Adliye Ceridesi

T. C.

Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Yirmi Dokuzuncu Sene

2 inci Sayı

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

A N K A R A
Hapisane Matbaası
1 9 3 8

209

İÇİNDEKILER

No:		Sahife No:
8.	Prof. Sauer'in raporu üzerinde yapılan münakaşalar ve hukuka müteallik İngiliz nazariyeleri . . . . . *T. Mahkemesi İcra ve İflâs dairesi Reisi (Fuad Hulûsi DEMİRELLİ)*	133
9.	Tatbikat sahasında nüfus kanununun 11 inci maddesi Yaş; kayıd ve isim tashihi . . . . . *(Yazan: T. Mahkemesi ikinci hukuk reisi O. H. BERKİ)*	144
10.	Sübjektif hak (Geçen sayının devamı) . . . . . *(Yazan. Dr. Ferid AYİTER)*	153
11.	Neticesi evvleden görülen hata . . . . . *(Yazan: Ali Rifat ALABAY)*	185
12.	Bir kanun hükmünün şümulüne açıkca girmiyen bir fiili, hâkimin muhakeme etmesi ve cezalandırması temenni edilirmi ? . . . . . *(Çeviren: Cevad SERİM C. Baş Müddeiumumi muavini)*	199
13.	Italya'da yeni çocuk mahkemeleri . . . . . *(Çeviren: Nafiz Z. BAŞAK Sulh Hâkimi)*	220
14.	Umumî bir tehlike arzeden cerâimin tenkiline dair beynelmilel mukavele projesi . . . . . *(Çeviren: Hukuk müntesiblerinden Tarik E. YENİSEY)*	227
	Türk Temyiz mahkemesi kararları ceza kısmı	F: 2, 3
	Türk Temyiz mahkemesi kararları Hukuk kısmı . . .	F: 2, 3
	1936 Temyiz kararları fihristi	

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.

No : 8

Prof. Sauer'in raporu üzerine yapılan münakaşalar ve Hukuka müteallik ingiliz nazariyeleri

Yazan :
Temyiz Mahkemesi İcra ve İflâs Dairesi Reis
Fuad Hulûsi DEMİRELLİ

Geçenki makalemde tercümesini verdiğim profesör Wilhelm Sauer'in raporu hakkında aşağıdaki münakaşalar olmuştur:

Poznan Üniversitesi profesörlerinden Peretiatkowicz prof. Sauer'in hukuk ve ahlâk arasındaki mübayenetlere lâyık olan ehemmiyeti vermediğini söyliyerek, hukukun kendisinde de olmak lâzımgelen, olan ve normanın tahakkukunu teşkil eden unsurların tefriki lüzumunu ileriye sürmüştür.

Moskova Üniversitesi profesörlerinden Nikolas Alexiev (Aleksiyef) raportör tarafından muhtelif medeniyet muhitlerinin birbirine ircaı mümkün olmıyan seciyeleri haiz olduğu hakkında ileriye sürülen mütaleayı kabul etmektedir. Şu var ki raportörün bu farkları tesbit ve beyan şekli indidir. Rapörtörün şekilperest (formaliste) olarak tavsif ettiği fransız hukuk ilmi hukukun sosyolojik cephesinde diğerlerinden ziyade israr etmiştir. Halbuki formalist okullar (mezhepler) en büyük nüfuz ve muvaffakıyeti Almanya'da kazanmışlardır. Aleksiyef şahsiyetin bir cemiyet ufulesi (fonction) olduğunu söyliyen raportörün bu mütaleasına muarız olduğunu beyan etmiştir. Bükreş Üniversitesi profesörlerinden Djuvara raportörün üç muhtelif mevzua tekabül eden üç ayrı noktai nazarı lâyikiyle ayırmadığı mütaleasında Peretiatkowicz ile müttefiktir. Çünkü realitenin üç yüzü

vardır. Bunların birincisi olan şe'niyet hükmünü sosyoloji verir. İkincisi olan hukukî kaideyi hukuk ilmi beyan eder. Üçüncü olan kıymet hükmünü ise mevcud hukuku intikad etmek ve değerlendirmek suretiyle ahlâk bildirir.

Belgrad Üniversitesi profesörlerinden Tassitch bahsedilen üç muhtelif noktai nazarın birbirine tâbi olduğunu kabul etmekte ise de üçünü bir noktada birleştirdiğinden dolayı raportörü muahaza eylemektedir. Çünkü bunların birbirine tâbi tutulması lüzumu, başka üçünü bir tek noktada toplamak başkadır.

Madrid Üniversitesi profesörlerinden Recasens Siches latin kavımlarda ahlâkî ideale şevk ve meylin bir seciye olduğunu, halbuki Almanya'da bugün şahsî bir diktatörlük millî camia makamına ikame edilmek suretiyle mutlak bir hâkimiyet mezhebi hüküm sürmekte gibi olduğunu söyleyip şu veçhile söze devam etmiştir: «Raportör nasyonal - sosyalist doktrinin şahsiyeti himaye ettiğini iddia etmektedir. Buna hayret etmemek elimde değildir. Çünkü bu doktrin şahsiyetin mutlak bir inkârını tazammun eder. Hiç bir doktrin bu hususta o kadar ileriye gitmemiştir. Bundan şimdiki telâkkilerle alman idealizmi an'anesi arasında açık bir tezad meydana geliyor. Ben şahsiyet prensibine dönülmesi tarafdarı değilim. Fakat külliyetçilikle bunun arasında bir terkip yapılması arzusundayım. Nasyonal - sosyalist doktrinde böyle bir senteze müsaid hiç bir unsur göremiyorum.

Prof. Sauer bu itirazlara şu yolda cevap vermiştir: «Nasyonal - sosyalist doktrini hakkında bütün Avrupa medeniyetinin lehinde olmak üzere millî kıymetleri muhafaza etmekten ibaret olan esas maksad göz önünde tutularak muhakeme yürütmelidir. Bu an'ane hizmetinde kullanılan bir inkılâbçı doktrindir. Bu doktrine sâlik olanlar hayatçı (vitaliste) dirler. Hayat fikri bir kudret fikrini tazammun eder. Fakat diğer kavım ve medeniyetlerin kendilerine mahsus kıymetleri inkâr etmekten çok uzağız.»

Şimdi profesörün tahlilleri hakkında bizim ne düşünmekte olduğumuzu arzedelim:

Bir kavım teamül ve hasletlerinin kültürle birlikte tehavül. ve inkişaf

gösterdiği şüphesizdir. İçtimaî hukuk fikri hakkındaki konferansımızda hem bir lâboratuvara benzettiğimiz içtimaî kaynaşmanın hem tenevvür nisbetinde yükselen kültürün bu velûdiyetine işaret etmiştik.

Hukuk bir kavmın muayyen zamandaki teamüllerinden ancak Devletce teyide lâyik ve muhtaç gördüklerini hukukî mevzualar şeklinde ilân ve teyide yetişebilmektedir. Hukuk fikri bundan çok ileridedir. Kültürün daima hukuktan yüksek olması bundandır.

Hukuk fikri içtimaî lâboratuvarın ham, mübhem ve şekilsiz maddelerini de kavrar ve bunlara kültürün tenevvür derecesi nisbetinde şekil ve vuzuh verir.

Bir kavım içinde aydın tabaka; halkı aydınlatmak ve kültür seviyesini yükseltmek ödevini terbiye, tedris, neşir vasıtalariyle yerine getirir. Hukuka bu arada hukuk fikri gibi kültürün ve halkın seviyesini yükseltmek yolunda bir rol vermek Almanya'da muvaffakiyet vermiş olan bir fikirdir. Diğer aydınlatma ve yetiştirme vesıtaları arasında hukukî mahiyette nizam ve emirler ve kararnameler yer almaktadır. Bedenî terbiyenin ilk tahsil derecesinde mecburî tutulması, lâik terbiye ve tedrise doğru bir seyir takib olunması v. d. leri Devletin bu yolda attığı önemli adımlardan sayılabilir. Yalnız hukukun fikir ve hukuk fikri bakımından vazifeleri bu sahadan çok daha geniş olanlara temas eder.

İnsan şuurunun kıymeti hakkındaki telâkkilerimizin tabiat ilimlerinde bir delili olmadığı iddiası sathî ve eksik tetkik neticesidir. Şuurun diğer uzvî vasıflara göre ancak bir farktan ibaret olduğu, yüksek bir kıymette görülmesi sırf insanî bir duygu ve telâkkiden ileri geldiği iddia edilmiştir. Fakat bundan evvelki makalemizin başında da söylediğimiz gibi şuurun lâşuura nisbetle üstünlüğü tabiatta ve kâinatta enerjinin âtıl maddeye nisbetle haiz olduğu ezeliyet ve ebediyet ve hiç olmazsa temizlik, tesirlilik ve devamlılık yüksekliğini arzetmektedir. Millî âbideler zamanla yıkılabilir, toprak yani ülke genişler yahut daralır, hattâ Devletler değişir veya zeval bulur, fakat millî fikir ve şuur devam edebilir.

Devam hassası herhalde bir kıymet ifade eder, hattâ kıymetlerin bir ölçüsü olabilir sanırız. Şu varki fikir de her şey gibi tehavül ederek

yaşar. Büyümesi ve yükselmesi bir taraftan hertürlü terbiyevî ve hukukî vasıtalara, diğer taraftan tenevvür seviyesine yükselince en zarurî kayıdlardan başka bir baskı kabul etmiyen bir hürriyet ve istiklâl atmosferine muhtaçdır.

Onun için siyasî bir rejime belki dolayisiyle zarar verir endişesiyle fikri ve fikir mahsullerini ortadan kaldırmak teşebbüsleri hukukî ve siyasî rüşd ve kifayet delili olarak gösterilemez sanırız.

Bu mülâhazamız şüphesiz sayın profesör ve Devlet recülü Recasens Siches'in itirazlarına nisbetle çok daha mutedil, fakat realiteye daha ziyade muntabık yahut yakındır.

Biz Almanya'da yeni meydan alan ideolojide ve yaşıyan hukuk doktrininde çok canlı ve reel hattâ insanî bakımından ideale yaklaşan vasıflar görüyoruz. Yalnız ilimde ve realitede mesnedini bulamadığımız sektar ırk nazariyesini, hattâ yalnız Avrupa medeniyeti bakımından düşünmeyi dar bir görüş saymakta da haklıyız.

Irklar ve kültürler birbirinden alıp vermiştir. Bu eskiden harp ve mühaceret ve az nisbette barışcıl mübadeleler yoliyle vukua gelmişse de bugün sulhun temin edebileceği vasıtalar daha büyük bir nisbette en kuvvetli fikirlerin intişarına ve cihanşümullük kazanmasına müsaiddir.

Millî ve insanî ideolojiler ve bu arada hukuk fikri sulh yollarında birbirlerine rastgelir ve ilmî mahiyette mübarezeler neticesinde kaynaşırlarsa her iki taraf kazanır. Milletler birer realite, Avrupa medeniyeti bir vakıa ise daha şâmil ve yüksek bir kıymeti haiz olan insanlık da bir hayal (chimère) den ibaret sayılamaz.

Halkın haslet ve teammülleri ile hukuk arasında hakem olmağa namzed olan realite ahlâktan ibaret değildir. Serbest ilim ve fikrin ve kültürün ahlâk umdelerine yardımı ezelî ve ebedîdir. Hukukta da, ahlâkta da dinamikliği vücuda getiren şey tenevvürdür. Doğma ile tenevvür arasında daimî bir mübareze vardır ki bunun hayırlı bir mecrada kalmasına yardım etmek her kültür sahibinin hem millî hem insanî bir borcudur. Tenevvür demokratlığı yaymak içindir. Almanya'da ise demokrasinin alenî bir red ve inkârı görülüyor. Bunun yaşıyan hukuk doktriniyle izahı ve haklı gösterilmesi hattâ kültür ileriliğile telifi bizce mümkün değildir.

210

Diğer taraftan milletlerin istiklâli tam ve ciddî ve ancak daha ziyade mükemmelleşmesi arzu edilen milletler arası hukukla kayıdlı olarak herkesçe tanınmalıdır. Woodrow Wilson'un esas fikri red ve cerh edilemiyecek hukukî ve ilmî temellere dayanır. Bu esasın ilmî ve medenî yollarda inkişaf ettirilmesi gerektir. Hukuksuz beşer cemiyeti olamaz.

Bir millet içinde de içtimaî ve medenî hayatın korunması ve inkişaf ettirilmesi yaşıyan hukuk doktrininin rasyonel limitlerle (hudud) çerçevelenmesine bağlı görünür.

Bunun ingiliz hukukunun yeni ilminde ifadesine işaret eden çok güzel bir hülâsasını gene o kongre toplantılarının birinde Oksford (Oxford) Üniversitesi profesörlerinden Arthur Goodhart'ın söylemiş olduğu şu sözlerde bir dereceye kadar bulabiliyoruz:

Profesör Goodhart'ın raporunun tercümesi

Hukuka müteallik İngiliz nazariyeleri

Huzurunuzda kullanabileceğim vaktın sahası hukuka müteallik ingiliz nazariyeleri hakkında tam bir fikir vermeğe teşebbüs etmemi bile imkân haricinde bırakacak kadar kısa ve dardır. Onun için bu nazariyelerden yalnız ikisini nakletmekle iktifa edeceğim. Evvelâ emir ve teklif klâsik nazariyesini, sonra da fikrimce kanuna karşı bugün alınan durumu gösteren yeni nazariyeyi hülâsa edeceğim.

Bu son ve en yeni zamanlara kadar ingiliz hukukçuları arasında en çok münteşir olan nazariye emir ve teklif teorisi (théorie impérative) idi. Malûmdurki bu nazariyeye göre kanun Hükümdarın emrinden ibarettir. Onyedinci asırda Thomas Hobbes bu teoriyi müdafaa ve iltizam etmiştir. Çünkü Hobbes tab'an çekingen (timide) bir adam olup bir ihtilâl ve karışıklık devrinde yaşadığından biricik ümid ve arzusu kuvvetli ve istikrarlı bir hükûmet görmekten iberetti. Şakirdi olan ve Almanyada öğrendiği mübhem tabiî hukuk nazariyelerini sevmiyen John Austin (Jon Ostin) hukuku vakıalara göre târif etmeyi denedi. Onun nazara aldığı vakıalar 1835 İngiltere'sinin vakıalarıydı. Bulduğu tarif esas itibarile doğru ve ingiliz hukukuna uygundu. Esas kaide Parlâmentoda Kra-

lın memlekette son yani en yüksek teşrî mercii olduğu merkezindeydi. Yaptığı tariften yalınız bu kaideyi çıkardı. Fikirlerini kendi kanunî sistemlerinden başka bir sisteme istinad ettirmekten âciz olan âlimler üzerinde Austin'in tesirini ve yaptığı tarifin bunlar arasında makbuliyetini muhafaza edebilmiş olması bugün dahi ingiliz kanununun büyük bir kısmına sadık bir tarif olmasındandır.

Fakat Austin'in târifi üç muhtelif noktadan hücum ve itiraza uğramış ve sakatlanmıştır. İlk hücum Sir Henry Maine'in önderlik ettiği tarihciler tarafından vukua geldi. Bunlar emir ve teklif nazariyesinin ilk hukuka tatbik edilmiyeceğini isbat ettiler. Onsekizinci asırda Brakton Kralın kanundan üstün olmayıp altında ve ona tâbi olduğunu ilân ederken, orta çağda kanuna karşı mevcud olan ve profesör Carleyle (Karleyl) tarafından hayranlık verecek kadar bir belâgetle tasvir edilen durumu ifade etmiş oluyordu. Tarihciler böylece Austin'in târifinin ancak muasır hukuka tatbik edilebileceğini isbat etmekte güçlük çekmediler.

Emir ve teklif şeklindeki târife ikinci hücumu mukayeseli hukuk mütehassısları yapmışlardır. Onlar bu târifin Birleşik Devletler'e tatbik edilmiyeceğini isbat ettiler. Böyle bir Devlette hangi şahıs hükümdar ve kanun vazıı sayılacaktı? Teşkilâtı esasiyeyi kimse emir ve isdar etmemiştir ve ihlâl edilmesi ihtimaline karşı bir müeyyidesi de yoktur. Şu halde Austin'in tarifine göre teşkilâtı esasiye kanun değildir. Böyle bir inkâr ise sağ duyuya aykırı bir şeydir.

Sonra İngiltere dominyonlarının teşkilâtı esasiyelerini ingiliz Parlâmentosu tarafından isdar edilmiş saymakta açık olan vakıa yerine indî bir faraziyeyi ikame etmek demek olurdu.

Üçüncü darbe bu târifin kanuna karşı ingiliz durumuna uymamasından dolayı sosyoloğlar, içtimaiyatcılar tarafından indirilmiştir. Austin kanunun emir ve teklif vasfı üzerine basmıştı. Sosyoloğlar nazarından ise, önemli mesele şu idi: Kırk milyon ingiliz neden altıyüz adamın Parlâmentoda karar altına aldıkları kaidelere itaat etmektedirler? Zannıma göre bugünkü doktrini teşkil eden içtimaiyatcılara göre insanlar kanuna emir ve teklif edildiği için değil, kendilerini onunla bağlı hissettikleri için itaat ederler. Onları kanuna bağlıyan şey şu veya bu

müeyyide olmayıp Devletin kanun olmadan mevcud olamıyacağını ve yaşıyamıyacağını bilmeleridir. Gerçi kanuna karşı gelmesi ihtimali olan kimseler hakkında umumiyetle müeyyideler varsa da bu teyid ve icbar keyfiyeti kanunun esaslı vasfı değildir. Meselâ kanunlar içinde en büyük ehemmiyeti hâiz olan anayasa yani teşkilâtı esasiye hukuku için böyle hiç bir müeyyide derpiş edilemez. Cemiyetin hareket ve muamelelerini tanzim eden düstur ve kaideler ihlâl edilirse, cemiyet zeval bulur. Onun için bir cemiyete mensub olan kimse onun bakasını arzu ettiği nisbette mevcudiyet ve bakası için zarurî olan kaidelere itaat etmelidir. Şu halde Devletin kanunlarını: (ihlâl edilmesi Devletin mevcudiyetini tahribe müeddî olacak olan kaideler) diye tarif edebiliriz. Yüksek teşrî kuvveti tarafından vazedilen her kaide, Hükümdar tarafından empoze edildiği için değil, karşı gelinmesi ve ihlâl edilmesi otoritenin inkârına muadil olan ve Devletin mevcudiyetini nefyeden bir hareket olacağı içindir ki bir Devlet kanunudur.

Hukukun empoze edilmiş bir şey değil de esaslı ve arzu edilen bir şey olarak telâkki edilmesi demek olan bu görüş ingiliz hayatı üzerinde derin bir tesir icra etmiştir. Oxford profesörlerinden Streeter'ın (Personal Ethics 1934 sayfa 20,21) de beyan ettiği gibi: «İngiliz pratiki ile kontinantal pratik arasında gerek terbiye bakımından gerek hukukun mahiyet ve vazifesine müteallik millî fikir bakımından önemli bir fark görüyoruz. Kontinanda hususiyle katolik ve lüteryen an'anelerde ilkel fazilet her zaman itaattan ibaret telâkki edilmiştir. Halbuki İngiltere'de daha ziyade hürriyete refakat eden mesuliyet fikrine itibar olunmuştur.» İngiliz, kanuna muhalefetin mensub olduğu cemiyeti zedeleyeceğini bildiği içindir ki kanunun her ne bahasına olursa olsun tam olarak gözedilmesinde israr gösterir.

Tam elli sene vardır ki Rudolf von Ihering meşhur: (Hukuk için mücadele — Der Kampf ums Recht) kitabında şunları söylemişti: « İnsanın kendi hakkı uğrunda mücadelede bulunması esaslı bir lüzumdur. Çünki herkes kendi hakkını ihmal ederse, kanunun bütün ideal kıymeti ve ruhu kaybolur.» Ihering sözüne şöyle devam etmişti : « Bunun en parlak delilini ingiliz kavmı vermiştir. Servet onun adalet duygusunu körletmemiştir. Basit mülkiyet meselelerinde bile hak ne kadar enerji ile müda-

213

a edilmektedir. İngiliz seyyahlarda bunun nümunesini görüyoruz. Konti-
ında seyahat eden bir İngiliz otelci yahut arabacı tarafından vukua
etirilen hırsızık teşebbüsüne öyle bir şiddetle mukabele gösterir ki bü-
ın İngiltere'nin kanununu müdafaa etmek lâzımgelse ancak bu kadar
imle müdafaa olunur.» Ihering İngilizin kendi hakkını müdafaada gös-
rdiği ihtimam ve kıskançlığı böyle tasvir etmekte haklı idi. Fakat şu-
sı bence muhakkaktır ki İngilizlerin adalet hakkındaki telâkkilerinde
ı çok ehemmiyeti haiz olan unsuru anlatmayı unutmuştur. Bu İngilizin
endi hakkı kadar komşunun hakkına da riayet edilmesini istemek hu-
ısunda gösterdiği taassub ve celâdettir. Meselâ daha geçenlerde Lond-
ı polisinin Iren Savac adında bir kadıncağızı karakola götürüp usule mu-
alif bir şekilde sorguya çekmesi üzerine bütün ingiliz gazeteleri bir hafta
ından bahsile itiraz ve protestolar yağdırmışlar, Parlâmento'da bir is-
zah takriri verilmiş ve hükûmet bir tahkikat (enquête) komisyonu ta-
ine mecbur olmuştur. İngiliz bilir ki bugün komşusunun hakkına te-
avüz edilirse, yarın da kendi hakkı ayaklar altında kalır. İngiliz şuna
anidirki kanunun ihlâli bütün cemiyetin huzurunu ihlâl etmek demek-
r. Bu yeni bir fikir değildir. Çünkü Plutarque'in rivayetine göre Solon
ı faziletli site bir haksızlığın cezalandırılmasının ondan zarar görmemiş
anlar tarafından tıpkı o haksızlığa uğrıyanlar kadar alâkayla takib o-
ınduğu site olduğunu söylermiş.

Hukuku bu suretle anlamamız Milletler Cemiyeti karşısındaki duru-
umuz üzerinde tabiatile bir tesir yapacaktır. Mesele İngilizler için pra-
k meselesi oluyor: «Öyle bir cemiyetin varlığını istiyormıyız?». Eğer
unu istiyorsak bu cemiyet için milletler arası hukuk dediğimiz bir ta-
ım kaideler bulunmak lâzımdır. Bu kaide ve kanunlar ihlâl edilirse ce-
iyetin mevcudiyeti nihayet bulur. Öyleyse yapılacak ilk iş dünya mil-
etlerine böyle bir cemiyetin üyelerine muayyen faydalar temin edeceği
e Devletler hukukuna tâbi olmanın bir vazife olmayıp bir imtiyaz teş-
il ettiği kanaatını vermektir. Sir Frederik Pollock'un iptidaî hukuk
akkında dediği gibi: «Kanuna inkiyad göstermiyen kimse kanunun hi-
ayesini istiyemezdi. Bir kimseyi kanun harici ilân etmek kanunu ted-
icen en yüksek payeye erdirmek için düşünülmüş olan eski bir formül
li». Cihan sulhu ancak milletlerde istihsal edebilecekleri muvakkat fay-

dıların hiç biri devletler hukuku haricinde bırakılmaları yüzünden uğrıyacakları zararı telâfi edemiyeceği kanaatı yerleştiği zaman vücud bulacak, teşkilâtlanmış olacaktır. Kanunla idare edilmek hakkının bir yurddaş için en yüksek bir imtiyaz olduğu yolundaki Roma fikrine dönmek lâzımdır.

Bu rapor etrafındaki münakaşalar ve bir mülâhazamız

Paris Katolik Üniversitesi profesörlerinden rahib La Brière ingiliz düşünüşünün hülâsasını raportörün ağzından işitmekle bahtiyar olduğunu, cemiyete normaların yani hukuka istikrar veren nâzım kaidelerin faydalarını temin edebilmek için âdet ve müesseselere herkes tarafından hürmet ve riayet gösterilmesi lâzımgeleceği fikrini not ettiğini, fakat ingiliz müesseselerinin uysallık vasfını ve hâl ve mevkie göre tatbik edilegeldiğini raportörün de herkesten iyi bildiğini söyleyip Sir Austen Chamberlain'in 10 Eylûl 1925 de Cenevre'de bu tezin tamamen aksini izah ve müdafaa ettiğini hatırlatmış ve kaideleri değiştirmenin yeni doktrine göre hukukun zımnen ve sessizce ihlâl hükmünde tutulup tutulmadığını sormuştur.

Bay Goodhart halin icabına intibak etmek için hukukun değişebileceğini, fakat bir hakkı yan çizmek maksadile böyle bir şey yapmak hukuku ihlâl demek olacağını, kanunun cemiyet zararı için değil, cemiyet nef'ine olarak tadil edilebileceğini, bazı kere cemiyetin kendisinde hakikî bir değişiklik ve sâkin bir inkılâb vukua gelebileceğini, bunu inkâra mecâl olmadığını, ingiliz doktrini cemiyetin kaidelerine cemiyetin hayrı için riayet edilmesi merkezinde olduğunu, idare edilenlerle âmme makamlarının bu hususta ayni prensibe tâbi olduklarını cevaben söylemiş ve demiştir ki bu durum hukuk kaidesini hususiyle teşkilâtı esasiyede olduğu gibi müeyyidenin teşkilâtlandırılamadığı bir çok hallerde müeyyideden müstağni kılar. Meselâ Amerika Birleşik Devletlerinde Cumhur reislerini teşkilâtı esasiyeyi ihlâl etmekten bir müeyyide altında olarak men'eden bir kanun mevcud olmadığı halde onların bu teşkilâta daima

sadakatla riayetkâr kaldıkları müşahede edilmektedir. Şu halde müeyyidesi olmadığı halde mer'î ve müessir bir kanun mevcud olabilir.

Bay Djuvara Papas La Brière'i raporun ihtiva ettiği fikirle Sir Chamberlain'in 1925 tarihli nutku arasında bir mukayese yürütmek hususunda haklı görmektedir. Bu mesele bundan önceki kongre içtimaında da bahis konusu olmuştur. İngiliz hukuku emsale istinad ederse de emsal demek tam bir değişmezlik demek değildir. Her mahkeme hükmünü verirken mukaddemdeki hadiselerle olan benzerlik ve ayrılık unsurlarını görmek için yeni hâdiseyi iyice tahlil eder. Eğer ayrılık mahsus derecede ise yeni bir emsal tesis olunur. İşte ingiliz hukuku bu suretledir ki prensiplerine sadık kalarak tehavül gösterir. Common Law (Kamın Lo) sisteminde fikir ve nazariye tavsit edilmeksizin müşahhas bir hadiseden diğer müşahhas bir hadiseye geçilir. Bu doğrudan doğruya bir müracaat ve istinadtır.

Heidelberg Üniversitesi profesörlerinden Radbruch raporu selâmladığını söyliyerek sözüne şu suretle devam etmiştir.: «Bu nazariye ingiliz hukuk telâkkisine Austen'in teorisinden daha muntabıktır. Austen'in nazariyesi alman formalist okuluna hususile Binding ve Laband'ın formüle ettikleri nazariyeye daha yakındır. Formalist mektebe göre hukuk kanundan ibarettir, kanun da bir emir diyerek hülâsa olunur. Hukukî kaideye muhalefetin manası emre itaatsızlıktır. İngiliz hukuk an'anesine göre ise, her hukuk kaidesinin temeli cemiyetin ve ferdin hukukî vicdanındadır. Hukukî realite (Rechtesgefühl) dediğimiz hukuk duygusu ve hakkaniyetle şuurlu, teemüllü itaatın sentezi, terkibî suretinde vücud bulmuştur. Yüksek makamdan gelen emir karşısındaki korkuya istinad eden karanlık zabıtacı Devlet (État policier) nazariyesine karşı (Rechtsstaat) dediğimiz hukuk Devleti nazariyesi mevki almıştır. Bu aydın teoriye göre emir dahi akla müstenid bir nevi kıymet hükmüdür. Hukukî fiil kıymetler ihtiva eden bir hareket tarzıdır. İki telâkki iki zıd kutbu temsil eder. Zabitacı devlet hukuku inkâra varır. Her hukukcu raportörün pek açık olarak izah ettiği Anglo - Sakson görüşünü kabul etmelidir.

Tercümemizi sayın profesör Radbruch'un bu güzel sözlerile bitirmek

bizim için büyük bir zevk ve bahtiyarlıktır. Almanya'da Laband'lar da yaşamıştır. Fakat Radbruch'ların da eksik olmadığı anlaşılıyor.

Bize gelince biz Amerika Birleşik Devletleri Cumhurreisi Bay Roosevelt'in iyi görüşüne uyanlardanız. Demokrasinin âtisinden ümid kesmek tenevvürün hiç bir zaman halk tabakalarına nüfuz edemiyeceğini iddia etmekle müsavidir. Halbuki her yerde münevverlerin arttığı ve hukuka riayetin gittikce içtimaî bir vücup olarak idrâk edilmekte olduğu görülmektedir. Fikrin hamlesi de kayıdları parçalamak kudretine zaten malik bulunuyor. Bir çok yerde görülen ağır baskı teşebbüsleri tabiî olmıyan bir buhran devresinden korunmak iztırariyle meydana gelmiştir. Bunların da kriz devreleri gibi geçici zaruretlerden ibaret kalmasını temenni edelim.

No: 9

Tatbikat sahasında Nüfus kanununun 11 inci maddesi

Yaş, kayıd ve isim tashihi

Yazan :
Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Reisi
O. H. BERKİ

Ünvandan da anlaşılacağı üzere bu yazıda yaş, kayıd ve ismin hukukî mahiyet ve hükümlerinden ve âmme hukuku noktasından mevzu kuyud ve merasimden bahsetmiyeceğim. Yalınız 11 inci maddenin ihtiva ettiği hükümleri ve tatbikatın nasıl cereyan ettiğini arzedeceğim. Yaş kayıd ve isim tashihleri davaları ne şekilde ve kimler tarafından ikame olunur, muhakemede kimlerin vücud ve huzuru lâzımdır, bu davalar ne gibi delillerle kabili isbattır, davanın istimaının şartları nedir, bu davalar ve verilecek hükümlere kimlerin müdahaleye ve itiraza hakları vardır? İşte bunları izah ve Temyiz mahkemesinin ictihatlarını kayd ve bu meyanda isim tebdiline de temas edeceğim.

Ehliyet ve mükellefiyet gibi hususî ve umumî bir çok haklarla alâkadar olan bu yaş, kayıd ve isim tashihi mes'eleleri ehemmiyet atfetmeğe değer mesaildendir.

Bu maddeye tevfikan ikame olunan davaların ekserisi yaş tashihine mütealiktir. Kayıd ve isim tashihi nisbeten azdır.

1935 senesine mahsus istatistik cetvellerine nazaran 935 senesi zarfında mahkemelere gelen yaş tashihi davaları 34000 ve kayıd tashihi 3800, isim tashihi 1600 küsürdür. 34 bin kuruş gibi büyük bir yekûne baliğ olan yaş tashihi davalarının yüzde 60-70 şini evlenmek emelile vukubulan müracaatlar ve davacıların ekseriyetini kızlar teşkil eder. Bunlar arasında

doğru olanları yok değildir. Açıkca söylemek lâzımgelirse çoğu hilâfı hakikattır.

Şimdi işaret ettiğim vechile bazı kızlarımız bilhassa köylerde 15-16 yaşlarında evlenmeğe teşebbüs etmekte ve yaşlarını tashihe muvaffak olamıyanlardan bazıları haricî akidlerle birleşmektedirler. Maddî manevî bunun ne derecelerde mahzurlu olduğunu tâdad ve beyana lüzum görmem.

Nufus kayidlarını teşviş ve mahkeme ve kanun hükümlerinin ciddiyetini ihlâl eden bu hâdiseler üzerinde tevakkuf edilmek ve mes'eleyi esasından islâh edebilmek için tescil işlerini daha salim usullere raptetmek ve muhtelif kanunlarda yaşa aid kayıdların ihtiyaca tetabuk edıp etmediğini tetkik eylemek lâzımdır.

Esas itibarile yaş, kayıd, isim tashihi hakkında gerek ferdlere ve gerek devairi müteallekasına dava ve taleb hakkı tanımak zaruridir. Çünki bu günkü usule göre herhangi maksadla nüfus sicillerine doğum tarihleri büyük ve küçük yazdırılmak mümkün olduğu gibi kayıd ve isimlerde de sehiv ve yanlışlık vukuu mümkündür.

Her noktai nazardan bu yanlışlıkların tashihi icab eder. Hattâ bence kendi kusur ve ihmallerinden tevellüd etmiş olsa dahi bir çok munasebetleri alâkadar eden bu mes'elelerde müruru zaman gibi tahdidat vaz'ı dahi doğru değildir. Elbette 25 yaşında olan bir şahsın kayden 15 yaşında ve adı Hakkı olan ve daima bu adla yad olunan bir şahsın nüfusta Hami olarak kalması tecviz edilemez.

Kanun mevzua mütaallik hükümleri bir maddede münekkah ve ilmî bir surette tanzim etmiştir. Bir def'a bu davalarda zahiri halin iddiayı tekzib etmemesi şarttir. Zahiri hal iddiayı tekzib ederse delillerin tetkikina bile girişilmeksizin dava reddolunacaktır. Şahsen 20 yaşında görülen biri 15 yaşında olduğunu iddia ederse şüphesiz bu iddia şayanı istima olamaz. [1]

Zahirî halin iddiayı tekzib etmesi müşahede ve tecrübelerden mütahassil meleke ile takdir olunur.

Meselâ: Şahsen 18 - 20 yaşında görülen biri 13 yaşında olduğunu iddia ederse bunun doğru olmadığına hükmederiz. Ancak bir iki hattâ büyük

[1] Yaş tashihi davalarında zahiri halin iddiayı tekzib etmemesi meşrut ve zahiri halin takdiri hâkime mevdudur, Bu gibi davalarda şahit istimaına mahal yoktur. 9/11/937 (T.K.)

yaşlarda dört beş yaşın tayini mümkün olmıyacağından böyle takdire müsaid olmıyan yaşlarda takdirata girişilerek davanın reddi doğru olmaz. [1]

Temyize gelen ilâmlarda bazen çok yanlış takdirlere tesadüf edilmektedir.

Ezcümle 336 doğumile mukayyed olan biri doğum tarihi 335 olduğunu iddia ediyor. Mahkeme zahirî hal kaydı müeyyid ve iddiayı mükezzip diye reddediyorki böyle bir takdirde hiç isabet yoktur. Aşağıda izah edileceği üzere daha fazla tecrübeleri olan tabiplerin takdirleri dahi bu kadar bir farkta tahmin ve takrip derecesini geçemez.

Bazı kerre davayı diğer bir vak'a tekzib eder. Meselâ 332 tarihinde 331 doğumlu olarak tescil edilen bir kimse 335 doğumluyum derse bu iddia kayid hadisesile mükezzeptır. Çünki doğmadan evvel bir şahsın tescili aklen müsteb'adtır. Eğer kayid tarihinde bir yanlışlık varsa bu cihet iddia ve isbat edilmek icab eder. [2]

Bugibi haller de bazan şöyle iddia olunmaktadır. Müddei 332 tarihinde 331 olarak yapılan kayıd ölen kardeşime aittir. Ölüm vakıası haber verilmiyerek 335 de doğduğum halde bana bu ölen kardeşimin ismi verilmiş ve kaydı da bana izafe olunmuştur diye tashih talebinde bulunur. Filhakika nadiren böyle yapıldığı vardır. Bu takdirde idareten ölenin kaydına ölüm işareti verilmek ve müddei de mektumlar hakkındaki usule tevfikan tesçil edilmek iktiza eder. Fakat şüphe ederse Nufus daireleri bu muameleleri yapmaz. İşte o zaman kabul edilemiyen kaydın kime ait olduğunun bilmuhakeme halli lüzumu hasıl olur. Muhakeme neticesinde iddianın doğruluğu tahakkuk ederse ölüye aid olan kayde ölüm işareti konulmasına ve davacının mektumdan tesciline karar verilir. İddia sabit olmazsa dava reddolunur.

Bazı davalarda Nufus sicilinde davacıların ana ve babalarının iddia ettikleri doğum tarihinden evvel vefat ettikleri veya sonra evlendikleri gö-

---

[1] Zahiri halle bir iki yaş farkın kat'i surette tayini mümkün olmadığına göre ikame edilecek delillerin istimaı lâzımdır. (9 / 3 / 935 T.K) 30 yaşından sonra üç dört yaşın zahiri halle takdiri mümkün olmadığı halde medarı hüküm olacak mahiyette olmıyan rapora müsteniden karar verilmesi muhalifi kanunudur. T.K.

[2] Bir şahsın doğmadan evvel nufusa kaydolunması müsteb'ad ve bu suretle muahhar tarihle yaş tashihi davası kaydi resmî ile mükezzeptir. (21 / 5 / 935 T.K.)

229

rülmekte ve nüfus memurları bu kayıdlara istinad ederek davanın reddini istemektedirler.

Bugibi hallerde hükümde istical edılmeyıp davacıdan keyfiyet istizah ve ledelhace muhakeme icra olunarak tebeyyün edecek hale göre karar verilmeleridir. Çünkü herhangi bir maksadla mezkûr tarihler mukaddem muahher gösterilmiş olabilir. [1]

Bir dava zahiri hal ile mükezzeb olması sebebile reddedilince zahiri halin iddiayı ne suretle tekzib ettiği hüküm fıkrasında gösterilmelidir. Bu suretledirki mafevk mahkemede tetkikat kesbi suhulet eder ve takdirin yerinde olup olmadığı daha iyi anlaşılır.

Hususî daire bu cihetin izah olunmamış olmasını nakız sebebi ittihaz ediyordu. Lâkin Hukuk hey'eti umumiyesi bunu takdire müdahale addetmektedir.

Tesadüf ettiğim vakıalardan hâsıl ettiğim kanaate nazaran bunun izahı çok faideli olur.

Madde birinci fıkrasında bu dadavalar kimler tarafından ikame ve kimlerin müvacehe ve huzurile rü'yet olunacağını ve ikinci fıkrada şahıslar tarafından ikame olunacak davaların müruru zamanını ve müteakip fıkralarda sübut delillerini ve davaya müdahale ve verilecek hükme itiraz hakları olanları tasrih ve bu madde mucibince rü'yet olunacak deaviden harc alınmıyacağını ilâve etmiştir.

İmdi yaş, kayıd, isim tashihleri davaları isim, yaş, kayıd sahipleri tarafından ikame olunacktır.

Ahvali şahsiye noktasından alâkadar olmıyanların diğer bir şahsa aid yaş, kayıd ve isim tashihini istemeğe hakları yoktur. Meslâ maznun mutazarrırın veya mutezarrır maznunun yaşının tashihini dava edemiyeceği gibi karı kocasının ve koca karısının yaşının tashihini istiyemezler. [2]

Şu kadarki bu mes'eler bir cürm, askerlik, mükellefiyet ve saire gibi

---

[1] Mücerred ana babanın evlenme tarihlerinin sicilde muahher görünmesi mukaddem tarihle doğum iddiasının istimaına mani teşkil etmez (11 Haziran 933 T. K.)

[2] Maznun; aleyhindeki ceza davasından dolayı mağdurenin yaşının tashihini dava edemez. (10.9.637 T. K.)

amme haklarile alâkadar olunca devairi müteallekası tarafından gösterilecek lüzum üzerine Müddeiumumiler tarafından dava olunur. Ezcümle Askerlik şubeleri [1] ve Sorğu hâkimleri büyük veya küçük gördükleri şahısların yaşlarının ve Nüfus daireleri yanlış olan sicil muhteviyatının tashihine lüzum gösterebilirler ve Müddeiumumiye bir müzekkere ile bu lüzumu bildirirler. Müddeiumumiler de bir derkenarla bu müzekkereleri mahkemeye tevdi ederler.

Bu davalar Asliye mahkemelerinde rüy'et olunur. [2] Ve adi usulü muhakeme tatbik olunur. Muhakemede şahsî hakka tealluku itibarile yaş, kayıd, isim sahibi ve nüfus kayıdlarine tealluku hasebile Nüfus memuru ve âmme hukukunu alâkadar etmesi cihetile Müddeiumumiler bulunur.

Bazen evlenme tarihi gibi bir kayıd birden ziyade şahıslara aid olur. Bu halde mezkûr kayıd yalınız karı veya kocadan birinin müracaat ve huzurile tashih edilemez. Muhakemede hem karı hem kocanın bulunması şarttır. [3]

Bir şahıs nüfus cüzdanında yazılması cab eden kayıdlarin sahibi addolunur ve yanlışlık vukuunda bunların tashihini taleb edebilir. Binaenaleyh bir kimse soyadı, baba ve anasının isimleri, doğum mahalli, memleketi, din ve milliyeti gibi isim ve kayıdlarin tashihini davaya salâhiyettardır. [4]

Yalınız Kanunun 12 inci maddesi mucibince san'at, sıfat, mezhep ve eşkâl gibi kabili tegayür olan kayıdlar mahal ve devairi muteallakasından getirilecek ilmuhaber üzerine nufüs dairelerince tashih olunur.

---

[1] Askerlik çağına girdikten sonra yaşlarını değiştirenlerin yaşlarında yapılan değişikliğin askerliklerine tesiri olmadığını ve yaş ne gibi delillerle isbat edilebileceğini ve muayenelerde yaş tashihine kimler taraflarından lüzum gösterileceğini bildiren Askerlik mükellefiyeti kanununun 81 inci maddesine bakınız.

[2] Yaş, kayıd ve isim davaları herhangi bir nüfus memuru müvacehesinde rüy'et olunabilir. Binaenaleyh bu davalarda salâhiyet mevzuubahs olamaz.

[2] 3006 numaralı kauunla muaddel Geza usulü muhakemeleri kanununun 255 inci maddesine nazaran Ceza mahkemelerinde son tahkikat esnasında suçtan zarar görenlerle maznunların yaşlarında Ceza hükümleri bakımından lüzum görülecek tashihlerin nüfus kanunundaki usule göre icrası Ceza mahkemelerine aidtır. Bu tashih yalınız Ceza hükümleri bakımından olduğundan diğer hukukî mes'elelerde muteber olmamak ve nüfus siciline geçirilmemek lâzımgelir.

[3] Evlenme kaydının tashihine müteallik davalarda koca ve karının her ikisinin de huzuru lâzımdır. Yalınız koca veya karının huzurile rü'yet edilemez. (T. K. 16. 11 . 937)

[4] Davacı kaydına teallûku itibarile babasının isminin tashihini istiyebilir. T. K.

222

Şuna dikkat edilmelidirki isim veya kayıd tashihi gibi görünen bâzı hususlar binnetice nesep ve male tealluk eder. Bu davalar Nüfus kanununun 11 inci maddesine değil ahkâmı umumiyeye tevfikan rü'yet ve halledilir.

Meselâ bir kimse anası Fatma olduğu halde övey anası Ayşe'den doğmuş gösterilmiş olunduğunu veya babası yahut kardaşı .... tarihinde öldüğu halde yanlış olarak .... tarihinde ölmüş diye tescil edildiğini iddia etse vehlei ulâda isim ve kayıd tashihi gibi görünen bu iddialardan birincisi nesebe ve diğeri netayici hukukiyesi itibarile irs ve male tealluk edeceğinden bu hususiaki davalar alâkadar hasım aleyhine ikame olunur. Yalınız nüfus memuru huzurile bakılmaz.

Buraya kadar arzettiğim mes'eleler yaş, kayıd ve isim tashihine mütedairdir.

İsim tebdiline gelince malûm olduğu üzere isim tashihi başka isim tebdili başkadır. Tashih vakıa muhalif olarak yazılan isim yerine asıl ismine ve tebdil asıl ismin yerine diğer bir ismin ikamesi demektir. 11 inci madde tebdilden bahsetmez. Bu mes'ele Medenî kanuna aittir. Bu kanunun 26 ıncı maddesinde.

Muhik sebeplere binaen bir kimse isminin değiştirilmesini istiyebilir. İsmin değişmesi nüfus sicilline kayıd ve ilâm olunur.

Şahsın ismi değişmekle ahvali değişmez.

Bir ismin değişmesinden mutazarrır olan kimse ittila gününden itibaren bir sene içinde tebdil kararına itiraz edilebilir denmiştir.

İsim müsemmayi diğerlerinden temyize medar olduğundan kabili tebdil olmamak lâzımgelirse de kanun muhik sebeblere binaen ismin tebdiline cevaz vermektedır. Bu maddeye istinaden aile isimleri değiştirilebileceği gibi şahsın isimi de değiştirilebilir. [1]

Filhakika bir ism iltibasa mahal verebilir veya bir şahıs haricen asıl ismile yadedilmeyıp başka bir isimle anılır. Meselâ bir muessede bulunan iki zatın ismi ayni oulur ve bu sebeble muamele ve münasebetlerinde iltibas ve karışıklıklar husule gelir yahut asıl ismi Abdülkadir olan biri ha-

[1] Soy adı kanunu madde 10 : Bu kanunun tayin ettigi müddet geçtikten sonra soy adlraını değiştirmek isteyenler K. M. nin bu baptaki hükümlerine tabi olur.

MİLLİ KÜTÜPHANE ANKARA

riçte Kadir diye yadolunur ve muamelelerde bu isimle cereyan ederse bu takdirde tebdil bir ihtiyactır.

Bir ismin tebdiline nerede karar verilir? Bizde bunun için muayyen bir makam yoktur. Lâkin nüfus kayıtlarine tealluku itibarile kıyasen mahkemelerce karar verilmek ve bu talepler Müddeiumumî huzurile Nüfus memurları muvacehesinde tetkik edilmek icabeder. Nitekim tatbikatta da muamele bu şekilde cereyan etmekte ve müsbet ve menfî sadır olan kararlar kabili temyiz addedilmektedir.

Kanun bu davaların kimler tarafından ikame edileceğini ve muhakemede kimlerin bulunacağını beyan ettikten sonra dava ikamesi için bir müddet tayin ediyor ve diyorki: Kendi sin ve kayıd ve ismini tashih ettirmek istiyen şahsın bu bapdaki iddiası hüviyet cüzdanının itası tarihinden altı ay mururuna kadar mesmu olup andan sonra mesmu olmaz. Hüviyet cüzdanının ası esasında kayıdlarine nazaran on sekiz yaşına dahil olmamış bulunanların hakkı itirazı dahi on sekiz yaşına duhullerinden altı ay mururuna kadar devam eder.

Yukarıda bu davalarda müddet tayininin doğru olup olmadığını arzettim. Maahaza bu hüküm tahriri umumî üzerine icra kılınan tesciller hakkındadır. Yani mürurü müddete esas olan cüzdanlar böyle bir tahrir üzerine verilen cüzdanlardır. Yoksa doğum veya mektumeden yapılan tescillerde müddet yoktur. Hattâ ziyaa uğrıyan kayıdlarin yeniden tesisi maksadile yapılan tahrirlerde tebdilen veya tecdiden verilen cüzdanlar mürurü müddete esas olamaz. İşte 341 ve emsali tahrirler bu kabildendir.

Nitekim 1331 tarihli bir tezkere ile bu cüzdanlar umumî tahrir üzerine verilen cüzdanlar olduğu tamim olunmuştu.

Kanun mukaddem hadiselerde tatbik edilemiyeceğinden 320 tahririnde efrad yedine verilen nüfus tezkerelerinin itası tarihinden sonra ne kadar müddet geçmiş olursa olsun dava ikamesine mani teşkil etmez. Yeni bir tahrir üzerine cüzdan verilip muayyen müddet geçinceye kadar ikame olunacak davalar istima olunur.

Zikri geçen hükümlerin tatbikında müşkilât yoktur. Asıl müşkilât hakikatlara isabet edebilmekte ve delillerin takdirindedir.

Nüfus kanunu delilleri şöyle tesbit etmektedir. Tashihi sin ve kayıd ve

isim davaları ikame olunacak şahitlerin badettahlif şahadetleri veya ibraz olunacak kuyud ve vesaik münderecatı ile isbat olunabilir.

Şahadet ve şeraiti malûmdur. Yalınız burada ahkâmı umumiyeden fazla olarak şahitler tahlif olunduktan sonra istima olunacaktır. Şahadetten evvel tahlif maksadı temin hususunda daha faydali ve müessirdir. Çünki yeminden sonra daima edayi şehadette itina ve şehadetten sonra tahlif halinde şüpheli bir şey söylenmiş olsa bile tashihinden ihtiraz olunur. Maahaza şahadetten sonra tahlif nakız sebebî addedilmektedir.

Bu davalar şahadetten başka atik bir nüfus veya doğum evi kayıdları ve aşı veya doğum şehadetnameleri gibi vesaikle de isbat olunabilir. Kanun ikrardan bahsetmemiştir. Çünki hukuku âmme ile alâdadar olan bu mes'elelerde yalınız ikrar medarı hüküm olamaz.

Fakat her hadisede şahit, kayıd ve vesika gibi delil iraesi mümkün olmaz.

Farzedelimki 30 yaşlarında görünen bir şahıs kayden on yaşındadır, ya kendisi veya devairi müteallekası tarafından gösterilen lüzum üzerine Müddeiumumi tashih talebediyor. Lâkin şahadet, kayıd ve vesika gibi delil yok. Bu halde ne yapılacaktır? Bu gibi hallerde bir çok şahsa veya bir tabibe bu adamın yaşı takdir ettirilmek hatıra gelir. Ancak bu kadar mühim bir işi rasgele bir veya bir kaç zate takdir ettirerek bunların ifadei mücerredeleri üzerine hüküm vermek doğru bir iş olmaz. Çünkü böyle bir tahmin zan bile husule getirmez. Gerçi bir kayıdın doğru olmadığı zahiri halden anlaşılabilir. Fakat asıl mes'ele hakiki yaşın ne olduğunu tayindedir. Görünüşle yaş tayini ise çok güçtür.

Tabibe tayin ve takdir ettirmek kalıyor. Filhakika tababet yaşla ve yaş tayini ile iştiğal etmez. Ancak tababetin bu hususta az ve çok tecrübeleri de yok değildir. Binaenaleyh karaini saire ile teeyyüd edince tabiplerin esbabı mucibeye müstenid raporlarını kabul ve bunlarla hüküm zaruridir. Şahadet kayıd ve vesika olmaması sebebile otuz kırk yaşında görünen bir suçluyu kayden on yaşındadır diye bırakıvermek elbette doğru olmaz.

Kıymetli ve ilmî mütaleaları ile adliyemize meşkûr hizmetler ifa etmekte olan adlî tıp işleri muhterem hey'eti dahi başka karain ve delâil ile teeyyüd etmedikçe hekimlerin takdir raporlarile hüküm olunamıyacağı mütaleasındandır.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

Kabili inkâr değildirki takdir raporları ile hükümde bazen isabetsizlik olabilir. Ne çareki hakikatı bulmak için elimizde başka vasıta yoktur.

Şunu da ilave edeyimki hukuku âmme namına açılan davalarda tabiplerin raporları kabul edilince şahsî davalarda da kabul edilmelidir. Şahıslar içinde bazı kerre başka delil tedariki kabil olmaz.

Hülâsa gerek Müddeiumumiler gerek ferdler taraflarından ikame olunan davalarda kanunun sarahatı mucibince evvel emirde şahadet, kayıd ve vesika taharrî olunmalı, bulunmadığı ve icab ettiği surette karain ve delâili saireye müracaat olunmalıdır.

Maddenin dördüncü fıkrasında tashihi sin ve kayıd ve isim davalarının hini rü'yetinde kendini mutazarrır addedenlerin şahsı salis sıfatile duhulü caiz olduğu gibi bu bapta sadır olacak ilâmlar aleyhine gerek eşhas tarafından ve gerek devairi müteallekasının müracaatı üzerine Müddeiumumiler canibinden itirazülgayr davası dahi ikame olunabilir denmektedir.

Kanunn tarihi neşrinden mer'î Usulü muhakematı hukukiye kanununda müdahale ve itirazülgayr hakkında hükümler mevcud idi. Hususî kanun ehemmiyetine binaen bu hakları burada da tasrihe lüzum görmüştür.

Yaş, kayıd ve isim tashihi hakkında verilecek hüküm üçüncü bir şahsın hukukuna müessir olabilir.

Meselâ nüfus kütüğünde 18 yaşında olan bir kadınla birrıza münasebette bulunan şahıs bu kızın, 14 yaşında olduğuna dair açtığı davaya müdahale edebileceği gibi tashih hükmüne de itiraz etmeğe hakkı vardır.

Keza bir şahsın yaşının tashihine dair sadır olan hüküm aleyhine devairi müteallekasının göstereceği lüzum üzerine Müddeiumumi itirazülgayr de bulunabilir

Kayıd ve isim davalarında da böyledir. Yani hukukuna dokunan kimselerin müdahale ve itirazülgayr hakları vardır.

Fakat bence itirazülgayr müsbet hükümlere yani tashih hükümlerine karşı olur. Mahkeme davayı reddetmiş ise itirazülgayr davasına mahal yokdur. Müstakillen dava salâhiyeti olanlar müstakil dava ikame ederler.

Davası reddedilen şahsın tekrar dava ikamesine hakkı yoksa da şahsî davanın reddedilmesi hukuku âmme namına dava ikamesine manî değildir.

226

Hususî haklara aid tetkikler:

Sübjektif hak [56]

1

Hususî haklar ilminde umumiyetle kabul edilen sübjektif hak nazariyesi

Geçen nüshada çıkan makalenin devamı

Yazan: *Dr. Ferid AYİTER*

I- Pandekt ilminde düşünceli ifadelerile temeyyüzetmiş şahsiyetlerden Kierulff, hukuku, « Devlet ve ferd iradesinin taayyün etmiş vahdeti » olarak tarif ve « umumun iradesile müeyyedelenen, temin edilen » bu iradeyi, « süjet'nin iradesi » ni, «muayyen tezahüratda bulunmak, muayyen fiili yapmak hususunda Devlet tarafından teminatlı bir imkânı haiz olan irade »

---

[56] Adliye Ceridesi, yirmi dokuzuncu sene, sayı 1, sahife 33 de çıkan yazının bazı yerlerinde görülen tabı hataları aşağıda düzeltilmiş ve ayni zamanda bazı tashihler yapılmışdır:

Sahife 35 satır 3 şöyle olacaktır: " 3. Objektif, sübjektif hak ve hukukî münasebetler.„

„ 36 haşiye 4 ün nihayeti sehven 38 inci sahife altına gelmiştir. Bu haşiyeye şu cümle ilâve edilecektir: Tercümeleri: " Asrın en mühim hukukî eseri„. " Dünyanın şimdiye kadar gördüğü en mükemmel kanun„, "Bir teşrif eser hiç bir vakit böyle birinci sınıf bir dimag kuvvetile techiz edilmemiştir.„

„ 38 satır 11 nihayetinde haşiye işareti zaittir.

„ 38 „ 19 şöyle olacaktır: " İkinci fasıl. Mamelik.„

„ 38 „ 20 „ „ " İkinci kitap' - Şahıslar.„

diye tavsif etmişdi [57]. Hukukî nizamın bir yandan «cevaz ve müsaade» (Dürfen) verdiğini ve bir yandan da bu cevaza tevafuk eden iradeyi «himaye» etdiğini, bir esas olarak, kabul eden bu telâkki, hem bu görüş tarzı ve hem de hukuk mefhumunda ikilik iddiası, yani «tecavüze uğramamış vaziyetde» hukuk ile tecavüze uğramak halinde «meydana çıkan» asıl hukuk diye bir tefrik yapması ile, bugün hususî haklar ilminde umumiyetle tervic edilen hukuk nazariyesine tamamile uygun gelmektedir.

Yine ayni tarihlerde sübjektif hak için şöyle tarifler yapıldığını görüyoruz: «İradenin bir objet (mevzu, şey) üzerinde olan iktidarı» [58], «bir şahsın umumî irade haline getirilen iradesi» [59], «hukukî nizamın, muay-

---

Sahife	42	satır	2	" edilmekle „ kelimesi " edilmemekle „ olacaktır.
„	42	„	8	nihayeti şöyle olacaktır: "olmasına rağmen, esas„.
„	42	„	25	de "veriyor„ dan sonra nokta yoktur.
„	42	„	26	da " ve müteakib)„ dan sonra virgül yerine "ve„ olacaktır.
„	44	„	26	da "ahlâkın, serbest„ yerine "ahlâkın serbest„ olacaktır.
„	45	„	11	de başlayan ve satır 12 de biten cümle şöyle olacaktır: "Bilûmum hak, her insanın kendisinde bulunan ahlâkî hüriyet için mevcuttur.„
„	45	„	13	de "mefhumun„ yerine "mefhumu„ olacaktır.
„	45	„	14	de "mefhumu„ yerine "mefhumun„ olacaktır.
„	45	„	23	de "karşı yine„ yerine "karşı Savigny yine „ olacaktır.
„	47	„	1	in nihayetinde ve satır 2 nin başında "vasıtalarile„ yerine "vasıflarile„ olacaktır.
„	47	„	11	nihayetine haşiye numarası "26)„ konulmalıdır.
„	48	„	22	başında "Şahsından„ yerine "Şahsımdan„ olacaktır.
„	51	„	3	de "1850 sonlarına doğru„ yerine "1850-1860 yılları arasında„ olacaktır.
„	51	„	21	de "takib ederek„ yerine "takib edersek„ olacaktır.
„	51	haşiye	49	da "Lüders, İrade„ yerine "Lüders, İdare„ olacaktır.
„	52	satır	14	de " haiz olduğunu „ yerine "haiz olduğu„ olacaktır.
„	52	„	15	de "Savigny, bunu„ yerine "Savigny'nin bunu„ olacaktır.
„	52	„	16	da "temine yaradığını, sübjektif hakkı„ yerine "temine yaradığını kayd ve sübjektif hakkı„ olacaktır.

[57] Müşterek medenî hukukun nazariyesi (Theorie des gemeinen Zivilrechts), cild 1, 1839, sahife 154.

[58] Arndts (Ihering, Roma hukukunun ruhu, cild IV, sahife 330, haşiye 438 e bak).

[59] Sintenis (Ihering, ayni eser).

228

yen bir hâdisede, bütün diğer iradelere karşı ileri sürülmesine cevaz verdiği her hangi bir iradenin mazruf ve muhtevası» [60].

Alman Medenî Kanunu için yazılan ilmî eserlerde müelliflerin büyük bir ekseriyetle kabul ettikleri sübjektif hak nazariyesi, ondokuzuncu asrın ilk nısfında bu veçhile tebarüz ettirilen ve klasik ifadesini Savigny'nin mesaisinde bulmuş olan, bu i r a d e t e l â k k i s i n e racî olmaktadır.

II - İrade nazariyesinin en kuvvetli ve tanınmış müdafii Windscheid'dır.

Windscheid sübjektif hak mefhumunu iki kategoriye ayırıyor: Biri, irade sahibinin fiil ve hareketlerine mümanaat etmek isteyen başka kimselerin muayyen hattı hareket ihtiyar etmelerini icap ettiren iktidardır. Bu iktidar irade sahibini, hukukî düsturu muayyen bir hale getirmeğe mezun kılmaktadır. Objektif hukuk bu suretle sübjektif hakka inkılâb eder. İrade sahibi, hukukî nizamı kuvveden fiile çıkarmak iktidarını haizdir. İkinci kategori ise, hak sahibinin, yukarıda gösterilen hakları doğuran, değiştiren ve izale eden iktidarıdır.

Windscheid, bu iki manada olmak üzere, sübjektif hakka bir i r a d e k u v v e t i (Willensmacht) vayahud i r a d e i k t i d a r ı , h ü k ü m r a n l ı ğ ı (Willensherrschaft) diye tarif ediyor [61].

Bu nazariyeye karşı bilhassa Ihering tarafından kuvvetli itirazlar yapılmışdır. Ihering, aşağıda görüleceği veçhile, irade yerine menfaatın konulması lâzım geldiğini ileri sürmüşdür.

Windsecheid hukukun cevherini, menfaatin himayesi için hukukî nizam tarafından konulan düsturlarda aramak lâzım geldiğini ve bir kimseye verilen hukuk ile, o kimsenin menfaatlerini himaye etmek, hukukî nizamın temin eylemek istediği gaye olduğunu söylüyor. Bu sebeple, Windscheid'a göre, hukukun tarifinde gayenin değil, bahşedilen hukukda esası teşkil eden cevherin ifade edilmesi lâzım gelmektedir.

Windscheid'ın sübjektif hakka verdiği iki manadan birincisine şu itirazda bulunulmuşdur: İrade hukukun asıl cevherini teşkil etmez. Zira bu

[60] Windscheid, Pandekt ders kitabı (Lehrbuch der Pandekten), 7 inci tabı, cilt 1, § 37 ve müteakib.

