Adliye Ceridesi

T. C.

Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Yirmi Dokuzuncu Sene

4 üncü Sayı

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

A N K A R A
Hapisane Matbaası
1 9 3 8

663

İÇİNDEKİLER

No:		Sahife No:
24.	Hak yerine gelmelidir. . . . . (*Temyiz M. İc. İ. fD. Reisi Fuad Hulûsi DEMİRELLİ*)	435
25.	Kızlığın bozulması Ceza kanununun 418 inci maddesinde yazılı olan mayubiyete sebebiyet vermek müşeddid vasfına dahilmidir? . . . . . (*Yazan: Ferid YASA*)	460
26.	Mayubiyet mes'elesi . . . . . (*Profesör Dr. Fahri ECEVİD*)	465
27.	Muhakemenin iadesi . . . . . (*Sabri Şakir ANSAY*)	471
28.	Otelcilerin mes'uliyeti hakkında üniform kanun projesi (*Yazan: Avukat M.N. DEVRES*)	504
29.	Adam öldürmek cürmü ve müessir fiiller ne suretle ve ne gibi vasıtalarla işlenebilir ? . . . . . (*Yazan: A. Rifat ALABAY*)	518
30.	Maznunların Adlî ahvali sabıkalarına müteallik malûmatın beynelmilel mübadelesi . . . . . (*Çeviren: C. M. U. Baş. M. Gevat SERİM*)	527
31.	Arsıulusal Ceza kodu plânı; Profesör Vespasiyen V. Pella'nın raporu . . . . . , ... (*Çeviren: Lütfi KAYNAK: Ceza İş. Sulh hâkimi*)	541
32,	Suçlu çocuklar mes'elesi . . . . . (*Çeviren: Tarik E. YENİSEY*)	559
	Türk Temyiz mahkemesi kararları ceza kısmı	F:5
	Türk Temyiz mahkemesi kararları Hukuk kısmı . . .	F:5
	1937 Temyiz kararları fihristi	F: 5,6

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.

664

Sayın okuyucuların nazarı dikkatine:

Adliye ceridesinin her müshasına ilâve edilmekde olan Temyiz mahkemesi kararları formalarının bir kitap halinde cildletilmek üzere cerideden sökülürken yırtıldığı cihetle formaların dikilmeksizin cerideye ilâve olması muhtelif yerlerden alınan müracaat mektuplarında istenmektedir.

Yerinde görülen bu müracaatlara binaen Temyiz kararları formaları ceride ile dikilmiyerek forma halinde Adliye Ceridesi kapağı arasına konulacakdır.

Her nüshada kaç dane ilâve forma bulunduğu ceride kapağına yazılacagından ve ceride alındıkdan sonra Temyiz kararları formalarının alınmadığına veya eksik alındığına dair müracaat ve itirazlar dinlenmiyeceğinden ceride alınırken Temyiz kararları formalarının bulunup bulunmadığına dikkat edilmesi abonelere ve perakende alıcılara bildilir.

(Bu sayı arasına konulan Temyiz kararları)

Forma	
1	Ceza
1	Hukuk
2	Temyiz kararları fihristi (937)

665

666

No: 24

Hak yerine gelmelidir

ÖNSÖZ

Fuad Hulûsi DEMİRELLİ

Temyiz mahkemesi İcra ve İflâs dairesi reisi

Bu yazıma başlık olarak kullandığım cümlenin iki manaya geldiğini biliyorum. Fakat hakkın yerine gelmesi için en iyi ve emniyetli yol da davacı ve davalının hak yerine çağırıldıkları zaman gitmeleri değilmidir?

Bu böyle olmakla beraber halkda böyle iyi bir alışkanlık vücuda getirmek kolay değildir. Mahkemenin davetlerini davalılar çok kere, davacılar bile arada sırada gereği gibi mühimsemiyorlar.

ESKİ USÛL VE PRENSİBLER

Çağırıldığı günde mahkemeye gelmeyenler hakkında yapılan muameleler memleketimizin devir devir geçirdiği hukuk sistemleriyle birlikde değişmeler göstermişdir.

1 — Adliye organizasıyonumuzdan önceki zamanlardan başlayarak Cumhuriyet devrinin eyi eserlerinden olan yeni Hukuk Usulü muhakemeleri kanununun mer'ileşdiği zamana kadar (süren) fikir (Davacı davaya zorlanmaz) kaidesini geniş ve limitsiz bir manaya almakda idi. Şu halde davayı açan taraf gelmezse karşı tararf davanın görülmesini istiyemezdi. Muhakeme kakkı muvakkat olarak düşürülen davacı ne zaman isterse hasmını yeniden mahkemeye çağırtabilirdi. (19 Cemazilâhere 1926 tarihli mülga Usulü muhakemei hukukiye kanununun 142 ve 143 üncü maddelerine bakınız.) Davacının hakkı ancak mururu zaman halinde tehlikeye girerdi.

667

2 — Duruşmanın yapılacağı günde davacı gelir de diğer taraf gelmezse davacının talebi halinde :

a. Eski şer'î usulde hatta 25. VI. 303 tarihine kadar hukuk ve ticaret mahkemelerinde hasmına ikinci ve gene gelmezse üçüncü bir davet kâğıdı gönderilirdi. (Mülga Usulü muhakemei hukukiye kanununun 144 üncü maddesine bakınız.) Bu üçüncü davet de tesirsiz kalmalıydı ki davacı hasmına bir (vekili müsahhar) yani mahkemenin tensib ettiği bir vekil dikilip bunun otomatik inkâr ve müdafaalarına karşı davasını yürütebilsin. (Mülga Usulü muhakemei hukukiye kanununun 145 inci maddesine bakınız.) İşte o zamanlar gıyap usulü hulâsa olarak bundan ibaretti. Sonraları üç davet bire indirilmiş, fakat angarya vekil dikmek usulü nizamî denilen adlî mahkemelerimizde (hukuk ve ticaret mahkemeleri) de bir haylı zaman daha muhafaza edilmişdir. (19 Cemazilâhere 1296 tarihli Usulü muhakemei hukukiye kanunu muvakkatine müzeyyel 26.III.1327 tarihli kanunun vekili müsahhar nasb ve tayini usulüne nihayet veren 18 inci maddesile 11 Nisan 1329 numaralı Sulh hâkimleri kanunu muvakkatının 48 inci maddesine bakınız.)

Davasını isbat edemiyen davacının talebiyle müddeaaleyhin itirazı halinde yeminden nükûlüne talikan hüküm verileceği için davacılar çok kere mevcut delillerini ortaya koymayıp aciz beyanile o yolda gıyabî hüküm alırlar, fakat müddeti içinde itiraz vaki olunca evvelce beyan ettikleri aczin o zamana mahsus olduğunu ve bu kere delillerini kullanacaklarını söylerlerdi.

Mahkemeye geldiği halde duruşmadan imtina edenler de gaip sayılırlar. Cevapdan imtina halinde davacının beyyinesi dinlenir, yoksa cevapsız kalan nokta ikrar edilmiş sayılmazdı. (Mülga Usulü muhakemei hukukiye madde : 148.)

Gıyabî ilâm olduğu gibi ve vicahî olanlar gibi tebliğ edilirdi (Madde: 149)

İtiraz istidasında gıyabî hüküm ve ilâmı defi ve cerh yolunda mevcudiyeti iddia edilen sebeb ve illetlerin gösterilmesi şart idi.

Hulâsa olarak hatıra getirdiğimiz bu usûl ve istinad ettiği prensib ve telâkkiler 1086 numaralı Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununa alınıp

2606 numaralı kanunla kısmen tadil, kısmen tavzih olunan yeni hükümlerle esaslı suretde değiştirilmişdir.

YENİ PRENSİBLER VE GIYAP MUAMELELERİ

Yeni prensiblerimize göre:

a I. Davacı davasından feragat edebilir. Davaya icbar edilememesi bu manadadır. Bu halde artık ayni davayı bir daha hiç bir zaman açamaz. Mahkûm olmuş yani davasının reddine hükmolunmuş gibi muhakeme masraflarını öder (H. U. madde: 94.) Fakat müddeaaleyhin rızası olmaksızın davasını takipden sarfınazar edemez (H. U. madde: 185.) Davalıyı ikide birde dava ile tâciz edilmekten kurtaran bu kaidenin neticelerinden olmak üzere:

a I. Tahkikat veya muhakeme için tayin olunan günde davacı gelmez ve aleyhine dava açılmış olan taraf isterse davacı hakkında gıyap kararı verilir (H. U. mad: 398.) Gıyap masrafı da her halde ona yükletilir (H. U. mad: 404.) Bu kararın kalkması neye bağlı olduğu ve kaldırılmaması halinde ne gibi neticeler doğacağı sırasında görülecekdir.

b . Celseye çağırılmış olan tarafların hiç biri gelmezse dava yenileninceye kadar dosyanın muameleden kaldırılmasına karar verilir. (H.U. K. nun 409 uncu maddesinin 2606 sayılı kanunla aldığı yeni şekle bakınız.)

c . Aleyhine dava açılıp usulü dairesinde muhakemeye çağırılmış olan taraf gelmez ve davacı isterse davalı hakkında gıyap kararı verilir. Gıyap masrafları da her halde ona yükletilir (Mad: 398 ve 404.)

GIYAP KARARI

Gıyap kararı gelmiyen tarafın gaip sayıldığını tesbit etmekle beraber bir müsaade ve bir ihtarı da tazammun eder. Gelen taraf bu kararın verildiği tarihte başlayan beş gün içinde harç ve masrafını vererek gaibe tebliğini istemezse karar verilmemiş sayılır. (H.U.K. nun 400 üncü maddesinin 2606 sayılı kanunla aldığı son şekle bakınız.)

Gelen taraf diğerinin gaip bulunduğu celsede yapılacak muamelelerin

yapılmasını istiyebilir. Meselâ o celsede şahit dinlenecek idiyse ve şahidler gelmişlerse hâkim 399 uncu maddenin metnine dayanarak hazır tarafın bu husustaki talebini reddedememek lâzımgelir. Böyle bir red kanunun lâfzına uysa bile ruhuna uygun düşmez. Çünkü icabın takdiri hâkime aid ise de gelen şahidin dinlenmesi açık bir icap teşkil eder ki aksine bir takdire mütahammil değildir.

Celsenin zamanını usulü dairesinde öğrenmiş olan tarafın mahkemeye gelmemesi bir kusurdur. Onun için kendisine tebliğ edilen gıyap kararının kalkması veya kaldırılması ve bunun üzerine muhakemenin müteakib celselerine kabul edilebilmesi hulâsa kanunun verdiği müsaadeden istifade edebilmesi 401 yahut 402 inci maddelerin hükmünü yerine getirmesine ve 404 üncü maddenin ikinci fıkrasında yazılı şarta yani gıyap masrafını her türlü muameleden önce mahkeme veznesine tevdi etmesine bağlı tutulmuşdur.

Bu tevdi mecburiyeti 401 inci maddenin sonundaki hükme tevfikan gıyap kararının ortadan kaldırılmasının da şartıdır. Çünkü 404 üncü maddedeki gaip kelimesi mutlakdır. Bunun yalnız gıyabında muamele yapılmış olana tahsis edilmesi için ne mantıkî bir sebep gösterilebilir ne kanunî bir ibare.

Her iki hâle göre müşterek olan depozito şartı mahfuz kalmak üzere 401 ve 402 inci maddelerin gaipten istediği şeyler birbirinden farklıdır. Gıyap kararının verildiği celsede hiç bir muamele yapılmamış olması halinde gıyap kararı içinde bildirilen celse gününde gaibin mahkemeye gelmesi kararın ortadan kalkmasile muhakemenin yüzüne karşı yürütülmesine kâfi gelirse de gıyabında muamele yapılmış olması halinde gıyap kararını tebellûğ ettiği günden başlayarak beş gün içinde karara itiraz yani muhakemeye huzurunda devam edilmek üzere hakkındaki bu kararın kaldırılmasını taleb etmesi, bu maksadla hâkime müracaat edip muhakeme için bir gün tayin ve hasmına tebliğ ettirmesi lâzımdır. Bu talepde gıyap celsesinde yapılmış olan muameleye karşı itiraz etmek şart değildir. Şayed gıyabında yapılmış olan muameleye karşı kanunî bir itirazı varsa bunu muhakeme için tayin ve tebiliğ ettirdiği günde ağızdan da yapabilir.

670

Gıyap kararı 401 veya 402 inci maddelere ve 404 üncü maddedeki şarta riayetsizlik halinde ortadan kalkmış veya kaldırılmış olmayacağı için muhakemeyi sonuna kadar gıyabî olarak devam ve intac ettirmeye yani gaibi hiç bir celseye kabul ettirmeyip muhakeme haricinde bıraktırmaya hazır olan tarafın hakkı vardır. Artık muhakeme için mahkemeden alacağı günü gaibe tebliğ ettirmesine bir lüzum ve sebep kalmaz.

Muhakemeye kabul olunmaması bu suretle kesinleşen taraf bundan başka 408 inci madde mucibince hasmının iddia ettiği vakıaları ikrar etmiş sayılabilir. Her nekadar mezkûr 408 inci maddede hâkimin bu salâhiyeti açık bir ibare ile tahdid olunmamış ise de gaibin cevap lâyihasında veya şifahî usule tâbi işlerde gıyap hâdisesinden evvelki celselerin birinde inkâr etmiş olduğu vakıayı mücerred muhakemeye kabul olunmamasından dolayı ikrar etmiş sayılmasına imkâm yoktur. Çünkü farz ve tahmine, (présomption) a ancak hilâfına sarahat olmayan yerlerde gidilebilir.

Şu halde hâkimin bu husustaki takdir hakkı sarih bir inkârın mesbukiyeti halinde münselipdir.

Acaba gıyap celsesinde hazır olan taraf iddia ettiği vakıa hakkındaki bütün delillerini kullanmışken davası sabit olmamış bulunuyorsa gaip bu hususta hiç bir inkârda bulunmamış olması halinde — o gibi vakıaları da ikrar etmiş sayılabilirmi? Meselâ ticarî bir satış yahut bunun semeni ödendiği hakkında listede yazılı şahitler malûmatsızlık beyan etmişlerse satış veya tediye vakıaları gaip tarafından ikrar edilmiş addolunabilir mi? Böyle bir suale menfî cevap vermek ve takdir hakkını istimalde çok dikkatli davranmak icab edeceği fikrindeyim.

408 inci maddenin başka bir bakımdan mahdud olduğuna kanî olanlar çoktur. Bu kanaat 408 inci maddenin hükmü ancak muameleli gıyap kararı tebellûğ etmişken itiraz etmeyenler hakkında tatbik olunabileceği merkezindedir. Buna göre gıyabında hiç bir muamele yapılmamış olan gaip gıyap kararında günü yazılı celseye gelmezse, hasmının iddia ettiği vakıaya hiç bir zaman hiç bir suretle cevap vermemiş olması halinde bile, o vakıayı ikrar etmiş sayılamaz.

Muhterem olan bu içtihat şöyle bir misâl karşısında da bir çokları

tarafından muhafaza edilmektedir. Misâl şudur: (A) (B) den ticarethanesinin kâğıtlarından biri üzerine yazılmış, firma ve imza taşıyan, protesto edilmişse de cevabını mahkemede veririm yolunda bir ifade ile karşılanmış bulunan emre muharrer bir senetle 2000 lira dava ediyor. Dava arzuhali ve lâyihasile sened sureti muteber bir suretde (B) nin kendisine tebliğ olunmuş. Cevap için muayyen müddet cevapsız geçmiş. Davacı muhakeme günü tayin ettirmiş. Davetiye gene usulü dairesinde (B) ye tebliğ olunmuş, gelmemiş. Hâkim bir muamele yapmaksızın gıyap kararı verip muhakemeyi başka bir celseye bırakmış. (B) ye tebliğ edilen gıyap kararında celse için muayyen gün ve saatde gelmesi lüzumu, şayed o gün gelmezse artık bir daha muhakemeye kabul olunmayacağı, (hatta fazla olarak, bu takdirde iddia edilen vakıayı ikrar etmiş sayılacağı bile) yazılmış. (B) gene gelmiyor. (A) mahkemeye gelmeden ilâmsız takip dahi yaptırmamış olduğu için İcra dairesinde de bir inkâr ve itirazı mesbuk değil. Hâkim (A) nın talebi üzerine 408 inci maddeye dayanarak (B) yi iki bin liralık emre muharrer senedi (A) ya vermek suretile (A) ya karşı ikibin lira borçlanmış olduğu vakıasını ikrar edilmiş hükmünde tutarak paranın tahsiline gıyaben hükmediyor.

Bu misalde dahi senedin imzası hakkında tedkikat ve tatbikat yapılmayıp 408 inci maddeye istinad edilmesini kabul etmiyen gaip en kuvvetli olarak şöyle bir temyiz lâyihası doldurabilir:

Hakkımda 408 inci madde hükmünün tatbiki Usûl kanunumuzun hükümlerine uygun değildir. Çünkü:

1. Gıyabımda bir muamele yapılmış ve ne yapıldığı bana tebliğ olunmuş değildir.

2. 401 inci maddeye göre bana tebliğ edilecek gıyap kararında yalnız senedin yazı ve imzası hakkında tahkikat yapılmak için tayin olunan celsede hazır bulunmaklığım lüzumu bildirilmek lâzım gelirdi. Gelmezsem artık muhakemeye kabul olunmıyacağım ve vakıayı ikrar etmiş sayılacağım hakkındaki ihtarlar yersiz ve hükümsüzdür.

3. Muhakemeye kabul olunmamak ancak 402 inci madde mucibince tebliğ edilen muameleli gıyap kararına müddeti içinde itiraz olunmaması halinde olur. 405 inci maddenin sarahatı böyledir. O da bu hükmün tebliğ varakasına yazılmasile meşrutdur.

672

4 . 408 inci madde muhakemeye kabul olunmayan gaibden bahsediyor. Bana bu vasıf ancak 405 inci maddeye göre isnad olunabilir. Hâdisemde bu maddenin yeri yoktur.

5 . Mucip sebepler lâyihasında da söylendiği üzere, Hukuk Usulü Muhakemeleri kanunumuzu hazırlayan mütehassıslar komisyonu 1925 tarihli Neuchatel (Nöşatel) kanununu esas ittihaz etmişse de mezkûr kanunda bulunmayan ve natamam kalan bazı kaideleri de Alman ve Fransız hukukundan istiane ve istifade suretile ikmal etmişdir.

