan verilen cezanın 51 inci maddenin son fıkrasile dörtte üçü indirildiği halde geriye kalan mikdarının tayininde isabet bulunmaması ve tekerrür dolayisile 81 inci maddenin ikinci fıkrasile ilâve edilen ceza mikdarının mezkûr maddenin son fıkrası sarahatı hilâfına olarak sabık mahkûmiyetinden fazla tayin edilmesi;

Yolsuz ve itirazlar bu yol ile yerinde bulunmuş olduğundan hükmün tebliğnamenin ikinci bendinde yazılı mütalâa ile ilâve edilen sebepten dolayı Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve dosyanın yerine gönderilmesine 30-6-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 936/5480. Karar No: 2793 Tebliğname: 2473.

173. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Türk Ceza Kanununun 33. üncü maddesine tevfikan hükmolunan fer'î Cezaların tayininde 74 üncü madde hükmünün nazara alınmaması yolsuzdur.

Bir kasdi cürminin ef'ali icraiyesinden olarak kanunun bir maddesi ahkâmını def'atla ihlâl etmek suretile 1832 lira 57 kuruşu ihtilâsen ve 6562 lira 25 kuruşu âdiyen zimmetine geçirmekten suçlu Mehmet oğlu Midyat İnhisar eski memuru Ömer Nazminin Ceza Kanununun 203. 80. 202. 70. 76 ıncı maddelerine tevfikan ve neticeten beş sene onbir ay 15 gün ağır hapse konulmasına ve 31. 33 üncü maddeler ahkâmının tatbikına ve üç sene dokuz ay memuriyetten mahrumiyetine ve zimmetine geçirdiği 1832 lira 57 kuruş ile 6562 lira 25 kuruşun kendisinden bittahsil İnhisar idaresine teslimine ve ihtilâsen zimmetine geçirdiği 1832 lira 57 kuruşun bir misli aynen ağır para cezası olarak alınmasına ve 500 kuruş bozma ve 6000 kuruş ilâm ve 167 lira 89 kuruş nisbî harcın tahsiline ve 200 lira vekâlet ücreti alınarak İnhisarlar idaresine verilmesine dair Mardin Ağır Ceza mahkemesinden verilen 9-10-936 tarihli hükmün C. Müddeiumumiliğile suçlu taraflarından temyizen tetkiki istida kılınmasına ve suçlu yokluk kâğıdı ita etmesine mebni dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

İhtilâsen zimmete geçirildiği kabul edilen paralardan icra vasıtasile takibine tevessül edilmiş olan 214 lira 32 kuruş mahkeme kararında yanlış olarak 216 lira 32 kuruş yazılmış ise de ihtilâs edilen diğer paralarla cem'an 1832 lira 57 kuruş olarak yekûnda tashih edilmiş olduğundan bu yanlışlık esasa müessir görülmemiş ve tebliğnamenin birinci bendinde yazılı mütalâa ile bu cihete dokunan C. Müddeiumumisinin itirazı yerinde bulunmamıştır. Ancak:

Fer'î cezanın içtimaen tayininde 75 inci maddenin gözeltilmemesi ve

ağır para cezasından lira küsurlarına da hükmedilmesi ve ödemede nisbî harç mikdarının fazla tayin kılınması ve 33 üncü maddedeki fer'î cezanın 74 üncü maddeye göre tayin edilmemesi,

Yolsuz ve temyiz itirazları bu yol ile yerinde bulunmuş olduğundan mezkûr hükmün tebliğnamede red edilmiyen mütalâaria ilâve edilen sebepten dolayı Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve dosyanın yerine gönderilmesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 30-6-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi Esas No: 936/6074. Karar No: 2802. Tebliğname 3546.

---

174. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I C. D.

3038 sayılı kanunla değişen 62 inci madde mucibince asıl cezanın en az altıda biri ve en çok üçte biri indirilerek geri kalan ceza hükmedilmek lâzım gelirken cezanın üçte bire indirilmesi yolsuzdur.

Abdullahı öldürmeğe tam teşebbüsten T. Ceza kanununun 448-62 inci maddelerile on sene ağır hapse mahkûm olup cezasını çekmekte bulunan arabacı Tahirin 3038 sayılı kanunla tâdil edilen 62 inci madde hükmünün lehte bulunduğundan bahsile bu maddeye tevfikan cezasının beş sene ağır hapis olarak infazı lüzumuna dair Van ağır ceza mahkemesinden ceza muhakemeleri usulü kanununun 402 inci maddesine müsteniden ittihaz olunan ve kat'ileşen 6-3-937 tarihli kararın (ölüm cezasını müstelzim bir fiilin müteşebbisi ile onbeş sene ağır hapsi müstelzim fiilin müteşebbisine aynı cezayı tertip eden 765 sayılı kanunun 62 inci maddesi mahza bu açık nisbetsizliği ortadan kaldırmak maksadile tâdil edilmiş olup onbeş sene ağır

hapsi müstelzim bir fiile tam olarak teşebbüs etmiş olan şahsın cezasının iki buçuk seneye kadar indirilmesi kasdedilmemiş olduğu aksi takdirde suçlunun nâkıs teşebbüste bulunan kimseden daha hafif bir ceza ile mahkûmiyeti icap eylediği ve maddenin metni de bu şekilde anlamağa müsait bulunmadığı halde on sene ağır hapse mahkûm Tahirin cezasının aynen infazı lâzım gelirken yazılı olduğu üzere beş seneye indirilmesinde isabet bulunmadığından bahsile ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesi mucibince temyizen bittekik bozulması) Yüksek adliye vekilliğinin yazılı emrine atfen C. Başmüddeiumumiliğinden ihbar ve dava dosyası Temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine tevdi edilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Yazılı emre dayanan ihbarnamedeki mütalâa gibi 3038 sayılı kanun ile değişen 62 inci madde mucibince dahi asıl cezanın en az altıda biri ve en çok üçte biri indirilerek geri kalan ceza hükmedilmek lâzım gelirken onbeş senenin üçte biri olan beş seneye indirilmek suretile tatbiki yalnış olduğundan Van ağır ceza mahkemesince usulün 402 inci maddesine dayanılarak verilmiş olan ve bozulması istenen 6-3-937 günlü kararın usulün 343 üncü maddesi mucibince bozulmasına ve bu maddenin son fıkrası mucibince yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın geri gönderilmesine 1-7-937 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 937/1710 Karar No: 2825. Tebliğname: 1925

696

175. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Dıvar delmek suretile hapishaneden firara teşebbüs eylediği anlaşılan suçlunun fiili 298 inci maddeye temas eden suç mahiyetinde olduğu halde bu suçdan dolayı tayin edilmiş olan cezanın infazı lâzım geleceğine karar verilmesi yolsuzdurr.

Katil, katle teşebbüs ve hapishaneden kaçmağa teşebbüs suçlarından Van ağır ceza mahkemesinin 5-7-935 tarihli kararile sureti kat'iyede beş sene altı ay on gün ağır hapse mahkûm Abdullahın işbu cezasına firara teşebbüsten dolayı ilâve edilen on gün ağır hapsin 3038 sayılı kanunla değişen 298 inci ve ceza kanununun 63 üncü maddeleri hükümlerine göre infazına mahâl olmadığına dair Van ağır ceza mahkemesinden tavzihan verilen ve kat'ileşen 6-3-937 tarihli kararın (Evrak arasında mevcut 5 7 935 tarihli esas mahkûmiyet kararı mündericatına nazaran suçlunun duvar delmek suretile hapishaneden firara teşebbüs eylediği anlaşılmış olup ceza kanununun 3038 sayılı kanunla değiştirilen 298 inci maddesinin ikinci fıkrası bu suça üç aydan 18 aya kadar hapis cezası tertip etmesine göre muaddel maddeye nazaran dahi bu suça teşebbüs cezayı müstelzim bulunduğu halde yazılı olduğu şekilde bu suçtan dolayı ilâve edilmiş olan on günün infazı lâzım gelmeyeceğine karar verilmesinde kanunî isabet görülemediğinden bahsile bu kararın ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesi mucibince temyizen bittetkik bozulması) yüksek Adliye vekilliğinin yazılı emrine atfen C. Başmüddeiumumiliğinden ihbar ve dava dosyası temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine tevdi edilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Suçlu Abdullahın ceza evinden firara teşebbüsü duvar delmek suretile vuku bulmasına ve ceza kanununun eski 298 inci maddesile 3038 No. lu kanun ile işbu maddenin aldığı yeni şeklinde de suç ikinci fıkraya temas eylemesine nazaran muayyen cezalar arasında fark olmamasına binaen yazılı emre istinat ile ihbarnamede yazılı mütalâa varit olmakla firara teşeb-

büsten dolayı zam suretile verilen on günün infazı lâzım gelmeyeceğine müteallik mahallî mahkemesince verilen 6-3-937 tarihli kararın ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesi mucibince bozulmasına ve bu maddenin son fıkrasına tevfikan yeniden bir karar verilmek üzere evrakın mahalline iadesine 1-7-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci ceza dairesi Esas No: 937/1684 Karar No: 2824. Tebliğname 1924.

---

176. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Türk Ceza kanununun 450 inci maddesinin beşinci bendine göre ceza tayin edilebilmek için birden fazla kimsenin öldürülmesi şart olup fiil teşebbüs derecesinde kalmış ve ölüm husule gelmemişse bu bende istinaden ceza tayin edilemez.