[61] Ayni eser, sahife 87 ve müteakib.

irade, hak sahibinin hakikî iradesinden ayrı ve onsuz mevcuddur. Bir çok kimseler, istemeğe kadir olmadıkları halde, hak sahibi olurlar ve bilmeyerek haklara sahib olmak mümkündür. Bu sebeple sübjektif hakkın bir irade kuvveti olarak tavsifi doğru olamaz. Windscheid, bu itiraza cevap olarak, hakka sahib olmakda aranılacak asıl unsurun iradeden ibaret olmadığını ve daha ziyade bu iradenin mazrufu ve muhtevası, aranılan unsuru teşkil etdiğini beyan etmişdir. Bu suretle, birinci manada sübjektif hakkın cevheri olan irade, hak sahibinin değil, muayyen bir hukukî nizamın iradesi oluyor. Bu netice ile, Windscheid tenakuza düşmüşdür. Zira sübjektif hakların cevherini teşkil eden iradenin, bazı hallerde, hak sahibinin iradesi olmayıb, kanun vazıinin iradesi olmasına mukabil, diğer hallerde bunun başka türlü olması nasıl kabildir? Neticede sübjektif hak, objektif hakkın bir in'ikâsından ibaret kalmiyor mu? Halbuki Windscheid'ın noktai nazarına göre sübjektif hakkın cevheri olan iradenin, hukukî nizamın iradesinden ayrı olması lâzım geliyor. Mesele nihayetine kadar düşünülürse şu neticeye varılır: Hukukî nizamın iradesinin mazruf ve muhtevası, irade sahibi ferdin iradesile vücud bulmakdatır. Şu halde sübjektif hakkın cevherini, irade sahibinin iradesinin mazruf ve muhtevası teşkil etmek icap eder. Bu da ikinci bir tenakuzdur. Nitekim bu mütalea, sonradan, Kelsen tarafından Windscheid'ın nazariyesine karşı yürütülen itirazların esasını teşkil etmekdetir.

Windscheid, ikinci manada sübjektif hakkın bir irade iktidarı, hükümranlığı olduğunu, bunun esasını hak sahibinin iradesi teşkil ettiğini ve bu hakkın mevzuu, birinci manada sübjektif hakkı doğurmak, değiştirmek ve nihayetlendirmek olduğunu söyliyor. Fakat buna karşı da, böyle sübjektif hak mevcud olmadığı ve mevcud olduğu takdirde birinci manada sübjektif hakların verdiği salâhiyetlerden ibaret kalacağı itirazı yapılmıştır [62].

III. Ihering, « Roma hukukunun ruhu » adlı eserinde [63] « Hukuk mefhumu » nu, « substantiel » ve « formel » olmak üzere iki cebheden tetkik ediyor ve evvelâ, hukuk cevheri bakımından, « Hukuk ne dir? » sualini vaz eyliyor. Hukukun, cebir ve kuvvet unsurlarına göre, yapılan tarifleri,

[62] Bütün bu kritikler için Windscheid — Kipp, ayni eser, 9 uncu tabı, cild 1, §§ 37 — 136 a, da tafsilât verilmiştir. Bundan başka Kelsen, Devlet nazariyesinin esas problemleri (Hauptprobleme der Staatslehere), 1911, sahife 585 ve müteakib, sahife 593.

[63] Cild IV, 6 ıncı ve 7 inci tabı, 1924, sahife 327 ve müteakib.

meselenin sırf dışını tasvir ve tesbitle iktifa ediyor. Hukukun mahiyetini göstermek için, Hegel'e ittiba'le, kullanılan « umumî irade » mefhumu ise, objektif manada hukukun en kısa bir ifadesidir. Zira hukukun gayesi, tatbik edilmekdir. Bunun için kuvvet şartdır. Bukuvvetin hamili de iradedir. Hukuk düşüncesi, irade ile asıl hukuk mertebesine çıkarılır ve düsturlar vücud bulur. Bu görüş, hukukun dogmatik bir suretde ifadesi, yani hukukun positivite ve realitesini anlatmak için, maksada kâfidir. Fakat burada iradenin muhtevası yoktur. Bunun için bir prensip lâzımdır. İrade, bizzat kendi prensipi haline çıkarılamaz. Zira kayıd ve şartdan âzâda va gayesiz bir irade, fiziologik bakımdan, bir tabiat kuvvetinden, ve ahlâkî bakımdan, sırf keyfî hareketden başka bir şey olamaz. İradeyi yüksek bir ahlâkî mertebeye çıkarmak için, onu ahlâkî gayelere hâdim kılmak icab eder. Sübjektif manada hukuku izah ve ifade etmek için irade mefhumunun kullanılmasını Ihering, burada takib ettiği maksada uygun görmektedir. Ferdî irade, umumî iradenin tahdid ettiği nisbetde, isteye bilir. Bu kayidle sübjektif hakkın umumî iradeye atfedilmesini, Ihering doğru buluyor. Bu çerçeve dahilinde olmak üzere ferdî iradeye kuvvet inzimam eder ve objektif hukuk, sübjektif hakka tahavvül eyler. Ferdî irade, bu hududu aşınca, acze mahkûmdur. Bu manada hukuk, ferdin şahsında taayyün etmiş ve hayat bulmuş umumî iradenin bir parçesi olarak tavsif edilebilir. Fakat objektif hukukun cevheri nasıl umumî iradeye irca ediliyorsa, sübjektif hakkın cevherini de sübjektif iradede aramak, hem nakıs ve hem yanlış olur. Burada yanlışlık, sübjektif hak mefhumunu irade mefhumuna hasretmektedir. Gaye, bu telâkkiye göre, yalnız irade olacağından, hukuk, irade cevherinin mahdud bir parçesi olarak tarif edilmek lâzım gelecektir. Bu suretle hukukun muhtevası, irade cevheri olmuş oluyor. Halbuki hususî haklar, iradenin sırf boy göstermesi maksadile vücud bulmuş olmadığından ve keyif için hakların kullanılmasına cevaz verilmediğinden, irade ile hukuk arasında bulunan münasebet, hakikatda, büsbütün başkadır. Bunu Ihering, kısaca, şöyle ifade ediyor: Hukuk irade için değil, irade hukuk dolayısile mevcuddur. Ihering, maksadını anlatmak için, misal olarak, iradeyi bir geminin dümencisine benzetiyor. Nasıl dümenci, keyfine tâbi olmayarak, gemiyi bir limana irişdirmek vazifesile mükellef ise, hak sahibi de iradesini, kanunun müstesna olarak vaz ettiği tahdidat bulunmadıkca, kendi menfaat ve temayülüne göre kul-

lanmakta serbestdir. Hususî hakların verdiği istiklâl (autonomie), bu manaya gelir. İradenin hakikî saltanatı, şahsiyetin yaratıcı kabiliyetinin inkişaf sahası, ancak kayıtsız, dileksiz, başı boş bir irade serbestîsinin bittiği yerde başlar. Hukuk, iradenin maddesini (matière, Stoff) değil, vücudu şartlarını temin eder.

İrade nazariyesinin doğru olup olmadığının müsbet hukukta belli olacağını Ihering söylüyor. Eğer sübjektif manada hukukun gayesi, irade kuvvetinden ibaretse, iradesi olmayan kimselerin hukuktan mahrum olmaları lâzım gelir. Bu takdirde hukukî ehliyet ve irade ehliyeti, birleşmiş olur. Fakat dünyada mevcud hukuklar arasında çocuklara ve mecnunlara hak tanımayanı yoktur. Hukukların bu suretle müstakbel irade kabiliyetini, irade nüvesini, himaye ettiği tarzında yapılan tevil, bir şey ifade etmez. Böyle bir iddia « fiktion » dan ibarettir. Hem de muayyen bir iktisaba kâfi gelmez. Olsa olsa positif mevzuatın, müsbet hükümlerin, iradesiz kimselere de haklar tanıdığı, iddia edilebilir. Bu da hukuk ile «hukukî irade » yi bir tutmakdan ileri gelir. Bu netice, irade nazariyesinin nasıl yanlış bir yola sürüklendiğini gösterir. Çocuklar ve irade ehliyeti olmayan diğer kimseler, ilerde tahaddüs edecek vaziyetlerden ziyade, şimdi mevcud olanlar için, ve bir de her şahsın «mütalebe» yi (Anspruch) haiz bulunması tanınmış olduğundan, hak sahibidirler. Ihering, daha evvel Leibniz tarafından da işaret edilmiş olduğunu kayd ettikden sonra, her türlü sübjektif hakkın ilk gayelerinden biri, insanın hayvanî tabiatında bulunan ihtiyacın, hukukî şekilde temin edilmiş, giderilmesi olduğunu ve bu hususda insanın iradesi ne kadar inkişaf etmişse, Devletin o nisbette nigehban olması lâzım geldiğini beyan eyliyor. Bu sebeple Ihering, i r a d e den ziyade, i n t i f a a ehemmiyet veriyor, ve intifa ile iktifa edenin iradesini istimale başkası da tavassut edebileceğinden, bu suretle hukukun gayesi elde edilmiş olduğunu ve intifa edenin hak sahibi, hak süjet'si, sıfatını iktisab eylediğini söylüyor. Hukuk tarafından himaye görmek, bu intifaın tevcihini temin etmekten başka bir şeye matuf değildir. Bu sebeple bir akidde âkidlerden birisinin iradesi tahdid edilmek, diğer âkid için bir güna faide husule getirmezse, bu gibi akidlerin hukukî kiymeti olamaz. Hukuk menfaatlere, ihtiyaclara, hayatta görülen münasebetlerin gayelerine yaramak için mevcuddur. İradeye hudud ve hedefini tayin eden, bu gayedir. Hukukun cevherini

232

irade değil, m e n f a a t teşkil eder. Ihering, bunu menfî bir ifade ile, tesbit ediyor: İrade, hakların gayesi ve onları tahrik edici kuvvet değildir; irade ve kuvvet mefhumları, hakların amelî bir surette anlaşılmasına miftah olacak mahiyet arz etmez [64].

Hukukun «substantiel» cebhesini, cevherini, amelî gayesinde, yani hukuk ile temin edilen menfaat, faide ve kazancda, «formel» cebhesini de, bu gayenin istihsaline yarayan himayede, yani davada aramak lâzım geleceğini Ihering tasrih ediyor. Hukuk mefhumu, intifaın hukuken teminine dayanmaktadır «H a k l a r h u k u k a n h i m a y e e d i l e n m e n f a a t l a r d ı r» [65].

Windsched'ın hukuku «irade iktidarı» olarak tarif etmesine mukabil, intifaın hukukan himayesine istinad eden Ihering'in bu tarifi, bir çok kritiklere maruz kalmışdır. Ihering bu kritiklerden birine şu cevabı veriyor:

«Bu tarifin, hukuk mefhumunu yine hukukla tarif ve izah ettiği (çünki h u k u k a n himaye edilen diyoruz) itirazı dermeyan edilmiştir. Fakat burada H u k u k tabirinin sübjektif manada ve h u k u k a n tabirinin objektif manada kullanıldığına dikkat edilmemiştir. «Hukukan» yerine «Devletce», «kanunen» tabirlerini de seçe bilirdim. Bu itiraz, onu yapanlara rücu ediyor. Tarifim «materiel» sebeplerle eksikler arz edebilir, fakat «formel» noksanlardan arîdir» [66].

Ihering sübjektif hakkı, hukukî mevzuattan doğan «inikâslar»dan (Reflexe) tefrik ediyor. Devletin, kendi menfaatlerini korumak için ısdar etdigi kanunların ferde menfaat temin etmesi, sübjektif hakla karışdırılmamalıdır. Ferdî hakka halel gelmemesi, bir kıstasdır. Hukuk, menfaatin bizatihî kendisini himaye etmesidir. Ihering hak sahibini, hak süjet'lerini, hakikî şahıslarla bir tutduğundan, hükmî şahısların hak süjet'si olmadığını beyan eyliyor.

Biz burada Ihering'in nazariyesine karşı yapılan kritiklerin bir kaçını, tarihî olmaktan ziyade sistematik ehemmiyetleri dolayısile, zikrederek bugün hususî haklar ilminde umumiyetle kabul edilmiş olan sübjektif hak nazariyesinin esaslarını ve bunun sistematik tesirini tesbit edeceğiz.

[64] Ayni eser, sahife 338.

[65] Ayni eser, sahife 339, 351.

[66] Ayni eser, sahife 351, haşiye 462,

Bu kritikler şöyle hulâsa edilebilir: İhering'in tarifi, hukukun gayesile muhtevasını karıştırıyor. Bundan başka bu tarif çok dardır. Zira muayyen bir hususî menfaat olmadığı halde hakkın istimaline ekseriyetle müsaade edilir. Sübjektif hak olmaksızın himaye edilen menfaatlar da bulunduğundan, zikredilen tarif pek geniştir. Hukukun yalnız iktdar bahşetmek için mevcud olmayıp, beşerî menfaatlerin veya hayat nimetlerinin himayesini istihdaf etmesi hasebile, Ihering'in fikirlerinin kıymeti tasdik edilmektedir. Bu sebeple irade ve menfaat nazariyelerinin telifine gidilmiştir.

Dernburg hukuku, «hayat nimetlerine iştirâk, hayat nimetlerine sahib olmak» suretinde tavsif ediyor. Bu tarifte de hukukî muhtevadan ziyade hukukî menfaata ehemmiyet verildiği ve, ne suretle hayat nimetlerine sahib olunduğu sualile, yine iktidar mefhumuna rücu edildiği itirazı yapılmışdır [67].

A. Merkel hukuku, «muayyen menfaatlere objektif hukuk ile verilen kuvvet» diye tarif ediyor [68]. Bekker'in tarifi şu suretledir: «Bir irade kuvveti tesis eden menfaatler himayesi» [69]. Regelsberger hukuku, «tanınmış bir menfaatin temin ve tatmini için olan kuvvet» diye tarif ediyor [70].

IV- Ihering'in nazariyesinin maruz kaldığı kuvvetli kritiklerden biri Georg Jellinek tarafından yapılmışdır. Bu hususda Jellinek'in nazariyesini aşağıda kısaca tahlil ediyoruz.

Jellinek hukukî münasebetin, hukukî nizam tarafından tanzim edilmiş hayat münasebeti olduğu ve sübjektif hakkın bundan çıkdığı esasını kabul ediyor [71]. Jellinek irade nazariyesini ele alarak gaye mefhumuna varıyor. Zira «yalnız istemek için istenmez, daima bir şey istenir.» Ferdin bu «bir şey» le olan münasebeti, her türlü hak tesis eden hukuk kaidelerinin muhtevasıdır. Menfaat nazariyesi, hukukta iradeyi tecrid etmekte çok ileri gitdiğinden, Jellinek irade ve menfaat nazariyelerini telif ediyor. Hukukun

---

[67] Enneccerus—Nipperdey, Medenî hukukun ders kitabı (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts), cild 1, Medhal ve umumî kısım, 13 üncü tabı, 1931, sahife 198, haşiye 2,

[68] Encyklopaedie, § § 153 ve 159.

69] Bugünkü pandekt hukukunun sistemi, 1886—1889, § 18.

[70] Pandekten, cild 1, 1893, § 14.

[71] Sübjektif âmme haklarının sistemi (System der subjektifen öffetlichen Rechte), ilk tabı 1892 de intişar etmişdir, sahife 41 ve müteakib (Binder, Dava ve hak, 1927, sahife 352 ve müteakib),

234

himaye ettiği nimet veya menfaat, ancak beşerî iradeye matuf olmakla, «hukukî» olur. Haricî âlemin bir objet'si veyahut insanla insan arasındaki bir irtibat ve münasebet (Relation), iradenin ancak muhtemel olan bir muhtevası sıfatile, beşerî nimetler veya menfaatler âleminin mütemmim cüzülerinden birini vücuda getirir. «Bu sebeple hukukî nizam, nimet veya menfaati himaye etmek için, birinci derecede, beşerin irade kuvvetini tanımak ve himaye etmek mecburiyetindedir. Şu halde irade kuvveti hukuk sahasında yalnız kendisi için olmayıp, gerek ferdin ve gerek hukukî nizamın hedefleri bakımından da nazarı itibara alınır. Jellinek, bundan dolayı, sübjektif hukuku, «beşerin bir nimet veya menfaata matuf ve hukukî nizam tarafından tanınmış ve himaye edilmiş olan irade iktidarı» diye tarif etmektedir. Demek Jellinek de, Ihering gibi, sübjektif hakkın «formel» ve «materiel» unsurlarını ayırıyor. Hukukî nizam ile beşerî irade arasında olan münasebeti, Jellinek şu suretle tahlil ediyor. Hukukî nizamın düsturları, beşerî iradenin «muayyen bir hattı hareketi ihtiyar etmesini emrediyor, tabiatın verdiği hürriyeti tahdid eyliyor, veya tanıyor, yahut tabiî olarak mevcud bulunmayan bir şeyi, tabiî ef'al ve harekât ehliyetine inzimam ettiriyor. Emretmek, men eylemek, müsaade vermek, bahşeylemek, cevaz vermemek, geri almak hukukî nizamın ferd ile olan münasebetlerinin şekilleridir. Burada Jellinek, nazariyesi için esas teşkil eden iki hukukî düstur kategorisini tesbit ediyor. Başka ferdlerin sahalarına müdahaleye kabiliyeti olan irade tezahürlerine verilen müsaadeden, bu kabiliyeti haiz olmayan ve bu sebeple hukuku alâkalandırmayan» fiilleri hariç tutmak suretile, hukukî c e v a z (Dürfen) kategorisini, ve "ferdin" ef'al ve harekâtı ehliyetine, bu ehliyetin haddi zâtında mevcud olmayan bir şeyi, yani bazı ef'alin hukukî nizamce «hakka muvafık olarak tanınması ve binaenaleyh Devlet tarafından himaye edilmesi» istenilmesini bahşeden hukuk kaidelerinden de, hukukî i m k â n (Können) kategorisini çıkarıyor. Bu iki kategoriden imkân, cevazsız olabilirse de, cevaz, imkânsız olamaz. Her iki kategori arasında olan fark, menfî vaziyette daha iyi anlaşılıyor: Cevaz verilmeyen bir şeyi yapmak, kanunî neticeler doğurur. İmkân verilmeyen bir şeyi yapmak halinde ise, böyle bir fiil, «hukukî manada, yok demektir.»

Jellinek bu iki kategori marifetile hususî hakları ve âmme haklarını yekdiğerinden tefrik ediyor. Her hususî hukuk bir şahısla diğer bir şahıs arasındaki münasebete bağlı olduğundan, burada «imkân», daima bir ce-

vaza müsteniden, sakin ve hazır duran bir hâdisede fiiliyata geçer. Bu sebeple hususî sübjektif haklarda, imkân ve cevaz daima birleşiktir. Zira hususî haklar, tanınmak ve himaye edilmek için, âmme hukukuna müstenid bir mütalebeye daima bağlı bulunurlar. Bu individuel hakların haricinde, Devlete karşı yalnız bir imkândan ibaret olmak üzere, Jellinek, meselâ intihab hakkı gibi, bir takım vaziyetler tesbit ediyor ve bunlara «âmme sübjektif hakları» namını veriyor. Bu haklar, başka bir şahısla hukukî münasebetler doğurmaz ve münhasıran, şahsî bazı menfaatler bakımından, hukukî düsturları harekete getirmek ehliyetinden ibaret kalır. Bu hakların mahiyeti, hukukî nizam tarafından bahşedilmek suretile, tabiî hüriyeti genişletmektir. Sübjektif âmme hakları, «müsaade veren hukuk kaideleri»ne değil, münhasıran «iktidar bahşeyliyen hukuk kaideleri» ne dayanır. Hususî va âmme sübjektif hakları arasında görülen bir fark, formeldir. Bir de materiel fark vardır. Her ferdî menfaat, umumun menfaati bakımından lüzumlu görüldüğü nisbette, hukukan tanılır. Ferdî menfaat ile umumun menfaati arasındaki münasebet pek muhtelif tarzlardadır. Ferdî menfaatin tekaddüm ettiği haller, h u s u s î h a k l a r ı teşkil eder. Daha ziyade umumun menfaati bakımından tanılan ferdî menfaatler ise,bunlar âmme hukukunun muhtevasıdır. Tercihan umumun menfaati için ferdlere menfaat tanınması, ferdlerin individüalitelerinden dolayı olmayıp, cemiyetin bir uzvu bulunmalarından ileri gelmektedir. Şu halde sübjektif âmme hukuku, materiel cihetten, ferdlerin Devlet içinde haiz oldukları uzuv sıfatları dolayısile onlara verilmiş demektir. Bu itibarla, zikredilen haklar, daima bir hukukî imkândan ibaret kalır.

Jellinek'in bu nazariyesi, sistematik bir alâka ile vücuda getirilmiş olduğundan, ilk bakışda cazib görünürse de, pek çok kritik edilmiştir. Hukukî mevzuatın emir, men', müsaade eden, bahşeyliyen gibi sınıflara tefrik edilmesi, sübjektif hakların, maddî bir cisim haline getirilerek, illiyet rabıtasile objektif haklara tabi tutulması ve bütün bu mefhum binasının sırf «nazarî» ve apriorik bir alâka ile kurulması, Jellinek nazariyesinin en zaif noktalarını teşkil eder. Halbuki objektif hukukla sübjektif haklar arasında görülen münasebet, ancak logik mahiyettedir. Sonra, positif ve empirik hukuk mefhumları, yalnız empirik mevaddan çıkarılmak ve binaenaleyh apriorik, metajüridik bir mefhum olmayan sübjektif hak, kanunî mevzuata göre tesbit edilmek lâzımdır [72].

[72] Binder, Dava ve hukuk, sahife 362 ve müteakibe bak.

Bugün hususî haklar ilminde umumiyetle kabul edilmiş olan sübjektif hak nazariyesinin, irade ve menfaat nazariyeleri mezc edilerek meydana gelmesinde, Jellinek'in sübjektif âmme hakları nazariyesinin mühim bir hissesi vardır.

V- «Hususî hakların merkezî mefhumu ve ayni zamanda hukukî hayatın tenevvünden çıkarılmış son bir «abstraktion» olarak sübjektif hakkı tavsif etmekle, von Tuhr bu mefhumun yeni hususî haklar ilminde haiz olduğu ehemmiyeti kâfî derecede tebarüz ettirmişdir [73].

Sübjektik haf probleminin pandekt ilminde amelî bir ehemmiyeti olmakdan ziyate, filozofik alâka uyandırmş bulunduğunu kaydettikden sonra, Alman Medenî Kanunu ile vaziyetin değişmiş olduğunu, von Tuhr beyan ediyor. Zira Alman Medenî Kanununun § 823 ünün birinci fıkrasına göre bazı hukukî nimetlerin (Güter), ihmal dolayısile haleldar olmasına karşı, hukukan siyanet edilmesi, bu nimetlerin sübjektif haklardan sayılıp sayılmamasına bağlı bulunmaktadır.

« Hukuk » kelimesinin günlük hayatta sağlam olarak tahdid edilmiş bir manası yokdur; umumî manada kullanıldığı vakit, hukuka taallûk eden her şeyi ifade eder; A ya müsaade edilen veya men olunmayan bir şeyin A tarafından yapılmasına, dilce tezade düşmek itirazına uğramaksızın, A nın hakkı denilebilir; veyahud, B ye bir şey men'edilmiş olduğu ve A nın bu memnuiyette bir menfaati bulunduğu halde de böyledir. Kanunun vazında da «Hukuk » kelimesi, daima teknik bir terim olarak kullanılmamaktadır. Fakat hukuk ilminde, hukuk mefhumunu, bayağı dilde kullanıldığından daha dar bir manada almak ve hukukî nizamdan ferd lehine çıkarılabilecek herbir hukukî faideye, hak namını vermemek hususunda, ötedenberi, bir temayül vardır. Alman Medenî Kanununa temel teşkil eden telâkkiler de buna uygundur, » [74].

Bugünkü manada sübjektif hakların, bir hukukî nizamın vücuduna bağlı olduğunu, sübjektif hakları tanımayan bir hukukî nizamın bizim için tasavvur edilemeyeceğini, hukukî düşüncenin başlangıcında hukukî nizam ve sübjektif hak mefhumlarının keskin bir surette yekdiğerinden tefrik edilme-

[73] Alman Medenî Hukukunun Umumî Kısmı, cild 1, sahife 53.

[74] Ayni eser, sahife 53 ve müteakib.

237

diğini « hukuk » kelimesinin her iki mefhum için de kullanıldığını ve iki manaya geldiğini kaydetdikten sonra von Tuhr, «sübjektif haklarla diğer faideli hukukî durumlar arasında bir sınır bulmak için », doğru bir metodla, « hayat hâdiselerine tatbiklerinde sübjektif hakları doğuran, hukuk kaidelerinden başlamak münasip» olacağını söylüyor [75].

İnsanların cemiyet halinde yaşamalarını tanzim hususunda hukukî nizamın tutduğu yolu, von Tuhr ikiye ayırıyor.

« 1. Bir çok hükümler ferde, iradesinin mer'î olacağı bir iktidar ve hükümranlık sahası ayırmak suretile, insanların bir arada yaşamalarını tanzim ediyor. Bu tarz, bugünki ökonomik nizam ve intizamın kuvvetli sosyal hatları yanında esası teşkil eden individüalist düşüncelere tevafuk eylemektedir. Devletin alâka ve menfaati, bu sahada ferdî iradenin ferde yarayan veyahud hiç olmazsa ferd tarafından kendisi için vaz edilmiş olan gayelerin istihsalinde, mümanaat görmeden faaliyette bulunmasında nibarettir. Bu sebeple hukukî nizam bu hükümranlık sahasında değişikliklerin kaideten yalnız süjet'nin iradesile (hukukî muamele ile) husule gelmesine çalışmaktadır. Yalnız istisnaî olarak üçünü şahısların kendi isteklerile müdahalelerine müsaade verilmiştir. İstenmeyen müdahalelere karşı, prensip itibarile, hukukî siyanet bahşedilir. Fakat bu da, hukukuna halel gelen süjet tarafından taleb edilmekle verilir. Ferdin menfaatleri, bu suretle kendi iradesine bağlı olarak, nerede himaye edilirse, ferdin bir « hakkı » mevcuddur.» [76]

« 2. Diğer hükümler, bir takım mükellefiyetler tahmil eder. Bu hükümlere riayet edilmesine umumî menfaatin alâkası olduğundan, Devlet organları bu hususta nezaret ve icbar eder. Böyle bir hüküm, umumî bir menfaate hâdim olduktan başka, ekseriya ferdin menfaatine de yarar. Fakat mükellef olana bir cebir yapmak veya onu mükellefiyetten kurtarmak hususunda ferdim bir gûna iktidarı yoktur. Bu gibi hukuk kaidelerinden ferd için hiç bir sübjektif hak çıkmaz. Yalnız Devletin, kendi emirlerine itaat edilmesini istemek hakkı, meydana gelir.» [77] Böyle bir hukuk kaidesile bir ferdin menfaatlarının himaye görmesine von Tuhr, Ihering'le beraber, o hukuk kaidesinin «reflexe» tesiri namını veriyor [78].

---

[75] Ayni eser, sahife 54 ve haşiye 2.

[76] Ayni eser, sahife 54 ve mütakib.

[77] Ayni eser, sahife 55.

[78] Ayni eser, sahife 55, haşiye 7.

238

Bu taksimin yapılmasında görülen teknik lüzumu, von Tuhr, şu suretle izah ediyor: Alman Medenî Kanununda § 823 ün ikinci fıkrasında zikredilen menfaatlere halel geldiği takdirde ancak bir zarar ve ziyan hakkı dermeyan etmek kabildir. Halbuki bu menfaatler, meselâ mülkiyet hakkının her hangi bir müdahaleye karşı himaye edilmesi gibi, doğrudan doğruya korunmamaktadır.

von Tuhr, «irade» ve «menfaat» nazariyeleri hakkında şu mütalâayı yürütüyor:

«Sübjektif hakkın «irade iktidarı» suretinde telâkki edilmesi, pandekt hukukunda umumiyetle kabul edilmişti. Bugün de müelliflerin ekseriyeti, bu telâkkiye tarafdardır. Bu telâkkiye karşı, eğer süjet'nin idaresi esas teşkil ediyorsa, çocuklar ve akıl hastalığına tutulanların hukuku olmaması icab eder, zira bunların hukukan bir kıymet ifade eden iradeleri yoktur, itirazı dermeyan edilmektedir. Fakat bu delil, irade iktidarını kabul hususunda ittifak eden fikirlerin, bu tabir ile, neyi kasdettiklerini yanlış anlıyor.» Burada mevzuubahs olan irade, faâl ve aktüel mahiyette olmakdan ziyade, «potentiel», yani sırasında kullanılmak üzere mevcud ve mahfuz bir iradeyi ifade etmektedir. «Bu manada alınınca, irade iktidarı, irade-den mahrum kimselerde de vardır. Ancak böyle hallerde irade iktidarı Süjet tarafından kullanılmaz. Çocuklarda olduğu gibi, ya geçici vaziyetler, yahut da akıl hastalığına tutulanlarda olduğu gibi, geçici olarak tahmin edilen haller burada mevzuubasdır. Bu kimselerin, irade ehliyetini iktisab etdikten sonra (veyahut varislerinin), iradelerini kullanabilmeleri için, onlara aid hukukî nimetler himaye edilir. Fakat burada, sübjektif haklar mevcut olduğundan ve Devlete taallûk eden düsturların yalnız «reflexe» tesirleri ortada bulunmadığından, zikredilen himaye, doğrudan doğruya, Devlet organlarının müzaharetile, tatbik edilmez, hukukun mahiyetini teşkil eden irade kuvveti, buna ehil başka bir şahıs, bir vekil tarafından, iradeye ehil olmıyan süjet namına, kullanılır.» Ihering'in zan etdiği gibi, hukuk irade iktidarına istinad etdirilmekle, mümessil istimal ettiği hakkın süjet'si olmaz. «Zira onun iradesi, temsil edilen kimsenin hizmetinde bulunuyor, bu kimsenin eksik olan, veyahut tam tekemmül etmemiş bulunan iradesinin yerine geçiyor. Mümessilin bu tâbi bulunuşu, hukukta tebarüz etmesi için, lâzım gelen tedbirler alınmıştır.» Diğer taraftan «hukukî nizam, sübjektif

239

haklar vermekle, ferdlerin iktidar sahalarını tahdid ediyorsa, bu da, hak sahiblerinin, mâkul olduğu kabul edilen, menfaatlerini temin etmek için yapılıyor. Sübjektif hak, süjet'nin, kendi keyfi için, iradesini kullanması maksadile değil, hayat nimetlerinin ihtimamla bakılması ve onların istimal ve himayesi insanın şahsına bırakılmak, kanun vazıince münasib görüldüğünden dolayı, verilir. Sübjektif hakların gayesini menfaatler teşkil ettiği ve (kısmen) bu menfaatlerin o gayeye sınır olduğu, daha ziyade formel olan eski telâkkiye karşı, Ihering tarafından haklı olarak ileri sürülmüştür. Fakat Ihering, sübjektif hakkın gayesini, bu hak mefhumunun unsuru yapmakla ve hukuku « hukukan himaye edilmiş menfaat » olarak tarif etmekle, fazla ileri gitmiştir. Evvelâ « hukuk meselesinin, muayyen hâdisede, menfaat meselesinden müstakil olduğunu », yâni alâkalı süjet'nin, tesadüfî sebebler dolayısile, hiç bir suretle intifa' edemediği bir hakkın mevcud olabileceğini ve kullanılabileceğini, Ihering bizzat teslim ediyor. Fakat her bir hakkın, mücerred olarak, hukukî nizam tarafından hak sahibinin tanınmış menfaatine istinad etdiğini iddia ediyor ve tredddüdü mucib hallerde, meselâ hükmî şahıslar hukukunda, kimin hak süjet'si ad edileceği meselesi için bu iddiasından neticeler çıkarıyor. Ihering, gaye ve mefhum itibarile, hak sahibinin bir menfaati bulunmaya bilen haklar olacağını unutuyor, meselâ ana ve babanın ve bilhassa vasînin « çocuğun şahsına ve servetine bakmak hususunda mevcud olan hakkı» gibi. Hak sahibinin menfaati olmayan hakka başka bir misal olarak, Alman Medenî Kanununun § 328 inin birinci fıkrası mucibince, alacak talebinde bulunmağa hakkı olmayan üçüncü şahıslar lehine yapılacak edalara müteallik mukaveleleri, von Tuhr zikrediyor. Meselâ böyle bir şarta bağlı hibede olduğu gibi. Burada şartın ifasını istemek hakkı, hibeyi yapana aid olduğundan, hak sahibi, yani süjet, hibeyi yapan olduğu halde bu kimsenin üçüncü şahıs lehine olan şartın yerine getirilmesinde bir menfaati yoktur. «Burada yalnız maddî menfaat mevzuubahsdır. Eğer, Ihering'in tarifini kurtarmak için, hibeyi yapanın bir haz duymak gibi manevî menfaati olduğu ileri sürülmek istenilirse, bu takdirde «hukukan himaye edilmiş menfaat» naza riyesi, «irade iktidarı» nazariyesile tamamen birleşmiş olur. Zira her hak süjet'sinin kendi hakkı üzerinde dilediği gibi, ve gayri mâkul de olsa, tasarruf etmek hususunda bir haz duymak menfaati her halde mevcud ad edilmek lâzımdır. Eğer bu kâfî geliyorsa, neticede sübjektif hak Devlet tarafından tanınmış bir irade kuvveti olur» [79]. «Bundan başka, nasıl hak sahibinin menfaati olmayan haklar varsa, tersine olarak, hukukan himaye

[79] Ayni eser, sahife 60, haşiye 16

240

edilmekle beraber, bir hakkın mevzuunu teşkil etmeyen menfaatler de vardır. Zira himaye, bu hallerde, menfaati olanın bir irade kuvvetine istinad etmiyor. Böyle hukukî durumlar gerek âmme hukukunda ve gerek hususî haklarda mevcuddur.»

von Tuhr sübjektif hak problemi üzerinde fikirlerini bu suretle yürütdükten sonra, sübjektif hakların, kâh kanunî mevzuatın hususiyetine ve kâh hukukî mefhumların tarihî tekemmülüne göre, vücud bulduğunu kayıd ediyor. Münferid salâhiyetlerin bir araya gelmesinden tahassül eden sübjektif hakların bir sistem halinde tanzim edilebileceğini ve bu hakların ekserisi ve en mühimlerinin, süjet haricinde bir şeyi, bir şahısı veya bir fikir mahsulünü, objet (mevzu) yaparak, bunlar üzerinde kullanılabilecek iktidar bahşetmesi hasebile, böyle sübjektif haklara «iktidar hakları» (Herrschaftsrechte) namı verile bileceğini kaydediyor.

Bu vesile ile burada sübjektif hakkın sistematik ehemmiyeti hakkında bir fikir vermek için von Tuhr'un «iktidar hakları» esasına göre yapdığı tasnifi, kısaca, gözden geçirelim.

İktidar haklarının yanında ikinci bir haklar grupu vardır: Bir kimsenin kendi iradesile iktidar haklarını tadil etmek hususunda haiz olduğu salâhiyet, iktidar haklarında olduğu gibi, hukukî nizam tarafından tanınmış bir irade kuvveti olduğundan bir sübjektif hakdır. Bu salâhiyet, doğrudan doğruya bir iktidar bahşetmezse de, iradenin kullanılması ile böyle bir iktidar vaziyetini husule getirmek, izale etmek veya değiştirmek imkânını verir. Bu haklara von Tuhr «tâlî haklar» namını veriyor [80]. Ayni tasnifin İsviçre Medenî ve Borçlar Hukukuna tatbik edilmesi, bizi ayrıca alâkadar eder. « Mamelikin en mühim cüzüleri olan aynî haklarla borçlar hukuku, gayri maddî şeyler üzerinde olan haklar ve İsviçre Medenî Kanununda tanınmış bulunan şahsiyet hakkı ile beraber, beşerin hukukî muhitini teşkil eder. Bu haklar insana, haricî âlemin bir kısmı veyahut hemcinslerinden bir diğerinin harekâtı üzerinde, hukukî bir iktidar verdiğinden iktidar hakları olarak tavsif edilebilir. Hukukî nizamın bu birinci derecede olan cüzülerini ve ayrıca, asrî dogmatik hukuk mefhumlarını ince bir surette tahlil etmek suretile, tâlî haklar namı verilebilecek, daha başka salâhiyetler tesbit edilmiştir.» [81]

---

[80] Ayni eser, sahife 62, 133 ve müteakib, 159 ve müteakib,

[81] İsviçre Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, sahife 18 ve müteakib,

Alman ve İsviçre medenî hakları ilimlerinde gördüğümüz bu muvazi durum, alman hususî haklar ilminde yapılan tetkiklerin hukukumuz için ne derece ehemmiyeti olduğunu göstermektedir.

von Tuhr İsviçre medenî hukuku için de, bu tâlî hakları, yani Zitelman tarafından « imkân hakları » (Kannrechte) namı verilen kategoriyi, ikiye ayırıyor: «İhdas kakları» (Gestaltungsrechte) ve « İktidar salâyiyetleri » (Machtbefugnisse) [82]. İhdas hakkı namile dilimize çevirdiğimiz birinci kategoride zikredilen haklar, bir kimsenin sırf kendi iradesile hukukî değişiklik husule getiren ve kendine mahsus bir hukukî duruma istinad eyliyen şahsî salâhiyetler manasına gelmektedir. Her bir şahsın, kendi iradesile hukukî değişiklikler husule getirmek için haiz olduğu ehliyet (hakları kullanmak ehliyeti, Handlungsfähigkeit), bir hak olmaktan ziyade, beşerin ruhî mahiyetine bağlı hukukî bir sıfattır [83]. Bu hukukî değişikliklerin nevine göre, von Tuhr t e s i s e d i c i , d e ğ i ş d i r i c i v e i z a l e e y l e y i c i ihdas haklarını ayırıyor. İstimalleri, bir hukukî münasebet vücuda getiren veya bir hak iktisab ettiren ihdas hakları, «tesis edici» mahiyettedir. Aynî haklarda: işgal hakkı ve bazı alacaklıların kendi borçlularına aid gayri menkul üzerinde kanunî ipotek tescili hususunda haiz oldukları (kanunun yanlış olarak yazdığı gibi «mütalebe» değil) salâhiyet; borçlar hukukunda: bir icabı, kabul etmek suretile mukaveleyi tekemmül ettirmek hususunda icaba muhatab olanın haiz olduğu salâhiyet, bir blanko senedi doldurmak hakkı, müvekkilin ve kanunî mümessilin icazet vermesi; âile hukukunda: nesebin tashihi gibi [84]. «Değişdirici» ve «izale edici» mahiyette olan ihdas haklarından birincilerine misal olarak alternatif borçlarda hangi ödeme tarzının alacaklı tarafından kararlaşdırılması hakkı, ihbar ile bir borcun muaccel kılınması ve sonradan bir şeyin ödenmesinden feragat v. s. yi zikir [85]. «İzale edici» bir netice veren ihdas haklarına, yine alman medenî hukukun-

[82] Ayni eser, sahife 19.

[83] Ayni eser, sahife 19, haşiye 5.

[84] Ayni eser, sahife, 19.

[85] Ayni eser, sahife 20.

242

da olduğu gibi [86], «menfî haklar» namı verilebileceğini kaydederek, bu hakların ekserisi bir «obligation» un nihayet bulmasını mucib olduğunu beyan ediyor: ibtal, rücu ve kiraya, hizmet akdine ve şirkete ihbar ile nihayet vermek gibi. Diğer menfî haklar, münferid alacaklar veya haklara teveccüh etmektedir: takas ile iki alacağın izale edilmesi gibi. Beyanatta bulunmak suretile bir hukukî neticenin husulüne mâni olmak, meselâ bir icabı geri almak, bir akdi ibtal etmek gibi hakları kullanmak, halleri de menfî haklardandır [87].

İhdas haklarının bazı hususiyetleri vardır: ekseri ihdas hakları iradenin diğer tarafa hitaben beyan edilmesile tekemmül eder. Bu beyanatın vürudile netice husule gelir: icabın kabulü gibi. İhdas hakları, bizatihi husule getirdikleri bu netice dolayısile, mütalebe (Anspruch) dan farklıdır. Mütalebe, muhatabın ona göre hareket etmesi ve lüzumunda buna icbar edilmesile hukukî neticeyi meydana getirir. İhdas haklarında ise ancak muhatabın itirazı halinde dava ile hukukî vaziyet tesbit olunur. Yalnız bazı istisnaî hallerde ihdas hakkı dava ile istimal edilir. Meselâ bir şerikin mühim sebebler dolayısile şirketi feshettirmesi gibi. Burada davacı dava edilenden bir mütalebede bulunmaz, mahkeme kararile bir hukukî neticenin husule getirilmesini taleb eder. Bu sebeble bu davalara «Gestaltungsklagen» (ihdas davaları) ve bu hükümlere «Gestaltungsurteile» (ihdas hükümleri) denilir. İhdas davalarının en tanınmış misali boşanma davalarıdır [88].

von Tuhr tâlî hakların ikinci grupunu, «idarî haklar» veya «iktidar hakları» (Verwaltungsrechte, Machtbefugnisse) namı altında topluyor. Bir hakkı istimal eden bir kimsenin kendi hukukî muhiti üzerind etesirler husule getirmesi mutad olan mukavelelerin veya bir taraflı hukukî muamelelerin, yabancı bir kimsenin mameliki üzerinde müessir olacak bir surette yapılması salâhiyeti, burada mevzuubahisdir. Meselâ vekâletin verdiği iktidarda veyahut borçlara müteallik mukaveleleri diğer bir şahsın hesabına olmak üzere akd

[86] Alman Medenî hukukunun Umumî kısmı, cild 1, sahife 195 ve müteakib.

[87] İsviçre Borçlar hukukunun Umumî kısmı, sahife 20.

[88] Ayni eser, sahife 21 ve müteakib.

243

etmeğe salâhiyet veren bilvasıta temsilde olduğu gibi [89].

VI. Hususî sübjektif hakların sistematik taksimine aid şu istitrada nihayet verirken, ihdas haklarının kâmilen sübjektif haklar vücuda getirib getirmediği meselesi tereddüd ve ihtilâfı mucib bir mevzu teşkil ettiğini ve mühim ilmî münakaşalara meydan verdiğini kaydedelim «Sübjektif hak kanun tarafından tanınmış irade kuvveti ise, bu irade kuvveti, bir kimsenin, kendisine veya başkasına aid bir iktidar hukukuna veyahut bir hukukî münasebete müdahale etmesi ve onu tesis, izale ve tâdil eyleyebilmesi halinde de tezahür edebilir. Bu gibi salâhiyetler asıl hakka merbut olduğu takdirde, onun mütemmim cüzüleri olarak telâkki edilebilir. Fakat bazen bu salâhiyetlerin ayrı şartları vardır. Bu şartlar alâkadar hukukla doğrudan doğruya vücud bulmaz. Yahut da bu salâhiyetler, bir iktidar hukukunai stinad etmeksizin, müstakillen mevcuttur. Her halde böyle müstakil veya gayri müstakil salâhiyetlerle süjet'ye verilen irade iktidarı, muhtevası itibarile, süjet'nin bir objet üzerinde olan haklarla haiz olduğu iktidardan tamamile başkadır. İktidar haklarında hak sahibi, bir şeye münhasıran kendisi tasarruf eder, bir kimseden bir şey taleb veya ona bir şeyi men'eyler ve bu suretle hayatın hakikî tekevvün ve teşekkülü üzerinde tesir yapar. İhdas haklarında ise, irade ile haklar veya hukukî münasebetler meydana gelir, izale edilir veya değiştirilir. Bu haklar, tabiri aharle, h u k u k î durumların vücud buluşunda âmil olur. «Hukukî imkân hakları» diye Zitelmann'ın bu haklara verdiği ad, onların kendine mahsus muhtevasını bariz bir surette ifade ediyorsa da, bu tabiri dil bakımından muvafık görmeyen von Tuhr, «talî haklar» tabirini teklif etmiştir [90]. Seckel, "iradenin, bir taraflı olarak beyan edilmesi suretile, hukukî bir tesir husule getiren» bu haklara, yukarıda zikrettiğimiz veçhile, "ihdas hakları" namını vermişti. İhdas hakları gerek hususî haklarda ve gerek âmme hukukunda olabilir. «Hususî» ihdas hakkını, Seckel şu suretle tarif ediyor: «Bir taraflı hukukî muamele ile muayyen hukukî irtibat ve münasebet vücuda getirmek, ihdas etmek iktidarını ihtiva eyleyen (muayyen) sübjektif hususî hakdır.» [91] Bu ihdas

[89] Ayni eser, sahife 22.

[90] Alman medenî hukukunun umumî kısmı, cild 1, sahife 159 ve müteakib.

[91] Seckel, Medenî hukukun ihdas hakları, 1903, sahife 205 ve müteakib.

haklarına zıd olarak, Seckel, yukarıda izah ettiğimiz, iktidar haklarını [92] ve, icabda bulunmak, ölüme bağlı tasarruflar yapmak v. s. gibi, umumî hakları zikrediyor. «Zira herkesin yapabileceği bir şey, muayyen bir iktidar değildir; her sübjektif hak bir mümtaz hakdır, herkesin veya bir çoklarının yapabileceklerine karşı, bu bir fazlalık, üstünlük ifade eder; başkalarının haiz olmadığı bir kuvvet ve iktidardır.» [93]

VII. von Tuhr'un işaret ettiği h u k u k î d u r u m l a r (Rechtslagen) hususî haklar ilminin en yeni ve en mühim bir bahsini teşkil etmektedir.

Kohler, medenî hukukun h a k l a r v e h u k u k î d u r u m l a r ihtiva ettiğini, bunların objektif hukuktan çıkdığını, objektif hukukun münferid şahıslara muayyen bir hukukî muhit ayırmak suretile hukukî nizamı tanzim eylediğini, şahısların bu muhitte kalıp serbest hareket edebileceklerini ve böyle bir hukukî muhite h a k (s ü b j e k t i f h a k) denildiğini söyleyor [94]. Kohler'in bu hukukî durumları, umumî bir kategori teşkil etmektedir.

Kohler, «hukukî durum» (Rechtslage) [95] mefhumu ile ne kasdetdiğini şu suretle izah ediyor: Bir tarafdan hukuk süjet'si ve diğer tarafdan hayatın nimetleri, ve kıymetleri arasında umumî veya hususî surette bir irtibat, münasebet vardır. Bu irtibat, sübjektif hakların doğması, veya tekemmül ve inkişaf etmesi bakımından ehemmiyeti haiz olabilir [96]. Kohler'in hukukî durum olmak üzere tavsif ettiği bu irtibat, «her bir hukukî müna-

---

[92] Ayni eser, sahife 208.

[93] Ayni eser, sahife 211.

[94] Medenî hukuk, Hukuk ilminin sistematik tertib edilmiş encyklopaedisi, cild 2, sahife 25 ve müteakıb,

[95] Durum, vaziyet, almancada "Stellung, Position, Situation, Lage„ kelimelerile ifade edilir. Nitekim kohler evvelce "rechtliche Situationen„ tabirini bu yerde kulanmışdı (Encyklopaedie, cild 2, sahife 327, haşiye 5). "Rechtslage„ bir terim olmuşdur ve "Rechtsstellung„, "Rechtsposition„ gibi, dil itibarile ayni manaya gelen terkiblerin if de ettiği manadan ayrı bir "hukukî istilâh„ olduğundan, biz bunu "hukukî durum„ tabiriyle ifade etmek istiyoruz.

[96] Medenî haklar ders Kitabı (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts), 1904, cild 1, § 49 ve müteakib.

245

sebetten tahassül eder; hukukî durum, hukuk değildir; hukukî şeylere aid ve hukukun vücud bulmasında tesir ve ehemmiyeti haiz bir durumdur.» [97] Tamamile muhtelif mahiyette ve aralarında bugünki hususî haklar sistemine göre insicam bulunmayan bir takım «vâkıa» lar (Faktum), bu mefhum altında bir araya toplanmıştır. Meselâ temsil ve vekâleti, Kohler buraya idhal ediyor. «Temsil (bir kimsenin «yerine kaim olmak» Stellvertretung), insanın kendine aid olmayan bir hukuk sahasında haiz olduğu mevkie, yani bir hukukî duruma istinad eder. Bu durumda bir tarafta «şahıs» ve diğer tarafta temsil edilen kimsenin hukukî münasebetleri bulunur ve buna «temsil iktidarı» denilir. Temsil iktidarı temsil edilecek kimsenin şahsî hukukuna taallûk eden bir beyanına istinad edebilir (Vollmacht, pleine pouvoir, yani «tam iktidar», «tam salâhiyet») . . . . . Fakat Kanun da bu gibi halleri ibda edebilir. . . . . Bu «tam salâhiyet» onu haiz olana bir hukukî iktidar verir, yani bu kimse o tam salâhiyeti verenin hukukî nüfuz sahasında değişiklikler yapabilecek «hukukî vaziyette» dir. . . . . Bu tam salâhiyet, bir taraflı « hukukî muamele» olmak itibarile . . . . alenî ilân tarikile umuma karşı, ve mümessile bir «tam salâhiyetname» yi beraber vermek suretile bilvasıta üçüncü şahıslara karşı, izhar edilebilir.» [98]

Kohler, bu görüşile umumî ilmî cereyandan ayrılmış ve kendine mahsus bir «hukukî durum» mefhumu vaz etmiştir. Temsil salâhiyeti, hususî haklar ilminde kabul edilen umumî telâkkiye göre, bir hakdır. von Tuhr bu salâhiyeti, «hukukî muhitin ana varlığını teşkil eden iktidar haklarının zıddı olarak, ihdas hakları gibi talî haklar» dan sayıyor [99]. Bu «iktidar salâhiyetlerinin esası, bir taraftan, salâhiyeti haiz olan kimse ile, diğer taraftan, bu salâhiyet kendi hukukî çevresi üzerinde müessir olan kimse arasında mevcud hukukî münasebete dayanır.» [100] von Tuhr, bu talî haklara Hellwig'in «idarî haklar» namını verdiğini esas itibarile Bekker ve Zitelmann'ın da ayni fikirde olduklarını ve Kohlerin,bu fikre muhalif olarak, temsil salâhiyetini haklardan addetmeyib, «bir hukukî durum ola-

[97] Encyklopaedi, cild 3, sahife 327.

[98] Encyklopaedi, cild 2, sahife 37 ve müteakib.

[99] Alman Medenî Hukukunun Umumî Kısmı, cild 1, sahife 167.

[100] Ayni eser, sahife 167.

rak tavsif» eylediğini kaydeyledikten sonra [101], kendisinin hukukî münasebetler meyanına idhal eittiği «hukukî muameleye ehliyet» e ve diğer bazı hukukî şeylere de Kohler'in «hukukî durum» namını verdiğini ve kullanılması kabili ictinab olmayan bu tabiri, Kohler'in müdafaa ettiği teknik manada olmamak üzere, kendisinin de kullandığını beyan ediyor [102]. Filhakika «iktidar salâhiyetlerinin sistemi ve terminologisi daha pek nakıstır» [103]. Kohler'in, temsil salâhiyeti nazariyesinde umumî noktai nazardan ayrılması, «tam salâhiyeti vermek fiili» ile, bunun hukukî neticesi olan, «tam salâhiyet» i bir tutmasından ileri gelmektedir. Temsilin bu iki cebhesini ayıran Schlossmann'ın, temsil iktidarını mistik (esrarlı) bir kuvvet olarak tavsif etmesini doğru bulmamakla beraber, tevkil ile vekâleti ayırmasını esas itibarile muvafık gören von Tuhr, «temsil iktidarı» tabirininin doğrudan doğruya olan temsilde, bu temsil hâdisesi unsurlarından birini ifade etmesini ve hukukî düşüncemize tercüman olmasını şu suretle izah eyliyor: «Bazı hususlar G nin şahsında mevcud olduğu takdirde, bu kimse, fiillerile D nın şahsı üzerinde bir takım tesirler yapabilir. Bu hukukî vaziyeti, G ye aid bir «iktidar» olarak tavsif edersek, bu takdirde «iktidar» kelimesini bir dereceye kadar timsâlî bir manada kullanmış oluruz. Fakat bu hal bütün mücerred mefhumlarda da aynen böyledir ve böyle olmak mecburiyetindedir.» [104]

« Hukukî durum mefhumunun bugün hususî haklar ilminde gittikce artan ehemmiyeti dolayısile bu hususta bir az daha izahat vermeyi lüzumlu görüyoruz:

Hukuk kaideleri, düsturları muayyen hâdiselere muayyen hukukî neticeler atfeder. Hayatın tezahüratına nisbetle mücerred mahiyette olan bu hâdiseler, hayatın tenevvüü içinden alınmış ve hukukan tanzim edilmiş tiplerdir. Bu sebeple hukukî kaideler « hâdise — hukukî netice » şeklinde bir izafet teşkil eder. Böyle bir hâdisenin hukukan beklenilen neticeyi vermesi için, bütün hâdise unsurlarının mevcut olması şarttır. Zira bu unsurlar-

[101] Ayni eser, sahife 167, haşiye 27.

[102] Ayni eser, sahife 125, haşiye 12.

[103] Ayni eser, sahife 165.

[104] Ayni eser, sahife 165, haşiye 20.

247

dan her birinin o istenilen hukukî neticenin husulünde bir hissesi vadır. Tabiî, bu «illiyet» kategorisile verilen izahat da, formel logik gözüyle görülmeli ve hukukun kendine mahsus logiki olan «Teleogie» zaviyesinden nazarı itibara alınmalıdır. Hâdiseyi: a+b+c ile ifade edersek, hukukî netice : = x dir. Hâdise unsurları, riyazî bir « kantite » olmayıp, social strüktür cüzülerini teşkil ettiğinden, muhtelif kıymette bulunurlar. Bu kıymetleri ifade etmek için bazılarına hukukî neticenin başlıca âmili ve bazılarına de tâlî mahiyette şartlar sıfatını verebiliriz. Hukuk ilminde « illiyet » kategorisile çalışmak doğru olmayacağından, « sebep », «müsebbip » tabirlerini burada kullanmamak daha muvafık olur. Nihayet bütün bu tabirler, hukuk teleologi'sini anlatmak için istianelerden ibaret ve timsâlî mahiyettedir. Yanlış telâkkilere mahal vermemek için, bu hususta ne kadar dikkat edilse yerinde olacağından, hukukun strüktürüne tamamile yabancı olan formel logik terminologisini mümkün mertebe kullanmamak mecburiyetindeyiz [104 a]. Bu sebeple « hâdise — hukukî netice » yi, « müessir — hukukî tesir » şeklinde anlamak ve ifade etmek yanlıştır.

İşte bu suretle anlaşdıktan sonra, hâdisenin unsurları arasında mevcudiyetini kabul ettiğimiz derece farklarına gelelim.

Hukukî muamelelerin, bir hâdise teşkil etmek sıfatile, en mühim unsuru, tarafların iradesinin beyanıdır. Bir takım yekdiğerini teakup eden kademelerle husule gelen hâdiselerde her unsur, hukukî neticeye bir kademe daha yakınlaştırır. Her bir unsurun inzimamile hâdisenin tekemmülü yeni bir hale girer. İşte buna von Tuhr « hukukî durum » diyor [105]. Hukukî neticenin husule gelmesi için ya noksan olan unsurların bu hukukî duruma inzimam etmesi, veyahut mâni olacak unsurların araya girmemesi lâzımdır. Noksan olan unsurun inzimam edip etmiyeceği şübheli olduğu, veyahut hukukî neticenin meydana gelmesine bir mâni teşkil edecek halin

[104a] von Tuhr'un bu hususta verdiği izahat, maatteessüf, tamamile rationalist telâkkilere istinad etmekte ve metajüridik mefhumlarla ifade olunmaktadır. Bu sebeple Von Tuhr'un hukukî hâdiselere müteallik doğru görüşlerinden istıfade etmek için bu hususta yürüttüğü mütaleaları, hukukî metod bakımından, başdan aşağı yeniden formüle etmek ıktiza eder. Yukarıda verdiğimiz kısa izahat için von Tuhr, Alman Medenî Hukukunun Umumî Kısmı, cild 2, sahife 3 ve müteakib, e bakmakla beraber Binder, Dava ve hukuk, sahife 311 ve 364, Hukuk filozofisi, sahife 903 ve müteakib, Hukuk filozofisi sistemi, sahife 85 ve müteakib, e bakmalıdır.

[105] Alman Medenî Hukukunun Umumî kısmı, cild 2, sahife 18.

248

vukuu muhtemel bulunduğu takdirde, hâdisenin hukukî neticesi muallâktadır. Buna dilimizde «askı durumu» (Schwebezustand) namını verebiliriz [106]. Hukukî durumlar, hâdisenin tekemmülü safhalarından birini teşkil ettiğine göre bunlara, bu manada olmak üzere, von Tuhr hâdisenin « mütekaddem neticeler»i namını veriyor [107]. «Mütekaddem netice, bir şahsın diğer bir şahısla veya şeyle olan münasebetidir. Bu münasebetlere başka unsurların katışmasile haklar vücut bulabilir. Bu sebeple tam olmayan bir hâdisenin her bir mütekaddem neticesine «hukukî münasebet» veya «hukukî durum» deyebiliriz. Bu hukukî durumlar, hâdiselerin tenevvüü dolayısile, önceden kestirilemiyecek değişiklikler arzeder ve ekseriya bunu ifade edecek teknik tabirlerden mahrum bulunur [108]«Tam hâdise»nin hukukî neticesi bir hakkın iktisabı olduğu takdirde, her hukukî durum, bu iktisab edecek kimse için, bir «namzetlik» (Anwartschaft) demektir, ve hâdisenin diğer unsurları inzimam ettikce, bu namzetlik o nisbette emin bir vaziyete girer. Bu noksan olan unsur bir hakkın istimali (Handlung) ise, mütekaddem netice bir ihdas hakkıdır [109].

von Tuhr'un «hukukî durum» mefhumunu bu suretle tesbit etmesi, Kohler'in görüşüne esas itibarile uygundur. Kohler de «hukukî münasebetler sahasında her şeyi birden yapamayacağımızı; burada da bir hedefe doğru kademe kademe çalışmak mecburiyetinde olduğumuzu» söyliyor [110]. «Her kademe muayyen bir derece faaliyet ve muayyen bir derece zekâ ister; her kademenin muayyen bir derecesi sağlam hukukî neticelerle gösterilmelidir; zira hukukan buradan daha yukarıya çıkılmağa devam edilecektir, ve bu kademenin eserine daima, elde edilen bir netice muamelesi yapılmalıdır. Eğer bu yapılmazsa, o zaman her meseleyi tekrar tekrar yeniden vaz etmek ve her şeyi tekrar tekrar yeniden tetkik eylemek mecburiyeti hasıl olur. » [111]

Kohler ve von Tuhr, prensiplerin konulmasında muvazi fikirler müdafaa

[106] Ayni eser, sahife 19.

[107] Ayni esre, sahife 19.

[108] Ayni eser, sahife 19

[109] Ayni eser, sahife 19.

[110] Encyklopaedie, cild 3, sahife 327.

[111] Ayni eser, sahife 327.

249

ettikleri halde, «hukukî durum» kategorisine idhal edilecek hallerin tesbit ve tasnifinde Kohler yalnız kalmaktadır [112].

Binder de, medenî hukukun umumî kısımlarını «hukukî durum» mefhumuna istinaden kurduğunu ve şahsiyet veya hukuka sahib olmak ehliyetini, şahıslar hukukunu, cemiyette azâlığı ve sübjektif âmme haklarının ekserisini «hukukî durumlar» meyanına idhal ettiğini beyan ediyor. Bunlar, «hususî süjet'ye aid bir irade muhtevasının doğrudan doğruya mevcudiyetine racî olması kabul edilmeyip, muayyen şahsın objektif hukuktan çıkan vasıfları» dır [113]. Binder'in çok esaslı olan bu telâkkisini iyice anlamak için sübjektif hak ve diğer hukukî durumlara müteallik olmak üzere verdiği izahatı kısaca tetkik edelim:

«Bizim için sübjektif hak da, tabiî, objektif hak gibi bir hakdır. Çünki her ikisi, aralarında olan farklılıkta da olsa, bir vahdet teşkil eder ve bu vahdet aralarındaki farklılıkta da vardır. Ve eğer Bekker veya von Tuhr'da objektif hukukun hiç bir ehemmiyeti olmadığı görülüyorsa, bu hal zikrolunan müelliflerin, sübjektif hakkın objet, hukukdan müstakil olduğunu düşündüklerine bir delil olmaktan ziyade, mesaîlerini h u s u s î haklara hasretmelerinden ileri gelmektedir. . . . . Sübjektif hak, objektif hukukun kendisidir. . . . . Eğer hukukcular hukukî münasebetle sübjektif hakkı, tefrik etmek meylini gösteriyorlar ve «sübjektif miras hakkı» nı bir sübjektif hak, veya bir hukukî durum olarak telâkki edip etmemeğimünakaşa ediyorlarsa, bunlar hukuk filozofisini alâkadar etmeyen teknik meselelerdir. (Umumî ve hususî iradenin dialektik vahdeti ve yekdiğerini itmam etmesi suretile, filozofik bakımdan, izah edilen) sübjektif hak mefhumu, bize şunu gösteriyor: şahıslar hukuku namile tavsif edilen hususlar, tabiî,ne bir mütalebe hakkıdır, ve ne de, aynî haklarda olduğu gibi, insanın k e n d i ş a h s ı , veyahut yabancı şahıslar üzerine bir nevi haklarıdır. Bu hususlar daha ziyade şahsın hukukan aldığı bir «şeklü şemâil» (Gestalt) olarak anlaşılmalıdır. «Şahıs» ve "sübjektif

[112] Enneccerus — Nipperdey, ayni eser, sahife 228, haşiye 3 ve sahife 398, haşiye 4, Kohler'in bu mefhum altında bir araya topladığı hususların ayrı ayrı mahiyette olduklarını, von Tuhr'un anladığı şekilde, izah edilmektedir.