Bu arada hâdisemize temas eden gıyap faslı bir çok noktalarda Nöşatel kanundan ayrılmışdır. Bu bakımdan iki kanun arasındaki farklar gıyap fasıllarının karşılaştırılmasıyle meydana çıkar. Nöşatel kanunda gıyap kararlarına itirazdan bahis yoktur. Gıyapta muamele yapılmamışsa tahkikatın yahud muhakemenin bırakıldığı celsede gaibin gelmesile gıyap kararı kaldırılır. Muamele yapılmışsa gaibe kanun veya hâkim tarafından verilen müddet içinde gıyap kararının kaldırılması istenir ve diğer tarafa tebliğ olunur. Muayyen günde gelen gaip muameleye itiraz etmese de gıyabındaki muamele hükümsüz kalır. Meğer ki gıyap kararının kaldırılması talebine dair olan dilekçede o muamelelerin kabul edildiği tasrih edilsin. Bizde ise muameleli gıyap kararına itiraz edilmesi usulü kabul olunmuş ve muamelenin tadil, cerh ve iptalini mucib bir itiraz dermeyan edildiği takdirde varid görülürse kabul ve aksi halde gıyaben cereyan eden muameleler muteber sayılır. Bu suretle yeni usulümüze eski usulümüzden ve Fransız usulünden bazı hükümler katılmış bulunmaktadır.

Nihayet asıl bahsimize temas eden maddelerden 405 inci maddemizde: (Tebliğ varakasında muayyen müddet zarfında itiraz olunmazsa gaip muhakemeye kabul olunmaz. Şu kadar ki bu fıkra hükmü tebliğ varakasına yazılmak lâzımdır.) ve 408 inci maddemizde: (Muhakemeye kabul olunmayan taraf hasmının dermeyan ettiği vâkıaları ikrar etmiş addolunabilir.) denilmektedir. Yoksa Nöşatel kanununun hakkındaki gıyap kararı kaldırılmamış olan ve bu kararın kalkmaması halinde muhakemeye kabul olunmamak neticesi hasıl olacağı tebliğ varakasında kendisine bildirilmiş bulunan gaiblere mutlak surette şümullü hükümleri kanunumuza alınmamışdır.

673

Şimdi (A) nın cevap lâyihasında hükmün mucip sebebleri ve (B) hakkında 408 inci madde hükmünün tatbiki kabil olduğu nasıl müdafaa edildiğine bakalım.

1. (B) nin gıyabında hiç bir muamele yapılmamış olduğu doğrudur.

2. 401 inci madde mucibince tebliğ kanunumuzun metnine göre kâfi gelebilirdi. Hilâfı tasrih edilmedikçe herkes kanunun hükümlerini bilir farzolunur. Fakat 405 inci maddenin ikinci fıkrası kıyas yolile tatbik olunmuşdur. Çünkü bizde de muhakeme ve icra tebliğatında kanunun bu hükümlerini hatırlatmak lüzumu gözetilmişdir. Tebliğ varakasındaki ilâveler kıyas iktizası olduğu kadar kanunun ruhundan ve iltizam ettiği sistemden mülhemdir. 408 inci madde hükmünün hatırlatılması davaya cevap verilmiş bulunan hâdiselerde bir yolsuzluk olursa da neticeye tesir etmedikçe ve meselâ sarih inkâr sebketmişken gaip mukir sayılmış olmadıkça yalnız tebliğ ibaresindeki o gibi usulsüzlük hükmün bozulmasını mucip olmaz. Hâdisemizde ise (B) davamıza hiç cevap vermemiş olduğu için tebliğde 408 inci maddenin hatırlatılması yolsuz da değildir. Yalnız fazla bir ihtiyatdır. Fakat (B) nin gıyap kararında yazılı celseye gelmemesi halinde artık muhakemeye ben razı olmadıkça kabul edilmemesi 401 inci madde hükmü iktizasındandır. Bu muhakemeye kabul edilmemek keyfiyeti 401 inci maddenin tazammünî bir hükmüdür yani maddenin içinde mündemiçdir. Aksini düşünmek meselâ gıyap kararında tahkikat için tayin edilen günde gelmiyen gaibin muhakeme için sonradan tayin ettireceğim başka bir günü haber alıp gelmesi halinde gaibin huzur hakkına malik olmasını kabul etmek demek olur ki böyle bir telâkki 401 inci maddenin ve gıyap kararının hükümsüz ve manasız kalmasını icab ettirir.

3. 402 inci maddemiz gaibin muhakemeye kabul olunmaması hallerinden yalnız birini beyan etmişdir. Bu hallerin hiç değilse bir diğeri 404 üncü maddede yazılı tevdiden imtina halidir. 402 inci maddede ve tebliğ varakasına derci lâzım olan ihtarlarda 404 üncü maddeden bahsolunmaması bilfarz muameleli bir gıyap kararına itiraz etmiş, celse günü tayin ettirmiş, o gün gelmiş olan, fakat gıyap masrafını her muameleden evvel mahkeme veznesine tevdi etmekden imtina eden gaibi hasmının muhalefetine rağmen muhakemeye kabul etmeyi mi icap ettirir? Şayed

674

böyle olaydı 404 üncü maddenin ne hükmü ve manası kalırdı?

402 inci maddemizin bütün halleri içine almamış olması 404 üncü maddenin tatil ve ihmal edilmesi için bir bahane olarak ileri sürülemiyeceği gibi 401 inci madde hükmünün gözedilmemesine rağmen gaip için müteakib safha ve celselerin birinde gıyap kararını hiçe indirerek muhakemeye tekrar girmek hakkı tanımayı da istilzam etmez. Elverir ki 401 inci maddenin bu mantıkî, zarurî ve tazammünî hükmü 405 inci maddenin kabul ettiği ihtiyat lâzimesine kıyasen tebliğ varakasında gaibe hatırlatılmış olsun.

4 . 408 inci maddemizdeki: (Muhakemeye kabul olunmayan taraf) kaydına nasıl bir mana verilmek isteniliyor? Bu kaydın yalnız 405 inci maddede bahsedilen: (tebliğ varakasında muayyen müddet zarfında itiraz) da bulunmadığı için muhakemeye kabul olunmayan gaibe hasrı yukarıda misalini verdiğimiz halleri hariçte bırakdığı gibi (muhakemeye kabul) kelimelerinin ne lûgat manasına uyar ne terimsel (ıstılahî) manalarına uygun düşer. Hâdisemizde (B) muhakemeye kabul edilmek hakkını hangi fiil ve hareketile kazanmışdır? 401 inci madde hükmûne ve bu yoldaki ihtara imtisal ederek mahkemeye gelmiş mi, gıyap celsesi masrafını ve gıyap kararını kendisine tebliğ ettirmek için yaptığım masrafı mahkeme veznesine tevdi etmiş midir? Hayır. O halde muhakemeye ne fiilen kabul olunmuşdur ne de kabul olunmak hakkını kazanmışdır. (B) hakkında (muhakemeye kabul olunmayan taraf) tâbiri yerinde olmamak için onun mahkemeye gelmiş, depozitoyu yapmış olduğu halde mahkemeye alınmamış olması lâzımgelir.

Halbuki hâdisemizde böyle bir şey olmamışdır. (B) bihakkın muhakemenin haricinde kalmış ve iddia ettiğim vakıayı mukir sayılmışdır.

Muhakemeye kabul olunmayan taraf vasfı bana isnad edilemez demesi bu tahlil karşısında varid değildir. Hulâsa 408 inci maddede 405 inci maddeye sarih bir atıf mevcud değildir. Zımnî olarak mevcud olan atıf ise 402 inci madde kadar 401 ve 404 üncü maddelerdeki hallere de şamildir.

5 . Ben hâdisemizde (B) nin mukir addini ve mahkûmiyetini elde etmek için usûl kanunumuzun başlıca mehazı olan Nöşatel kanundan, bunun gıyap bahsinde kanunumuza alınmış olan esaslarından, iki kanun-

675

daki gıyap fasıllarındaki esaslı hükümler arasındaki benzerlik, hatta birlikden ilhamlar alarak tezimi aydınlatmaya çalışmışdım. Buna karşı (B) iki fasıldaki bazı farkları ileriye sürerek kendi tezine kuvvet vermek emelindedir. İki kanun arasında bazı farklar mevcud olduğu meydandadır ve ben bu farkları inkâr etmiş değilim. Benim yardıma çağırdığım benzerliklerle onun tezi için fayda umduğu farklar açık olarak görülebilmek için buraya işte gıyaba dair Nöşatel kanununun onbeş maddeden ibaret olan onbirinci faslının (titre deuxième) fransızca asliyle harfi harfine Türkçe tercümesini alıyorum. Bizim usulün kezalik onbeş madde ihtiva eden onbirinci faslı (ikinci bap) ile bunu geniş suretde karşılaşdıracağım.

NÖŞATEL MADDESİ

Art. 343. — Lorsqu'une partie réguliérement assignèe à l'audience, ou tenue de s'y présenter, ne comparaît pas, ou comparaît sans procéder, mention en est faite au protocole, aprés proclamation, et dèfaut est prononcé contre elle.

TERCEMESİ

M. 343. — Celseye usulü dairesinde çağırılmış olan yahud o celsede hazır bulunmakla mükellef bulunan taraf gelmez, yahud gelir fakat duruşmanın icaplarını yapmazsa keyfiyet zabta geçirilir ve aleyhinde gıyap kararı verilir.

Bu madde ile bizim 398 inci maddemiz arasındaki ibare farkı bahis ve hâdisemizle hiç bir alâka ve münasebeti ve zatında da bir ehemmiyeti haiz değildir.

NÖŞATEL MADDESİ

Art. 344. — Après avoir entendu la partie présente, le juge renvoie la cause à une autre audience, ou ordonne qu'il soit passé outre à tout ou partie des opérations pour lesquelles l'audience avait été fixée.

676

TERCEMESİ

M. 344. — Hâkim hazır bulunan tarafı dinledikten sonra davayı başka bir güne bırakır yahut celsenin akdine sebeb olan muamelelerin veya bir kısmının yapılmasını emreder.

Bizim 399 uncu maddemiz ayni mealdedir.

NÖŞATEL MADDESİ

Art. 345. — La partie qui a comparu signifie le défaut au défaillant. Le délai de signification expire le troisième jour après celui de l'audience.

Faute de signification dans ce délai, le défaut est tenu pour non avenu.

TERCEMESİ

M. 345. — Hazır olan taraf gıyap kararını gaibe tebliğ ettirir. Tebliğ mühleti celseyi takib eden üçüncü gün biter.

Bu müddet içinde tebliğ edilmiyen gıyap kararı verilmemiş sayılır.

Bu madde ile bizim 400 üncü maddenin son şekli arasındaki müddet ve bunun muhafazası şartı farkları da meselemizi ilgilendirmez.

NÖŞATEL MADDESİ

Art. 346. — Si la cause a été renvoyée à une autre audience, l'exploit de défaut y assigne le défaillant pour reprendre les opérations.

Le défaillant est relevé du défaut s'il comparaît à cette audience.

TERCEMESİ

M. 346 .— Dava başka bir celseye bırakılmış ise gıyap kararının tebliğlik nüshası gaibin muamelelerde hazır bulunması için o celseye davetini ihtiva eder.

Gaip bu celseye gelirse üzerindeki gıyap kararı kaldırılır.

Bu maddenin son fıkrasına nisbetle bizim eski 401 inci maddenin

sonundaki: (Gaip bunun üzerine muayyen günde isbatı vücut ederse gıyap kararı keenlemyekün olur.) İbaresi çok sağlam ve ihtiyata uygun değildi. Çünkü gaip muayyen günde gelir, fakat 404 üncü madde mucibince gıyap masrafını tevdi etmez yahut cevap vermek mecburiyetini yerine getirmezse gıyap ortadan kalkmaz. Onun için (keenlemyekün olur.) denileceğine, aslında olduğu gibi, (kaldırılır) denilmiş olsaydı maksad daha açık anlatılmış olurdu. İfadedeki bu kusura rağmen maddenin o eski halinde bile kanunun sistemi ve ruhu ve isbatı vücud tabirinin tam medlülu gelipde kanunun ve duruşmanın icaplarından imtina eden gaip hakkındaki gıyap kararının ve neticelerinden hiç birinin hükümden düşmesine müsait değildi.

Kaldı ki maddemizin 2606 numaralı kanunla aldığı yeni şekil maksadı açık ve tam olarak ifade etmektedir.

M. 401. — Gıyap kararının verildiğ celsede hiç bir işe bakılmadan dava başka bir güne bırakılmış ise yukarıki maddeye göre tebliğ olunacak varakaya, gaibin tahkikat ve muhakemeye devam olunmak üzere tayin olunan günde gelmesi de yazılır.

Gıyap kararı:

A — Gaip muayyen günde gelirse,

B — Cevaptan kaçınmış olan taraf o celse veya ondan sonraki celsede cevap verirse,

kaldırılır.

İşte (keenlemyekün olur) yerine (kaldırılır) denilmek suretile 401 inci maddemiz bu noktada Nöşatel kanununun ayni olmuşdur.

Cevaptan imtina haline mâtuf olan hükmü ise daha amelî bir şekil almışdır.

NÖŞATEL MADDESİ

Art. 347. - S'il a été passé outre aux opérations pour lesquelles l'audience avait été fixée, l'exploit de défaut l'intique au défaillant et lui fixe un délai de trois Jours pour se faire relever.

Le défaillant est relevé du défaut si, dans le délai sus - indiqué,

678

il signifie ce relief à l'autre partie, avec assignation à une nouvelle audience pour reprendre les opérations; le juge fixe le jour, l'heure et le lieu de l'audience En ce cas, opérations qui ont eu lieu demeurent sans effet, à moins que le défaillant ne déclare, dans son exploit de relief, les reconnaître comme valables.

TERCEMESİ

M. 347 . — Celsenin akdine sebep olan muameleler yapılmış ise, gıyap kararının tebliğlik nüshasına bunlar ve gaibin üzerinden gıyap kararını kaldırmak için üç gün mühleti olduğu yazılır.

Gaip bu müddet içinde diğer tarafa gıyabın kaldırılması talebini ve muamelelere devam için yeni bir celseye davetini tebliğ ettirirse üzerinden gıyap kararı kaldırılır. Celsenin gününü, saatını ve yerini hâkim tayin eder. Bu takdirde yapılmış olan muameleler hükümsüz kalır. Meğer ki gaip talebnamesinde o muameleleri muteber tuttuğunu (kabul ettiğini) bildirmiş olsun.

Acaba bizim 402 inci madde gıyap sıfatının kaldırılması talebi yerine itiraz kelimesini kullanmakla buraya kadar arkadaşlık ettiği Nöşatel kanununu yarı yolda bırakıp (B) nin iddia ve zannettiği gibi eski usulümüze mi dönmüşdür? Ben böyle sanmıyorum. Gerçi alışkanlık ve kısalık bu maddemizin birinci fıkrasında itiraz kelimesine yer vermişse de maddenin ondan sonraki ibareleri ve genel durumu maksadın ne olduğunu gösteriyor. Maddemizi beraber okuyalım:

Mad. 402. — Gıyap kararı verilen celsede muayyen muamelât kısmen yeya tamamen ifa olunmuş ise tebliğ varakasında yapılan muamelât yazılıp gaibe beş gün içinde itiraz edebileceği bildirilir. Gaip bu müddet içinde muameleye devam için mahkemeye müracaatla diğer bir gün tayin ve hasma tebliğ ettirebilir. Tayin olunan günde mahkemede hazır bulunup da gıyaben cereyan eden muamelelerin tadil ve cerh ve iptalini mucip bir itiraz dermeyan ettiği takdirde tetkik olunarak varid görülürse kabul ve aksi halde gıyaben cereyan eden muameleler muteber addolunur.

Şimdi maddeyi cümle cümle ele alıp tahlil edelim. Baştaki itirazın mu-

679

ameleye değil, gıyap kararına taallûk ettiği şüphesizdir. Çünkü maddenin sonunda muameleye itiraz ayrıca zikrolunmuşdur. Görülüyor ki maddenin haşındaki itirazla sonundaki itiraz başka başka mana ve mahiyetde şeylerdir. Birincisi mahkemeye müracaatla yeni celse günü tayin ve tebliğ ettirmekden ibarettir. (Gaip davacı ve dava şifahî muhakeme usulüne tâbi olsa bile bu müracaatın lüzumu kadar yani davalıların adedi kadar nüsha olarak istida ile yapılması icap edip etmediğini ve gaip diğer taraf ise hâkimin celse için davacıyı gözetip imkân derecesinde yakın bir gün seçmesi lüzumunu ayrıca tetkik edeceğiz) Halbuki muameleye karşı itirazın sebebe istinad ettirilmesi lâzım olup ancak tetkik neticesinde varid yani muamelenin iptal veya tadilini mucip görülürse kabul ve aksi halde gıyaben cereyan eden muamele muteber tutulur. Tabiîdir ki bu tetkik gaibin muhakemeye kabulünden sonra olacakdır. Yoksa gıyap kararının kaldırılması için muameleye itiraz edilmiş olması ve bunun varid görülmesi şart değildir. Gaip kararın kaldırılmasını ister de gıyabında yapılmış olan muamelelerin hiç birine itirazı olmayabilir. Muamele, aleyhinde bir netice vermemiş yahud usûl ve kanuna uygunsa buna ne diye itiraz etsin? Fakat muameleye itiraz etmiyor yahud muameleyi kabul ettiğini gıyap kararına karşı verip tebliğ ettirdiği itiraznamede bildiriyor yahud itirazı varid değildir diye muhakemenin haricinde bırakamayız ya.

Buna mukabil, gaibin hâkime tayin ettirdiği celseye gelmesi ve 404 üncü madde mucibince gıyab masrafını her muameleden önce mahkeme veznesine yatırması muhakemeye kabul olunabilmesi için şartdır.

Şu halde Nöşatel kanununun (opposition) yerine (relief) dediği şeyle bizim kanunumuzun itiraz veya müracaat dediği şey gıyap kararına karşı açılmış bir yoldur. Gıyapta yapılan muamelelere gelince Nöşatel kanununa göre bunlar muhakemeye kabul edilen gaip tarafından sarahaten kabul olunmadıkca hükümsüz kalırken bizim kanunumuz bu hususta gaibe karşı daha şiddetli davranıyor ve muamelelere sebep gösterilerek itiraz edilmedikçe bunları tetkike bile tâbi tutmuyor. Muamelelere itiraz halinde de - ki muhakemeye duruşulduktan sonra ağızdan da bu itiraz yapılabilir - itiraz varidse kabul olunur; değilse muameleler muteber tutulur diyor. İşte Nöşatel kanunundan ayrıldığı nokta bundan ibaretdir ki bu ayrılış gaibin lehine değildir.

580

NÖŞATEL MADDESİ

Art. 348. — Le délai de signification du défaut ou du relief peut être prorogé par le juge instructeur, si elle doit être faite hors du canton ou par voie édictale.

TERCEMESİ

M. 348. — Tebliğ Kantondan dışarıya yahud ilân yolile yapılmak lâzımgeliyorsa, gıyap kararının yahud kaldırılması talebinin tebliğ müddeti tahkikat hâkimi tarafından uzatılabilir.