Mustafa ve Mehmet ve diğer Hüseyini kasden öldürmeğe tam derecede teşebbüsten suçlu Kadir oğlu Mustafa namı diğeri Kara Şükrünün ceza kanununun 450/5.62.56 ıncı maddelerine tevfikan sekiz sene dört ay ağır hapse konulmasına dair Alanya ağır ceza mahkemesinden bozma üzerine verilen 27-6-936 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Müddeiumumiliğile suçlu tarafından istida kılınmasına ve suçlu canibinden yokluk kâğıdı ita edilmesine mebni dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Ceza kanununun 450 inci maddesinin beşinci bendi hükmünün tatbiki ancak bu bentte gösterilen hâlin yani birden fazla kimsenin öldürülmesinin tahakkukuna vabeste olup teşebbüs derecesinde kalan münferit şahısların yaralanması hâlinde her birine karşı beslenen niyeti cürmiye ile suçun vasıf ve mahiyeti müstakillen mütalâa edilmek icap edeceğine ve evvelce

müttehaz temyiz kararında hâdisenin tezahür eden şekli nöktai nazarından vaki tavsifteki isabetsizlik sebebile hüküm bozulmuş olup bu bozma kararında fiilin öldürmek kasdına makrun olduğu hakkındaki iddia terviç edildiğine ve ısrara binaen temyiz umumî hey'etince verilen kararla da dairei hususiyenin bozma sebebi tarsih olunmuş bulunduğuna göre mütearrazunaleyhlerin her birine karşı yapılan taarruz ve bunun tevlit ettiği netice itibarile münferiden tebeyyün eden katle tam teşebbüsten ceza verilmesi ve ondan sonra içtima hükümlerinin nazara alınması suretile suçlunun tayin ve tahdidi cezası icap ederken işte tatbik kabiliyeti olmayan 450/5 inci bendin esas tutulması.

Yolsuz ve itirazlar bu itibarla yerinde bulunmuş olduğundan tasdika mütedair tebliğnamedeki mütalâanın reddile hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın yerine iadesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 1-7-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi Esas No: 936/5345. Karar No: 7809. Tebliğname 2831.

---

177. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Kavgada boşaltıldığı kabul edilerek müsaderesine karar verilen mavzerin taşınmasından dolayı da Türk ceza kanununun 264 üncü maddesine tevfikan ceza tayini icabederken bu cihetten beraet kararı verilmesi yolsuzdur.

Takdirî şiddet sebebinin vücudile beraber Mustafayı yaralamaktan ve bu kavgada silâh boşaltmaktan suçlu Osman oğlu Dede ve keza takdirî şiddet sebebinin vücudile beraber işbu kavgaya karışmaktan suçlu eşhastan Ali oğlu Bektaş ve Mehmet oğlu Cemalettin ve Sadık oğlu Mehmet ve Hanefi oğlu Nurettin ve Mehmet oğlu Ahmedin bilmuhakeme sübutu fiille-

rine ve bunlardan dedenin hırsızlıktan kat'ileşip infaz edilmiş on gün ve Ahmedin onbeş gün hapis mahkûmiyetleri bulunmasına ve suçlulardan Bektaşın münazaaya sebebi aslî olduğunun kabulüne binaen ceza kanununun 464/2.3.4;54/2.47/3; 466.69 delâletile 77/1.56.56/3. üncü maddelerine tevfikan ve Dedenin infaz edilmiş mahkûmiyeti mahsup edilmek üzere bir ay üç gün ve Bektaşın bir ay on gün ve Mehmedin 25 gün ve Ahmedin 22 gün ve Cemalettin ile Nurettinin birer ay hapse konulmalarına ve Dedenin memnu silâh taşımaktan beraetine dair Ankara ağır ceza mahkemesinden verilen 4-6-936 tarihli hükmün Dede ve Ahmede ait kısmının C. Müddeiumumiliği ve kendilerine müteallik cihetinin suçlu Dede ve Ahmet ve Bektaş ve Mehmet ve Nurettin ile Cemaletin taraflarından temyizen tetkiki istida kılınmasına ve suçlular yokluk kâğıdı ita eylemelerine mebni dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Hüküm yerinde gösterilip mahkemece takdir ve kabul olunan delillere ve sübut sebeplerine ve Dedenin Mustafaya silâh boşaltmasında öldürmek kasdı olmadığı mahkemece delillere uygun olarak takdir edilmiş olmasına karşı suçluların sübuta ve C. Müddeiumumiliğinin de Dedenin silâh boşaltmak suçunun vasfına ve bir de Ahmed ve Dede haklarındaki içtimada yetmiş yedinci madde hükmü tatbik edilmediğine ilişen itirazlar yerinde görülmediğinden reddile Dededen maada şuçlular hakkındaki hükmün tebliğnamedeki mütalâa gibi tasdikına ve Bektaştan elli bir kuruş ve Mehmetten otuz iki kuruş ve Ahmetten yirmi sekiz kuruş ve Cemalettinle Nurettinden 39 zar kuruş tasdik harcı alınmasına;

Dede hakkındaki hükme gelince:

1 — İçtimada 28 gün hapis cezası esas tutularak bundan aşağı olan diğer cezaların yarısı bu cezaya ilâve edilmek lâzım gelirken içtimaın yanlış tatbik edilmesi,

2 — Kavgada Mustafayı Dedenin yaraladığı tesbit edildiğine göre bunun hakkında 464/2 üncü maddenin tatbik olunması;

3 — Müsaderesine karar verilen mavzeri kavgada boşalttığı kabul edilmiş olmasına göre 264 üncü maddedeki suç unsurunun ihtiva etmediğinden maksat ne olduğu izah edilmeksizin memnu silâh taşımak suçundan

İCRA VE İFLÂS DAİRESİ KARARLARI

İCRA VE İFLAS DAİRESİ KARARLARI

163 T. TEMYİZ MAHKEMESİ İc. ve İf. D.

1 — Mirasın taksiminden sonra mirasçıların bu taksim üzerinden beş sene geçinceye kadar ölünün borçlarından müteselsilen ve bütün mallarile mes'ul olmaları Kanunu Medeninin 616 ıncı maddesi hükümleri iktizasındandır.

2 — Temyiz mahkemesinden tehiri icra kararı istihsal ve ibraz edilmedikçe para borcuna müteallik ilâmın mücerred temyiz edilmiş olması sebebile icrası geri bırakılamaz.

M. — *Odabaşı Mahmud oğlu Lâmi.*

M. A. — *Ölü Abdülkadir mirasçısı Mahmud vasisi Mehmed.*

[Mahalli: Siverek; İcra işleri Tedkik Mercii. Karar Tarihi: 31-5-937 Karar No: 16-15]

Temyiz edilen karar: Takibte bulunan Lâminin ilâma müstenid madenî 83 lira alacağının istifasını temin maksadile müteveffa borçlu Abdülkadir mirasçısı Mahmudun şahsî mallarına konulan hacze karşı vasi Mehmed tarafından serdedilen şikâyet üzerine yapılan duruşma ve tedkikat neticesinde: Takib edilen alacak ilâma müstenid bulunmasına ve borçlu Abdülkadirin Kanunu Medeninin mer'iyetinden sonra 932 yılında vefat ettiği ve terekesi de borcu ödemeğe kâfi olup mirasçılar arasında taksim edildiği tarafların beyanından anlaşılmasına ve mirasçılardan her biri müteveffanın borcundan mes'ul olduğu ve alacaklının matlubunun istifasını teminen borçlunun dilediği malına müracaata hakkı bulunduğu ahkâmı kanuniye iktizasından bulunmasına mebni icra memurluğunca müttehaz karar usûl ve kanuna uygun olduğundan şikâyeti vâkıanın reddine karar verildiği beyanından ibaretdir.

Temyiz eden: Borçlu Müteveffa Abdülkadir mirasçısı Mahmud vasisi Mehmed.

Temyiz dilekçesinin müddeti içinde kaydedildiği anlaşılıp kabulü oybirliğile kararlaştırıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Küçük Mahmuda 1932 tarihinde yapılan tebliğ yolsuz ise de 1937 tarihinde icra emri vasisi Mehmede tebliğ edilmiş olmasına ve mirasın taksiminden sonra mirasçılar bu taksim üzerinden beş sene geçinciye kadar ölünün borçlarından müteselsilen ve bütün mallarile mes'ul olmaları Kanunu Medeninin 616 ıncı maddesi hükümlerinden bulunmasına ve icraya konan ilâmı mahkeme kaleminden alıp temyizde bulunmak vasiye aid vazifelerden olup vasi temyiz mahkemesinden icranın tehirine dair karar istihsal ve ibraz etmedikçe icra geri bırakılamıyacağına göre temyiz itirazları yerinde olmadığından reddile usûl ve kanuna uygun olan kararın İcra ve İflâs kanununun 366 ve H. U. M. kanununun 438 inci maddeleri gereğince tasdikına ve aşağıda yazılı masrafın temyiz isteyenden alınmasına 21-9-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İcra ve İflâs Dairesi. Esas No: 3617 Karar No: 649.

164. T. TEMYİZ MAHKEMESİ İc. Ve İf. D.

Şirket mukavelesinde şirketi ancak iki şerikin birlikte imzaları ilzam edeceği yazılı iken sonradan bunlardan yalnız birine şirket namına münferiden imza vaz'ına mezuniyet ve salâhiyet verildiğini isbat etmek bunu iddia eden tarafa aitdir.