[113] Hukuk filozofisi sistemi (System der Rechtsphilosopie), 1937, sahife 37, haşiye 16 nın devamı.

hak» mefhumları böylece yekdiğerine bağlı olmak mecburiyetindedir ve birinin inkârı diğerinin de inkâr edilmesi demektir.» [114]

Şahıs ve sübjektif hak mefhumlarının karşılıklı merbutiyetlerinden bahs eden bu kayıd, « autoritaire» Devlet telâkkisine göre vücuda getirilen hukuk nazariyesinde sübjektif hak mefhumunun kaldırılmasına ve şahıs mefhumunun ise âmme menfaatlarını daha ziyate gözeten ve âmme hukuku şeklinde tanzim edilen hukuktan, cemiyette mensub bir uzuv sıfatile, istifade eden kimseyi göstermesine, yani hususî hakların tâli bir halde bırakılması cereyan ve temayülüne karşı bir cevap teşkil etmektedir. Bu meseleye aşağıda temas edeceğiz.

Hukukun mefhum ve kıymeti üzerinde daha ziyade sociologik bakımdan tetkikler yapmak suretile umumî hukuk nazariyesine faideli olmak gayesini takib eden Barna Horvàth, hukukî «kantite» lerin statik ve dinamik hallerini bir takım «hukukî durumlar» suretinde tesbit ediyor. «Sübjektif hak s ı k ı (strikt) bir hukukî durumdur, zira mütalebe haklarının ve kuvvetlerin muhtelif tarzlarda mezc edilmesinden vücuda gelir. Hukukî imkânların, mecburiyetlerin veyahut ihtimallerin yekdiğerile basit bir surette irtibatı t e k n i k bir hukukî durumdur. . . . . Hukukî şahsiyet, bu hukukî durumların a t ı f v e i r c a, edildiği bir noktadır. Şahsiyetin nüvesi yalnız h a k l a r a s a h i b o l m a k ehliyeti olup, h a k l a r ı k u l l a n m a k ehliyetinin bu nüve ile ayrıca bir alâkası yokdur.» [115] Horvarth bu şekilde, sociologik bir «deskription» çerçevesi içinde, «muhtelit», «mütebariz», «dinamik», «basit», «ibtidaî», «izâfî», «menfî», «objektif», «positif», «sübjektif», «süjet'siz», «teknik» namlarile hukukî durumları ayırıyor ve yine sociologik manada olmak üzere «hukukî duruma aid logik» den bahseyliyor. «İktisadî — durumlar»ın, « sübjektif —hukukî-durumlar» la birlikde «iktidar istimali —durumları» teşkil ederek «hukukî mücadele»yi nasıl meydana getirdiği meselesi, yani hukukun cemiyet hayatında tekemmülü, h u k u k î bakımdan değil, içtimaî bir vâkıa olarak tet-

[114] Ayni eser, sahife 12, haşiye 7 nin devamı.

[115] Hukuk sociologiesi (Rechtssoziologie), 1934, sahife 292.

251

kik ve daha doğrusu, «müsbet» bir zaviyeden tasvir ve ifade edilmekdedir. [115a]

Hukukî durum mefhumu hakkında verdiğimiz bu izahatı tamamlamak için «Bir hukukî durum sıfatile dava» (Der Prozess als Rechtslage, Eine Kritik des prozessualen Denkens) serlevhasile Goldschmidt'in bu hususta müdafaa ettiği fikri kısaca kaydedelim. Goldschmidt bir tarafdan materiel hukuk ve diğer taraftan dava bakımından Hukukun ayni kıymette iki tarzda tetkiki kabil olduğunu zikrettikden sonra, hukukun dinamik vaziyetinin muhakeme hukukunu metodunu teşkil ettiğini kaydediyor [116]. Goldschmidt hukukî münasebeti ve hukukî durumu yekdiğerinden ayırarak hukukî münasebet mefhumunun dava için bir şey ifade etmediğini beyan ediyor ve davayı bir hukukî durum, yani bir tarafın davada haiz olduğu ümitler, imkânlar, külfetler ve bu külfetlerden kurtulmasının heyeti mecmuası olmak üzere telâkki ediyor. Goldschmidt'in bu nazariyesine karşı haklı olarak dermeyan edildiği veçhile hukuk usulü, hukukî durum ve kaziyei muhkeme hukukun haricinde kalıyor. Halbuki işin doğrusu, materiel ve formel hukuku her hangi bir şekilde ikiye ayırmak değil, bunları bir kül halinde ve yekdiğerini tamamlar mahiyette bir küllün iki muhtelif safhası olarak tetkik ve ihata eylemektir [117].

Yukarıda gördüğümüz «hukukî durum» telâkkisinin gitdikce yerleşmesine ve sistematik ders kitaplarına girmesine bir misal olarak Heinrich Lehmann'ın sübjektif hak mefhumuna aid ifadesini kısaca kaydedelim. Lehmann, hukukî durumların bir şahsa müsaid olanlarını, hukukan himaye görmelerine nazaran, ayırmak suretile sübjektif hak mefhumunu tebarüz ettiriyor. Hukukî münasebette taraflardan birinin mükellef ve diğerinin hak sahibi vaziyetinde olmalarının yalnız hâricten seyr eden bir müşahid gözüyle bakılmayıp, bizzat bu irtibatın uzuvları olan, alâkadarlar mevkiinden tetkik edilmesi kabil olduğunu kaydettikden sonra, burada mükellelfiyet ve hak sahibliği şeklinde iki durum mevcud olduğunu tesbit ve sübjektif hakkı şu suretle tarif ediyor: «Tam manasile, sübjektif hak, muay-

[115a] Ayni eser, sahife 94, 140 ve müteakib, 190 ve mütakip, 261 ve müteakib.

[116] Bir hukukî durum sıfatile dava, 227 ve müteakib.

[117] Goldschmidt'in kritiki için Binder, Dava ve hukuka bak.

yen bir şahsın lehine olarak hukukî mevzuatla vücuda getirilmiş ve himayesi bu şahsın iradesine bırakılmış müsaid bir vaziyetdir [118]. Muayyen bir menfaatin himayesi için her hangi bir şahsın mükellefiyetine, bu menfaatin himayesine aid hukukî emirlerin, bizzat himayeden istifade eden kimse tarafından, dilediği veçhile, kullanılması inzimam etmekle, sübjektif hak vücud bulur. Aksi takdirde yalnız himaye edilmiş menfaatler vardır.» [119] Bu nevi menfaatler alman medenî hukukunda «Rechtsgut» (hukukî nimet, kıymet) namı ile tavsif olunmakta ve bu suretle sübjektif haktan tefrik edilmektedir. Bunun sebebi Alman Medenî Kanununun § 823 ünün birinci ve ikinci fıkraları olduğunu yukarıda izah ettik.

Hukukî mevzuatla şahıslara verilen bütün müsaid vaziyetleri bir hak bahşetmek suretinde düşünecek kadar ileri giden Eltzbacher, sübjektif hakkı «hukukî düsturun müsaid olan tarafı» diye tarif etmiştir [120]. Fakat bu suretle şahısların menfaatlerini koruyan ve dolayısile müsaid bir vaziyet husule getiren bir takım âmme hukuku hükümlerinin ve idarî mevzuatın, yukarıda zikrettiğimiz, «in'ikâslar»ı (Reflexe) asıl sübjektif hakla karışdırılmış olur. Bu sebeple Eltzbacher'in nazariyesi tarafdar kazanmamışdır.

2

Sübjektif hak nazariyesini red eden liberal ve individüalist hukuk telâkkileri

I. Hukuk ilminin ve bilhassa hususî haklara ait olan kısmının zengin bir an'aneye istinad eden mefhumlar sistemi, son zamanda şiddetli hüucmlara uğramıştır. Vaktile positivistlerin «karargâhı» ndan yükselen Kirchmann'ın sesi, hukukun bir ilim olmak sıfatile kıymetsizliğini ilân etmişti. Upsala Üniversitesi medenî haklar profesörü Andreas Vilhelm Lundstedt, yine vatandaşlarından Hägerström'ün roma hukuku mefhumları hakkında yaptığı ve bu mefhumların bir takım hurafelere istinadı iddiasile umumî hukuk

[118] "Hukukî durum„ teminden tefrik etmek için bu suretle ifade edilmişdir Almancasında de yalnız "Lage„ denilmişdir.

[119] Alman Medenî Hukukunun Umumî Kısmı, 3 üncü tabı, 1928, sahife 66 ve müteakib,

[120] Hakları kullanmak ehliyeti (Die handlungsfähigkeit), sahife 61, 106 ve müteakib.

mefhumlarına karşı yürüttüğü kritikten ilham alarak, «Hukuk ilminin gayri ilmîliği» (Die Unwisenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft) [121] nam altında neşrettiği eserle «bütün hukuk düşüncesinin alt üst edilmesi» ve bundan maada «insanların mukadderatının tanziminde bir inkılâb husule gelmesi» gayesi için çalışmaktadır. Hägerström, «Roma hukukunun obligation mefhumu» (Der römische Obligationsbegriff) eserinde roma hukukunun bir çok mefhumları dinî ve efsanevî olduğunu göstermeğe çalışmakla beraber, ayni zamanda eserine ilâve ettiği ilmî kıymeti yüksek monografilerle, roma hukuku ilmi için mühim bir kaynak vücuda getirmiştir. Lundstedt, ayni tezi bugünki hukuk için müdafaa ediyor ve ne objektif hukuk (hukuk kaideleri, hukukî emirler v. s.) ve ne de sübjektif haklar ve vazifeler olduğunu, bunların mevcudiyetine inanmak bir hurafeden ibaret bulunduğunu, zira böyle kaide ve hakların «hakikat âleminde» keşfedilemediğini, real olarak hukukî telâkkiler arkasında gizli bulunan fizik âmillerden başka bir şey göze görünmediğini söyliyor. Hukuk ilminin nihilistleri sıfatile tavsif edilebilecek olan bu müelliflerin nazariyelerini burada tahlil edecek değiliz. Bunları burada zikretmekten maksadımız, positivist cereyanın nereye varmış olduğunu, âdeta işin neticesini başında bildirmek kabilinden, kaydetmektir. Zirada burada sübjektif hak nazariyesine karşı yapıldığını göreceğimiz nazariyeler, kısmen idealist esaslara istinad etmek istemesine rağmen, tamamile positivist görüşlerin mahsulüdür. Her halde hukuk ilminde büyük bir inkilâb hareketi başlamış bulunuyor. Sağlam bilinen mefhumlar binası sarsılmıştır. Bu bina yeniden kurulurken, zira kurulması ilim bakımından bir ihtiyaçtır, mevcut parçalar dikkatle elden geçirilecek ve her halde pek çok metajüridik ve rationalismden arta kalmış materiel tekrar kullanılmıyacaktır.

II. Hukuk ilminin bir takım gayri hukukî mevaddan temizlenmesi gayesini takib eden Kelsen Mektebi, hukukun kendisini en büyük safiyetile elde etmek için, hukuk kaideleri sistemini kuvvetli bir taassubla vücuda getirmeğe çalışmıştır. Bu telâkkinin esaslarını, sübjektif hak mefhumuna ait kritikte göreceğiz. Neticede her türlü muhtevadan mahrum bir takım hukukî şekiller (Formen) geriye kaldığından bu nazariye, umumiyetle iyi bir

[121] Birinci cildi "objektif hak ve sübjektif haklara müteallik yanlış telâkkiler„ (Die Falschen Vorstellungen von objektivem Recht und subjekttiven Rechten).

254

kabul görmemiştir. Phaenomenologie'nin filozofi için vücuda getirdiği «deskriptif» metodle hukukun ve mefhumlarının mahiyetleri tesbit edilmek suretile bu Mektebin daha sağlam esaslara istinad ettirilmesine masruf mesaiye de semeresiz kalmış nazarile bakıla bilir. Zira Phaenomenologi'nin istihdaf ettiği gaye, Reinach, Schuppe Gerhad Huserl'de görüldüğü veçhile, hukukta da «eşyanın, hâdiselerin mahiyetine nazar»le, apriorik mefhumlar tesbit etmektir.

Kelsen, sübjektif hak nazariyelerini şu suretle kritik ediyor:

«Sübjektif hak mefhumunun tesbitinde görülen muhtelif şekiller, iki esas tipe raci olur. Sübjektif hak, ya objektif hukuk tarafından himaye edilen menfaat, veya hukukan bahşedilmiş irade olarak telâkki edilir. Her iki şekilde ehemmiyet metajüridik, yani hukuktan hariç kalan cihete verilmektedir. Hukuk ise, bu vaziyette yalnız bir vasıta, bir himaye veya temin müessesesi olarak talî mahiyette kalmaktadır. Asıl kendine mahsus bir mana ifade eden hukukî varlık, nazarı itibara alınmıyor ve yalnız onun kuvveden fiile çıkması düşünülüyor . Hukuk, ideel bir düstur sıfatile tetkik edilecek yerde, yalnız bu düsturun tasavvuru, bir vâkıa olarak, mütalâa edilmektedir. Halbuki hukuk bir gaye değildir. Hukukun kendisi ve gayesi ayrı ayrı şeylerdir. Gaye, düsturun kuvveden fiile çıkmasile elde edilir. Devlet ve gayesi nasıl yekdiğerine karışdırılıyorsa, sübjektif hakta da ayni karışıklığı yapan «sübjektivist-individualist» ve «ojektivist-üniversalist» iki telâkki mevcuddur. Sübjektif individuel menfaatın veya objektif cemiyet menfaatinin himaye edilmesine ve sübjektif hakkı istimal hususunda sübjektif individuel iradenin veya objektif cemiyet iradesinin tercih olunmasına göre nazariyeler tertib edilmiştir. Bu meyanda individualist esasa dayanmağa daha fazla temayül görülmektedir. Zira objektivist — üniversalist görüş, sübjektif hak mefhumunun izalesi ile bitecektir. » [122]

Kelsen, menfaat nazariyesi positivist bakımdan tetkik edildiği vakit, bu nazariyenin tutunacak hâli olmadığı anlaşılır, diyor. Hukukun mevzuu olan şeye karşı insanın menfaatı yani specifik ruhî istegi bulunmak vaziyeti olduğu takdirde, bir hak sahibi olması hem doğru değil ve hem de menfaat nazariyesi ta-

[122] Umumî Devlet nazariyesi (Allgemeine Staatslehre), Kohlrausch'ın riyasetinde neşredilen Hukuk ve İktisad İlimleri Encyklopaedisi, cild 23, 1925, sahife 55.

rafından hiç bir vakit iddia edilmemişdir. Ödünç verilen bir paranın geri verilmesinde bir menfaat olmadığı ve hattâ verilmemesinde alacaklının menfaatı bulunması halinde de, paranın geri verilmesini istemek hakkı mevcuddur. Bunu objektif hukukun bu suretle tanzim etmiş olması, muayyen bir menfaat nazarı itibara alınmaksızın insanın hak sahibi olduğunu herkese teslim ettirir. Şu halde bir sübjektif hakkın mevcud olup olmadığı objektif hukuka göre taayün eder. Bu sebeple menfaat nazariyesinin sübjektif hakkı objektif hukuk tarafından himaye edilmiş muayyen individuel menfaat şeklinde tarif etmeyip, hukukan himaye edilmiş orta bir menfaat suretinde tavsif etmesi, objektif hukukî düstur karşısında, muayyen individuel menfaatda ısrar etmenin manasızlığını anlamasından ileri gelir. Bu da, esas itibarile, sübjektif hakkın objektif hakka ircaı, sübjektif hakkın bertaraf edilerek onun yerine objektif hukukun ikame edilmesi demektir. Ruhen kuvveden fiile çıkmak, yalnız muayyen individuel menfaat için mevcuddur. Orta menfaatlerin hukuk tarafından himayesi, hukukî nizamın bazı orta menfaatleri himaye etmek, gayesi icabı olduğunu, bir vâkıa halinde, ifade eylemekden başka bir şey değildir. Mesele, muayyen süjet'lerin hukuku noktasından değil (zira bunların mütevassıt orta bir menfaati olmayıp, muayyen individuel menfaatleri ya vardır, ya yoktur), objektif hukuka ve onun gayesine göre vaz edilmiştir. Bir sübjektif hakka halel gelip gelmediği sualine cevap vermek için objektif hukuka halel gelip gelmediğinin aranması (ancak bir kimsenin «kendi» hukukunda tecavüze uğraması halinde dava ikame edebilmesi) de, yukarıda izah edilen mütalâalar ile, izah edilebilir, ve objektif hukuktan ayrı bir sübjektit hukuka istinad eden noktai nazar, bunun böyle olmasını anlayamaz [123].

Kelsen bu suretle menfaat nazariyesini objektif hukuka irca etmek suretile sübjektif hakkın mevcudiyetini reddetmiş oluyor.

«Sübjektif hak mefhumu, müsbet hukuka istinad ettirilmek istenilince, kendi kendini izale etmeye gitmesi, bilhassa irade nazariyesinde, sarahatle görülmektedir.» Bu sözlerle Kelsen sübjektif hakkın bir irade kuvvet, ve iktidarı olması nazariyesine karşı hücuma girişiyor. «Bu nazariye sübjektif hakkı hukuk tarafından verilmiş bir «irade - cevazı», hukukan temin edilmiş bir irade iktidarı olarak tesbit etmekle, muhtelif hâdiseleri kasdetmektedir.

[123] Ayni eser, sahife 55 ve müteakib.

256

Sübjektif hak olarak tavsif edilen himaye edilmiş irade, kâh irade - süjet' sinin kendi hattı hareketine ve kâh başka bir süjet'nin hattı hareketine matufdur. Kâh bir hukukî cevaz, kâh bir hukukî imkân, sübjektif hak olarak tanınmak lâzım gelir. . . . . Bu hâdiselerin tenevvüü, işe yarayan bir sübjektif hak mefhumu kalmayacak derecede çoktur. Bu sebeple sübjektif hak, hukukî vazifeler tesis eden düsturlara racî olur. Burada mevcud cevaz, yakından tetkik olunursa, bir «vücub» ifade ettiği görülür. Bu da bir hukukî düstur demek olduğundan sübjektif hak, objektif hukuk haline girmiş olur ve bu suretle hukuk sahasında mevcudiyet gösterir. Bir hattı hareket ihtiyar olunmasının i s t e n m e s i de, alâkadarın gözüyle tetkik edildiği vakit, burada görülen « isteme » nin diğer taraf için bir « vücub », yani bir objektif hukuk düsturu ifade ettiği anlaşılır. Benim bir şeyi istemem hukukan bir kıymet ifade edebilmesi, bu iradenin objektif hukuk tarafından tasvib edilmiş olmasına bağlıdır. Bu vaziyetlerde « hak sahibi » nin bir yeri yoktur. Yalnız cevazdan maada imkânın da verildiği hallerde, bir hakkın « benim » hakkım olması ve gayri ilzam eden muhtevasının tekemmül etmesi için benim iradem olarak koşulursa, şart hak sahibi sıfatile benim burada bir yerim olur, yani objektif hukuk burada hukukî neticelerin husule getirilmesini kendi yerine olarak benim irademe bırakmış bulunur (Délégation). Fakat iradenin asıl burada « âmil » olduğu sahada, yani irademe göre diğer tarafın, üzerine terettüb eden vazifeyi yapmaması halinde, onu buna icbar etmek yolları bana verilmesi vaziyetimde, « hak sahibi olmak » mevzuubahs olmadığını görürüz. Zira iradenin « fâil » ve « âmil » olduğu bu haller sübjektif âmme hukuku mefhumuna girmektedir. Bu takdirde ise, irade nazariyesinin kasdettiği manada, sübjektif hususî hak, yani aharı bir hukukî vazifenin ifasına icbar edecek surette bir « hak sahibliği », mevcut değildir. Neticede « sübjektif hak », bir hakka sahip olmak manasında, objektif hukukun yerine kaim olan bir varlık değil, onun ayrı bir tezahürü olmaktan ibaret kalır, yani bizzat bir düstur halini alır. Hukukî düstur muayyen individuel bir muhtevayı iktisab etmekle sübjektif hak tahassül eder. Hukukî nizam umumî mücerred düsturlar sistemi olarak tasavvur edildiğinpen, «taayyün etmemiş» şekilde düstur, «taayyün etmiş» düstur demek olan sübjektif hakka karşı bir ayrı varlık halinde ifade edilmektedir. Zahiren

232

bu suretle hukukî nizamın çerçevesi haricinde kalan individuel taayyün etmiş hak, hakikatte, umumî hukukla bir vahdet teşkil eder. Bu suretle sübjektif hak, objektif hukukun bir cüzü olarak onunla birleşmiş olur. Windscheid'ın bidayette ferdlere tahsis ettiği « iradeyi », sonradan Devletin iradesi olarak ifade etmesi sübjektif hakkın, irade nazariyesinde de, objektif hukuktan ibaret olmasından ileri gelmektedir. İtaati istilzam ettiren âmil, sübjektif-ruhî reel irade değil, taayyün etmiş vaziyetlerde muayyen muhtevasını, tarafların reel ruhî iradelerinden alan, objektif hukuk düsturu, yani reel ruhî irade yerine kaim olan hukukî vücubdur [142].

Burada Kelsen, sübjektif hakkın objektif hukuktan çıkarılması, hakikatte, objektif hukuk haricinde teşekkül eden ve ondan ayrı olan sübjektif hakkın objektif hukuka idhali demek olduğunu ve bunun da, bütün bu nazariyenin menşei, tabiî haklar telâkkisine racî olmasından ileri geldiğini kaydediyor. Mükteseb haklar mefhumu da, hukukun yekdiğerinden tamamile ayrı objektif ve sübjektif hukuk sahalarına ayrılması devrinden kalmıştır. Bu ikilik müsbet ve tabiî hukukun karşılaştırılmasının devamıdır. Nitekim sübjektif hak, objektif hukuka karşı, ferdin hürriyeti ile ifade edilmiştir. Devlet ve hukukun ikilik halinde düşünülmesi yine aynı devrin eseridir.

Kelsen bu suretle sübjektif h a k mefhumunu izale ettikten sonra hukukun nüvesi hukukî v a z i f e d e münderic bulunduğunu ifade ediyor [125].

---

[124] Ayni eser, sahife 56.

[125] Ayni eser, sahife 59 ve müteakib. Kelsen'in kritiklerini bütün nazariyesinin sistematik bir neticesi olan bu eserinden almakla hülâsasını kendisinden nakletmiş olduk.

No: 11

Neticesi evvelden görülen hata [1]

Yazan :
Ali Rifat ALABAY

İstenilmediği halde tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve san'atta acemilik veya kavanin [2] veya nizamat ve evamir ve talimata riayetsizlik sebebile bir fiil vukubulduğu takdirde, neticenin evvelden idraki kabil olmasına rağmen, o fiil hataen işlenmiş bir suç olur. Evvelden idrak edilmiş veya edilmemiş olsun neticenin husulü istenilmemiş ise hata vardır, kasıd yoktur. Çünki kasıd, yalnız neticenin evvelden derk edilmesini değil, neticenin vukuu istediğini de tazammun eder.

Netice evvelden görülmekle beraber onun ikaı arzusu olmaksızın vukuuna sebebiyet vermek haline nazariyatta « neticesi evvelden görülen hata » denir. Bu, bilhassa fiilden husule gelebilecek olan neticeyi failin evvelden görmesi ve fakat vukua gelemeyeceğini ümid ve zan etmesi halinde olur, meselâ kalabalık bir caddede otomobilini sür'atle süren bir şoförün vaziyeti, aceleden veya diğer sebeplerdan dolayı bir ameliyatta icabeden ilmî ve fennî usul ve tedbirlere riayette kusur ve ihmal eden bir öperatörün vaziyeti . . . Hep bunların bu suretle işledikleri suçlar hataen işlenmiş suç olur. Çünkü neticenin evvelden görülmesi onun husulü iradesile müterafık değildir.

---

[1] Başlığından da anlaşıldığı üzere bu yazıda yalnız " neticesi evvelden görülen hata„ şeklinden bahsolunacaktır. Hatadan, hataen işlenen suçlardan, hatanın cezalandırılması sebeplerinden, hata hakkındaki muhtelif nazariyelerden, hataen işlenen suçların tekevvünüden ve unsurlarından, hataya tealluk eden sair hususlardan ayrıca diğer yazılarda da bahsedilecektir.

[2] Hatadan bahseden Ceza kanunumuzun 455 ve 459 uncu maddelerinde " Kavanin„ kelimesi yoktur. Aslı olan italyan Ceza kaununda da yoktu. Fakat tatbikatta hiç

Neticesi evvelden görülen hatayı [1] adi hatadan ayırmak lâzımdır. Birincisinde fail neticeyi mümkün veya muhtemel görüyor, fakat vuku bulmıyacağını zannederek fiilini icra ediyor; diğerinde ise neticenin mümkün veya muhtemel olduğunu görmüyor ve bilmiyor.

Başka büyük cezacı Carrara olduğu halde bir çokları tarafından bu şekil hataya itiraz edilmiştir. Mumaileyh Carrara « neticesi evvelden görülen hata » tabirini manasız bir kelime oyunu diye tavsif ediyor [2] ve diyor ki: « Eğer doğrudan dogruya istenilen şey mubah idise ve hasıl olacak zararlı neticeden ictinab edilebileceği ümid edilmiş isede ve fakat fiil husule gelmiş ise sırf hata vardır. Çünkü bir şeyin vukubulmıyacağını tahmin etmek onun vukubulacağını tahmin etmemiş demektir. Yoksa bunun vukuunun mümkün olduğunu tahmin etmemiş demek değildir. Bu iki fikir arasında tezad vardır. Bunun için biz yeni ithal edilen (Neticesi evvelden görülen hata) şeklini kabul ve hattâ tasavvur bile edemeyiz. Bu tabir ya manasız bir kelime oyunudur yahut bir mana vermek lâzımgelirse olmayanı evvelden tahmin etmek, görmek manasıdır. O halde çok basit bir sebepden dolayı fikirler tezad teşkil ediyor. Şöyle ki eğer ben yarın yağmur yağmayacağını tahmin ediyorsam müsbet bir surette yarın yağmur yağmıyacağını tahmin ediyorum. » Kitâbın diğer bir yerinde de [3]. Kasıd ve niyeti tecavüz mefhumunu bazı asriler tahrif ettiler ve « neticesi evvelden görülen hata » formülü ile ifade olunabileceği zehabına düşdüler. Sırf hata münasebetlerinde bu formül beyhudedir. Çünkü ya evvelden tahmin, görüş var ki müsbettir, yani vukubulacagı dır. O halde fiilin bu safhasında hakikî kasıd vardır. Bu, gayrı muayyen bir kasıd veya bilvasıta positif niyet olur. Bu gayrı muayyen kasdın ceza tayininde muayyen kasıdla her vakit bir tutulp tutula-

bir zaman "Kavanin „ kelimesinin olmaması tereddüd ve ihtilâfı mucip olmamışdır. Yeni italyan Ceza kanununda hatayı tarif eden 43 üncü maddesine "Kavanin „ kelimesi de konmuştur.

[1] Bu şekil hatayı Almanlar: " şuurlu, ihtiyarî hata=Bewusste Fahrlässigkeit„ diğer âdi hataya da: " şuursuz, gayri ihtiyarî hata = Unbewusste Fahrlässigkeit „. İtalyanlar da "neticesi evvelden görülen hata = Colpa con previsione „ derler.

[2] Programına umnmî kısım, § 80.

[3] Programına hususî kısım, § 1107.

mıyacağı münakaşa edilebilir. Bununla beraber bu evvelden tahmin ve görüş vaziyetinde hakikî bir kasdın mevcudiyetinin tanınması güçtür. Yahut bir evvelden tahmin, görüş vardır, ki menfidir. Yani vukubulmıyacagıdır. O zaman fiil basit hata çerçevesinden çıkamaz. Çünkü menfi yani vukubulamıyacağını evvelden tahmin etmek, evvelden tahmin etmememeğe, görmemeğe tamamile müsavidir ».

Pek doğru olarak Del Giudice diyor ki [1]: « Zararlı veya tehlikeli netice evvelden görülmüş olmakla beraber fiil yene hata sebebile kabili tecziye bir fiil olarak kalabilir. Evvelden tahminsiz, görüşsüz bir irade mevcud olamaz. Fakat bir neticenin husulü iradesi olmaksızın o neticenin idraki psikolojik hâdisesi tahakkuk edebilir. Bu hal, bir failin kendi fiil ve hareketinin mahsulü olabilecek bir neticeyi evvelden görmesi ve lâkin o neticenin husule gelmiyeceğini ümid eylemesi halinde vukubulabilir. Bu ruhî halette kasde tesadüf olunamaz. Çünkü kasdî cürümlerde neticenin evvelden görülmesinden başka onu istihasal için psikolojik bir ilcada (impulso) olmalıdır. Bu itibarla kasıd ve niyete müteveccih iradî fiil ve hareketler lâzımdır. Neticenin evvelden görülmesi ve bu neticenin de husule gelmesi hata sebebile tecziyenin kâfi iki âmilidir; kasıd sebebile değildir, kasdî cürümlerde neticenin ikaı iradesi dahi lâzımdır. Kalabalık bir caddede arabasını süren bir arabacı, yakınında bir insan bulunduğunun farkına varmakla beraber avına silâh atan bir avcı, hastalığını bildiği halde başksına sirayet ettirmek kasdı olmaksızın lâzımgelen ihtiyatî tedbirleri almadan başkalarile temasda bulunan bulaşıcı hastalığı olan bir adam, aceleden veya herhangi mazur görülemiyen bir sebeb dolayısile bir cerrahî ameliyede lâzımgelen kaide ve tedbirlere riayette kusur eden bir öperatör, yeni ve henüz tecrübe edilmemiş bir ilâcı veren gözü pek bir hekim . . . hep bunlar vukuu mümkün olan zararlı neticeyi evvelden his ve idrak ettikleri (rappresentazione) halde bütün bu fiilleri hata dairesinde kalırlar ve ancak hataen işlenmiş diye cezalandırılırlar. Çünkü bu evvelden idrak neticeye müteveccih irade ile müterafik değildirler. Bilâkis neticenin vuukundan korkmakla beraber onun meydana gelmiyeceğini ümid etmektedirler. Bazı

[1] Il Delitto Colposo, 1918, sahife 116 ve Il Progetto del nuovo Codice Penale Italiano, Napoli, 1927, sahife 42.

hallerde — meselâ hekimin vaziyetinde — zarar imkânını bertaraf edememekle beraber faideli olmak maksad ve gayesi de vardır » [1]

Yeni italyan Ceza kanunu hatayı tarif ederken neticenin yanına «evvelden görülmüş olsa dahi» kelimelerini ilâve ve netice evvelden görüldüğü halde vukua sebebiyet vermek halini agır hata telâkki ederek cezanın arttırılacağına dair hüküm koymak suretile «neticesi evvelden görülen hata» şeklini habul etmiştir. (43 üncü maddenin 3 üncü fıkrası ve 61 inci maddenin 4 üncü bendi) [2]

Yeni kanunda bu suretle sarih olarak bu şekil hatanın kabul edilmesine karşı itirazlar yapıldı. Kanun hazırlanırken komisyonlarda da bir çok munakaşa ve ihtilâflara sebebiyet verdi. [3] Bu bapda serdedilen

---

[1] Meselenin bu ciheti Pessina'nin de gözünden kaçmamıştı. Mumaileyh diyor ki: "Sırf mümkün olan, fakat meydane gelmesi müşkil zannedilen muayyen bir neticenin evvelden görünüş ve onun muhakkak surette vukubulmıyacağını evvelden görmek gibidir. Bu o demekti ki evvelden görülmemiştir. Bir şeyin çok müşkil bir surette vukubulabileceğini düşünmek o neticeyi evvelden görmemek demektir. Lâkin neticenin muhakkak surette vukubulacağını veya vukuunun muhtemel bulunduğunu evvelden bildiği halde fail fiili icrada israr etmiş ve bundan da o zararlı netice hasıl olmuş ise bir taraftan o neticenin husulünü doğrudan doğruya istemiş denememekle beraber diğer bir taraftan ictinap etmek kabil iken etmediği muhakkak olduğundan vaziyet değişiyor. Kabil olduğu halde bir fiilin icrasından ictinap etmemek, cürüm teşkil eden netice, istenilen gaye olmamakla beraber, yene maksadını tamamlıyan bir kısım teşkil etmektedir (L'Elemento di Diritto Penale, 1, sahife, 174).

[2] 43 üncü maddenin 3 üncü fıkrası: Netice evvelden görülmüş olsa dahi fiil fail tarafından istenmemiş ve dikkatsizlik veya tedbirsizlik veya meslek ve san'atında acemilik ve yahut kavanin, nizamat, evamir ve disipline riayetsizlik sebebile vukubulmuş ise (gayrı kasdi) hataender (taksirlidır.) 61 inci maddenin 3 üncü bendi:

Aşağıdaki haller; bir suçun unsarları olmadığı veya cezayı arttırıcı hususî sebepleri bulunmadığı takdirde, suçu teşdid ederler:

3 — Hataen işlenen cürümlerde (gayrı kasdi) neticeyi evvelden gördüğü halde fiilini icra etmiş olmak.

[3] İhzarı kavanin komisyonlarının zabıtları, cilt III, kısım I : Bologna Üniversitesinin (Sahife 358), Modena ve Ferrara Üniversitesinin (Sahife 359), Macerata Üniversitesinin (Sahifa 361), Temyiz mahkemesinin (Sahife 356), Catania, Cagliori ve Trieste Barolarının ve ilâh . . . mütaleaları.

fikir ve mütaleaların en mütabariz olanlarını, kasıd ve hatayı iyi tetkik ve tahlil ettikleri için, nakli faideden hali görülmemiştir.

Bologna Üniversitesinin Ceza kanunu projesi hakkındaki mütalaasında (Raportörü Stoppato) deniliyor ki: «Neticesi istenilmiyen ve fakat evvelden görüldüğü halde vukuuna sebebiyet verilen bir fiilin yalnız hatadan dolayı tecziyesi nasıl tasavvur edilebilir ? Bir insanın fiilini göz önünde tutalım: netice şüphe götürmiyecek surette evvelden görülmüş ve buna rağmen vukuuna sebebiyet verilmiş ise o netice muhakkak surette istenmiştir. O halde bu, istenilmiyen bir neticenin iradî bir sebebi değildir, yani hata değildir, fakat fiilin iradî bir neticesidir, yani kasıddır».

Milano Üniveristesinin mütaleasında (raportörü Grispingni) deniliyor, ki: « Projenin bu tefrikına göre muhtemel kasıd, yahut Carrara'nın dediği gibi bilvasıta positif niyet kasıddan ayrıdır. Bu ise doktrinin (Carrara dan başlayarak), mahkeme ictihatlarının, italyan ve yabancı ceza mevzuatının son temayüllerine muhaliftir. Bunlar; muhtemel bulunduğu ve evvelden görüldüğü ve buna rağmen neticenin vukuuna sebebiyet veren fiil icra ve itman edildiği halde fiilin hata adeddilmesini ve ona göre tecziye olunmasını meşru ve mazur görülemiyecek bir atifet telâkki etmektedirler ».

Ferrara ve Modana Üniveristesi de (Raportör Finzi) şu mütaleayı serdediyor: «Projenin 46 ıncı maddesine (kanunun metninde 43 oldu) göre netice evvelden görülmüş ve fakat istenmemiş ise hata, netice istenilenden daha ağır ise kasıd ve niyeti tecavüzdür. Velhasıl evvelden görülen lâkin istenilmiyen netice kasıd olmıyor da ya hata veya kasıd ve niyeti tecavüz deniyor ve o suretle suçlu tecziye ediliyor. Bu doğrumudur? Ben bundan çok şüphe ediyorum. Fikrime göre netice evvelden görüldüğü takdirde (dikkat edilsin? Bu hal yalnız muhtemel ve mümkün değil muhakkak da olabilir.) Kasdî olmaktan gayri bir şekilde suçluya atf ve isnad edilemez. Bir yazımdan aldığım bir misali arzememe müsaade edilsin: « Bazı kayıkcılar bir vapurun rekabetinden mutazarrır oldukları için o vapuru batrıyorlar. Bunu, içinde mal sahibinin koyduğu bir bekçi olduğunu ve battığı takdirde bu masum adamın ölümden kurtulamıyacağını pek âlâ bildikleri halde yapıyorlar ve bittabi ölüm

de vukua geliyor. Projenin hükmünü bu hale tatbik ettiğimizde müteakiben vukua gelen fiile (ölüm) nazaran faillerin fiil ve hareketleri gayrı kasdî ve fakat kasıd ve niyeti tecavüz demek lâzım. Çünkü bir taraftan tamamile neticenin evvelden görülmesi hali var, diğer taraftan ona sebebiyet vermek kasıd ve niyeti mefkudtur. Ben pek âlâ düşünüyorum ki neticeyi evvelden gören ve gördüğü halde fiili icra etmekten çekinmiyen birisinin sübjektif halini o neticeyi elde etmek kasdile açıkca icrada bulunmuş olan bir şahsın halile gerek hukukan ve gerekse ahlâkan bir tutmak lâzımdır. Suçlu, husulüne sebebiyet verdiği müteakib suçu, doğrudan doğruya veya esas itibarile, kasdetmediği ve hattâ arzu etmediği halde fiilini icra etmiş ve ondan da o netice tevellüd etmiş ise bu neticeyi peşin kabul etmiş demektir».

Finzi bu mütaleasında 1919 alman projesinde kabul edilen ve 1927 projesinde de muhafaza olunan ve muhtemel kasdı tarif eden formüle nazarı dikkatı celb ediyor. Bu formül şöyle diyor: «Cezalandırılan bir fiili irade ve ihtiyarile icra eden kasıdla hareket etmiştir. Yahut neticeyi mümkün adettiği halde fiilini icra ederse o neticeye de razı olmuştur».

Bologna İstinaf mahkemesi de (Raportörü reis Copelli) şu mütaleada bulundu [1]: «Evvelce görülmüş olsa bile» kelimelerinin ilâve edilmiş olmasından dolayı hataen işlenen suçun tarifi tatmin edici mahiyette değildir. Eğer bununla hatanın esasi olarak neticenin evvelden görülmesinin kabil olması hakkındaki nazariye (Imprevedibilità) [2] (ki artık doktirinler ve müstakar ictihatlar tarafından rededdilmiştir.) İhya edilmek isteniliyorsa neticenin evvelden görülmesi kabiliyetini hatada hudud tayin eden o nazariyeyi tamamile kabul etmek lâzımdır. Çünkü bunsuz neticenin evvelden görülememesine yani kaza haline geçiliyor. Bu kaza ile hatayı ayırmak için kâfi bir haddir. Zira bundan öteye, evvelden görmeye yani iradeye dahil oluyor. Bu suretle kendi fiilinden hasıl olan zararlı veya tehlikeli neticeyi evvelden gördüğü halde fiilini icra etmekle neticesini de istemiş oluyor.

---

[1] Zabıtlar, cild 111, sahife 356.

[2] Imprevedibiltà kelimesi Vekâletce tercüme ettirilen Ceza kanunu şerhinde "neticei zararın idrak edilebilmek kabiliyeti„ diye tercüme edilmiştir. Cild III, sahife 242.

Tarifin mefhumü muhalifinden anlaşıldıgı üzere bilâkis pek haklı olarak hâkim olan iradî fiil ile netice arasında bir illiyet (sebeb) rabıtası mevcudiyeti nazariyesinin teyidi kasdedilmiş ise bu ilâve (yani tarifdeki «netice evvelden görülmüş olsa bile» kelimeleri) zaidtir. Zaten çok ihtilâflı olan hata bahsında yeni ihtilâflara, münakaşalara sebebiyet verebilir».

Projeyi tetkik etmek üzere Adliye nezaretinde teşkil olunan komisyonda da «neticesi evvelden görülen hata„ nın bilvasıta kasıd veya muhtemel kasıddan başka bir şey olmadığından bahsile bu şekle itiraz edilmiştir.

« Marciano [1] «Neticesi evvelden görülen hata ekseri defa bilvasıta kasdın bir şeklide daha doğru bir tabirle muhtemel kasıddır. Bir harekette bulunurken bir neticenin kolaylıkla vukubulacağını tahmin etmek, anlamak ve buna rağmen onu yapmak istemek ve yapmak o neticenin vukuunu kabul etmek demektir. Başka suretle hareket ederek evvelce tahmin edilen ve anlaşılan neticenin vukuuna meydan vermekden ictinab etmemek hali amelin muhtemel neticesinin tercih edildiği manasını ifade eder. Kasdın esası, yalnız haksız neticeyi arzu etmek değildir. Aynı zamanda o neticenin husulüne razı olmaktır. Farz edelim,. ki bir avcı bir dal üzerine konmuş bir kuş görüyor. Silâhını uzatıp kuşa nışan alıyor, o tarafta da bir adam var, silâhını attığında kuşla beraber o adama da isabet etmesi muhtemel ve hattâ muhakkak, buna rağmen silâhı atmaktan çekinmiyor ve bu suretle o adamı da öldürüyor. Bu halin açık bir muhtemel kasıd değil de bir hata olduğunu kim iddia edebilir? Avcı adamı öldürmek istemiyordu, fakat onu öldürebileceğini anladığı halde silâhını atmaktan çekinmemiştir. Bu, ölümün muhtemel vukuuna karşı lakayd kaldığını yani muhtemel ve hattâ mümkün olan neticeye razı olduğunu ifade eder. Bu itibarla iradenin bir kısmı neticeye de lâhik olmuştur» dedi ve şu suretle mütaleasını bitirdi: «Bu sebepten dolayı neticesi evvelden görülen hata muhafaza edilmek isteniyorsa bunun ayrı bir şekil olarak kabul edilmesinin zarurî bulunduğunu zanediyorum. Çünkü neticesini görerek hareket edenle görmeyerek

[1] Zabıtlar, cild III, kısım 1, sahifa 143.

hareket eden kabili kıyas değildir. Ya «evvelden görülmüş olsa bile» kelimeleri tay edilmeli veyahut nistecesi evvelden görülen hata ile neticesi evvelden görülmiyen hata birbirinden tefrik olunmalıdır ».

Nakledilen bu fikir ve mütalealara cevap olmak üzere projeyi hazırlamış olan profesör Rocco komisyonda, projede hâkim olan fikrin; kasdın muhtemel, bilvasıta, gayrı muayyen gibi ince ve nazik tefriklerden tamamile tecerrüd etmek ve ancak suçlunun niyet ve iradesi suç teşkil eden neticeye taallûk ettiği (müteveccih olduğu) takdirde fiilin kasdî olacağını tesbit etmek olduğunu ve bundan gayrı halde yalnız hatanın mezuubahs olabileceğini beyan etti ve dedi ki: «Kasıd hakkındaki hâkim iki nazariyeden — neticenin evvelden görülmesi nazariyesi (Teoria della rappresentazione) ile irade nazariyesinden (Teoria della volontà) — irade nazariyesi tercih edilmişdir. Yalnız neticenin tahmin edilmesi ve görülmesile değil istenmesile kasıd vardır. Kasden hareket etmiş olmam için fiilimin neticesi olarak bir zararı tahmin etmem, görmem kâfi değildir, fakat fiilimin gayesi olarak o neticeyi niyet etmem lâzımdır. Eğer iradem o zararı tevlid etmeyi istediyse kasdım vardır; o zararı tevlid etmeği istemdimse neticeyi evvelden tahmin etmiş ve görmüş olmam kasıd için kâfi değildir. Âza Marciano, o zaman, bilvasıta bir kasıd, âza Ferri de muhtemel bir kasıd olduğunu söyliyorlar. Lâkin kasdın bu tefrikleri nedir ? Bunların hepsini bir hiçle bitiriyorlar. Ya zararlı netice istendi o zaman kasıd vardır; ya istenmedi o zaman da kasıd yokdur» [1]

Profesör Massari de Rocco'nun cevaplarına ilâveten şöyle dedi: «Neticenin evvelden görülmesi (previsione) esas itibarile zihnî (entellektif) faaliyet olduğunu ve bu itibarla neticenin istenmesinden bariz surette ayrıldığını Rocco pek selis olarak beyan etti. Bundan pek âlâ anlaşılıyor ki kasda tahavvül etmeksizin hatada da bir neticenin vukubulabileceği evvelden anlaşılabilir, zira kasıd olabilmek için yalnız neticenin evvelden tahmini, görülmesi kâfi değil, iradenin de bulunması lâzımdır. Diğer tabirle neticenin yalnız imkân dahilinde bulunduğunun anlaşılması kifayet etmez, onun da istenmiş olması icab eder. Âza

[1] Zabıtlar, cild IV, kısım I, sahife 139.

266

Marciano netice evvelden görüldüğü halde ictinab edilmesi o neticenin husulüne rıza ve muvafakat demek olacağını söyledi. Halbuki bu hakikate uygun değildir.

Gayrı muayyen kasıd ile neticesi evvelden görülen hatayı birbirinden ayırmak iktiza eder. Failin görüşüne göre muhtelif ve müteaddid neticeler olabilir ve onun iradesi bu neticeler üzerine ya hepsine birden veya alternatif surette veya ihtimal dahilinde olarak teveccüh edebilir. Bu ruhî halette muayyen veya gayrı muayyen kasıd vardır. Tizio birisini öldürmek istiyor ve onun yakınında da diğer bir şahıs var ki silâh attığı takdirde kendisine isabet edip ölebilir. Fail bu ihtimali nazara aldığı halde ondan sakınmıyor ve silâhını çekiyor. Bu halde gayrı muayyan kasıd vardır, çünkü daima irade mevcuttur. Diğer hal bundan pek bariz bir surette farklıdır. Meselâ Tizio bir kimsenin sırf şapkasını düşürmek maksadile silâhının uciyle dokunurken silâh patlıyor ve onu öldürüyor. Burada öldürmek için iradesi sebketmemiştir. İrade olmayınca hatadan başka bir şey de mevzuubahs olamaz.

Kasıd, bir neticenin istihsalini istemektir. Bilvasitada olabilir. Lâkin onun husulü istenmiş olmalıdır. İmdi irade mefkud ise kasıd yoktur. Mes'ele hatanın az veya çok agır olmasına taallûk ediyor. Romalıların dedikleri veçhile Culpaex ignoratia (neticesi evvelden görülmeyen hata) veyahut Culpaex lascia (neticesi evvelden görülen hata) dır. Madem ki «Culpalato doloaequaparaturi» (ağır hata kasıdla musavidir)» prensipinin ceza sahasında yeri yoktur, o halde iradesiz bir kasıd, takribi bir kasıd bir şebih kasıd fikrini bertaraf etmelidir. Hata, ister agır, ister hafif olsun, daima hata olarak kalıyor ve mes'ele projede olduğu gibi cezanın mikdarına, derecesine inhisar ediyor. Meselâ 434 üncü maddedeki vasaiti sür'atle sürmek suçu [1] için agır bir ceza tayin edilmiştir.

Marciano bunu pek müfrit bulmuştur. Bunda kasdın mevcudiyeti anlaşıldığı takdirde daha ağır ceza verilecektir. [2]

Rocco ve Massari'nin mütalealarını teyiden Mangini'de şunları söyledi: «Farz edelimki Guillaume Tell yanılarak oğlunu öldürmüştü. Bu halde

[1] Lâyıhaya konmuş olan bu madde bilâhara çıkarılmıştır.

[2] Zabıtlar, cilt IV, kısım I, sahife 144.

onu kasden adam öldürmekten dolayı mahkûm etmek çok zor oluyordu. Çünkü kendisi her ne kadar neticeyi evvelce görmüşse de onun vukuunu istemiyordu. Her ne suretle olursa olsun projeye göre neticenin evvelden görülmesi, onun ikaı iradesile müterafik değilse, hatalı suç teşkil eder; bu, yalnız 65 inci (kanunun metninde 61) inci maddenin 3 üncü bendinden değil 47 inci (metninde 43) maddenin tarifinden de anlaşılıyor». [1]

*
* *

Neticesi evvelden görülen ve görülmiyen diye hatanın ikiye tefriki şe'niyete uygundur. Yeni italyan Ceza kanunu bu neticesi evvelden görülen hata şeklini neticesi evvelden görülmeyen hatadan ayırıp onu hatanın ağırı ve cezayı artıran sebebi olduğunu kabul etmek suretile bu fikri mükemmel surette izhar etmiştir. (Madde 63, numara 3)

Vazıı kanun, fiilin neticesi evvelden görülmüş olsa bile bu netice istenmemiş ise kasıd olmayıp hata olacağını kabul etmekle beraber onun cezayı arttırıcı sebep teşkil edeceğine dair hüküm koyarak suçun kemiyetini (quantità) takdirde neticesinin evvelden görülmüş olmasını âmil ve müessir kılmıştır.

Bu cezayı arttırıcı sebeb Ferri'nin 1921 projesinde de (21 inci madde 17 numara) derpiş edilmişti. Fiilin neticesi evvelden görülmüş veya görülmek imkân dahilinde bulunmuş olduğu halde onun vukuuna sebebiyet verilmesini hataen işlenilen suçlarda tehlikeliliğin vahametine karine addediyordu.

Rocco projesi (Yeni italyan Ceza kanunun ilk projesi) ise neticesinin evvelden görülmesi halini cezayı arttırıcı bir sebeb elarak kabul etmemişti. Fakat bu şekil hata hakkında yapılan itirazlar ve cereyan eden münakaşalar neticesinde bilhassa yukarıda zikredilen Marciano' nun mütaleası üzerine ilk defa olarak kat'î projeye idhal edildi. Bu hususdaki esbabı mucibede vazıı kanun şöyle diyor: «Hataen işlenen suçlarda netice evvelden görüldüğü halde fiilin icra edilmesi- netice ev-

[1] Ayni zabıtlar.

268

velden görüldüğü halde fiilin icrası da (icraî veya ihmalî) psikolojik bir unsura tealluk ediyor. Hatanın ağır bir derecesini ve daha büyük tehlike halinin karinesini teşkil ettiği cihetle bu hali cezayı arttırıcı sebep olarak ilâve ettim».

*
* *

Mes'ele, netice istenmemiş ve fakat evvelden görülmüş olduğu halde nasıl hata olarak kaldığını ve o suretle cezalandırıldığını görmektedir. Bunun için Paoli: « Neticeye tealluk eden ve doğrudan doğruya kasdı olmıyan her iradî hareketin neticesi evvelden görülen hata dairesine girebileceği zanedilmemelidir. Netice muhtelif suretlerle istenebilir: bilâvasıta veya bilvasıta veya muhtemel surette . . . . muhtemel kasıdda neticenin husulü istenmiyor, fakat icrası halinde o neticenin vukuuna sebeb olmak tehlikesi var. Velhasıl bilvasıta kasıd da netice muhakkaktır, muhtemel kasıdda mümkün ve hattâ muhtemel, lâkin muhakkak değildir. Birincisinde neticenin vukuu isteniyor, ikincisinde vukuuna sebiyet verileceği evvelden kestirilebiliyor. Her ikisinde elde edilmek istenilen netice ayrıdır». diyor ve failin meşrû, muhik bir neticeyi istihdaf ettiği hal ile cezaen haksız olan bir neticeyi istihdaf etmesi halini birbirinden ayırıyor ve şu suretle birinci halde neticesi evvelden görülen hatanın, ikincisinde ise kasdın bulunduğunu kabul ediyor. [1]

Del Vecchio'ya göre de iradeninin lâhik olub olmaması bu bapta kıstasdır. Netice evvelden görülmekle berber onun vukubulmıyacağı ümid edilmektedir. Maamafih neticenin vukubulacağı muhakkak olmamalıdır. Zira muhakkak olması neticenin vukubulmıyacağı ümidini bertaraf eder. Bu unsur da betaraf edilince failin niyeti hilâfına neticenin vukua geldiğini söylemek imkânı kalmaz. [2]

Cecchi'ye göre de neticenin evvelinden görülmesi demek, failin fiili

---

[1] Dolo, preterintenzionale e colpa, Riv. Ital. di Dir. Pen. mecmuası, Eylül - Teşrinievvel 1932, sahife 655.

[2] La previzione del evento nel delitto colposo; Annali di Diritto e Procedura Penale mecmuası, 1933, numara 6, sahife 567.

ile netice arsında bir illiyet (sebeb) rabıtasının mevcudiyetini görmek demektir. İlliyet rabıtası dört dereceye taksim edilebilir:

A — Yalnız mümkün olan illiyet rabıtası,

B — Pek mümkün olan illiyet rabıtası,

C — Muhtemel olan illiyet rabıtası,

D — Muhakkak olan illiyet rabıtası.

Pek nadir hallerde (Id quod plerumque accidit) e müsteniden muayyen bir fiil ve hareketten, az çok ehemmiyetsiz nisbette, muayyen bir netice tevellüd ederse yalnız mümkün demektir.

Bazı hallerde o fiil ve hareketten mühim surette, muayyen bir netice tevellüd ediyorsa pek mümkün demektir.

Ekseri hallerde fiil ve hareketten muayyen bir netice tevellüd ediyorsa o muhtemel demektir.

Eğer o fiil ve hareketten daima veya hemen hemen aynı netice tevellüd ediyorsa o muhakk demektir.

Birinci illiyet rabıtası (sırf mümkün olan) cezaî noktai nazardan ehemmiyetsizdir. Meselâ Caio, Tizio aleyhine hukuk mahkemesine dava açıp kendisine tebliğat yapılırsa ve bundan müteessir olarak Tizio' da sektei kalbden ölse Caio'nun fiil ve hareketiyle ölüm vak'ası arasında bir illiyet rabıtasının mevcud olduğunu ve bu neticenin cezaî noktai nazardan ehemmiyeti bulunduğunu hiç bir kimse iddia edemez.

Dördüncü illiyet rabıtasının (muhakkak olan illiyet rabıtası) neticesi evvelden görülen hata cihetinden ehemmiyeti yoktur. Bu halde muayyen bir neticenin vukuuna sebeb olacağı muhakkak bulunan bir fiil ve hareketi istemek o neticenin husulünü istemeğe muadildir. Bu takdirde kasıddan başha bir şey mevzuubahs edilemez.

Diğer iki halde (pek mümkün ve muhtemel olanlar), fiilde kasıdmı, yoksa neticesi evvelden görülen hatamı olduğunu tefrik edebilmek için diğer bazı kıstasların yardımına müracaat etmek lâzımdır.

Muhtemel olan illiyet rabıtasında neticeyi evvelden gören failin o neticenin vukubulacağını ümid edip etmediği veya neticeye karşı lâkayd kalıp kalmadığı veyahut fiilinin gayrı muhik olduğunu bilip bilmediğini

tetkik etmek icab eder. Bu üç faraziyeden her birinde alınacak cevab müsbet ise fiilde kasıd vardır, menfi ise neticesi evvelden görülen hata vardır.

Pek mümkün olan illiyet rabıtasında ise neticeyi evvelden gören failin fiilinin gayrı muhik olduğunu gerek bilsin ve gerek bilmesin o neticenin vukuunu ümid edip etmediği, veya o neticeye karşı lâkayd kalıp kalmadığını araştırmak lâzımdır. Bu iki farziyeden birine alınacak cevab ise fiilde kasıd vardır, menfi ise neticesi evvelden görülen hata vardır.

Şu suretle bilvasıta veya muhtemel kasıd yoktur. Yalınız kasıd ve ya hata mevzuubahstır. Bu da pek mümkün veya muhtemel illiyet (sebeb) rabıtasına ve failin netice muvacehesindeki menfi haleti ruhiyesine göre olur. [1]

Neticesi evvelden görülen hata hakkında Manzini'de şöyle diyor: «Bu hüküm ile (yani italyan Ceza kanununun kabul ettiği şekil ile) neticenin evvelden görülmesi kabiliyeti nazariyesini tanınmıyor, bilâkis açık surette reddediliyor. Çünkü bu nazariye yalınız neticenin görülmesi kabil olan hallerde hata bulunduğunu kabul etmekte olduğu cihetle hatanın bir unsurunu teşkil eden o hali ayrıca artıran bir sebeb olarak gösterilmez. Aynı şekilde netice evvelden görülmüş olduğu takdirde suçun kasdî olacağını kabul eden nazariye de reddediliyor. Kasdî suç değil de hatanın ağırı ve cezayı arttıran sebebi olması için fail tarafından neticenin imkân dahilinde görülmüş olması lâzımdır, muhtemel veya muhakkak olmamalıdır. Bu hallerde neticenin evvelden görülmüş olmasına ragmen fiili icra (veya ihmal) etmek bizzarure o neticenin vukuunu istemiş demek olur» [2].

Corsenello da yukarıda zikredilen fikirleri tenkid ettikten sonra kendi fikrini şu suretle izah ediyor: «Dogru bir kıstas olarak, gerek sübjektif gerek objektif olsun, neticesi evvelden görülen hatanın hatadan dolayı

---

[1] L'evento nel reato, 1932, ve 162 müteakıb sahifalar; Il Reato colposo, Responsabiltà civile e Previdenza mecmuası, numara 12, 487 ve müteakıb sahifalar; Colpo con previsione o Dolo?, Quaderna de l'Italia Giudiziara mecmuası, 1933.

[2] Trattato di Diritto Penale, 1933, cild I, sahifa 656-657.

mes'uliyet prensipinin bir paratik istisnası bulunduğunu söyliyebiliriz. Bu şekil hatada kasıdda olduğu gibi tam irade mevcud olmayıp neticye müteallik hafif bir irade olduğu için kasıddan ayrılır». [1]

*
* *

Neticesi evvelden görülen hatanın ne kadar münakaşa edildiği ve daha da edileceği yukarıda zikrettiğimiz fikir ve mütalealardan anlaşılmaktadır. Bu şekil hata meselesinin hallinin ve kasıddan tefrikının çok müşkil olmadığını zannediyoruz.

Bir fiilin neticesi evvelden tahmin edilmemiş, görülmemiş ve vukuu da istenmemiş ise kasdî bir cürmün mevzuubahs edilemeyeceği şüphesizdir. Netice evvelden görülmüş olmakla beraber onun husulü istenmemişse yene hata dairesinden çıkmaz. Yalınız neticenin evvelden görülmesi kasdın mevcudiyeti için kâfi bir unsur değildir, aynı zamanda onun ikaı iradesi de lâzimdır. Maamafih neticesi evvelden görülen hata bazan kasıda inkilâb edebilir. Bu itibarla münferid hadiselerde ayrı ayrı incelemeler ve araştırmalar yapılmalıdır. Bâzı dafa neticeyi evvelden gördüğü halde fiilini icra eden failin icra esnasında aldığı vaziyet (neticeye karşı lâkayd kalması vaya neticeyi teyid ve tasdik edceek haller ve saire ...) o neticenin husulünü istemiş ve bu hususta iradesini kullanmış mahiyet ve derecede olabilir. Bunlar doktorinlerin, mahkeme ictihadlarının işliyecekleri ve üzerinde çalışacakları hususlradır. Hata dairesinde kalabilmesi için netice ancak imkân dahilinde görülmüş olmalıdır, neticeye müteveccih herhangi bir irade mevcud bulunmamalıdır. Netice muhakkak veya çok muhtemel görülmüş ise hata haddini aşar, çünkü neticenin husulü muhakkak veya çok muhtemel bulunduğu halde fiilin icrası o neticeyi istemek demektir. Velhasıl filî bir hüküm mevzuubahstır ki ancak münferid hadiselere göre verilebilir. Hâkim her hadisede neticenin evvelden görülmesini, failin ne suretle fiil ve harekette bulunduğunu, diğer hal ve vaziyetlerini göz önünde tutarak failin o neticenin husulü için iradesini kullanıp kullanmadığını istidlâl ve ona göre ya hatanın veya kasdın mevcudiyetine hüküm ve ceza tayin eder.