Bizim buna tekabül eden 403 üncü maddemizde uzatılacak şeyin itiraz müddeti olarak gösterilmesi ve gıyap kararının tebliği müddetinin uzatılabileceğini hiç söylememesi mevzuumuzu ilgilendirmediği gibi 402 inci maddemizin ibaresine ve 401 inci maddemizin 2606 sayılı kanunla aldığı yeni şekle göre zatında da ehemmiyeti haiz değildir.

NÖŞATEL MADDESİ

Art. 349. — Les frais et dépens occasionnés par le défaut sont toujours à la charge du défaillant, qui est tenu d'en déposer le montant à la première comparution, avant qu'il soit suivi aux opérations.

TERCEMESİ

M. 349. — Gıyabın sebeb olduğu masraflar gaibe yüklenir. Gaip bunların tutarını ilk gelişinde ve muamelelere girişilmezden önce mahkeme veznesine tevdi etmeğe mecburdur.

Bu madde ile bizim 404 üncü maddemiz arasında hiç bir fark yoktur. Bu tevdı için celsenin tehiri caiz olmayınca ve hasım taraf tevdiin hemen yapılmasında ısrar edince ne yapılacakdır? Tabiîdirki muhakemeye gıyapta devam olunacakdır.

NÖŞATEL MADDESİ

Art. 350. - La partie défaillante qui n'a pas êtê relevée du défaut est exclue de la procédure.

68

Avis de cette disposition est donné au défaillant dans l'exploit du défaut.

TERCEMESİ

M. 350. - Üzerinden gıyap kararı kaldırılmamış olan taraf duruşmadan hariç bırakılır.

Bu hüküm gaibe tebliğ edilen gıyap kararında gösterilir.

Bu madde muameleli muamelesiz gıyap kararlarının her iki türlüsüne şâmil iken bizim 405 inci maddemizin yalnız muameleli gıyap kararına itiraz etmiyen gaiple meşgul olduğu doğrudur.

Fakat bu böyledir diye muamelesiz gıyap kararında yazılı günde gelmeyen tarafın bilfarz ondan sonraki bir celsenin gününü haber alıp gelmesi halinde hasım tarafın muhalefetine rağmen duruşmaya alınmasınımı istilzam eder? Kanunumuzun 401 inci maddesi gıyap kararının kaldırılmasını gaibin kararda yazılı olan günde gelmesi ve 404 üncü madde gıyap masraflarını depo etmesi şartlarına bağlamışken böyle bir şeye imkân var mıdır? Gıyap kararı kaldırılmaksızın gaibi muhakemeye kabul etmek nasıl mümkün olur?

Demek ki 405 inci madde gaibin muhakemeye kabul olunamıyacağı hallerin ancak birini beyan ediyor. Bunun haricindekiler diğer maddelerden anlaşılır. (401 ve 404 üncü maddeler.)

Muamelesiz gıyap kararını tebellûğ ettiği halde mahkemeye gelmeyen gaibin artık beklenmiyeceği pek açık olduğu için bunu ayrıca söylemeğe esasen lüzum da yoktu. Depo şartını yerine getirmiyenler için de hâl böyledir. Kanun bu sebep ve mülâhazaya mebni bunu ayrıca beyan etmeyi zaid addetmişdir. 402 inci maddedeki halde tebliğ tarihinden itibaren muayyen müddet içinde gıyap kararını kaldırtmak için gaip tarafından muhakemeye müracaat edilmezse diğer taraf artık muhakemeye gıyapda devam için müracaat edebileceği ve bunu gaibe hatırlatmakta bir faide mülâhaza edildiği için 405 inci maddenin bu hale mâtuf olması diğer halleri ve o hallerin diğer maddelerden kolayca anlaşılan muktezalarını ortadan kaldırmış değildir ve kaldırmış olamaz.

NÖŞATEL MADDESİ

Art. 351. - Si le défaut est prononcé à une audience fixée pour plaidoiries et jugement, sur incidents ou sur le fond, et qu'il soit passé outre aux opérations, le jugement par défaut n'est rendu qu'après l'expiration du délai pendant lequel le défaillant peut signifier le reilef.

TERCEMESİ

M. 351. - Gıyap kararı bir hâdise veya esas hakkında mürafaa ve karar için tayin edilmiş bulunan bir celsede verilirse gıyabî karar veya hüküm ancak gaibin gıyabı kaldırtmak için müracaatta bulunabileceği müddet bittikden sonra verilebilir.

Bu maddeye tekabül eden bizim 406 ıncı madde bir vakıt gıyap kararı tebliğinin tekerrür etmesi lüzumunu zannettirmişdi. Bu fikre göre tahkikat hâkimi tarafından verilmiş ve kaldırılmamış bir gıyap kararı mevcut iken dava muhakeme safhasına geçtikten sonra gaibe davetname ve muhakeme safhasında gelmezse yeni bir gıyap kararı tebliğ edilmek icap ederdi. Bu içtihadı müdafaa edenler (Tahkikatın hitamı ve muhakeme) hakkındaki dokuzuncu fasıldaki 377 inci maddede: (..... şifahî muhakeme ve hüküm için tayin olunack günde mahkemede hazır bulunmak üzere iki taraf davet olunur.....) denilmiş olmasına istinad ediyorlardı. Halbuki kanunumuzda gıyaba müteallik hükümler onbirinci fasılda toplanmışdır. Gıyap haline temas eden hususî hükümler sarih iken bunlara göre umumî hüküm mahiyetinde olan fasılların ihtiva ettiği hükümlere gidilemez. Eski 411 inci maddemizde dahi: (Islah suretile olsa dahi ayni davada bir taraf birden ziyade itiraz hakkına malik değildir.) suretinde sarih ve gıyap haline mahsus bir hüküm vardı. Bu hüküm 2606 sayılı kanunla bir kat daha tavzih edilmiş bulunuyor. Malûmdur ki 411 inci maddemize mezkûr kanun şu şekli vermişdir: (Islah suretile olsa dahi aynı davada bir tarafa birden ziyade gıyap kararı tebliğ

683

edilemez (Doğrusu « edilemez » olacak). Tahkikat gıyabında yapılmış olan tarafın muhakemesi de gıyabında görülür.)

Maddenin bu yeni şekli artık hiç bir tereddüde yer bırakmamışdır. Demekki tahkikat safhasında olsun, muhakeme sırasında olsun bir kere hakkında gıyap kararı verilmiş ve üzerinden bu karar kaldırılmamış bulunan taraf artık sonuna yani hükme kadar muhakemeden hariç kalmış bulunur.

406 ıncı maddemize gelince gıyap keyfiyetinin hâdise veya esasa bakılıp karar veya hüküm verilmesi için tayin edilen celsede ilk olarak vukuu haline matufdur. Bunu başka türlü anlamağa gıyap kararının iki kere kaldırılamıyacağını söyleyen 411 inci maddemizin mevcudiyeti mânidir.

Hulâsa önceleri bazı mahkemeler tahkikat hâkiminin gıyapta intac ettiği tahkikat üzerine muhakemeye başlamadan tahkikat mütegayyibine yeniden davetname ve gelmezse ikinci bir gıyap kararı tebliğ ettirir ve bu karar kaldırıldıkdan sonra muhakeme için muayyen celsede dava vicahta intaç edilmeyip muhakemenin devamile hüküm itası için tayin edilen müteakip celsede yine ayni şahsın tegayyübü vâki olursa kendisine üçüncü bir gıyap kararı tebliğ eder ve kaldırılması müddetini bekler, ancak bu müddet de geçtikten sonradır ki gıyabî hüküm verirlerdi. İşi uzatmakda menfaati olan taraflar da bu halden bol bol istifade ederlerdi. Bugün artık o imkânı kat'i suretde kaybetmişlerdir.

NÖŞATEL MADDESİ

Art. 352. — Le greffe envoie à la partie défaillante un avis de dépôt dès la réception duquel le jugement prend date à son égard.

Il n'est délivré copie du jugement au défaillant que sur sa demande et à ses frais.

TERCEMESİ (HARFİ HARFİNE DEĞİL)

M. 352. — Gıyabî hükmün neticesi mahkeme başkâtibi tarafından

gaibe ihbar olunur. İhbarın tebliği tarihi gaib hakkında hükmün tebliği tarihi sayılır.

Bu maddeden benim de anladığım bizim 407 inci maddemizin aynidir.

NÖŞATEL MADDESİ

Art. 353. — La partie qui fait défaut et se trouve exclue de la procédure avant de s'être expliquée sur les faits allégués par l'autre est réputée les reconnaître.

TERCEMESİ

M. 353. — İsnad olunan vakıalara dair beyanda (yazı ile veya ağızdan) bulunmadan prosedür haricinde tutulmuş olan gaip bunları ikrar etmiş sayılır.

Bizim 408 inci madde ile bunun hakikî farkı yalnız bir noktadadır. Çünkü (muhakemeye kabul olunmamak) ile (prosedür haricinde tutulmak) ayni manaya gelen iki muhtelif tarzda ifadelerdir. Gaip bu durama düşmeden önce vâkıaları ikrar etmişse bu madde hükmünün tatbiki lüzumsuz ve manasız kalacağı gibi inkâr ettiği vâkıayı da ikrar etmiş sayılamıyacağı söylenmeden anlaşılabileceği için iki madde arasında bu bakımdan da fark sırf zahiridir. Asıl hakikî fark hazır tarafın bu halde de hâkimi gaibin vâkıaları ikrar etmiş hükmünde tutulmasına bizim maddemize göre mecbur edememesidir. (Fikrimizce bu noktada kanunumuz Nöşatel kanunundan daha ihtiyatlı davranmışdır. Çünkü gaibin inkâr etmemiş olduğu vâkıa olur ki tahkikat sırasında pek şüpheli kalmış olur. Meselâ bir senedin gaibe isnad kabileyeti olduğu anlaşılmaz, meşkûk kalırsa, yahud bir vâkıayı isbat sadedinde dinlenmiş olan şahidler malûmatsızlık beyan etmiş olurlarsa, hâkim gaibin bu haller karşısında mukir addi hakkındaki talebi 408 inci maddemizin kendisine verdiği hakkı kullanarak reddedebilmeli, hatta reddetmelidir. Buna çok dikkat edilmesini tavsiyeye şayân saydıracak sebeplerin biri de bizde istinaf derecesinin kaldırılmış bulunmasıdır.)

625

Bu bakımdan ihtiyat yerindedir. Lâkin gaibin gıyabında muamele yapılmış olmasile hiç bir muamele yapılmamış olması arasında inkâr etmemiş olduğu vakıayı ikrar etmiş addolunması bahsinde bir fark olmasa gerek. (Kanunumuzun metinleri eyice tetkik ve tahlil edilmeden kanunu yapanların böyle manasız bir tefriki iltizam etmiş olduğuna hükmetmek pekde doğru bir şey değildir.) Hususile bu ad ve itibar hazır taraf için mutlak bir hak sayılmayıp hâkimin takdirine bırakıldıkdan sonra evvelce ha muamelelere girişilmiş, ha hiç bir şey yapılmamış olsun hâkim halin icabına göre salâhiyetini kullanacakdır. Hâkimlerin takdir hakkı serbesttir ve hâdisemizde de eyi ve yerinde kullanılmıştır. Başka hâdiselerde davacı sükûtda ve tegayyüpde ısrar eden hasmına karşı bu maddeden istifade ettirilmeğe daha çok muhtac olabilir. Meselâ onun hasmı bizim hasmımız olan (B) gibi az çok tanınmış bir zat olmaz da yazı ve imzasını isbat için kendisini usulen istiktapdan başka hiç bir çare bulunmaz. O mübarek zat ise hem davaya cevap vermez, hem de ne kadar çağırsanız mahkemenin semtine uğramaz. Çünkü gelse yakalanıp kendisine yazı yazdırılacak, imzası alınacak. Gerek bu düşünce ile gerek vakit kazanmak ümidile hareket eden bu hasma karşı davacı ne yapsın? Tatbika medar yazı ve imza bulamıyor. Gaibin istiktabı ise maddeten imkânsız. Davasını hasmının yeminine ve insafına mı bırakmaya mecbur tutulsun? Hâkim (şayed gaip gıyap kararı üzerine gelir diye) evvelce bir muamele yapılmamış olmasından dolayı neden 408 inci maddeye muhterem hasmımız (B) nin verdiği manayı versin? Kanunumuzun metin ve ruhu ve mantık ise hâdisemizde verilen hükmün tamamile lehindedir. Ben davamı nakız halinde isbattan da âciz değilim. Fakat iş uzamış, hüküm ve icra temyiz kararile tehir edilmiş olduğu için icra gecikmiş olur. Hâdisede sened emre muharrer olduğu ve (avista) olmadığı yahut vâdesi görüldüğü günden başlamak üzere tayin olunmadığı için faiz kaydını muhtevi değildir, geçecek günler için alabileceğim faiz yüzde beşden ibaretdir. (B) ise paramı yüzde on iki faizle kullanıyor. Her fazla geçecek gün onun için bir kâr, benim için bir ziyandır. Zaten kendisi bunun için tegayyüp ediyor, temyiz ediyor ve bizi uğraştırıyor. Diğer tarafdan benim de pek yakında ödenecek bonolarım ve bu sebeple paraya ihtiyacım var. Bunlar da olmasa, kanunumuzun bu hususdaki prensibleri sıkı müdafaa

686

ve tatbik olunmalıdır ki gıyap vâkıaları azalsın. Gıyabî hüküm Avrupada nadirdir. Bizde ise hâlâ azalamadı. Tutulan istatistiklerde gıyabî hükümlerin vicahîlere nisbetle mikdarı ile seyri ve kanun ve içtihadın bu hususdaki tesiri derecesi anlaşılabilmek için yeni haneler açılsa çok eyi olur sanırım.

NÖŞATEL MADDESİ

Art. 354. — Lorsque les deux parties font défaut, le procès reste suspendu jusqu'à ce que l'une ou l'autre des parties en ait demandé la reprise.

TERCEMESİ

M. 354. — İki tarafın hiç biri gelmezse muhakeme birinin devam talebine talik olunur.

2606 sayılı kanun 409 uncu maddemize bundan bir az farklı ve muamelelerin intizamı bakımından daha elverişli bir şekil vermişdir.

NÖŞATEL MADDESİ

Art. 355. — En cas de défaut d'une partie, ou des deux, à une audience du tribunal cantonal fixée exclusivement pour la délibération publique, il est procédé comme s'il n'y avait pas defaut et le jugement est réputé rendu cotradictoirement.

TERCEMESİ

M. 355. — Kanton mahkemesinde alenî müzakere için tayin olunan bir celseye tarafların biri veya hiç biri gelmezse gıyap yokmuş gibi hareket olunur ve hüküm vicahta verilmiş sayılır.

Bu maddenin bahsimize taallûku yoksa da zamanımı tayin edemeyeceğim bir âtide müçtemi hâkimli mahkemeler için maddî meseleler hakkındaki tahkikatın mutlaka muhakemeden evvel tahkikat hâkimine yaptırılması usulüne dönülebilmesi ve bu halde hâdise yahut esasa müteal-

lik kanunî meselelerin heyetce müzakeresinde aleniyetin kabul olunmasını pek ziyade temenni edilecek bir merhale olarak işaret etmekden kendimi alamıyorum.

Tabiîdir ki 2606 numaralı kanunumuz tahkikatın heyetten birine havalesini mahkeme reisinin tensibine bırakmış olduğu için bunun tekrar kaide ve mecburiyet haline gelmesinden evvel böyle bir şey düşünülemez. Zaten müzakerenin aleniyeti hiç bir mahkememiz için kabul edilmemiş olduğu için Nöşatelin yukarıda tercemesini verdiğimiz maddesile bizim 410 uncu maddemiz birbirinin ayni olamazdı.

NÖŞATEL MADDESİ

Art. 356. — Dans une même cause, nul ne peut être relevé deux fois d'un défaut encouru, même s'il ya eu réforme.

TERCEMESİ

M. 356. — Islah sebketmiş olsa bile, bir davada bir şahsın üzerinden gıyap kararı iki kere kaldırılamaz.

Bizim bu maddeye tekabül eden 411 inci maddesinin eski ve yeni hâli ve bizce bir tavzih ve tafsilden başka bir şey olmayan tadilin saik ve sebepleri daha yukarıda arzolunmuş idi. Tekrarına hacet yoktur. (Bununla beraber arzu buyuranlar 2606 sayılı kanun için Adliye Vekâleti namına kaleme alınmış olan mucip sebepler mazbatasına müracaat edebilirler.)

NÖŞATEL MADDESİ

Art. 357. — La partie qui fait défaut devant le tribunal [cantonal peut être condamnée àune amande jusıqu'a cinquante francs.

Si les deux parties font défaut devant le tribunal de disrict sans en avoir prévenu le président, elles peuvent être condamnès chacune à une amende jusqu' à vingt francs.

L' amande est à la charge de l'avocat si c'est lui qui est en faute.

TERCEMESİ

M. 357. — Kanton mahkemesine çağırılmışken gelmiyen taraf elli franga kadar para cezasına mahkûm edilebilir.

Distrik mahkemesine çağırılan iki taraf reise haber vermeden gelmezlik ederlerse her biri yirmi franga kadar para cezasile mahkûm edilebilirler.

Kusur avukatda ise para cezası ona yükletilir.

Bizim 412 inci madde ile bu madde arasındaki zarurî farklar bir tarafa bırakılırsa âmme intizamile ilgili olan esasın her ikisinde ayni olduğu görülür.

Hakikat da şudur ki mahkemede bir dava açılınca âmme hakları iki tarafın da Ulus adına kaza ödevini ifa eden mahkemenin davet ve emrini yerine getirmelerini icap ettirir. Bundaki gayeyi iki manasile de doğru olan ve makalemize başlıklık eden şu cümle ile hulâsa edebiliriz:

Hak yerine gelmelidir:

Hak yerine gelmelidir makalesine ait

EK

Bazı endişe ve sualler karşısında makaleme aşağıdaki tavzihleri eklemek faydasız olmayacak:

I. 408 inci maddemizin tatbik edilebileceği hallerde sakit gaibin mukir sayılabileceği şey gıyabında yapılan muameleler değil, kendisine evvelce tebliğ edilmiş bulunan dava evrakında (Davaya cevap teşkil eden evrak dahi dava evrakı tâbirinin içinde dahildir.) Yahut diğer tarafın da hazır bulunduğu bir celsede kanunî bir cevaz dairesinde iddia olunmuş iken ikrar veya inkâr hiç bir suretle cevaba iktiran etmemiş bulunan maddî vâkıalardır. Meselâ davacı (A) dava evrakında açık olarak diyor ki: (B. ye elimdeki ve sureti bağlı senedle ve üç ay vâde ile 1000 lira ikraz etmişdir. Bugüne kadar vermedi.) Yahud B: (Bu bin lirayı ödedim yahud mal mukabilinde ödeşdik. Elimdeki makbuz veya ibra senedi sureti bağlıdır.) Diye cevap vermiş. Birinci misalde (B) 408 inci maddenin tatbik sahası içine girmiş bulunuyorsa, davaya esas olan vâkıaları yani üç ay vâde ile (A) dan 1000 lira almış ve ödememiş olduğunu ikrar etmiş sayılabilecekdir. İkinci misalde (A) (B) nin tediye, takas veya ibra defilerine karşı hiç bir şey söylememiş bir vaziyette muhakeme harici kalmış

ve 408 inci maddenin bu sebeble tatbik sahası içine düşmüş bulunursa tediye, takas, ibra, hulâsa (B) nin cevabında ne şekilde tasvir olunmuşsa o suretde itfa vâkıasını ikrar etmiş farzolunabilecekdir. Hasılı gaibin ikrar etmiş hükmünde tutulacağı vâkıa üç vasfı haiz olacakdır.