M. — *Kuintino Fonzi Kuruçyani.*

M. A. — *Mavris biraderler ve S. Elefteriyadis şirketi.*

[Mahkemesi: İstanbul Asliye İkinci Ticaret Dairesi. Karar Tarihi: 31-5-937 Karar No: 557/114]

Temyiz edilan karar: Alacaklı Kuintino Fonzi Kuruçyani namına takipte bulunan vekili İrfan Habinin beş kıt'a emre muharrer senede müstenid (1585) lira alacakla faiz, vekâlet ücreti vesair kanuni masraflar hak-

kında borçlu Mavris biraderler ve S. Elefteriyadis şirketine tebliğ ettirdiği ödeme emrine karşı mezkûr şirket tarafından serdedilen itirazın ref'ini istemesi üzerine yapılan duruşma ve tedkikat neticesinde: Ticaret kanununun 32 ve 35 inci maddelerine göre sicil kayıdlarının tebdili halinde tâdili mutazammın fıkraların yeniden ilân edilmesi lâzımgelip sicilli ticaret dosyasının muhteviyatına nazaran şirket namına yalnız Nikola Madriyatisin imzaya salâhiyettar olduğu anlaşılamadığından husumet noktasından ref'i itiraz talebinin reddine karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz eden: Alacaklı vekili İrfan Habib

Temyiz dilekçesinin müddeti içinde kaydedildiği anlaşılıp kabulü oybirliğile kararlaştırıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Şirketin mukavelesi 16-Temmuz-930 tarihli sicilli ticaret gazetesinde aynen ilân edilmiştir. Bunun üçüncü maddesinde şirket unvanının şirket imzası gibi kullanılacağı ve mezkûr şirket imzasının idare ve istimali iki şerikin imzasile yapılacağı açık olarak gösterilmiştir. Gerçi İstanbul Ticaret ve sanayi odasına verilen 24 Şubat-935 tarihli beyannamede malların gümrük işlerinde iki imzanın her hangi biri münferiden kullanılabileceği iki imza altında beyan olunmuş ise de bunun hükmü gümrük işlerine münhasırdır. Takibin istinad ettiği bonoların ise gümrük işile bir alâkası olduğu anlaşılamamıştır. Sicil gazetesinin 22-Birincikânun-934 tarihli nüshasındaki ilânda şeriklerden yalnız Nikola Mavrisin şirket namına imza vaz'ına mezun olduğu hakkında iki imza altında bir beyan mevcud olmayıp yalnız Nikola Mavrisin imzası şekli tek imzalı olarak tesbit edilmiştir. Bu ilân mukavelenin ve imza salâhiyeti hakkındaki ilân hükmünün değiştirildiğini tazammun etmedikten başka mukavele hükümlerinin yalnız Mavrisin imzasile muteber surette tâdil edildiğini kabul etmeye zaten imkân görülemez. Takib isteyen taraf idare ve imza salâhiyetine müteallik mukavele ve ilân hükümlerinin sonradan tâdil ve Mavrise münferiden hareket salâhiyeti tevdi edilmiş olduğuna dair muteber bir delil ve vesika göstermemiştir. Buna göre temyiz itirazları yerinde olmadığından reddile neticesi bu itibarla usûl ve kanuna uygun olan kararın İcra ve İflâs kanununun 366 ve H. U. M. kanununun 438 inci maddeleri gereğince tasdikına ve aşağıda yazılı

masrafın temyiz isteyenden alınmasına 23-9-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İcra ve İflâs Dairesi. Esas No: 3337 Karar No: 3679.

---

165. T. TEMYİZ MAHKEMESİ İc. ve İf. D.

---

1 — İcra ve İflâs Kanununun 337 inci maddesi mucibince icra memurları tarafından verilecek müzekkerelerde borçluya tebliğ edilen varakanın mahiyeti yanlışsız olarak ve bütün tafsilâtile gösterilmek icap eder.

2 — Hâdisede olduğu gibi İcra Tedkik Mercii kararile icra memurunun müzekkeresi arasında bir mübayenetin mevcudiyeti halinde bu cihet nakzı müstelzimdir.

Maznun: — *Anastasya Erikçioğlu.*

[Mahalli: Fatih İcra işleri Tedkik Mercii. Karar Tarihi: 17-8-937 Karar No: 312/419]

Temyiz edilen karar: kanunî müddet içinde mal beyanında bulunmadığı iddiasile maznun Anastasya Erikçioğlu hakkında icra dairesinden verilen müzekkere üzerine yapılan duruşma sonunda: Suçlu Anastasya Erikçioğluna borcundan dolayı 26-12-936 tarihinde ödeme emri tebliğ edildiği halde merkumun kanunî müddet içinde mal beyanında bulunmadığı müevvel ikrarı ve icra müzekkeresile sabit olduğundan hareketine uyan İcra ve İflâs kanununun 337 inci maddesi mucibince bir gün hafif hapsine ve yüz kuruş ilâm harcının kendisinden alınmasına karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz eden: Anastasya.

206

İcra ve İflâs kanununun 353 üncü maddesinin tayin ettiği beş gün içinde verildiği anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulü oybirliğile kararlaştırıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü: İcra ve İflâs kanununun 337 inci maddesi mucibince icra memurları tarafından verilecek müzekkerelerde borçluya tebliğ edilen varakanın mahiyeti yanlışsız olarak ve bütün tafsilâtile gösterilmek icabeder. Tedkik Merciince de cezaî bir hüküm verilmeden evvel işin icra dosyası lâyikile tedkik ve ceza talebile alâkalı olan bütün cihetler duruşma zabtında tasrih ve tafsil olunmak lâzımdır. Hâdisede icra dairesinden verilen müzekkerede borçluya tetkik Merciinin kararı tebliğ edilmiş iken mal beyanında bulunmadığı yazılıdır. Temyiz edilen hükümde ise borçluya ödeme emri tebliğ olunduğu ve müddeti içinde mal beyanında bulunmadığı kabul edilmiştir. Müzekkere ile hüküm arasındaki bu mübayenetin sebepleri duruşma zabtından ve hüküm fıkrasından anlaşılamamaktadır. Bu vesikalarda icra dosyasının tedkik edildiği beyan olunmadığı ve hâdiseye temas eden muamelelerin neden ibaret olduğu gösterilmediği gibi temyiz dosyasına İcra dosyasındaki lüzumlu evrakın suretleri dahi konulmamıştır. Böyle müphem ve eksik esaslar ve malûmat üzerine temyiz tedkikatı icrası mümkün olamıyacağı Tetkik Mercilerinin ve İcra memurlarının ehemmiyetle göz önünde tutmaları lâzım gelen bir hakikattır. Temyiz edilen hükmün icra dosyasının tadkik olunarak verildiği anlaşılamamaktadır. Memur müzekkeresinde ki esasların yanlışlığı veya doğru olduğu kararda tasrih edilmeksizin bunlara muhalif esasa istinad edilerek ceza hükmolunmasında da isabet görülmemiştir. Hükmün yukarıda zikrolunan sebeplerden dolayı adı geçen kanunun 366 ve C. M. U. kanununun 321 inci maddeleri gereğince Bozulmasına ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 5/11/937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İcra ve iflâs Dairesi Esas No: 4690 Karar No: 4593.

166. T. TEMYİZ MAHKEMESİ İc. ve İf. D.

Mahkeme huzurunda yapılan sulhlar ilâm hükmünde olduğundan gayrimenkule müteallik sulhların dahi ilâm hükmünde addedilmesi zaruridir.

M. — *Mehmed Çilingir.*

M. A. — *Kandil Hasan oğlu Ekrem.*

[Mahalli: Antalya: İcra İşleri Tedkik Mercii. Karar Tarihi 31-7-937. Karar No: 77-74]

Temyiz edilen karar: Müteveffa Hasan Sıdkı oğlu Ekremin Ali oğlu Mehmede satmış olduğu altı sehim arsanın bedeli olan 300 liraya bu babta ihtiyar edilen 250 lira masrafın zam ve ilâvesile cem'an 550 liranın ferağ takririni vermiyen Ekremden tahsili talebile adı geçen Mehmed tarafından Asliye Hukuk mahkemesinde açılan davanın icra kılınan muhakemesi neticesinde tarafların mezkûr arsa takriri verilmek şartile 300 liraya sulh olduklarına dair mezkûr mahkemeden sadır olan 13-3-937 tarihli ve 103 numaralı hüküm Mehmed tarafından İcra dairesine ibrazla müddeabih arsa hakkında Ekremden ferağ takririnin alınması talep edilmiş ve İcra memurluğunca da hükmün mahiyetine nazaran İcra dairesinin Ekremi takrir itasına icbar edemiyeceğinden bahsile vâki talebin reddine karar verilmiş ve bu kararın bozulması Mehmed tarafından şikâyet yolu ile istenmiş olmakla, bu hususta yapılan tedkikat neticesinde: Hadisede icrası taleb edilen ilâm satılan arsa hakkındaki ferağ takriri verilmek şartile tarafların 300 liraya sulh olduklarını ve bu hükmün tescil edildiğini mübeyyin ve binaenaleyh akidle bedele taallûk eden icab ve kabulü tevsikten ibaret bulunmasına ve bunun hilâfına hareket eden taraftan sulhnamenin tazammun ettiği hükme göre ancak bedeli mebi istirdad edilebileceğine ve Ekremin takrir itası için icbar edilmesine İcra ve İflâs kanununun ilâmların şekil ve tarzı taki-

bini gösteren ikinci babında münderiç hükümlerle mezkûr sulhname münderecatı müsaid bulunmamasına mebni taraflar arasında akid mevzuuna muhalefetten ibaret olan bu hususa müteallik takib talebinin varid olmadığına dair İcra memurluğunca ittihaz olunan karar İcra ve İflâs kanununun 16 ıncı maddesinin birinci fıkrasına göre kanuna uygun ve vukubulan şikâyet gayrı varid olduğundan reddine karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz eden: Mehmed Çilingir.