Mesele sırf filî bir meseledir. Yene italyan Ceza kanunun kabul ettiği şekil esas itibariyle doğrudur.

---

[1] Lo colpa punibile, 1935, sahifa 262.

272

No : 12

Bir kanun hükmünün şümulüne açıkca girmiyen bir fiili; hâkimin muhakeme etmesi ve cezalandırması temenni edilirmi ?

Fransız Temyiz mahkemesi müddeiumumiliği Umumî Kâtibi ve mukayeseli Hukuk enstitüsü Umumî Kâtibi M. Marc Ancel tarafından 937 temmuzunda Paris'te toplanan Beynelmilel dördüncü Ceza hukuku kongresine verilen Rapor.

Çeviren: *Cevat SERİM*
Kongrede bulunanlardan C. Baş Müddeiumumî muavini

Bir kanun hükmünün şümulüne açıkca girmiyen bir fiili, hâkimin muhakeme etmesi ve cezalandırması temenniye şayan olup olmıyacağı hususunu tetkik ederken, Kongre, bugünkü Ceza hukukunun en ağır mes'elelerinden biri üzerinde kanaatini izhar etmek mevkiinde bulunuyor. Bu çetin mevzuun açık bir şekilde Kongreye arzedilmiş olması memnuniyeti mucibtir. Çünki bu mevzu, bugün ihtimal otuz kırk sene evvel olduğu kadar gayri tabiî görünmemekte isede bir çoklarının açıkca ortaya atmaktan çekinecekleri mes'elelerdendir. Filhakika bu mesele Ceza hukukunun, düne kadar itiraz edilmiyen « Nullum crimen, nulla poena sine lege » « kanunsuz suç, kanunsuz ceza olmaz » kaziyesinin münakaşasını istilzam eder gibi görünmektedir. İtiraf edelim ki eskidenberi tatbik olunagelen bu kaide, bugün bir çok muhalefetlere yol açmaktadır: Hâkimin bu kaideyi nazara almaması hemen her tarafta tenkide uğradığı hir sırada, yeni bazı kanun vazıları bunu tanımamak temayülünü gösteriyorlar. Bundan, işbu kaidenin artık bugün seleflerimizin telâkki ettiği kadar açık bir zaruret mahiyetini haiz olmadığını istidlâl etmek icab edermi ? Hattâ bazılarının düşündükleri gibi bunun faideli olmaktan ziyade tehlikeli olduğuna hükmedilebilirmi ?

Mes'ele açıkca ortaya atılmağa ve lexferenda sahasında bir hal şekline bağlanmaya değer. Suç ve cezaların kanuniliği eski prensipinin muasır mevzuatta veya kazaî tahkikatta ne gibi sarsıntılara maruz kaldığı hususunu burada tetkik etmek bahsimizin mevzuu değildir. Yapılması gereken şey ki daha ağır olan da budur hâkimin bugünkü cemiyet içerisindeki hakikî rolünü tayin edebilmek için bu prensipin hali hazırdaki tam kıymetini ölçmektir. Bu maksadla kanunsuz suç olmaz kaidesinin manasını ve hikmeti vücudünü kısaca hatırlatmak faydali olacaktır. Bu suretle karşılaşılan hal şekillerinden birini tercih etmeden evvel bu kaidenin uğradığı tenkidleri tetkik ve işbu tenkidlerin hakikî ehemmiyet ve şümulünü takdir etmek daha kolay olur.

I

Kanunsuz suç, kanunsuz ceza olmaz prensipinin 18 inci asrın ve bilhassa fransız Büyük İhtilâlinin yarattığı bir esas olduğunu iddia etmek abesdir. Pufendorf'un yazılarında da ifade edildiği gibi bunun menşeini daha evvelâ irca etmek lâzımdır. Filhakika, mevzu hukuk müesseselerinin üstünde evveldan mevcud bir hukuku tabiîye fikri inkişaf edince bu hukukun ferd lehine teminat teşkil edeceği ve ayni zamanda ferdin faaliyeti hududlarını tayin etmesi lâzım geleceği aşikâr gibi göründü.

18 inci asrın felsefe telâkkileri tarafından bir sistem altında tekrar ele alınan bu fikirler kanunsuz suç olmaz kaidesine müncer olmuşturki bu kaide ayni zamanda men edici bir mahiyet, muayyen müsbet bir mana ve hukuk felsefesi prensipinin çok geniş şümulünü iktisab etmiştir.

Bu kaide evvelâ, eski Ceza usulü muhakemesinin şiddeti ve suyiistimallerine karşı bir aksülâmel şeklinde kendisini göstermiştir. Bu usulü muhakeme hâkime, muttali olabildiği suçların cezalandırılması işinde ehemmiyetli bir salâhiyet veriyordu. Bunu, Jousse'un (Traité de la justice criminelle en France) ünvanlı eserinden anlıyoruz. «Cezalandırılması lâzım gelen bir suç için kanunla veya mahkemelerin ictihatlarile taayyün etmiş ceza mevcud olmadığı zaman bu ceza hâkimin basiretine bağlıdır. Kanunda derpiş edilmiyen ve haklarında hiç bir ictihat mevcud bulunmıyan bütün hallerde hâkimler muhtelif icablara ve suçun mahiyetine göre cismanî veya malî, mü-

nasib bir ceza hükümedebilirler; elverirki bu ceza ülke içinde tatbik edilen cezalardan biri olsun». Şu halde hâkim yeni bir ceza ihdas edemiyordu fakat mevcud cezalardan, el koyduğu fiile tatbik edilmesini münasib gördüğünü seçmekte serbestti ve, bu şart altında, cezaların keyfî olduğunu söylemek kabildir. Eski müellifler, kanunda yeri olmıyan fiiller için ölüme mahkûmiyet kararı verildiğine dair bir çok misaller zikrediyorlar. Tecziye usullerinin, muhakeme usulünun şiddetine inzimam eden gaddarlığı eski sistemin tehlikelerini açıkca göstermiş ve itirazlara yol açmıştır. Binaenaleyh tecziyeyi yumuşatmak ve kanunun çerçevesine sokmak zarurî görüldü. Bu iki hareket Avrupa kıt'asının bütün memleketlerinde ve hattâ İngiltere'de aynı zamanda başlamıştır. Görünüşe rağmen ingiliz hukukunun her hale göre hâkim tarafından tesbit edilen (keyfî cezalar) sahasında kalmadığını göstermek fırsatını bulacağız. Fakat ingiliz Ceza hukukunun istikrarı 18 inci asrın sonlarından itibaren tecziyenin tedrici yumuşatılması ile birlikte vuku bulmuştur. Cezaların fazla ağırlığıdırki hemen her tarafta, bunların haksız olarak tatbik edilmeleri korkusunu uyandırmıştır. Bu surette kanunsuz suç olmaz prensipi evvelâ insanî bir aksülâmelden doğmuştur.

Yıkıcı ve daha doğrusu ihtilâlci mahiyetinden maada kanunsuz suç olmaz kaidesinin, vücud bulduğu andan itibaren çok sarih müsbet bir manası da vardırki bu mana bugün dahi hikmeti vücudünü izah eylemektedir.

Montesquieu der ki: Hürriyet emniyetten ibarettir veya hiç olmazsa emniyetin tarzı telâkkisidir.

« Bu emniyet, umumî veya hususî ittihamlarda olduğu kadar hiç bir vakit taarruza uğramaz. Şu halde vatandaşların hürriyeti her şeyden evvel ceza kanunlarının iyiliğine tabidir. » [1]

Hakikat bundan daha iyi ifade edilemez. Kanunsuz suç olmaz kaidesi de ferdin başlıca teminatı vasfını almıştır. Hukuku Beşer beyannamesi: « Hiç kimse, suçun vukuundan evvel neşir ve ilân olunmuş kanunun tayin ettiği ve tatbik sureti kanunî olan cezadan başka bir ceza ile cazalandırılamaz » (8 inci madde) esasını koyarken kanunsuz suç olmaz kaidesi yukarıda işaret olunan şekilde anlaşılmıştır. Keza bazı teşkilâtı esasiye kanunları, hattâ son zamanlarda da, cemiyeti idare eden esas prensipler ara-

[1] Ruhulkavanin XII kitab, II fasıl.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

sında kaideyi kabul etmeyi faydalı görmüşlerdir. [1]

Ferde tanınan teminat çok daha umumî olan « kanunun üstünlüğü », prensipine istinad eder. Yene Montesquieu derki: « Cumhurî hükûmette hâkimlerin kanunu harfiyyen tatbik etmeleri, şekli hükûmet icablarından dır. Hiç bir vatandaş yokturki malları, şerefi veya hayatı mevzuubahs olduğu zaman bir kanun o vatandaş aleyhine tefsir edilebilsin. » [2]

Malûmdurki fransız Büyük İhtilâli, millî idarenin ifadesi gibi telâkki edilen yazılı kanunun üstünlüğünü kuvvetle ifade etmiştir. Bizzat Kanunu Medenî, beşinci maddesinde umumî ve nizamî esaslara göre karar vermekten hâkimi men ediyordu. Ceza kanunu da dördüncü maddesinde: «Hiç bir kabahat hiç bir cünha ve hiç bir cinayet işlenmelerinden evvelki kanunda yazılı olmıyan cezalarla cezalandırılamaz » hükmünü koymaktadır. O zaman tefriki kuva esası ile de kuvvet bulan kanunîlik prensipinin sonuna kadar götürülmesi arzu edilmekte idi. Hâkime hemen hemen sadece mihanikî bir rol veriliyordu. 1787 tarihli Ceza kanununda, kanunsuz suç olmaz kaidesini kanun ile ilk defa olarak teyid eden Jozeph II, hâkimi, kanunu harfiyen tatbik etmiye mecbur tutuyordu; daha ileri gidildi: Kanunun, ilmî herhangi bir şerhi ve her türlü tefsiri, men edilmek istenildi: Hattâ 1782 tarihli bir alman kanunu porojesi Hükümdarın müsaadesi olmadıkça Ceza kanunlarını tefsir edenlerin hapis ile veya para cezası ile cazalandırımalarını depiş etmişti.

Şüphesiz bu ifratlardan oldukça çabuk vaz geçildi. Fakat bu görüş tarzı Ceza kanunlarının tahdidî şekilde tefsire tabi oldukları kaidesinin—ki bu kaide kanunsuz suç olmaz prensipinin bir mütemmimidir— teessüs etmesini intac etmiştir.

Şu halde bu prensipin başlıca manası, hâkimin intizamı âmme kanununa tabi olması esasına dayanan ferdî hürriyetin teminatı olmasından ibarettir. Fakat bu prensip, aynı zamanda gerek Ceza hukukunun ve gerek Ceza hâkimin terttüb eden vazifenin sarahaten taayyün etmiş bir nosyonunu da tazammun eder ki bazan bu cihet unutulmaktadır.

---

[1] Meselâ 1923 tarihli Romanya ana yasası (Madde 14) 1919 tarihli Alman ana yasası (madde 116) ve İspanya'da teşkilâtı esasiye teminatı mahkemesini ihdas eden 14 Haziran 1933 tarihli kanun (Madde 66) ve saire.

[2] Ruhulkavanin VI kitap, III fasıl.

276

Hukuku Beşer beyannamesinin 8 inci maddesinde: Kanun, ancak lüzumlu olan ve zarureti aşikâr bulunan cezaları vazeder, denilmektedir.

Filhakika Ceza kanunu, mahiyeti icabı olarak ferdin hakkına bir tecavüzü tazammun ettiği cihetle ancak istisnaî ve nev'ama gayri tabiî bir karakteri haizdir. Kanunî düstura karşı vaki olan herhangi bir muhalefeti kaideten suç addeden iptidaî kanunların aksine olarak 18 inci asır hukuku ceza müeyyedelerine müracaat keyfiyetini ancak çok ağır mülâhazaların haklı gösterebileceği fevkalâde bir tedbir olarak telâkki etmeğe bizi alıştırmıştır. Hâkimin bizzarur yegâne rolü kanunu harfiyyen tatbik etmekten ibarettir. Kanun vazıı, hâkimin eline, ahlâkı düzelten bir nısfet vazifesinin ifası için kullanabileceği bir silâh vermiş değildir. Hâkim, muasırlarının anladıkları manada, ahlâkî müeyyede altına almak vazifesi ile de mükellef kılınmamıştır. Hâkim mutlak bir kanuniliğin bitaraf bir muhafızı fakat aynı zamanda da hâkimidir. Ceza hukuku sahasını aşmasına rağmen bu prensipler, cezaların ve suçların kanuniliği umumî kaidesi içerisine şimdiden girmiştir.

II

19 uncu asır zarfında, kanunsuz suç olmaz kaidesinin hemen umumî surette tanınması Ceza hukukunu sade ve sağlam esaslara istinad ettirmiştir. Ayni asrın sonlarında, meydana çıkan fikirlerin bu kaideyi ne dereceye kadar sarstıklarını burada araştıracak değiliz. Malûmdurki; pozitivist münakaşa ceza nosyonu ile birlikte Ceza hukukunun tarzı telâkkisi (Conception) mes'elesini tekrar ortaya atmıştır. Ne olursa olsun düne kadar itiraz edilmiyen bu kaide aleyhine hali hazırda tenkidler tevcih edilmektedir.

Bu tenkidlerin esasını bulmağa çalışalım:

Evvelâ deniliyorki Ceza kanunlarında ferdin teminatını hâkim kılmak istemek açık bir hatadır. Çünkü Ceza hukukunun ilk vazifesi cemiyetin himayesidir. İmdi garip bir tecelli olarak kanunsuz suç olmaz kanunsuz ceza olmaz kaidesine iltica eden, suçun failidir; cezasız kalmasını temin etmek için failin, başkasına zarar vermekten çekinmesi değil sadece cezayı koyan kanunun cezalandırdığı hareketten kaçınması kâfidir. Bu neticeyi, bu harekete yakın olan fakat henüz tecrim edilmemiş bulunan bir usul ile temin etmek failin maharetine kalmış bir şeydir. Kanunun metnine harfiyen bağlı olan hâkim onu mahkûm edemiyecektir.

Von Liszt'in meşhur tabiri veçhile Ceza kanunu, suçlunun Magna Charta'si [1] olmak halini almış görünüyor.

Esasen kanunsuz suç olmaz kaidesinin mesnedini teşkil eden ferdiyetcilik kaygusunun, bu kaidenin tatbikini de bertaraf edebileceği ayrıca ileri sürülüyor; çünkü, Ceza kanunnunda derpiş edilmiyen bir suçun mağduru himayesizdir deniliyor; yegâne telâfi vasıtası olan hukukî tazmin gayri kâfi olabilir. Ortada iki şahıs mevzuubahstır; zarara sebebiyet vereni değil de zarara uğrıyanı daima ne için feda edelim?

Bu şekil de nazara alınınca; mes'elenin esası, Ceza hukukunun hukukî mahiyetinin araştırılmasına müncer olmaktadır. Kanunsuz suç olmaz kaidesini, Ceza hukukunun yanlış telâkkisine istinad ediyor diye ittiham etmekle hataya düşülmüş olmaz. M. Cartos Salvagno Campos derki: «Fenalıklar davalarile birlikte değil ilk kurbanlarile birlikte doğarlar.» Umumî manada (Tabiî suç=Délit naturel) kanun vazıı tarafından ancak bir müeyyideye bağlanmakla kanunî suç olur; halbuki suç kanundan evvelde mevcuttur: «Suç, dar ağacını değil ayıbı doğurur.» Binaenaleyh Ceza hukukunu, «münakaşaya mahal bırakmıyan bir tereddî zemini» ihtiva eden dar hududlar içerisine sıkıştıracak yerde ona umumî karakterini iade etmek muvafık olur.

Bunu yapmakla hâkime ağır bir vazife yükletildiği gibi çok tehlikeli bir salâhiyet de verilmiş olurmu? «Tesmiyesiz suç=Délit innomé» tezi taraftarları bunu inkâr etmiyorlar. Fakat onların nazarında hâkim yazılı kanunun hâmisi olmaktan çıkmıştır. Bilâkis hâkimin bugünkü mücadelelere karışması arzu ediliyor. Hâkimin bugün artık neşrü ilân edilmiş kanunların değil müdafaa etmekle mükellef olduğu cemiyetin arzularının, telâkki tarzlarının hattâ husumetlerinin müfessir ve tercümanı olması isteniyor. Cemiyeti himaye etmek için kendisine en geniş salâhiyetler veriliyor; ve bu faal ve önemli vazifeyi, camianın bütün düşmanları aleyhindeki bu mücadeleyi ifa hususunda kendisine itimad ediliyor.

İşte şimdi, Hukuku Beşer beyannamesinden ve kuvvetlerin tefriki esasından uzaklaşmış bulunuyoruz. Fakat yukarıda işaret ettiğimiz yeni telâkkilerin lehine olarak bizzat mevzu hukukun istihalesi ileri sürülmektedir.

[1] Büyük hürriyet beratı

2756

Kanunlar kazaî tatbikat gibi tahdidî formüllerin şiddetinden kendilerini kurtarmış bulunuyorlar; fazla olarak bazı kanunlar, tecrimin kanuniliği an'anevî kaidesini tanımıyacak kadar ileri geçmişlerdir. Kanunsuz suç olmaz prensipinin tesiri altında olan kanun vazıı için Ceza kanunu istisnaî bir karakter iktisab ediyor demiştik; şu hale göre şahsın hakkına tecavüz teşkil eden tecziyenin mümkün olduğu kadar dar hududlar içerisine alınması lâzım gelir. İmdi modern hukuk bize aksini gösteren misaller veriyor. Yeni ceza kanunları cezaları hem çoğaltmağa hem de ağırlaştırmağa mütemayildir ve bu temayül tecziye sisteminin yumuşatılması istidadını gösteren ve 18 inci asır fikirlerinden doğan hareketle tezad halindedir. Cemiyetin himaye ve müdafaasında esaslı vasıtalardan biri olan emniyet tedbirleri eski ceza usulünü, elâstikiyet vermek suretile itmam ediyorlar. Şüphesiz bu emniyet tedbirleri nazarî olarak veya teknik itibarile nefsi cezadan ayrılmış şeylerdir. Bununla beraber ferdin hukukuna karşı doğrudan doğruya çok ağır birer tecavüz teşkil ederler. 1931 tarihli italyan Ceza kanunu bazı hallerde tecziyesi kabil olmıyan bir şahsa suç işlemesi muhtemel bulunduğu zaman emniyet tedbirlerini tatbik edecek kadar ileri gitmiyormu? İçtimai korunma mülâhazası burada kanunsuz suç olmaz kaidesine riayetten daha üstün tutuluyor.

Nihayet kanun vazıı yalınız, hâkim tarafından — elden geldiği kadar şahsileştirilmesi istenilen — cezaları değil fakat ekseriya suçun bizzat unsurlarını tahdidî şekilde tayin etmekten sarfınazar etmektedir.

Bazan (Kıymet telâkkileri = Conceptions de valeur) diye anılan şey gitgide Ceza hukukuna girmektedir: suç artık yalınız muayyen haricî ve murakabesi mümkün bir vakaya değil bizzarure enfüsî olan ve hâkimin takdirine bırakılmış bulunan bir nosyona istinad ediyor. Bilfarz üç hafta müddetle işden alıkonmayı mucib olan bir yaralama bugün (ağır yara) tabiri ile ifade ediliyor; fazla olarak 1926 tarihli Çekoslovakya Ceza kanunu projesinde olduğu gibi suçlunun hangi düşüncenin tesiri altında olduğunu ve ahlâk düşkünlüğü ile hareket edıp etmediğini araştırması hâkimden isteniyor. İtalyan Ceza kanunu hâkimin; babalık veya karılık veya kocalık sıfatlarından doğan mükellefiyetlere hattâ sadece ahlâkî olanlarına bile, riayet etmeyenleri cezalandırmasına müsaade etmekte tereddüd etmemektedir. (İtalyan Ceza kanunu madde: 571)

229

Hukuku mevzuaya taallûk eden bu tetkiki derinleştiremediğimiz gibi kazaî tatbikatın, bir asırdanberi, Ceza hukukunun tahdidî surette tatbiki prensiplerine karşı vaki muhalefetlerini de tafsilâtile burada tetkik edemeyiz. Bu muhalefetler o derece malûm ve okadar aşikârdirki, bugün bu hususta ancak mübalağa edilmekten korkulabilir. Almanya'da, elektriğin Ceza kanunundaki manasında bir şey olmadığı esbabı mucibesile elektrik hırsızlığının cezalandırılmaması biliçtihad tekarrür etmiş bulunduğu ve bilâkis başkasına aid bir şeyin hile ile elinden alınması nosyonunun mümkün Fransa'da olduğu kadar şümullü olduğu kabul edilerek elektrik hırsızları hakkında Ceza kanunumuzun 379 uncu maddesinin biliçtihad tatbik edilmekte olduğu göz önünde iken kanunsuz suç olmaz kaidesinin manası ve Ceza hukukuna izafe etmesi lâzım gelen kat'îyet üzerinde bazı tereddüdlere düşülmezmi?

Takib edilmek istenilen yol yeni mevzuatta eski prensiplerin tamamile devrilmesine müncer olacak gibi görünüyor. Sovyet Rusya'da 10 senedenberi kanunsuz suç olmaz kaidesi reddedilmiştir. (922 tarihli sovyet Ceza kanunu madde 6; 1927 tarihli kanun madde 95). Üçüncü Reich'ın teessüsünden beri Almanya'da bu yolda şiddetli bir temayül kendisini göstermiştir. Bu vaziyetin nev'ama hukukun serbestisine yol açacağı kanaati izhar edilmiştir. Fakat aynı zemanda bu serbestinin ancak zahiren ihtilâlci olduğu da iddia ediliyor. Çünki, deniliyor ferdî hürriyet an'anesi iyize bilinen İngiltere klasik prensipi kabul etmekten daima imtina etmiştir. Ceca hukuku İngiltere'de zamanla mahkemelerin devamlı kararlarile vücud bulmuş ve üzerinde işlenmiş (Common Law) dendir. İngiliz Ceza hukuku hâkimin eseri olduğuna göre tahdidî kanuniliğin şiddetleri dışında kalacağını söylemek kâfi değilmidir?

III

Muhtelif şekiller altında ve az çok kuvvetle kanunsuz suç olmaz kaidesi aleyhine tevcih olunan tenkidler bunlardır. Bu tenkitleri kuvvetlendirmek üzere muasır mevzu hukukun detkikinden çıkarılan deliller de bunlardan ibarettir. Bununla beraber meseleyi esasından halletmeden evvel ne gibi hal şekilleri karşısında bulunulduğu anlaşılmak için gerek mevzu hu-

kuktan çıkarılan deliller ve gerek yukarıda hatırlatılan ilmî tenkidler hakkında bazı mülâhazalar ilâve etmeyi faydali görüyoruz.

Mevzu hukukun—tekrar edelim—teferruatına girişilmeksizin tetkiki, muasır devletlerin hemen hepsinde teşriî ve kazaî tatbikatın (pratique) istihalesinin kanunsuz suç olmaz kaidesinin sadece bir adiline müncer olduğunu ve kanun vazıının bu kaideden sarfınazar etmeğe asla temayül etmediğini gösterir. Bizzat italyan Ceza kanunu bu hususdaki prensipi ihtimamala tebyin etmekte ve Alfredo Rocco bunu şahsî teminatın an'anevî fikrile izah eylemektedir. Binaenaleyh şunu kaydetmek lâzımdırki mes'ele, mevzuatın ekserisinde bir tehavvül değil bir intibak meselesi olarak kendisini göstermekte ve Ceza hukuku menba'larının yeniden tayinine değil Ceza kanununun tatbikı meselesine inhisar etmektedir. Şüphesiz kanunsuz suç olmaz kaidesini tanımıyan mevzuata bu müşahedenin teallûku yoktur. Fakat bu mevzuatın mezkûr kaideyi ne dereceye kadar tanımadıklarını araştırmak lâzım gelir. Bu cümleden olarak ingiliz Ceza hukukunda an'anevî kaidenin tanınmadığı iddia edilmekle bizce, hataya düşülmüş olur.

Filhakika İngiltere'de kanunsuz suç kanunsuz ceza olmaz formülünün yazılı bulunduğu bir Ceza kanunu mevcud değildir. İngiltere'de bir çok asırlardanberi suçların hâkim tarafından tayin edildiği ve suçların bir çoğunun kanunî tarifinin münhasıran bazı adlî kararlarda yapıldığı doğrudur. Bu vaziyet şunu katiyetle ifade ederki; ingiliz Ceza hukuku tarihî, kazaî bir teşekkülün mahsulüdür. Fakat bundan ingiliz hukukunun bugün dahi hâkimin mutlak takdirine bırakılmış olduğu neticesine varılamaz.

Bilâkis, Public General Acts'ın kolleksiyonları gözden geçirilince ingiliz parlâmentosu tarafından her sene kabul olunan hükümlerin çokluğu nazarı dikkatı celbeder. Hattâ yazılı kanunun, en basit suçları müeyyide altına almak ve hâkimin re'sen doldurmağa kendini artık salâhiyetli görmediği kanun boşluklarını doldurmak üzere daimî surette müdahale ettiği müşahede edilebilir.

İngiliz hâkimi bugün kendini Ceza kanununun elfazile mukayyed görmektedir. Bir asrı mütecaviz bir zamandanberi, Ceza hukukunun tedvinine yaklaşan bir cereyan yani suçları tayin hakkının münhasıran ingiliz parlâ-

mentosuna aid olmasını neticelendirmiştir. [1]

Decided cases [2] tarafından tesbit edilen eski tecrimlere gelince bunların hepsi yazılı kanunda yer bulmamıştır. Bu itibarladırki «Common Law» Ceza hukukunun menbaı olarak kalmış bulunmaktadır. Fakat bu suçların başlıcasının teşekkül anasırı uzun zamandanberi tesbit edilmiştir. ve kazaî emsal ile bilmecburiye bağlı olan ingiliz hâkimi kendisinden evvelki hâkimler tarafından tesbit edilen tecrim şartlarını artık bugün değiştiremez. Şu halde Common Law suçlarına göre bir kanunilik prensipi vardırki; bu da, Ceza kanununun cezalandırma sistemine bağlı olan prensip kadar sağlam ve hattâ ekseriya daha az elastikidir. İngiliz yazılı hukukunun dikkatli bir tetkiki bu vaziyeti açıkca göstermektedir: kanunsuz suç olmaz formülü İngiltere'de bu formül ile ifade edilmemiştir. Fakat buna rağmen Ceza hukuku İngiltere'de keyfilik tehlikesinden kendisini masun bulunduran umumî bir kanunilik prensipine tabidir.

Prensipin külliyen tanınmaması keyfiyeti lehine delil olarak ileri sürülebilecek misaller Sovyet Rusya hukuku gibi bazı hukuktan ibarettirki bunlar da istisna teşkil eder. Bu hukukun istisnalığı esasen zahiridir; ve bunlarda an'anevî prensipten vaz geçilmiş olması daima bir ihtilâl tedbiri karakterini arzetmektedir.

Şüphesiz müelliflerin bu hususiaki görüşlerinde tehalüf olabilir. Sovyet nazariyecileri kanunsuz suç olmaz kaidesinde akde müstenid ticarî münasebetlere dayanan bir cemiyetten çikmış bir burjva prensipi mütalea ederek mezkûr kaideyi reddediyorlar. Halbuki bazı national — socialiste müellifler bu kaidenin menşeini Roma hukukunda aramakta ve bu itibarla menşei sadece Alman olan bir hukukta kabiliyeti tatbikiyesi olmadığı ka-

---

[1] 1834 de Ceza hukuku islahatını tedkik etmek üzere bir komisyon teşkil edilmiştir. Consolidating Acts'ler 1861 de hemen hemen bütün suçları yazılı hukuk sahasına intikal ettirmiştir. 1878 de meşhur cezacı Stephean tarafından bir Ceza kanunu projesi hazırlamıştır; bu projenin beşinci maddesi kanunsuz suç olmaz prensipini vazediyordu Esasen Stephean bunun şeklî bakımından bir yenilik olduğunu kabul etmekle beraber, hakikatte hiç bir şeyin değişmemiş olacağını çünkü o sıralarda hâkim tarafından yeni bir suçun ihdası mümkün olmadığını da ilâve etmiştir.

[2] Hükme bağlanmış hâdiseler.

282

naatinde bulunuyorlar. Fakat bu telâkkilerde, yene — az veya çok devam eden —[1] siyasî ihtilâller neticesinde vücüd bulan diğer bazı telâkkilerde olduğu gibi, Ceza hukukuna her şeyden evvel yeni rejim hizmetine tahsis edilmiş bir mücadele vasıtası nazarile bakılmaktadır. Hâkim bitarf bir hakem vazifesini görmekten uzaklaşmıştır; vazifesi artık mücerred ve umumî bir kanun tatbik etmek değil mübrem ahvalin icaebettirdiği müeyyideleri halkın vicdanında aramaktır. Cezaların gayesi mücrimiyeti tenkilden ziyade yeni bir hali, cebir ve kuvvetle muhafaza etmektir.

Bu suretle Ceza hukukunun sadece siyasî bir mefhum olarak anlaşılması neticesine varılmaktadır. Bu yolda bir anlayış siyasî ilimler bakımından büyük bir alâka uyandırabilir; ve aynı zamanda en zengin bir müzakere mevzuu teşkil edebilir. Fakat tahdidî manasındaki Ceza hukuku sahasında ayni anlayışın menfî ve yıkıcı olduğunu farketmemek kabilmidir?

Bunu tamamile kabul edecek olan mevzuat nev'ama gayri kanunî mevzuat mahiyetini alacaktır; bu mevzuat yeni bir Ceza hukuku ihdas etmek şöyle dursun hakikatte Ceza hukukundan sarfınazar etmiş olacaktır. Üçüncü Reich kanun vazıı tetkikattan sonra eski prensipi redetmekten vaz geçerek kanunilik kaidesini muhafaza etmiş ve kıyas usulünü kabul etmek suretile bu kaideye mutedil bir şekil vermiştir. [2]

Sovyet kanun vazıına gelince: Kabul ettiği prensipleri son haddine vardırmak istediği katiyetle söylenemez. Her halde şunu kabul etmek lâzımdırki bugibi misaller kanunsuz suç olmaz kaidesini mevzu hukuktan çıkarmağa kâfi değildir.

Şimdi ilmî tenkidlere gelelim: Filhakika yukarıda hatırltattığımız tenkidler klâsik nazariyenin ve bu nazariyeyi kabul eden mevzuatın tesiri al-

---

[1] Kanunsuz suç olmaz kaidesinin tanınmaması ekseriya şiddetli bir ihtilâl hareketile müterafiktir. Bu kabilden olmak üzere Münih muvakkat Räte Repübliği, hususî mahkemeler ihdas ederken ihtilâl prensiplerine muhalif her tecavüzün tecziye edileceğine karar vermiş ve cezayı hâkimin intihabına bırakmıştır.

[2] Yeni alman kanununu hazırlamak üzere teşkil edilen komisyon kanunsuz suç olmaz kaidesinin tetkikile işe başlamış ve ikinci maddesinde bunun idamesini kararlaştırmıştır. Bu maddede hâkime bazı ahvalde kıyas yolile cezayı teşmil etmek salâhiyeti tanınmıştır. Bu prensibler 28 Haziran 1935 tarihli kanunla kabul edilmiştir.

MİLLİ KÜTÜPHANE ANKARA

tında kalmış olan müellifler tarafından ileri sürülmüştür. Şu halde ayni tenkidler, klâsik nazariyeyi, istisnaî mevzuattan ziyade tekrar münakaşa mevzuu kılmağa müstaidtirler. Bununla beraber burada da mezkûr tenkitlerin hakikî şümulünü ölçmek faydalıdır. Yukarıda işaret ettiğimiz tenkidler, görüldüğü üzere şu sistemde hülâsa edilebilir. Kanunsuz suç olmaz kaidesi Ceza kanunu süzgeçinden geçecek kadar mahir olan suçluların teşebbüslerine karşı cemiyeti müdafaasız bırakmakta, fazla olarak mağduru değil suçun failini himayeye müncer olmaktadır; bu bakımdan haddi zatında fena olan herhangi bir hareketi tenkil etmesi icabeden Ceza hukuku, mahiyetini değiştirmekte ve hâkime her gün daha büyük bir salâhiyet vermeğe temayül eden muasır hukukun istihalesile karşılaşmaktadır.

Fakat, buna cevab olarak denilebilirki cemiyetin himayesi evvelâ kanun vazıına terettüp eden bir iştir. Uzuvlanmış her Devletin bugün iktidar sahibi bir hey'eti veya hiç olmazsa teşriî bir uzvu vardırki hukuk kaidelerini emretmek buna aittir. İmdi, ceza kaidesinden daha sağlam bir şekilde ve en ağır müeyyidelerle mücehhez olarak tesisi icab eden hangi hukuk kaidesidir? Ceza kanunu, cemiyeti kâfi derecede himaye etmiyorsa boşluklarını dolduracak amelî bir vasıta aramak kabildir. Binaenaleyh Ceza kanununun ademi kifayeti, kanun vazıına aid salâhiyetlerden bir kısmının hâkime terk edilebilmesini icabettirmez.

Keza, mağduru ağır zarara uğratabilecek bütün fiiller için tam bir müeyyide bulmak suretile mağduru himaye etmekte kanun vazıına aittir. Zaten bir maznunu cezalandırmaktan ise bir maznunu cezasız bırakmanın müraccah olacağı kabul edilmelidir. Ne denirse densin kanunsuz suç olmaz kaidesi ferdî hürriyetin esaslı teminatını teşkil etmektedir. Bu kaideyi açıkca red edenler de aldanmamışlardır.

Ferdî, camiaya ve herkesin hukukuna riayeti yeni bir nizamın himayesine feda etmeği düşünüyorlar. Mağduru himaye etmek kaygusu gittikce kayboluyor; bu suretle şu mes'eleye avdet ediliyor: Ferdin himayesi veya devletin mutlak üstünlüğü.

Kanunilik nosyonunu zarurî addediyoruz. Fakat Ceza hukukunun kanunilik prensipine mutavaatını arzu etmek bu hukuku zarurî olarak «malum quia prohibitum» sahasına inhisar ettirmek demektir. Ceza hukukuna «malum in se» yi takibetmek ve cezalandırmak vazifesi de tevdi edilmekle bu

hukuk bütün ahlâki mecburiyetlerin müeyyidesi haline getirilmiş olur. İmdi ahlâk kaidesi haddi zatında ve başlı başına bir kanun kaidesi ve bilhassa cezaî müeyyide ile mücehhez bir kaide değildir. Evvelâ hukuk ve ahlâkın sonra da hususî hukuk ile Ceza hukukunun ayrı olan sahalarının tefriki istihale etmiş mevzuatın alâmetidir. Esasında hakka vukubulan her tecavüz haddi zatında—hiç olmazsa şahsî intikamla tenkili kabil olmazsa—hususî bir ceza ile tenkil edilmiş bir suçtur. Ceza hukukunun, gittikçe çoğalan fiilleri müeyyide altına aldığını hattâ iyiliği fenalığa, doğrunun haksıza karşı umumi müeyyidesini teşkil ettiğini görmek arzusu bizi, Ceza hukukunun bütün şubelerinin henüz na tamam bir nüve halinde yalnız din ve ahlâk nosyonu içerisinde toplandığı eski hale doğru sevketmezmi?

Bu yolda bir telâkki —belki ayrı bir yoldan—istisnaî bazı mevzuatta bulmuş olduğumuz neticeye isâl eder: Ceza hukuku nosyonu kanunîlik nosyonu ile birlikte ayni zemanda ortadan kalkmaktadır. Hâkim hertürlü yazılı düsturdan mahrum olarak, günü gününe, tam manasile keyfine tâbi cezaları tevzi eder; yahut daha doğrusu bir hâkim olmaktan çıkmış kendi mülkü içerisinde kaza icra eden bir derebeği olmuştur. Ceza hukukunun inkişafında bize son terakki merhalesi olarak gösterilen netice hakikaten bumudur?

IV

Kanunsuz suç olmaz kaidesinin aleyhdarları tarafından ileri sürülen tezi lüzumundan ziyade uzatmakla belki ittiham edilebiliriz. Şimdi meselenin esası hakkında karar vermek ve karşılaşılan hal şekillerinden birini tercih etmek zemanı gelmiştir. Birinci hal şekli hâkime takdir salâhiyeti tanıyarak cemiyeti, ahlâkı ve müesses nizamı himaye etmek vazifesi verilmek üzere kanunîlik prensipini doğrudan doğruya red etmekten ibarettir. İmdi, bu yolda bir telâkki ile bir az evvel hatırlattığımız neticelere varılmamasına imkân görülmemektedir. Kanunsuz suç olmaz kaidesini doğrudan doğruya bertaraf etmek—tekrar ediyoruz—Ceza hukukunu da ortadan kaldırmak ve hâkime körü körüne bağlı kalmak demektir. Hâkimin rolü kütlenin fikir ve kanaatlerini cezayı müstelzim fiillere inkilâb ettirmekten ibaret ise hâkimi ne için ibka etmelidir? Bir Jüre hakkın ve faidenin carî nosyonuna göre kanusuz daha iyi muhakeme edebilecek kabiliyeti haizdir. Hâkim, halkın

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

daha doğrusu idare eden zümrenin—hakkı hükümraniyi haiz—bir mümessili olacaktır. Bu suretle, ne denirse densin, eski iptidai şark adaleti diye telâkki ettiğimiz vaziyete düşülmüş olacaktır. Bu akibet gayri kabil içtinabtır. An'anevi kaideyi sureti katiyede red etmek mesuliyetini kim kabul etmek ister?

Hakikatte, kimse Ceza hukukundan ve ceza hâkiminden feragat edecek kadar ileriye gidemez. Kanunsuz suç olmaz kaidesini doğrudan doğruya red etmekten ibaret olan hal şekli — bu kaidenin aynen muhafazası yolundaki hal şekli gibi — hatıra gelen yegâne sureti hal değildir. Kongreye arzolunan mes'ele yukarıki münakaşalarla alâkadar gibi görülmemekte idi. Haddi zatında tetkiki icab eden mes'ele, salâhiyetleri bir asırdan beri mahdud kanunîlik ve tefsir esaslariyle mukayyed bulunan hâkimin bu salâhiyetlerinin bizatihi cezanın nef'ine olarak ihtiyatla tevsi edilmeleri doğru olup olmadığı keyfiyetidir. Şu halde mes'ele Ceza kanununun küllîyen meçhulü bulunan bir fiilden ziyade kanunun sarahaten cezalandırmadığı bir fiili istihdaf etmekde idi. Bu mahiyetteki bir mevzuda hâkim, artık kendi keyfine bırakılmış değildir. Kendisine rehber olan kanun mevcuttur; perensiplerin eski şiddeti sadece tahfif edilsin, hâkim, artık kanunîliğinde şüphe edilmiyecek olan cezayı kanun vazıı tarafından sarahaten cezalandırılmıyan ve fakat yakın, müşabih ve mümasil olan halede tatbik edecektir. Buna nazaran ortaya çıkan ilk sual ceza hukukunda kıyas yolunu kabul etmenin münasib olup olmayacağıdır, şimdiye kadar bu ciheti unutmuş gibi görünmemizi tenkid edecekler bulunacaktır. Bununla beraber görülecektir ki daha mahdud olan bu sualin leh yeya aleyhinde bulunmak için evvelâ kanunsuz suç olmaz kaidesi üzerinde karar vermek zarurî idi. Sovyet veya National — Socialiste hukuku nazariyecileri istisna edilirse kanunsuz suç olmaz kaidesine hücum etmiş olan müellifler umumiyetle bu kaidenin yalınız bazı neticelerini tenkid etmişlerdir. Bunun kaldırılmasını istemek şöyle dursun bilâkis ibkasını taleb ve vücudu zarurî olduğunu beyan ediyorlar; fakat istiyorlarki Ceza hâkimi hukuk hâkimi gibi kıyas yolu ile hüküm edebilsin. Maalesef Ceza hukuku sahası mevzuubahs olduğu zaman bu kıyas nosyonu kadar müphem birşey tasavvur edilemez. Bazılarının kanaatine göre kıyas yoluna imkân bırakmıyan tahdidi tefsir prensipi — hakikî bir suyiistimal neticesinde — kanunsuz suç olmaz kaidesinden istihraç edilmiştir. Meselâ, hâkim elektrik ceryanı hır-

MİLLİ KÜTÜPHANE ANKARA

286

sızlığına hırsızlık cezasını ne için tatbik edemesin. Şu hale göre, hâkime kıyas yolu ile tefsir imkânı verilmek için kendisine normal tefsir salâhiyetinin iade edilmesi kâfidir. Diğer bazıları daha ileriye varıyorlar: bunlara göre kıyas yolu mevsum bir suçun cezalarını tesmiyesiz bir suça, yani mevsum suça yakın olmakla beraber metnin sadece tefsiri, tecziyesine müsaid olmıyacak derecede oldukca farklı olan suça teşmil edilmesine müsaid olmalıdır. Nihayet Sovyet ceza kanununun sistemi, görüldüğü üzere, kâkimin emrine suçları gösteren alelâde bir listenin verilmesinden ibarettirki hâkim muhakeme etmekte olduğu fiili kıyas yoluile bu listeye idhal edebilir. Şu hale göre cezada kıyas yolunun asgarî üç derecesi ve daha doğrusu üç anlayış şekli vardır.

Ceza kanununun rolünü bazı suç tiplerinin tayinine ve hâkimin, bundan ilham alarak, derpiş edilmiyen suçları tayin etmesine inhisar ettiren sonuncu anlayış, hakikatte, kanunsuz suç olmaz kaidesinin bililtizam tanınmaması esasına istinad etmektedir. Görülüyorki, geniş manasında alınırsa kıyas yolu suç ve cezaların kanuniliği prensibini yıkabilir. Buraya kadar söylediklerimiz, aşırı giden bu sistemi muhakkak surette talil etmektedir. Fakat nerede durmak münasib olur. M.Carlos Salvagno Campos'un, ehemmiyetini işaret ettiğimiz ilmî bir tedkikinde metodik ve çok kuvvetli bir şekilde nazariyesini izah ettiği sistem daha ihtiyatlıdır. Bu sistemde esas kanunsuz suç olmaz kaidesini kaldırmak değil derpiş olunan, muayyen ve mevsum bir suç hakkında konulan prensibin, aynı prensip aleyhine vaki olup evvelden derpiş edilmiyen fiillere teşmilini temin etmektir. Kaydedelimki bu sistemde hâkime, Ceza kanununun derpiş etmediği bir hale tatbik imkânını veren bir nevi cezaî: «Action infactum» vardır. Bu suretle Ceza kanununun elâstikî olmıyan sertliği yumuşamış olacaktır. Ancak Roma hukukunun inkişafında Action infactum'un faydali bir rol oynamış olmasının sebebi, hukuku hususiye müesseselerini tekemmül ettirmiş olması ve insanların kendi aralarındaki münasebetleri kolaylaştırmış bulunmasıdır. Tesmiyesiz suç telâkkisinin bir çok avakibi vardırki bunlardan bazıları çok mahzurlu olabilir; çünki kıyas yolu nereye kadar gidecektir. M.Carlos Salvagno Campos'un, kendi teorisi lehine Sovyet kanunlarını misal olarak

göstermesi endişeyi mucibtir. Mumaileyhte hâkime tahdidi olmıyan bir suç listesi verecekmidir?

Şüphesiz âlim müellif tehlikeyi hissetmiş ve hemen bir vazifenin ihlâli bizatihi bir suç teşkil etmeye kâfi olmadığı prensibini koymuştur; suç, ancak Ceza kanunu tarafından tesis edilen bir düsturun ihlâlinden ibarettir. Şu şartlaki bu ihlâl keyfiyeti haksız olsun yeni failin normal bir hakkının istimali mahiyetinde bulunmasın. Dahası var: tesmiyesiz suç ancak dar hududlar içerisinde takib edilebilir. Mağdurun mütekaddim bir şikâyeti aranmalıdır; suç kasdî olmalı ve maddî bir zararı intac etmiş bulunmalıdır; tatbik edilecek olan ceza, makıs olan mevsum suça nazaran, tahfif edilmiş bir ceza olmalıdır. Nihayet ittiham, kıyas yolu ile istidlâl edileceğine göre hâdisede tatbiki icab edecek olan faaliyeyi tesbit etmekle mükellef ve hâkimin yardımcısı vaziyetinde bulunacak olan müşavir avukatlardan mürekkeb bir jüri heyetinin vücudu da zarurîdir. Bundan sonra hâkimin vazifesi fiile tekabül eden kanunî müeyyedeyi tatbikten ibaret kalır.

İşte bir çok teminat; hattâ itiraf edeceğizki bu teminat çok ağır denecek derecededir. Çünki, ceza sahasında adaletin elini bağlıyan metinlerin elâstikî olmayan şiddetine itiraz ettikten sonra hâkime netice itibarile mihanikî bir tatbikatcı rolü izafe etmek tezad teşkil eder. Hakikatte bu cazip nazariyenin sahibi iyice hissetmiştirki derpiş edilmiyen bir fiilin cezalandırılmasına müsaade edilmekle kanunilik prensibi terk edilmiş olacaktır. Hâkim cezayı tesbit etmeden evvel tecziyesi kabil fiilleri tayin edebilseydi ceza, ictinabı gayri kabil bir şekilde keyfî olurdu. Bu tehlikeden kurtulmak için nazariyenin sahibi yeğane teminatı teşkil eden eski prensibe, tefriki kuva prensibine, rucu etmiştir. Cezayı tesbit eden merci, bu cezanın tatbikini müstelzim fiilleri tayin eden merci olmamalıdır. Bir jürinin lüzumuna ihtiyaç gösterilmesinin sebebi de budur. Şüphesiz kanunun vazıına müracaat etmek yolunun betaatlarından kaçınılmak isteniyor. Fakat bununla müşkilât ortadan kalkmış olmıyor: Jüri kararının kıymeti ne olacaktır? Jüri bütün memlekt için aynimi olacaktır? Bu takdirde jüri, mes'ul olmıyan bir Ceza kanun vazıının çok tehlikeli salâhiyetlerini haiz olacaktır. Her ceza mahkemesı nezdinde bir jüre bulunacakmıdır? Bu halde muhtelif jürilerin ayni nokta üzerindeki kararlarında hasıl olabilecek mübayenetleri hal ve fasletmek icab edecektir.

288

Ayrıca bir itiraz yolu da ihdas edilmelidir. Fakat mafevk merci hangisi olacaktır ve bu teşriî Temyiz mahkemesinin salâhiyeti nelerden ibaret bnlunacaktır?

Yek nazarda hatıra gelen mes'elelerin bir kaçı bunlardır; keyfiyeti biraz daha yakından tetkik edince daha bir çok meseleler ortaya çıkar. Hakikat şudurki bu bahiste hâkimi kanuniliğin tahdidi kaideleri ile bağlamak iddiasında bulunulurken bazı hallerde Ceza kanunundan müstağni kalmak mübayenet teşkil eder; eski usulde açılan gedik artık tamir edilemez. Zaten bizce tesmiyesiz suçun neden ibaret olacağı malûm da değildir: Fiil, Ceza kanunu tarafından hiç derpiş edilmemişse hâkime veya jüriye verilen salâyihet Sovyet kanununun tanıdığı salâhiyetin aynı olur ve kanunilik bu takdirde ortadan kalkar. Suç bizzat Ceza kanununun koyduğu bir düsturun ihlâlinden ibaretse bu takdirde bugünkü sisteme avdet etmiş olmıyormiyiz? Ve derpiş edilen bir suç ile derpiş edilmiyen bir suç arasında tefrik yapmak biraz sun'î olmazmı? Meğerki ceza düsturu o kadar geniş, umumî ve mübhem olsunki bu düstur aleyhindeki fiillerin tayini kabil olmasın: Bu takdirde derpiş edilen fiiller bahse mevzu sistemde sadece birer suç misali mahiyetinde tecellî edecek ve kanunilik yeniden zail olmuş olacaktır. Şu hale göre her vakit aynı noktaya avdet ediyoruz: Tesmiyesiz suç ya metinsiz ihdas edilmiş bir suçtur ve bu takdirde keyfiliğe düşüyoruz; yahut ta kanunda derpiş edilmiştir ve yalnız kanun tefsirine mahal vardırki bu vaziyette mevsum suçlar klasik sistemine avdet etmiş bulunuyoruz. M. Carlos Salvagnos Campos'n tesmiyesiz suç nazariyesini oldukça yakından tetkik etmeyi lüzumlu gördük; çünkü bu nazariye cezada mukayese sistemini taazzuv ettirmek için şimdiye kadar sarfedilen gayretlerin en kuvvetli ve en ilmisini teşkil ettiği kanaatındayiz. Son zamanlarda mevzu hukuk sahasında olmak şartiyle diğer bir gayret daha sarfedilmiştir. Üçüncü Reich zamanında evvelâ kanunsuz suç olmaz kaidesi aleyhine bir ceryanın gosterdiğini söylemek fırsatını bulmuştuk. National — Socialiste ceza hukuku hiç olmazsa bu noktada sovyet Ceza mevzuatına iltihak edeck gibi baş görünüyordu. Bununla beraber yeni alman kanununu hazırlamağa memur edilen komisyon Sovyet Rusya ceza kanunun 6 ıncı maddesindeki prensipten ayrılmağa karar verdi. Bu komisyon suç listesi usulünü reddetti ve hâkimi suçların ve cezaların kanuniliği kaidesile bağladı. Fakat hazırladığı

projenin 1 inci maddesi, bu kaideyi ifade eylemekte isede 2 inci maddesi, hâkime, Ceza kanununu kıyas yolu ile teşmil etmek salâhiyetini vermekle prensibi ehemmiyetli surette tadil etmiştir. Komisyon tarafından hazırlanmakta olan yeni Ceza kanunu henüz kanuniyet iktisab etmemiştir. Ancak Ceza kanunlarının bazı maddelerini değiştiren 28 Haziran 1935 tarihli bir kanun mezkûr kanunlara aşağıdaki hükümleri ilâve etmiştir:

« Kanunun cezalandırdığı ve Ceza kanununun ruhuna ve halkın temiz hissiyatına göre cezalandırılması haklı olan bir fiil işliyen bir şahıs ceza görür. İşbu hale hiç bir kanun metni kabili tatbik değilse fiil, ruhû kendisine en yakın olan metne göre cezalandırır [1]

Keza 1933 ten beri mer'iyette olan 1930 tarihli Danimarka Geza kanununda birinci maddesinde aynı mealde bir kaide sevketmiştir :

« Cezalandırılacağı ancak Danimarka kanununda yazılı olan bir fiil veya yalnız bu gibi bir fiile tamamen benzetilebilen bir hareket Ceza kanununun şumulüne girer ».

Her iki halde kıyas sistemi, hiç olmazsa prensip halinde, oldukça dar hududlar içerisinde ve sarahaten ibka edilen kanunilik kaidesinin bir mütemmimi olarak kendini göstermektedir. Deniliyorki hâkim, herhangi bir fiili, tecrim olunan fiile irca etmekte serbest değildir. Danimarka'da iki hareketin bir birine tamamen benzemesi aranmaktadır. Almanya'da, teşmil edilen hükmün kukukan teşmile müsaid olması, ve bizatihi bu teşmilin, halkın temiz hissiyatına uygun bulunması isteniyorki bu da, bu günkü Alman müellifleri nazarında hem bir had hem de bir teminat teşkil eder. [2]

Biraz evvel karşılaştığımız mübayenetten kurtulunacağını zannetmiyoruz. Kıyas yolu ile cezalandırılan fiil ya benzetildiği suçun unsurlarını havidir ve bu takdirde teşriî tefsir sahasına giriyoruz; yahut ta bu fiilin un-

[1] Ceza muhakemeleri usulü kanununun 170 ve 267 inci maddeleri keza aynı yolda tadil edilmiştir.

[2] Fazla izahat için muasır mevzuatta kanunsuz suç olmaz kaidesi hakkındaki etüdlerimize müracaat. Sahifa 267 (Etude sur la règle nulla pœna sine lege dans les legislations madernes). Şunu da kaydedelimki alman doktirini ıslahatın şumulü noktasında müttehid değildir. Komisyon bu ıslahatta an'anevi kaidenin sadece bir tadilini mütalea ettiği halde diğer müellifler geniş kıyas imkânları temin edilmekle tatbikatta bu kaidenin bertaraf edildiğini kabul etmekte tereddüt etmiyorlar.

290

surları fazla veya eksiktir ve nev'an farklı dırki bu halde mezkûr fiili metinsiz cürüm addetmiş oluyoruz. Her iki şekilde kıyas yolu ile tecrimden basdedilmesi yanlışdır.

Hakikatta bu sistem ancak kâfi derecede geniş ve mübhem suçlarla işleyebilir; bu suretledirki hâkime, halkın temiz hissiyatını inciten bütün fiilleri bu suçlara benzetebilmek imkânı verilebilir. Böylece bu hukuku takbik edecek olan hâkim, neticede, efkârı umumiyenin anladığı manada, ahlâkın bükülmez muhafızı, hâmisi olur. Bu halde kanuniliğin şiddeti, hikmeti vücudu gibi ortadan kalkar ve kıyas yolu ile tecrim, bütün nazarî ihtiyatkârlıklara rağmen, kazaî tecrimlerin eski keyfiliğine döner. Buna nazaran bu ikinci cezaî mukayese usulünü kabul etmiyeceğiz. Fakat diğer bir usul, zikrettiğimiz birinci usul, daha kalıyorki bu, tesirleri itibarile daha mahdudtur. Bunda kıyas yolunun gayesi tecrim edilmiyen bir fiile erişmek değil fakat kanunî tecrime hakikî şumulünü vermektir. Evvelce hatırlattığımız ve fakat bu bahiste daima ileri sürülen şu misali alabiliriz: hırsızlığı cezalandıran kanun, esasında elektrik gibi maddelerin hırsızlığını derpiş etmemiştir. Deniliyorki bu vaziyette metinlerin tahdidî şekilde tatbiki maznunun takib edilmemesine müncer oluyor. Bu netice kanunsuz suç olmaz kaidesinin çok ileri gitmiş ve suiyistimal edilmiş bir tatbikatı gibi telâkki ediliyor. Elektrik hırsızlığı kıyas yolu ile maddî şeylerin hırsızlığına benzetilmelidir.

Şüphesiz bu ıslahatı teklif eden bazı müellifler daima bu hareket noktasına bağlı kalmıyorlar; ve istedikleri kıyas yukarıda cerh ettigimiz ıslahat meyanına girmekte gecikmiyor. Bununla beraber bu hususta, hatırlattığımız misali göz önünde tutalım. Kanaatimizce gaz veya elektrik hırsızlığını hırsızlık cezalarına çarptırmak kanunsuz suç olmaz kaidesine aykırı değildir: Bu fiilde «başkasına aid bir malın hileli surette alınması» vaziyeti vardır ve kanunî tabirlerin ancak çok tahdidî bir tefsiri bu şekli hallin önüne geçebilir. Hakıkatta burada mevzuubahs olan mes'ele yeni bir fiili kıyas-yolu ile kanun metninde cezalandırılmış bulunan eski bir fiil ile mukayese ederek cezalandırmak muvafık olup olmıyacağı keyfiyeti değildir. Araştırılacak yegâne nokta, suçun bütün unsurları mevcud olmak şartile, eski tarifin yeni bir şeye tatbik edilip edilemiyeceğidir. Bilâkis, meselâ mahkemeler gıda maddeleri hırsızlığı vak'alarına, suçun bu hususî şeklini kanu-

nun derpiş etmediği bir sırada vaziyet ettikleri zaman fiil ancak kıyas yolu ile tecrim edilebilirdi; çünki hileli surette elden alma unsuru mevcud olmamak itibarile fiil hırsızlık teşkil etmediği gibi 408 inci maddede sayılan mükavelelerden biri mucibince yiyecek maddeleri müstehlike muvakkaten teslim edilmiş olmadığı cihetle emniyeti suyiistimal dahi mevcud değildir; keza maznun yiyecek maddelerini sahte isim veya sıfatından veya hile ve desiseden istifade etmeden almış olduğundan dolandırıcılık yoktur. Binaenaleyh fiil ancak kıyas yolu ile bu suçlardan birine veya diğerine benzetilmeden cezalandırılamazdı; bazı mahkemeler bu yola gitmişlerdi. Temyiz mahkemesi doğru olarak tecrimin kıyas yolu ile bu teşmilini reddetmiştir.

Şu halde, yekdiğerinden esaslı surette farklı iki mes'eleyi iyice ayırdetmek lâzımdır: evvelâ bu tecrim yani tecziyesi kabil fiilleri tayin mes'elesi; ikinci derecedede bir tefsir mes'elesi bunun gayesi teşriî hükümlerin tam manasını tayin etmektir. Bu tefsirde, fakat yalnız bu tefsirde, kıyas iddiası tamamile kabule şayandır. Fakat bunun biraz evvel bahs ettiğimiz cezaî kıyastan nekadar farklı olduğu kolaylıkla görülüyor; tefsirde kıyas iddiası, hâkime, « ceza kanununda sarahaten derpiş edilmiyen bir fiili muhakeme etmesine ve cezalandırmasına » müsaade edecek kadar ileri varamaz: Buna mukabil kanuna hakikî mana ve şumulünü vermesine müsaade edecektir. Hattâ bir çok hallerde kanunu — tağyir edilmesi varid olmadığı zaman — yeni şartlara intibak ettirmesinede müsaidtir. Son fransız içtihadı mahakiminin: Hırsızlık silâhla yapıldığı zaman suçun cezasını ağırlaştıran ceza kanununun 385 inci maddesinin tefsir ederken, silâhın 101inci maddedeki tarifine müracaat etmiş olmasını; aileyi terk hakkındaki kanunu tefsir ederken, terk filinin kanunu Medeninin nafaka hakkındaki hükümlerine taalluku itibarile kanunu Medeninin nafaka mecburiyetile mükellef tuttuğu bütün şahısların bu hususdaki hükümlere tabi olacakları esbabı mucibesi altında aileyi terk hakkındaki kanunu damatlara ve gelinlere tatbik etmiş olmasını; dolandırıcılığın tarifinde « Manoeuvres frauduleuses» hileli manavralar tabirinin manasını tefsir ederken zaten geniş ve mübhem olan bu tabiri bazen oldukca şumullü bir şekilde anlamakta tereddüd etmemesini tenkid etmiyeceğiz. Bütün bu tefsirleri kabul ediyoruz, elverirki tecrim tevsi edilmesin ve meselâ emniyeti suyiistimal suçunun cezalarını, ken-

292

disine tevdi edilmiş olan şeyin ciheti istimalini bigayri hakkın değiştirdiği ve hattâ istimal ve istifade müddetini haksız olarak uzattığı halde 408 inci maddede yazılı olduğu gibi o şeyi temellük veya telef ve istihlâk etmiyen bir kimseye tatbik etmekten mahkemeler ictinap etsin.

Şimdi neticeyi çıkaracak hale gelmiş bulunuyoruz. Kanunsuz suç olmaz kaidesinin red edilmesi, keyfî cezalar sistemini zarurî olarak tazammun eder. Tecrimde kıyas usulünün kabulü, ne yapılırsa yapılsın, hâkime yine keyfî bir salâhiyet tanınmasına müncer olur. Her iki sistem, bu bakımdan, bizce merduddur. Hâkimin basiretine itimadımız başkalarından daha az değildir; şu cihet, yukarıda yazdıklarımızdan kâfi derecede anlaşılmakla beraber bunu tekrar tasrih edelim. Fakat şuna samimî olarak kaniizki, vatandaşlik teminatı, işlendiği sırada, kelimenin teknik manasında, bir suçun yani Ceza kanununda cezaî takibatı müstelzim olarak derpiş edilen bir fiilin karaterini haiz olmıyan bir suçtan dolayı vatandaşların hiç bir vakit ceza görmemelerini âmirdir. Mösyö G. Eseobedo'nun dediği gibi suç hukukî bir fiildir ki hukukta kanunun tatbikile muamele görmelidir. Şu halde cezaların ve suçların kanuniliği prensipinin ibkası zarurî olduğu kanaatindeyiz.

18 inci asır sonunun aksi istikametteki doktrinlerine avdet etmiyeceğiz- 1791 tarihli Ceza kanunu keyfî cezalar aleyhindeki aksülamel kaygusu ile sabit cezalar koymuştu ki bunlar hâkime asgarî ve azamî hadlar arasında hareket imkânını dahi bırakmiyordu. 19 uncu asırda, hâkime cezayı şahsileştirmek imkânı iade edildi. Hattâ tatbikatta harfiyen tefsir usulünden hâkim kurtarıldı ve tahdidî tefsir kaide olmakla beraber bazı hallerde daha geniş bir tefsir haklı görüldü. Hâkim, mihanikî bir surette cezaları tevzi etmekten ve hattâ yazılı kanunun metnini tahdidî surette ve nev'ama körü körüne tatbik etmekten değil, kanunun manasını aramak, şumulünü tayin etmek ve cem'iyetin himayesinde kanun vazının kanuna atfettiği vazifeyi görebilmesini hakikî bir tefsir ile temin etmek hususlarından ibaret olan asıl vazifesini tekrar deruhde etmiştir.