1. — Açık olarak ifade ve usulü dairesinde hasma iblâğ edilmiş,

2. — Hasım tarafından cevapsız bırakılmış,

3. — Hasmın muhakemeden hariç kalması yüzünden cevabını almağa imkân kalmamış.

Bu üç vasıf mevcud olunca vâkıanın ikrar edilmiş sayılabilmesinin sebebi de ikidir:

1. — Kanunun taraflara yüklettiği cevab mecburiyeti,

2. — Cevab alınamamış olması ve muhakeme sonuna kadar alınmasına imkân kalmaması,

Görülüyor ki 408 inci maddenin celsede yapılan muameleler ile ve meselâ şehadet, tatbikat, keşif ve saire ile hiç bir münasebeti yoktur. Gene görülüyor ki 408 inci maddenin tatbik edileceği haller korkulacak kadar çok olmayıp bizde nadir ve başka yerlerde belki de enderdir.

II. Her davacının davasını isbat etmek mecburiyetile 408 inci maddemizin hâkime verdiği salâhiyet arasında bir münafat yoktur. İkrar edilen bir vâkıanın isbatına lüzum olmadığı gibi hâkimin kanun mucibince haiz olduğu salâhiyete müsteniden bir vâkıayı ikrar edilmiş sayması halinde de artık o vâkıayı isbata hacet kalmaz. 236 ıncı madde ikrarı muteber tuttuğu kadar 408 inci madde dahi ikrar farzını muteber saymış bulunmaktadır.

III. Kanunumuz isticvap faslındaki 234 üncü maddesinde 408 inci maddeye göre bir bakımdan daha bile ileri giderek muhakemede vekili hazır bulunan tarafı da tertib ve tebliğ olunan sualleri ikrar etmiş saymaktadır. Tabiî bu takdirde de sual olunan vâkıayı iddia eden taraf başkaca isbatla mükellef tutulamaz.

IV. Bizde istinaf derecesinin mevcud olmaması 408 inci maddenin tatbikını mahzurlu saydırıyorsa, tasavvur edilen mahzur muameleli gıyap kararının kaldırılmadığı hallerde de 408 inci maddenin tatbik edilememesini ve açıkçası bu maddenin kanundan çıkarılmasını istilzam eder.

690

Ben bu fikirde değilim. Bizde istinaf dereceisi olmamasına rağmen 408 inci maddemizin makalemde işaret ettiğim noktalara dikkat ve ihtiyat icaplarına riayet şartile tatbiki faydalı, hatta lüzumlu olduğuna kanî bulunuyorum. Münferid hadiseler bakımından böyle olduğu gibi davalıların tahkikatı güçleştirecek hallerden sakınıp mahkemelerin davet ve tebliğlerini gözetmeye alıştırılmaları suretinde hulâsa edebileceğim içtimaiyatımız ve adlî siyasetimiz bakımından da böyle sayılsa gerek.

Fikir ve içtihatlarına samimî hürmet beslediğim ve bunu kâfi derecede isbat ettiğimi sandığım sayın muarızlara, bu ekli tavzihlere vesile vermiş olmalarından dolayı Ceridenin sütunlarından teşekkürler, sunar, nakil, intikad ve tenvir haklarını kullanmalarını memnuniyetle karşılar, hatta kendilerinden rica ederim.

69/

Kızlığın bozulması Ceza Kanununun 418 inci maddesinde yazılı olan mayubiyete sebebiyet vermek müşeddid vasfına dahilmidir?

Yazan: *Ferid YASA*
Temyiz 1. inci Hukuk âzasından

Geçenlerde Temyiz Birinci ceza dairesindeki bir karar münasebetiyle tevhidi içtihad umumî hey'etinde kızlık bozulmasının ceza kanununun 418 inci maddesinde yazılı mayubiyet vasfına dahil olup olmadığı meselesi münakaşa edilmiş ve neticede bu hâdisenin mayubiyeti mucib olduğuna ekseriyetle karar verilmişdir. Tevhidi içtihad kararları mahkemelerce muta'olması hasebiyle hususî temyiz dairelerinin bundan sonra da böyle karar verecekleri tabiîdir. Ancak bu karar hakkındaki şahsî mütalâamı bir makale mevzuu ittihaz etmeğe ve hukuk müntesiblerinin bu babda dikkat nazarlarını celb etmeğe lüzum gördüğüm cihetle bu yazıyı yazıyorum.

Bu hâdiseyi hukukî bakımdan tetkik etmek için evvelemirde (ayıb) tâbirinin hukukî mefhumunu göz önüne almak lâzımgelir. Aybın ıstılah manası (Akde mevzu teşkil eden yani makudünbih bulunan her hangi bir male ârız olan ve tüccar arasında noksanı semeni icabeden bir nakisadır) lûgat manası ise (Fıtratı selimede mevcud olan bir vasfın yok olmasıdır). Meselâ alınıp satılan bir mal mayub olabilir. Yoksa haddi zatinde makudünbih olmıyan ve ancak âkid taraflardan biri olabilecek olan insanın mayub olması bu tâbirin ıstılahî manasının hududu içine giremez.

Eski zamanlarda, kadının cariye sıfatiyle alınıp satıldığı yani makudünbih olduğu devirlerde, kadının her hangi bir mal gibi kıymetine noksan veren vasıfsızlıkdan dolayı akdı bey'in infisahına kanunî imkân var idi. Fakat alınan kadının kız çıkmaması eski mevzuuata göre de hıyarı ayıb

hasebiyle nikâhın feshini mucib olamazdı. Yalnız kadının mal addedildiği zamanlarda bakir diye alınan bir cariye bakir çıkmazsa hıyarı vasıf noktasından (hıyarı ayıb değil) akid fesh olunabilirdi. Fakat bu günkü mevzuatımıza göre ne kadının bir mal ve meta' telâkkisine ve ne de mal olmaması hasebiyle bunda bir ayıb tasavvur ve kabulüne imkân vermektedir. Kadın ve Erkek malûl olabilir fakat mayub olamaz.

Bu günkü kanunu medenî mevzuatımıza göre de akdin infisahını icabettiren sebebler meyanında bikirsizlik mevcud değildir.

Yani bu günkü kanunu medenî hükmünce evlenen bir kızın kız çıkmaması akdin infisahına sebeb teşkil edemez.

Akdin infisahına dair olan kanunu medenînin 116 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında şöyle denilmektedir. (Karı veya kocasında bulunmaması onunla birlikde yaşamağı kendisi için çekilmez bir hale koyacak derecede ehemmiyetli bir vasıf hakkında hataya düşerek evlenmiş ise). Bu ibareden bazıları kızlık vasfında hataya düşmesinin zevc için infisah sebebi ittihaz edilebileceği manasını istintac etmektedirler. Halbuki ibarenin sarih hükmü bu manayı istihraca imkân vermemektedir.

Çünkü bu kanun ibaresi mucibince vasıfdaki hatanın; infisah sebebi ittihaz edilmesi için yaşamağı çekilmez bir hale koyacak derecede ehemmiyetli ve daimî olması lâzımdır ki kızlık derhal mütezahir ve muvakkat bir vasıf olup hayatı çekilmez bir hale koyacak daimî bir vasıf değildir. Vâkıa kadının kız çıkmaması gayri meşru bir münasebeti mütekaddimeye delâlet etmesi ihtimalile ve dolayısile erkek üzerinde ebedî bir tesir husule getirebilir. Fakat bu tesir kızlığın bozulmasından dolayı olmayıp namussuzluğa delâlet etmesi itibariledir.

Kızlık ise ekseriya hastalık veya düşmek ve saire gibi ahvali saireden de zail olabileceği ve binaenaleyh namussuzluğa delâlet etmiyeceği cihetle behemhal kızlığın zevali zevc üzerinde böyle menfî ve daimî bir tesir uyandıracağına ve binaenaleyh hayatı çekilmez bir hale koyacağına hüküm edilemez. Onun için bu fıkradaki vasıfda hataya düşmek tâbirinin şumulü dairesine kız çıkmamak hâdisesi dahil olamaz.

Zaten medenî kanunun şarihleri de bu vasıfdaki hatayı başka daimî esbaba teşmil etmişlerdir.

Şu halde medenî kanunumuz mucibince kız çıkmamak zevc için nikâhın feshini iddiaya sebeb teşkil edemez.

Binaenaleyh medenî kanun mucibince de nikâhın feshini icabetmiyen ve ancak ıstılah tâbirince makudünbih olan mal hakkında mevzu bulunan ayıb tâbirinin ancak akid sıfatını haiz olabilen insan hakkında istimal edilmesinin ne bu tâbirin tarifi hukukisine ve ne de karı koca hukukuna aid mevzuatı hukukiyeye uygun düşeceğini iddiaya imkân yoktur.

Vakıa ceza kanunumuzun 418 inci maddesinin ikinci fıkrasında (Eğer bu fiil ve hareketler beş seneden aşağı müddetle hürriyetden mahrumiyeti müstelzim olup da bir marazın sirayetini ve mağdurun sıhhatına sair büyük bir nakisa irâsını veya malûliyet veya mayubiyeti müstelzim olursa ilâh) denilmektedir.

Bu maddenin ibaresinden anlaşıldığı veçhile insanın da mayub olabileceğini vazıi kanun kabul etmişdir. Bu madde aslına yani İtalyan ceza kanunundaki metnine muvafık olmayıp tarafımızdan ilâve edilmiş bir fıkradır. Vazii kanun insan hakkında mevzu olan bu maddede tabiatile aybın ıstılah manasını değil lûgat manasını almışdır.

Madamki bu madde mevzuatımız meyanına girmişdir onun için bu tâbirin lûgat manasında imali mümkün ise imali lâzımdır.

Yukarıda tarif ettiğimiz veçhile aybın lûgat manasına göre tahliline gelince: Kadınlarda bekâret her halde muvakkat bir zamana maksur olması hasebile fıtratı selimenin insanda daimî olarak mevcudiyetini istilzam ettiği bir vasıf değildir. Belki tabiatı beşeriye icabı olarak muvakkat bir mevcudiyeti olan bu ârızanın asıl olan kadında zevalidir.

Görmek, işitmek, tatmak, güzellik ve saire gibi fıtratı selimenin insana bahşettiği hassalara kıyas edebilecek ve baka ve devamı asıl olan bir hassa olmaması itibariyle bekâretin zevalinin ayıb telâkkisi aybın lûgat manasının şumulü dairesine de giremez..

Hadiseyi ceza kanununun bu fıkrası bakımından biraz daha derinleştirelim. Bu fıkrada (ayıb) tâbiri madamki lûgat manasında olarak konulmuşdur. Şu halde bu aybın her şahıs hakkında ayni mahiyetde telâkki ve kabulü zaruridir. Yani kızlıktan tecerrüd etmek bir ayıb ise o halde gerek meşru ve gerek gayri meşru her suretle bekâretden mahrum olanlara ma-

694

yub denilmek icabeder. Netice itibariyle bütün evli kadınlar da bekâretden mahrum olmaları itibariyle mayubdurlar demekdir ki böyle mantıksız bir neticenin kabulüne imkân mutasavver değildir.

Eğer münhasıran gayri meşru münasebetden mütevellid bikirsizlikler mayubiyet telâkki olunursa şu halde ayıb bizatihi bikirsizlikde değil belki onun sureti tekevvününde aranılıyor demekdir. Yani izalei bekâretin meşruan ika edilip edilmemesine göre aybın mevcudiyeti ve ademi mevcudiyetine kail olacaksak bizatihi bikirsizlikde değil belki sebebinde ayıb tahassül ediyor demekdir. Halbuki ayıb vasıfda aranılır yoksa o aybı husule getiren esbab ve avamilde aranılamaz.

Her negibi sebeb ve âmil tahtında tekevvün ederse etsin ayıb her zaman ayıbdır.

Meselâ bir hayvanın kuyruksuz olması hılki dahi olsa ayıbdır.

Binaenaleyh kadınlarda her suretle tekevvün edebilmesi tabiatın kanunları iktizasından olan zevali bekâret hadisesini ayıb telâkki etmek bence ilmî olmakdan ziyade muhitin telâkkisinden alınan bir intiba mahsulüdür.

Yani muhitimizde evlenen bir kadının kız çıkmasına ehemmiyet atfedilmesindeki itiyatdır. Şüphe yokki bu itiyada vazii kanunlarımızın da tâbi olmaları lâzımdır. Onun için bu telâkkinin tesirile mevzuatımıza böyle hükümler koymak icabediyorsa bu hükmü medenî kanunumuza da koymak lâzımgeleceği gibi Ceza kanunumuza da koyacağımız hüküm böyle gayri ilmî bir tâbir kullanmak suretile değil belki meselâ (Irza geçmek fiilinde kızlık dahi bozulmuş ise ceza şu kadar müddetle teşdit olunur) suretinde olmalıdırki ilmî bir tâbir kullanılmış olsun. Yoksa mayubiyet tâbirinin şumulü içine kızlığın bozulması ilmî bir içtihad ile sokulamaz. Çünki kız olmamak ne ıstılah ve ne de lûgat tâbirile bir (ayıb) değildir.

(Mayubiyet) tâbirini ancak gerek meşru gerek gayri meşru suretde vukuu halinde de her kadın hakkında bir noksan husule getiren ve kadınlığa mahsus olan daimî vasıflardan birine tâbi olan arızalara teşmil etmek zaruridir. Bunu şimdi bir misâl ile tesbit edemiyeceğim. Çünki mayubiyet olabilecek bütün düşündüğüm misaller aynı zamanda malûliyet tâbirinin çerçevesi içine de girmektedir. Fakat bu mayubiyete bir misal bulunamıyor diye mutlak mayubiyet addine imkân olmıyan bir hâli gayri ilmî bir içti-

695

hadla mayubiyet addetmek elbetde doğru bir şey olamaz. Kanuna gelişi güzel konmuş olan bu lüzumsuz tâbirin kanundan kaldırılmasını temenni etmek daha doğru olur.

Tevhidi içtihad müzakereleri esnasında bazı zevat bu fıkranın kanuna bilhassa bekâretin izalesini istihdaf etmek üzere konulduğunu dermeyan ettiler.

Kanunun esbabı mucibesi mevcud olmamasına göre bu tâbirin ne maksadla konulduğu malûmumuz değildir. Binaenaleyh bu iddialar mücerred birer iddiadır.

Biz kanunu tefsir ederken elimizde yalnız bir miyar vardır. O da eğer kanun vaziinin maksadını tesbit eden açık bir esbabı mucibe mevcud değilse tâbirin evvelâ ıstılah ve sonra da lûgat manalarını nazara almakdır. Yukarıdanberi izah ettiğim veçhile (Ayıb) kelimesinin ne ıstılah ve ne de lûgat manaları bu kelimeden bikirsizliği çıkarmağa müsaid değildir.

Şu halde bu kelimeye bu manayı izafe etmek yine tekrar iddia ederimki hiç bir suretle ilmî bir içtihad olamaz. Bu fikirde bulunan yani mayubiyet tâbirinden maksad izalei bekâret olduğu reyini dermeyan edenlerin bu reylerine muhalif olarak şu maddî delili de ileri sürmeği faideden hâli görmedim o da 341 Nisan tadilâtında 274 tarihli eski ceza kanununun 199 uncu madde zeyli ile 200 üncü maddelerinde vukua getirilen şu tadilâtdır. 341 Nisanında 199 uncu madde zeyli şu suretle tadil olunmuş idi (Eğer mezkûr ef'al ve harekât cünha derecesinde olup da bir marazın sirayeti ve mağdurun sıhhatına büyük nakisa irâsını veya malûliyet veya mayubiyetini müstelzim olursa muvakkat kürek cezası hükmolunur.

200 üncü madde dahi ayni tarihde şu suretle tadil olunmuş idi (her kim onbeş yaşını ikmal eden bir kızın bikrini izale ederse altı aydan iki seneye kadar hapis olunur eğer izalei bikr tezevvüc edeceğim diye vakî olmuş ise bir seneden eksik olmamak üzere hapis cezası hükmolunur.)

Bu da gösterirki Büyük Millet Meclisince bu tadilât ile izhar edilen fikir ve kanaat mayubiyet ve izalei bikrin ayrı ayrı şeyler olduğu merkezindedir. Eğer mayubiyet ve izalei bikir ayrı ayrı şeyler addedilmeseydi 199 uncu madde zeylinde sarahaten mayubiyet zikredilmiş iken birde 200 üncü maddei muaddilede izalei bikir için ayrı bir hüküm konulmaz idi.

Hulâsa sözüme nihayet vermek için Adliye vekâletinden kanuna konan şu tâbirin daha ilmî içtihada müsaid olabilecek bir şekle konulmasını dilerken yakın bir zamanda her hangi bir hukukî hadise münasebetile tevhidi içtihad hey'etinin de bu kararı değiştirmesine intizarı meslek vazifesi telâkki ederim.

696

Mayubiyet meselesi

Yazan :

Profesör Dr. Fahri ECEVİD

Temyiz âzalarından bay Feridyasa ceza kanunumuzun 418 inci maddesinde mevcud (mayubiyet) tâbiri hakkındaki noktayı nazarını uzun uzadıya izah eden bir yazısını bana okumak lütfunda bulundu. Şahsan çok istifade ettim. Yazı adliye ceridesinin bu nüshasında intişar edeceği için diğer kariler de müstefid olacakdır. Mevzuun ehemmiyeti, mayubiyet halinin ırza geçme veya ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın fiillerde bulunma keyfiyetine eklenmesile faile verilecek cezanın artmasını mucib oluşundadır. Binaenaleyh mayubiyet tâbirile kanun vazımın neleri kasdettiğini uzun uzun incelemek faidelidir.