Temyiz dilekçesinin müddeti içinde kaydedildiği anlaşılıp kabulü oybirliğile kararlaştırıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Mahkeme huzurunda yapılan sulhların ilâm hükmünde olduğu İcra ve İflâs kanununun 38 inci maddesinde sarih ibare ile beyan olunmuştur. Mezkûr maddenin hükmü mutlak olduğundan gayrımenkule müteallik sulhların dahi ilâm hükmünde addedilmesi zaruridir. İlâmların hükmü İcra dairesince aynen infaz olunmak lâzımdır. Hadisede dahi sulh mezkûr 38 inci madde mucibince tıpkı bir ilâm gibi tenfiz olunmak ve sulh mucibince tescil için tapuya tezkere yazılmak lâzım gelirken aksine mütalâalar serdile yazılı olduğu üzere karar verilmesi mezkûr maddenin sarih hükmüne mugayır olduğundan ve temyiz itirazları bu itibarla varit görüldüğünden temyiz edilen kararın icra ve iflâs kanununun 366 ve H.U.M kanununun 428 inci maddeleri gereğince Bozulmasına ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 11-11-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İcra Ve İflâs Dairesi Esas No: 4225. Karar No: 4706.

167. T. TEMYİZ MAHKEMESİ İc. ve. İf. D.

1 — Vakıflar kanununun 8 inci ve 9 uncu maddelerinin hükmü vakıfların doğrudan doğruya hayrattan olan gayrimenkullerine aitdir.

2 — Vakıf akarın kira bedeli Devlet malı addedilemez.

M. — *Serdar oğlu İbrahim mirasçıları.*

M. A. — *Vakıflar İdaresi.*

Üçüncü Şahıs — *Şevki*

[Mahalli: Elmalı İcra İşleri Tedkik Mercii Karar Tarihi 7-4-937]

Temyiz edilen karar: Hâdisede takib ve tahsili istenen alacağın istifasını temin maksadile borçlu vakıflar idaresine aid hanın kira bedeline konulan hacze karşı mezkûr idare vekili ile han müsteciri Şevki tarafından ileriye sürülen itirazın varid olmamasına mebni reddine karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz eden: Elmalı Vakıflar idaresi.

Temyiz dilekçesinin müddeeti içinde kaydedildiği anlaşılıp kabulü oybirliğile kararlaştırıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Vakıflar kanununun temyiz dilekçesinde istinad edilen sekizinci ve dokuzuncu maddelerinin hükmü vakıfların doğrudan doğruya hayrattan olan gayrimenkullerine münhasırdır. Hâdisede haczedilen şey hayrattan olan gayrimenkul olmayıp iradlarından olan bir akarın kira bedelinden ibaret bulunmasına ve bunun Devlet malı addine kanunen imkân bulunmamasına göre temyiz itirazları yersiz olduğundan reddile usûl ve kanuna uygun olan kararın İcra ve İflâs kaununun 366 ve H.U.M. kanununun 438 inci meddeleri ge-

reğince tasdikına ve aşağıda yazılı masrafın temyiz isteyenden alınmasına 16-11-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi Icra ve İflâs Dairesi. Esas No: 4278. Karar No: 4839.

168. T. TEMYİZ MAHKEMESİ İc. ve İf. D.

İcra ve İflâs kanununun 82 inci maddesinin sondan bir evvelki fıkrasının hükmü borcun 2, 3, 4, ve 5 numaralı bendlerdeki eşya bedelinden tevellüd etmesi haline aittir. Meskene müteallik olan II numaralı bend mezkûr fıkra hükmünün haricinde kalmıştır.

M. — *Baltalı köyünden Hüseyin.*

M. A. — *Bolunun Semerkına mahallesinden Muharrem.*

[Mahalli: Bolu İcra işleri Tedkik mercii. Karar Tarihi: 7-9-937.]

Temyiz edilen karar: Takib ve tahsili istenen alacaktan dolayı haczedilen hanesinin sükna ihtiyacı için lüzumlu bulunduğundan bahsile hacizden istisnası; borçlu Muharrem tarafından şikâyet yolile istenmesi üzerine, yapılan duruşma ve tedkikat neticesinde: hâdisede takib edilen alacağın borçlu Muharreme satılan gayrimenkul bedelinden mütevellid olduğu mübrez sened mündericatı ve borçlunun vâki ikrarından anlaşılmasına ve İcra ve İflâs kanununun 82 inci maddesinin fıkrai mahsusasındaki istisnadan borçlu bu sebeble istifade edemiyeceğine mebni mumaileyhin varid olmıyan şikâyetinin reddine karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz eden: Muharrem.

Temyiz dilekçesinin müddeti içinde kaydedildiği anlaşılıp kabulü oybir-

liğile kararlaştırıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

İcra ve İflâs kanununun 82 inci maddesinin sondan bir evvelki fıkrası II sayılı bende bir atfı ihtiva etmeyip 2, 3, 4 ve 5 numaralı fıkralara münhasır bulunduğu halde borcun gayrimenkul satış bedelinden mütevellid olduğundan bahsile yazılı olduğu üzere karar verilmesi usûl ve kanuna uygun olmadığından ve bozma dileği bu itibarla yerinde görüldüğünden temyiz edilen kararın adı geçen kanunun 366 ve H. U. M. kanununun 428 inci maddeleri gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 16-11- 937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz. Mahkemesi İcra ve iflâs Dairesi Esas No: 4747. Karar No: 4838.

---

169. T. TEMYİZ MAHKEMESİ Ic. ve İf. D.

Mirası reddettiklerine dair vazifeli mahkemeden bir vesika istihsal ve ibraz etmiyen mirasçıların alacaklıya karşı şahsan ve müteselsilen mes'ul olmaları Kanunu Medenînin 539 ve 582 inci maddeleri hükümleri iktizasındandır.

A. — *Elveda*

M. A. — *Ahmet kızı Zehra*

[Mahalli: Bolu İcra İşleri Tedkik mercii. Kararın Tarihi 16 Eylûl 937]

Temyiz edilen karar: Murisinin borcundan dolayı kendisinin şahsî mallarına haciz konulması doğru olmadığından ve esasen tereke borca müstağrak olmak hasebile mirasın merdud hükmünde bulunduğundan ve saire-

den bahsile mevzu haczin kaldırılması; Ahmed kızı Zehra tarafından şikâyet yolile istenmesi üzerine, bu babta yapılan duruşma ve tetkikat neticesinde: Hâdisede borç tarafların murislerine aid olmasına ve henüz terekenin tahrir ve veraset ilâmının istihsal edilmemiş olduğu anlaşılmasına ve tereke tahrir edilip mirasçıların kimler olduğu belli olmadan ve terekenin borca müstağrak olup olmadığı ve mirasın red veya kabul edilip edilmeyeceği; taayyün etmeden icraî bir muamele yapılamıyacağına ve vukubulan şikâyet bu itibarla varid görülmesine mebni mezkûr şikâyetin kabulile yukarıda zikredilen hususat taayyün ettikten sonra takibe başlanmak üzere hâlen icranın devamına mahal olmadığına karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz eden: Elveda vekili avukat İrfan Ulusan.

Temyiz dilekçesinin müddeti içinde kaydedildiği anlaşılıp kabulü oybirliğile kararlaştırıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Müteveffanın borçlarından mirasçıların şahsen mes'ul oldukları Kanunu Medenînin 539 uncu ve bu mes'uliyetin müteselsil olduğu mezkûr kanunun 582 inci maddelerinde tasrih edildiği ve mutariz terekenin borca müstağrak bulunduğundan dolayı reddedilmiş hükmünde tutulmasına dair vazifeli mahkemeden bir vesika istihsal ve ibraz etmediği halde bazı mütalâalar serdile yazılı olduğu üzere karar verilmesi usûl ve kanuna uygun olmadığından ve bozma dileği bu itibarla yerinde görüldüğünden temyiz edilen kararın İcra ve İflâs kanununun 366 ve H. U. M. Kanununun 428 inci maddeleri gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 16-11-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İcra ve İflâs Dairesi Esas N: 4740. Karar N: 4840.

170. T. TEMYİZ MAHKEMESİ İc. ve İf. D.

1 — Bir Tedkik Mercinin kararı diğer bir Merci tarafından talil edilmeyip kararın isabetli olup olmadığını tedkik etmek ancak temyiz vukuunda Temyiz mahkemesine aitdir.

2 — Hâdisede salâhiyet meselesi itiraz üzerine tedkiki icap eden hususlardan olup resen nazara alınamaz.

M. — *Ahmet*
M. A. — *Resul*

[Mahalli: Ankara İcra Hâkimliği: Karar tarihi: 27-5-937 Karar No: 3282/372]

Temyiz edilen karar: Takibte bulunan Ahmedin yüz lira alacağı hakkında borçlu Resule tebliğ ettirdiği ödeme emrine karşı bunun tarafından ileriye sürülen itirazın kaldırılmasını istemesi üzerine, yapılan duruşma ve tedkikat neticesinde: Borçlu Resul Bâlâ İcra Tedkik Merciine verdiği 6-6-936 tarihli itiraz istidasında salâhiyetsizlikten bahsetmeyip borcu inkâr etmekte olmasına ve yedi sekiz ay sonra duruşmaya davet olunan borçlunun ikinci defa verdiği istidada dermeyan ettiği salâhiyet itirazı üzerine Bâlâ İcra Tedkik Merciince salâhiyetsizlik kararı verilmesi Ankara İcra Tedkik Merciini takyit edemiyeceğine ve bu hususun tedkiki Bâlâ Tedkik Merciine ait bulunmasına mebni işin mezkûr mahal icrasına intikal ettirilmesine karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz eden: Ahmet Hançerli.

Temyiz dilekçesinin müddeti içinde kaydedildiği anlaşılıp kabulü oybirliğile kararlaştırıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Hâdisede Bâlâ Tedkik Merciinin kararı aleyhine alacaklı tarafından temyiz vukubulmadığı ve mezkûr kararın isabetli olup olmadığını tedkik

etmek Ankara İcra Merciine ait olmayıp ancak temyiz vukuunda dairece tedkik edilebileceği ve Ankara icra dairesine arzedilen takip talebine karşı borçlu tarafından salâhiyet itirazı serdedilmediği halde resen tedkikata girişilerek yazılı olduğu üzere salâhiyetsizlik kararı verilmesinde isabet olmadığından ve bozma dileği bu itibarla yerinde görüldüğünden temyiz edilen kararın İcra ve İflâs kanununun 366 ve H. U. M. kanununun 428 inci maddeleri gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 19-11-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İcra ve İflâs Dairesi. Esas No: 4506 Karar No: 4893.