Bu, oldukça ileri gitmek değildir, denilebilirmi? Bununla beraber Ceza hâkimine, Ceza kanununu kelimenin tam manası ile tefsir etmek hakkı verileceği gün büyük bir adım atılmış olacaktır. Ozaman, harfiyen tatbikten ileri gelen müşkülât ortadan tamamen kalkmış bulunacaktır. Daha ileri gitmek kendi sahası haricine teşmil edilmiş Ceza kanunu nosyonunu, hâkimin normal rolünden uzaklaştırılmış vazifesini, ve keza kanununilik fikrini — fakat yalnız kanun fikrini değil beşerî faaliyetin hudud ve teminatı olarak mülâhaza olunan hukuk fikrini — tekrar münakaşa mevzuu kılmak olur.

No: 13

İtalya'da Yeni Çocuk Mahkemeleri

Yazan:
Pierre de Casabianca
Temyiz Mahkemesi fahrî âzası (Paris)

29 Birinciteşrin 1934 tarihinden itibaren tatbik mevkiine girmek üzere isdar edilmiş olan 30 Temmuz 1934 tarihli bir kararname, küçüklere mahsus italyan mahkemelerini kat'î olarak ihdas ve teşkil etmiştir. İşte bunun başlıca hükümleri:

İtalyan komşularımız, mütehassıs hâkimlerden müteşekkil ve ceza davasının devamı müddetince istifade edilebilecek bir Çocuk yurdu veya müşahade evi ile takviye edilmiş, ve yardımcı olarak bir Patronaj müessesesine veyahut mahkemeye sevkedilmiş veya manen metrûk çocukların kendilerine tevdi edilebilecek şefkatlı kimselere malik Çocuk mahkemelerinin her kazada teşkiline imkân olmadığını takdir etmişler, ve bu sebeble İstinaf mahkemelerinin kaza daireleri merkezinde, yani yeni eyaletler, Sardonya ve Sicilya dahil olduğu halde, bütün yarım adada ancak 24 Çocuk mahkemesinin ihdasını kararlaştırmışlardır.

Mahkeme, reis olarak İstinaf hâkimi derecesinde bir hâkim ile bir diğer hâkimden ve Psychiatrie, Biologie ve Anthropologie ilimleri sahasındaki salâhiyeti ile ve hayır işlerine olan bağlılığı ile tanınmış bir şahıstan terekküb eder.

Bu kaza, hukuku adiye sahasından tamamen ayrı ve müstakil mahiyeti haizdir; ve bunu müratebe itibarile âmirlerine tebaiyeti baki kalmakla beraber, çocuk, mahkemelerinin nezdindeki salâhiyetleri, muhakimi adiye nezdindeki müddeiumumilerin salâhiyetlerinin ayni olması itibarile, istiklâli haiz bir müddeiumumilik teşkilâtı tamamlar. Bu müddeiumumiler ya Kra-

244

liyet müddeiumumileri muavini veya diğer müddeiumumi muavinlerinden intihab olunur.

Bu mahkemelerin kararları, âzalardan birinin yerine hâkim olmıyan ve küçüklere mahsus İstinaf dairesi âzası unvanini taşıyan ve yukarıda yazılı şeraitı haiz bir zatın ikamesi suretile mutad veçhile teşkil olunan ve her sene bu işleri rü'yetle tavzif edilen, İstinaf dairelertnin biri nezdinde kabili istinaftır. Bir müddeiumumi münhasıran bu daire işlerile meşğul olmak üzere tavzif edilmiştir.[1]

Bu mahkemelerin mahal itibarile salâhiyeti, İstinaf mahkemesinin dairei kazasına ve zatı maslahat itibarile salâhiyeti de (vazife) mahakimi adiyenin, Ağır Ceza mahkemelerinin veya Pretür mahkemelerinin vazifesi meyanına dahil suçlara şamil bulunmaktadır. Binaanaleyh, bütün suçlar, Devletin müdafaası için ihdas edilmiş mahkemeler veya malî merciler gibi hususî mahkemelerin vazifesinden haric olmak kaydile tamamen Çocuk mahkemelerinin kazasına tabidir.

Bununla beraber, suçun hafif olması gibi mahiyeti itibarile, veya maznun çocuğun İstinaf mahkemesi merkezine sevkindeki müşkiller gibi suçun arzettiği muhtelif vaziyetler dolayısile Kral müddeiumumisi icra olunacak takibatı Pretör'e tevdi edıp etmemekte serbesttır.

Her iki derece mahkemesi, yani Bidayet ve İstinaf daireleri; biri suç işlemiş veya haklarında bir emniyet tedbiri ittihaz edilmiş çocuklara mahsus ve adlî kısım tabir edilen; ve diğeri bir azdan meşgul olacağımız serseri çocuklara tahsis edilmiş ve islâhane tesmiye olunan iki daireyi, ve önleme tedbiri mahiyetindeki mevkufiyetin çektirileceği küçüklere mahsus bir hapishaneyi, ve nihayet bir müşahade merkezini ihtiva eden bir binada icrayı vazife ederler. Bu müşahede merkezi isminin de işaret ettiği veçhile münhasıran küçüğün şahsiyetini tedkik ile uğraşır; merkezi Roma'da olup

[1] Demek ki küçüklere mahsus 24 İstinaf mahkemesi dairesi vardır. 22 sinin reisi bir Temyiz mahkemesi âzasıdır. İtalya'da, İstinaf mahkemesi âzalarının çoğu Temyiz âzası unvanına ve derecesine sahiptirler; fakat bu vazifeyi ifa etmezler.

Çocuk mahkemeleri ve İstinaf mahkemesinin küçüklere mahsus dairelerine iştirâk edecek hususî eşhas sayılmıştır. Aşağı yukarı hepsi Üniversite profesörü, Doktor, halen faaliyette veya tekaüd edilmiş Mektep müdürleridir. Her Çocuk mahkemesinde, ayni zamanda, kararname ile tayin edilen bir nezaret hâkimi vardır.

İtalya'nın her tarafında teşkilâtı bulunan çocukluğun ve analığın himayesine mahsus millî hayır müessesesi (Oeuvre nationale pour la protection de la maternité et de L'enfance) ismini taşıyan geniş bir içtimaî muavenet teşkilâtı ile birlikte ifayı vazife eder.

" Küçükleri yeniden terbiye merkezi " adı verilen bu teşekkül ancak nisbeten mühim adlî teşkilâtı bulunan bir şehirde yaşayıp inkişaf edebilir. Hâkim, ancak vazifesinin devamlı ve geniş bir surette icrası sayesinde ihtisas sahibi olabilir; ve vazifesinde kendisini muavenete kadir yardımcıları da ancak fikrî ve maddî bütün menabie malik topluluklarda tesadüf edebilir. Maznunun ikametgâh veya suçu işlediği yer veyahut tevkif olunduğu mahal hâkimlerinin salâhiyetlerinden ayrılmak suretile kendi adliyesinden uzaklaştırılmış olmasından doğan mahzurlara bu temerküzün arzettiği faydalar galibtir. Küçüğün bir yerden bir yere sevki hususunda icabeden tedbirler alınmalıdır.

*
* *

Muhakeme usulü son derece sadeleştirilmiştir.

Yaşama tarzı, seciyesi ve saire . . . gibi küçüğün şahsını alâkadar eden ailesine veya muhitine teallûk eden malumatı, hâkimler hiç bir rasimeye tâbi olmaksızın herhangi bir zamanda, hattâ şifahen dahi toplıyabilirler.

Yapılan tahkikat ta, zarurî olarak kısaltılmıştır; yani Sorgu hâkiminin yerine kaim olan müddeiumumi tarafından idare edilir. Çocuk mahkemelerinde Sorgu hâkimi yoktur; bu itibarla meselâ, ehli hibreye yaptırılacak bir tetki katıemredecek olan müddeiumumidir. Takibatın tatiline, muhakemenin men'ine, Pretör'ün hükümleri aleyhine vaki olan müracatlar hususunda karar veren mahkemedir; ve kararların bir çoğu da müzakere odasında ittihaz edilir.

Küçüklerin müdafaası her beş senede bir mahkeme reisleri tarafından tanzim edilen hususî bir levhada kayıdlı meslek adamları tarafından ancak deruhde edilebilir; bu zevat faşist Sendikaların, avukatların takdim ve tavsiyesi üzerine «Devletin girişmiş olduğu yeniden terbiye ameliyesini kavra-

296

mağa ehil olarak tanınmış» avukatlar arasından, bunların «meslekî, ahlâkî ve siyasî meziyetleri» hakkında yapılan tahkikat neticesinde seçilirler.

Duruşmalar gizlidir, ve vazu kanun tahdidî bir surette hazır bulunabilecek kimseleri tasrih etmiştir; bunlar, ezcümle, mahkeme reisinin «bilhassa ciddî ve müessir addettiği» mahallî Patronaj müesseselerinin mümessilleridir.

Küçüğün, ailesi, vasisi veyahut doğruluğu, şahsî menfaattan tecrüdü, iktisadî şeraiti hususunda inceden inceye yapılan tahkikat neticesine göre hususî bir listede kaydedilmiş olup, küçüğün terbiyesile meşgul olacak her hangi bir şahsın veya hayır müessesesinin muavenetine nail oclacağına kanaat getirdikten sonra; mahkeme, italyan kanununnun yalnız küçüklere bahşettiği kazaî af ile birlikte cezanın şartla geri bırakılmasına, meşruten tahliyeye ve nezaret altında serbet bulundurulmasına karar verebilir.

Bundan gayri, nazaret altında serbest bulundurulan küçük, cezanın veya emniyet tedbirinin devamı müddetince kendisini ziyaret, isticvap, ahlâkî temayülünü ve çalışmasını kontrol ile kanunen tavzif edilmiş yeni bir uzuv olan, Nezaret hâkimi ismi verilen bir hâkimin idaresi ve nüfusu altındadır.

Bir islâh müessesesine gönderilmiş olması keyfiyeti küçük için en ağır neticeleri doğurabilir. Bu itibarladır ki, 18 yaşına vasıl olduğu zaman tamamen islâhı hal eylediği taktirde, iadei itibar ve şerefini taleb edebilir. Elde edilen bütün malumattan, tedkik edilen bilumum vesaikten. hakikaten kat'î olarak islâhı hal eylediği neticesine varıldığı takdirde, müddeiumumilik iadei itibarı talebe salâhiyettar olduğu gibi, mahkeme de bu hususa re'sen karar verebilir. Mahkeme eyaletin emniyet idaresi mümessilini, müddeiumumiliği, babayı, vasi ve alâkadarı dinledikten sonra, avukat hazır olmaksızın kararını verir; ve küçük iadei itibar edince İdare mercilerinden biri tarafından taleb edilmiş olsa bile, adlî sicilinden çıkarılacak kayıd sureti, küçüğün geçmiş mahkûmiyetlerini ihtiva etmiyecektir. Böylece, bir mehile, hukukî iadelere tâbi alelâde hakların iadesinden farklı olarak; alelâde bir şahıs veya müesseseden vaki olan iş talebi, geçmişteki ahlâkî inhirafları veya evvelki makûmiyetleri yüzünden reddedilmiyecektir. 18 yaşında bir küçük hakkındaki bu iadei itibar keyfiyeti, islâhı hal eylediğinin tahakkuk etmesinden gayri hiç bir şarta bağlı değildir.

* * *

Yeni italyan Kanunu, serseri çocuklar (traviati) hakkında bir çok yenilikler ihtiva etmektedir. Serseri çocuk tabirile, Ceza hukuku şümulüne giren bir suç ika etmiş olmaksızın, namuslu bir hayat sürmediklerini ve islâh edilmeğe muhtac olduklarını kötü huyları ile açıkça isbat etmiş olan küçükler anlaşılır.

Kral Müddeiumumisinin, Emniyet idaresinin, analık çocukluk veya Balilla gibi hayır müesseselerinin talebi üzerine, küçüklere mahsus mahkeme huzuruna sevkedilebilirler; mahkeme lüzumlu her türlü malumatı aldıktan sonra, müzakere odasında, avukat müdahelesi olmaksızın, basit duruşmalar neticesinde, bu küçüklerin bir islâh müessesesine (Reformatorio per corrigendi) konulmalarına kat'î olarak karar verir. Küçüğü kabul edecek olan resmî veya hususî müesseseyi Adliye nezareti tayin eder.

*
* *

Bu ağır tedbiri, mahkeme henüz yerinde görmiyebilir. Bu halde, terbiyesini temin ve harekâtına nezaret etmelerini ihtar ederek ve devamlı kayıtsızlıkları halinde para cezaları kasasına yatırılacak iki bin lirete kadar yükselen bir meblağı tediye etmek, veya velâyet veya vesayet haklarını zayi etmek cezasına maruz kalmak müeyyidesi altında,serseri küçüğü babasına, vasi sine, üsulden birisine teslim edıp etmemekte muhtardır.

Her sene, Müddeiumumiliğin talebi üzerine, müdür küçüğün mektep veya işindeki harekâtı, mafevklerine gösterdiği hürmet, ailesi veya arkadaşlarile olan münasebatı ve nihayet kötü huylarının temadisi veya değişmesini tebarüz ettiren vaziyetler hakkında en ziyade dikkate şayan olan malumatı mahkemeye tevdi ederek âzadan biri kendisini sık sık isticvab eder.

Küçüğün islâhı tam bir netice hasıl eylediği takdirde, mahkeme serbest bırakılmasını emreder; küçük dahi 18 yaşına erişince tamamile islâhı nefis etmiş olduğuna karar verilmesini mahkemeden taleb edebilecektir; ve bu « salâhı hal ettiğine dair olan karar » küçüğün doğum veya ikametgâhı yeri zabıtasına berayı malûmat bildirilir.

Serseriler kategorisi,suçlularınkinden çok daha kalabalıktır; bu serseri küçükler çok defa suç işlemeğe mütemayildirler. Bunun içindirki, vazıı ka-

nun, gayri muntazam hayatlarının kendilerini maruz kıldığı fenalıkları, sukutları, veya suçları büyük bir metanetle önlmek istemiştir.

*
* *

Nihayet Çocuk mahkemelerinin, küçükleri alâkadar eden bilcümle hukukî meseleler hakkında vâsi salâhiyetleri vardır.

Yalnız, velâyet veya vesayete müteallik ihtilafları rü'yet etmekle kalmazlar, ayni zamanda mezun kılınmış olan küçüklerin hacrı, ticaret icra etmelerine müsaade, aile meclislerinin mukarreratına aid zabıt varakalarının tasdik veya ibtali, küçüklerin akıl hastalıkları evlerine kabul veya buradan çıkarılmaları hususları hakkında da karar verirler. İstinaf mahkemesinin küçüklere mahsus dairesi, bu cihetlere müteallik olmak üzere Çocuk mahkemelerinden verilen kararlar aleyhine vaki olan müracaatlar ve evlâd edinme ile 21 yaşındaki küçüklerin nesebinin tashihi talepleri hakkında karar ittihaz eder.

Şuna dikkat edilmelidir ki kanunen tasrih edilmiş hukukî meselelerde, 21 yaşındaki küçükler çocuk mahkemelerine tâbi oldukları halde, bu mahkemenin zecrî kazasına yalnız suçlu veya 18 yaşından aşağı serseri küçükler tâbidir. Ceza bakımından küçüklük eski Ceza kanununda 21 yaşına kadar vardığı halde, 1930 tarihli yeni Ceza kanunu ile 18 yaşına indirildiği malûmdur.

Bütün italyan şarihleri [1] tedvin edilmek üzere bulunan kanunlarla, Çocuk mahkemelerinin hukukî salâhiyetinin daha da genişletileceğini düşünmektedirler; çünkü hukuk ve kanun adamlarının temayülü, bu hukukî kazaları, küçüklerin maddî, manevî ve iktisadî vesayetine müteallik davaların toplanacağı merkezler haline koymaktır.

Başka bir tabirle, komşularımıza göre, usulleri, müeyyideleri, hattâ tarzı teşekkülleri itibarile kazaî çerçevelerden uzaklaştıkca, müesseselerine hâkim olan prensiplerin tatbiki neticesinde, Çocuk mahkemeleri suçlu, metruk veya manevî tehlikeye maruz küçüklerin vasileri olmaları icab etmektedir. Bu fransızların bir çoğunun da reyidir.

İtalyanların, ihdas etmiş oldukları bu yeni Çocuk mahkemelerine çok itimadları vardır; faşist rejimin sıkı bir surette mürakabe ettiği küçüklerin

[1] Bu, ezcümle, Temyiz mahkemesi rüesasından ve Ceza ve Önleme tedbiri müesseseleri umum müdürü olup, Rivistodi Diritto penitenziaro'da küçüklere mahsus mahkemeler hakkındaki kanunu âlimane bir surette şerh eden S.E. Giovanni Novelli'nin fikridir.

kurtarılmasında ve binnetice milletin salâhında, bu mahkemelerin müessir bir âmil olacağını ümid etmektedirler.

Hattâ, daha ileri gidiyorlar, ve yeni kanunun vaz ettiği kaide ve prensiplerin, hazırlanmakta olan kanunlara da teşmil edileceğini düşünmektedirler. Böylece, İtalya'da, Ağır Ceza mahkemelerinin kararlarına karşı bir kanun yolu ihdası leyhinde çok aşikâr bir temayül izhar edilmektedir. Ağır Ceza mahkemelerinin vazifesi şümulüne giren suçlar hakkında bile karar ittihaz eden Çocuk mahkemesinin hükmü bu mahkeme gibi teşekkül eden İstinaf mahkemesinin bir dairesi nezdinde kabili istinafdır; ve Ağır Ceza mahkemsinin mukarreratının dahi kabili istinaf ve hatta bazı ahvalde maddi hata dolayısile iptal edilebilmek üzere kabili temyiz olması taleb edilmektedir.

Ayni veçhile, yeni kanununun gayeye vusul için daha elverişli ve daha seri olmak üzere tahkikatta ve duruşmada yapmış olduğu sadelikler, alelâde muhakeme usullerine tatbik edilmelidir. Bu sebebledir ki, Kraliyet Temyiz mahkemesi birinci Reisi S. E. D'Amelio, bu kanuna: «öncü kanun» ismini vermiştir.

Mselâ, bu kanunun ihdas etteği 18 yaşındaki küçüklerin yeniden terbiyesi hususunun 18 den 25 yaşına kadar olan küçüklere bile teşmilinde; ve bunlar zararına işlenniş bazı suçları Çocuk mahkemelerine tevdi etmekte; ve yeniden terbiye üsulünün gayri salih ve gayri kâfi olduğu anlaşılan hallerde, 18 yaşındaki suçlu küçükler için bunun yerine ceza ikamesinde fayda olup olmıyacağı sorulmaktadir.

*
* *

Netice itibarile, bu kanunu ayrı ayri eserlerde salâhiyetle şerh etmiş olan Temyiz mahkemesi âzasından profesör Domenico Rende ve Antonio Azara'nın fikirleri de bu merkezde olduğu veçhile, bu kanunun vücuda getirdiği terakkiler elde edilmiştir ve geriye dönmekte kabil değildir.

Çeviren: *Nafi Z. BAŞAK*
Sulh Hâkimi.

200

No: 14

Umumî bir tehlike arzeden ceraimin tenkiline dair Beynelmilel mukavele projesi

Dilimize Çeviren:
Hukuk Müntesiblerinden
Tarik E. YENISEY

Yazan:
Mösyö J. A. Roux Fransız Mahkemesi
Temyiz Âzası Beynelmilel Hukuku Ceza
Birliği Kâtibi Umumisi

I

Cemiyeti akvam, Devletler beyninde zuhur edebilecek ihtilâfatı muslihane bir surette hallüfasl etmek üzere kurulmuşdi. Bu teşekkül, siyasî terorizm'in tenkili ve Beynelmilel bir Ceza Divanının ihdasına dair bir mukavele projesi ihzar etmek suretile, mevcudiyetinin faydalı olduğunu bir kere daha isbat etmiş oluyor.

Beşerî kararları tayin ve tesbit eden, nazarî prensipler değildir. Milletler beyninde mütekabil yardımın tesisi lüzumunu senelerden beri ilân eden hukukşinaslar ile ilmî cemiyetler ve hassaten Beynelmilel Hukuku Ceza Birliğinin temenniyatının tatbikat sahasına intikali için Yugoslavya Kralı Alexandre'a karşı 9 Teşrinievvel 1934 de Marsilya'da ika edilen suyikasdın uyandırdığı nefret lâzımdı.

Bu suretle, Ferdiyetci fransız İhtilâlini ve saltanatı mutlaka fikrile mülhem bulunan XVII inci asırı aşarak, Kurunu vusta devrinde tecrübe edilmiş olan cihan Kraliyetinin enkazı üzerinde gaddarlığın verdiği korku ile Devletler arasında tesanüd prensipinin uyandığı geçen asır nazariyelerine bugün tekrar avdet edilmiş oluyor.

« Vindiciœ contra tyrannos» adlı eserin müellifi olması muhtemel bulunan Hubert Languet'nin düşündüğü gibi, bir Devletin dahilî işlerine, tebeasının daveti üzerine, müdahale hakkı hiç bir Devlete tanınması tabiatile mevzuuvahs olamaz. İstiklâl ve hâkimiyet prensibleri buna manidir. Ancak Devletler de ferdler gibi bir Cemiyet teşkil ettiklerinden ve Cemiyet hayatının esası da usul ve nizamların tanzimi olduğu cihetle, istiklâl ve hâmiyet prensiplerinin mutlak olmadığını ve topraklarına siyasî mültecileri kabul eden Devlete bu halin muhakkak bazı mükellefiyetler tahmil ettiğini tasdik etmek, bu prensipleri haleldar etmez. Kral Alexandre ile Nazır Louis Barthou'nun feci ölümleri, devletler birliğini takviyeye hadim olursa, faydasız bir hâdise sayılamaz.

II

Büyüklüğü için çalışan bir Hükûmdarı kaybeden bir Millet ile, metin bir dost ve müttefikten mahrum kalan diğer bir milleti aynı kederе garkeden Marsilya cinayeti ika edildiği zaman, gösterdiği kolaylıklar yüzünden topraklarında canilerin serbestce silâhlanmasına imkân vermiş olan Devlete karşı kuvvetli bir siyasi gerginlik husule geldi.

Ceraimin tenkili ile her devletten ziyade alâkadar bulunan Fransız Hükûmeti, sulhun muhafazası için kendisine terettüb eden vazifeyi anladı. Bu gibi ceraimin ikaını kabil kılan böyle bir beynelmilel vaziyetin idamesi mümkün değildi. Medenî Cemiyet, tabanca ve bombanın siyasî icraat vasıtası olmasını menetmeli idi. Milletlerin şerefini sefil katillerin gayesinden ayırd etmek icab ediyordu.

Cemiyeti Akvam Konseyinin 8 Kânunuevvel 1934 tarihli içtimaında, Fransız Hariciye Nazırı M. Pierre Laval, siyasî ceraimin beynelmilel sahada kat'î surette tenkilini temin etmek lüzumunu tebaruz ettirdi, ve iki gün sonra, Cemiyeti Akvam Kitabetine, terorizmin tenkiline mütedair beynelmilel bir mukaveleye esas teşkil edebilecek müsbet teklifler tevdi eyledi.

Bu teklifler zire dercolunmuştur:

Siyasî terorizm maksadile ika olunan ceraimin tenkiline dair akdedilecek Beynelmilel Mukavele esasatı

İmza olunacak mukavele, şahıslara ve emvalü emlakâ müteveccih bu-

302

lunan ve siyasî bir maksadla işlenmiş terorist bir hareket teşkil eden efalı cürmiyenin tenkilini teshil gayesine matuf bulunacaktır.

A

Kasdolunan efal şunlardır:

a) Devlet reisleri, erkânı Hükûmet, siyasî ve idarî meclis âzaları, mahakim âazaları, memurlar ve siyasî vaziyetleri dolayısile eşhası hususiyenin hayat ve hürriyetleri aleyhine irtikâb olunan ceraim;

b) Âmme müesseseleri, demir yolları, gemiler, tayyare ve sair münakalât vasıtaları aleyhine işlenen ceraim;

c) Bu nevi efalin irtikâbi maksadile içtima keyfiyeti;

d) Bu nevi efalin ikaı maksadile, esliha, mühimmat, bomba ve yangın çıkaran alâtın taşınması;

e) Bu nevi efalin icrasının teşvik veya bunların müdafaası.

Muhtelif mevzuatın hususiyetleri nazarı itibare alınarak, sair efalin de bu listeye idhal edilip edilmiyeceği kararlaştırılabilir.

Âkid devletler, bu nevi efali tenkil etmek ve bunlara, diğer bir devlet veya makamatı veya tebaası aleyhine müteveccih bulunsa dahi, teşebbüsü ve iştiraki önlemek taahhüdünü alacaklardır.

Yukarıda mezkûr efalin takibi zımnında, âkid devletlerden biri makamatından sadır olacak istinabe varakalarının icrası taahhüd olunacaktır.

Teferruat hakkında, kalpazanlığın tenkiline mütedair olan 20 Nisan 1929 tarihli mukavele ahkâmı nazarı itibare alınabilir.

B

Marülârz ef'alin tenkili her Devletin mahakimine aid bulunacaktır. Bununla beraber, beş âzadan müteşekkil bir Beynelmilel Ceza Divanı ihdas olunacaktır. Bu Divan sureti daimede teşekkül etmiş olacak ve fakat salâhiyeti dahiline giren bir dava ikame olunduğu zamanlar içtima edecektir.

Ceza divanı, yukarıda muharrer efalden biri ile müttehem bulunan eşhası, şu hallerde muhakeme edecektir :

a) Müttehim, kendisini tâkib eden devletten başka bir devletin arazisine iltica ettiği taktirde, kabul eden devlet, onu, iadesini taleb eden devlete teslim etmekdense, Beynelmilel Ceza Divanına sevketmeyi tercih ederse;

b) Topraklarında, cürüm irtikâb olunan Devlet, mücrimi kendi mahkemelerinde muhakeme etmekten sarfı nazar etmek isterse.

Böyle bir Beynelmilel Ceza Divanının ihdası, fevkalâde nazik hallerde bitarafane bir âdalet temin ve bu nevi ceraimin rüviyeti ile meşgul olacak olan mahakimin tâbi bulundukları devletin mesuliyetini bertaraf etmek endişelerini izale eylemktedir.

İşbu Divanın tatbik edegeleceği kanunu Cezayi tesbit etmek lâzım gelmektedir.

Her kararında, cezanın infazı ile muvazzaf bulunan âkid Devleti tayin edecektir.

Beynelmilel Ceza Divanından sadır olan mahkûmiyetlerde, af hakkı, cezanın infaz edildiği Devlet veya efalin müteveccih bulunduğu Devlet, veyahut mahkûmun kendi Devleti tarafından vaki olacak teklif üzerine, Cemiyet Akvam Konseyince istimal oulnur.

C

Mukavele, pasaport ve hüviyet cüzdanlarının sıhhatını temin edecek ahkâmı derpiş edecektir.

Sahte hüviyet cüzdanı tanzimi ile hüviyet cüzdanı sahtekârlığının, ve sahtekârlık ecnebi makamatının mühür veya imzalarına müteallik olsa dahi, sahte cüzdan istimalinin tenkili taahhüd olunacaktır.

D

Mukavelede şu cihetler derpiş ve tanzim olunacaktır:

a) Mukavele ile derpiş olunan efal nevinden olup, diğer âkid

bir devlet arazisinde ikaı melhuz bulunan efali cürmiyenin bir memlekette hazırlanmasına müteallik bilumum malûmatın iş'arı;

b) Mukavelenin tatbiki çerçevesine giren takibat ve mahkûmiyetlere müteallik malûmatın iş'arı;

c) Hüviyet cüzdanı sahtekârlığı ve bunların istimaline mütedair malûmatın iş'arı.

*
* *

İşbu mukaveleden maada, iadesi caiz olmıyan efâli siyasiye kategorisinden, katil fiilinin tay'ini derpiş eden bir maddenin iadeimücrimin muahedelerine derci de Cemiyeti Akvam âzalarına tavsiye olunabilir.

III

Zahiren, işbu vesika Marsilya cinayeti ile husule gelen haleti fikriyeyi ifade ediyor. Böyle bir hâdisenin tekerrürüne mani olmıya çalışıyor. Fakat, aynı zamanda fırsattan istifade ederek, davanın tamamını ele almak ve tarihte bir çok kanlı ve tahribkâr misaller arzeden terorizmin muhtelif şekillerini imha etmek istiyor.

Haddi zatında fransız teklifi âdaletin emrettiği basit sureti haller ihtiva eder görünüyor. Ve filvaki, cinayet, şahısların haksız yere tevkifi, yangın, umumî bir menfaat arzeden bina ve eşyaların tahribi gibi vicdanı beşerin tel'in ettiği hareketlerin tenkilinin herhangi bir kanunu Ceza ile derpiş olunmasını istemek de hiç hüphesiz ki bir adalet olur.

Devlet içinde mevkileri ne olursa olsun, şahıslara karşı ve emvalü emlâke karşı işlenilen bugibi suyikasdler cezasız kalamazlar. Hakikatta, cezalandırılmaktadırlar. Ancak, fransız teklifi bu usulün her yerde tatbikini taleb etmektedir.

Mücrimlerin takibini teshil etmeğe ve icraatın müddetini kısaltmağa matuf bulunan istinabelerin süratle tatbikini istemek de bir adalet ve akli selim işidir.

Fransız teklifi bu noktada hususî bir cihet arzetmemektedir. Adlî ma-

kamat tarafından sık sık izhar edilmiş olan ve bazı memleketler arasında tatbikat sahasına bile geçmiş bulunan bir dileği tekrar ediyor.

Pasaport ve hüviyet cüzdanlarının sıhatını temine müteallik bulunan ahkâmın faydası de inkâr edilemez.

Marsilya cinayeti mücrimlerin ne kadar suhuletle sahte pasaport ve sahte hüviyet varakası edinebildiklerini isbat etmiştir. Ve bu vadide de, fransız teklifi millî sahada mevcud olan tedabirin beynelmilel sahada da müessir kılınmasını taleb etmektedir. Ve nihayet, fransız Hükûmeti, mukavele ile derpiş olunan harekâtın takib ve faillerinin teczıyesi hususunda devletlerin birbirlerine malûmat vermelerine müteallik bir teşkilât kurulmasını teklif etmekle, 1914 de ilk defa Beynelmilel adlî Polis Kongresinin birinci ictimaında izhar edilen ve o vakıttanberi Cinaî Polis Birlikleri tarafından tekrar olunan bir dileği benimseyerek, devletlerin birbirlerine karşı borçlu oldukları bir ahlâk vazifesini ifade etmiş oluyor.

Filvaki, devletlerin beynelmilel mücrimlerin faaliyeti hakkında birbirlerini haberdar etmemeleri, bu mücrimlere cezasız kalacaklarına dair bir nevi teminat vermek ve her halde cürümlerinin ikaını esaslı bir surette teshil etmek olur.

Yukarda maruz tedbirler beynelmilel bir mukavelede yer bulursa, bu vadide şayanı kayıd bir adım atılmış olur. Lâkin bu kifayet etmez. Bu sebeblerdir ki fransız teklifi, mezkûr tedbirlerden maada, teklifin esasını teşkil den diğer üç ahkâm vazetmektedir.

Bunlardan birincisi, mevzuubahs mukaveleyi imza edecek olan muhtelif devletlerin, (A) fıkrasında gösterilen (eşhas emvalü emlâke karşı işlenen ceraim) fiiller nevinden olan ceraim ile onlarla irtibatı bulunan fiilleri kendi topraklarında tenkil etmelerini ve aynı zamanda bunların diğer âkid bir Devlet veya makamatı veya tebeasına karşı işlenmesi halinde dahi takibini derpiş etmektedir.

Bu teklifin ehemmiyeti aşikârdır. Devletler beyninde bulunması lâzım gelen tesanüdü müsbet bir şekilde tayin etmektedir. Bir devlet, millî egoizmi arkasına gizlenerek, memlekette umumî asayış ihlâl edildiğini dermeyanla, tebeasının ve mültecilerin topraklarında ne yaptıklarını araştırmağa ve bunların diğer bir devlet veya tebeası aleyhine vaki icraatını takib etmeğe mec

306

bur olmadığını beyan edemez. Uzun müddet kabul edilmiş olan bu doktrin, bugün tervic olunamaz.

Beyneldüvel hayatı içtimaiye, Devletlere mükellefiyetler tahmil etmektedir. Bu mükellefiyetlerden biri de, herhangi bir memlekette canilerin, diğer bir Devlet topraklarında ika edecekleri cürümlerini rahatca hazırlamalarına mani olmaktır. Topraklarında bu şekilde hazırlık yapıldığını bilen ve buna karşı gelmiyen Devlet evinde eşhası muzirranın toplanmasına müsaade eden bir kimse, canilerin şeriki vaziyetine girer. Millî hukuku cezanın suç addettiği her fiili, beynelmilel hukuku ceza da menetmelidir.

Fransız teklifi beynelmillel tesanüd prensibini vazediyorsa da, bu prensibin hudud ve şeraitini tayinden müstağni kalıyor. Bu işi millî mevzuata ve millî hukuku ceza nazariyelerine bırakıyor. Başka bir Devlete tevcih olunan bu gibi fiillerin tenkili, o Devlet topraklarında icra idilmiş olmasına mı vabestedir? Devlet, bu fiilleri kendisine karşı irtikâb edilmiş gibi mi telâkki edecektir? Veya cani, cürümünü ika edıp memlekete iltica ettikten sonramı tenkil mevzuubahs olacaktır?

Bunlar bir sürü suallerdir ki, üzerlerinde doktrin noktasından henüz ittifak hasıl olamamıştır, ve bu meseleler hakkında müsbet mevzuatta, beynelmilel nizamın telâkkı şekline göre, muhtelif sureti haller ileri sürülmüştür.

Fransız teklifi bu noktaya temas etmemektedir. Fransız teklifi, kabulünü güçleştirebilecek olan müşkülâtı mevzuubahs etmektense, meselenin esasını ele almış, yani prensib üzerinde bir taahhüt temin ederek, her devlete, bu taahüdü, millî hukuku ceza nazariyelerine uygun bir şekilde, tatbik etmek işini bırakmak istemiştir.

İadeyi istilzam etmeyen siyasî cürümler kategorisinden katil fiilinin çıkarılması hakkındaki hüküm de çok mühimdir. Bu suretle, Devletlerden yeni bir taahhüt istenmektedir. Siyasî katil her vakit bir katildir: Maktulün şahsiyeti meselenin mahiyetini değiştirmez. Ona başka bir veçhe verebilir, ancak muhtelif suretle tavsif edilebilen bir cürmün, en geniş manasında anlaşılması esastır. Siyasî bir gayeye matuf bulunsa dahi, bir Reisi Devlet, bir Reisi Hükûmet veya siyasî bir şahsa karşı ika olunan katil fiili, siyasî bir cürüm telâkki olunup, bu sebeple, dahilî hukuk noktasından âdi katillere verilen cezadan kurtulması, ve beynelmilel hukuk muvacehesinde de,

ecnebî memlekete iltica etmiş olan failine muafiyet temin eylemesi doğru olamaz.

(Belçika içtihadı) ismi verilen böyle bir hüküm, ilk defa 22-Mart-1856 tarihli Belçika kanununa dercolunmuş ve bazı iadei mücrimin muahedelerine geçmiştir. Fransız teklifi bu hükmü, yalnız Reisi Devletler aleyhine işlenilen suikastlar değil, bilûmum katil vak'alarına teşmil ediyor. Bu suretle yapılan tenkitlerin bir kısmını izale etmiş oluyor; kalan diğer bir kısmı da prensib itirazlarından ziyade, ahlâkî mülâhazalara istinad etmektedir.

Böyle bir hükmü kabul etmekle, ağır bir mecburiyeti tekeffül etmiş olmaktan endişe ediliyor. Hangi Devlet, Gressler'i katlederek memleketini ecnebî boyundurağından kurtarmış olan Guillaume Tell'i Avusturya'ya teslim etmeye rıza gösterirdi ? Asîl bir gaye uğurunda hareket eden siyasî bir katili âdi bir katil ile aynı safda tutmak, onu hâkimlerden ziyade siyasî düşmanlarına teslim etmek olmaz mı ? İşte bu bitaraf adâlet noksanlığıdır ki, son iki asır devamınca ecnebî memleketlere iltica etmiş olan siyasî mücrimlere tam bir muafiyet temin etmiş, ve mücrime karşı adâletsizlik göstermek korkusu da, cinayetten mutazarrır olan Devlete karşı muhakkak bir diğer adâletsizlik irtikâp ettirmiştir.

Ümid edilebilir ki bu nevi ceraimi ,tetkike salâhiyettar kılınacak bir beynelmilel mahkeme teşkilinde, Belçika içtihadının kabulü hiç bir muhalefet görmeyecektir. Ve zaten, Fransız teklifinin ehemmiyeti, çok defa Kanuna mugayir siyasî bir hareket teşkil eden bu gibi fiillerin tenkilini beynelmilel sahaya intikal ettirerek, bu hususta aynı zamanda bir Kaza lüzumunu tebaruz ettirmiş olmasındadır.

Siyasî ihtisasların çarpıştığı bu vadide, Devletler arasında alelâde bir muaveneti derpiş etmek, lüzuma gayrı kâfi ve hatta vahim olabilir: Zira, hariçte ika edilmiş olan siyasî bir cürmü rü'yet eden mahakimi milliyenin ya çok mülâyimet ve yahut fazla şiddet göstermesi melhuzdur; bu suretle, bir adâlet eserinden ziyade bir adâletsizlik eseri elde edilmiş olur.

İlmî Cemiyetler ve bilhassa hukuku ceza beynelmilel birliği tarafından taleb edilen ve 1923 de nabemevsim telâkki olunan ve fakat bugün Hükûmetlerce, beynelmilel hayatın hukukî teşekkülünde ileri bir adım atılmak isteniyorsa, zarurî görülen böyle bir tedbirin kabulü hakkındaki teklifi, alkışlamak iktiza eder.

308

İhtiyatkâr davranan Fransız teklifi, mevzuubahs beynelmilel ceza divanına doğrudan doğruya salâhiyet tefviz etmiyor. Zira, bu takdirde, mahakimi milliyenin hakkı kazası ile çarpışması ve Devletlerin hâkimiyet prensibi ile karşılaşması muhtemeldir. Bu sebebledir ki, Fransız teklifi mahakimi milliyenin hakkı kazasını hiç bir suretle takyit etmeyerek, evvelemirde şu prensibi vazediyor: «Yukarıda muharrer fiillerin tenkili her Devletin mahakimine aittir». Ve ancak bu hususu tesbit ettikten sonradır ki, aşağıda mezkûr iki halde beynelmilel ceza divanına salâhiyet tanıyor: 1) mevzuubahs ceraimden birini ika eden şahıs başka bir Devlet arazisine iltica ettiği takdirde, bu Devlet mücrimi iade etmektense, beynelmilel adâlet divanına teslimi tercih etmesi halinde ve 2) topraklarında cürüm irtikâb edilen Devlet, mücrimi Mahakimi Milliye huzurunda muhakeme etmek hakkından sarfı nazar edip, onu divana sevketmek istemesi halinde.

Şu takdirde, Beynelmilel ceza divanı, bir Devletin iade ve muhakeme etmesi mükellefiyetlerinden kendi rızasile sarfı nazar ettiği vaziyetlerde müdahale edecektir. Bu hal ise, tarzı hareketini tayinde tamamen serbest olduğu cihetle, Devletin hâkimiyetine bir tecavüz teşkil etmediği gibi, şimdiye kadar pek müşkül görünen siyasî ceraimin tenkili meselesine de bu suretle memnuniyeti bahş bir çare bulunmuş oluyor. Topraklarında bir suikast ika edilmiş olan Devletin, mücrim bir ecnebî olduğu veya cinayet dahilî asayişi umumiyeyi ihlâl etmediği takdirde, muhakeme vazifesini, her türlü tarafgirlik zannını bertaraf etmek için, Beynelmilel divanına kolaylıkla tahmil edeceği, tahmin olunabilir. Mesele ehliyet, bitaraflık ve istiklâl noktasından bir nevi teminat bahşeden bir mahkeme huzuruna sevkedildiği cihetle, bu feragat ancak Sulh ve Adâlet davasına bir yardım teşkil edebilir.

IV

Fransız teklifi üzerine, cemiyeti akvam konseyi, bir Eksperler komitesi teşkili ile işbu teklifin zirde yazılı şekilde tetkikine 10- Kânunuevvel-1934 tarihinde karar vermiştir :

«Konsey, terorizm faaliyetinin tenkiline mütedair hukuku düvel kavaidinin, bu hususdaki beynelmilel teşriki mesaiyi sureti kat'iyede temin edecek

kâfi sarahatı, bu günkü halde, ihtiva etmediğini nazarı itibare alarak,

mevzuubahs meseleyi tetkik ile, siyasî terorizm maksadile icra olunacak harekât ve ika edilecek ceraimin tenkilini temin zamanında bir beynelmilel mukavele projesi ihzar etmekle muvazzaf olacak bir Eksperler komitesinin teşkiline,

ve bu komitenin Belçika, İngiltere, Şili, İspanya, Fransa, Macaristan, İtalya, Polonya, Sovyet Rusya ve İsviçre Hükûmetlerinin birer mümessilinden müteşekkil olmak üzere 11 âzadan mürekkeb olacağına karar vermiş;

ve Fransız Hükûmeti tarafından konseye yapılan telkinatın tetkikini mezkûr komiteye havale ve bu hususta teklifler yapmak istiyen Hükûmetleri, tekliflerini, Komitede tetkik edilmek üzere, kâtibi umumiye göndermeye davet eylemiştir.»

Eksperler Komitesi işe başladığı sıralarda, Fransız teklifi, noktai nazarlarını bildiren bir çok Hükûmetlerinin tasvibini temin eylemiştir. Küba Hükûmeti, «yüksek ahlâk ve hukuk prensiblerinden mülhem bulunan» Fransız teklifi esasatı dahilinde, beynelmilel bir mukavele akdine âmade olduğunu beyan etmiş ve pasaport sahtekârlığını takib ve Devletleri zamanında haberdar etmek üzere beynelmilel bir ofis merkezinin ihdasını teklif eylemiştir. Bu mesele ile evvelce de meşgul olmuş bulunan Romanya Hükûmeti cevabı muvafakat vererek, hukukî cezanın tevhidine müteallik Beynelmilel Kongre ve Konferanslarda ve diğer taraftan Romanya'nın Kanunu Ceza projesi ile Cemiyeti Akvama yapmış olduğu tekliflerde ve Portegiz Hükûmeti ile 6- Şubat- 1930 tarihinde imza ettiği iadei mücrimin mukavelesinde ileri sürmüş olduğu fikirleri hatırlatmış ve, aynı zamanda, Milletler tesanüdünün mütenakız bir anlayışı olarak, beynelmilel hukuku cezanın, eşhası hususiye hukukuna iade suretile himaye bahşettiği halde, mevcudiyet istiklâl ve dahilî emniyet noktasında tehlikeye giren Devletlerin hukukuna aynı himayeyi tanımadığını izah ile terorizmin beynelmilel tenkili fikrini kuvvetle müdafaa eylemiştir.

Belçika mürahhası Kont H. Carton de Wiart'ın riyaseti altında toplanan Eksperler komitesi, Romanya mürahhası profesör Vespasien V.Pella tarafından tanzim edilmiş olan projeyi müzakerelerine esas tutarak, meseleyi tetkike başlamış ve Beynelmilel Ceza Divanının ihdasına müteallik 9 uncu

310

madde ile, bilâhare daha geniş surette tetkik etmek üzere, silâh ticaretine dair olan 10 uncu maddeyi istisna ederek, mukavelenin ilk kısmını, şümulü bilâhare tayin edilmek kaydile, kabul etmiştir.

Beynelmilel Adâlet Divanı meselesinde, komite 5-Mayıs-1935 tarihli içtimaında, umumî mahiyette mübadelei efkârda bulunmuş ve hiç bir prensib kararı almamıştır. Komite, Belçika, İspanya, Fransız ve Rumen murahhaslarından, gelecek içtimada meselenin tetkiki için, bir proje hazırlamalarını rica etmiştir.

Meselenin hâli hazır vaziyeti budur. M. Pierre Laval'ın teklifini takib eden Beynelmilel mukavele projesinin metni yazımızın sonuna dercedilmiştir.

V

İşbu metinlerin tetkiki, şu mülâhazatı tevlid edebilir:

1 — Fransız Hükûmetinin teklifinde ve Cemiyeti Akvam konseyinin kararında «terorizm» in tenkilinden veya «terorist faaliyet» den bahsedildiği halde, bu kelimelerin birinci maddede bulunmaması şayanı dikkattir.İşbu maddede, «şiddetleri veya ihdas ettikleri umumî bir tehlike veyahut tedhiş vaziyeti dolayısile, yüksek âkit tarafların gördükleri Âmme hizmetlerinde bir tebeddül husule getirecek veya bu hizmetlerin işlemesini sektedar edecek mahiyette olan ef'ali cürmiyenin tenkili zımnında» Devletler arasında mütekabil yardımdan bahsolunmaktadır.

Bu tahrir farkı kabule şeyandır. Şüphesiz ki, mukavele projesinin menşei, tekrarına mâni olunmak istenilen Marsilya suikastıdır. Ve bu suikasd münasebetiledir ki, terorizim ef'alinden bahsedildi. Bu kelimeler gazeteciler tarafından sık sık kullanıldı. Fakat sarih hukukî bir lisan kullanmak icab ettiği zaman, derhal itirazlar tevali etmektedir. Terorist fiili, tehdidi usûl, tedhişi de gaye edinen fiildir. Romanya Hükûmeti, Fransız telkinatına verdiği cevabda, aynı fikri şu şekilde ifade ediyordu: Terorizm « Camiayı idare eden kimseleri ortadan yok ederek, bu camianın aksülâmelini ibtâl etmek suretile ortalığa korku yayan menfur barbarlık ve vandalizm hareketlerine» şamildir. Lâkin, Kral Aleksandr'ın ölümünün,ne kadar büyük

311

acı uyandırmış olsa dahi, Yugoslav Milletini veya Fransız halkını terorize ettiği iddia olunabilirmi? Bunların menfur bir cinayet muvacehesinde infiâl hissetmiş oldukları söylenebilir; fakat terorize edildikleri asla ! Ve bu suikasd, aksülâmel kuvvetlerini iptâl edeceği yerde, bu gibi cinayetlerin tenkili için daha iyi bir şekilde tanzim edilmiş beynelmilel tesanüdün teminini araştırmağa sevketti. Hakikî terorizm fiillerine tesadüf olunabileceği kabul edilmekle beraber, mezkûr mukaveleyi çok dar ve meşkûk bir mevzu çerçevesi içerisine sokmamak için, mukavelenin şumulünü başka bir esas üzerine tesbit etmek iktiza ediyordu.

Mukavele projesi diğer bir müşkülü de bertaraf etmektedir. M. Pierre Laval'ın Cemiyeti Akvam konseyinde beyan ettiği veçhile, projede bilhassa nazarı itibare alınan ceraim, siyasî ceraim olmakla beraber, bu tabir kat'iyen kullanılmamaktadır. Siyasî suç tarif etmek lâzım geldi; fakat bu hususta sarfedilen gayretler şimdiye kadar bir netice vermemiştir. Demek ki ika olunan fiile verilen vasıf ne olursa olsun, bu fiil, 2 inci madde çerçevesi dahiline girdiği takdirde, iadeyi istilzam etmektedir. Bu husus, netaici itibarile mukavelenin en mühim ahkâmını ihtiva eden 8 inci maddede tasrih edilmiş bulunuyor.

Şayanı memnuniyet olan bir cihet de, bu metnin, yalnız katil fiilini alâkadar eden « Belçika içtihadı»ndan daha ileri gitmesidir. Ve fakat, aynı zamanda, ancak iade keyfiyetine taallûk etmektedir. Bu suretle ika olunan ef'ali cürmiyenin mahiyetini tâdil eylemiyor. Ef'ali cürmiye, dahilî hukuk muvacehesinde ve tenkil noktasından, hakikî mahiyetini muhafaza ediyor. Ancak, bu ef'ale izafe olunan vasıf, iade talebine bir engel teşkil etmekten çıkıyor. Ortada, hakikata daha uygun olması hasebile, daha iyi bir semere veren bir sistem mevcuddur ki, beynelmilel noktai nazardan, « Belçika içtihadı » sistemine muadil bulunuyor.

Lâkin, bir mesele daha var. Sekizinci maddenin kabulü bir Beynelmilel adâlet Divanının ihdasını istilzam etmektedir. Topraklarına iltica etmiş bulunan bir siyasî mücrimi, Devlet, bazı kayıdlarla 7 inci maddede derpiş olunduğu veçhile, bizzat muhakeme etmek, veya, 8 inci madde ahkâmı iktizasınca, iade eylemek şıklarından birini ihtiyar edecektir. Mukavelenin kendisine tahmil ettiği mükellefiyetleri izale etmek için, mücrimi bitaraf ve müstakil hâkimlere, yani beynelmilel hâkimlere, teslim etmeği tercih

312

edecektir. Bu vaziyete göre, 7 ve 8 inci maddelerin Eksperler Komitesi tarafından kabulü, tatbikatta, 9 uncu maddenin de kabulünü istilzam eylemektedir. Bu üç metin bir kül teşkil ediyor.

Terorizmden ve işbu mukavele mevzuunun esası olan siyasî ceraimden bahsetmemekle beraber, proje, tâdat suretile, mukavele çerçevesine giren ef'ali cürmiyeyi tayin etmeli idi.

Ef'ali cürmiyenin bir ceza kanununda tâdatı, şeyanı tavsiye bir şekil değildir. Fakat, bir beynelmilel mukavelede usule muvafık olur. Müsbet vakai mevzuubahs olduğunda, taahhüdün vüs'atı taayyün eder; ve âkitler Devletler ise, tekabül ettikleri mükellefiyetlerin şumulünü sarahaten bilmek isterler. İkinci maddede mavzuubahs olan bu noktadır.

Himaye olunacak eşhasın tadadının geniş bir şekilde bu metinde yer almamış olması şayanı eseftir. İkinci madde, yalnız Reisi Devlet, Naib, Veliahd, erkânı Hükûmet siyasî mümessiller ve kuvvai teşriiye ve kazaiye âzalarını tâdat etmekle, siyasî suikasdlara en ziyade maruz bulunan eşhası himaye etmiş oluyor. Ancak, suikasdlara maruz bulunan yalnız bu kimseler değildir; daha başkaları da vardır. Ne General Kleberin katili ve ne de Avusturya İmparatoru François Joseph'in karısı Elisabeth'in katili bu metne dahil edilemezler. Ve hattâ, Sarajevo cinayeti katilleri dahi, eğer maktûl düşen arşidük Avusturya Veliahdı olmasa idi, metin haricinde kalmaları iktiza ederdi.

Projenin ilk tahririnde, «vaziyeti siyasîyeleri dolayısile eşhası hususiye» kaydının da ilâvesi derpiş edilmişdi. « Vaziyet » kelimesi, manasının müphem ve gayrı hukukî olması hasebile, belki pek yerinde değildi. Lâkin, fikir doğru idi. Esas olan, Devlet dahilinde mevkii veya vazifesi ve hattâ oynadığı içtimaî rol dolayısile, umumî veya hususî her hangi bir şahıs aleyhine iritkâp olunacak suikasdların tenkilidir.

2 — 2 inci madde (son bend), 3 ve 4 üncü maddeler (birinci bend) ve 5,6 ve 7 inci maddeler, kalpazanlığın tenkili hakkındaki 20-Nisan-1929 tarihli Beynelmilel Mukavelenin 4,5,6,7,8 ve 9 uncu maddelerinin azçok harfiyen aynıdır. Aradaki benzerlik âşikârdır; ve bunda hayret edilecek bir şey yoktur. Şu sebebleki, Beynelmilel Hukuku Cezanın teşkiline hizmet eden beynelmilel mukavelâta, bu Hukukun umumî prensibler üzerine bina

3/3

edilmesini mümkün kılan bir müşabehet vermek tabiatile faideli olur. Arada görülen farklar, fikirlerin bazan şu veya bu cihetde hareket etmesinden mütevellitdir.

Bu hususta şayanı dikkat olan bir cihet, ecnebî mahkûmiyetlerden mütevellit ademi salâhiyet meselesi 1929 mukavelesinde meskût geçildiği halde, yeni projenin 4 üncü maddesinde (ikinci bend), mahakimi ecnebiyeden sadır olan ceza kararlarının muteberliği keyfiyetinin doktrin cihetinden bir adım atmış olduğunu mübeyyin bulunan bir hüküm mevcud olmasıdır.

Buna mukabil, proje, Devletlerin birbirlerine malûmat vermelerine müteallik bulunan ve tatbikat noktasından fevkalâde mühim olan kısmında (madde 13 ilâ 15), kalpazanlık hakkındaki mukavele ahkâmına nazaran, bir gerileme arzediyor. Kalpazanlık mukavelesinin 13 üncü maddesi muhtelif memleket ofislerinin aralarında doğrudan doğruya muhabere hakkını tanıdığı halde, yeni proje, merkez servislerinin sıkı temasda bulunmalarını kabul etmekle beraber, doğrudan doğruya muhabere hakkından bahsetmiyor. 14 üncü maddesinde, bazı malûmatın bildirilmesi mecburiyetini kaydeylemekle iktifa ediyor ve fakat bunun hangi şekilde icra edileceğini ve muhtelif memleketler merkez servisleri arasında doğrudan doğruya muhabere yapılıp yapılmayacağını meskût geçiyor. Şüphesiz ki, gayrı mes'ul servisler arasında, siyasî neticeler tevlid etmesi muhtemel bulunan malûmatın itası keyfiyetini kabulde, mukavelenin pek mühim şumulü dolayısile, tereddüt edilmiştir. Devletler arasında tesanüdün tanzimi gibi pek yeni bir mevzuda, ihtiyakârlık şayanı tavsiyedir; ve pek radikal çareler aramak, bu sahada inkişafı durdurmak tehlikesini doğurabilir. Fikirlere ve Hükûmetlere yapılacak yeniliğe alışmak zamanı bırakmak gerektir.

İstinabelerin icrasına müteallik projenin 15 inci maddesi ile 1929 tarihli mukavelenin 16 ıncı maddesi arasındaki fark, bu ihtiyatkârlık hissinden mütevellitdir. 1929 mukavelesi istinabelerin adlî Makamat arasında, *tercihan* doğrudan doğruya icrasını iltizam ettiği halde, yeni proje bunu basit bir tebliğ şekline ifrağ etmek istiyor. Bu meselede de, Devletler arasındaki tebligatın siyasî tarik ile yapılması prensibine, hiç olmazsa nazariyatta, riayet etmek faideden hâlî değildir. Bu usûl tatbikatta teehhürü mucib olabilir; lâkin kaide budur ve bu usûlden sarfı nazarla, başka bir tarik ihtiyar olunamaz.

3 — Projenin ihtiva ettiği mühim metinler meyanında, 12 inci maddeyi de zikretmek lâzımdır. Bu maddenin projeye sebebi dercini, başka bir Devlet arazisinde siyasî mülteciler tarafından serbestce hazırlanmış olan Marsilya suikasdı vazihan izah etmektedir. «*Yüksek Âkit Taraflardan her biri, ecanib tarafından icra edilecek, işbu mukavelenin birinci maddesinde tayin olunan maksada mugayir her türlü faaliyeti önlemek üzere, kendi topraklarında icab eden tedabiri ittihaz edecektir*». Burada mülteci kabul etmek hakkını inkâr eylemek mevzuubahs değildir; böyle bir hal, Devletlerin istiklâline tecavüz teşkil eder. Mültecilerin caniyane faaliyetlerinin icrasına mani olmak için ittihaz edilecek tedabirler de mevzuubahs değildir; bu da, Devletlerin hâkimiyetini haleldar eder. Mevzuubahs olan, topraklarına ecnebileri kabul eden Devletin, onlar üzerinde bir nezaret ve kontrol ifa eylemesi lâzım geldiği ve kendi camiasına ecnebî uzuvları bilrıza kabul etmekle, bu şahısların tâbi bulundukları Devlete karşı bazı mecburiyetler tekeffül ettiği hakkında bir dürüstlük ve ahlâk prensibinin ilânıdır. Tâbiri diğerle, mülteci kabul etmek hakkı tamamen muhafaza edilmekte ve fakat bu halin bazı mecburiyetler tahmil etmekte olduğu teslim olunmaktadır. Bu mecburiyetler ifa edilmiş olsaydı, ne Kral Aleksandr'ın ve ne de Louis Barthou'nun katilleri vuku bulmazdı.

12 inci madde, İhtilâlden doğmuş olan ve sürgün kimseler tarafından mukabil bir ihtilâlin icrasından endişe eden Hükûmetler kadar, hak ve adâlete karşı hürmet hissi besleyen Hükûmetler tarafından da sevinçle tasvip edilecektir. Bir Devletin, mültecilerin vatanları makamatına karşı serbestce silâhlanmasını kabul etmesi demek, bu memleketin dahilî işlerine müdahale hakkını bilvasıta kendine tanıması, onun kabul ettiği müessesat hakkında hüküm vermesi, Milletleri birbirlerine birleştiren içtimaî misakı tagyir eylemesi ve binnetice hukuku şahsiyeye tecavüz etmesi demektir. Mülteci kabul etmek hakkı, kendisile muslihane münasebet idame olunan komşu bir Devlete karşı caniyane hareketleri gizlemeğe hâdim olamaz.

4 — Belçika, İspanyol, Fransız ve Rumen murahhasları tarafından hazırlanmış olan ikinci bir kısmında proje, Beynelmilel bir adâlet Divanının ihdasını teklif etmektedir.

Ümid olunur ki, bu hususta yalnız Eksperler Komitesinde değil, Cemiyeti Akvam Konseyinde dahi ittifak hasıl olsun. Pek hukukşinaslar ile ik-

3/5

mî birlikler ve hassaten Hukuku Ceza Beynelmilel birliği tarafından taleb olunan böyle bir Divan, bugün bir ihtiyaç haline gelmiştir. Ancak bu suretledir ki, failleri başka bir Devlet arazisine iltica etmiş bulunan ceraimi siyasiyenin tenkili mümkün olabilir.

Divanın teşekkülü hakkında dört Heyeti Murahhasa tarafından teklif olunan metinler takdire şayandır. Bu metinler, 1928 senesinde Hukuku Ceza Beynelmilel birliği tarafından tanzim olunan Statü projesi ahkâmı ile bir çok müşabehet arzetmektedirler.

Haizi ehemmiyet olmayan farklar, zirde muharrer nokata müteallikdir:

a) Beynelmilel Ceza adâlet Divanı, Lahey Daimî Divanı adâletten ayrı bir Divan olarak mülâhaza edilmektedir (Madde 19).

Hukuku Ceza Beynelmilel Birliği, mevcud teşekküle bir Ceza Dairesi ilâvesi fikrini terviç eylemişdi. Bu suretle, daha az itiraz vaki olacağını tahmin etmiş ve mevcud olandan istifade ile bir tek beynelmilel adâlet teşkilâtının bulunmasını muvafık görmüş idi (Statü, Madde 1).

Haddi zatında, proje Lahey Daimi Divanı adâlet ile Beynelmilel Ceza Divanı arasındaki rabıtayı aktetmemektedir; zira bunların ikisi de aynı mahkeme kitabetinden istifade eyleyecekler (Madde 32, Bend 2), ve Beynelmilel Ceza Divanı da içtimalarını, prensib olarak, Lahey'de aktedecektir (Madde 33).

b) Mevuzubahs statü, makarrı içtima olarak aynı mahalli tayin etmekte idi.

Proje, başka bir yerde de içtima imkânını kabul etmektedir (Madde 34)

Bu hal, gerek Divanın cinayetin işlendiği mahalle nakli noktasından, gerekse iadenin teşkilâtı esasiye kanunu mucibince kabil olmadığı memleketlerde cinayetin rüviyeti noktasından, faideden hâlî olmamakla beraber Lâhey Daimî Divanı Adalet Kitabetinin yer değiştirmesini istilzam etmesi dolayısile, mahzuru daî bulunmaktadır.

c) Teklif olunan Beynelmilel Ceza Divanı beş âza ve beşde âza mülâziminden müteşekkildir.