Bende, bay Ferid, gibi mayubiyet tâbirile kızlık perdesnin yırtılması keyfiyetinin işaret edildiğini zannetmiyorum. Evvelce adliye ceridesinde intişar eden bir makalemde de bu teşrihi teşkkülün varlığı veya yokluğu ile ahlâki kıymetler leh veya aleyhine bir delil elde edilemeyeceğini bildirmişdim. Binaenaleyh vücudünü alelitlak makbul yoklugunuda ulu orta mayub saymak tarafdarı değilim. Mesele onun yırtılmasında değil, yırtılmasını mucib olan hadisenin zatindedir. Evvelce ifade ettiğim veçhile, kızlığı esasen kızlık perdesinin varlığı ile vasıflı addetmek caiz değildir. Kızlık, hiç şüphe yokki ilk cimaa maruz kalmamış bir kadında bulunan vasıfdır. Ancak bir teşrihi teşekkülden ibaret olan perdenin mutad olarak bu ilk münasebet sırasında yırtılması kızlığın perdenin vücudile mukayyed ve mevsuf olduğu zehabını doğurmuşdur.

Bekâreti mutlaka bir teşrihi nesicle müradif saymak hatalı bir itiyaddır. Bu itiyad ahlâki realiteler, üzerine teessüs eylemiş olduğu ve her hangi bir ilmi kıymet faidesi temin ettigi de isbat olunamamışdır.

Mamafi nasıl telâkki edilirse edilsin kızlık peredsinin vücudu faziletin vücubü manasına gelmez.

Orospuluk yapmakla geçinen, sayısız cimâ ile melûf bir kadında kızlık perdesi sağlam kalmış olabilir. Bu onun mayubiyetten (manavî manasile) masun kaldığına delil sayılabilirmi?

Buna mukabil rızası hilâfına bâhî bir taarruza uğramış bir genç kızda perdenin yırtılması da elbet bir nakisa bir ayıp telâkki edilemez. Bay Ferıidin dediği gibi zevali meşru münasebetlerde mayubiyet sayılmayan bir teşrihi nescin alelâde bâhî bir taarruza veya bir kazaya uğramış kızlarda yırtılması neden bir mayubiyet teşkil etsin? Zaten bunun yırtılmasını gerek maddî gerek manevî sahada — kayıdsız şartsız — bir mayubiyet saymak şu ihtilâtı da mucib olabilir.

Meselâ tam bir ırza geçme vak'asına uğrayan bir kızda, perde, vaziyeti teşrihiyesi icabı yırtılmamış ise neden o fiili yapan az ceza görsünde, perdenin yırtılmasına sebebiyet veren müteaddi fazla cezaya uğratılsın? İkiside mahiyetten aynı suçu işlemişlerdir. İkisinde de mağdur bakire bir kızdır. Dûçar oldukları manevî hasar arasında hiç bir fark yokdur. İlerde meşru münasebet sırasında zevali beklenilen bir maddenin zıyaı- ahlâki bakımdan her iki hadise arasında hiç bir fark olmadığına göre-müşeddid sebeb addedilmemelidir. Zannımca kızlık perdesini yırtan failin mücerred bu sebeble fazla ceza görmesi, mağdurun tecavuza uğradığına delâlet eden maddî eserin kaybolmaz, mülim bir hatıra şeklinde devam etmesi endişesine, bu ârızayı mucib olmayan aynı fiilin daha az ceza ile karşılanması da kızın sonradan ayrıca bir hicaba, müşkil cevablalı sorub soruşdurmalara maruz olmayacağı düşüncesinden ibaret bir teselliye müstenid olsa gerekdir. Fakat bu mülâhaza, tenasülî hayat sahasında geçen hadiseleri «cemiyetin şu veya bu telâkkisi istikametinde» haysiyet ve faziletle alâkalı gören katıksız ahlâk prensiblerinde mülhem olmuşa benzememekdedir. Bu daha ziyade her hangi bir vaziyet koruma, şekil idare etme, tamamen formalite ve zevahiri kurtarma fikrine, içinden evvel kabuğun sağlam görünüşünü isteme mantalitesine uygun bir kararı andırmakdadır.

Yoksa her iki halde de fiil, (adabı umumiyeye mugayir ve nizamı

698

aile aleyhine müteveccih olmak) hususundaki vasıflarını aynı sertlik derecesi üzerinde muhafaza eylemekdedir.

Benim kanaatime göre de; kanun vazıı bu mayubiyet tâbirini maddî bir teşekkülün zıyaı neticesi manevî bir kalitenin de eksilmesi ihtilâtına atfetmemişdir.

O halde madde içindeki bu tâbiri ceza fikirleri sahasında hangi reel kıymete uygun düşüyor kabul edecegiz?

Bir ırza geçme veya ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın fiil ve hareketde bulunma keyfiyetinde, taaddinin, kadın tenasül azalarında malûbiyet derecesine varmayan, yahud vasfan bundan ayrı olan bir kötülük husule getirebileceğini göz önünde tutarak bu kaydı eklemişdir, diye telâkkî mantıkan daha doğrudur kanaatındayım.

Ferid Yasa (mayubiyet tâbirini ancak gerek meşru, gerek gayrı meşru suretde vukuu halinde her kadın hakkında bir noksan husule getiren ve kadınlığa mahsus olan daimî vasıflardan birine tari olan arızalara teşmil etmek zarurîdir. Bunu şimdi bir misal ile tesbit edemiyeceğim. Çünki mayubiyet olabilecek bütün düşündüğüm misaller aynı zamanda malûliyet tâbirinin çerçevesi içine de girmektedir.) diyor. Kendisini bu fikrinde de haklı buluyorum. Tabib olmadığı için bu nevi misalleri tecride muvaffak olamamış değildir. Güçlük bu misallerin hakikaten nadir oluşundadır.

Herşeyden evvel kanun vazıinin (mayubiyet) tâbirile bazı devamlı cismanî ârızaları kasdettiğini teyid edecek başkaca vazıh bir delil varmı yokmu onu araştırmalıdır.

Bir defa, bay Ferid Yasanın zikrettiği gibi, 274 tarihli ceza kanununun 199 ve 200 üncü maddelerinde mayubiyetin bikri izaleden ayrılmış olması kuvvetli bir delildir. Bundan başka:

Bu günkü ceza kanunumuzun tetkike mevzu olan 418 inci maddesi bütün fıkralarında münhasıran cismanî ârızalardan bahsetmekde ve bunlar da (ayıb ve hacaleti de davet eden bir noksanı) varit görmek cihetini iltizam eylemektedir.

Kanun ancak, cismanî ârızalardan hastalık sirayeti, veya sıhhate sair büyük bir nakisa irâsı gibi kabili tedavi olması mefruz ağırca ihtilâtları; ağır olmasa dahi tedavisi kabil olmamak ve devamlı bulunmak ba-

699

kımından evvelkilere vehametce muadil gördüğü ârızalarla bir arada zikretmiş ve her iki halde de bunlara sebebiyet veren failin cezasını şiddetlendirmişdir.

Demekki kanun vazıi münhasıran cismanî kusurlar, hastalıklar, malûliyetler ve kötülükleri nazara almışdır. Kızlık perdesi yırtılması ise cinsî münasebetin hangi şeklinde olursa olsun- aşağı yukarı tabiî bir neticedir. Zevali ne ahlâkan- kayıtsız şartsız- ne de müddeten mayubiyet değildir. Hatta cimâın vukuu ile yırtılmaması gayri tabiîdir. Münasebet meşru olunca veya rıza iltihak edince zevali mayubiyet sayılmayan ve kadının geçirdiği tenasülî hayatta devam ve bakası asla matlup olmayan bir lâhika- perdenin yırtılması keyfiyetinin, malûliyet irâsı, sıhhat üzerinde nakisa tevlidi, ve hastalık sirayet ettirilmesi gibi ağır cerhî ihtilâtlar, veya hastalıklarla bir arada zikredilmesi mantıkan dahi caiz olmamak icabeder.

Binaenaleyh; yukarda da zikrettiğim gibi bu mayubiyet olsa olsa, nev'en, malûliyete, hastalık sirayetine, sıhhate nakisa irâsına tekabül eden bir şeydir,

Filhakika : Mayubiyet tıbbî bir tabirdir. Ve fransızca (Vice) veya (Défaut), yahut (défectuosité), hatta, bir dereceye kadar (malformation) kelimelerinin ifade ettiği manaya uyar. Hiç bir zaman biyolojide kızlık perdesinin yırtılması bu manada bir mayubiyet sayılmaz.

O halde, bir ırza geçme, bir ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın fiilde bulunma sırasında ne gibi mayubiyetler teşekkül edecegini tayin meselesi kalır.

Vâkıa bir takım mayubiyetler husule gelebileceği düşünülebilir. Fakat bunların çoğu, Bay Feridin dediği gibi malûliyetlerden kolay kolay ayrılamayacağı için bunları malûliyet serisine bırakmak, ve ayrıca bir mayubiyet mevcud olup olmadığını araşdırmak lâzımdır. Metinde malûliyet ile mayubiyet arasına bir (veya) sıkışdırılmış olduğu için bu tefrik zarurîdir.

Ben mayubiyete en iyi misal olarak (mayub nedbe — cicatrice vicieuse) leri buluyorum.

Gerek erkeğin tenasül uzvile bir küçük üzerinde, gerek diğer vesa-

700

itle her hangi bir kız veya kadın nahiyei tenasüliyesinde bir takım cüruh ika edilebilir. Bunlar sonradan iyi olsalar bile kötü teneddüb sebebile bir takım mayubiyetler bırakabilirlerki bunlarda fercin cerhî değişiklikleri şeklinde tecellî ederler.

Filvaki öyle nedbeler tasavvur edilebilirlerki muahharen ne cimaa ne de kadının meyva vermesine manidir. Değişiklik münhasıran şekle taallûk etmiş olabilir. Bu gibi âfâtın husulü mümkündür. Hiç değilse kabili tasavvurdur. Bu tâbir üzerinde bilhassa ısrar ediyorum, çünkü kadın dış tenasül nahiyesinde malûliyet husule getirmeksizin mayubiyet vücudünü düşünmek hakikaten güçdür, ve ben mesleki hayatımda malûliyet vasfını haiz olmaksızın mücerred mayubiyet misaline rast gelmediğimi de itiraf ederim.

Ancak kanun vazıinin, nekadar nadir olsa dahi bütün imkânları, ihtimalleri, hattâ istisnaî bazı halleri madde metninde derpiş etmesi muahaze edilemeyecek bir gayretle çalışıldığını gösterir. Bunun içindirki mezkûr tâbirin metinde yer almasını ben pek gayrı muvafık bulmıyorum.

Yalnız kanun vazıi bu düşünce ile değil de, malûliyet tâbirini kızlık perdesinin yırtılması halini ifade için kullanmış ise o zaman hakikaten tâbirin yersiz olduğunu kabul etmek ve bunun yerine daha vazıhının ikamesini nazara almak pek yerinde olur.

Şuradan hatırıma bir şey geliyor, fakat pek ihtimal veremiyorum: Malûm olduğu veçhile bu maddenin aynı fıkrası pek eski zamanlardan beri hiç üslüb degişikliğine uğramamışdır. Bu itibarla evvelce cari bir üslüb itiyadına merbut bir hata müteselsilen bu güne kadar devam etmiş bulunabilir. O da şudur:

Herkes bilirki o devirlerde seçili ve müteradif kelimelerle yazıyı süslemek adetti. Belki malûliyet kelimesinin ardı sıra birde mayubiyet yazmak suretile kanun metnine hususî bir üslüb revnakı vermek istenilmiş olabilir. Bu mütalâam pek garip sayılmamalıdır. O zamanlarda neşredilmiş tıb kitablarında meselâ (firengi ve cüzzam gibi ilelüeskam) tarzında, ve yalnız müsecca olmak bakımında bir gösteriş kıymetini haiz tek manalı çift tâbirli cümlelere de tesadüf edilirdi. (İlelüeskam)ın tamamen mayubiyet ve malûliyetin aynı olduğu düşünülürse kanun metnine malûliyet tâbirini müteakib mayubiyet kelimesinin geçmiş olmasını bir fik-

MİLLİ KÜTÜPHANE ANKARA

ri tertib değil bir tezini terettüb olarak kabulde ayıb sayılmaz. Yalnız bu takdirde (veya) kelimesinin yerini yadırgama makdamümkün değildir.

Hulâsa benimde kanaatime göre; kızlık perdesinin yırtılmasını mayubiyet telâkki etmek, ileri sürülen diğer ve muhalif mütalâaları kabul eden daha kolay ve daha mantıkî değildir.

Eğer perdenin yırtıldığı (mayubiyet) sayılacaksa metinde ayrıca tasrih edilmesi çok daha faideli olurdu.

İnsanın sosyal ve ahlâkî bünyesini olduğu kadar biyolojik realitesini de nazara almak icabettiği zaman, iltibaslara, birbirine aykırı mülâhazalara yer verilmeyecek kadar vazih olmak elbet temenniye değer.

702

No: 27

Muhakemenin iadesi [1]

Yazan: *S. Şakir ANSAY*
Hukuk Fakültesi Profesörlerinden

1 — Usûl hukuku maddî, esas hukuka yardım etmek ve onu tahakkuk ettirmek için vazedilmişdir. Bununla beraber mahkemelerden maddî hukuka muhalif ve yanlış tahkikata müstenid bir hüküm de verilmiş olabilir; ve bu hüküm kaziyei muhkeme halini alabilir. Böyle bir hüküm — Radbruch'un dediği gibi — hukuk idesinin üç cephesinden birini teşkil eden hukukun emniyeti noktasından yine doğrudur.

Fakat kaziyei muhkeme halini alan bir hükme karşı da müracaat edilecek bir yolun bulunmasını haklı gösterecek sebepler, kusurlar bulunabilir. Hukukun emniyeti ve hukuk nizamı ile birlikde mer'î olması lâzımgelen sulh nizamı, kat'îleşmiş bir hükmün bozulmamasını icap ederse de bir takım ağır sebeplerin vücudu halinde hükmün tekrar tedkikine müsaade etmemek adalete uygun olmaz. Bunun içindirki usûl kanunumuzda da bu müsaadeyi veren bir yol, muhakemenin iadesi yolunu görüyoruz [2].

İadei muhakeme, bizim Hukuk muhakeme usulü kanunumuzun 445 inci ve sonraki maddelerinde tanzim edilmişdir. Bu baptaki hükümler usûl kanunumuza nümune teşkil eden Neuchâtel kanunu hükümlerinin ayni değildir.

---

[1] Muhakemenin iadesi yolu muhtelif kanunlarda başka başka adlar alabilmektedir. Meselâ Vaud, Neuchâtel, Genève kanunları buna "Revision„ Fransız usulü kanunu "La requête civile„ demişdir. Bern Hukuk usulü buna "Neues Recht„ der. İsviçre Alman kanton kanunlarında "Offenes Recht„ tabirine de tesadüf olunur. Muhakemenin iadesine "Wiederhestellung„ diyen kanunlar da vardır; Argovie kantonu usûl kanunu gibi.

[2] İslâm hukukuna göre, hâkim bir mes'elede hüküm verdikden sonra onun bakkında bilâhare hak bulursa hükmünü nakızla hakka rücu etmelidir; Çünkü hak kadimdır.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

Bilhassa iade sebepleri ve müddetleri noktasından ilâve ve değişikliklere uğramış ve eski usulü muhakemei hukukiye kanunundan da çok ayrılmışdır. Bu ayrılma ve değişmeler pek muvaffakıyetli olmadığından bazı noktalarda muhtelif telâkkilere sebep olmuş ve bilhassa son zamanlarda epeyce yazıları da davet etmişdir. Bu yazılarda kanunun hükümlerini belirtmek için sarfedilen mesaiye ben de burada bir şeyler katmak ve Neuchâtel kanunile ve muhtelif sistemde başlıca iki ecnebî kanunu, yani Alman ve Fransız hukuku ile bazı mukayeseler yaparak iadei muhakeme hükümlerini bir daha gözden geçirmek istiyorum.

II — Muhakemenin iadesi yolu, umumiyetle fevkal'ade bir yol sayılır. Temyiz yolu ve istinafı kabul eden kanunların istinaf yolu hükümlere karşı müracaat olunacak adî yollar iken muhakemenin iadesi yolu istisnaî bir yoldur.

Kanunumuza göre iadei muhakeme yoluna gitmek için hükmün kat'î olması lâzımdır. Bazı kanunlar bu yola müracaat için hükmün kat'iliğini şart koşmuş değillerdir. Başlıca Avusturya kanunu (M. 530) böyle bir şart koymamışdır [3].

Hukuk muhakeme usulü kanunumuza göre bir hükmün kat'îleşmiş olması o hükmün temyiz yolundan geçmesi veya bu yola müracaat için kanunda yazılı müddetlerin geçirilmesi (M. 443 son fıkraya bakınız) veyahut da esasen hüküm kat'î mahiyetde ve bilhassa 25 liraya kadar bir davaya ait olarak verilmiş olması (M. 427 Fıkra 2) suretile olabilir. Bu suretlerle olan kaziyei muhkeme haline 237 inci maddedeki hükmün, muhtevası itibarile iç ve maddî kaziyei muhkemeliğini ifade eden hâl hilâfına olarak şeklî ve dış noktadan kaziyei muhkeme derler.

Filhakika kanunumuza göre 2500 kuruşa kadar olan davalarda verilen hükümler aleyhine taraflar temyiz yoluna gidemezler. Bu hükümler kat'î

---

[3] Avusturya kanunu iadei muhakemeden başka 529 uncu maddesinde bizim 8 ve 9 uncu maddelerdeki hallerde butlan davasını kabul etmiş ve bu davalarda kaziyei muhkeme şartını koymuşdur.

Alman usulü iadei muhakemeyi "Wiederaufnahme„ ikiye ayırır. Bizim 445 inci madde 8 ve 9 uncu numaralarını da ihtiva eden dört halde açılacak davaya butlan davası "Nichtigkeitsklage„ ve diğer numaraları ihtiva eden yedi halde açılacak davaya iade davası "Restitutionsklage„ der.

mahiyetdedir. Ancak Temyiz baş Müddeiumumisinin talebi ile temyiz ve nefanlilkanun (Dans l'intérêt de la loi) nakzedilebilir. Bu nakız taraf lehine ve menfaatine olmadığından mahkûmunaleyh taraf bundan istifade edemez. Bunlarda bir haksız iktisap iddiası da yapılamaz [4]. Ancak muhakemenin iadesi sebeplerinden biri varsa o sebep altında bir iadei muhakeme yoluna gidilebilir.

Kendilerinde kaziyei muhkeme hâli bulunmayan kararlarda ve bilhassa münazaasız kaza sahasındaki kararlarda bir muhakemenin iadesi yoluna mahal yoktur. Meselâ, vasî tayini kararına karşı muhakemenin iadesi yoluna gidilmez. Ve yine meselâ, icrada itirazın ref'ine dair verilen karar, esas hakkında bir kaziyei muhkeme teşkil etmediğinden bu karara karşı da iadei muhakeme usulü carî değildir (İcra ve iflâs kanunu M. 72 bakınız) [5].