---

171. T. TEMYİZ MAHKEMESİ İc. ve İf. D.

İki tarafı ve sebebi müttehid bir dava hakkında evvelce verilmiş bir ilâma muğayir diğer bir ilâmın mevcudiyeti ve her ikisinin kat'iyet kesbetmiş bulunması halinde icra merciince bu ilâmlardan biri ortadan kaldırılamayıp ancak icranın geri bırakılmasını isteyen tarafa H. U. M. Kanununun 445 inci maddesinin 10 numaralı bendinde derpiş edildiği üzere iadei muhakeme talebinde bulunmak ve icranın tehiri hakkında karar getirmek üzere münasib bir mühlet verilmek icab eder.

M. — *İstanbul Gümrükler idaresi*

M. A. — *Agop Sabit Örpelyan*

[Mahalli: İstanbul İcra Hâkimliği. Karar Tarihi: 31-10-936 Karar No: 33/299-2]

Temyiz edilen karar: Borçlu Agop Sabit tarafından verilen 16-4-934 ve 6-2-935 tarihli şikâyet istidaları ve bunların taallûk ettiği evrak üzerine taraflar dinlendikten sonra yapılan tedkikat neticesinde: Gümrük resmi farkı olarak tahsili ilâma bağlanan matlubdan dolayı yangından evvel yapılan muameleler borçlu tarafından 28-12-933 tarihinde kabul edilmiş olmasına binaen dosya yenilenmiş ve borçlunun 16-4-934 tarihli istidasile hakiki borcun on sekiz lira seksen altı kuruştan ibaret olduğunu iddia etmesi

üzerine mumaileyhten fuzulen tahsil edilen kırk bir lira on dört kuruşun Gümrükler Başmüdüriyetinden istirdadı 13-1-935 tarihinde hüküm altına alınarak bu hükmün de kat'iyet kesbettiği 36 646-5 numaralı dosya mündericatından anlaşılmış bulunmasına ve her nekadar mahkemeden celb ve tedkik edilen 34/774 numaralı dosyadaki evraka nazaran ilâma müstenid alacak hakkındaki iddianın Agobun sureti beyanına nazaran tedkikına mahal olmadığından reddine karar verilmiş ise de bu karar temyiz mahkemesince hakikî borç mikdarının araştırılmamış olması noktasından tekrar nakzedilmiş ve ahiren sudur eden hüküm de kat'iyet kesbetmiş ve taraflar hâdisenin esasında ittifak etmemelerine nazaran Gümrük idaresi vekilinin her iki ilâmın infazı lâzımgeldiği yolundaki def'i mezkûr karar müvacehesinde iltifata şayan görülememiş ve Gümrük idaresinin istihsal eylediği ilâm binnetice Gümrük farkına aid olup yapılan tedkikat sonunda hakikî borç mikdarının on sekiz lira altmış sekiz kuruştan ibaret bulunduğu tebeyyün etmesi üzerine idarenin fazla tahsil eylediği mikdarın istirdadına dair ahiren sadır olan ilâm temyiz mahkemesinin mükerrer bozma sebebleri karşısında evvelki hükmü tamamen ref ve ilga eylemiş olmasına mebni zikrolunan sebeblerden dolayı icranın geri bırakılmasına karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz eden: Alacaklı İstanbul Gümrükler idaresi vekili Edib.

Temyiz dilekçesinin müddeti içinde kaydedildiği anlaşılıp kabulü oybirliğile kararlaştırıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Hâdisede H. U. M. Kanununun 445 inci maddesinin 10 numaralı bendinde derpiş edilmiş olduğu üzere iki tarafı ve sebebi müttehid bir dava hakkında evvelce verilmiş bir ilâma mugayir diğer bir ilâmın mevcudiyetine ve her ikisinin kat'iyet kesbetmiş bulunmasına göre ancak şikâyetci Agoba iadei muhakeme talebinde bulunmak ve icranın tehiri hakkında bir karar getirmek üzere münasib bir mühlet verilebileceği halde evvelki ilâmın vazife haricinde olarak ortadan kaldırılmasını mutazammın surette icranın geri bırakılmasına karar verilmesinde isabet görülemediğinden temyiz edilen kararın icra ve iflâs kanununun 366 ve mezkûr H. U. M. kanununun 428 inci maddeleri gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 20-11-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İcra ve İflâs Dairesi. Esas No: 5367 Karar No: 4930.

beraetine karar verilmesi;

Yolsuz ve temyiz itirazlarile tebliğnamedeki mütalâalar bu sebeplerle yerinde olduğundan Dedeye ait hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bazulmasına ve evrakın yerine iadesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 1-7-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi Esas No: 936/5445. Karar No: 2811. Tebliğname: 2380

---

178. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Türk ceza kanununun 51 inci maddesi her suç için nazara alındıktan sonra içtima hükmünün tatbiki icabedeceği gibi cezaların içtimaında da 70 inci maddenin son fıkrasının gözetilmesi iktiza ederken hilâfına karar verilmesi bozmayı muciptir.

Esbabı muhaffifei kanuniyenin vücudile beraber Sadığı kasden öldürmekten ve kardeşleri Recep ve Hüseyini de bıçakla adiyen yaralamaktan suçlu Osman oğlu Osman ve ölümle neticelenen kavgaya dahil olmaktan suçlu Osman kızı Sultanın ceza kanununun 448.56-2.57.70.51.464 üncü maddelerine tevfikan Osmanın yedi sene sekiz ay onbeş gün ağır hapse konulmasına ve 31 inci madde mucibince umumî hizmetlerden memnuiyetine ve 33 üncü madde mucibince mahkûmiyeti müddetince kanunî mahcuriyet halinde bulundurulmasına ve on lira tazminat alınarak müşteki Hüseyine verilmesine ve 3800 kuruş ilâm harcının kendisinden alınmasına ve Sultanın üç gün hapse konulmasına dair Amasya ağır ceza mahkemesinden verilen 26-8-936 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Müddeiumumiliğile

kendisine ait cihetinin suçlu Osman taraflarından istida kılınmasına ve suçlu Osman canibinden yokluk kâğıdı ita edilmesine mebni deva evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

Âmme şahidi Sultan ve Mahmut ifadelerinde suçlu Sultanın taş attığını beyan etmişler ise de ölü ve yaralıya deydiğine dair bir şey söylememiş olmalarına göre tebliğnamenin üçüncü bendinde yazılı mütalâa yerinde bulunmamıştır, ancak;

51 inci maddenin her suç için gözetilmeksizin önce içtima hükmünün tatbik edilmesi ve birleşen hapis cezaları için 70 inci maddenin son fıkrasının gözetilmemesi ve 33 üncü maddenin tatbikında 74 üncü maddenin nazara alınmaması ve hâdise bir olmasına göre Sultana harç kanununun 49 uncu maddesi mucibince hisse tefrik edilmemesi ve bu suretle suçlu Osmana fazla harç hükmolunması.

Yolsuz ve temyiz itirazları bu yol ile yerinde bulunmuş olduğundan hükmün tebliğnamede reddedilmeyen mütalâalarla ilâve edilen sebepten dolayı ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın yerine iadesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 2-7-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi Birinci Ceza Dairesi, Esas No: 936/5594 Karar No: 2836, Tebliğname:2978

---

179. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Hâdise zamanında 10 yaşında olduğu iddia edilen bir kızla evlenmenin kanunen mümkün olamıyacağı nazara alınmaksızın suçlunun 33 üncü madde hükmünden istifade ettirilmesi yolsuzdur.

Onbeş yaşını doldurduğu anlaşılamayan Zehrayı zorla kaçırmağa tam derecede teşebbüsten suçlu Sadullah oğlu Ramiz ve Dursun oğlu Mustafa-

7/8

nın bilmuhakeme fiillerinin sübutuna ve mezburenin evlenmek maksadile kaçırılmış olduğunun kabulüne binaen ceza kanununun 430/2.62.433.56. ıncı maddelerine tevfikan üçer ay onar gün ağır hapse konulmalarına dair Trabzon ağır ceza mahkemesinden verilen 30-12-935 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Müddeiumumiliğile suçlular tarafından istida kılınmasına ve suçlular yokluk kâğıdı ita ve duruşma dahi talep etmiş olmalarına mebni dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle ceza muhakemeleri usulü kanununun 318 inci maddesi mucibince 1937 senesi Haziranının 26 ıncı cumartesi duruşma günü tayin kılınmış ve gayri mevkuf bulunan suçluların duruşma gününden haberdar edilmeleri için C. Başmüddeiumumiliğine müzekkere yazılmıştır.

O gün hâkimler hey'eti dairei mahsusada toplandı. C. Başmüddeiumumiliği muavinlerinden Nazif ve tebliğat üzerine gelen suçlu Mustafa huzurlarile celse açıldı.

Diğer suçlu Ramize usulen tebliğat yapıldığı halde bizzat gelmemiş ve vekil göndermediği gibi mazeretini de bildirmemiş olduğu anlaşılmakla muavin Nazif ve suçlu Mustafanın muvafık görülen talep ve mütalâaları veçhile müddet ve yolunda olup şartları da yerine getirilen temyiz istidalarının kabuliyle suçlu Mustafa hakkında duruşmalı ve Ramiz hakkında duruşmasız temyiz tetkikaktı yapılmasına oybirliğile verilen karar anlatıldıktan sonra işin izahına dair olan raportör âza N. İzgi imzalı rapor okundu.