Hukuku Ceza Beynelmilel birliği tarafından derpiş olunan statü ise, beş âza ve sekiz âza mülâzimi kabul etmişdi. Bu fazlalık, Devletleri bile muhakeme etmek hakkını haiz olan Ceza Dairesine tanınan salâhiyetin

316

vüs'atından mütevellid idi. Eşhasın yalnız cezaî mes'uliyetini alâkadar eden meselelerin rüviyeti için, statü, ceza dairesi içinde, 5 hâkimden müteşekkil (Şube) ler derpiş ediyordu. (Statü, Madde 11).

Demek oluyar ki, iki proje arasında hakikatta pek de fark mevcud değildir. Ancak, birinci madde mucibince, beynelmilel münasebatta iğtişaş tevlid edecek mahiyette olan meseleleri rüviyet için 5 hâkim mikdarının ihtiyaca kâfi olup olmayacağı cayi sualdır. Böyle bir Beynelmilel Divanın prestijini yükseltmek faideli olmazmı? Şüphesiz ki, bu prestij, her şeyden evvel, âzası bulunan hâkimlerin iktidar ve şöhretleri ile mütenasib olacaktır. Bununla beraber, teşekkülün âza mikdarının da, bir dereceye kadar, buna tesiri dokunacağı bedihidir. Âza mikdarını yedi ve hattâ dokuza çıkarmak daha münasib olur.

d) proje, âza veya âza namzetlerinin maaşlarının, tebeası bulundukları Devlet tarafından tediyesini derpiş etmektedir (Madde 61, Bend 1).

Hukuku Ceza Beynelmilel Birliği Statüsü ise, maaşların mikdarını Cemiyeti Akvam Asamblesine tesbit ettirmekte idi (Statü, Madde 7, Bend 5).

Bu son şekil Cemiyeti Akvamın bir uzvu telâkki olunan ve ona tâbi bulunacak olan bir adâlet Divanı fikrine daha uygun görünmektedir.

Diğer taraftan, Divan âzalarını maaş cihetinden müsavi kılması hasebile, daha muvafık addolunabilir. Aynı adâleti tatbik edecek bir Mahkeme âzalarından bazılarının diğerlerine nisbeten fazla maaş almaları nahoş bir vaziyet teşkil eder.

e) proje, Beynelmilel Ceza Divanına millî bir hâkimin terfikinden bahs etmemektedir.

Hukuku Ceza Beynelmilel Birliği tarafından tanzim olunan Statü ise, böyle bir terfik keyfiyetini derpiş etmiştir (Statü, Madde 52).

Vâsi ve bilâvasıta salâhiyeti haiz olan Beynelmilel Ceza Dairesi teşkilinde kabili tasavvur olan Millî hâkim terfiki keyfiyeti, Beynelmilel Ceza Divanının salâhiyeti 9 uncu maddede mezkûr iki hale ifrağ edildiğinde, sebebi hikmetini kaybeder. Ecnebî bir kimse, cinayetini topraklarında ika ettiği Devletin Mahakimi huzuruna sevkedildiği zaman, kendi milletinden bir hâkim bulunmadığı halde, neden daha bitaraf olması muhakkak olan bir Mahkemeye teslim olunduğunda, böyle bir hâkimin bulunması mevzuubahs

olsun? Ve diğer taraftan, millî bir hâkimin hazır bulunması, mücrim için ne gibi bir faide temin edebilir, madamki iltica etmiş olduğu Devlet, onu kendi hâkimlerinin husumetinden kurtarmak için, iade etmek istememiştir?

f) proje, Beynelmilel Ceza Divanına müracaat eden Devlete, kendi tebeasından bir hâkim bulunduğu takdirde, Divan riyasetini izafe ediyor (Madde 36).

Statü ise, Divanın Daimî Reisi ve Reisi Sanisini tayin ediyordu (Statü, Madde 9).

Arada, bir noktai nazar farkı değil, bir mülâhaza farkı vardır. Projeye nazaran, Cemiyeti Akvam ile ufak bir alâkası olan Beynelmilel Ceza Divanı, mahkeme ve iadeyi taleb etmek hakkı hükümranisinden feragat eden Devletin bir nevi temsilî mahkemesidir. Bu takdirde, böyle bir feragatın, mahkeme Riyasetinin temin ettiği tefevvuk dolayısile, telâfi edilmiş olması tabiî görünüyordu.

g) Bu sebeblerdir ki, proje, Beynelmilel Ceza Divanına müracaat eden Devletin Kanunu Ceza ve Ceza Usulü Muhakemat Kanununun tatbikini, müdafaanın serbestisini temin eden ahkâm dairesinde, kabul etmektedir. (Madde 44, 46, 48, 49, 52, 53,). Ceza Divanını, Cemiyeti Akvama merbut ve mahakimi millîyeden tamamen ayrı bir teşekkül olarak mülâhaza eden Statü ise, kendine hâs bir Usulü Muhakemat tesbit etmiş idi.

(Statü, Madde 16 ilâ 34, 40 ilâ 70).

h) Statü, ölüm cezası, hukuku medeniyeden iskat, emvalü emlâkin umumî müsaderesi gibi bazı cezaları vermek hakkını Ceza Divanına tanımayordu (Statü, Madde 37, Bend 1). Bu hal, tamamen müstakil ve kendi Kanuna göre muhakeme eden beynelmilel bir Mahkeme fikrine tetabuk etmekte idi.

Proje ise, bilûmum cezaları ve, bazı kuyud ile, ölüm cezasını kabul etmektedir (Madde 58).

Ümid olunabilirdi ki, Proje, müdafaa hakkının serbestisini temin için esaslı addolunan ahkâmı umumiye vazettiği gibi, adaletsizliği aşikâr olan hukuku medeniyeden iskat ve emvalü emlâkin umumî müsaderesi misillü, terakki fikrinden ziyade irtica fikrinden mülhem bulunan bazı cezaları, Beynelmilel Ceza Divanının vereceği cezalar meyanından, yüksek adalet

318

namına, tay etsin. Ölüm cezasına gelince, bu hususta hâlen pek çok münakaşalar yapılmaktadır ve Ceza Divanının ihdasını tehir edebilmesi muhtemel olan böyle bir meseleyi ortaya atmak münasip olmaz.

i) Projenin 12 inci maddesi, bir dava Divan huzurunda görüldüğü sırada maznun veya müttehimi Divana teslim eden Devletten başka bir Devlete, yedinde bulunan vesaiki subutiyeyi ibraz etmek hakkını tanıyor: Bunların dava dosyasına ilâvesine, lüzum olup olmadığı hakkında Divan karar verecektir.

Burada, Divana müracaat etmiş bulunan ve talebi üzerine takibat açılmış olan Devletten başka bir Devlete bir nevi müdahale hakkı tanılıyor demektir.

Böyle bir hükmün vaz'ını istilzam etmiş olan sebebler basittir. Beynelmilel bir Mahkeme huzuruna sevki keyfiyetinin bir fikri adâletten mülhem bulunmamasından ve, takibatı taleb eden Devletin vesaiki subutiye ibrazında bilrıza ihmal göstermesi dolayısile, meselenin örtbas edilmesinden endişe olunmuştur.

Şu kadar var ki, böyle müdahalenin, topraklarında cürmü irtikâp etmiş olan bir müttehimi mahakimi mahalliyesine muhakeme ettirmek hakkını haiz bulunan bir Devletin hukuku hükümranîsine bir tecavüz teşkil edeceği bedihidir; ve bu hâl, beynelmilel mahkemeyi, müracaatı yapan Devletin bir nevi mümessil Mahkemesi addetmek isteyen proje sahiplerinin fikrine de tetabuk etmemektedir. 42 inci maddede izhar olunan endişe, bu suretle hâkimiyet prensibine yapılan tecavüzü musib gösterecek derecedemi dir ve Divana arzolunacak vesaitin, müracaatı yapan Devlet vasıtasile tevdii daha muvafık olmaz mı? (Diğer Devletin davada methaldar bulunması hâli tabiatile bu kaide haricinde kalır).

VI

Hülâsa olarak denilebilir ki, Cemiyeti Akvam Konseyi emrile Eksperler Komitesi tarafından tanzim olunan beynelmilel mukavele projesi,

sür'atla tatbikat sahasına vaz'ını temenni ettiğimiz, ihtiyatlı ve itidalli bir eserdir.

İşbu proje, umumî bir tehlike arzeden millî ve beynelmilel ceraime karşı, daha kuvvetle ve aynı zamanda daha âdilâne bir şekilde, açılacak mücadele dolayısile yine beynelmilel hayatın bir nevi pişdarı olacaktır. Ve kabul olunduğu takdirde, beşeriyet, hak ve sulhun bu terakkisini kanlarile imza etmiş olan Yugoslavya Kralı Aleksandr ile Fransız Nazırı Louis Barthou'nun mezarları önünde, minnetle eğilecektir.

*
* *

Terorizmin Tenkiline Mütedair Beynelmilel Mukavele İbtidaî projesi

KISIM — 1

(Komite tarafından tanzim olunan metinler)

Madde: 1 — İşbu Mukavelenin gayesi, şiddetleri veya ihdas ettikleri umunî bir tehlike veyahut tedhiş vaziyeti dolayısile, Yüksek Âkit Tarafların gördükleri Âmme hizmetlerinde bir tebeddül husule getirecek veya bu hizmetlerin işlemesini sektedar edecek veya beynelmilel münasebatta iğtişaş tevlid eyleyecek mahiyette olan ef'ali cürmiyenin önlenmesi ve tenkili zımnında Devletler arasında yardım teminidir.

Madde: 2 — Zirde muharrer ef'al cezalandırılır:

1 — a) Devlet Reisleri veya aynı imtiyazattan müstefit eşhas ve veliahdların;

b) Hükûmet erkânının;

c) Siyasî mümessillerin;

d) Kuvai teşriiye ve kazaiye âzalarının;

Hayatları, sıhhat ve hüviyetlerine karşı işlenen kasdî ef'al;

2 — Demiryolu, hava, deniz ve nehir münakalâtının işlemesine mâni olarak veya bazı Âmme hizmetlerini sektedar ederek bir kazayı mucib olan kasdî ef'al; bomba veya yangın çıkaran âlât istimali, veya sarî hasta-

329

lıklar yaymak, veya içme sularına ve mevaddı gıdaiyeye zehir katmak suretile her türlü felâketlere sebebiyet veren kasdî ef'al; ve *umumi bir tehlike* ihdas ederek insanların hayatını muhataraya sokan bilûmum kâsdî ef'al;

3 — Âmme müessesatı ile nakil vasıtalarını ve Âmme hizmetlerine ait idrolik tesisat ile tenvir teshin ve kuvai muhrike tesisatını, *müşterek bir tehlike* ihdas edebilecek mahiyeti haiz vasıtalarla tahrib hareketleri;

4 — İşbu maddenin 1,2,3 numaralı fıkralarında muharrer ef'ale teşvik, kasden iştirâk ve teşebbüs halleri;

5 — 1,2,3 numaralı fıkralarda sayılı ef'ali irtikâb veya onlara iştirâk etmek üzere kurulacak teşkilât veya yapılacak anlaşma halleri;

6 — 1,2,3 numaralı fıkralarde mezkûr ef'alin icrasını, her nevi neşir vasıtasile, teşvik hâli;

7 — Marülarz 1, 2 ve 3 numaralı fıkralarda yazılı ef'alin hazırlanma veya icrasına mahsus olduğu bilinen mevad veya eşyaları îmâl, ihraç, ithâl, nakil, tevdi, tevzi etmek veya bunları taşımak veya satmak hâli;

8 — Mezkûr ef'alin faillerine veya *şeriklerine* her hangi bir şekilde *muavenet* hâli.

Yukarıki fıkralarda sayılı ef'al muhtelif memleketlerde ika olundukları takdirde, her biri ayrı birer cürüm addolunacaktır.

Madde 3 — İkinci maddede muharrer ef'alin, topraklarında ika olundukları Devlete veya tebeasına veyahut emvalü emlâkine karşı işlenmesi ile, diğer Âkit bir Devlete veya tebeasına veyahut emvalü emlâkine karşı işlenmesi arasında, ceza noktasından, hiç bir fark gözetilmeyecektir.

Madde 4 — Beynelmilel tekerrür prensibini tanıyan memleketler, ikinci maddede yazılı ef'alden biri ile ecnebî Mahakim huzurunda mahkûm olunmak keyfiyetinin, bu nevi tekerrüre esas teşkil edeceğini, millî kanunları şeraiti dairesinde. kabul edeceklerdir.

İşbu ecnebî mahkûmiyetlerden mütevellid ademi ehliyet, iskatı hak ve hacir kararlarını, Âkit Devletler aynen kabul edecekler, veya cezaî mevzuata müteallik ecnebî kararların, muayyen kuyud dahilinde, aynı ademi ehliyet, iskatı hak ve hacir cezalarını istilzam ettiğine dair yeni bir karar alacaklardır.

Madde 5 — *Dahilî* mevzuat müddei şahsî teşkiline cevaz verdiği nisbette, ecnebî müddei şahsiler - ki Âkit bir Devlet de olabilir - davanın görüldüğü memleket tebeasının haiz bulunduğu bilûmum hukuktan istifade edeceklerdir.

Madde 6 — Tebeanın iadesi prensibini kabul etmeyen Devletler, ikinci maddede musarrah ef'alden birini irtikâb ederek memleketlerine dönen tebealarını, memleket dahilinde cürümlerini işlemiş gibi — hatta cürmün icrasından sonra o tabiiyeti ikitisap etmiş olsa dahi — cezalandıracaklardır.

Madde 7 — İkinci maddede gösterilen ef'alden birini yabancı bir memlekette işleyen ve dahilî mevzuatı mucibince hariçde işlenilen suçların takibi prensibini, kaidei umumiye olarak, kabul eden bir memleket arazisinde bulunan ecanip, suç işbu memlekette ika olunmuş gibi cezalandırılır.

Takib mecburiyeti, iadenin taleb edilmiş olmasına ve kendinden taleb vaki olan memleketin maznunu teslim edememesine mütevakkıftır.

Madde 8 — İkinci maddede mezkûr ef'al, Yüksek Âkit Taraflar beyninde akdedilmiş veya edilecek olan İadei Mücrimin Muahedelerinde iadeyi istilzam eden ef'al olarak kabul edilecektir.

İadeyi, muahedenin mevcudiyetine veya mütekabiliyet şartına terfik etmiyen Yüksek Âkideyn ikinci maddede yazılı ef'alı, aralarında iadeyi istilzam eden ef'al olarak, şimdiden, kabul ederler.

İade, kendisine müracaat yapılan memleketin Kanunlarına göre icra edilecektir.

Madde 9 — 6, 7 ve 8 inci maddeler ile derpiş olunan ahvalde ve aynı zamanda, 2 inci maddede yazılı ef'al topraklarında işlendiği hallerde. Yüksek Akit Taraflardan her biri, takib veya iade etmek vaziyetinde bulunduğu takdirde, müttehimi, muhakeme veya iade etmekdense, Muahedenin ikinci kısmında mevzuubahs olan Beynelmilel Ceza Divanına sevk etmek hakkını haizdir.

Madde 10 — Esliha, mühimmat, bomba ve sair infilâk edecek mevadın taşınması nizamname ile takyid olunacak ve bunların, dahilî mevzuat mucibince müsaade istihsal etmemiş olan bir kimseye satışı veya tevdii yasak edilecektir.

Esliha imâl eden kimseler (av tüfenkleri hariç), her silâha bir numara

322

ve alâmeti farika koymaya ve alıcıların isim ve adreslerini muhtevi bir defter tutmaya mecbur edileceklerdir.

Madde 11 — Pasaport veya sair mümasil evrakın millî veya ecnebî vasfı nazarı itibare alınmaksızın, zirde yazılı ef'al cezalandırır:

1 — İmâl ve tahrif sahtekârlığı;

2 — Sahte veya tahrif edilmiş pasaport veya sair mümasil evrakın. bilerek memlekete ithâli, tedariki veya istimâli;

3 — Hakikate muhalif beyanat veya sahte vesaik ibrazı suretile, pasaport veya mümasil evrak edinilmesi;

4 — Başkasına ait veya sahte olan veya tahrif edilmiş bulunan pasaport ve mümasil evrakın istimâli;

5 — İşbu Mukavelenin birinci maddesinde tayîn olunan gayeye muhalif harakâtı teshil maksadile, kanun ve nizamat mucibince pasaport ve vize almak hakkını haiz olmayan kimselere, salâhiyettar memurlar tarafından bilerek pasaport ve vize itası.

Madde: 12 — Yüksek Âkit Taraflardan her biri, işbu Mukavelenin birinci maddesinde tayin olunan gaye hilâfına ecanib tarafından vaki olacak harekâtı önlemek üzere, memleketleri dahilinde icab eden tedbirleri ittihaz edecektir.

Madde: 13 — Âkit bir memlekette, ikinci maddede muharrer ef'ali cürmiyeye mütedair araştırma neticelerini, millî mevzuata uygun olarak, toplamak üzere bir servis kurulacaktır.

Bu servis:

a) Memleket dahilinde polis makamatı;

b) Diğer memleketlerin mümasil servisleri,

ile sıkı temasda bulunacaktır.

Bundan maada, işbu servis, ikinci maddede musarrah ef'alin önlenmesini ve tenkilini kolaylaştıracak bilûmum malûmatı toplayacak ve, mümkün olduğu derecede, memleket dahilindeki Adlî Makamat ile de sıkı temasda bulunacakdır.

Madde 14 — Her servis, lüzum gördüğü nisbette, aşağıda yazılı hususatı, icab eden malûmat ile birlikte, diğer memleket servislerine bildirecektir.

a) Tasavvur halinde olsa dahi, ikinci maddede yazılı bilûmum ef'al; bu iş'ar yapılırken fotoğraf ve kopyalar da gönderilecektir.

b) İşbu mukavele ile derpiş olunan ef'ali irtikâb eden kimselerin aranması, takibi, tevkifi, mahkûmiyeti ve memleketten tardına ve bunların yer değiştirmelerine müteallik haberler ile bu eşhasa aid fotoğraf, parmak izleri ve sair faideli malûmat.

c) 2 ve 11. inci maddeler ile derpiş olunan ef'ali alâkalandıran yazı, esliha, bomba ve sair eşyanın keşfi.

Madde: 15 — Yüksek Âkit taraflar, istinabeleri millî kanunlara ve tatbik edegeldikleri usule uygun olarak, icra edeceklerdir.

İşbu mukavele ile derpiş olunan ef'ali cürmiyeye mütedair istinabe varakalarının tebliği, zirde yazılı eşkâl dairesinde yapılacaktır:

a) Adlî Makamat arasında doğrudan doğruya;

b) veya iki memleket Adliye Nazırları arasında doğrudan doğruya; veyahut taleb eden memleket makamatı tarafından diğer memleket Adliye Nazırına doğrudan doğruya yapılacak müracaat suretile;

c) taleb eden memleketin siyasî mümessili veya Konsolosu vasıtasile diğer Devlete müracaat suretile; işbu mümessil veya Konsolos istinabe varakasını doğrudan doğruya diğer Devletin salâhiyettar adlî veya tayin edilecek sair makamatına gönderecek ve işbu makamattan istinabenin icra edildiğini müş'ir evrakı yine doğrudan doğruya tesellüm edecektir.

«a» ve «b» fıkralarında mevzuubahs edilen şekillerde, istinabe varakasının bir sureti de kendisinden taleb vaki olan memleketin âli makamatına ayni zamanda gönderilecektir.

Aksi taahhüt olunmadığı takdirde, istinabe varakası talebi yapan makamın lisanile yazılmış olacaktır. Diğer Devlet, bunun kendi lisanile yapılmış musaddak bir tercümesini istemekde muhtardır.

Yüksek Âkit Taraflardan her biri, diğer Âkit Taraflardan her birine, istinabelerin icrasında marülarz tebliğ usullerinden hangileri dairesinde ifai muamele edilmesini istediğini bildirecektir.

Bu husus tesbit edilinceye değin, yüksek Âkit taraflardan her biri, istinabeler hakkında hâlen tatbik edegeldiği usulü muhafaza edecektir.

324

İstinabelerin icrası, ehli hibre masrafları müstesna olmak üzere, rüsum ve masarifin tediyesini istilzam etmez.

İşbu madde ahkâmından hiç birisi, yüksek âkit tarafların, zecrî hususata müteallik delâil ibrazı sistemi hakkında Kanunlarına mugayir bir hareketi taahhüt ettikleri şeklinde tefsir olunmaz.

Madde: 16 — Yüksek Âkit Taraflardan birinin işbu mukaveleye iştiraki, Ceza Mahkemelerinin salâhiyeti meselei umumiyesini hukuku düvel mesele olarak telâkki edip etmediği hakkındaki noktai nazarını ihlâl ettiğini ifade eylemez.

Madde: 17 — İşbu Mukavele, derpiş olunan ef'âli cürmiyenin, asla cezasız kalmamaları şartile, her memlekette dahilî mevzuat umumî kaideleri dairesinde tâkib edilmesi ve görülmesi prensibini kat'iyen haleldar etmez.

KISIM — II

(Belçika, İspanya, Fransa ve Romanya Hey'eti Murahhasları tarafından tanzim olunan ahkâm)

Beynelmilel Ceza Divanının sureti teşkili ve çalışması

Mukaddeme

İbtidaî Projenin ikinci faslına ithâl edilecek olan berveçhizir ahkâm, meselenin tatbikata mütedair kısımlarını tetkik maksadile, Belçika, İspanya, Fransa ve Romanya mürahhasları tarafından tanzim edilmişdir.

İbtidaî projenin üçüncü kısmı, muahedeye iltihak eden Devletlerin miktarı derpiş olunan sistemin tamamen tatbikini mümkün kılmadığı müddetce, Divanın sureti teşkilini tanzim eden ahkâmı muvakkateyi ihtiva edecektir.

Diğer taraftan, işbu kısma, her hangi bir Âkit Tarafa, adlî takibatın icrasını Beynelmilel Ceza Divanına terketmesine millî mevzuatının müsaade etmediğini, veya böyle bir usulü kabul etmek niyetinde olmadığını, evvelden bildirmek hakkını tanıyan bir madde dercolunabilir.

Madde: 19 — [1] Bir Beynelmilel Ceza Divanı ihdas edilmiştir.

---

[1] 18 inci madde, metnin aslında da mevcud değildir.

Divan sureti daimede kuruludur. Mamafih, salâhiyetine giren bir dava açıldığı takdirdedır ki içtima eder.

Madde: 20 — Beynelmilel Ceza Divanı, zirde muharrer kategorilerden birine dahil bulunan eşhas arasından, tabiiyet farkı gözetilmeksizin, intihab edilmiş hâkimler heyetidir;

a) Kendi memleketlerinde en yüksek adlî makamatı işgal edebilecek evsafı haiz bulunan ve Ceza Mahakiminde azalık etmiş veya etmekte olan cinayet işleri mütehassısları;

b) Hukuku Ceza hususunda sahibi salâhiyet hukukşinaslar.

Madde: 21 — Divan, beş âza ve beş de âza mülâziminden mürekkebdir.

Madde: 22 — Divan âzaları, yüksek Âkit taraflarca tanzim edilecek listede gösterilen eşhas meyanından Cemiyeti akvam Konseyi tarafından intihab edilir.

Yüksek âkid taraflardan her biri ancak iki namzed gösterebilir.

Madde: 23 — İlk evvel âzaların ve bilâhare âza mülâzimlerinin intihabı icra olunur.

İntihabat, reylerin mutlak ekseriyeti ile yapılır. Aynı yüksek âkid tarafın iki veya daha fazla tebeası intihabatı kazandıkları ve aynı rey miktarı topladıkları takdirde, bunlardan, en yaşlısı olmak üzere, yalnız birisi intihab edilir.

Madde: 24 — İntihabat üç gün devam eder de, münhal âzalıklar doldurulamaz ise, nisbî ekseriyet ile intihabat icra edilir ve, reylerin müsavatı halinde, en yaşlı olan namzed intihab olunur.

Madde: 25 — Beynelmilel Ceza Divanı âzaları on sene müddetle intihab olunurlar.

Değiştirilinceye kadar vazifelerinde kalırlar. Tebdillerinden sonra, âza bulundukları zaman esnasında rü'yete başlamış oldukları davaları taki. be salâhiyettardırlar.

Madde: 26 — Âzalık müddeti hitama ermemiş olan bir âzanın yerine Divana intihab edilen hâkim, bu müddeti doldurur.

Madde: 27 — Âza mülâzimleri liste sırasile davet olunurlar. Liste,

526

evvelemirde intihab tarihi ve sonra yaş kıdemine göre Divan tarafından tanzim olunur.

Madde: 28 — Divan, her iki senede bir, âza ve bir de âza mülâzimini değiştirmek suretile yenilenir.

Bu yenilemenin, ilk defa, hangi sıra ile yapılacağını, Konsey kur'a çekerek tayin eder.

Madde: 29 — Müddet hitam bulduğu veya herhangi bir sebeble, bir âzalık inhilâl ettiği takdirde, 23 ve 24 üncü maddeler ahkâmı dairesinde muamele olunur,

Madde: 30 — Diğer âzaların müşterek kanaatına göre matlub şeraiti haiz bulunmıyan Divan âzalarının vazifelerine nihayet verlemez.

Madde: 31 — Divan âzaları, vazifelerinin icrasında, siyasî imtiyaza ve muaffiyetten istifade ederler.

Madde: 32 — Divan, reis ve reisi sanisini, iki sene müddetle intihab eder. Bunlar tekrar intihab olunabilirler.

Divan Kitabeti, Beynelmilel Daimî adâlet Divanı kitabeti tarafından icra edilir.

Madde: 33 — Divan, prensib itibarile, Lahey'de içtima eder.

Madde: 34 — 9 uncu madde mucibince, bir kimseyi berayı muhakeme Beynelmilel Ceza Divanına sevketmek hakkını kullanmak istiyen yüksek âkid taraf, keyfiyeti kitabet vasıtasile Divan reisine bildirir.

Aynı zamanda, Divanın Lahey'de veya kendi topraklarında mı içtima edeceğini tayin eder.

Divan reisi, davayı âcilen muameleye koyar.

Bundan maade, yüksek âkid taraf, Divanın âza veya âza mülâzimleri meyanında kendi tebeasından biri bulunmadığı takdirde, millî bir hâkim tayin etmek hakkını haizdir.

Âkid taraf bu hakkını kullandığı takdirde, Divanın en az kıdemli ve, kıdem müsavatı halinde, en genç âzası heyeti hâkimeye dahil bulunamaz.

Madde : 35 — Suç, 34 üncü maddede mevzuubahs yüksek âkid taraf topraklarında ika edildiği takdirde, Divan, işbu Devletin kanunu Cezasını ve Usulü Muhakemat kanunlarını tatbik eder.

327

Suç, başka bir Devtet arazisinde işlenmiş ve Divana sevkolunan kimse, müracaatı yapan âkid tarafın topraklarına iltica etmiş ise, işbu âkid taraf kendi millî kanunları ile topraklarında suç irtikâb olunan Devletin kanunlarından hangisinin tatbik edilmesini istediğini bildirecektir.

Madde : 36 — 34 üncü madde mucibince Divana müracaat etmiş olan Devletin tebeası bulunan hâkim, işbu Devlet hilâfını taleb etmediği takdirde, Divana riyaset eder.

Diğer ahvalde, riyaset 32 inci madde mucibince intihab olunan Divan reisine, ve onun gaybubeti halinde, reisi saniye teveccüh eder.

Madde : 37 — Divan âzalarından birisi, bazı esbab dolayısile, muayyen bir davanın muhakemesine iştirâk etmek istemediği takdirde, keyfiyetten, dava Divana sevkolunur olunmaz, reisi haberdar eder.

Madde : 38 — Divan ancak beş âzanın iştirâkile içtima edebilir.

Bu mikdar temin olunamadığı takdirde, âza mülâzimleri davet olunarak, Divan tamamlanır.

Madde : 39 — Divan reisi, davanın muamelesi yürütüldüğü tarihten itibaren üç ay zarfında Divanca rü'yetine geçilmesi için lâzım gelen tedabiri alır.

Madde : 40 — Divan, davayı rü'yet eden Divan âzaları meyanında tebeası bulunmayan bir Devletin kanununu, 35 inci madde mucibince, tatbik etmek istediği ahvalde, işbu tabiiyette olan âza mülâzimlerinden birini ve bu mümkün olmadığı takdirde, meseleye vâkıf diğer bir hukukşinası, istişarî reyle, davet edebilir.

Madde : 41 — İbtidaî tahkikat ve delâili subutiyenin toplanması, Divana müracaatı yapan Devletin makamatı tarafından, salâhiyetleri çerçevesi dahilinde, icra ettirilir.

Bundan maada, mezkûr Devlet, davayı Divan huzurunda teşrih etmek üzere, bir mümessil tayin edebilir.

Tahkikat neticeleri ile bilûmum subut delâilini ihtiva eden dosye Divana tevdi olunur.

Madde : 42 — Diğer bir âkid taraf veya herhangi bir Devlet, yed-

328

lerinde bulunan delâili Divana tevdi etmek istedikleri takdirde, Divan işbu delâilin dava dosyasına ilâve edilip edilmemesi hakkında bir karar verir.

Madde: 43 — 34 üncü madde mucibince, dava Divana havale olunduğu tarihten itibaren ..... gün zarfında, 10 uncu madde ahkâmı dahilinde, müddei şahsî teşkil olunabilir.

41 ve 42 inci maddelerde mevzuubahs tahkikat neticeleri, tatbik edilen Usulü Muhakemat kanununa göre müddei şahsiye tebliğ olunur.

Müddei şahşî ..... gün zarfında Divana bir lâyiha tevdi edebilir.

Madde: 44 — Berayı muhakeme Divana sevkedilen kimseye, 41 ve 42 inci maddelerde derpiş olunan tahkkikat neticeleri ile müddei şahsînin lâyihası, tatbik edilen Usulü Muhakemat ahkâmı dairesinde, tebliğ olunur.

Madde: 45 — Divan, şahid ve ehli hibre istimaını resen de yapabilir.

Madde: 46 — Celse açıldığı andan itibaren, Divan, muhakeme olunacak kimsenin tevkif edilip edilmiyeceği hakkında bir karar verir.

Bu kimse serbest bulunmakta veya serbest bırakılmış ise, Divanın içtima ettiği mahalli, Divanın müsaadesi olmaksızın terk edemez. Tevkif halinde, Divanın içtima ettiği memleket makamatı Divana, mevkufun bulundurulacağı yer ile mikdarı kâfi muhafız temin edecektir.

Madde: 47 — Divan, topraklarında içtima ettiği Devlet vasıtasile istinabe varakaları gönderebilir. İşbu istinabe varakaları 17 inci madde mucibince icra olunur.

Madde: 48 — Şahit ve ehli hibrenin istimaı, herhangi bir isticvab veya muvacehe, ancak Divana sevkolunan kimsenin, müddei şahsînin ve 41 inci maddede mevzuubahs Devlet mümessilinin veya usulü dairesinde davet olunan eşhasın vekilleri huzurunda icra olunabilir. Aksi takdirde tanzim olunacak zabıt keenlemyekûn addolunur.

Madde: 49 — Divan celseleri alenîdir.

41 inci maddede mevzuubahs Devlet mümessili, müddi şahsî ve mücrimin vekili müdafaalarını teşrih ettikten sonra, riyaset eden hâkim celseyi kapar.

Madde: 50 — Divan müzakereleri hafîdir.

Madde: 51 — Her celseninin zabıtnamesi tutulur. Ve zabıtname reis ve zabıt kâtibi tarafından imza olunur. Asıl olan bu zabıtnamedir.

Madde: 52 — Divan kararları reylerin ekseriyetile verilir; ancak bu kararların ekseriyetle mi yoksa ittifakı ârâ ile mi verildiği, hükümde tasrih olunmaz.

Madde: 53 — Divan kararlarının cümlesi, esbabı mucibe ihtiva eder.

Karar, reis veya ona vekâlet eden hâkim tarafından alenî celsede okunur; reis ve zabıt kâtibi tarafndan imza edilir ve Divan arşivine tevdi olunur.

Madde: 54 — Divan, 34 üncü madde mucibince kendisine teslim olunan eşhastan başka bir kimseyi ittiham edemez.

Madde: 55 — Divan, muhakeme ettiği eşhas hakkında, tatbik edilen Usulü Muhakemat kanunu dairesinde, istirdad ve zararı ziyan kararları da verebilir.

İşbu eşhasın tâbi bulundukları veya topraklarında bunlara aid emvalü emlâk mevcud olan yüksek âkid taraflar, kararların infazını temin için millî kanunları ile derpiş olunan bilûmum tedbirleri ittihaz etmekle mükelleftirler.

Madde: 56 — 55 inci maddenin ikinci bendi ahkâmı, Divandan sadır olan cezayı nakdî veya mahkeme masraflarının istifası hususunda da tatbi olunur.

Madde: 57 — Hürriyeti selbeden ceza mahkûmiyetleri, Divanın içtima ettiği memlekette infaz olunur.

Ancak, Divan, Lahey'de içtima ettiği taktirde, infaz işinin hangi yükske âkid tarafa - onun rızasile terettüb ettiğini tayin edecektir.

Madde: 58 — Ölüm cezası verildiği takdirde, cezayı infaz edecek olan Devlet, Divanın tatbik ettiği kanunda ölüm cezasından derhal sonra gelen cezayı tatbik etmek hakkını haizdir.

Madde: 59 — Beynelmilel Ceza Divanı tarafından verilen cezalarda af hakkı, cezayı infaz eden Devletin veya ceraimin müteveccih bulunduğu Devletin veya mahkûmun tâbi olduğu Devletin teklifi üzerine, Cemiyeti Akvam Konseyi tarafından istimâl olunur.

Cemiyeti Akvam Konseyi, kararları ekseriyeti ârâ ile verir.

Maddeı 60 — İşbu mukavele ile derpiş olunan ef'ali cürmiyeye mütedair Divandan sadır olan kararlar hakkında, ancak tashihi karar talebinde bulunabilir.

Tashihi karar talebinin tâbi olacağı şerait, tatbik edilmiş olan kanunda derpiş olunan şeraittir.

Divana müracaat etmiş olan Devlet ile ceraime maruz kalan Devlet de, Divandan tashihi karar talebinde bulunabilirler.

Madde: 61 — Âza ve âza mülâzimlerinin maaşları tâbi bulundukları Devlet tarafından tediye olunur.

Davanın rû'yetine müteallik bilûmum masarif, mahkûm tarafından ödenmesine karar verilmediği takdirde, müracaatı yapan Devlete aitdir.

Zabıt kâtibinin maaşı Cemiyeti Akvam Konseyince tayin ve Cemiyeti Akvam bütcesinden ita olunur.

Madde: 62 — Divan arşivleri zabıt kâtibine teslim edilir.

Madde: 63 — Beynelmilel Ceza Divanı, rü'yet edeceği bir dava dolayısile, kendi salâhiyetine dair zuhur edecek meseleler hakkında, bizzat karar verir; bu hususta işbu mukavele ahkâmı ile hukuk umumî prensiplerini tatbik eder.

Divana müracaat etmiş olan âkid taraftan gayrı bir âkit taraf, millî mevzuatına izafeten Divanın salâhiyetinin şûmulünü tanımak istemediği takdirde, mesele iki âkid taraf beyninde zuhur etmiş bir ihtilâf addedilerek, ... madde ahkâmı dairesinde hallüfasl olunur. (Kalpazanlık hakkındaki mukavelenin 19 uncu maddesine müracaat.)

Aynı ef'ali cürmiye dolayısile, iki veya daha çok âkid taraf Beynelmilel Ceza Divanına müracaat etmişler ve aralarında, işbu Mukavelenin 34, 35 ve 36 ıncı maddelerinin tatbiki hususunda mutabık kalamamışlar ise, keyfiyet . . . . . madde ahkâmı dairesinde hallüfasl olunur. (Kalpazanlık hakkındaki Mukavelenin 19 uncu maddesine müracaat.)

Hata, Savab Cetveli

Bu yılbaşı nüshasında çıkan yazımın bir kaç yerinde çoğu daktilografye edenin hatası olmak üzere yanlışlar kalmış. Aşağıdaki cetvele göre düzeltilmelerini dilerim.

Sayfa	Satır	Kelime	Yanlış	Doğru
5	6	1	cemiyet hayat	hayat
6	11	1	tahavvüllerin	tahavüllerin
6	22	3	akide de	akidede
7	17	9	nifa ın	nifakın
7	25	3	hayatını	hayatının
8	1	10	ferdin de	ferdinde
8	25	8	tehavvül	tahavül
8	31	6	ihtilâf	itilâf
9	5	3	tehavvül	tahavül
11	4	5	ve	bir
11	5	8	teveccüh	tevcih
11	15	4	içinde	içine
12	5	8	Tabiî	Tıpkı
12	23	1	kıymetlerinin	kıymetlerin
14	4	6	sarsılır	sarsılırlar
14	25	4	telâkkiler	telâkiler
14	28	7	vesaika	ve sâika
14	33	1	halini	haleti
16	10	6	katî	katı
17	25	7 ve 8	unsura göre	unsur göğe
19	2	5	ayrılmaktadırlar	böyle bir ikilik hasıl olur. Bunların

Sayfa	Satır	Kelime	Yanlış	Doğru
				bir olmaları gerek idi. Fakat işte çok kere ayrılmaktadırlar.
20	3	6	sahasında	sahasından
20	10	5	almaktadır	almamaktadır
20	18	9	kültürler	kültürel
20	22	10	ahlâka	ahlâkla
20	25	7	bakımdan	bakımından
21	8	2	İntikadiyecilikle	intikadiyecilikle
22	11	7	derinleştirmektedir	derinleştirilmektedir
23	€	6	üluhiyetle	ülûhiyette
25	11	4	tesirlerinin	tesirlerin
25	13	9 ve 10	kültür yüksek	kültür de o kadar yüksek
26	17	6	etmiştir	etmiştim
28	12	2	kuvvetlerile	kuvvetlerle
29	29	1	yapılır	yapabilir
30	32	9	tefrik	terfik
31	6	3 ve 4	ettiği bu	bu
31	15	3 ve 4	olarak asıl	asıl
32	2	4	tam	tem (thème)

Diğer yanlışlar kolayca düzeltilebilir. (Tehavvül) lerin hepsinin de (Tahavül) okunması rica olunur.

T. M. İc. İf. D. Rs.
Fuad Hulûsî DEMİRELLİ

Temyiz Mahkemesi

Heyeti Umumiye Kararları

Ceza kısmı

Temyiz Mahkemesi

Heyeti Umumiye Kararları

Ceza kısmı

336

1. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Müessir fiil ikaı suretile çocuk düşürmeğe sebebiyet vermek suçundan 456 ıncı maddenin 3 üncü fıkrasına göre ceza verilebilmesi için failin, kadının gebeliğini bilmesi veya zahir hale nazaran gebeliğin açıkça anlaşılabilir bir halde olması icap eder.

Hâmile bulunan Emineyi faili müstakilli belli olmayacak surette dövmek suretile dört aylık çocuğunun düşmesine sebebiyet vermekten maznun eşhastan Mutulun ceza K. nun 456/3 ve 463 üncü maddelerine tevfikan bir sene altı ay ağır hapsine dair verilen hüküm maznunun temyizine binaen evrakın devren verildiği Temyiz ikinci ceza dairesince tetkik olunarak: Maznunun; mağdur Eminenin gebe olduğunu bildiği hakkındaki sübut delillerinin gösterilmemesi yolsuz olduğundan bahsile bozularak mahalline iade edilmekle; eski hükümde ısrarı mutazammın Ankara ağır ceza mahkemesinden verilüp kat'ileşen 6-7-936 tarihli kararın; maznuna ceza K. nun 456 ıncı maddesinin 3 üncü fıkrasına göre ceza verilebilmesi için maznunda gebe bir kadın aleyhine suç işlemek kasdının suçu işlediği anda mevcut bulunması şart olup; aksi takdirde yani gebeliğini bilmediği ve zâhirî haline nazaran gebe olduğu açıkça anlaşılamayan bir kadına yapılan fiili müessir üzerine sukut vâki olursa maznunun kast ve iradesinin haricinde tekevvün eden bu neticeden dolayı da maznuna ceza verilmesi adalet prensiplerine aykırıdır. Bu itibarle yerinde olan bozma kararına uyulması icap ederken yazılı olduğu şekilde karar verilmesinde isabet görülemediğinden bozulmasını mutazammın yüsek Adliye vekâletinin yazılı emrine atfen C. Baş Müddeiumumiliğinden ihbar ve bu baptaki evrak 19-12-936 tarihli ihbarname ile birinci ceza dairesine tevdi ve hükmü mezkûr ısrarı mutazammın olduğundan bahsile iade kılınıp 4-1-937 tarihli derkenarla birinci başkahlık daire-

sine gönderilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Yazılı emre atfen ihbarnamede gösterilen sebep varit olmakla mahallî hükmünün ceza M. U. K. nun 343 üncü maddesine tevfikan bozulmasına ve bozma sebebine göre maznunun hareketine uyan ceza K. nun 456/1 inci maddesine tevfikan tayin kılınan bir ay hapis cezasının faili müstakilli gayri muayyen olmasına binaen 463 üncü maddesi mucibince yarısının tenzilile on beş gün hapsine ve (400) kuruş mahkeme harcile hissesine isabet eden (200) kuruş ücreti keşfiyenin kendisinden alınmasına 1-2-937 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 2/20. Karar No: 28. Tebliğname: 36/3745

---

2. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Ceze muhakemeleri usulü kanununun 344 üncü maddesinde yazılı suçlara müteallik dava'arın meşhut suç kanununa göre rüyet edilebilmesi için işin iddianame ile mahkemeye sevkedilmiş bulunması icap eder. Aksi halde umumî usul hükümleri dairesinde muamele yapılır.

Nefiseyi dövmek ve sövmekten maznun Şakirin 3005 sayılı kanun gereğince yapılan duruşması neticesinde: Ceza K. nun 482-456/4 ve 76 ıncı maddelerine tevfikan ve içtimaan üç gün hapis ve yirmialtı lira ağır para cezalarile mahkûmiyetine dair Dinar Sulh ceza mahkemesinden verilen 21-12-936 tarihli hüküm mafevk Isparta C. Müddeiumumisinin temyizine binaen temyiz ikinci ceza dairesince tetkik olunarak: her ne kadar meşhud suçlardan dolayı tutulacak zabıt varakasının bir iddianame ile vazifeli mahkemeye sevkedileceği dördüncü maddede yazılı isede esasen

338

usulün 344 üncü maddesinde yazılı olan suçlardan dolayı duruşma yapılmak için âmme hukuku namına dava ikamesine lüzum olmayup yalnız şahsî davacının usulün 350 inci maddesine tevfikan şikâyet eylemesi kâfi olmasına ve bu suçların meşhuden ikaı halinde davacının 350 inci maddede yazılı kaidei umumiye yerine kaim olan 3005 Numaralı kanunun 2 ve 4 üncü maddelerinde yazılı kaidelere riayet etmesi davanın görülmesine kâfi bulunmasına ve âmme menfaati namına usulün muaddel 346 ıncı maddesine müsteniden ayrıca dava açmak salâhiyetini haiz olan Müddeiumumiinin bu kabil hâdiselerde bu maddeye istinaden dava açmadığı hallerde iddianame yerine bir derkenarla işin vazifeli sulh mahkemesine tevdi edilmesi keyfiyetinde esasa ve mutlaka kanuna muhalefetten madud bir muamele görülmemesine mebni yerinde görülmeyen itirazların reddine müteadir verilen karar aleyhine Başmüddeiumumilikden; meşhud suçlar K. nun 4 üncü maddesinin son fıkrasında C. Müddeiumumisinin âmme davasını açmağa lüzum gördüğü ve umumi hükümler dairesinde takibat icrasını zarurî kılacak sebepler bulunmadığı takdirde suçluyu iddianame ile vazifeli mahkemeye sevkedeceği yazılı bulunmasına ve derkenar suretile sevkin usulün 193 üncü maddesindeki tarifat dairesinde iddianameden madud bulunmayacağına ve binnetice usulü dairesinde açılmış bir dava mevcut olmadığına göre ahkâmı umumiye dairesinde muamele ifası icap ederken 3005 sayılı kanun hükümlerine tevfikan kabul ve tetkikile hükme raptolunması yolsuz olduğundan kararın bozulması gerekli iken tasdikında isabet mütalâa olunmamış ve itirazı mucip ahvalden görülmüş olduğundan işin o suretle tetkikile tasdik kararının kaldırılması ve hükmün tebliğname veçhile bozulması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek dava evrakı 30-1-937 tarihli itiraznameile birinci başkanlık dairesine gönderilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Dava evrakı C. Müddeiumumiliğinin derkenar yazısı ile mahkemeye sevkedilmiş ve 3005 Sayılı cürmü meşhud K. nun dördüncü maddesi sarahatine göre dava usulü dairesinde iddianame ile açılmamış olmasına mebni şahsî dava yolile ve ahkâmı umumiye dairesinde muhakemenin icrası iktiza ederken meşhud suç usulü mahkemesine tevfikan hâdisenin karara bağlanması yolsuz ve itiraznameye münderecatı varit olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve mahallî hükmünün bu sebepden dolayi Ceza M.

U. K. nun muaddel 326 ıncı maddesi mucibince bozulmasına 1-2-937 tarihinde İttifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti umumiyesi. Esas No: 32. Karar No: 11. İtirazname: C.M./14

---

3. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Bekçilerin zabıtai adliye vazifesile mükellef oldukları çarşı ve mahallât bekçileri hakkındaki kanunda tasrih edilmiş olmasına göre kaçakçıdan rüşvet alan bekçinin türk ceza kanununun 227 inci maddesine göre değil 213 üncü maddesine tevfikan mahkûmiyetine karar verilmesi icap eder.

Kaçak ağaç nakleden Mustafadan (45) kuruş rüşvet alarak serbest bırakmaktan maznun bekçi Hakkı ile rüşvet vermekten maznun adı geçen Mustafanın Ceza K.nun 213,225 ve 220 inci maddelerine tevfikan Hakkının iki sene hapis ve (45) kuruş ağır para cezası ve üç ay memuriyetten mahrumiyet ve Mustafanın da (50) lira ağır para cezalarile mahkûmiyetlerine ve rüşvet parası olan (45) kuruşun müsaderesine ve Hakkının kanunu medenînin 357 inci maddesi mucibince vesayet altına alınmasına ve (2800) kuruş harcın cezaları nisbetinde maznunlardan alınmasına dair hüküm maznunlardan Hakkı ve mahalli ve mafevk C.Müddeiumumilerinin temyizlerine binaen Temyiz dördüncü ceza dairesince tetkik olunarak: Maznunlara ayrı ayrı harç hükmedilmemesi aleyhe bozma sebebi sayılmamış: ancak; kaçak ağaç yakalamak maznun bekçi Hakkının vazifesine dahil bulunmamış olmasına göre 227 inci madde yerine 213 üncü madenin tatbik edilmesi yolsuz olduğundan bahsile ve her ikisine ait diğer bazı sebeplerden dolayı bozulup iade edilmekle; Yeniden yapılan duruşma neticesinde: zabitai adliye vazifesile mükellef olduğu çarşı ve mahallât bek-

340

çileri hakkındaki kanunda yazılı bulunan maznun bekçi Hakkının hukuku âmme namına takibi iktiza eden ve delillerile birlikte yakalanan ağaç kaçakcısını yakalaması ve müddeiumumiliğe haber vermesi ve işin tenviri için lüzumlu tedbirleri alması Ceza M. U. K. nun zabıtanın vazifesini gösteren 156 ıncı maddesi muktezasından bulunduğu beyanile bu cihete matuf bozma sebebine ısrara ve her ikisine müteallik diğer bozma sebeplerine de uyularak neticeten bekçi Hakkının iki sene hapis ve üç ay memuriyetten mahrumiyetine ve rüşvet olan (45) kuruşun müsaderesine ve suç tarihine nazaran para cezası tayinine mahal olmadığına ve rüşvet veren diğer maznun Mustafanın da (41) lira ağır para cezasile mahkûmiyetine mütedair Seydişehir Asliye ceza mahkemesinden sonradan verilen 24-11-936 tarihli hükmün kedisine ait kısmının temyizen tetkiki suçlulardan Hakkı tarafından müddetinde istida ve yokluk ilmühaberi verilerek bu baptaki evrak Başmüddiumumiliğin; hükmün ısrar kısmının tasdiki talebini natık 19-12-936 tarihli tebliğnamesile birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Müstenit olduğu esbabı mucibeye nazaran hükmün ısrar ciheti usul ve kanuna uygun olmakla ittiba cihetinin tetkiki için evrakın hususî daireye verilmek üzere Başmüddeiumumiliğe geri verilmesine 4-1-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi Esas No: 208/17 Karar No: 8. Tebliğname 5/4226

4. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Muhtarın; müracaat sahibinin iddialarını tahkik ve tetkik etmeden ilmühaber vermesi vazife ihmali mahiyetinde olmayıp vazifeyi sui istimal suçunu teşkil eder.

Sahte ilmühaber vermek suretile memuriyet vazifelerini suiistimal eylemekten maznun muhtar Bekir oğlu Musa ile âza Halil oğlu diğer Musa, Bekir oğlu Ali ve Mehmedin ceza kanununun 240 ıncı maddesine tevfikan 3 çer ay hapislerine ve üçer ay müddetle de memuriyetten mahrumiyetlerine ve 1200 kuruş duruşma harcının kendilerinden mütesaviyen alınmasına dair Eşme asliye ceza mahkemesinden verilen 2-3-936 tarihli hükmün maznunların temyizine binaen temyiz 4 üncü ceza dairesince tetkik olunarak ceza mikdarına göre harcın eksik hükmedilmesi aleyhe bozma sebebi sayılmamış ve ancak; Muhtarın keyfiyeti tahkik ve tetkik etmeksizin ilmühaber vermesi ve heyeti ihtiyariyeyi teşkil eden âzaların mühürlerini muhtara vermiş olmaları ihmal mahiyetinde bir hareket olup olmadığı düşünülmeksizin yazılı olduğu veçhile karar verilmesi yolsuz olduğundan bahsile bozulmasına mütedair verilen karar aleyhine Baş Müddeiumumilikten; Muhtarın keyfiyeti tahkik etmeksizin ilmühaber vermekle müspet şekilde tecellî eden hareketinin vazifeyi suiistimal mahiyetinde olduğu ve bu suretle verilen hükmün temyizen tasdiki lâzım geldiği halde menfi hallere münhasır olan ihmal mahiyetinde olduğunu mutazammın bir mütalâa ile hükmün bozulmasında isabet görülemediğinden mezkûr temyiz kararının kaldırılarak temyiz edilen işbu hükmün tebliğname veçhile tasdiki hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 24-11- 936 tarihli itirazname ile birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Muhtar Bekirin sabit görülen fiili vazifeyi sui istimal mahiyetinde olma-

sına göre itirazname münderecatı varit olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve muhtar Bekir hakkındaki hükmün usûl ve kanuna muvafık olmakla varit olmayan temyiz itirazlarının reddile mezkûr hükmün tasdikına ve 350 kuruş temyiz ilâmı harcının maznun Bekirden alınmasına 4-1-937 tarihinde Çoğunlukla karar verildi.

Temziz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 156/3. Karar No: 6. İtirazname: 936/121

5. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Yeminle şahit dinlemeğe salâhıyetli olan mahkeme huzurunda hadise hakkındaki malûmatını gizlemek suretile yalan şahadette bulunan kimsenin türk ceza kanununun 286 ıncı maddesine göre cezalandırılabilmesi; yalan şahadetin şahadet edilen davada verilen hükme müessir olmasına lüzum yoktur.

Mahkeme huzurunda yalan söylemekten suçlu Behram oğlu Nizamın 3005 Numaralı kanuna göre yapılan duruşması sonunda: ceza K.nun 286 55 inci maddelerine tevfikan ve tenzilen bir ay onbeş gün hapsine ve 89 uncı madde mucibince cezasının te'ciline ve (250) kuruş duruşma harcının kendisinden alınmasına dair verilen hüküm suçlunun temyizine binaen temyiz Ördüncü ceza dairesince tetkik olunarak: yalan şahadetinin şahadet edilen davada verilen hükme müessir olup olmadığı düşünülmeksizin suçluya ceza verilmesi yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmekle; yenida yapılan duruşma sonunda: Ceza K. nun 286 ıncı maddesi sarahatine binaen suçlu Nizamın mahkemede verdiği ifadesinin esas hükme tesiri olmasa bile yemin ettirerek şahit veya ehlihibre istimaına salâhiyattar bulunan mahkeme hey'eti huzurunda hâdise hakkındaki malûmatını gizlemek sureile yalan şahadette bulunmuş olduğundan ve yalan şahadet fiilini

esas şahadet ettiği davanın muhakemesinden çıktıktan sonra aradan zaman geçmeden ve kahveye giderek âmme şahitlerinin huzurunda irtikâp etmiş ve bu itibarla suçlunun bu hareketinin halk üzerinde de fena tesir yapacağı tabiî bulunduğundan bahsile eski hükümde ısrara ve (500) kuruş bozma harcının mahkûmdan tahsiline dair Ordu Asliye ceza mahkemesinden sonradan verilen 4-12-936 tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki suçlu tarafından müddetinde istida ve yokluk ilmühaberi verilerek bu baptaki evrak Başmüddeiumumiliğin; müstenit olduğu esbabı mucibeye göre ısrar kararı mucip ve itirazlar gayri varit bulunduğundan reddi ve ancak; ısrar edildiği halde bozma harcının tahsiline karar verilmesi yolsuz bulunduğundan hükmün ıslâhan tasdiki talebini natık 4-1-937 tarihli tebliğnamesile birinci başkanlık dairesine gönderilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Eski hükümde ısrar olunduğu halde bozma harcının tahsiline karar verilmesi yolsuz olup ancak; müstenit olduğu esbabı mucibeye nazaran ısrar kararı binnetice usul ve kanuna uygun olmakla varit olmayan temyiz itirazlarının reddile mezkûr hükmün tebliğname veçhile hükmedilmiş olan (500) kuruş bozma harcının kaldırılması suretile ıslahan tasdikına ve (250) kuruş temyiz ilâmı harcının mahkûmdan tahsiline 4-1-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza dairesi Hey'eti Umumiyesi Esas No: 4/28. Karar No: 1. Tebliğname C. M./42

6. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Pirinç ziraatı hakkındaki kanuna muhalif hareket edenlerden mezkûr kanunun 14 üncü maddesi mucibince alınacak para cezası hakkında mahkemece ve idare heyetince karar ittihazına lüzum yoktur.

Mutun üç beyi mevkiindeki tarlalarına ruhsatsız ektikleri pirinçlerin sulanması men olunduğu halde buna muhalif hareketle mezkûr pirinçleri suladıkları iddiasile suçlu Ahmet ve arkadaşları haklarında sulh ceza hâkimlikince; ceza K. nun 526 ıncı maddesi mucibince birer gün hapis ve yarımşar lira hafif para cezasile mahkûmiyetlerine dair verilen hüküm; temyizen vazife noktasından bozulmasına mütedair verilen karara uyularak pirinç kanununun 14 üncü maddesi mucibince bu işe bakmak mahkemenin vazifesi haricinde olduğuna karar verilmiş ve idare heyetince de mezkûr kanunun 12 inci maddesi veçhile suçluların ektikleri arazinin beher dönümü için ashabından cezayı nakdî alınmasına dair bir karar ve 14 üncü maddesi mucibince ziraat odası tarafından sebketmiş bir karar olmamasına ve maznunlar hakkında evamiri hükûmete muhalif hareketlerinden dolayı takibat yapıldığı anlaşılmakta ve bunun da mercii mahkemeler olduğundan bahsile vazifesizlik kararı verilmiş olmakla bu suretle Mut sulh ceza hâkimliği ile idare heyeti arasında selbî vazife ihtilâfı çıkmış olduğundan bahsile halli için gönderilen bu baptaki evrak Baş Müddeiumumiliğin; Pirinç ziraatı hakkındaki kanunun 14 üncü maddesi hükmü ve kanunun 12 inci maddesi son fıkrasında yazılı para cezalarına münhasır olmasına ve hâdise ise bu maddenin ilk fıkrası mucibince hükûmetçe yapılan icraata muhalefetten ibaret bulunmamasına göre sulh ceza hâkimliğinin yerinde görülmeyen kararının kaldırılması talebini natık 25-12-936 tarihli tebliğnamesile birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle umum ceza heyetinde okundu:

Pirinç ziraatı hakkındaki kanuna muhalif hareket edenler hakkında

345

mezkûr kanunun 14 üncü maddesi mucibince talep vukuunda hükûmetçe cezayı nakdî alınacağına ve bu itibarle gerek idare heyeti ve gerek mahkemenin bu gibi hususatta karar vermesi salâhiyetleri haricinde olmasına binaen salâhiyetli mercilerden verilmiş bir karar bulunmadığı ve binaenaleyh temyizen halli mucip bir ihtilâf mevcut olmadığı cihetle evrakın tetkiksiz yerine gönderilmek üzere Baş Müddeiumumiliğe geri verilmesine 4-1-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Heyeti umumiyesi Esas No: 19. Karar No: 18. Tebliğname: 4/4262

---

7. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Duruşma sırasında iddia ve müdafaaya taallûk etmeyen ve sırf hakaret kasdile söylenen sözlerden dolayı türk ceza kanununun 486 ıncı maddesine istinaden beraet kararı verilmesi yolsuzdur.

Samsun ağır ceza mahkemesinde komonistlikten maznun olarak duruşması yapıldığı sırada hükûmetin manevî şahsiyetini tahkir etmekten maznun Alinin beraetine dair Samsun asliye ceza mahkemesinden verilüp C. Müddeiumumiliği tarafından temyiz edilen 30-12-935 tarihli hükmün tasdikına mütedair Temyiz 4 üncü ceza dairesinden verilen karar aleyhine Baş Müddeiumumilikten; hükûmetin bu davada iki tarafdan birini teşkil etmediğine ve 486 ıncı maddenin bir davada taraflardan birine söylenen sözlere münhasır olduğuna göre bu hâdisede taraflardan olmayan hükûmetin manevî şahsiyetine müdafaa zaruretile değil; sırf tahkir kasdile söylenen sözlere mezkûr maddenin şamil sayılarak suçlunun beraetine karar verilmesi yolsuz ve kararın temyizen bozulmasını mucip iken tasdikında isabet görülemediğinden tasdik kararının kaldırılması ve temyiz edilen hükmün bozul-

ması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek dava evrakı 22-12-936 tarihli itirazname ile birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Maznunun sarfettiği sabit olan sözün dava ve müdafaa ile bir ilişiği olmadığı ve mütecavezünaleyh bu davada doğrudan doğruya taraflardan sayılmayacağı cihetle hâdise Ceza K. nun 486 ıncı maddesinin şumulünden harıç ve binaenaleyh itirazname müderecatı varit olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve beraet kararının yukarıda gösterilen sebepten dolayı bozulmasına 4-1-937 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Heyeti Umumiyesi Esas No: 164/9 Karar No: 4. İtiraz: 128

8. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Türk ceza kanununun 32 inci maddesinde yazılı emniyeti umumiye idaresinin nezareti mahsusası altına alınmak cezasının hükümde zikredilmemiş olması suçlu için müktesep bir hak teşkil etmez.

Esbabı muhaffifei takdiriyenin vucudile beraber Sinoyu taamüden öldürmekten maznun Firo oğlu Salihin ceza K. nun 450/4,59,31 ve 33 üncü maddelerine tevfikan ve tenzilen yirmi dört sene ağır hapse konulmasına ve müebbeden hidematı âmmeden memnuiyetine ve mahcuriyeti kanuniye halinde bulundurulmasına dair Urfa ağır ceza mahkemesinden verilen 24-1-936 tarihli hüküm re'sen ve mahkûmun temyizine binaen temyiz birinci ceza dairesince tetkik olunarak: suçlu hakkında 31 ve 33 üncü maddelerin tetbiki tasrih edilmiş olmasına göre 32 inci maddenin mezkût bırakılması aleyhine bozma sebebi sayılmamış olduğundan ve hükmün diğer bazı sebeplerden dolayı bozulmasına mütedair verilen karar aleyhine Baş Müddei-

umumilikten; ceza K. nun 450/4 üncü maddesile verilen idam cezası yerine takdirî tahfif sebebile yirmidört sene ağır hapis cezası tayin kılındığı takdirde mezkûr kanunun 32 inci maddesinde yazılı emniyeti umumiye nezaretinde bulunmak cezasını zaten müstelzim olmak itibarile bu maddedeki fer'î cezanın hükümde tasrih edilmemesi esasa müessir bulunmadığı ve binaenaleyh suçlunun lehine kazanılmış bir hak mahiyetinde telâkki edilmiyeceği bedihi olup; şimdiye kadar umum ceza ve birinci ceza yüksek hey'etlerinin müstekar içtihatları bu merkezde bulunduğu halde işbu hâdisede 32 inci maddenin hükümde meskût bırakılmış olmasının suçlu aleyhine bozma sebebi sayılmadığından tasrihile müktesep bir hak olarak tanınmasında kanunî isabet görülemediğinden bu kısmı kararın kaldırılarak yerine esasa müessir bulunmadığının ikamesi hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 14-12-936 tarihli itirazname ile birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

İtirazname münderecatı varit olmakla dairei hususiye kararının birinci fıkrasındaki (32 inci maddenin meskût bırakılması aleyhe bozma sebebi sayılmamışdır.) Şeklinde olan kısmının kaldırılmasına ve mezkûr fıkranın (32 inci maddenin meskût bırakılması esasa müessir olmadığı ve binaenaleyh lehe kazanılmış bir hak mahiyetinde telâkkiye müsait bulunmadığı) şeklinde kabulüne 4-1-937 tarihinde Oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 162/7. Karar No: 5- İtirazname 936/30

9. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Tayyareye iane toplamak muhtarların resmî vazifeleri cümlesinden olmadığından tayyareye ait zahireleri, zimmetine geçirdiği iddia olunan Muhtar hakkında memurin muhakemat kanunu tatbik edilemez.