III — 445 inci maddede görüldüğü üzere iadei muhakeme sebepleri ondur. İadei muhakeme yolu istisnaî bir yol olduğundan ve sebebleri birer birer sayıldığından ancak kanunda bu hallere hasredilmek lâzımgelir.

1 — On halden birincisi mücbir sebepden, yani muhakemenin iadesini isteyen kimsenin elinde olmayan bir sebepden dolayı veya lehine hüküm verilen tarafın fiilinden ötürü muhakeme esnasında elde edilemiyen bir senet veya vesikanın hüküm verildikten sonra ele geçirilmiş olmasıdır.

Neuchâtel usulünün 403 üncü maddesi 1. inci numarasından naklonunan bu hüküm, Fransız usulünün 480 inci maddesi 10 uncu numarasındaki hükmün bir ifadesi olmakla beraber Neuchâtel kanununda fazla olarak bizim kanunun mücbir sebep (Force majeure) dediği kayıt görünmektedir. (Keza Cenevre kanunu M. 319 numara 1).

Bu numaraya göre senet muhakeme esnasında elde edilememiş olmalıdır. Müddeî muhakeme esnasında elde etmiş de ibraz etmemiş ise artık muhakemenin iadesi sebebi bahis mevzuu olmaz.

Senet, müddeinin ihmalile geç aranmış veya geç bulunmuş veya umuma açık ve istifadesi mümkün bir senet iken ihmalle ibraz edilmemiş ise iade talebinde bulunulamaz. Müddeî senetten haberdar ve ibraz etmeğe

---

[4) V. Tuhr § 52. IX. 4.

[5] Claude du Pasquier, L'introductin à la théorie générale et à la philosophi e du droit, sahife 176; Sabri Şakir Ansay, Hukuk muhakeme usulleri § 18.

hakkı olup da senetlerin ibrazı mecburiyetine dair olan hükümler (M. 326-336) mucibince ibrazını istememiş ise yine bir iade sebebi kabul edilmemek icabeder. Çünki, davayı kendi ihmalile kaybetmiş demekdir [6]. Fakat senedi çaldırmış olupda hükümden sonra bulursa burada bir mücbir sebep var demekdir. Bu itibarla muhakemenin iadesi istenebilir.

Fransız usûl hukukcuları, senedin hasım tarafından kötü niyet ile hapsedilmiş olması şartını aramakda ve obir tarafın iştiraki olmadıkça bir üçüncü şahsın senedi alıkoyması muhakemenin iadesine sebep teşkil edemiyeceğini ilâve etmektedirler.

Muhakemenin iadesi talep olunurken senedin, talepde bulunan kimsenin elinde olması lâzımdır. Diğer tarafın elinde bulunduğunu beyan etmek kâfi değildir. Muhakemenin iadesi talep olunurken senet hâlâ hasmın elinde ise hasım îbraza cebrolunamaz. Meğerki hile ile müddeinin elinden almış olsun. Birinci numaradaki « ele geçirilmiş olması » kaydı da bu şartı tazammun etmektedir.

Alman usûl kanununa göre evvelce bilinmiyen veya istifade edilecek vaziyetde bulunulmıyan bir senedin sonradan bulunması iade sebebidir. Diğer tarafın fiili veya mücbir bir sebebin inzimamı şart değildir. Yine bu kanuna göre (M. 580 son fıkra) muhakemenin iadesi istenebilmek için diğer tarafın eda ettiği yemine müsteniden yeminin taallûk ettiği hâdise veya onun hilâfı sabit görülmemiş olmak lâzımdır. Eğer iptali ve iadesi istenen hükmün müstenid olduğu vâkıa veya bu vâkıanın hilâfı, diğer tarafa teklif ve onun tarafından eda edilen yemin ile sabit olmuş ise sonradan ele geçirilen senet dolayısile bir muhakemenin iadesi istenemez. Böyle bir halde ancak yalan yere yemin sebebi altında bir muhakemenin iadesi yoluna gidilebilir [7].

Muhakemenin iadesi sebebi yalnız sonradan elde edilen senede hasredilmesine ve iade sebeplerinde kıyas suretile tevsî yapılamıycağına göre sonradan şahit, ehli vukuf bulunması ve bir keşif mevzuunun veya evvelce yapılmış şahadete dair bir zabıt varakasının ele geçirilmesi muhakemenin iadesi sebebini teşkil edemiyecekdir.

---

[6] Garsonnet, cilt VI, numara 470; Tissier cilt 3, numara 920 sonu; Baumbach M. 582 Not 2. Stein M. 580 III. 2 ve M. 582 I. 2.

[7] Stein, M. 580 IV. 2.

206

Kanunumuza ve Neuchâtel Fransız ve Alman usullerine göre yeni vâkıaların keşfi de muhakemenin iadesine bir sebep olamaz. Bazı usûl kanunları yeni vâkıaların keşfini de muhakemenin iadesi sebebi olarak kabul etmişdir [8].

Şunu da ilâve edelim ki senedin ibraz edilememesine sebep olan diğer tarafın fiili, hileli bir fiil olduğu takdirde hile sebebi ile de bir iadei muhakeme bahis mevzuu olabilecek demekdir [9].

2 — Muhakemenin iadesi sebeplerinden ikincisi, hükme esas tutulan senedin sahteliğine karar verilmiş veyahut senedin sahte olduğu mahkeme veya resmî bir mevkide ikrar edilmiş veya sahtelik hakkındaki karar hükümden evvel verilüp muhakemenin iadesi talebinde bulunan kimsenin hüküm zamanında bunu bilmemiş olmasıdır.

Her halde senet iadesi istenen hükme esas ittihaz edilmiş olmalıdır. Eğer mahkeme bu senedin olmaması halinde de ayni suretle hükmedecek idiyse iadei muhakeme sebebi yok demekdir.

Sahteliğin hasım tarafından yapılmış olması şart değildir. Üçüncü bir şahıs tarafından yapılmış olması da kâfidir. Senedi ibraz eden kimsenin, senedin sahteliğine vâkıf olup olmaması da müsavîdir. Maamafi vukuf, bir hileyi tazammun edeceğinden hile sebebi ile de bir iadei muhakeme hâli ortaya çıkabilecekdir [10].

314 üncü madde mucibince hukuk davasının tahkiki sırasında bir senedin sahteliği iddia olunursa bu iddia o mahkemede asıl dava halinde veya hâdise şeklinde tetkik ve hal olunabilir. Şu halde: iadesi istenen evvelki hükmün muhakemesinde sahtelik tetkikatı yapılmış ve hal edilmiş ise artık aynı senedin sahteliği iddia ve muhakemenin iadesi de talep olunamaz (M. 314 son fıkra) [11].

Fakat evvelce hukuk mahkemesinde sahtelik bahis mevzuu edilmemiş de hüküm sahte senede müstenid verilmiş ise bu ikinci numara mucibince muhakeme iade olunabilecekdir.

---

[8] Meselâ Avusturya, M. 530, numara 7; Zürich, M. 351, numara 2. Bern, M. 368 numara 2: Ceza muhakemeleri usulü kanunu M. 327 numara 5. bakınız.

[9] Garsonnet, cilt VI, numara 470.

[10] Garsonnet, cilt, 6 numara 469.

[11] 314 üncü madde mucibince Hukuk mahkemesinde senedin sahte olmadığına dair verilen karar kat'iyyet kesbettikten sonra bu senedin sahteliği artık ceza mahkemesinde dahi

Hukuk mahkemesinde hususî senedin sahteliği değil de imzası inkâr olunarak istiktab veya tatbikat neticesi imzanın münkire ait olduğu tahakkuk ve bu dairede hüküm verildikten ve bu hüküm kat'î hale girdikten sonra bu senedin sahteliği de Ceza mahkemesinde iddia ve isbat olunamamak icabeder. Burada da senedin doğruluğu hakkında bir kaziyei muhkeme hasıl olmuş demektir [12].

Yine bu ikinci numaradan anlaşıldığına göre senedin sahteliği muhakemenin iadesi talebinden önce ve evvelki hüküm verildikten sonra tesbit edilmiş olmalıdır [13]. Bu tesbit, Ceza mahkemesi hükmü ile veya hasmın bir resmî mevkideki ikrarile olacakdır. Evvelce başka bir davada senedin sahteliği sabit olduğu halde bundan iade müddeisinin haberi bulunmamış ise bu da kâfidir. Demekki hem muhakemenin iadesi ve hem de sahteliğe karar itası birlikte Hukuk mahkemesinden istenemiyecektir. Mustafa Reşit Belge say sahteliğin hukuk veya ceza mahkemesi kararile tahakkuk edebileceği reyinde dir (M. 445. Not 5.b) [14].

3 — Üçüncü numara mucibince hükme esas tutulan bir ilâm hükmünün bozularak kaziyei muhkeme teşkil etmek suretiyle ortadan kalkmış olması da muhakemenin iadesine sebep olur.

Ortadan kalkan bu hüküm bir ceza hükmü olabileceği gibi bir hukuk mahkemesi hükmü de olabilir. Alman usûl kanunu, 580 inci maddesi 6 ıncı numarasında yalnız ceza hükmünden bahsetmişdir. Alman usulcüleri bu hasrı tenkitten geri durmamış ve bu haklı tenkitler nazara alınarak 1933 tadilinde hukuk ve idare mahkemelerinin hükümleri de ilâve edilmişdir.

---

iddia olunamıyacak ve 310 uncu madde mucibince de Hukuk mahkemesinde sahteliğinden dolayı iptal edilen senet hakkında Ceza mahkemesinde sahtelik davası açılabilecek, fakat bu davada beraete dair verilecek karar hukuk mahkemesi hükmüne tesir etmiyecekdir. Bu maddelerin Fransız projesinden alındığını Mustafa Reşit Belge say şerhinde söyleyor. Filhakika Neuchâtel kanununda bu hükümlere karşı olan madde (275) şudur: Cezaî takibat halinde, sahtelik hadisesinin hukuk mahkemesince tahkiki ceza davasının halline kadar tâlik olunabilir. Neuchâtel kanununda diğer hükümler yoktur. Garsonnet, cilt, 6 sahife 788 ve not 8. bakınız.

[12] Tissier, cilt 2, numara 626 bakınız.

[13] Garsonnet, cilt VI, numara 469 ve not 9. bakınız.

[14] Alman usulü 581 de kaziyei muhkeme halinde bir ceza hükmünün mevcudiyetini şart koşmuştur; Tissier, cilt 3, numara 920 B. bakınız; aşağıda Not. 20. ye bakınız.

708

Şu halde hukuk mahkemesi ilâmına kat'iyyet kesbetmiş bir ceza, hukuk veya idare mahkemesinin hükmü esas tutulmuş ise o hüküm, muhakemenin iadesi yolunda ortadan kaldırıldıktan ve kat'iyyet halini de aldıktan sonra ona müstenid verilen hüküm için de bir muhakemenin iadesi sebebi ortaya çıkabilecekdir.

Henüz kat'iyyet kesbetmemiş bir hüküm, ikinci hükme esas ittihaz edilmiş de bu birici hüküm adî yolda, temyiz yolunda bozulmuş ise bu takdirde de kesbi kat'iyyet etmiş ikinci hüküm için iadei muhakeme sebebi varid demekdir.

4 — Dördüncü numara mucibince şahadeti hükme esas tutulan şahidin hükümden sonra yalan şahadetle mahkûm edilmiş olması;

Beşinci numara mucibince ehli vukufun kasdî olarak yalan ihbarda bulunduğunun hükümle anlaşılması muhakemenin iadesi sebeplerindendir.

Şahidin veya ehli vukufun Hukuk mahkemesinde yeminli veya yeminsiz dinlenmesi, beyanda bulunması arasında fark yoktur (Ceza kanunu M. 286 bakınız). Alman usûl kanunu (M. 580 numara 3) yeminli olmayan şahadet ve beyana müstenid hüküm hakkında muhakemenin iadesi davasını kabul etmemişdir. Fakat Hukuk muhakeme usulü kanunumuza göre de yemin, şahadetin ve ehlivukuf beyanının bir rüknü değildir (M. 261,276 F.3).

Bu numaralarda tercemandan bahis yoksa da terceman ehli vukuf demek olduğundan yalan tercemanlık, ehli vukuf hakkındaki beşinci numaraya girer (M. 270. Ceza kanunu M. 290 bakınız).

Bu iki numaradan sarih surette anlaşıldığına göre bunlardan biriyle iadei muhakeme talebinde bulunabilmek için yalan şahadet ve yalan ehlivukuf beyanından dolayı bir mahkûmiyet ilâmı sadır olmak ve bu hüküm kat'iyet kesbetmek lâzımdır (447 inci maddeye de bakınız).

5 — Altıncı numara mucibince lehine hüküm verilmiş olan kimsenin yalan yere yemin ettiği, ikrarı (ceza muhakemeleri usulü kanunu, madde M. 330, numara 4 bakınız) veya tahrirî beyyine ile sabit olması da bir iade sebebidir.

Yalan yere yeminde bu yemin isterse tarafın teklif ettiği yemin olsun, ister Hâkimin re'sen teklif ettiği yemin olsun müsavidir; Kanunî mümessilin yemini de (M. 353, 358) böyledir.

En çok ihtilâfa sebep olan bu numara üzerinde bir az durmak icabetmektedir.

a — Eski usulü muhakemei hukukiye kanunu fransız hukukuna imtisalen yalan yere yemini iade sebepleri arasına almadığı gibi şimdiki kanunumuzun ihtiva ettiği tarzda bir hükmün aynı, Neuchâtel ve Alman kanunlarında da görülmez. İtalyan hukuk usûl kanununda da yalan yere yemine müstenid bir iadeî muhakeme sebebi yoktur.

Neuchâtel kanunu 403 üncü madde üçüncü numarası yalan şahit hakkında olduğu gibi yemin eden tarafın da yalan yere yeminden mahkûm edilmiş olmasını iadeî muhakeme sebeplerinden olarak saymışdır. Alman usûl kanununda (M. 580 Numara 1) iadeî muhakeme sebebei olmak üzere yemin ederek kasid veya ihmal ile yemin mükellefiyetini ihlâl eden kimsenin mücrimiyetinden bahsedilmişdir.

Fransız hukukuna göre tarafın teklif ettiği yeminde bir sulh mahiyeti görülmektedir (Fransız medenî kanunu M. 1363). Obir taraf yemin etmekle bu sulh tamam olmuşdur. Hukuk mahkemesinde davasını kaybeden taraf sulhun tazammun ettiği ferağatı hilâfına her hangi bir suretle ve her hangi bir kaza merciinde bir telâfi imkânına ve iddiaya malik değildir. Bu taraf ceza mahkemesine de gidemez; sukut eden hakkını ihya için hasmın yalan yere yeminden mahkûmiyetini isteyemez.

Hâkim tarafından re,sen verilen yemine gelince bu, bir tarafdan yapılmış sulh teklifi ve bir haktan vazgeçmeyi tazammun edemiyeceğinden ve sadece bir tahkikat vasıtasından ibaret bulunduğundan burada yeminin yalan olduğu ve buna müsteniden muhakemenin iadesi iddia olunabilir. Fakat burada da bir tefrik yapılmaktadır:

Eğer Hukuk davası — velevki re'sen yemin üzerine olsun — hükme bağlanmış ve kaziyei muhkeme halini almış ise yine yalan yere yemine müstenid bir hukuk davası açılamaz. Hukuk davası neticesindeki kat'î hüküm ile kaybeden taraf, yalan yere yeminin kendisine irâs ettiği zararı cezada açacağı dava zımnında tazmin ettiremez. Fakat yeminin yapıldığı hukuk davası hakkında henüz hüküm verilmeden önce yalan yere yemin davası açılırsa bu dava dinlenir. Meselâ bir müddeinin bir ticaret davasında mahkemenin talebi üzerine bir borcun tediyesini kabzetmediği hakkında yemin etmesi halinde dava istinafda henüz görülmekte iken borçlu makbu-

7P

zu bulsa ceza mahkemesine müracaat edebilir ve burada henüz hukuk davası bitirilmediğinden kaziyei muhkeme yoktur [15].

Fransız hukukuna göre tarafın hasmına verdiği yeminin yalan olduğu ancak Müddeiumumî tarafından bir âmme davası şeklinde iddia olunabilir. Re'sen yeminde dahi hukuk mahkemesinde verilen hüküm kat'î hal aldıktan sonra yine Müddeiumumî tarafından bir yalan yere yemin davası açılabilir. Fakat her iki halde de yalan yere yeminden mutazarrır olan taraf bu davada şahsî müddei olamaz; ve bu taraf ceza mahkemesindeki mahkûmiyet kararına istinadla ne muhakemenin iadesi yolunda ve ne de bir tazminat davası şeklinde bir hak iddia edemez.

Fransız hukukunun bu telâkkisi itirazdan masun kalamamış ve yalan yere yemini teşvik eder mahiyette görülmüşdür. Yemin teklifi müteaddit noktalardan bir sulh teklifi de sayılamaz. Bunda bir ivaz yoktur. Sulh teklifinde olduğu gibi kendisine yemin teklif olunan kimse bunu kabul edip etmemekte muhtar değildir; bilâkis ya kabul veya kanun dairesinde diğer tarafa reddetmekle mükellefdir. Vekilin diğer tarafa sulh teklif edebilmesi için vekâletnamesinde hususî bir izin ve müsaade bulunmak şart olduğu halde yemin teklif edebilmesi için böyle bir izne lüzum yoktur (M.63 bakınız) [16].

Alman hukuk usulü kanunu (M.581) mucibince yalan yere yemin sebebile iadei muhakeme için sahtelik, yalan şahadet ve yalan ehli vukuf beyanından dolayı olduğu gibi bu cezayı mucib fiil hakkında da kaziyei muhkeme halini almış bir cezaî mahkûmiyet lâzımdır [17].

b — Yalan yere yemin davasının isbat vasıtası noktasından İsviçre ve Alman hukukuna göre bir şekil ve tahdit bahis mevzuu olamaz. Her iki hukuka göre hukuk davalarında esasen bir tahdit ve muayyen mikdardan yukarı davalarda tahriri beyyine ile isbat mecburiyeti yoktur. Bu iti-

---

[15] Garçon, Code pénal annoté, m. 366, not 17 ; Garsonnet, cild 2, numara 302, not 6 ve numara 308 ; Garraud, cild 6, numara 2815 ve sonrakiler.