Raportör âza N. İzgi; rapora ilâve edilecek başka bir cihet olmadığını beyan etti.

Suçlu Mustafa; dosyadaki temyiz lâyihası mündericatını tavzihan müdafaatta bulunarak kendisine ait hükmün bozulmasını istedi. Muavin Nazif:

1 — Şahadet arasındaki mübayenetin hâl olunmaması.

2 — Âmme şahidi Ahmet ve İzzetin şahadetlerinin hüküm yerinde mevzuubahs edilerek talil ve red olunmaması.

Yolsuz olduğundan hükmün bozulmasını istedi.

Son sözü sorulan suçlu Mustafa; müdafaa ve izahından başka bir deyeceği olmadığını söylemekle duruşmanın bittiği ve vaktin darlığına mebn işin müzakeresile karar ittihazının 3-7-937 cumartesi gününe bırakıldığı oybirliğile kararlaştırılarak anlatıldı.

7/9

O gün hâkimler hey'eti dairei mahsusada toplandı. Hey'ette kısmen değişiklik olmasına mebni evvelki celseye ait zabıtname ile bütün dava dosyası okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Nüfus kaydına nazaran hâdise zamanında on yaşında olduğu iddia edilen bir kızla evlenmenin kanunen mümkün olamayacağı nazara alınmaksızın 433 üncü madde hükmünden suçluların istifade ettirilmesi yolsuz ise de müddeiumumiliğin temyizi suçluların lehine olduğundan bu cihet aleyhe bozma sebebi sayılmamıştır ancak;

1 — Duruşma sırasında iddia makamından mesbuk talebe binaen sıhhiye heyetince Zehranın yapılan muayenesinde 15-16 yaşlarında olduğu raporla bildirilmiş olduğuna göre nüfus kaydile tearuz teşkil eden fennî beyan üzerine mahkemece hâlin icabı takdir edilmek ve resmî kayıtla nasiyei hâl arasında mübayenet meşhut olduğu surette kaydın düzeltilmesine tevessül olunmak ve aksi halde bu cihete gidilmemesi sebebi karar yerinde izah olunmak icap ederken sıhhiye heyetinin fennî beyanı karışsında cezaya müessir olan bu hususun meskût bırakılması.

2 — Geçen şahadetlerin hepsi karar yerinde mevzuubahs edilerek leh ve aleyhte tecelli edenlerin mukayese ve tahlili yapılmak ve bunlardan aleyhte olanların tercihi sebebi tavzih kılınmak muktazi bulunmuş iken mütenakız şahadetler arasında hiç bir münakaşa yapılmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi ve yekdiğerine mübayin olanların da telifi cihetine gidilmesi.

Yolsuz ve itirazlar ve tebliğnamedeki mütalâalar bu sebeplerle yerinde görüldüğünden hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 307, 308, 321 inci maddeleri mucibince bozulmasına ve evrakın yerine gönderilmesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 2-7-937 tarihinde oybirliğile verilen karar mezkûr usulün 261 ve 324 üncü maddeleri mucibince 3-7-937 tarihinde muvavin A. Hamdi huzurile usulen anlatıldı.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 936/4576. Karar No: 2845. Tebliğname: 2018.

180. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 116 ıncı maddesinde hâkim tâbiri mevkufun işini görmekte olan hâkim veya mahkemeye muzaftır.

Öldürmek suçundan mahkûmen mevkuf Mustafa oğlu Tevfik hakkında ceza muhakemeleri usulü kanununun 116 ıncı maddesinde yazılı tedbirin ittihazının mahkemeye ait olmadığından bahsile evrakın C. Müddeiumumiliğine iadesine dair İstanbul ağır ceza mahkemesinden verilen ve kat'ileşen 12-5-937 tarihli kararın (Ceza muhakemeleri usulü kanununun 116 ıncı maddesinin son fırasındaki hâkim tâbirinden maksat, sulh hâkimi, sorgu hâkimi, münferit ve sair kaza hakkını haiz kimselerden ibaret bulunmasına ve bu umumî ve mutlak ifadeye nazaran esas dava hangi hâkim veya mahkemede ise mevkuf hakkında tedbir ittihazı salâhiyetinin de o mahkemenin hâkim veya hâkimlerine ait bulunacağının kabulü de kanunun maksat ve ruhuna uygun bulunduğundan esas davaya bakmakta olan ağır ceza mahkemesinin hakkındaki hüküm henüz kat'ileşmiş olduğu cihetle mevkuf hükmünde bulunan Tevfik hakkında alınacak tedbire dair bir karar vermesi lâzım gelirken yazılı olduğu üzere evrakın C. Müddeiumumiliğine iadesinde isabet bulunmadığından bahsile ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesi mucibince temyizen bittetkik bozulması) Yüksek Adliye vekilliğinin yazılı emrine atfen C. Başmüddeiumumiliğinden ihbar ve dava evrakı temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine tevdi edilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 116 ıncı maddesindeki hâkim sözü mevkuf olan şahsın işinin bulunduğu hâkim veya mehkemeye muzaf olduğuna göre yazılı emre atfen ihbarnamede ileri sürülen sebepler varit ve bozmayı mucip bulunduğundan mezkûr kararın usulün 343 üncü maddesinin son fıkrası hükmünce bozulmasına ve yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın geri gönderilmesine 9-7-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi Eses No: 937/1730. Karar No: 2918 Tebliğname: 1954

721

181. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Kavga sırasında maktulün teşhir eylediği bıçağı Hüseyine sapladığını gören suçlu Hasanın Ali Rizayı yaraladığı kabul edilmesine göre kardaşı Hüseyini kurtarmak maksadı ile suçlunun ika eylediği bu yaralama fiilinden dolayı 49 uncu maddenin tatbiki icabedip etmediği düşünülmeden 51 inci maddenin tatbikile iktifa olunması yolsuzdur.

Cezayı azaltıcı kanunî sebebin vücudile beraber Ali Rızayı kasden öldürmekten suçlu Mehmet oğlu Hasanın ceza kanununun 448.51/1.56.31-33 üncü maddelerine tevfikan altı sene üç ay ağır hapse konulmasına ve müebbeden hidematı âmmeden memnuiyetine ve ceza müddeti zarfında mahcuriyeti kanuniye halinde bulundurulmasına dair Ankara ağır ceza mahkemesinden verilen 12-3-936 tarihli hükmün duruşma suretile temyizen tetkiki suçlu tarafından istida ve yokluk kâğıdı ita edilerek dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle ceza muhakemeleri usulü kanununun 318 inci maddesi mucibince 1937 senesi Temmuzunun 10 uncu cumartesi duruşma günü tayin edilerek mevkuf bulunan suçlu ile vekilinin duruşma gününde usulen haberdar edilmeleri için C. Başmüddeiumumiliğine müzekkere yazılmıştır.

O gün hâkimler hey'eti dairei mahsusada toplandı. C. Başmüddeiumumiliği muavinlerinden Nazif ve dosyada mevcut vekâletnamesine müsteniden gelen suçlu vekili avukat Ş. Halil huzurlarile celse açıldı.

Temyiz arzuhalinin müddeti içinde verildiği ve kanunda gösterilen şartların yapıldı ve duruşma isteğinin de yolunda olduğu anlaşılmakla muavin Nazif ve vekil Ş. Halilin muvafık görülen talep ve mütalâası veçhile duruşma suretile temyiz tetkikatı yapılmasına söz birliğile verilen karar anlatıldıktan sonra işin izahına dair olan raportör âza S. Hilmi Koçlu imzalı rapor okundu:

Raportör âza S.H. Koçlu; rapora ilâve edilecek başka bir cihet olmadığını beyan eyledi.

Vekil avukat Ş. Halil; evrak arasındaki temyiz lâyihası mündericatını

722

tavzihan müdafaatta bulunarak hükmün bozulmasını istedi.

Muavin Nazif; yapılan duruşmaya ve toplanan delillere ve tatbik olunan maddelere göre temyiz istida ve lâyihasında yazılı itirazlar yerinde görülmüş olduğundan reddile usûl ve kanuna uygun olan hükmün tasdikını istedi.

Son sözü sorulan vekil; müdafaa ve izahından gayri bir diyeceği olmadığını söylemekle duruşmanın bittiği bildirilerek icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

Ölen Ali Rızanın arada geçen kavga üzerine teşhir eylediği bıçağını Hüseyine salladığını gören suçlu Hasanın tabancasını çekerek Ali Rızayı yaraladığı hüküm yerinde tasvir ve kabul olunduğuna göre münkati olduğu anlaşılamayan taarruzun devamı sırasında bunu gören suçlunun kardeşini kurtarmak maksat ve gayesinden başka bir sebebe atfı mümkün olmayan mecburiyetle Ali Rızayı yaralamasında Hüseyinin nefsini müdafaa vaziyeti bulunduğunun kabulü imkânını selbeden sebepler tasrih edilmeksizin bu hareketin 51 inci maddenin birinci fıkrası medlûlüne giren adi tahrik derecesinde kaldığının gösterilmesi.

Yolsuz ve itirazlar bu itibarla yerinde görüldüğünden tasdika mütedair muavinin mütalâsının reddile hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 307.308.321 inci maddelerine tevfikan bozulmasına ve evrakın yerine iadesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 10-7-937 tarihinde çoğunlukla karar verilerek usulen tefhim edildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 936/4663 Karar No: 2937. Tebliğname: 1874

182. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Hırsızlıktan dolayı avukat Osman hakkında verilen ağır hapis cezası 2330 sayılı kanunun ikinci maddesi mucibince bütün neticelerile birlikte ortadan kalkdığına göre hükmün kat'ileşip kat'ileşmediğinin ehemmiyeti olmadığı gibi mezkûr kanunun 12 inci maddesine göre affın inzibatî cazalara da şümulü yoktur.