Tayyareye ait zahireleri zimmetine geçirdiği iddiasile maznun eski muhtar Hüseyin hakkındaki takibiatın adliyece yapılması lüzumuna idare hey'etince karar verilerek evrak sorgu hâkimliğine tevdi kılınmış ve oraca da; köy kanununda muhtarların vazifesi sayılırken tayyare cemiyetine ait bir vazife gösterilmemiş ve binaenaleyh hâdise 1609 Numaralı kanunun şümulü haricinde bulunmuş olmakla evrakın Müddeiumumiliğe tevdiine karar verilmiş ve bu suretle İskilip idare hey'eti ile sorgu hâkimliği arasında selbî vazife ihtilâfı çıkmış olduğundan halli için gönderilen bu baptaki evrak Baş Müddeiumumiliğin; Kararların mahiyetine göre merci tayinini icap ettirecek bir ihtilâf görülemediğinden dileğin reddi talebini natık 22-12-936 tarihli tebliğnamesile birinci başkanlık dairesine gönderilmekle umum ceza hey'etinde okundu:

Hâdisede ihtilâf olduğu takarrür ettikten sonra esası bittetkik; Tayyareye iane toplamak muhtarların resmî vazifeleri cümlesinden olmadığı cihetle bu hâdisede muhtar hakkında memurin muhakemât kanununun tatbik edilemiyeceğine ve doğrudan doğruya adliyece takibat icrası lâzımgeleceğine göre yerinde görülemiyen sorgu hâkimi kararının kaldırılmasına 4-1-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Heyeti Umumiyesi. Esas No: 212/10. Karar No: 9. Tebliğname 5/4186

349

10. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Gündüz süknaya girerek işlenen hırsızlık suçlarında Türk ceza kanununun 491 inci maddesinin dördüncü bendi mucibince ceza tayini lâzımdır.

Hasanın evinden (54) lira kıymetindeki singer dikiş makinesini çalmaktan maznun Hüseyin ve Şaban ve Bekirin yapılan duruşmaları neticesinde: Ceza K. nun 491 ve 525 inci maddesine tevfikan bunlardan Hüseyinin Üç Ay hapsine ve o kadar da emniyeti umumiye nazareti altında bulundurulmasına ve diğerlerinin de beraetlerine dair Havza Sulh ceza mahkemesinden verilen 12 6-936 Tarihli hüküm ve karar mafevk Vezirköprü C. Müddeiumumiliği ile maznunlardan Hüseyinin temyizine binaen Temyiz ikinci ceza dairesince tetkik olunarak: Makinenin süknaya mahsus mahalden çalındığı iddia olunmasına göre vazife cihetinin düşünülmemesi yolsuz olduğundan bahsile bozulmasına mütedair verilen karar aleyhine Başmüddeiumumilikden: Gündüz süknaya girerek işlenen hırsızlık suçlarında vasfı müşeddid mevcut olmadığı ve ceza K. nun 491/4 inci maddesinin tatbiki lâzım geleceği son tevhidi içtihat kararı iktizasından bulunduğu cihetle makinenin süknaya mahsus mahalden çalındığı iddia olunmasına göre vazife cihetinin düşünülmemesinden dolayi mahalli hükmünün bozulmasına dair verilen kararda isabet mütalâa edilmediğinden bu kararın kaldırılması ve Şaban ve Bekir haklarındaki beraet kararının tasdiki ve Hüseyin hakkında 491/4 inci maddenin nazara alınmaması yolsuz olduğundan mahalli mahkûmiyet kararının bozulması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 8/12/936 Tarihli itirazname ile birinci başkanlık dairesine gönderilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

İtirazname mündericatı varit olmakla itiraz olunan kararın kaldırılma-

sına ve esasın tetkiki için evrakın hususî daireye verilmek üzere Başmüddeiumumiliğe geri verilmesine 18/1/937 Tarihinde Oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 161/6. Karar No: 9. İtiraznameı: 936-126.

11. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Meşhut suç kanununun 13 üncü maddesi hükmolunan cezanın 89 uncu meddeye tevfikan teciline mani değildir.

Sinop ceza evinde komonistlikten mahpus bulunan Kavalalı Aliye hariçten rakı getirmek suretile memuriyet vazifesini suiistimal eylemekten maznun gardiyan Bekirin 3005 Sayılı kanun gereğince yapılan duruşması neticesinde: Ceza K.nun 240 ve 89 uncu maddelerine tevfikan üç ay hapsine ve o kadar da memuriyetten mahrumiyetine ve yalnız hapis cezasının te'ciline ve mütemmim ceza olan memuriyetten mahrumiyet cezasının infazına ve (700) kuruş harcın kendisinden alınmasına dair hüküm C.Müddeiumumisinin temyizine binaen temyiz dördüncü ceza dairesince tetkik olunarak: Meşhud suçların muhakemesi usulü K.nun 13 üncü maddesinin nazara alınmaması yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmekle; Yeniden yapılan duruşma neticesinde: 3005 Numaralı meşhut suçların muhakeme usulüne dair olan kanunun 13 üncü maddesinde bir ay ve daha ziyade hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkûm edilen suçluyu mevkuf değilse mahkeme tevkife mecbur olduğu yazılı bulunmakta isede usule taallûk eden 1918 Numaralı gibi kanunlarda verilecek cezaların te'cil edilemeyeceği tasrih edilmiş iken yine usule taallûk eden bu 3005 Numaralı kanunda

verilecek cezaların te'cil edilmeyeceği hakkında bir kayıd ve sarahat mevcut olmamasına ve şu hâle göre hükmü elyevm mer'î bulunan ceza K.nun muaddel 89 uncu maddesinde muharrer şeraiti camî bulunduğu surette cezanın te'cili mes'elesini vazıi kanun hey'eti hâkimenin takdirine bırakmış olmasına nazaran berveçhi muharrer bir ya ve daha ziyade hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkûm edilen suçlunun tevkif edilecğine dair olan 13 üncü maddesi ancak te'cil edilmeyen cezaların suçlularına münhasır olduğu istidlâl edilmiş olduğu beyanile eski hükümde ısrarı mutazammın Sinop Asliye ceza mahkemesinden sonradan verilen 11-1-937 tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki Cumhuriyet Müddeiumumiliği tarafından müddetinde istida edilerek bu baptaki evrak Başmüddeiumumiliğin; 18-1-937 tarihli tebliğnamesile birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Tebliğnamede yazılı olduğu üzere cezası te'cil edilen suçlunun tevkifi mevzuubahs olamayacağına ve cürmü meşhut kanununun 13 üncü maddesi hükmü te'cili men'eder mahiyette bulunmamasına göre ısrar kararı usul ve kanuna uygun olmakla varit olmayan temyiz itirazlarının reddile mezkûr hükmün tasdikına 18-1-937 tarihinde Çoğunlukla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi, Esas No: 42 Karar No: 11. Tebliğname: .CM./181

352

12. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Bekçiler memurin muhakemat kanununa tabi memurlardan madut değildir.

Kendisine ait koruculuk ücretini almak için Ayşeyi dövdüğü iddiasile maznun köy korucusu İsmail hakkında Çarşanba sorgu hâkimliği ile idare hey'eti arasında çıkan vazifesizlik ihtilâfının halli için gönderilen bu bapdaki evrak Başmüddeiumumiliğin; Köy muhtarı tarafından ayniyat olarak korucu hakkı toplandığı sırada vazifeten beraber bulundurulan maznun köy bekçisinin müşteki Ayşeyi dövdüğü iddia ve ihbar edilmesine ve zabıt varakası münderecatına ve şahadete göre idare hey'etinin yerinde görülemeyen kararının kaldırılması talebini natık 12-1-937 tarihli tebliğnamesile birinci başkanlık dairesine gönderilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Bekçiler memurin muhakemat kanununa tâbi memurlardan olmamalarına göre yerinde görülemeyen sorgu hâkimi kararının kaldırılmasına 18-1-937 tarihinde Oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 27· karar No: 24, Tebliğname: 5/10

13. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Maznunun lehine olan hukukî kaidelere muhalifet aleyhine hükmün bozulması için Cumhuriyet Müddei Umumisine bir hak vermez.

Güllüyü tehdit ederek erazisinden istifadesine mani olduğu ve mezbureyi tahkir ve âdiyen dövdüğü iddiasile maznun Mehmedin bilmuhakeme: beraetine ve duruşma harcının alınmasına mahal olmadığına dair verilen hüküm C. M. umumiliğinin temyizine binaen Temyiz dördüncü ceza dairesince tetkik olunarak: Davacı ilk celseden itibaren duruşmalara gelmemiş olmasına göre hakaret ve dövmek suçları hakkında usulün 361 inci maddesi tatbik edilecek yerde beraet kararı verilmesi ve harç tarifesi kanununun 60 ıncı maddesinin gözedilmemesi suretile davacıya harç yükledilmemesi yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmekle yeniden yapılan duruşma sonunda: Bazı mütalâat beyanile eski hükümde ısrara mütedair Menemen asliye ceza mahkemesinden sonradan verilen 9-12-936 tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki mahallî C. M. umumiliği tarafından müddetinde istid'a edilerek bu baptaki evrak Baş müddeiumumiliğin; mahsus madde isnadile sövmek suçu tamamen ayrı bir fiil olduğu gibi dövmek fiili de işlenmesi tarzına göre mülkten istifadeye mani olmanın anasırından bulunmamış olmasına nazaran bozma kararı musip ve uymak icap ederken bazı mütalâat serdile ısrar olunması yolsuz olduğundan hükmün bozulması talebini natık 9-1-937 tarihli tebliğnamesile birinci başkanlık dairesine gönderilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Maznunun lehine olan hukukî kaidelere muhalefet aleyhine hükmün nakzı için müddeiumumiliğe bir hak veremiyeceğine göre birinci bozma sebebine karşı müddeiumuminin temyizi davaya hakkı olmadığı gibi iddia edilen suçlar arasında müddeiumumilikçe takibi icabeder suç da bulun-

makla davacıya harç hükmedilmemek icabedeceğine göre bu noktaya matuf olan ve muvafık görülen ısrar kararının tasdikına 18-1-937 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 4/38. Karar No: 17 Tebliğname: 5/49

14. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Tahrikin şedit olduğu mahkemece kabul edilmiş olmasına göre 51 inci maddenin ikinci fıkrası mucibince cezadan tenzilât icrası icabeder.

Marufu dövmekten maznun Galefin meşhut cürüm kanununa tevfikan yapılan duruşması neticesinde: Ceza K. nun 456 Son ve 51 inci maddelerine tevfikan ve tenzilen yirmi gün hapsine dair Sultanahmet Üçüncü sulh ceza mahkemesinden verilüp maznun tarafından temyiz edilen 14-12-936 tarihli hüküm Temyiz ikinci ceza dairesince tetkik olunarak: Tahrikin ağır ve şitddetli olduğu kabul edilmeyerek yalnız şiddetli olduğu gösterilmiş olmasına göre tahrik 51 inci maddenin birinci fıkrasile tavsif ve olsuretle cezası da verilmiş olmasına göre tebliğnamede yazılı mütalâa varit olmadığından reddile hükmün tasdikına mütedair verilen karar aleyhine Baş Müddeiumumilikten; 51 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı tahrikin yalnız haksız bir tahrik olarak tavsif edilmiş bulunmasına göre mahkemenin şiddedli olarak tavsif ettiği bu haksız tahrikin birinci fıkraya girmeyeceği ve yalnız şiddetli denilerek ağır kelimesinin ilâve olunmaması: bu tahriki ilk fıkrada yazılı adî tahrik mahiyetine düşüremeyeceği: Netekim yalnız ağır olarak tavsif olunan tahrikin ikinci fıkraya mümas bulunduğu ve bu itibarla şiddedli ve ağır kelimelerinin müstakil olarak istimâl edil-

355

mesi tahrikin ikinci fıkraya girmesine mani teşkil etmeyeceğine ve mahallî mahkemece dövme suçu için kabul olunan tahrikin mahiyetine nazaran tahrikin ağır ve şiddetli olduğu kabul edilmeyerek yalnız şiddetli olduğundan bahisle hükmün tasdikına karar verilmesinde isabet mütalâa edilemediğinden dairei hususiye kararının kaldırılarak mahallî hükmünün tebliğname - mucibince bozulması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu babdaki evrak 8-1-937 tarihli itirazname ile Birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Tahrikin şedid olduğu kabul edilmesine göre itirazname münderecatı varit olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve mahallî hükmünün tatbikde isabetsizlik noktasından Ceza M. U. K. nun 326 ıncı maddesine tevfikan bozulmasına ve beş lira ilâm harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına ve depo edilen paranın geri verilmesine 18-1-937 tarihinde Çoğunlukla karar yerildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 17 Karar No: 7. İtirazname: 937/ C. M. /2

15. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

İddianame ile mahkemeye sevki icap eden meşhut suçların duruşması sırasında maznunun diğer bir suç daha işlediği anlaşıldığı takdirde sonradan meydana çıkan suç hakkında iddianame alınmaksızın tevhit kararı verilerek birlikte rüyet ve karara raptı caiz değildir.

Karısı Ayşeyi dövmek ve sövmek ve tehdid etmekten maznun Hasan ve merkumu dövmek ve sövmekten maznun adı geçen Ayşenin 3005 sayılı kanun gereğince yapılan duruşmaları neticesinde: Ayşenin beraetine ve Hasanın sübutu fiiline mebni Ceza K. nun son 456,449,482,/2,191,/69 ve 76 ıncı maddelerine tevfikan otuzdokuz gün hapis ve bir lira ağır para cezalarile mahkûmiyetine dair Fenike Sulh ceza mahkemesinden verilen 21-12-936 tarihli hüküm ve karar C. Müddeiumumisinin temyizine binaen Temyiz ikinci ceza dairesinde tetkik olunarak: Ayşe hakkındaki temyiz itirazları varit olmadığından reddine ve 30 uncu maddeye riayet edilmemesi de esasa müessir olmadığından bozma sebebi sayılmamasına: ve maznun Hasan aleyhinde darptan açılan bir davanın duruşması yapılırken tahkir ve tehdid suçları da dava edilmiş ve zapta geçirilmiş olmak suretile bu suçlardan dolayı da bu şekilde dava açılmış olmasına ve maznunun sabık mahkûmiyetinin re'sen araştırılmasının mecburiyeti kanunî sebeplere müstenit olup usulü âdiyede maznunun sabık mahkûmiyeti olup olmadığının re'sen hâkim tarafından araştırılması da usulen nakzı mucip sebeplerden görülmemiş olmasına mebni bu cihetlere taallûk edüp tebliğnamenin 2 ve 4 üncü rakamlarile gösterilen mütalâalarda gayri varit olduğundan reddine ve hükmün diğer bir sebepden bozulmasına mütedair verilen karar aleyhine Başmüddeiumumilikten; Meşhut cürüm kanununa tabi ahvalde; maznunların mahkemeye iddianame ile sevkedilmesi ve işlenen suç hakkında âmme davasının bu suretle ikamesi 3005 numaralı usulü K. nun

353

4 üncü maddesi hükmünden bulunmasına ve bu hâdisede maznun Hasan hakkında yalnız dövme cihetinden âmme davası açılmış olmasına ve duruşma sırasında maznunun iddianamede yazılı bu dövme suçundan başka bir suç işlediği meydana çıkmış olsa bile usulü dairesinde ve maznunun sarih muvafakatile işin birleştirilebileceğine, fakat işbu dövme davasının duruşması sırasında böyle usulî bir muamelenin cereyan etmemiş bulunmasına, hattâ maznunun tehdid ve sövme cihetlerinden sorgusunun dahi yapılmamış olmasına ve meşhut cürüm kanununa tâbi işlerin o kanunun vaz'ettiği hükümlere uygun şekilde cereyan etmesi lâzım geldiğine nazaran maznunun tehdid ve sövme cihetlerinden de doğrudan doğruya mahkûm edilmesi 3005 numaralı kanun ahkâmına aykırı olduğundan bu cihetten bozma sebebi yapılmamasında isabet mütalâa edilemediği gibi maznunun mahkûmiyeti sabıkasının tahkik ve tesbit olunmaması ciheti mahallî C. Müddeiumumiliğince âmme hukuku gözedilerek temyiz edilmiş olmasına nazaran mecburiyeti kanuniye olmadığından bahsile bozma sebebi sayılmasında keza isabet mütalâa edilmediğinden hususî dairenin bu cihetlere müteallik bulunan red kararının kaldırılarak mahallî hükmünün tebliğname dairesinde bu sebeplerle dahi bozulması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 8-1-937 tarihli itirazname ile birinci başkanlık dairesine gönderilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Suçlunun mahkûmiyeti sabıkasının bir lüzumu kanunî olmadıkça araştırılması mecburî bulunmamasına binaen bu baptaki itiraz gayri varit isede meşhut suçlar hakkındaki kanunun dörcüncü maddesi mucibince meşhut suçların iddianame ile mahkemeye sevkedilmesi zarurî bulunmasına binaen muhakeme sırasında anlaşılan maznunun diğer suçları hakkında iddianame alınmaksızın suçların tevhit ve rüyeti gayri caiz ve bu itibarla itirazname müinderecatı varit olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve mahallî hükmünün bu sebepden de Ceza M. U. K. nun muaddel 326 ıncı maddesine tevfikan bozulmasına 1-2-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi Esas No: 16. Karar No: 14. İtirazname: C. M/1

358

16. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Mahkeme, ceza tayininde son tahkikatın açılması kararında gösterilen madde ile mukayyet olmadığından duruşma sırasında suçun vasfı değiştiği takdirde; yeni vasıfdan dolayı hukuku âmme davası açılmamış olduğundan bahisle beraet kararı verilmesi yolsuzdur.

Zimmetine para geçirmekten maznun varidat kâtibi İbrahimin bilmuhakeme beraetine dair hüküm C. Müddeiumumisinin temyizine binaen Temyiz dördüncü ceza dairesince tetkik olunarak: maznunun para almağa salâhiyeti olmadığının kabulü halinde dahi vazifesi dolayısile kendisine tevdi edilen parayı uzun müddet üzerinde tutması vazifesini suiistimal mahiyetinde olup olmadığının gözedilmemesi yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmekle; yeniden yapılan duruşmada: asıl suç ilk evvelâ sırf zimmet suçu olarak talebnamе ile maznun aleyhine hukuku âmme davası açılmış ve ilk tahkikat ayni şekilde yapılmış ve iddianame ve son tahkikat kararile ceza K. nun 202 inci maddesine tevfikan mahkemeye sevkedilmekle ayni sahada duruşmaya devamla iddianame verilmiş olup vazifei suiistimal suçu hakkında hiç bir güna talep vukubulmadığı gibi o sahada tahkikat da yapılmamış ve duruşma sonunda toplanan delillere ve alınan kanaate göre zimmet suçunun anasırı mevcut görülemediğinden mahkemece mesnet zimmet suçundan suçlu İbrahimin beraetine karar verildiğinden asıl mevzu teşkil etmeyen vazifei suiistimal suçuna dair olan hususları mahkeme re'sen nazara almamış ve doğrudan doğruya sırf zimmet suçile gelen hâdiseden başka vazifei suiistimal suçu hakkında evrakında icap eden mahalle tevdiine veya diğer bir şekilde behemehal mahkemenin re'sen bir karar vermek mecburiyeti kanuniyesi bulunmamış binaenleyh C. Müddeiumumiliğinin temyiz istidasında vazifei suiistimal suçuna dair yazısı dahi olmamasına rağmen esasa taallûk etmeyen ve asıl kanunî delillere müstenit bulunmayan cihetlerden dolayı bozma kararı ittibaa şayan görülemediğinden bahsile eski hü-

359

kümde ısrara mütedair Sarıkamış Asliye ceza mahkemesinden sonradan verilen 23-11-936 tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki C. Müddeiumumiliği tarafından müddetinde istida edilerek bu baptaki evrak Başmüddeiumumiliğin; suçlunun harekti bir fiilden ibaret olup zimmetten dolayı beraet kararı verildikten sonra ayni fiil hakkında diğer bir vasıfla takibat icrası gayri kabil bulunmasına göre bozma kararı musip ve uymak icap ederken ısrar olunması yolsuz bulunduğundan hükmün bozulması talebini natık 25-12-936 tarihli tebliğnamesile birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Mahkemelerin bir fiil hakkında son tahkikat açılması kararında gösterilen madde ile mukayyet olmamasına ve neticei hasılaya göre tatbiki maddede muhtar bulunmalarına ve dava evrakı ve suçlunun ikrarına göre bozma kararı varit ve uymak icap ederken bir takım mütalâat beyanile eski hükümde ısrar edilmesi yolsuz ve kanuna aykırı görülmekle mezkûr ısarar kararının Ceza M.U.K.nun muaddel 326 ıncı maddesine tevfikan bozulmasına 1-2-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi Esas No: 24, Karar No: 4/4288.

36

17. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Kavga sırasında korkutmak maksadile silâh çekmek suçunun vasfında tehdit unsuru mevcut olduğundan suçlunun ayrıca tehditten mahkûm edilmesi yolsuzdur.

Halimeye âdiyen sövmek ve mezbureye bıçak çekmek ve tehdid etmekten maznun Ahmedin 3005 sayılı kanuna göre yapılan duruşması neticesinde: Ceza K. nun 482/2,191,466 ve 69 uncu maddelerine tevfikan ve neticeten sekiz gün hapis ve bir lira ağır para cezalarile mahkûmiyetine dair Ankara Asliye ikinci ceza mahkemesinden verilen 19-1-937 tarihli hüküm C. Müddeiumumiliği ile maznunun temyizine binaen Temyiz dördüncü ceza dairesince tetkik olunarak: şahadetten tahassül eden neticeye göre silâhla tehditten dolayı maznun hakkında açılan âmme davası silâh çekme suçunu da şâmil bulunacağına göre temyiz istidasında buna ait itiraz varit değilsede; sureti şahadet ve tavsif ve kabule göre kavgada bıçak çekmekten ibaret bulunan hâdisenin tehdid mahiyetinde olarak kabul edilmesi ve bu hususta 79 uncu madde gözedilmeyerek tehditten de ayrıca ceza tayin olunması ve fiilin müştekinin kapuyu şiddetle tekmelemesi üzerine vukubulması dolayısile bu cihetin cezayı azaltıcı sebeplerden bulunup bulunmadığının düşünülmemesi yolsuz olduğundan bahsile bozulmasına mütedair verilen karar aleyhine Başmüddeiumumilikten silâh çekerek müştekiyi ölümle tehdid eden suçlunun şu hareketi silâhla tehdid mahiyetinde bulunmamış olmasına ve bu yoldaki tatbik temyiz mahkemesince de musip görülmesine nazaran artık silâh çekme fiili ile tehdidi mutazammın sözlerin yekdiğerinden mahiyet itibarile ayrılmış bulunduğu ve eğer iki fiil yekdiğerine merbut kalsa idi suçun haddi zatinde silâhla tehdid mahiyetinde bulunması icap edeceği cihetle maznun bir fiil değil iki ayrı fiil işlemiş olduğundan hâdisede işlenen bir fiille kanunun müteaddid ahkâmının ihlâl edilmesi hali mevzuubahs olamaz; isabet mütalâa edilmeyen hususî daire kararının bu cihete matuf

36/

bozma sebebinin kaldırılması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 29-1-37 tarihli itirazname ile Birinci başkanlık dairesine gönderilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Hâdisenin tarzı cereyanına göre sabit olan fiil korkutmak kasdile silâh teşhirinden ibaret ve tehdid silâh çekmek suçunun vasfında dahil iken dairei husu«iyece 79 uncu maddenin nazara alınmamış olmasına matuf bozma sebebinde isabet mevcut olmayup ancak maznunun sabit olan fiili korkutmak kasdile silâh çekmekten ibaret olduğu halde tehdit ve silâh çekmekten ayrı, ayrı mahkûmiyeti cihetine gidilmiş olmasında isabet gayri mevcut ve itirazname münderecatı bu yol ile varit olmakla 79 uncu maddeye müstenit sebebi nakzın ref'ile ayrı, ayrı silâh çekmek ve tehdid suçlarından ceza tayini kanuna muhalif olduğundan hükmün bu sebepden de Ceza M. U. K. nun muaddel 326 ıncı maddesine tevfikan bozulmasına 1-2-937 tarihinde Oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 31. Karar No: 10. İtirazname: C M. 13.

---

18. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Açılan müsabaka imtihanına başkası yerine giren suçlunun fiili, Türk ceza kanununun 528 inci maddesi mucibince cezayı müstelzimdir.

Kasımın yerine müsabaka imtihanına girmekten maznun Rıza ve teşvik etmekten maznun Kasımın 3005 numaralı kanuna göre yapılan duruşmaları neticesinde: beraetlerine dair Ankara Asliye birinci ceza mahkemesinden verilen 23-1-937 tarihli hüküm mahalli C. Müddeiumumili-

362

ğinin temyizine binaen Temyiz dördüncü ceza dairesince tetkik olunarak:: Zabıtname münderecatına ve fiilin mahiyetine giren maznun tarafından yazılan intiham kâğıdı bizatihî sahte bir varaka mahiyetinde olmadığı ve mahiyet ve aldığı neticeye göre hâdisede sahtekârlık suçu anasırı bulunmadığı gibi kâğıtla isim ve hüviyetin hakikata uymaz şekilde gösterilmesi de 528 inci maddede yazılı suç unsurlarını ihtiva ettiği ve talebe hakkında hususî ve inzibatî müeyyedesi mevcut şu fiili hareketi Ceza K. nun çerçevesi haricinde bulunduğu yolunda tebliğnamede yazılı sebeplere göre yerinde görülmeyen itirazın reddile usul ve kanuna uygun olan hükmün tasdikına mütedair verilen karar aleyhine itiraz yoluna tevessül edilmesi ve bu kararın bir kere de Ceza umum hey'tinden geçirilmesi yüksek Adliye vekâletinin emrü iş'arına binaen Başmüddeiumumilikten; Fransızca imtihanına hiç girmeyen Kasımı imtihana girmiş ve imtihan kâğıdını bizzat doldurmuş gibi göstermek için Rıza tarafından tanzimine teşebbüs edilen bu varakayı sahte addetmek zarurîdir. Her hangi bir varakada sahtelik mevcut olmak için bunun isbatı müddeaya salih olması icap eder. Rıza tarafından tanziminine teşebbüs olunan varaka ile Kasım Fransızca imtihanına girmişcesine varakanın bahşettiği menfaattan istifade edeceği cihetle hâdise sahtekârlık vasfını haizdir. Sahte bir varaka yalnız taklit suretile veya hakikî bir varaka üzerinde yapılan tağyirat ve tahrifatla vücuda gelmez. Sahteliğin muhtelif şekilleri mevcuttur. Her hangi bir varakanın maddeten sahteliğine delâlet eden bütün haller sahteliği vücuda getirir. Suçlu bu varaka ile imtihana girdiğini ve imtihanda muvaffak olduğunu isbat edeceğine göre sahtelik varakanın mahiyetinde mevcuttur. Umumî zarar tevlit edebilmek kabiliyetini haiz her hangi bir varakanın onu tanzim eden şahısdan gayri bir şahıs tarafından tanzim edilmiş gibi gösterilmesi varakaya haricî şeraitinde zahir bir sahtelik izafe eder. Bu suretle Ceza K. nun 342 inci maddesine uygun bir suç teşekkül etmiştir.

Zarar doğrudan doğruya bu varakadan tevellüt etmektedir. Tevellüt edecek zarar âmmenin itimadı aleyhine müteveccihtir. Zira Avrupaya tahsil etmek için lâzım gelen ehliyeti haiz olmayan maznun bu sahte varakaya müsteniden isbatı ehliyet ederek Devlet hazinesine zarar iras edecektir. Kasım ile Rızanın hareketlerinde tam bir iştirâk mevcuttur. Kasım Rızayı bu suçu işlemeğe azmettirmiştir. Çünki Rızada kendi yerine imtihana gir-

303

mek kararını uyandıran Kasımdır.

Maznunların bu hareketlerinin kanunumuzun me'hazı olan İtalya Ceza K. nun 342 inci maddesine uygun bir suç teşkil ettiğine İtalya Temyiz mahkemesi hükmetmiştir.

Yukarda yazılı sebeplerden dolayı tasdika mütedair kararın kaldırılması ve mahallî hükmünün yüksek Adliye vekâletinin emrü iş'arına atfen bozulması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 5-2-937 tarihli itirazname ile birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Suçlulardan Rızanın hareketi; imtihana talip olan Kasımın yerine imtihana girerek memuruna hüviyyetini yanlış söylemekten ve Kasımın hareketi de bu fiile iştirâk etmekden ibaret olmasına göre hareketlerinin Ceza K. nun 528 ve 65 inci maddelerinin şümulüne dahil olduğu düşünülmeksizin beraet kararı verilmesi yolsuz ve itirazname bu itibarla varit olduğundan itiraz olunan kararın ref'ine ve bu sebepden mahallî hükmünün Ceza M. U. K. muaddel 326 ıncı maddesine tevfikan nakzına 15-2-937 tarihinde Çoğunlukla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 35. Karar No: 75. İtirazname: C. M. 15.

364

19 T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Davacının duruşmaya gelmemesi sebebile verilen düşme kararları ara kararı mahiyetinde olmyıp esası halleden nihaî kararlardandır.

Caferi tahkir etmek ve bıçak çekmekten maznun Hasan ve arkadaşlarının bilmuhakeme: Davacı Ceferin 5-10-935 tarihli celsei muhakemeye gelmediğinden tahkir davasının düşürülmesine ve bıçak çekmeğe hasren muhakeme icrasına karar verilerek neticede maznunların bu cihetten beraetlerine mütedair Afyon sulh ceza mahkemesinden verilip mahallî C. Müddeiumumiliği tarafından temyiz edilen 24-9-936 tarihli karar temyiz ikinci ceza dairesince mütalâa olunarak: Ara kararları esesla beraber temyiz edilebileceği ahkâmı kanuniye iktizasından olmasına ve temyiz istidası da müddeti içinde verildiği anlaşılmasına binaen istidanın kabulüne ve esas hakkında beyanı mütalâa olunmak üzere evrakın Başmüddeiumumiliğe iadesine dair verilen karar aleyhine; davacının duruşmaya gelmemesi sbebile davanın düşmesine dair verilen kararların ara kararı mahiyetinde olmayup, taallûk ettiği davanın esasını halleden nihaî kararlardan olması ve bu davanın tevhiden rüyet edilen silâh teşhiri davasile bir gûna taallûku bulunmaması itibarile temyiz müddetinin sukut kararının tefhimi tarihinden itibaren başlaması lâzım geleceğinden isabet mütalâa olunamayan ikinci ceza dairesi kararının kaldırılarak temyiz istidasının tebliğname mucibince reddine karar verilmesi hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 18-1-937 tarihli itirazname ile birlikte birinci riyaset dairesine verilmekle umum ceza hey'etince okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

İtirazname münderecatı varit olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve C.Müddeiumumisinin temyizi hakaret davasının düşmesine mütedair karar aleyhine olup mezkûr kararın 5-10-935 tarihli celsede ittihaz edilmiş bulunmasına ve muaddel ceza M.U.K.nun 310 uncu maddesi sarahatına

365

göre 10-10-936 tarihinde verilen temyiz istidasının müddetin geçmiş olmasından dolayı reddine 15-2-937 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza heyeti Umumiyesi. Esas No: 23. Karar No: 21. İtirazname. 6.

---

20. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Polis dairesinde kapalı bir odaya konan suçlunun oda içindeki kardeşine; kapunun önünde beklediğini bildiği polis hakkında yüksek sesle hakaret tazammun eden sözler söylemesi 266 ıncı maddeye göre cezayı müstelzim suç mahiyetindedir.

Vazife halinde polis Hayriyi tahkir eylemekten maznun Hayreddin oğlu Selmanın 3005 sayılı kanuna tevfikan yapılan duruşması neticesinde: Ceza K.nun 266/1 inci maddesine tevfikan bir ay hapis ve (30) lira ağır para cezalarile mahkûmiyetine ve cezalarının te'ciline dair Tokat Asliye ceza mahkemesinden verilen 20-1-937 tarihli hüküm maznunun temyizine binaen Temyiz dördüncü ceza dairesince tetkik olunarak: hakareti tazammun eden sözlerin sarfedildiği sırada müştekinin kapalı bulunan maznunun odası kapusının önünde bulunduğu ve yüksek sesle söylenen sözleri müşteki ile şahitlerin işittikleri cümlei şahadetten bulunmasına nazaran tebliğnamede bozma talebinin ve zabıtname münderecatına göre temyiz itirazlarının reddile mezkûr hükmün tasdikına mütedair verilen karar aleyhine Başmüddeiumumilikten; 266 ıncı maddedeki huzur unsurunun tekevvünü için hakarete maruz kalan kimsenin bu hakareti işitmiş olması kâfi olmayıp belki bu unsurda hakaretin müvacehede ve yüze karşı vaki olması da mündemiç bulunduğu ve binaenaleyh kapusu kapalı bir odanın içinde bulunan maznunun ayni oda içindeki kardeşine dışarda duran polis memuru için söylediği hakareti mutazammın sözler memur tarafından işidilmiş olsa dahi huzurda addedilemiyeceği cihetle isabet mütalâa olunmayan tasdik kararının

366

8. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Hususî Muhasebe idaresine ait sandığın muamelâtı dahiliyesine müteallik talimatname hükümlerini borçlu bilmekle mükellef olmadığından idarenin istinad ettiği talimatnameler münderecatına Müddeialeyhin vâkıf ve muttali olduğu tebeyyün etmedikçe hususî muhasebe memuruna vaki tediye muteberdir.

M. — *Muhasebei hususiye vekili Server.*

M. A. — *Ali oğlu sağırın Emin.*

[Mahkemesi: Milâs asliye hukuk. Karar Tarihi 8-6-936. Karar No: 274/228]

Dava : Müvekkili idarenin müddeaaleyh zimmetinde ciheti karzdan bakiye (500) lira alacağı bulunduğundan bahsile maafaiz tahsili talep edilmiştir.

Karar : İlâmda yazılı esbaba binaen müddeabih (500) liranın maa faiz müddeaaleyhden tahsiline dair verilen karar indettemyiz; müddeaaleyhin davacı idareye borçlu olduğu paranın tamamını ödeyerek mahallî kaymakamının takririle rehinin fek edildiği tebeyyün etmiş olmasına ve hususî idarenin istinad ettiği talimatnamelerin münderecatına müddeaaleyhin vâkıf ve muttali olduğu tebeyyün etmedikce hususî muhasebe memuruna vaki tediyesi muteber olacağına binaen talimatnamenin hükümlerine vâkıf olup olmadığı tahkik edilmeksizin yazılı olduğu üzere hüküm verilmesi kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılınmakla; yeniden yapılan muhakeme sonunda: bazı mütalâat beyanile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

362

Temyiz eden : Müddeaaleyh vekili avukat Yakup Celâl.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıkdan ve dosyadaki kâğıtlar okundukdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Müddeaaleyh, sandığın muamelâtı dahiliyesine müteallik talimatname hükümlerini bilmekle gayri mükellef ve binaenaleyh hususî muhasebe memuruna vaki tediyesi muteber bulunmuş olmasına mebni talimatname hükümlerine vâkıf olup olmadığı hususlarının tetkiki lüzumunu mutazammın olan bozma kararı varit ve uymak lâzım gelirken hâdiseye şümulü bulunmayan hey'eti umumiye kararından ve saireden bahsile ısrara karar verilmesi yolsuz ye temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (840) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak tarafdan alınmasına 10-3-937 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Temziz Mahkemesi Hukuk Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 4/80-20. Karar No: 25.

---

9. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Zarar ve ziyan davası ceza kanunu mucibince daha uzun müruru zamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neş'et etmiş ise şahsî davaya da o müruru zaman tatbik olunacağı borçlar kanununun 60 ıncı maddesinin ikinci fıkra hükmü iktizasındandır.

M. — *İbrahim kızı Emine vekili Muharrem.*

M. A. — *Battal oğlu Merdan.*

[Mahkemesi: Kırşehir Asliye Hukuk: karar Tarihi 11-2-936. Karar No: 56/45]

Dava: Müvekkilesinin bikrini izale ettiğinden dolayı ceza mahkemesince

368

altı ay hapsay ve 500 lira tazminat itasına mahkûm edilen müddeaaleyh hakkındaki ceza takibi af ile ortadan kalkmış ve temyiz mahkemesince şahsî hak noktasından ait olduğu mahkemeye müracaatta muhtariyetine karar verilmiş olduğundan bahsile takdir edilmiş olan 500 lira tazminatın tahsilini müddei vekili istemiş ve müddeaaleyh dahi verdiği cevapta ceza dosyasında mevcut Baş Müddeiumumiliğin tebliğnamesinde işaret edildiği veçhile davanın müruru zamana uğradığından reddini talep eylemiştir.

Karar: Ceza dosyasındaki tebliğnamede fiilin vukuu ile dava tarihine göre müruru zaman cihetinin tetkik edilmemesi bozma sebebi olarak gösterilmiş bulunmasına binaen hâdisede ceza kanununun 423 ve 108 inci ve borçlar kanununun 60 ıncı maddeleri mucibince şahsî hak cihetinden de müruru zaman bulunmuş olduğundan davanın reddine dair verilen karar indettemyiz; her nekadar zarar ziyana sebep olan izdivaç vadile izalei bikir fiilinin iki sene evvel vaki olduğu ikrar edildiğinden bahsile müruru zaman noktasından davanın reddine karar verilmiş isede; izdivaç vadile izalei bikir fiillerinden doğan zararı ziyan yahut manevî zarar namile bir meblâğ tediyesine müteallik davalar hakkında müruru zaman evlenmekten istinkâf edildiği tarihten başlayacağına binaen hâdisede istinkâf tarihi tahkik olunarak müruru zaman itirazının ana göre halli lâzımgelirken fiilin vukuu tarihi başlangıç sayılarak davanın reddine karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda: hâdisede müruru zaman başlangıcı borçlar kanununun 60 ıncı maddesine tevfikan davacının zarara ve failine ittilâ tarihi olup müddeaaleyhin evlenmekten istinkâf tarihi olmadığı ve esasen müddei, müddeaaleyhin kendisile evlenmeyeceğini ve günün birinde istinkâf edeceğini bilmesi lâzımgeldiği ve çünkü evli bulunan bir adamın ikinci bir defa evlenemiyeceği ve suç af ile ortadan kalktıktan sonra zarar ve tazminat hükmedilmesine esasen imkân olmadığından bahsile eski hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddei Emine vekili Muharrem.

Hukuk heyeti umumiyesince bittetkik; ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Zarar ve ziyan davası ceza kanunu mucibince daha uzun müruru za-

369

mana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neş'et etmiş olursa şahsî davaya da o mürur zaman tatbik olunacağı borçlar kanununun 60 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında musarrah bulunmasına ve fiilin tarihi vukuu itibarile ceza K.nun 102 inci maddesinde yazılı mürur zaman müddeti geçmemiş olmasına göre bozma kararı bu itibarle varit ve lâzimülitiba bulunmuş iken yazılı esbap ve mütalâa dermeyanile ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan temiz olunan son hükmün dahi hukuk usulü muhakemeleri kanununun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (842) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 6-1-937 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Heyeti Umumiyesi Esas No: 4/48 Karar No: 1

---

10. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Müşterek gayrimenkulün adet ve hisse itibarile ekseriyeti teşkil eden hissedarlarının büyük tamirat icrası gibi daha ziyade mühim olan tasarrufları kanunu medenînin 624 üncü maddesi sarahatı dairesinde yapmağa salâhiyettardır.

M. — *Tirkeş oğlu kızı Hurrem avukat Ekrem.*

M. A. — *Tirkeş oğlu Talât ve Nahus oğlu Halim.*

[Mahkemesi: Sivas asliye hukuk Karar Tarihi 17-6-936 Karar No: 358/296]

Dava : 360 sehim itibarile 131 sehmi kendisine ait olup müddeaa-

370

leyhler tarafından kiraya verilen müşterek gayri menkul bedeli icarından hissesinde düşen (1546) liranın tahsili talebine dairdir.

Karar : Mübrez cevabı protestonamede müddeaaleyhlerin aldıkları kiradan (1100) lirasını mühim ve müstacel olan saçak teşkilâtı ile su te'sisatına ve vergiye verdiklerini ve bunun tenzilinden sonra müddeinin hissesine tahminen (500) lira kaldığını beyan eyledikleri anlaşılmış ve davacının rızasile yapılmayan büyük masrafları istemeğe müddeaaleyhlerin hakkı bulunmamış olduğundan müşterek gelir olduğu tahakkuk eden (2750) liradan davacının hissesine düşen (1000) lira (58) kuruşun müddeaaleyhlerden tahsiline ve fazla iddianın reddine dair verilen karar indettemyiz; sair itirazlar varit değilsede kanunu medeninin 624 üncü maddesi mucibince adet ve hisse itibarile ekseriyet teşkil eden hissedarların büyük tamirat icrası gibi daha ziyade mühim olan tasarrufları yapabileceklerine ve müddeaaleyhlerin de kanunen matlup olan ekseriyeti haiz olmalarına mebni yaptıkları masrafdan davacının hissesine düşen mikdarı istemeğe hakları bulunduğu cihetle kendilerinden bu masrafı isbat için beyyine talep edilmek ve ledelicap masraf mikdarı keşfen tesbit olunmak ve tesbit kabil olmadığı surette müddeaaleyhlerin talebile davacıya yemin verilmek lâzım gelirken bazı mütalâat beyanile sarfiyat talebinin reddedilmesi ve davacı kısmen haksız çıkdığı halde bütün mahkeme masrafının müddeaaleyhlere tahmil olunması da yolsuz olduğundan bozularak iade kılınmakla; yeniden yapılan muhakeme sonunda: Temyiz lâyihalarında sarfiyat vukuu iddia edilmekte isede, nakızdan evvelki celselerde müddeaaleyhlerden Talâtın sarfiyatın yapılacağını söylemesine ve evvelce yapıldığı hakkında bir iddiada bulunmamasına ve protestoda gösterilen masrafların ilerde yapılacağı tarzı ifadelerinden anlaşılmasına ve muhakeme sırasında bahse mevzu ve mahkemenin tetkikine arzedilmeyen bir cihet nakız sebebi olmayacağına ve bu güne kadar da sarfiyatın vukua gelmediği son beyanatla tahakkuk etmesine ve ilerde yapılması muhtemel sarfiyattan dolayı şimdiden mahsup yapılmayacağından ve masrafların müddeaaleyhe tahmili lâzım geleceğinden bahsile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddeaaleyhler

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; ısrarı mutazammın olan son

37/

hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıkdan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Müddeaaleyhlerden Talât 4-Teşrinievvel-935 tarihli celsede masarif hakkında vesika ibraz edeceğini söylemiş ve mahkemece de vesaikın ibrazına karar verilmiş olmasına ve nakızdan sonra da müddeaaleyhler müşterek otelin vergilerine ve su te'sisatına para verdiklerini iddia eylemiş olmalarına ve kanunu medenînin 624 üncü maddesi mucibince adet ve hisse itibarile ekseriyet teşkil eden hissedarların büyük tamirat icrası gibi daha ziyade mühim olan tasarrufları yapabileceklerine ve müddeaaleyhlerin de kanunen matlup olan ekseriyeti haiz olmalarına mebni yaptıkları masrafdan davacının hissesine düşen mikdarı istemeğe hakları bulunmasına ve davacı davasından kısmen haksız çıkdığına göre Hukuk U. M. K. nun 417 inci maddesi mucibince masarifi muhakemenin de nisbet dairesinde hükmedilmesi icabetmesine nazaran dairei hususiyenin her iki cihete müteallik bozma sebebi varit ve lâzimülittiba bulunmuş iken yazılı esbap ve mütalâa dermeyanile ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi mezkûr K. nun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (710) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 10-2-937 tarihinde İttifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Hey'eti Umumiyesi Esas No: 4/70-12 Karar No: 16

372

11. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Şuf'a hakkı satışın tapuya tescili ve muamelei feragiyenin ierasile tahakkuk edip ferağ tarihinden evvelki ittilâın kanunî bir kıymeti yoktur

M. — *Arif Karısı Nezaket.*

M. A. — *Muallim Salih.*

[Mahkemesi: Merzifon Sulh hukuk. karar Tarihi: 24-9-936 karar No: 239]

Dava: Müddeaaleyhe satılmış olan araziye hakkı şuf'a ve yolsuz yapılan tescil muamelesinin iptali talebine mütedairdir.

Karar: Müddei tarafından iddia edilen şuf'a hakkı mukaveleden mütevellit olup tapu sicillinde vaktile şart gösterilmemiş olduğundan ve gayri menkullerin müddeaaleyhe satışındaki şarta itibar olunacağından dolayı davanın reddine dair verilen karar indettemiyiz; Müddeinin iddia ettiği şuf'a hissedarlıkdan doğma kanunî şuf'a olmasına ve mukaveleden mütevellit olmamasına ve tapu sicilline mukayyet olup olmaması mevzuubahs olamıyacağına göre davanın usulen rüyet ve intacı iktiza ederken yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna uygun olmadığından bozularak iade kılınmakla; yeniden yapılan muhakeme sonunda: bazı mütalâat serdile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddei Nezaket vekili Vehbi Okucu.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okundukduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Davacının iddia eylediği şuf'a mukaveleden mütevellit olmayup hisse-

darlıkdan doğma kanunî şuf'a olmasına ve şuf'a hakkı satışın tapuya tescili ve muamelei ferağiyenin icrasile tahakkuk edüp ferağ tarihinden evvelki ittılaın kanunî bir kıymeti olmamasına nazaran bozma kararı varit ve lâzimülittiba bulunmuş iken yazılı esbap ve mütalâa dermeyanile ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (575) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 5-3-937 tarihinde İttifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Hey'eti Umumiyesi Esas No 3/194 karar No: 36

---

12. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Müstecir mecurdan ikametini gayri mümkün kılan hususatın bertaraf edilmesi aksi takdirde akdi feshedeceği hakkında borçlar kanununun 264 üncü maddesi matufunca mucire ihbarda bulunulup bulunulmadığı tahkik edilmeyerek karar verilmesi nakzı mucibtir.

M. — *Celile.*
M. A. — *Mustafa Akdemir.*

[Mahkemesi: İzmir sulh hukuk Kararın Tarihi: 19-9-936 Karar No: 2138]

Dava: Kontrat müddeti bitmeden bıraktığı evinin boş kaldığı yedi aylık 30 lira icarın tahsili talebine mütedairdir.

Karar: Kira akdini bozmada haklı görüldüğünden davanın reddine dair

374

verilen karar indettemyiz: Hâdisede borçlar K.nun 264 üncü maddesi hükmü nazarı dikkate alınarak ona göre tetkikat icra edilmek lâzım gelirken bu cihet düşünülmeksizin hâdiseye uymayan maddenin zikrile yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna uygun olmadığından bozularak iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda: hâdise tarzı ceryan ve mahiyeti itibarile borçlar K. nun 264 üncü maddesine değil 250 inci maddesine temas ettiğinden ve bu madde mucibince müstecir akdi fesh etmekte haklı olduğundan ve sairede bahsile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddei Celile.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Hâdisede kiracı müddeaaleyhin kiralanan hanede ikametini gayri mümkün hale getiren hususatın bertaraf edilmesi aksi takdirde kira akdinin fe-s hedileceği hakkında kiracı müddeaaleyh tarafından kiralayan davacıya ihbar vaki olup olmadığının tahkikile tebeyyün edecek hale göre karar itası icabeylediği halde mahkemei mahalliyece bu cihet tahkik edilmemiş ve bozma kararı bu itibarla varit ve lâzimülittiba bulunmuş iken yazılı mütalâa ile ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi hukuk U. M. K.nun 229 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (5?3) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak tarafdan alınmasına 3-3-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 3/189 karar No: 31

375

13. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Mukaddema açılan davanın Temyiz Mahkemesince nakzedilmiş ve tashih yoluna tevessül edilmemek suretile nakız katiyet kesbetmiş olduğundan mahkemenin ancak bozmaya ittiba veya ademî ittiba salâhiyeti olup nakzın varit olmadığı ve evvelki hükmün katileşdiği beyanile tekriri muhakeme noktasından davanın reddi cihetine gitmesi kanuna muhaliftir

M. — *Mehmet Nejat.*

M. A. — *Mehtap.*

[Mahkemesi: Üsküdar Asliye Hukuk Kararın Tarihi 8-12-936 Karar No: 1454-1340]

Dava: Karısı müddeaaleyhanın şeref ve haysiyeti muhil sözlerle kendisini tahkîr eylemesi yüzünden aralarında şiddetli geçimsizlik husule gelmiş olduğundan bahsile boşanmalarına karar verilmesi talep edilmiştir.

Karar: Davacı tarafından evvelce Sivas asliye mahkemesine ikame olunan dava üzerine tarafların boşanmalarına ve müddeaaleyha için mukadder nafakanın kat'ına dair verilen hüküm temyizen nakzolunmuş ise de nakız varit olmayıp mezkûr hüküm kesbi kat'iyet etmiş olmasına ve bu hüküm mevcut iken ayni davanın tekrar ikame ve rüyetine mesağ bulunmadığından davanın reddine dair verilen karar indettemyiz; mukaddema Sivas mahkemesinden tarafların boşanmalarına dair sadır olan hüküm Temyiz mahkemesince esbabı mucibe ile nakzedilmiş ve bu nakız kararı tashihi karar tarikına tevessül edilmemek suretile kesbi kat'iyet eylemiş olduğu halde hilâfı salâhiyet mutalea ile mezkûr hükme müsteniden yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna muhalif olduğu gibi ilâm suretinde mahkeme

376

masrafı mikdarının gösterilmemesi dahi yolsuz olduğundan bozularak iade kılınmakla; yeniden yapılan muhakeme sonunda: masarifi muhakemenin gösterilmemesine mütedair sebebe ittibala masarifi muhakemenin zabıtname ve ilâm suretine ilâve edilmek suretile muamelenin ikmaline diğer sebebe gelince: boşanma ve nafakanın kat'ına müteallik hüküm müddeaaleyhe bittebliğ iktisabı kat'iyet eyledikden sonra mezbure tarafından temyiz edildiği anlaşılmış ve Usulün 445 inci maddesi mucibince bu gibi kararlar hakkında ancak iadei muhakeme tariki mevcud olduğu ve bundan maada işin tashihi için yolu yokken vukubulan temyiz üzerine hükmün tetkiki suretile nakız varit görülememiş olduğundan ve saireden bahsile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden ve müdafaa istiyen: Müddeaaleyha vekili avukat Esat Orhan Aydınoğlu.

İzahatı şifahiye istimaı için tayin kılınan 3-3-937 tarihine müsadif çarşamba günü vaktı muayyende temyiz müstedisi Mehtap avukatı Esat Orhan gelerek hazır olup davetname tebliğ edildiği halde gelmediği haber verilen mümeyyezünaleyh Nejat avukatı Kâmi Nazımın gıyabında temyiz arzuhalinin müddetinde verilip kaydedildiği bittetkik anlaşılmakla Hukuk heyeti umumiyesince vekili mumaileyh Esat Orhanın şifahî izahatı dinlendikden ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıkdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Mukaddema Sivas, Diyarbekir mahkemelerinden tarafların boşanmalarına dair verilen hükümler dairei hususiyece nakzedilmiş ve Diyarbekir mahkemesince nakzı vakıa ittiba olunarak boşanma davasının reddine karar verilmiş ve işbu karar iktisabı kat'iyet etmek suretile Sivas mahkemesinin boşanma kararı ortadan kalkmış ve şu suretle taraflar arasında kesbi kat'iyet etmiş bir boşanma kararı mevcud bulunmamış olmasına göre dairei hususiyenin bozma kararı varit ve lâzimülittiba bulunmuşken gayri kanunî esbap ve mütalea dermeyanile ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan hükmün ısrara müteallik kısmının nakzına ve aşağıda müfredatı yazılı (740) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak tarafdan alınmasına ve ahiren verilen kat'î nafakaya müteallik hüküm hakkında tetkikatı temyiziye ifa edilmek üzere evrakın dairei

377

hususiyeye tevdiine 3-3-937 tarihinde ittifakla karar verilerek hazır bulunan mümeyyiz vekiline usulen tefhim kılındı.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Hey'et Umumiyesi Esas No: 2-26 Karar No. 10

14. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

İcra ve iflâs kanununun 72 inci maddesine istinaden istirdat davası açılabilmek için evvelemirde paranın icraen davacıdan tahsili iktiza eder.

M. — *Mehmet oğlu Şerif.*

M. A. — *Hasan oğlu Hüseyin.*

[Mahkemesi: Samsun S.H. Tarihi 23-9-936: Karar No: 936/1700]

Dava: Müddeaaleyhin gasbettiği hayvanını kurtarmak için verdiği 70 liralık senedi haksız olarak icraen tahsil ettiğinden yalnız beş lira borcun kabulile 65 liranın istirdadı talep edilmiştir.

Karar: Borçlu davacının huzuriyle icra merciince 11-10-932 de itirazının reddine karar verildikten sonra borçtan kurtulma davası 16-10-933 de ve kanunî müddetin mürurundan sonra açıldığı anlaşıldığından reddine dair verilen karar indettemyiz icraen para tahsil edilmiş ve bu cihetle dava istirdat mahiyetinde bulunmuş olmasına göre icra ve iflâs Ka. nun 72 inci maddesi hükmü nazara alınarak o dairede tetkikat ve muhakeme icrası lâzım gelirken borçtan kurtulma davası addile yazılı olduğu üzere davanın reddine karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılın-

378

makla yeniden yapılan muhakeme sonunda: İcra ve iflâs K.nun 72. inci maddesi itirazın ref'ile borçlu olmadığı bir parayı ödemek mecbriyetinde kaldığı takdirde istirdat davası açabileceğinden bâhis olup hadisede ise mezk r paranın icraen tahsil edilmediği müddeaaleyh vekilinin istidası altındaki icra memurunun derkenarından anlaşılmasına ve tahsil edilmeyen borç hakkında istirdat davası ikame edilemeyeceğinden bahsile evvelki hükümde ısrara ve 400 kuruş ilâm harcının müddeiden alınmasına karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddei Mehmet oğlu Şerif

Hukuk Hey'eti umumiyesince bittetkik ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Müddeabih meblâğ hakkında müddeinin mukaddema icra merciine vakî olan itirazı refedilerek merci kararı kesbi kât'iyet etmiş olmasına ve davacıdan icraen bir para tahsil edilmediği de ahiren anlaşılmasına ve hükümde müderiç esbabı mucibeye nazaran ısrar kararı binnetice usul ve kanuna muvafık ve temyiz itirazları gayrı varit olduğundan reddine ve sulh mahkemelerinden ısraren verilen ilâm harcı harç tarifesi kanununun 22 inci maddesi mucibince maktuan (100) kuruştan ibaret olduğu halde (400) kuruş ilâm harcı tahsiline hükmedildiği anlaşıldığından Hukuk U.M. K.nun muaddel 438 inci maddesine tevfikan ilâm harcının (100) kuruş olmak üzere tashihi suretile mümeyyezünbih son hükmün tasdikına ve aşağıda müfredatı yazılı (100) kuruş temyiz ilâmı harcının temyiz edenden alınmasına 3-3-937 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Hukuk hey'eti Umumiyesi. Esas No: 2/49-10. Karar No: 9.

379

15. T. TEMYIZ MAHKEMESİ H. H. U.

Tashihi sin davalarında nasiyei hali mükezzip olmayan kat'î rapor hüküm için kâfidir.

M. — *Hukuku umumiye.*

M. A. — *Halil oğlu Abdullah.*

[Mahkemesi Bünyan Asliye H. Kararın Tarihi 31-7-936 Karar No: 214-153]

Dava: Katilden suçlu müddeaeleyh Abdullah 323 doğumlu olduğu halde nufusa 333 doğumlu yazılmış olduğundan tashihi maktulün karısı Nuriyenin istidası üzerine C. Müddeiumumiliğinden istenmiştir.

Karar: Nakza uyularak yapılan muhakeme neticesinde: Müddeaaleyhin 1330 doğumlu olduğu muayenesini havi tabip raporu ve rapora müeyyit nasiyei halile sabit olduğundan doğum kaydının 1330 olarak tashihine dair verilen karar dahi indettemyiz; Hey'eti sıhhiye raporu tahmine müstenit olduğu ve müddeaaleyhin 330 doğumlu olduğu başka delil ile teeyyüt eylemediği halde medarı hüküm olacak mahiyette olmayan mezkûr rapora binaen yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılınmakla; Yeniden yapılan muhakeme sonunda: Birinci nakızdan sonra verilen karar nakız kararı muktezasına uygun olduğu ve rapor da Abdullahın arizi amîk muayenesinde teşekkülâtı bedeniye ve tenasülüyesi itibarile 22-23 yaşlarında olduğunu tasrih eden rapor tahkika müstenit bulunup tahmine müstenit bulunmadığı gibi nasiyei hali rapor ve iddiayı musaddık bulunmasına binaen evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddeaaleyh Abdullah.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; Israrı mutazammın olan son

380

hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Müddeaaleyhin muayenesini havi hey'eti sıhhiye raporu esbabı mucibeye müstenit ve kat'i olmakla beraber delâil ve nasiyei halin takdiri de hâkime ait bulunmuş olmasına nazaran ısrar kararı usul ve kanuna muvafık ve temyiz itirazları gayri varit olduğundan reddiyle 1-Mayıs-933 Tarihli nakız muktezasına uygun bulunan mümeyyezünbih son hükmün Tastikına ve (130) kuruş damga pulu bedelinin müsted'ii temyizden alınmasına 10-3-937 Tarihinde Ekseriyetle karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 2/54-15. Karar No: 14.

---

16. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

İstimlâk bedelinin tezyidi talebile açılan davalarda istimlâk tarihindeki kıymetin takdir ve hükmedilmesi icrabeder.

M. — *İstasyon memuru Hakkı vekili Ali.*

M. A. — *İmalâtı harbiye inşaat umum müdürlüğüne izafeten Osman Zati.*

[Mahkemesi : Keskin Asliye hukuk, Karar Tarihi 1-4-936 Karar No: 142-101]

Dava: Müvekkilinin, imalâtı harbiyece istimlâk edilen hanesine takdir olunan (400) lira kıymet mezkûr hanenin bir senelik bedeli icarından bile dûn olduğu beyaniyle keşfen takdir edilecek bedelin tahsilî talep edilmiştir.

Karar : Davacının müddeti zarfında istimlâk kararına veya bedeli istimlâke usulen itiraz etmediği anlaşıldığından davanın reddine dair verilen karar indettemyiz; Bedele itiraz edilmemesi bedelin tezyidi için dava ikamesine mâni olmadığı beyanile bozulmuş ve uyularak yapılan muhakeme neticesinde: Hakem encümeni tarafından takdir olunan (800) liranın tahsiline dair verilen karar dahi temyizen: Hakem encümeninin toplu veya dağınık olarak gayri menkulün bulunduğu mahalle giderek kıymet takdir etmesi kanunen caiz olup toptan mahalline gitmeleri şart olmamasına ve istimlâki takarrur eden evin kıymeti alelûsul takdir kılınmasına göre bu hususlara müteallik itirazlar varit değilse de mezkûr evin istimlâk edildiği tarihteki kıymeti takdir olunmak lâzım gelirken hali hazır kıymetinin tayin edilmesi kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılınmakla; Yeniden yapılan muhakeme sonunda: İstimlâk kararnamesinin üçüncü maddesi mucibince mahkemece tesbit ettirilen meblâğ kat'iyet kesbederek te'diye edilmemiş ve davacının mülkiyet hakkı baki olup gayri menkulün zamanla iktisabı kıymet etmesinden davacının istifadesi tabii olduğundan ve saireden bahsile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddeaaleyhe izafeden hazine vekili Hasan Bayram.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; Israrı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıkdan ve dosyadaki kâğıtlar okundukdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Müddeaaleyh imalâtı harbiyece istimlâk edilen hanenin istimlâk edildiği tarihdeki kıymeti takdir olunmak lâzım ve bu lüzumu mutazammın olan bozma kararı varit ve uymak lâzım gelirken ilâmda yazılı esbap ve mütalâa dermeyaniyle ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan Bozulmasına ve aşağıda müfredtı yazılı (840) kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına 17-3-937 Tarihinde İttifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Hey'eti Umumyesi Ess No: 4/35, Karar No: 28.