[16] Tissier, cilt 2, sahife 480 bakınız ; keza Logoz ; Temyiz kararları 1931, sahife 168 numara 105 bakınız;

[17] İadei muhakemeye sebep olabilen bir cezaî fiilden dolayı ceza mahkemesinde failin mahkûmiyetine dair verilen karar Alman hukuk usûl kanunu methal kanununun 14 üncü maddesi 1 inci numarası mucibince ukuk hâkimini bağlamamakla beraber bu hallerde iadei muhakeme yine bir mahkûmiyet kararına mütevakkıfdır, Stein M. 581, I.

barla ceza mahkemesinde açılacak yalan yere yemin davasının isbat vasıtası serbestdir.

Fransız hukukuna göre adî hukuk davalarında muayyen mikdardan (500 frankdan) yukarı alacak davalarının senetle isbatı lâzımdır; bu mikdardan aşağı davalarda ve ticarî işlerde şahadet beyyinesi kâfidir.

Fransız hukuku gibi muayyen mikdardan yukarı alacak davalarında senet ile isbat mecburiyetini koyan (2000 liretten yukarı adî hukuk davalarında yeniden 20-9-1922 tarihli emirname ile teyid eden) İtalyan hukukunda ceza mahkemesindeki yalan yere yemin davasının isbat sureti hakkında Adliye vekâleti tarafından terceme ettirilen manyonun şerhinde (cilt 2 numara 1141) izahat vardır. Burada: ahkâmı hukukiyeye göre tahrirî vesaikle isbat edilecek bir meselede isbattan izharı aciz olunmasından dolayı yemin edilmiş olursa bu yeminin yalan yere vuku bulduğu iddiasile ceza mahkemesine müracaat halinde vesaiki tahririye ile isbat lâzım geleceği ve sair hallerde şahit ile davanın isbat edilebileceği yazılıdır.

İtalyanın 1913 tarihli ceza muhakemeleri usulü kanununda da muhafaza edilen bu hükmün 1930 tarihli yeni kanunda ref edilmiş olduğu adliye ceridesinin 1937 yılı 9 uncu sayısında (sahife 812) nakledilmişdir.

Bu izahattan anlaşılacağı üzere İtalyada yalan yeminden mutazarrır olan şahıs ceza mahkemesinde müddei olabilecek ve orada tazminat isteyebilecekdir. Bu davada bu gün isbat noktasından bir tahdit de bahis mevzuu olmayacakdır.

6 — Şimdi kanunumuza göre Yalan yere yemin davasından dolayı iadei muhakeme için evvelemirde bu yemin hakkında ceza mahkemesinden verilmiş kaziyei muhkeme halinde bir mahkûmiyet kararı bulunmak şartmıdır? Yoksa iadei muhakemenin talep edildiği hukuk mahkemesinde de bu cihet birlikte iddia ve isbat olunabilirmi? Yalan yere yeminden mutazarrır olan taraf ceza mahkemesinde şahsî müddei olabilir ve orada tazminat namı altında zararını telâfi ettirebilirmi? Ve nihayet ceza mahkemesinde mutazarrır veya Müddeiumumi tarafından açılacak yalan yere yemin davasında hukuk davalarında olduğu gibi hukuk muhakeme usulünün koyduğu tahdit nazara alınmak lâzımgelirmi, yoksa davanın ceza mahkemesinde görülmekte olmasına göre cezaî kazanın tâbi olduğu tahkikat vasıtaları kayıtsız ve tahditsiz yalan yere yemin davasında da kullanılabilirmi? Meselelerile karşılaşmış bulunuyoruz.

712

a — Adliye ceridesi 1937 yılının 9 uncu sayısındaki makalede Feritd Yasa, Temyiz mahkemesinin eski ceza kanunu mer'iyetde iken tesbit ettiği noktai nazarı hulâsa etmişdir. Bu noktai nazara göre tahrirî beyyine ile isbat edilecek bir davada verilen yeminin yalan olduğu iddiasının cezada da tahrirî beyyine ile isbatı lüzumu kabul edilmişdir. Fakat makale sahibi bu günkü kanunlarımız karşısında yalan yere yeminin şahitle isbatını doğru bulmamaktadır.

b — Mustafa Reşit Belgesay 445 inci maddenin 6 ıncı numarası şerhinde yalan yere yeminin isbatı mutlaka ceza mahkemesinde olmak şart olmadığını ve iadei muhakemenin talep edildiği hukuk mahkemesinde de bu cihetin isbat edilebileceğini ve yine kanunun şart koşduğu tahrirî beyyine, mahkûmun lehden sadır olmuş tahrirî bir vasika olabileceği gibi yalan yere yemin hakkında ceza mahkemesinden sadır olmuş ilâm da olabileceğini söylemektedir (M. 445 not 9) [18]. Fakat bu mütalâalardan mutazarrırın ceza mahkemesinde şahsî müddei olabileceği ve yine ceza mahkemesindeki yalan yere yemin davasında tahrirî beyyine ile isbat mecburiyeti olup olmadığı ve bilhassa hukuk mahkemesinde şahitle isbat edilebilen mevadda dahi yalan yere yeminin tahrirî beyyine ile isbatı lâzım gelip gelmediği vazihan anlaşılamamaktadır. Şüphesiz Ceza mahkemesinden yalan yere yemin hakkında sadır olan mahkûmiyet kararı iadei muhakeme sebebidir. Belki de mumaileyh mutazarrırın hukuk mahkemesinde yalan yere yemini isbat etmek istemesi halinde mutlak surette tahrirî beyyine ibrazı lâzımgeldiği ve ceza mahkemesinde ise böyle bir tahdide mahal olmadığı fikrindedir ve yine «Müddeiumuminin talebi üzerine yalan yere yeminden mahkûmiyete dair . . . .» dediklerine ve hukuk mahkemesinde de yalan yere yemin davasını kabul ettiklerine göre mutazarrırın cezada şahsî müddei olmasına sebep bulunmadığı kanaatındadır.

c — Adliye ceridesinin aynı nüshasındaki diğer mütalâaya nazaran (sahife 812) mutazarrır ceza mahkemesindeki yalan yere yemin davasında tazminat talebinde bulunabilecek ve cezadaki mahkûmiyet kararından sonra iadei muhakeme yoluyle hukuk mahkemesine müracaat edebileceği gibi doğrudan doğruya hukuk mahkemesinde tazminat davası açmağa da haklı olacakdır.

---

[18] Ali Şevket Ergün, Adliye ceridesi 1937, sayı 9, sahife 807 ye de bakınız.

d — Gad Franco, İtalya ceza usulü kanununda yalan yere yeminin hukuk davalarındaki muayyen mikdardan fazlasına taallûk ettiği taktirde ceza mahkemesinde tahrirî beyyine ile isbat edilebileceği hakkındaki hükmü ve ceza kanunumuzun İtalya kanunundan iktibas edilmiş olduğu keyfiyetini de ileri sürerek bizde de tahrirî beyyine ile isbatı lâzımgelen hukuk davalarında yapılan yalan yere yeminin cezada da aynı beyyine ile isabat edilmesi icabedeceğine tarafdardır [19]. Ve bu mütalâasına meselenin ceza işlerinde sübut vasıtalarının mahdut olup olmadığı kaziyesine mütedair olmayıp hukuk mahkemesinde bir vakıanın şahitle isbatı memnu bulunması hasebiyle yemin ile halli mesele edildikde bu yeminin yalan olduğu hakkında ceza mahkemesinde şahitlerin dinlenmesine imkân olup olmadığı noktasına matuf bulunduğunu da ilâve etmektedir [20].

e — Doktirinden kaza sahasına geçince büsbütün başka içtihatlarla karşılaşırız:

Temyiz mahkemesi yalan yere yemin davasında eski kanunların mer'iyeti zamanında tutduğu içtihadı terk etmişdir. Temyiz ceza dairesi muhtelif kararlarında ceza mahkemesinde yalan yere yeminin şahitle de isbat edilebileceğini kabul etmişdir [21]. Bu kararların esbabı mucibesi « ceza işlerinde sübut vasıtalarının kanunen mahdut olmaması » keyfiyeti olduğu anlaşılmaktadır [22].

Bununla beraber ceza mahkemesinden yalan yere yemin hakkında sadır olan bir ilâma istinadla ticaret mahkemesinde iadei muhakeme talep eden bir kimsenin bu iddiası « Ceza ilâmı münderecatına nazaran müddeaaleyhin yalan yere yemin ettiği şahadetle sabit görülmüş ise de müddeinin ileri sürmüş olduğu iddianın kabulü için yalan yere yemin keyfiyetinin ikrar veya yazılı delil ile sübutu hukuk muhakeme usulü kanununun 445 inci maddesinin 6 ıncı bendi icabından bulunmasına nazaran davanın reddine müteallik hüküm netice itibariyle uygun görülerek » kabul edilmemişdir [23].

---

[19] Hukukî bilgiler mecmuası, 15 - Mayıs - 936, sayı 7-79, Sahife 26.

[20] Hukukî bilgiler mecmuası 15-Temmuz-1936, sayı 9-81, Sahife 25

[21] Hukukî bilgiler mecmuası, 15-Mayıs-936 sayı 7-79, sahife 24; 15-Temmuz- 936, sayı 9-81, sahife 24; 15-Vayıs-937, sayı 7-91, sahife 26 Bakınız.

[22] Hukukî Bilgiler meemuası 15 - Temmuz - 936, sayı 9-81 sahife 24

[23] Temyiz ticaret dairesinin 29-ikincikânun - 938 tarihli ve 268/938 numaralı kararı.

716

7 — Her şeyden önce itiraf etmek lâzımdırki bütün bu muhtelif noktai nazarlar bu babtaki kanunlarımızın vuzuhsuzluğundan, karanlık kalmasından ileri gelmektedir. Bu kanunî hükümlerin tefsirinde yukarıya naklettiğimiz ecnebi hukukunun mukayesesi bizi tenvir etmekle beraber yine kabul etmek lâzımdırki kanunumuz ne fransız ve italyan ve ne de alman, avusturya ve Neuchâtel kanunlarının kabul ettiği birbirinden farklı başlıca sistemlere benzememektedir.

Fransız hukuku bir kerre yalan yere yemini iadei muhakeme sebebi olarak kabul etmez. Diğer tarafdan hukukda isbat noktasından tahrirî beyyine ile bir tahdid emreder. Bunun gibi italyan hukuku da ayni isbat tahdidini yapmışdır. Diğer tarafdan italyan hukuku 1930 yılına kadar cezada da yalan yere yeminin muayyen hadden yukarı davalar noktasından tahrirî beyyine ile isbatı lüzumunu tasrih etmiş iken sonradan bu kaydı çıkarmış ve mahkemeleri serbest bırakmıştır. Yani bugün İtalyada ceza mahkemesinde yalan yere yemin davası şahitle isbat edilebiliyorsa bu, ancak kanunun sarih hükmü neticesidir. Ve İtalya hukuk muhakeme usulü kanununda esasen yalan yere yeminden dolayı iadei muhakeme bahis mevzuu olmadığı gibi bizim kanunumuzun 6 ıncı numarasında görüldüğü üzere bir hüküm de yokdur.

Alman, avusturya ve Neuchâtel kanununlarında yalan yere yemin, iade sebebi olarak kabul edilmiş olmakla beraber hukuk davalarında esasen isbat noktasından bir tahdid bulunmadığından yukarda da naklettiğimiz üzere Ceza mahkemelerindeki yalan yere yemin davasında da tahrirî beyyine ile isbat mecburiyeti bahis mevzuu olmıyacakdır.

8 — Bence 445 inci madde 6 ıncı numarasını ancak kendinden ve içinde bulunduğu ve ancak hir kısmını teşkil ettiği bütün diğer kanunî hükümlerle alâkası ve irtibatı noktasından ve bu bapdaki hükmün tarihçesinden tafsir edebiliriz :

Kanun bu 6 ıncı numarayı koyarken pek kuvvetle iddia etmek lâzımdırki Hukuk muhakeme usulü kanununun 5000 kuruştan yukarı davalarda tahrirî beyyine ile isbat hakkını düşünmüş ve göz önünde tutmuştur. Aynı maddenin 4 ve 5 numaralarında olduğu gibi mutlak mahkûmiyetten bahsetmeyerek sübut vasıtalarını da göstermek istemişdir. Hususiyle daima karşısın-

da bulundurduğu Neuchâtel kanununda mutlak bir mahkumiyetten bahsedildiği halde bunu aynen almıyarak ikrar veya beyyinei tahririye ile sübutu emretmesini, isbat hakkındaki umumî tahdid ve takyid ile tenazur te'mini noktasından tamamen şuurlu bir hareket olarak kabul etmek lâzımgelir.

Eski usulü muhakemei hukukiye kaunumuzda iadei muhakeme sebebleri arasında yalan yere yemin sebebi mevcud olmadığı halde tahrirî beyyine icabeden yerlerde Ceza mahkemesinde de bu beyyinenin arandığı ve tatbikatın böyle cereyan ettiği düşünülürse 6 ıncı numaraya, bu tatbikatı daha sarih surette te'yid etmekten başka bir maksad ve onu tesbit eden bir hüküm mahiyet ve manasını vermekten başka bir yol da bulunamaz.

Şüpesiz 6 ıncı numaradaki ifade tamamile vazıh sayılamaz. 5000 kuruştan aşağı olan davalarda ve Ticaret davalarında kanunlarımız şahitle isbata cevaz vermekte olmasına göre 6 ıncı numara daha açık yazılabilirdi. Ancak şunu unutmamalıdırki burada kanun, yeni bir isbat kaidesi koymak ihtiyac ve mevkiinde değildir. O, iadei muhakeme hükümlerini tanzim ve bu sırada zaten kabul etmiş olduğu isbat noktasından tahdid prensibini hatırlatmak ve ona işaret etmek istemişdir. Yalan yere yemin davası Ceza mahkemesinde görüleceğine göre kanun bu davaya bakacak mahkemenin ve orada câri muhakeme usullerinin isbat noktasından serbestliği icabı olarak vukua gelebilecek tereddüd ve ihtilâfları düşünmüş ve bu ihtilâfın taallûk edebileceği noktayı, yani 5000 kuruştan yukarı davalardaki isbat tarzını halletmişdir. Filhakika italyan hukukunun tarihçesinde de gördüğümüz üzere Ceza mahkemesindeki yalan yere yemin davasının isbatı noktasından sarih bir hükme ihtiyac vardır. Şu halde 6 ıncı numaradaki tahrirî beyyine kaydını esasen tahrirî beyyine ile isbatı lâzımgelen davalara matuf saymak ve umumî kaide icabı şahitle isbat olunabilen davalarda yine o kaideyi merî kılmak kanunumuzun sistemine ve gayesine uygun olur.

Altıncı numara, yalan yere yeminin ikrar veya tahrirî beyyine ile isbat edilmesinden bahsetmiş ve daha önceki 2 numarada olduğu gibi bu babta bir mahkûmiyetin tekaddümünü söylememiş isede 447 inci madde; yalan yere yeminden dolayı muhakemenin iadesi müddetini gösterirken sahtelik, yalan şahadet ve yalan ehli vukuf beyanları hakkındaki müddetlerle birlikte bu müddeti, bunlara dair verilen hükümlerin kat'iyet kesbet-

tiği tarihten itibar etmişdir [24]. Bu madde de gösteriyorki iadei muhakeme taleb edebilmek için evvel emirde yalan yere yemin davası üzerine bir hüküm verilmiş olmak lâzımdır (M. 350 ye bakınız.) [25].

Yalan yere yemin davasının iade talebile birlikte Hukuk mahkemesinde de açılabileceğini ve yalan yere yeminin orada da isbat edilebileceğini hiç zannetmiyorum. Mahkemelerimizde de bu yolda bir tatbikata tesadüf edilmemişdir. Gerçi Hukuk mahkemesinde esas dava görülürken ortaya çıkan sahtelik iddiası Hukuk mahkemesinde tedkik olunabilirse de bu kanunun sarih hükmüne müsteniddir; ve istisnaî bir hüküm olarak mevridine maksurdur. İadei muhakeme sebebini teşkil eden sahtelik davası gibi bu da iadei muhakeme davası sırasında hâdis olmuş, talî bir dava değil, bil'âkis o davanın sebebini, şartını teşkil eden bir davadır. Bu itibarla iadei muhakeme talebine tekaddüm etmek lâzımdır (M. 450 fıkra 1. ebakınız) [26].

Hukuk mahkemesinde iadei muhakemeye esas olmak üzere müstakillen yalan yere bir yemin davası ikamesi mümkün görülmez. Bilhassa böyle bir davada tahrirî beyyine ile isbat hakkındaki tahdidi nazara almak ve fakat bu dava Ceza mahkemesinde açıldığı surette şahadetle isbatına mesağ göstermek doğru olmaz.

Mademki yalan yere yemin davası Hukuk mahkemesinde değil, ancak Ceza mahkemesinde görülecekdir. Şu halde 445 inci madde 6 ıncı numarasını yalan yere yemin hakkındaki tahkikatta, yanı Ceza mahkemesinde nazara alınması lâzımgelen bir hüküm olarak kabul etmek lâzımgelecekdir. Bu suretle mantıkî ve kanunî en uygun hal sureti de elde edilmiş olacakdır ve yalan yere yemin hakkındaki hükümle umumî kaideler arasında bir ahenksizlik kalmıyacakdır. Yalan yere yeminın isbat suretini gösterir 6

[24] Temyiz kararları 1932, sahife 232, numara 143 ebakınız.

[25] 350 inci madde Neuchâtel kanununda (M. 291) "Teklif veya reddedilen yemin eda edildiği takdirde hasım tarafın onun yalan olduğunu davanın cereyanı sırasında isbat etmesine müsaade olunmaz.„ tarzındadır. Her iki metin yalan yere yeminin Hukkk mahkemesinde isbat edilemiyeceğini açık ifade etmişdir. Profesör Manta bu maddeye dair notlarında: (Eda edilen yemin realite ve vak'anın ademi mecudiyeti hakkında tam bir beyyinedir. Fakat hasım yalan yere yemini cezaya haber verebilecektir.) demişdir. Alman hukuku usülü hanunu madde 463 fıkra 2 de daha başka bir hüküm vardır.

[26] Yukarıda not 13 bakınız.

ıncı numaradaki hükme karşı Ceza muhakemeleri usulü kanununun bundan sonra (1929) intişar etmiş olması da ileri sürülemez; çünki bu hüküm hukuk usulile pek yakından alâkadar olan yalan yere yeminin isbatına dair hususî bir hükümdür, ve sarih surette ilga edilmedikçe mer'idir.

Hakikatta da Ceza mahkemesi burada hukuk davasında yapılan ve o davanın halline müessir bulunmuş olan bir yeminin yalan olduğunu tahkik etmektedir. Burada yalan yere yemin davasına vazı'yed eden kazanın nev'ini, yani cezaî kazayı nazara almak hususunda bir mecburiyete sebeb yoktur [27].

Hukuk mahkeme usulunde cezaî kazaya dair bir hüküm bulunabilir; nitekim 393 üncü maddenın ikinci fıkrasında da böyle bir hüküm görülür (keza Madde 314.)