Hırsızlıktan dolayı ağır ceza mahkemesince üç sene ağır hapse ve fer'î cezalara mahkûm edilen Geyve dava vekillerinden Osman Bayrinin hakkında avukatlık kanununa tevfikan inzibatî ceza tatbiki C. Müddeiumumiliğinden istenmesi üzerine mahkûmiyet kararının 2330 sayılı af kanununun neşrinden dolayı temyiz mahkemesince tetkik edilmemesi yüzünden mahkûmiyet kararının kat'ileşmemiş olduğu ileri sürülerek inzibatî ceza tatbikına mahal olmadığına dair Geyve ceza hâkimliğinden verilen 23-3-937 tarihli karar aleyhine yapılan itirazın temyiz tetkikatına af dolayısile tâbi tutulmayarak kat'ileşmemiş olan bir mahkûmiyetin inzibatî ceza tayinine mesned teşkil edemeyeceğinden bahsile reddine dair Adapazarı ağır ceza mahkemesinden verilen ve kat'ileşen 4-5-937 tarihli kararın (Hususî kanunlara tevfikan yapılacak olan bilûmum inzibatî ve idarî muamelelerin affın şümûlünden hariç bulunduğu 2330 sayılı kanunun 12 inci maddesinde sarahatan yazılı olmasına göre hırsızlıktan dolayı mahkûm edilmiş olan Osman hakkındaki ceza kararının kat'ileşmesine lüzum olmayıp hakkındaki dava evrakı celp ve tetkik edilerek toplanmış olan delillere nazaran ve eğer tahkikat noksan görüldüğü takdirde noksan cihetler tahkik ve ikmâl edildikten sora hasıl olacak neticeye göre bir karar verilmesi lâzım gelirken affın inzibatî bakımdan yapılacak muamelelere de şamil olduğundan bahsile bu hususdaki talebin bilâ tetkik reddine karar verilmiş olmasının yolsuz olduğu düşünülerek Geyve ceza hâkimliğinin kararının iptali icabederken yazılı olduğu üzere itirazın reddinde isabet bulunmadığından bahsile ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesi mucibince temyizen bittetkik bozulması) Yüksek Adliye Vekilliğinin yazılı emrine atfen C. Başmüddeiumumiliğinden

724

ihbar ve dava evrakı temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine tevdi edilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

Avukat Osman hakkında verilen ağır hapis cezası 2330 Mo. lu af kanununun 2 inci maddesi mucibince bilcümle netayici ile birlikte affa uğramakla hükmün kat'ileşip kat'ileşmemesinin bir kıymeti olmadığı gibi ayni kanununun 12 inci maddesi sarahatına nazaran da affın inzibatî cezalara tallûk ve tesiri bulunmamasına ve avukatlık kanunu ahkâmına istinat ile inzibatî ceza tayini iktiza edeceğine nazaran yazılı emre dayanan ibbarname muhteviyatı varit olmakla Adapazarı ağır ceza mahkemesinin 4-5-937 tarihli kararının ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesinin son fıkrasına tevfikan bozulmasına ve evrakın mahalline iadesi zimnında Başmüddeiumumilik makamına tevdiine 16 7-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi Esas No: 937-1840 Karar No: 3025 Tebliğname: 2018

---

183. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Suçlunun buğday harmanını yakmak fiilinin muhakemesi sırasında yalan şahadette bulunmasına göre 286 ıncı maddenin ikinci fıkrasına tevfikan ceza tayini yolsuzdur.

Hakka rucuun hükümden sonra olması itibarile 289 uncu maddeye göre tenzilât yapılmaması icabederken hilâfına karar verilmesi kanuna uygun değildir.

Hasanın buğday harmanını yakmaktan suçlu Yusuf ve arkadaşlarının muhakemesinde yalan şehadetten maznun İsmail oğlu Yusufun yapılan duruşması sonunda Türk Ceza kanununun 286 ıncı maddesi mucibince üç ay hapsine ve 289 uncu maddenin son fıkrası mucibince üçte biri indirilerek iki ay onbeş gün hapsine ve cezasının teciline dair Kırşehir ağır ceza

mahkemesinden verilen ve kat'ileşen 2-7-936 tarihli kararın (Yalan şehadet keyfiyeti ceza kanununun 369 uncu maddesine tevfikan üç senenden altı seneye kadar ağır hapis cezasını müstelzim buğday harmanını yakmak fiilinin muhakemesi sırasında işlenmiş olmasına göre 286 ıncı maddenin ikinci fıkrasına tevfikan ceza tayini yolsuz bulunduğu gibi hakka rucu hususu hükümden sonra vuku bulmuş olması hasebile 289 uncu maddeye tevfikan tenzilât yapılmaması icap ederken yazılı olduğu üzere karar verilmesinde isabet bulunmadığından bahsile temyizen bittetkik ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesi mucibince bozulması) Yüksek Adliye vekilliğinin yazılı emrine atfen C. Başmüddeiumumiliğinden ihbar ve dava dosyası Temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine tevdi edilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

Yazılı emre atfen ihbarnamede gösterilen sebepler tamamen varit ve hükmün bozulmasını müstelzim olmakla Kırşehir ağır ceza mahkemesinin 2-7-936 tarihli kararının aleyhe tesir etmemek üzere ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesine tevfikan bozulmasına ve evrakın mahalline iadesi zımnında C. Başmüddeiumumiliğine tevdiine 16-7-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi Esas No: 937/1843. Karar No: 3017. Tebliğname. 2013

---

184. T. TEMYIZ MAHKEMESİ I. C. D.

Suçlu tarafından atılan kurşunlarla iki kişi daha yaralanmış iken içtima hükümleri nazara alınmayarak 79 uncu maddenin tatbikile iktifa olunması yolsuzdur.

İbrahimi kasden öldürmekten ve İbrahime attığı kurşunlarla Lazari ve Halidi yaralamaktan suçlu Yakup oğlu Maksudun ceza kanununun 79.448-

726

56.31.33 üncü maddelerine tevfikan on iki sene altı ay ağır hapse konulmasına ve müebbeden hidematı âmmeden memnuiyetine ve cezası içinde kanunî hacir altında bulundurulmasına dair İstanbul ağır ceza mahkemesinden verilen 2-6-936 tarihli hükmün duruşma suretile temyizen tetkiki suçlu tarafından istida ve yokluk kâğıdı ita edilerek dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkesi birinci ceza dairesine gönderilmekle ceza muhakemeleri usulü kanununun 318 inci maddesi mucibince 937 senesi Temmuzunun 17 inci Cumartesi duruşma günü tayin edilerek mevkuf bulunan suçlu Maksut ile vekiline tebliğat icrası için C. Başmüddeiumumiliğine müzekkere yazılmıştı.

O gün hâkimler heyeti, dairei mahsusada toplandı. C. Başmüddeiumumiliği muavinlerinden Şevki huzuriyle celse açıldı.

Mevkuf bulunan suçlu Maksut ile vekili Nuri duruşma gününden usulen haberdar edildikleri halde vekilin gelmediği ve mazeret de bildirilmediği anlaşılmakla muavin Şevkinin muvafık görülen mütalâsı veçhile duruşmasız temyiz tetkikatı yapılmasına söz birliğile karar verilerek anlatıldıktan ve muavin dışarıya çıktıktan ve bütün dava evrakı okunup iş anlaşıldıkdan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesit edildi:

Suçlu tarafından atılan ayrı kurşunlarla iki kişi daha yaralanmış olduğu halde içtima hükümlerinin tatbik edilmemesi yolsuz ise de aleyhe temyiz edilmediğinden bozmaya sebep sayılmamıştır.

Duruşmada toplanıp karar yerinde izah edilen subut sebeplerine ve bu delillere göre suçun subutu kabul ve vasıf ve mahiyeti tayin ve takdir ve müdafaalar ret olunduğuna binaen itirazlar yerinde olmadığından reddile suçlu Maksut hakkındaki hükmün tebliğnamedeki mütalâa gibi tasdikına ve 6000 kuruş tasdik harcının kendisinden alınmasına 17-7-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi Esas No: 936/4727 Karar No: 3038 Tebliğname: 2279

185. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Suçlunun kaçırdığı kızı ailesi tarafından külfetsizce alınması mümkün olan bir mahalle bırakması keyfiyetinin 432 inci maddenin tatbikını iltizam eylediği düşünülmeden hilâfına karar verilmesi yolsuzdur.