382

17. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Müddeialeyh velâyet ve idaresi altında bulunan küçüğün yaptığı zarardan mutad veçhile ve ahvalin muktazi bulunduğu dikkatle ona nezaret ettiğini isbat etmedikçe mes'uldür.

M. — *Pastacı Cemal.*

M. A. — *Nuriye.*

[Mahkemesi Ankara Birinci Sulh Hukuk. Karar Tarihi: 23-11-936 Karar No:1904/1235]

Dava: Müddeaaleyhin küçük çocuğu Fevziye tarafından dükkânındaki 12 cam kavanozu kırılmış ve içinde bulunan şekerler de işe yaramayacak hale gelmiş olduğundan bahsile zararı olan 62 liranın tahsili taleb edilmiştir.

Karar: Sabit olmıyan davanın reddine dair verilen karar indettemyiz: dinlenen şahitler kavanozların bulunduğu tahtaya çocuğun dokunarak zıplaması üzerine kavanozların düşüp kırıldığını söylemiş oldukları halde mahkemece esbap izah ve irae edilmeksizin davanın doğruluğu hakkında mahkemeye kanaat vermediğinden bahsile şahadetin kabul edilmemesi ve yemin tevcih ve müddeinin teklif etmemesi üzerine davanın reddinc karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda: şahitler ifadelerinde kaç kavanozun kırıldığını ve içinde ne mikdar şekerin bulunduğunu bilmediklerini ve hâdise ve zararı tesbit eden bir zabıt varakası da mevcud olmadığı ve deliller mahkemeye kanaat vermediği beyanile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

383

Temyiz eden: Müddei Cemal Çapraz vekili avukat Asım Ruacan.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Kanunen müddeaaleyha velâyet ve idaresi altında bulunan küçügün yaptığı zararden mutad veçhile ve ahvalin muktazi bulunduğu dikkatle ana nezaret ettiğini isbat etmedikce mes'ul bulunmasına ve müddeaaleyha tarafından dikkat ve itinada bulunulduğu da iddia edilmemesine ve hâdisede şahitlerin zarar mikdarını tayin edememeleri fiilin vukuu hakkındaki ifadelerinin ademi kabulünü istilzam etmiyeceğine nazaran dairei hususiyenin bozma kararı varid ve uymak lâzım gelirken yazılı esbab ve mütalea dermeyanile ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varid olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (500) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 24-3-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 3-216/58. Karar No: 56.

384

18. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

İhtiyarî ve alenî müzayedelerde bey'i bayiin ihalesile münakid olup ihalenin feshine kadar mebî gayrı menkul müşterinin silki milkünde olmasına ve ihale şartlarına ve Hazinece farkı bedelin müşteri müddealeyhe tazmin ettirilmiş bulunmasına nazaran müşteri müddealeyh ihalenin feshi tarihine kadar tazminat itasile mükellef tutulamaz.

M. — *Hazine.*

M. A. — *İsmail oğlu Mehmet Ali.*

[Mahkemesi: Uzunköprü Sulh Hukuk, Karar Tarihi: 5-11-936 Karar No: 457/242]

Dava: Bedeli dört taksitte ödenmek üzere bilmüzayede ihale olunan dükkân hakkındaki müzayede kaimesindeki şarta riayet etmediğinden tarihi ihale ile ihalenin feshine kadar geçen zamana aid olmak üzere 163 lira 25 kuruş ecri mislin tahsili taleb edilmiştir.

Karar: Müddeaaleyhin şartnameye riayet etmemek suretile muhti bulunmuş ve binnetice vakî işgal sebebi hukukiye müstenid olmayıp fuzulî bulunmuş olduğundan müddeabih meblağın tahsiline dair verilen karar indettemyiz: ihalenin feshi tarihine kadar ihale edilen gayrı menkul müddeaaleyhin silki mülkünde olmasına göre bu bapta tazminat lâzım gelmezken müstenid olduğu maddei kanuniye gösterilmeksizin bazı mütaleat serdile fesih tarihinden evvelki zamana aid tazminatın tahtı hükme alınması kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda: mevzuubahs gayrı menkulün bilmüzayede müddeaaleyhin üzerinde bırakılmasından sonra şeraitine riayet etmemiş ve ihalenin feshinden dolayı tecil yapılmamış ve silki mülküne dahil bulunmadığı ve muhti ol-

ması dolayısile müddeinin bedeli icar taleb edebileceğinden ve saireden bahsile evvelki hükümde israra karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddeaaleyh Mehmet Ali Karayusuflu.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; ısrarı mütezammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

İhtiyarî ve alenî müzayedelerde beyi bayiin ihalesile mün'akid olup ihalenin feshine kadar mebi gayrı menkul müşterinin silki mülkünde olmasına ve ihale şartlarına ve hazinece farkı bedelin müşteri müddeaaleyhe tazmin ettirilmiş bulunmasına nazaran hâdisede müşteri müddeaaleyh ihalenin feshi tarihine kadar tazminat itasile mükellef bulunmamış ve bu noktaya matuf olan bozma kararı varid ve lâzimüllittiba bulunmuş iken yazılı esbap ve mütalea dermeyanile israra karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varid olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nunun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (535) kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 24-3-937 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 4/86-26. Karar No: 30.

19. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Maliyece müşterisine ihale olunan gayrimenkulleri müzayede şartlarına tevfikan ilk taksitleri verilmiyen kısımlar hakkında bayi Hazinenin sureti mutlakada akdı ihaleyi feshe ve bundan mütevellid zarar ve ziyanı müşteriden talebe salâhiyeti derkârdır:

M. — *Hazinei Maliye.*

M. A. — *Torum oğlu ölü İbrahim iflâs masası komiseri icra memuru İbrahim.*

[Mahkemesi: Bilecik Asliye Hukuk, Karar Tarihi: 19-11-936 Karar No: 204/232]

Dava: Müstağrakı düyun olarak vefat ettiği ve mirası mirasçıları tarafından da reddedildiğinden hakkında iflâs hükümleri tatbikına karar verilen ölü İbrahimin masaca borçları tesbit edilirken Hazine canibinden kaydettirilen (11752) lira (30) kuruş alacaktan yalnız (777) lirası kabul edilerek üst tarafının birer suretle reddine karar verilmiş isede bu paranın tesviyesi muktazi bulunmuş olduğundan bahsile salifüzzikir red kararının feshile reddedilen ve (10795) lira (30) kuruşa baliğ olan mezkûr matlubatın terekeden tahsil edilmek üzere alacak olarak kabulü ve ücreti vekâletle birlikte tahsili taleb edilmiştir.

Karar: Nakzı vakıa tebean yapılan muhakeme neticesinde: tafsilen ilâmda yazılı esbaba binaen hazinenin muarazasının men'ine ve iflâs masasınca kabul ve kaydedilen (777) liradan fazla alacak iddiasının reddine dair verilen karar indettemyiz; müddeaaleyhin birinci ihale bedelile bu ihalenin feshini müteakib derhal yapılması icabeden ikinci ihale bedeli arasındaki farkı fiattan mes'uliyeti kanunen lâzimeden bulunmasına göre fesih ta-

387

rihile ikinci ihale arasında geçen müddet tahkik olunarak teahhür vukuu anlaşılırsa bu teahhürün fiat farkına te'siri derecesinin ehli vukufa tsbit ettirilmesi ve neticeye göre hüküm verilmesi lâzım gelirken arada geçen uzun zamana göre hakikî zarar mikdarının tesbitine imkân olmadığından bahsile Hazinenin muarazasının men'ine karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılınmakla; yeniden yapılan muhakeme sonunda: hazinenin müddeti muayyenesi zarfında ihaleyi fesh ve yeninden ihaleye mübaşeret etmiyerek hata ve ihmali yüzünden zararı kendisi vücuda getirmiş olduğu gibi taksiti verilenler içinde Tahsili emval kanununa müracaat etmiyerek ihalenin feshi ve başkası üzerine tecdidi yoluna gitmiş olması ve taksiti verilenler için tescil beyannamesi vermemiş olması kendi kusurlarını teşkil ettiği ve eski hükümde bu husustan etraflıca bahsedildiğinden ve saireden bahsile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden ve mürafaa istiyen: müddei Hazineye izafeten Defterdar Recai.

Duruşma için tayin kılınan 31-3-937 tarihine müsadif Çarşanba günü vakti muayyende temyiz müsted'isi Maliye hazinesi namına avukat Ziya gelerek hazır olup, davetname tebliğ edidiği halde gelmediği haber verilen mümeyyüzünaleyh Torum oğlu ölü İbrahim iflâs masası komiseri İcra memuru İbrahimin gıyabında temyiz arzuhalinin müddetinde verilip kaydedildiği bittetkik anlaşılmakla Hukuk hey'eti umumiyesince vekili mumaileyh Ziyanın şifahî izahatı dinlendikden ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıkdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Maliye hazinesince ölü İbrahime ihale olunup bilâhare ihalesi feshedilen gayri menkullerin iki parçasından maadasının tecil muameleleri icra kılınmamış ve dokuz parçadan gayrisinin ilk taksitleri de tediye edilmemiş olduğu cihetle müzayede şartlarına tevfikan ilk taksitleri verilmiyen kısımlar hakkında bayi Hazinenin sureti mutlakada akdi ihaleyi feshe ve bundan mütevellid zarar ve ziyanı müşteriden talebe salâhiyeti derkâr bulunmuş ve mahkemece 4 Kânunuevvel 934 tarihli bozma kararına ittiba edilmiş olduğu halde ilk taksitleri tediye edilen mezkûr dokuz parça hakkındaki ihalenin feshi ve bunların tescil muamelelerinin ademi ifası sebepleri tahkik ve tetkik edilmemiş olmasına nazaran bu cihetlerin tahkik ve tedkiki ve binnetice fesihde vukubulan teahhürün fiyat farkına tesiri derecesinin ehli vu-

kuf marifetile tayin ve tesbit edilmesi lüzumunu mutazammın olan dairei hususiyenin bozma kararı varid ve lâzimülittiba bulunmuş iken hadiseye şümulü olmıyan temyiz mukarrerratından ve saireden bahsile sureti mutlakada reddi davaya dair verilen menkuz hükümde ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varid olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (775) kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 31-3-937 tarihinde ekseriyetle karar verilerek usulen tefhim kılındı.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Hey'eti Umumiyesi, Esas No: 4/49. Karar No: 32:

20. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Hukuk Usulü muhakemeleri kanununun 185 inci maddesinin son fıkrası mucibince davadan feragat müddealeyhin kabulüne mütevakkıf değidir.

M. — *Mehmet oğlu Halil*

M. A. — *İsmail*

[Mahkemesi: Cihanbeyli Sulh Hukuk, Karar Tarihi 6-10-936, Karar No: 82/154]

Dava: Müddeaaleyhe ciro eylediği senedin muhtevi bulunduğu 2500 liradan mumaileyh zimmetinde bakiye alacağı 300 liranın tahsili taleb edilmiştir.

Karar: Müddeaaleyhin tevilen inkârına binaen müddeabihin tahsiline

dair verilen karar indettemyiz: Davandan feragat müddeaaleyhin kabulüne mütevakkıf olmadığı halde kabulü lâzım olduğu mütalâasile feragatın muteber addedilmemesi ve davanın sübut delili de istihsâl edilmeksizin müşevveş surette muamele ifa ve karar itası kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılınmakla müddeaaleyh İsmailin ahiren vefat etti ve hüküm kesbi kat'iyet etmeden icraen müddeaabih 300 lira da tahsil edilmiş olduğu anlaşıldığından müddeaaleyhin veresesi vekili dava vekili Feyzinin huzurile yeniden yapılan muhakeme neticesinde: bidayeten Koçhisar mahkemesince tutulan 19-5-933 tarihli celsede Topal beyden dava etmek üzere müddeinin İsmail aleyhindeki davasından feragat ettiği yazılı ise de davacı feragatı vakıayı inkâr ile usulün 185 inci maddesi mucibince müddeaaleyhin ferağatı davaya riza ve muvafakatının inzimam ettiğine dair zabıtnamede bir sarahat mevcut olmamasına mebni evvelki hükümde ısrara ve icraen tahsil olunan 300 lira hakkında müddeaaleyh veresenin davacıya karşı muarazasının men'ine karar verilmiştir. Temyiz eden: Müddeaaleyh vereseden Cafer vekili Feyzi Özdemir. Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkkik; kısmen ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görülüşüp düşünüldü: Hukuk U. M. K. nun 185 inci maddesinin son fıkrası mucibince davadan feragat müddeaaleyhin kabulüne mütevakkıf olmamasına nazaran dairei hususiyenin bu noktaya matuf olan bozma sebebi varit ve lâzimülittiba bulunmuş iken gayri kanunî esbab ve mütalâa dermeyanile ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (600) kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 7-4-937 tarahinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Heye'ti Umumiyesi. Esas No: T. 73/18. Karar No: 22

21. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Yeni Türk harfleri kanununa muhalif olarak bu kanunun neşrinden sonra eski arap harflerile yazılmış rapora istinaden binayi hükmedilmesi kanuna muhaliftir.

M. — *Davut*

M. A. — *Hacı*

Üçüncü Şahıs — *Ali*

[Mahkemesi: Kadirli asliye hukuk Karar Tarihi 25-5-936. Karar No: 48]

Dava: Malûmulhudut velmevki iki kıt'a tarlasına müddeaaleyhin haksız ve fuzulî olan müdahalesinin men'i istenmiştir.

Karar: müddeaaleyhe iltihakan dahili muhakeme olan Ali huzurile icra kılınan muhakeme sonunda: Müddei tarafından ibraz edilen tapuların münaziünfih mahallere tetabuk etmediği keşif raporile sabit olduğundan davanın reddine dair verilen hüküm indettemyiz; dosyada bulunan 24-Kânunuevvel-930 tarihli ehli vukuf raporu yeni türk harfleri kanununa muhalif olarak eski arap harflerile yazılmış olduğu cihetle kanunen hükümsüz ve muameleye esas ittihazına gayri salih bulunduğu ve evrak arasında yeni türk harflerile yazılı başka bir ehli vukuf raporu mevcut bulunmadığı halde mahkemece mezkûr rapora istinaden hüküm verilmesinden dolayı nakzedilmekle nakzı vakıa ittiba edilerek ayni esbabı mucibe ile tekrar davanın reddine dair verilen hüküm dahi indettemyiz; evvelki hüküm 24-Kânunuevvel 930 tarihli ehli vukuf raporu kanuna muhalif olarak arap harflerile yazılmış olduğu cihetle hükümsüz ve muameleye esas ittihazına gayri salih bulunduğundan naşî nakzedilmiş ve mahkemece nakza da

ittiba olunmuş iken nakız dairesinde muamele yapılmayarak hükümsüz olan mezkûr raporun yeni harflerle bir suretinin dosyaya konulması ile iktifa edilmesinin yolsuzluğundan bahsile tekrar bozularak mahalline iade edilmekle yeniden yapılan muhakeme sonunda: hükme esas ittihaz edilen mezkûr raporun arap harflerile yazılması tarafeyne kabili isnat bir kusur olmayup sırf hâkimin yazı hatasından ileri gelmiş ve birinci nakız üzerine yapılan muhakemede mezkûr raporun yeni türk harflerile yazılı musaddak sureti dosyaya konulmuş olmasına ve usulün 80 inci maddesi mucibince hâkimin yazı ve hesap hataları daima tashih olunabileceği musarrah bulunmasına ve yapılan tashih neticesinde münazaanın mahiyeti değişmemiş olmasına ve selef tarafından yapılan bu gibi bir çok muamelelerin hükümsüz addedildiği takdirde hem işlerin sürüncemede kalması ve hem de tarafeynin mutazarrır olması tabii bulunduğundan ve saireden bahsile hükmü sabıkta ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Ömer oğlu Davut Sarı.

Hukuk hey'ti umumiyesince bittetkik; ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği görüldükten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Hükme medar ittihaz edilen 24-Kânunuevvel-930 tarihli ehlivukuf raporu yeni türk harfleri kanununa muhalif olarak eski arap harflerile yazılmış olduğu cihetle kanunen hükümsüz bulunduğundan bahsile vaki nakza mahkemece ittiba olunduğu halde nakız muktezası veçhile muamele ifa edilmemiş olmasına nazaran dairei hususiyenin bozma kararı varit ve uymak lâzım gelirken yazılı mütalâa ile ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi U. M. K. nun 429 uncu maddesince tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (777) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 21-4-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi hukuk hey'eti Uumumiyesi. Esas No: 1/99-25. Krar No: 25:

392

22. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Hasım tarafından ileri sürülmeyen bir iddianın resen nazara alınmasına kanunî cevaz yoktur.

M. — *Hazinei maliye avukatı Hakkı.*

M. A. — *Süleyman oglu İslâm.*

[Mahkemesi Bilecik asliye hukuk. Tarihi: 9-7936 Karar No: 154/170]

Dava: Müddeaaleyh uhdesine ihale olunan tarlanın mumaileyh taksitlerini vermediği için ihale fesh edilerek ikinci arttırmada 100 lira bedelle başkasına satılmış olduğundan iki ihale arasında husule gelen 510 lira farkın maa faiz müddeaaleyhten tahsili talep edilmiştir.

Karar: Hazinenin ihaleyi vaktinde feshetmeyerek aradan sekiz seneden fazla bir zaman geçtikten sonra bozmuş olması hasebile ihale edilen tarlanın kıymetten düştüğü ve bu suretle müddeabih farkın husule geldiği anlaşıldığından davanın reddine dair verilen karar indettemyiz: Hâkimin iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini re'sen nazarı dikkate alamayacağı usulün 75 inci maddesinde yazılı olup hazinenin ihaleyi vakit ve zamanında feshetmeyerek aradan uzun bir müddet geçtikten sonra bozmuş olması sebebile ihale edilen tarlanın kıymetten düştüğü müddeaaleyh tarafından iddia kılınmamış iken mahkemece bu hususun re'sen nazara alınması kanunen caiz olmamakla beraber bu cihetin tetkiki caiz olduğu kabul edilse bile aradaki farkın ne mikdarın taahhür sebebile husule geldiğinin alelûsül vukuf ehli marifetile tahkik ve takdir ettirilmesi lâzım gelirken bu dairede muamele yapılmaması da kanuna muhalif olduğundan bo-

zularak iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda: bazı mütalâa serdile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddei hazine avukatı Hakkı Güren.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Hazinenin ihaleyi vakti zamanında feshetmeyerek aradan uzun bir müddet geçtikten sonra bozmuş olması sebebile ihale edilen tarlanın kıymetten düştüğü hakkında müddeaaleyh tarafından bir iddia dermeyan edilmemiş ve hasım tarafından ileri sürülmeyan bir müdafaanın mahkemece re'sen nazara alınmasına cevazı kanunî bulunmamış olmasına nazaran dairei hususiyenin bozma kararı bu itibarla varit ve lâzimülittiba bulunmuş iken ilâmda yazılı mütalâa ile ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U.M.K.nun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (775) kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 21-4-937 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Hukuk hey'eti Umumiyesi Esas No: 4/84-24. Karar No: 34.

394

23. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Tescil davasında taraflardan bulunmayan müddeinin açtığı tescil ilâmının iptaline dair davanın usulen tetkik ve rüyeti icabeder.

M. — *Arşakohi Keseryan ve Ohannes Bağdatlıyan veresesi Takohi ve saire*

M. A. — *Arnavut Kahraman ve saire*

[Mahkemesi Yalva Sulh Hukuk. karar Tarihi: 11-9-936 Karar No: 936/130]

Dava: Murislerinden kendilerine intikal eden ve hazinece müddeaaleyhlere satılan 15 kıt'a tarlanın namlarına tesciline dair Yalva sulh hukuk mahkemesinden verilen ilâm hükmünün iptâl ve ıslahını istemişlerdir.

Karar: Sulh mahkemesinden verilip iktisabı kat'iyet eden ilâm hükmünün iptâl ve ıslahı talep ve dava olunabileceğine dair kanunda bir sarahat mevcut olmadığından davanın reddine dair verilen karar indettemyiz: Müddeiler evvelki tescil davasında taraflardan olmamasına ve işbu dava yeni baştan ikame edilmiş başlı başına bir dava olmasına göre müddeabihin kıymeti takdir edilerek vazife mes'elesi teemmül olunmak ve kıymeti 300 lira veya daha aşağı olduğu surette rüyetine devam edilmek lâzım gelirken mücerret tescil hükmü kesbi katiyet ettiğinden bahsile yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda: bazı mütalâat beyanile evvelki hukümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddeiler avukatı Mazhar ve Şeref.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik: ısrarı mutazammın olan son

hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Dava maliyece 75 liraya satılan gayri menkullerin tesciline mütedair giyaplarında mahkemeden verilen ilâmın iptâl ve ıslahı talebinden ibaret bulunmuş ve asliye mah kemesince davanın rüyeti sulhmahkemesine ait bulunduğuna müteallik bulunan bozma kararına ittiba olunarak bu cihet kesbi kat'iyet eylemiş olduğundan müddeabihin kıymeti takdir edilerek vazife mes'elesinin teemmül edilmiş olduğuna müteallik olan bozma sebebi varit değilse de davacılar tescil davasında taraflardan bulunmamış ve sadır olan tescil ilâmı hukuklarına müessir bulunmuş ve davanın usulen tetkik ve rüyetini meneder bir kaydı kanunî de mevcut bulunmamış olmasına nazaran davanın rüyet ve istimaı lüzumunu mutazammın olan bozma kararı varit ve uymak lâzım gelirken ilâmda yazılı mütalâa ile ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (500) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak tarafdan alınmasına 21-4-937 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Temyiz Mahkemesi hukuk hey'eti Umumiyesi: Esas No: 3/209 karar No: 63.

24. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Davacının sonradan ticaret odasından kaydının terkin edilmiş bulunması ve Maliye Şubesinde tacir olarak kayıtlı bulunmamış olması ticaretle iştigaline mani teşkil etmediği gibi yaptığı muamelenin de gayri ticarî olmasını istilzam etmez.

M. — *Mustafa.*

M. A. — *Recep.*

[Mahkemesi: Küreinubaş Sulh hukuk. Karar Tarihi: 12-11-936. Karar No: 200/143]

Dava: Kereste vermek suretile müddeaaleyhin kendisinden aldığı (150) lirayı vermediğinden tahsili talep edilmiştir.

Karar: Nakzı vakıa tebean yapılan muhakeme neticesinde: Davacı tüccar olmadığı anlaşılmış ve bu itibarla hâdisede şahit istimaına cevaz bulunmamış ve tahrirî bir vesika da mevcut olmadığından müddeinin vaki muarazasının men'ine dair verilen karar da indettemyiz; nakza ittiba edilmiş olmasına göre nakız veçhile muhakeme icrası lâzım gelirken nakız muktezasına muhalif olarak yazılı sebeple muarazanın men'ine karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılınmakla; yeniden yapılan muhakeme sonunda: bazı mütalâat serdile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddei vekili avukat Vehbi Yeğin.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Davacının ahiren ticaret odasından kaydının terkin edilmiş bulunması

ve maliye şubesinde tacir olarak kayıtlı bulunmamış olması ticaretle iştigaline manî teşkil etmediği gibi yaptığı muamelenin de gayri ticarî olmasını istilzam etmeyeceğine nazaran dairei hususiyenin bozma kararı varit ve uymak lâzım gelirken yazıl esbap ve mütalâa dermeyanile ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (575) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 28-4-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 2/19. Karar No:21.

---

25. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Alâkadar taraf istemedikçe resen tetkikatı temyiziye icraasına kanunî mesağ yoktur.

Çitli oğlu Ali ile Çitli kara küçük oğlu Mustafa aralarında mütekevvin alacak davasından dolayi Maraş sulh ve asliye hukuk mahkemelerince ittihaz olunan vazifesizlik kararları üzerine evvelce vaki talebe binaen bittetkik, Maraş Asliye hukuk mahkemesinin merci tayinine dair temyiz dördüncü hukuk dairesince müttehaz kararı havi 28-1-936 tarih ve 1031-179 numaralı ilâma karşı asliye mahkemesince evvelki kararda ısrara karar verilmiş ve alâkalıları ntalebi olmaksızın mahkemece re'sen temyiz dördüncü hukuk dairesine gönderilmiş ve müşarünileyh dairece, tetkikat icrası caiz olup olmadığının takdiri hey'eti umuumiyeye ait olduğundan bahsile 18-3-937 tarih ve 1657/629 numaralı ilâm ile bu baptaki evrak birinci riyaset dairesine gönderilmekle hukuk hey'eti umumiyesinde okundu:

Alâkadarını tarafından talep sebketmeksizin re'sen tetkikat icrasına mesağı kanunî bulunmadığından evrakın mahalline iadesine 28-4-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Heye'ti Uumumiyesi Esas No: 4/56. karar No: 37.

398

1936

TEMYİZ KARARLARI

FİHRİSTİ

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

399

KISALTMALAR

Es. No:	= Esas numarası
K. No:	= Karar numarası
K. T.	= Karar tarihi
S.	= Sayı
Sc.	= Ceza kararlarına ait sahife numarası
Sh.	= Hukuk kararlarına ait sahife numarası
T. C. K.	= Türk ceza kanunu
C. U. M. K.	= Ceza usulü muhakemeleri kanunu
M. K.	= Medenî kanun
H. U. M. K.	= Hukuk usulü muhakemeleri kanunu
B. K.	= Borçlar kanunu
T. K.	= Ticaret kanunu
İc. İf. K.	= İcra İflâs kanunu
Mad.	= Madde
F.	= Fıkra

CEZA KARARLARI

I — **Tevhidi içtihad umumî heyet kararları**

II — **Ceza umumî heyet kararları**

III — **Birinci daire kararları**

IV — **İkinci daire kararları**

V — **Üçüncü daire kararları**

VI — **Dördüncü daire kararları**

403

I

Tevhidi içtihad kararları

C

CEZALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ:

3038 sayılı kanunun mer'iyetinden evvel birden ziyade suç işlemiş olan kimse hakkında 69 uncu madde mucibince cezaların birleştirilmesinde bu maddedeki en ağır cürme teretttüb eden cezadan maksat tayin olunan en ağır ceza olduğu tevhidi içtihad suretile kararlaştırılmıştır.

Es. No: 936/17 K. No: 31 Kt. 13-11-936 (S: 1 Sc: 9)

T. C. K. Mad. 69-8

H

1 — HARÇ ALINMASI:

Türk ceza kanununun 485 inci maddesi mucibince cezası iskat olunan suçlardan harç tarifesi kanununun 50 inci maddesine istinadla harç alınamaz.

Es. No: 935/118 K. No: 6 Kt. 7-2-936 (S: 1 Sc: 10)

T. C. K. Mad: 485, harç tarifesi K. Mad: 50

2 — HARÇ ALINMASI:

Yakalanan kaçak maddelerin her ne suretle olursa olsun ehlivukuf ile fen erbabına muayene ettirilmesi harç tarifesi

kanununun 52 inci maddesinin kasdettiği delilden madut olmayup delilin mahiyetini tayin ve tahkikden ibarettir. Bu gibi hallerden 50 inci maddedeki harcın yarısı hükmedilmek lâzımdır.

Es. No: 3/936 K. No: 24 Kt. 25-11-936 (S: 2 Sc: 20)

Harç tarifesi K. Mad: 50,52

3 — HARÇ ALINMASI:

Harç tarifesi kanununa muhalif olarak verilen kararlara karşı Adliye Vekili yazılı emir vermek salâhiyetini haizdir.

Es. No: 118/935 K. No: 1 Kt. 13-1-936 (S: 1 Sc: 11)

C. U. M. K. Mad: 343

4 — HIRSIZLIK :

Gündüz ikamete tahsis edilmiş bir bina veya süknada işlenen hırsızlık fiilleri 491 inci maddenin 2 inci fıkrasının 4 üncü bendine tabi tutulmak lâzımdır.

Es. No: 23/36 K. N. 26 Kt. 13-11-936 (S:1 Sc: 15)

T. C. K. Mad: 491

İ

İÇTİMA:

Bir gün hafif hapis cezası tayin olunan kabahat suçlarile ağır hapis veya hapsi müstelzim suçların içtimaı halinde bir gün hafif hapsin küsuru 30 uncu madde mucibince hesaba katılmayacağı gibi bir günün ayrıca infazı da muvafık olamayacğı tevhidi içtihat suretile takarrür etmiştir.

Es. No: 11/36 K. N. 28 Kt. 11-11-936 (S:1 Sc: 13)

T. C. Mad: 30

M

1 — MERCİ: TAYİNİ:

Buğday koruma karşılığı kanununa aykırı hareketten dolayı

406

verilmesi lâzım gelen vergi zamlarile bu malların müsaderesi mahkemelere değil malî mercilere aittir.

Es. 935/125 K. N. 10 Kt. 13-1-936 (S: 2 Sc: 22)

2643 sayılı buğday koruma K. Mad: 9

2 — MÜRURU ZAMAN:

Müruru zaman sebebile davanın ortadan kaldırılmasına dair verilen kararlar davanın esasını halleden mukarrerattan olduğu cihetle bu nevi kararlar aleyhine verilen yazılı emirler üzerine vaki bozma kararları suçlular aleyhine tesir etmez.

Es. No: 935/129 K. N. 11 Kt. 7-2-936 (S: 2 Sc: 17)

C. U. M. K. Mad: 343

3 — MÜRURU ZAMAN:

Türk ceza kanununun 526 ıncı maddesine uyan memnu fiillere ait dava müruru zamanının bu maddede mevzu hapis cezasının son haddi itibarile 102 inci maddenin 6 ıncı fıkrası hükmüne göre hesap ve tayini icabeder.

Es. No: 936/26 K. N. 35 Kt. 18-11-936 (S: 2 Sc: 26)

T. C. K. Mad· 102, 526.

4 — MÜRURU ZAMAN:

2330 sayılı af kanunu münasebetile âmme davasının düşmesinden dolayı orman idarelerince gerek zarar ve ziyanın gerek istihlâk edilmiş olan ağaçlar bedelinin ödettirilmesi için hukuk mahkemelerinde açılan davalarda orman nizamnamesinin 31 inci maddesinde yazılı altı aylık müruru zaman ceryan eder.

Es. 936/24 K. No: 34 Kt. 13-11-936 (S: 2 Sc: 23)

Orman nizamnamesi Mad: 31

407

5 — MÜSADERE:

Ceza mahkûmiyetinin hukukî neticelerinden olan müsadere keyfiyeti esas davadan ayrı ve müstakil bir dava halinde mahkemeler nezdinde mutlak surette kabili tatbik bulunmasına ve bu sahada aranacak temyiz kabiliyeti haddinin tayininde ceza muhakemeleri usulü sakıt olmasına göre bu gibi hallerde hukuk muhakemeleri usulü kanunu tatbik edilir.

Es. No: 136/12 K. No: 14 Kt. 4-6-936 (S: 1 Sc: 7)

T. C. K. Mad: 36.

P

PARA CEZASI:

1510 numaralı kanunun 13 üncü maddesine tevfikan sade para cezasına hasren verilmiş ve 2330 sayılı kanunun meriyeti zamanında henüz infaz edilmemiş olan hüküm ve kararlar hâlen infaz olunamaz.

Es. No: 35/88 K. No: 20 Kt. 13-11-936 (S: 1 Sc: 5)

1510 sayılı kaçakcılık K. Mad: 13.
2330 sayılı af K. Mad: 11.

R

RESMI EVRAKDA SAHTEKÂRLIK:

Ceza kanununun altıncı babının 4 üncü faslındaki şahadetnamelerden madut olmayan mektep tasdiknamelerinin mezkûr altıncı babın üçüncü faslında yazılı resmî evraktan addile ona göre ceza tayini icabeder.

Es. No: 29/36 K. No: 29 Kt. 11-11-936 (S: 1 Sc: 14)

T. C. K. Mad: 354,355,356

T

1 — TATİL GÜNLERİ:

Kanunen muayyen olan müddetlerin ceryanında Cumartesi

408

gününün hesaba katılması lâzımdır.

Es. No: 36/14 K. No: 22 Kt. 13-11-936 (S: 1 Sc: 8)

C. U. M. K. Mad: 40

2 — TEKERRÜR:

3038 sayılı kanunun meriyetinden evvel hükme iktiran etmiş suçlardan mütevellit tekerrürlerde eski ve yeni suçlar para cezasından gayri aynı veya muhtelif neviden cezayı müstelzim olduğu takdirde 81 inci, her iki suç için tertip olunan para cezası ise 84 üncü maddenin tatbiki icap eder.

Es. No: 36 - 10 K. No: 19 Kt. 8-7-936 (S: 2 Sc: 21)

T. C. K. Mad: 81,84

3 — TEKERRÜR:

2330 sayılı kanunun neşrinden evvel infazedilmiş olmakla beraber bu kanunun şümulüne giren ceza mahkûmiyetleri tekerrüre esas tutulamaz.

Es. No: 935 - 116 K. No: 3 Kt. 7-2-936 (S: 1 Sc: 6)

T. C. K. Mad 81
2330 sayılı af. K. Mad: 1,2

4 — TEŞDİD SEBEBİ:

Öldürmeği tasmim ettiği kimsenin yerine bir diğerini öldüren suçlu hakkında taammüdden mütevellit teşdit sebebi nazara alınmaz.

Es. No: 936 - 64 K. No: 32 Kt. 8-7-936 (S: 1 Sc: 3)

T. C. K. Mad: 52, 450

Y

YALAN İHBAR VE ŞAHADET:

1918 sayılı kanunda yazılı suçlardan birini ikramiyeden fai-

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

409

delenmek veya başkasına zarar vermek veya kendini cezadan kurtarmak maksadile hiç yoktan tertip ve delillerini tasnî veya izrar ile başkasına isnad ve iftira edenler hakkında mezkûr kanunun 50 inci maddesinin birinci fıkrası ve bu maksatlar altında isnada iftiradan âri olarak bu suçları tasnî edenlerle bu suçların mürettep ve musanna olduğunu bilerek merciine yalan ihbar ve şahadette bulunanlar hakkında 50 inci maddenin 2 inci fıkrası hükümlerinin tatbiki icabeder.

Es. No: 37 - 19 K. No: 27 Kt. 25-11-936 (S: 1 Sc: 12)

1918 sayılı kaçakçılık K. Mad: 50

Z

ZİMMET SUÇU:

Zimmet suçlarında; zimmete geçirilen paraların kâmilen ödenmesinden dolayı asıl cezadan yapılacak tenzilâtın fer'î cezalara da teşmili caiz değildir.

Es. No: 35 - 119 K. No: 12 Kt. 13-1-936 (S: 1 Sc: 16)

T. C. K. Mad: 202

CEZA
UMUMİ HEYET KARARLARI

II

Umumî heyet kararları

A

1 — ASARI ATİKAYI TAHRİP SUÇU:

Asarı atikayı tahrip etmek suçundan dolayi türk ceza kanununun 516 ıncı maddesine göre ceza tayini kanuna uygun olmayıp suçlunun asarı atika nizamnamesine göre cezalandırılması lâzımdır.

Es. No: 139 K. No: 131 Kt. 19-12-936 (S: 4 Sc: 111)

T. C. K. Mad: 516

2 — ASKERÎ SUÇLAR:

C. Müddeiumumisi tarafından istenen bir işde hilâfı hakikat rapor vermek suretile adliyeye müteallik vazifesinde suiistimal etmekten suçlu askerî hastahanesi Bevliye mütahassısı Binbaşı Nüzhet hakkında tahkikat icrası: suçun askerî binadan madut olan askerî hastahanede işlenmiş olmasına nazaran ciheti askeriyeye aittir.

Es. No: 83 K. No: 84 Kt. 8-6-936 (S: 4 Sc: 79)

C. U. M. K. Mad: 8

B

— BAŞI BOŞ BİR HAYVANI EVİNE GÖTÜRMEK:

Kırda başı boş olarak bulduğu kuzuları alıp evine götüren

kimsenin fiili hırsızlık suçunu teşkil etmeyip ceza kanununun 511 inci maddesinde yazılı suçu teşkil eder.

Es. No: 2/68 K. No: 60 Kt. 4-5-936 (S: 4 Sc: 65)

T. C. K. Mad: 511

2 — BERAET KARARI:

Suçlu hakkında verilen beraet kararı ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesine tevfikan bozulduktan sonra tekrar duruşma icrası yolsuzdur.

Es. No: 3-14 K. No: 14 Kt. 30-3-936 (S: 3 Sc: 54)

C. U. M. K. Mad: 343

3 — BOZMA SEBEBİ:

C. Müddeiumumisi tarafından suçlu aleyhine her hangi bir noktadan temyiz edilen kararın temyiz istidasında zikredilmeyen diğer sebeplerden dolayı da bozulmasına karar verilebilir.

Es. No: 61 K. No: 54 Kt. 13-4-936 (S: 3 Sc: 59)

T. C. K. Mad: 449, 452

4 — BOZMA SEBEBİ:

Duruşma zabıtnamesi müsveddesinde tayin edilen ceza ağır hapis olarak gösterilmiş iken kararın tebyizi esnasında hapis olarak yazılması maddede bir hatadan neş'et ettiği cihetle bu yanlışlıklar da bilâhara düzeltilmesi mümkün olduğundan bozma sebebi teşkil etmez.

Es. No: 2/159 K. No: 155 Kt. 6-7-936 (S: 4 Sc: 85)

T. C. K. Mad: 497

5 — BOZMA SUÇU:

Evvelce mahkûm edildiği halde bozma üzerine hakkındaki

414

davanın düşmesine karar verilen suçlu hakkında bozma suçu hükmedilemez.

Es. No: 205 K. No: 104 Kt. 2-11-936 (S: 4 Sc: 109)

Harç tarifesi K. Mad: 53

C

CEZANIN ARTTIRILMASI:

Suçun kanunî unsurlarına dahil olan haller cezanın arttırılmasını mucip sebep olarak telâkki edilemez. Aşağı hadden fazla ceza tayini için ayrıca sebep gösterilmesi lâzımdır.

Es. No: 91 K. No: 75 Kt. 25-5-936 (S: 4 Sc: 72)

T. C. K. Mad: 482

D

1 — DEVLET DEMİR YOLLARI MEMURLARI:

Devlet demir yolları memurları ceza kanununun tatbikatında memur olmakla beraber memurin muhakemat kanununa tabi değildir.

Es. No: 144 K. No: 135 Kt. 28-9-936 (S: 4 Sc: 101)

T. C. K. Mad: 279

2 — DOLANDIRICILIK:

Askere sevk olunan efrattan birini askerlikten kurtarmak vâdile para alarak dolandırıcılık suçunu işleyen kimse hakkında takibat icrasına salâhiyet, askerî makamlara değil adlî makamlara aittir.

Es. No: 213/4 K. No: 2 Kt. 27-1-936 (S: 3 Sc: 34)

T. C. K. Mad: 508

4/5

E

1 — EMNİYETİ SUİİSTİMAL:

Gütmek üzere kendisine teslim olunan hayvanlardan birini kesip yemekten suçlu olan çobanın fiili hırsızlık olmayıp emniyeti suiistimal mahiyetindedir.

Es. No: 20/175 K. No: 580 Kt. 20-4-936 (S: 3 Sc: 61)

T. C. K. Mad: 491,510

2 — EMNİYETİ SUİİSTİMAL:

Emniyeti suiistimal suçunun tekevvünü için kendisine teslim olunan mal üzerinde kendisi veya başkası menfaatine olarak temellük iddia edilmesi lâzım olup bir ticarethane müstahdemininin salâhiyetsiz olarak müşterilere veresiye mal vermesi veya mezuniyetsiz sarfiyatta bulunması emniyeti suiistimal suçunu teşkil etmez.

Es. No: 4-66 K. No: 66 Kt. 1-6-936 (S: 4 Sc: 75)

T. C. K. Mad: 5170

H

1 — HAKARET SUÇU:

Hakaret suçlarında suçlunun kasdine göre ceza tayini lâzımdır.

Es. No: 57 K. No: 52 Kt. 13-4-936 (S: 3 Sc: 57)

T. C. K. Mad: 158,159

2 — HAKARET SUÇU:

Hakarete maruz kaldığı sırada tam olarak teşekkül etmemiş olan köy ihtiyar heyetine hakaret edenler hakkında 268 inci madde ile ceza tayin edilemez. 266 ıncı maddenin birinci bendine göre ceza verilmesi icabeder.

Es. No: 32 K. No: 60 Kt. 18-5-936 (S: 4 Sc: 68)

T. C. K. Mad: 266,268

416

3 — HARÇ ALINMASI:

Adliye harç tarifesi kanununun 100 üncü maddesi sarahatına göre askerî efrattan umumî mahkemelerde görülen işlerde dahi hiç bir harç alınmaz.

Es. No: 28 K. No: 28 Kt. 8-6-936 (S: 4 Sc: 77)

Harç tarifesi K. Mad: 100

4 — HARÇ ALINMASI:

Harç tarifesî kanununun 57 inci maddesi ceza muhakemeleri usulü kanununun 344 üncü maddesi haricinde kalan takibi şahsî davaya bağlı suçlarda kabili tatbikdir.

Es. No: 131 K. No: 120 Kt. 21-9-936 (S: 4 Sc: 96)

Harç tarifesi K. Mad: 57

5 — HIRSIZLIK:

Hırsızlık suçunun bir mesken dahilinde işlenmiş olmasından dolayi ceza tayini hırsızın o meskene hırsızlık maksadile girmiş olmasile meşruttur. Mevlüt dinlemek için girdiği bir evde hırsızlık yapan kimsenin hareketi 491 inci madde mucibince cezayı müstelzimdir.

Es. No: 2-197 K. No: 192 Kt. 19-10-936 (S: 4 Sc: 106)

T. C. K. Mad: 491

İ

1 — İÇTİMA:

Müessir fiil birden ziyade kimseler aleyhinde işlendiği takdirde içtima hükmü tatbik olunur. Tecavüze uğrayanların taaddüdü 457 inci maddede kabul edilen kanunî esbabı müşeddede haricindedir.

Es.No: 199 K.No: 194 Kt. 19-10-936 (S:4 Sc: 105)

T. C. K. Mad: 457

2 — İÇTİMA:

482 inci maddenin son fıkrasında yazılı ceza 193 üncü maddenin birinci fıkrasındaki cezadan daha ağır olduğundan içtima kaidesinin tatbikinde 482 inci maddenin esas tutulması lâzımdır.

Es. No: 27 K. No: 23 Kt. 27-1-936 (S:3 Sc: 36)

T. C. K Mad: 69, 193, 482

3 — İÇTİMA:

Türk ceza kanununun 77 inci maddesinin son fıkrasındaki «son cürme vazi'yed eden mahkeme» tabirinden maksat «son defa rü'yet edilen cürme el koymuş olan mahkeme» şeklinde anlaşılması lâzımdır.

Es. No: 13 K.No: 119 Kt. 21-9-936 (S:4 Sc: 92)

T. C. K. Mad: 77

I

1 — IRZA GEÇMEK:

Zorla ırza geçmek suçunda bütün icrai fiiller ikmâl edildiği halde suç tamam olmayabilir. Bu takdirde fiile tam teşebbüsten dolayi ceza tayini lâzımdır.

Es. No: 132 K. No: 121 Kt. 21-9-936 (S:4 Sc: 100)

T. C. K. Mad: 416

2 — IRZA GEÇMEK:

Suçlunun mağdurenin bir bahane ile yalnız olduğunu bildiği ahırına girerek üzerine atılması ve bacağından tutup kaçmasına mani olması gibi haller faaliyetin hedefi ırza geçmek olduğunu kabule müsait mahiyettedir.

Es. No: 17/3 K. No: 172 Kt. 21-9-936 (S: 4 Sc: 94)

T. C. K. Mad:16

418

3 — IZRAR KASDİ:

Satın almak istediği ceviz ağaçlarının muayene maksadile burgulayarak kurumasına sebebiyet veren kimsede ızrar kasdı bulunmadığından fiili suç teşkil etmez.

Es. No: 97 K. No: 94 Kt. 13-7-936 (S: 4 Sc: 86)

1528 sayılı K. Mad: 23

K

1 — KIZLIK BOZMAK:

İzdivaç vâdile vaki olan mukarenet neticesinde hamil husule gelmiş ve doğum sırasında kızlığın bozulacağı tabiî bulunmuş olduğu halde kızlık zarının tamam olduğundan bahsile suçlunun beraetine karar verilmesi doğru değildir.

Es. No: 72 K. No: 61 Kt. 27-4-936 (S: 3 Sc: 62)

T. C. K. Mad: 423

2 — KIZLIK BOZMAK:

Evlenme vâdile kızlık bozma suçunun husule gelebilmesi yani iğfalin tahakkuku suçlunun evlenmekten imtinaına bağlıdır. Kızın imtinaı dolayısile evlenme mümkün olmayan hallerde suç tekevvün etmez.

Es. No: 60 K. No: 63 Kt. 4-5-936 (S: 3 Sc: 64)

T. C. K. Mad: 423

3 — KIZLIK BOZMAK:

Evlenme vâdile kızlık bozmak suçu takibi şikâyete bağlı suçlardan olmak ve hilâfına da bir sarahat bulunmamak itibarile ceza kanununun 99 uncu maddesi mucibince suçlu hakkındaki hukuku âmme davası ferağatle düşer.

Evlenme vukuu halinde cezanın tecil edilmiş olması hâli ma-

hiyeten ayrı olup 99 uncu maddenin bu suç hakkında tatbikine mani teşkil etmez.

Es. No: 4/15 K. No: 13 Kt. 17-2-936 (S: 3 Sc: 40)

T. C. K. Mad: 99, 423

4 — KIZ KAÇIRMAK:

Evlenme çağında olmaması itibarile kanunen evlenmesine imkân bulunmayan 14 yaşındaki bir kızın kaçırılması halinde kaçırma evlenmek maksadile yapılmış olsa dahi suçlunun cezasından 433 üncü maddeye göre tenzilât yapılması doğru diğildir.

Es. No: 128/2 K. No: 124 Kt. 15-6-936 (S:4 Sc: 81)

T. C. K. Mad: 433

5 — KÜÇÜK SAN'ATLAR:

Türkiyede küçük san'atların türk vatandaşlarına tahsisine dair olan kanuna muhalefetten dolayi bu kanunun 6 ıncı maddesine göre ceza tayini icabeder. Bu fiilden dolayi türk ceza kanununun 526 ıncı maddesine tevfikan mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 115 K. No: 105 Kt. 6-7-936 (S: 4 Sc: 83)

T. C. K. Mad: 526. 2007 sayılı K. ad: 6.

M

1 — MATBUAT SUÇLARI:

Matbuat kanununun 38 inci maddesinde hakikî intihar vakalarını mezuniyetsiz yazanlar hakkında ceza tayin edilmiş olup hakikî surette vaki intiharlardan bahsedilmeyerek bir kimsenin kendisine müntehir süsü verdiğinin gazeteye yazılması 38 inci maddenin tatbikini icap ettirmez.

Es. No: 32 K. No: 34 Kt. 2-3-936 (S: 3 Sc: 47)

matbuat K. Mad: 27, 38.

120

2 — MEN'İ MUHAKEME KARARLARINA İTİRAZ HAKKI:

Müdahil sıfatın iktisap etmiş olan kimselerin men'i muhakeme kararına itiraz etmeye hakları vardır.

Es. No: 35 K. No: 70 Kt. 18-5-936 (S: 4 Sc: 67)

C. U. M. U. Mad: 365, 367

3 — MEMRUN SUÇ İŞLEMESİ:

Belediye zabıta memurluğu sıfat ve salâhiyetini haiz olmayıp muvakkat bir işde kullanılan su memurunun işlediği suçdan dolayı memurin muhakemat kanunu hükümleri ceryan etmez.

Es. No: 2/8 K. No: 5 Kt. 27-1-936 (S: 3 Sc: 39)

T. C. K. Mad: 99 memurin muhakemat K. Mad: 1

4 — MEMURLARIN SUÇUNA İŞTİRÂK:

Memurların suçuna iştirâk eden memur olmayan kimseler hakkında ahkâmı umumiyeye tevfikan tahkikat yapılır.

Es. No: 153 K. No: 149 Kt. 5-10-936 (S: 4 Sc: 102)

Memurin muhakemat K. Mad: 15

5 — MERCI TAYİNİ:

Otelde gaip olan bir tabancanın ortaya çıkarılması için yapdığı tahkikat sırasında suçluları tehdit ve tahkir etmekten suçlu polis komiserinin suçu adlî vazifeden mütevellit olduğundan bu hususda idare heyetinin tahkikat icrasına salâhiyeti yoktur.

Es. No: 98 K. No: 97 Kt. 15-6-936 (S: 4 Sc: 82)

C. U. M. K. mad: 154

6 — MESKEN MASUNİYETİ:

T. C. Kanununun 193 üncü maddesi şahsî hürriyetini ve aile

421

emniyetini muhafaza gayesile mevzu hükümlerden olmasına nazaran sahibi tarafından gayri muayyen bir zaman için terkedilmiş olan boş bir eve girmekte mesken masuniyetini ihlâl suçunun kanunî unsurları mevcut değildir.

Es. No: 86 K. No: 80 Kt. 1-6-936 (S: 4 Sc: 73)

T. C. K. Mad: 193

7 — MÜESSİR FİİL:

Müessir fiil neticesi çocuk düşme halinde failin gebeliği bilmesi şarttır. Aksi halde müessir fiilin mucip olduğu hastalık müddetine göre 456 ıncı maddenin diğer fıkralarının tatbiki icap eder.

Es. No: 1-116 K. No: 7 Kt. 20-1-936 (S:3 Sc: 33)

T. C. K. Mad: 459

8 — MÜESSİR FİİL:

452 inci maddenin tatbik edilebilmesi için katil kasdine mukarin olmayan müessir fiilden telefi nefsin husulü lâzımdır. Yani faiilin kasdı yalınız müessir fiile inhisar edip husule gelen neticeye taallûk etmemelidir. Müessir fiilin kasden işlenmesi failin mağdura bu fiili maddî ve manevî bir eza ve zarar vereceğini bilerek yapmış olmasile tahakkuk eder.

Es. No: 47 K. No: 42 Kt. 16-3-936 (S:3 Sc: 51)

T. C. K. Mad; 452

9 — MÜESSİR FİİL:

Müessir fiil ikaı suretile iki dişinin kırılmasına sebebiyet veren suçlu hakkında ceza tayin edilirken, dişlerin kırılmasile çiğneme uzuvunun demavlı zafa uğrayıp uğramadığının fennen tesbit edilmesi lâzımdır.

Es. No: 62 K. No: 73 Kt. 18-5-936 (S: 4 Sc: 71)

T. C. K. Mad: 456

422

10 — MÜMEYYİZ OLMAYANIN FERAĞI:

Mümeyyiz olmayan mağdur tarafından yapılan ferağat velî veya vasînin rızası olmadıkça bir hüküm ifade edemeyeceğinden mağdur lehine tazminata hüküm edilmesi kanuna uygundur.

Es. No: 172-2 K. No: 171 Kt. 21-9-936 (S:4 Sc: 91)

T. C. K. Mad: 431

11 — MÜSADERE KARARLARI:

Müsadere kararları hafif hapis cezasına fer'î olarak verildikleri takdirde asıl cezaya teb'an ceza kararnamesiyle karar altına alınabilir.

Es. No: 51 K. No: 46 Kt. 23-3-936 (S: 3 Sc: 53)

T. C. K. Mad : 549, C. U. M. K. Mad: 386

O

ORMAN SUÇLARI:

İşletme kanununa muhalif olarak işletme pilânına uygun olmayacak surette yapılan tahribat ve katiyattan dolayi orman nizamnamesi hükümlerine tevfikan takibat icrası lâzımdır.

Es. No: 73 K. No: 108 Kt. 13-7-936 (S: 4 Sc: 88)

Orman nizamnamesi Mad: 31-33

S

SATIŞDAN SONRA GERİ GELEN HAYVANIN İADE EDİLMEMESİ:

Başkasına sattığı halde kendiliğinden geri gelen öküzünü satın alan şahsa teslim etmeyen kimsenin hareketi suç teşkil etmez.

Es. No: 211 K. No: 109 Kt. 2-11-936 (S: 4 Sc: 108)

T. C. K. Mad : 308

Ş

ŞAHSÎ DAVA:

Takibi şikâyete bağlı işlerde C.Müddeiumumisini tahrik eylemiş olanların iş beraetle neticelendiği takdirde harç ile mahkûm edilmelerine cevaz verilemez.

Harç tarifesi kanunundaki şahsî dava tabirinden maksad ceza muhakemeleri usulü kanununun 344 üncü maddesine göre şahsî dava yolile doğrudan doğruya takip edilebilecek işlerdir. Tarife kanununun 57 ve 62 inci maddesindeki şartlar mevcut olduğu takdirde harca hüküm olunamaz.

Es. No: 139-3 K. No: 21 Kt. 27-1-936 (S:3 Sc: 37)

Harç tarifesi K. Mad: 57

T

1 — TAZMİNAT TALEBİ:

C. Müddeiumumisine verdiği bir istida ile âmme davasını tahrik eden davacının duruşmada şifahî olarak tazminat talebinde bulunması tazminat hükmüne kâfi olup bu cihetin tekrar arzuhal ile talep edilmesine lüzum yoktur.

Es. No: 94 K. No: 87 Kt. 8-6-936 (S: 4 Sc: 80)

T. C. K. Mad: 272

2 — TECİL:

Ceza kanununun 90 ıncı maddesi ancak suçluların geçmişdeki hallerile ahlâkî temayülleri mahkemece müsait görüldüğü takdirde kabili tatbikdir.

Es. No: 64 K. No: 71 Kt. 18-5-936 (S: 4 Sc: 69)

T. C. K. Md: 90

424

3 — TEMYİZ KABİLİYETİ:

Bir ceza davası zımnında hükmolunan ceza ve tazminat ayrı ayrı esas ve sebeplere müstenit olduğu cihetle suçun nevi ve mahiyetine göre ve biri diğerinin aslî veya fer'î addedilmesi ve bu suretle asla tab'an temyiz kabiliyetinin tayini caiz değildir.

Es. No: 38 K. No: 37 Kt. 2-3-936 (S: 3 Sc: 49)

T. C. K. Mad: 566

4 — TEMYİZ SALÂHİYETİ:

Demir yolları zabıta ve işletme muamelelerine müteallik nizamnamelere muhalif hareketle hakkında mahkemelerce sadır olan hükümleri C. M. U. sinin temyize salâhiyeti vardır.

Es. No: 29 K. No: 26 Kt. 17-2- 936 (S: 3 Sc: 43)

Demir yolları zabıta nizamnamesi mad: 20

1607 Sayılı K. Mad: 3

5 — TEMYİZ MÜDDETİ:

Davanın kanunî müddeti içinde temyiz edilip edilmediğini anlayabilmek üzere temyiz istidasının mutlaka temyiz defterine kaydedilmiş olması lâzımdır. Bu deftere kaydedilmek üzere kaleme havale edilen istidalar bu deftere kaydedilmemişse yine müddetinde verilmiş sayılarak temyiz tetkikatına esas tutulamaz.

Es. No: 152/9 K. No: 1 Kt. 6-1-936 (S: 2 Sc: 31)

C. U. M. K. Mad: 310

Ü

ÜFÜRÜKÇÜLÜK:

Hıstaya okuyup üflemenin üfürükçülük suçunu teşkil etmesi için bu hareketin kâr, san'at ve medarı maişet ittihaz edildiğine delâlet edecek ve üfürükçü sıfatının halk tarafından izafesine mahal verdirecek şartlar altında vukuu lâzım ol-

duğu gibi bu hareketin murada kavuşdurmak kasdına bağlı olması da lâzımdır.

Es. No: 3/8 K. No: 8 Kt. 17 - 2 - 936 (S: 3 Sc: 41)

T. C. K. Mad: 80. 667 sayılı K. Mad: 1

Y

YALAN YERE YEMİN:

Yalan yere yemin davalarının ceza muhakemelerinde mutlaka tahriri beyyine ile isbatı icap edeceğine dair kanunda bir hüküm mevcut olmayıp ceza muhakemeleri temini kanaat için her dürlü delâili tetkike salâhiyetlidir.

Es. No: 111 K. No: 127 Kt. 12-10-936 (S: 4 Sc: 103)

T. C. K. Mad: 287

Z

1 — ZARARIN BAŞKASI TARAFINDAN ÖDENMESİ:

Haber ve malûmatı olmaksızın başkası tarafından zararın ödenmiş olması halinde suçlu hakkında ceza kanununun 523 üncü maddesi mucibince tenzilât icra edilemez.

Es. No: 4/100 K. No: 97 Kt. 21-9-936 (S: 4 Sc: 98)

T. C. K. Mad: 523

2 — ZİNA SUÇU:

Zina suçunda takibat icrasının cürümde şerik olanlar hakkında da dava ikamesine bağlı olması her iki suçlu hakkında dava ikamesi mümkün olduğu hallere münhasırdır. Suç ortağının vefatı dolayısile suçlulardan yalnız birisi hakkında açılan dava üzerine duruşma icra edilerek neticeye göre işin karara bağlanması icabeder.

Es. No: 4/172 K. No: 176 Kt. 7-12-936 (S: 4 Sc: 110)

T. C. K. Mad: 444

426

3 — ZİMMET SUÇU:

Tayyare cemiyetine teberrü edilen fitre paralarını zimmetine geçiren muhtarın suçu muhtarlık vazifesine taallûk etmediğinden tahkikat icrası salâhiyeti idare heyetine ait olmayıp sorgu hâkimliğine aittir.

Es. No: 6 K. No: 4 Kt. 27-1-936 (S: 3 Sc: 35)

T. C. K. Mad: 202

4 — ZİMMET SUÇU:

Zimmet suçunun tekevvün etmesi için suçlunun memur olması lâzımdır. Hususî idareye ait parayı hasbelvekâle icradan tahsil edip temellük eden avukatın hareketi zimmet suçunu teşkil etmez. Devletin şahsiyeti hükmiye sıfatile yaptığı akit vekâletle tevkil ettiği vekil ile aralarında âmirilk ve memurluk münasebeti mevzuubahs olmayışına nazaran avukatın hareketi emniyeti suiistimal suçunu teşkil eder.

Es. No: 4-19 K. No: 16 Kt. 17-2-936 (S: 3 Sc: 46)

T. C. K. Mad: 202

5 — ZİMMET SUÇU:

Kanunun zimmet ve ihtilâs vasıflarını izafe ederek bir fasılda topladığı suçlardan 207 inci madde de yazılı fiil nefsi muamele itibarile Devlet hazinesinden aldığı parayı zimmete geçirme mahiyetinde olup aynı vasfı taşımakta olmasına göre bu suçun da 2330 sayılı kanunun 11 inci maddesine göre affın şümulü haricinde kaldığı düşünülmeden hilâfına karar verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 1/15 K. No: 11 Kt. 6-4-936 (S: 3 Sc: 55)

T. C. K. Mad: 207. 2330 sayılı af K. Mad: 11

428

CEZA

BİRİNCİ DAİRE KARARLARI

429

ABONE BEDELİ

Adet		Kuruş
12	Bir seneliği	300

Perakende olarak beher numarası

Kuruş
30

Adliye Ceridesine Abone kaydı şartları

1 — Adliye Ceridesine abone olmak isteyenler, bulundukları yerin mal sandığına [Adliye Ceridesi abone parası] olarak [300] kuruş yatıracaklar ve alacakları makbuzu oturdukları yerin C. müddei umumiliğine teslim ile hangi sene için abone olduklarını kaydettireceklerdir.

2 — C. Müddei umumilikleri bu makbuzları ve hangi seriye abone olduklarını abonmanın açık adresile birlikte doğruca Adliye Vekilliği neşriyat müdürlüğüne gönderecekler ve abone sahibine de bu muameleyi bildirecek bir numara kâğıdı vereceklerdir.

3 — Abonmanların cerideleri bulundukları C. müddei umumilikleri makamı delâletile adreslerine gönderilir.

451