336 Doğumlu Bediayı zorla kaçırmağa tam derecede teşebbüsten suçlu İsmail oğlu Hasan ve Mezburenin kaçırılmasında merkum Hasana muavenet ve müzahereten suçlu eşhastan İbrahim Kâmil oğlu Cihadın bilmuhakeme fiillerinin subütuna ve mezburenin bir gûna tecavüz vuku bulmaksızın iade edilmiş olmasına mebni ceza kanununun 430.62.433.65/3.432.56 ıncı maddelerine tevfikan Hasanın bir sene ve Cihadın beş ay ağır hapislerine ve Hasandan yüz lira tazminat alınarak davacıya verilmesine dair Adapazarı ağır ceza mahkemesinden verilen 21-4-937 tarihli hükmün şahsî hak cihetinden davacı ve kendilerine ait kısmının temyizen tetkiki suçlu Hasan ve Cihat taraflarından isfida kılınmasına ve müdahil ile Hasan para depo ve Cihat yokluk kâğıdı ita etmelerine mebni dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

Kaçırma suçu tamam olmuş iken fiilin tam teşebbüs devresinde telâkkisi yolsuzsa da aleyhe temyiz edilmediğinden bozmaya sebep sayılmamış ve 433 üncü madde yerine 432 gösterilmesi esasa müessir görülmemiş ve mahkemenin takdir hakkına karşı tazminat mikdarına ilişen müdahilin itirazı da yerinde bulunmamış olduğundan reddine ve 500 kuruş ret harcı alınmasına ve depo edilen paranın irat kaydına ve ancak;

1 — Suçlunun kaçırdığı kızı akrabasından Hakkının evine götürmüş iken kabul edilmemesinden dolayı Hakkı ile aralarında geçen münakaşaya iştirak eden Saniyenin teklifi üzerine kasaba içinde alıp ailesi tarafından külfetsizce alınması mümkün olan mezburenin evine Bediayı serbestçe

bırakması keyfiyetinin 432 inci maddedeki şeraite ademi tetabukunun kanunî sebep ve vecihleri izah edilmeksizin bu madde hükmünden suçluların istifadeleri mümkün olamayacağına karar verilmesi yolsuz olduğundan tasdika mütedair tebliğnamenin reddile temyiz etmeyen diğer suçluya da sari olmak üzere hükmün yalnız bu sebepten ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına ve bozma sebebine göre suçlu Hasanın başka sebepten mevkuf ve mahkûm olmadığı takdirde serbest bırakılması için Başmüddeiumumiliğe müzekkere yazılmasına ve evrakın yerine iadesine ve depo edilen paranın sahibine iadesine 17-7-937 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi Esas No: 1937/1505. Karar No: 3033. Tebliğname: 1369

186. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Ayrı ayrı irtikâp edilen paraların azlığı düşünülerek 210 uncu maddenin son fıkrası nazara alınmak lâzım geldiği iddia olunmakta ise de biribirini takiben senelerce devam eden mümasil cürümlerin bir vahdet teşkil eylemesine ve hey'eti umumiyesinden nümayan olan itiyad cürmünün bizatihi tazammun eylediği mahiyete göre son fıkranın tatbik edilmemesi yerinde görülmüştür.

İrtikâp ve rüşvet ef'alinden suçla Ahmet oğlu Dinar kazası eski varidat kâtibi Şehabettinin bilmuhakeme fiillerinin subutuna ve bu suçların ikaı sırasında henuz kat'iyet kesbetmemiş ve bu suçlardan evvel infaz edilmiş rüşvetten ve hilâfı hakikat harcırah almakdan dokuz ay hapis mahkûmiyeti bulunmasına binaen ceza kanununun 210.213.69 uncu maddelerine tevfikan ve neticeten dokuz sene bir ay onbeş gün hapse konulmasına ve dört sene memuriyetten mahrumiyetine dair Isparta ağır ceza mahkemesinden boz-

ma üzerine verilen 18-1-937 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Müddeiumumiliğile suçlu taraflarından istida kılınmasına ve suçlu canîbinden para depo ve duruşma dahi talep edilmesine mebni dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle ceza muhakemeleri usulü kanununun 318 inci maddesi mucibince 937 senesi Temmuzunun 26 ıncı pazartesi duruşma günü tayin edilmiş ve suçlu ile vekilinin duruşma gününden haberdar edilmeleri için C. Başmüddeiumumiliğine müzekkere yazılmıştı.

O gün ceza muhakemeleri usulü kanununun 423 maddesi mucibince mevkuflu ve müstacel işleri görmekle mükellef kılınan hâkimler hey'eti dairei mahsusada toplandı.

C. Başmüddeiumumiliği muavinlerinden Suphi ve dosyada mevcut vekâletnameye müsteniden gelen suçlu vekili Hilmi Kocabay huzurlarile celse açıldı.

Temyiz istidalarının kanunî müddeti içinde verildiği ve kanunda gösterilen şartın yapıldığı ve suçlunun duruşma isteğinin yolunda olduğu anlaşılmakla muavin ve vekilin muvafık görülen talep ve mütalâaları veçhile duruşma suretile temyiz tetkikatı yapılmasına oybirliğile verilen karar anlatıldıktan sonra işin izahına dair olan raportör âza Hamit Yalın imzalı rapor okundu.

Raportör âza Hamit Yalın rapora ilâve edilecek başka bir cihet olmadığını söyledi.

Vekil Hilmi; dosyada mevcut temyiz lâyihası mündericatını tavzihan müdafaatta bulunarak hükmün bozulmasını istedi.

Muavin Suphi; suçlunun müteaddit irtikâp suçlarında her birine aid para mikdarları az olanlar hakkında 210 uncu maddenin son fıkrasının tatbikı icap edip etmeyeceğinin düşünülmemesi yolsuz olduğundan hükmün bozulmasını istedi.

Son sözü sorulan vekil Hilmi müdafaa ve izahından gayri bir diyeceği olmadığını söylemekle duruşmanın bittiği bildirilerek icabı düşünülüp görüşüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

Müdafaa vekili tarafından temyiz duruşması sırasında vazife cihetine ve subuta ve tatbikata matuf olmak üzere dermeyan olunan itirazlar dosya mündericatına ve ceza mikdarına ve bozma üzerine yapılan duruşma neti-

cesine ve hükmün dayandığı mucip sebeplere göre yerinde olmadığı gibi muavinin mütalâasında her hâdisede ayrı ayrı alınan paraların azlığı bakımından 210 uncu madde son fıkrasının tatbik olunmaması sebebine matuf olan mütalâa dahi bir birini velyü takip suretile senelerce devam eden mümasil cürümlerin teşkil eylediği vahdet ve umumiyete ve hey'eti mecmuasından nümayan olan itiyadı cürmînin bizatihi tazammun ve ifade eylediği mahiyete ve 522 inci madde son fıkrasından istinbati olunan kanun maksadına göre yerinde görülmemiş olduğundan reddile kanuna uygun olan suçlu Şahabettin hakkındaki hükmün tastikına ve 3800 kuruş temyiz harcının kendisinden alınmasına ve depo edilen paranın hazinece irat kaydına 26-7-937 tarihinde oybirliğile karar verilerek usulen tefhim edildi.

Temziz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi Esas No: 937-595. Karar No: 3045. Tebliğname: 524

---

187. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Adam öldürmek cezasına zam olunacak hapis cezalarının evvelemirde içtima ettirilerek içtimaen hasıl olan cezanın üçte birinin ağır cezaya zam edilmesi iktiza ederken hapis cezaları mecmuunun üçte birini ağır hapse ilâve etmek suretile ceza tayini yolsuz olduğu gibi 33 üncü maddenin tatbikında 70 inci maddenin gözetilmemesi de kanuna uygun değildir.

Mehmet Aliyi kasden öldürmekten ve Hasanı bıçakla adiyen yaralamaktan suçlu Bayram Ali oğlu Mustafa ve ağır ve haksız tahrik neticesi Ali Kuzu ile Etemi bıçakla adiyen yaralamaktan suçlu Tahir oğlu Hasan ve Sultanı balta ile adiyen yaralamaktan suçlu Bayram Ali oğlu Ali ve Mehmedi dövmekten suçlu Kâmil oğlu Etem ve Mehmedin hanesine zorla toplu olarak girmekten suçlu eşhastan yukarda adları geçen Mustafa ve Bayram Ali oğlu Ali ve Etem ve Kâmil oğlu Ali Kuzunun ceza kanunu-

nun 448.456/1.2.son;457.193/2.70.31.33.69.56.51/son. uncu maddelerine tevfikan bunlardan Mustafanın onbeş sene iki ay onbir gün ağır hapse konulmasına ve müebbeden hidematı âmmeden memnuiyetine ve cezası içinde mahcuriyeti kanuniye halinde bulundurulmasına ve Tahir oğlu Hasanın üç ay 19 gün ve Bayram Ali oğlu Alinin beş ay 12 gün ve Etemin altı ay 15 gün ve Ali Kuzunun altı ay hapse konulmalarına ve Hasandan on lira tazminat alınarak Ali Kuzuya verilmesine dair Eskişehir ağır ceza mahkemesinden verilen 4-5-936 tarihli hükmün duruşma suretile temyizen tetkiki suçlular tarafından istida ve yokluk ilmühaberi ita edilmesine ve hükmün Muatafaya ait kısmı resen de temyize tâbi bulunmasına mebni dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle ceza muhakemeleri usulü kanununun 318 inci maddesi mucibince 937 senesi Ağustosunun ikinci pazazartesi duruşma günü tayin edilmiş ve cezasının nev'i itibarile suçlulardan yalnız Mustafa ile vekilinin duruşma gününden usulen haberdar edilmeleri için C. Başmüdeiumumiliğine müzekkere yazılmıştı.

O gün ceza muhakeleri usulü kanununun 423 üncü maddesi mucibince mevkuflu ve müstacel işleri görmekle mükellef kılınan hâkimler heyeti dairei mahsusada toplandı.

C. Başmüddeiumumiliği muavinlerinden Mürüvvet ve dosyada mevcut vekâletnameye müsteniden gelen suçlu Mustafanın vekili Osman Lütfü huzurlarile celse açıldı.

Temyiz istidalarının müddeti içinde verildiği ve kanunda gösterilen şartların ifa edildiği ve hükmün Mustafaya ait kısmının resen de temyize tâbi olduğu ve merkunun duruşma isteğinin yolunda bulunduğu anlaşılmakla muavin ve vekilin muvafık görülen talep ve mütalâaları veçhile Mustafa hakkında duruşmalı ve cezalarının nevi ve mikdarlarına göre diğer suçlular hakkında duruşmasız temyiz tetkikatı yapılmasına oybirliğile verilen karar tefhim edildikten sonra işin izahına dair olan raportör âza H. Yalın imzalı rapor okundu.

Raportör âza H. Yalın; rapora ilâve edilecek başka cihet olmadığını söyledi.

Vekil Osman Lütfü; dosyada mevcut temyiz lâyihası mündericatını tavzihan müdafaatta bulunarak müvekkili Mustafaya ait hükmün bozulmasını istedi.

732