Fakat 6 ıncı numarayı Temyiz Ticaret dairesinin yukarıda (6 e bakınız) naklettiğimiz şekilde tatbik etmesi caiz olmasa gerektir. Yani yalan yere yemin davası hakkında Ceza mahkemesinde de muayyen davalarda tahrirî beyyine aramak icab ederse de o mahkemeden bu babta sadir olan bir mahkûmmiyet ilâmı iadei muhakeme zımnında Hukuk hâkimine ibraz edilince o hâkimin mahkûmiyet ilâmının şahadetemi, yoksa tahrirî beyyineyemi müstenid olduğunu tedkik ederek tahrirî beyyineye müstenid ise iadei muhakeme sebebi olarak kabul, değilse redetmesini ve 6 ıncı numaraya böyle bir tatbik sahası vermesini hukukan müdafaa güçtür. Şahadet veya tahrirî beyyine hükmün sübut vasıtalarıdır.

---

[27] Garraud 1935, cild 6, numara 2320 ve not 7 de diyorki: "müddeiumumi evvel emirde, hakkında yemin teklif edilen vakıayı hakikî fizyonomisile isbat etmek lâzımdır. Bu isbat, isbat edilecek vakıanın (ki yalan yere edilen medenî, hukukî yemindir) mahiyeti itibarile bağlı bulunduğu isbat rejimini tatbik suretile olur. Yoksa dava kendisine arzedilen kazanın mahiyetine göre olmaz.„

Garçon 1901 — 1906, fransız Ceza kanunu madde 366, not 24 ve 25 de diyorki: "Yalan yere yemin esas itibarile bir yeminin edasına ve bu yeminin yalan olmasına mütevakkıfdır. Cürmün bu ikinci unsurunu isbat için üzerine yemin edilen hukukî vakıanın mevcudiyetini isbat zarurîdir. Bir hukukî mukavele hakkında karar verecek olan ceza hâkimlerinin medenî hukuk kaidelerini tatbike mecbur olmaları kat'î bir prensipdir. Bu itibarla medenî hukuk mucibince tahrirî beyyine ile isbati lâzımgelen bir mukavelenin mevcudiyetini isbat için şahit istima eden ceza hâkimi kanuna muhalif hareket etmiş olacakdır. Jürisprudans mutlak surette bu manada takarrür etmişdir. Ceza hâkimleri, bir tediyeyi inkâr ile yapılan yeminin sahteliğini isbat için şahit dinliyemezler.„

718

Hukuk hâkimi kendisine kaziyei muhkeme halinde arzedilen bir ilâmın sübut vasıtalarının kıymetini tedkik ve yeniden takdir edememelidir. Hususile bu hükmün cezaî noktadan icra kabiliyeti tanınmış olduğu halde hukukta onu tanımamak nasıl olur?

İlâm kat'îyet kesbettikten sonra esbabı sübutiyesi ister şahid olsun, ister tahrirî beyyine olsun mevzuu olan yalan yere yemin hakkında kat'î bir sübut elde edilmiş demekdir. Ve bu, iadesi istenen Hukuk mahkemesi hükmünün müstenid olduğu yeminin yalan olduğuna dair bir ilâm ise Hukuk hâkimi için muhakemenin iadesi sebebi tahakkuk etmişdir. Bu ilâm ancak kanunî usullerle tedkik ve hükümden ıskat olunabilir. Borçlar kanununun 53 üncü maddesi mucibince hâkimlerimiz Ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararlarile kendilerini mutlak surette bağlı tutmamak hakkını da haiz değildir. Maamafih Ticaret dairesinin kararında bu noktadan bir mülâhaza ve böyle bir esbabı mucibe görülmemektedir.

Kanunumuz fransız ve italyan hukuku hilâfına ve alman sistemine mutabık olarak yalan yere yeminden dolayı iadei muhakeme yolunu açmış olmasına göre yemine müstenid verilen ve kaziyei muhkeme halini alan hukuk ilâmı hilâfında bir karar ancak bu yolda verilebilmelidir. Filhakika Hukuk mahkemesinin hükmü kazivei muhkeme halinde durdukça ve kaziyei muhkeme usul noktasından bir hakkı mahız ifade ettikce ve kanun bu hükmün kuvvetini iadei muhakeme ile ortadan kaldırmak yolunu kabul etmiş oldukca artık başka yollarda bir tazminat ve telâfi çaresi bulunmamak icabeder. Bu telâfi ancak evvelki hukuk hükmünün müstenidi olan yeminin yalan olduğu tahakkuk ettikden ve bu hükmün müstenidi olmadığı anlaşıldıkdan sonra muhakemenin iadesi yolunda ibtal ve ref'i neticesinde mümkün ola. cakdır.

Kaziyei muhkeme halinde bir hukuk ilâmı ortada dururken bunun iadei muhakeme yolunda ref'i ve tadili cihetine gidilmiyerek Ceza mahkemesinde müddei şahsî sıfatı ile bir tazminat taleb edilebilmesi belki kestirme bir yol olurdu. Fakat kanunlarımızın hükümlerine ve kaziyei muhkeme ve iadei muhakeme esas ve prensiplerine aykırı düşer. Yalan yere yeminden mutazarrır olan bir kimseye iadei muhakeme yolunu açan alman hukuku, Ceza mahkemesinde bir tazminat davasına müsaade etmediği gibi yukarıda naklettiğimiz Profesör Mantanın notlarından (Not 24) anlaşıldığı üzere ay-

79

nı suretle yalan yere yeminden dolayı iadei muhakeme yolunu kabul eden Neuchâtel kanununa göre de Ceza mahkemesinde böyle bir davaya bakılamıyacakdır.

Yalan yere yemin davası hakkında Ceza mahkemesinden mahkûmiyet kararı sadır oldukdan sonra mutazarrır bu mahkûmiyete istinaden Hukuk mahkemesinde alel'âde bir tazminat davası da açamaz. Usulü dairesinde kaziyei mahkeme halini almış olan bir hüküm hilâfına ancak yine usul kanununun gösterdiği yolda bir hak taleb olunabilir. Bu yol ancak iadei muhakeme yoludur. Bu adla böyle bir tazminat kapusu açık olsa bunun mahkeme usulü ne olacakdır? Bılhassa bu davanın müruruzamanı alel'âde müruruzaman olunca iadei muhakeme için konulan müddetin ne manası kalacakdır?

Cezai mahkûmiyet iadei muhakemenin sebebi olunca fail Ceza mahkemesinde beraet etmiş olursa, velevki cezaî fiilin objektif unsuru tesbit edilmiş olsun, bir iadei muhakeme sebebi tahakkuk etmediğinden iadei muhakeme taleb edilemez [28].

Şunu da kaydedelim ki Ceza muhakemeleri usulü kanununda (M.332) alman Ceza muhakemeleri usulünden naklen kabul edilen bir hüküm alman hukuk usulü kanununda da (M. 581, keza Bern hukuk usulü kanunu M. 368 numara 3) bulunduğu halde bizim Hukuk muhakeme usulü kanunumuzda yoktur. Ceza muhakemeleri usulü kanunumuzda « Cezayı müstelzim bir suçun vücuduna istinad eden muhakemenin iadesi talebi, ancak o suçdan dolayı bir hüküm bulunduğu veya delillerinin yokluğundan başka sebebler yüzünden takibat ve tahkikatın icra ve devamı mümkün olmadığı takdirde kabul olunacağı » yazılıdır. Yani müruruzaman ölüm, gaiblik, sonradan mes'uliyet ehliyetini ref'eden bir halin hudusu gibi bir sebeble Ceza tahkikatı ve takibatı mümkün olmazsa alman hukuk usulüne göre de muhakemenin iadesi taleb edilebilir.

Fakat Hukuk muhakeme usulü kanunumuzda böyle bir hüküm olmadığından Ceza mahkemesinde 2,4,6 ıncı numaralardaki hallerde bu gibi sebeblerden birile takibatın düşmesi halinde bir iadei muhakeme sebebi bulunamıyacağından iade iddiası yine kabul edilemiyecekdir [29].

---

[28] Stein, M. 581. I.

[29] Keza Zürich usulü M. 351 Not. 6.

720

Şu izahatı ikmal için şimdiden burada şu ciheti de ilâve edebiliriz:

Ceza mahkemesinde yalan yere yemin davası sabit olduğu ve evvelce mahkûmunaleyh olan taraf şimdi bu hükme istinadla hukukda iadei muhakeme talebetdiği takdirde artık elindeki ilâmın esbabı sübutiyesi şahid veya tahrirî beyyine olup olmadığına bakılmaksızın talebi kabul edilmek icabeder. İadei muhakeme talebi kabul edildikten sonra yapılacak esas tedkikatta müddeiden yeminin mevzuunu teşkil eden vakıa hakkında yeniden isbat istemeğe mahal olmıyacakdır.

Yeminin mevzuu tahrirî beyyine ile isbati lâzımgelen mevaddan olup da müddei evvelce tahrirî beyyinesi olmadığını veya şahitle isbat edilebilir hususlardan olupda şahidi olmadığını söylemiş ise zaten bir beyyine getirilemiyecekdir.

Fakat iadei muhakeme müddeisi doğrudan doğruya Ceza mahkemesinden sadır olan yalan yere yemin hakkındaki hükme istinad edebilir. Filhakika Hukuk mahkemesinde eda edilen yeminin mevzuu olan vakıanın hilâfı Ceza mahkemesinde sabit olmuş demekdir. Çünki mahkûmunleh olan kimsenin Ceza mahkemesinde yalan yere yeminden mahkûmiyeti yemin edilen vakıanın hilâfının sübutu neticesinde olmuştur. Şu halde mahkûmunlehin yeminin mevzuu hakkındaki iddiası kaziyei muhkeme halinde bir hüküm ile müsbettir [30].

9 — Yedinci sebeb mahkûmünleh tarafından hükme müessir diğer bir hile ve hudenin kullanılmış olmasıdır [31]. Meselâ müddei, müddeaaleyhin

---

[30] Evvelki davada mahkûmunaleyh olan şimdiki iadei muhakeme müddeisinden esas hahkkında beyyine istenerek delili olmadığından dolayı diğer tarafa yemin teklifine meydan vermek manasız bir şey olacakdır. Çünki yemin teklif edilen kimse Ceza mahkemesinde yalan yere yeminden mahkûm olmuştur. Yalan yere yeminin mevzuu üzerine yemin teklifi yalan olduğu kat'îyetle sabit olan bir yeminin tekrarına davet olur. Hakikati tesbit ile mükellef olan bir mahkeme böyle bir hale meydan veremiyeceği gibi bu yemini o kimse de icra edemiyecekdir. Şu halde iadei muhakemede müddealeyh olan evvelki davanın mahkûmunlehi, hakikati halde ve neticede yeminden imtina etmiş bir vaziyettedir. Bu vaziyette de iadei muhakeme müddeisinin yalan yere yeminin mevzuu olan vakıa hakkındaki iddiası sabit olmuş demekdir.

[31] Diğer tarafın fiilile senedin elde edilmemesi, ve sahtelik, hususî surette 1 ve ikinci numaralarda bahis mevzuu edilmişdir. Yukarda No: 1 sonu ve not 9 e bakınız.

kendisince malûm olan ikametgâhı ketmederek ilân ile tebliğat yaptırması, hasmın mümessili ile gayri meşru surette uyuşması gibi haller bu numaraya girebilir. Alman Hukuk usulü kanunnun 580 inci madde 4 ve 5 inci numaralarında hükmün, tarafın vekili veya hasım veya onun vekili tarafından münazaünfih noktasından ika edilmiş ve cezaî tahdid altında bulunmuş olan bir fiil ile kazanılmış olmasını ve kükmü veren hâkimin taraf aleyhinde olarak münazaaya müteallik bir vazife cürmü ika etmesini muhakemenin iadesi sebeblerinden saymış ve bu sebeblerden dolayı iadei muhakeme için deC eza mahkemesinden bir mahkûmiyet kararı verilmiş olmasını şart koşmuştur (M. 581). Meselâ obir tarafı bir yere kapamış, ona cebir ve ikrahta bulunmuş olmak, iğfal etmek, hâkim tarafından davada hediye ve rüşvet alınmış olmak gibi [32].

Yedinci numaradan anlaşıldığı üzere hile hud'a mahkûmunleh tarafından yapılmış olmalıdır. Üçüncü şahsın hilesi kâfi değildir. Meğerki mahkûmünleh olan tarafın bu hilede vukuf ve iştiraki bulunsun. Mahkûmünlehin vekili tarafından yapılan hile ve hud'a tarafdan sadir olmuş gibidir [33].

Hile ve hud'a kanunumuzda da umumî bir tâbir altında ifade edildiğinden bir çok hallerden tevellüd edebilir. Her halde ne gibi hallerin hile ve hud'a olacağının tayini hâkimin takdirin ebırakılmışdır.

Yedinci numarada hile, hud'aya dair bir mahkûmiyetten bahsedilmemesine ve 447 inci maddede dahi yalan yere yemin, yalan şahadet ve ehli vukuf ihbarı ve sahtelik de olduğu gibi hükümden behsedilmiyerek sadece « Hilenin keşfolunduğu» denilmesine göre hile ve hud'adan dolayı 1 inci numarada olduğu üzere doğrudan doğruya Hukuk mahkemesine müraca atla bir muhakemenin iadesi istenilebiceği iddia olunabilir. Fakat alman usulünde olduğu gibi hile hallerini, cezayı mucib fiillere hasretmek ve cezaî bir mahkûmiyeti şart koşmak daha emin olurdu. Bu suretle hile ve onun keşfi daha kat'i ve muayyen bir unsura da bağlanmış olurdu.

Hukuk mahkemesinde hilenin sübut veya ademi sübutu halinde verilecek kararlara karşı bunun cezayı mucib bir fiil olması halinde sonradan

---

[32] Ceza muhakemeleri usulü kanunu m. 327 numara 3 ve m. 330 numara 3 bakınız.

[33] Fransız hukuk usulü kanunu m. 480 No: 1; Neuchâtel kanunu m. 403, numara 4; Tissier cild 3. S 920. Cuche s. 392 bakınız.

722

Ceza mahkemesince verilecek beraat veya mahkûmiyet kararlarının vaz'iyeti 314 ve 315 inci maddelerde olduğu gibi tanzim edilmişde değildir [34].

10 — Sekizinci sebep vekil ve mümessil olmıyan kimseler huzurile davanın rü'yet veya hükmedilmiş olmasıdır. Meselâ hakikatta müddeialeyh olmıyan bir kimseye veya davaya ehli olmıyan bir kimsenin kanunî mümessili olmıyan kimseye tebliğ yapılarak davaya hükmedilmiş ve hükmün yine bunlara tebliğ edilerek müddetlerin geçmiş olması hallerinde iadei muhakeme istenebilir (M. 67 bakınız.) [35].

11 — Doknzuncu sebep, davayı rü'yetten istinkâf etmeğe kanunen mecbur olan hâkim huzurile muhakemenin rü'yet ve hükmedilmiş olmasıdır (M. 30 Fıkra 3 bakınız). Bu hükümde yalnız kendisinde memnuiyet sebebi olan hâkimden bahsedilmesine göre reddi istenmiş ve kabul edilmiş olan hâkim hükme iştirak ederse bu hüküm iade olunamıyacak demekdir. Alman usulü (M. 579) mahkemenin kanunen muayyen nisabta teşekkül etmemesini ve memnu olan hâkimin davaya iştirak etmiş olmasını ve reddi hâkim talebinde bulunularak red talebi kabul edilmiş olduğu halde bu hâkimin davaya iştirak etmesini birlikte saymakta ve gerek bu halleri ve gerek bizim yukarıda 8 inci numarada yazılı hali butlan davası sebebi olarak muhakemenin iadesi sebeblerinden ayrı mütalâa etmektedir [36]. Her halde hâkimin muhakeme esnasında uyumuş olduğundan ve bu suretle mahkemenin teşekkül etmediğinden bahisle bir temyiz talebinde bulunulamıyacağı gibi muhakemenin iadesi de istenemez. Ecnebi mahkemeleri bu yoldaki talebleri kabul etmemişlerdir.

Kanunumuz Neuchâtel kanununda olmadığı halde 8 ve 9 uncu numaraları iadei muhakeme sebeblerine ilâve etmiş isede yukarıda işaret ettiğimiz 67 inci madde ile 30 uncu madde den anlaşıldığı üzere bunlar alman sisteminde olduğu gibi daha ziyade butlan sebeplerinden olacakdır (M. 450 fıkra 2 ye bakınız).

---

[34] Ceza muhakemeleri usulü kanunu m. 332 bakınız.

[35] Fransız Hukuk usulü kanunu m. 481 bakınız.

[36] Alman usulü kanunu butlan davası ile iade davası aynı taraftan veya her iki taraftan açıldığı surette ikinci dava yani asıl iade davası hakkındaki tahkikat ve hükmün butlan davası hakkında kaziyei muhkeme halinde bir hüküm sadır oluncaya kadar te'hir olunacağını tasrih eder (M. 578 fıkra 2).

12 — Onuncu numara mucibince iki tarafı ve sebebi müttehid bir dava hakkında yerli veya ecnebi bir mahkemeden veya hakemler tarafından [37] verilmiş olan bir ilâma mugayir yeni bir hüküm suduruna sebeb olabilecek bir madde yok iken yine o mahkeme veya başka bir mahkemece evvelki ilâmın hilâfında bir karar verilmiş olupta her iki ilâmın kat'îyet kesbetmesi de muhakemenin iadesine bir sebebdir.

İki tarafı ve sebebi müttehid bir dava hakkında sadır olan hüküm 237 inci madde mucibince maddî kaziyei muhkeme için bulunması lâzımgelen şeraiti ihtiva eden hükümdür [38]. Şu halde her iki davanın mevzuu da bir olmak lâzımgelecekdir.

Kaziyei muhkeme halini almamış ve tarafı, sebebi ve mevzuu müttehid olan iki ilâm hakkında 428 inci madde 3 üncü numarası mucibince temyize müracaat olunur [39].

Kaziyei muhkemenin mevcudiyeti kanunumuza göre tarafın itirazı üzerine tetkik edilmediğinden ve ilk itirazlardan olmayıp bil'âkis bir âmme nizamı mes'elesi olduğundan kat'îyet halini almış bir hükmün mevzuuna tarafların muvafakati de olsa tekrar bakılamaz.

Bu itibarla iki tarafı bir ve sebebi müttehid ve mevzuu ayni olan iki dava hakkında kat'îyet halini almış iki hükmün mevcudiyeti nadirdir. Bununla beraber meselâ iki kişi arasında cereyan eden davadan ve verilen hükmün kat'î hal aldığından haberi olmıyarak bunların varisleri arasında ayni dava ikinci defa mahkemeye arzedilmiş ve mahkeme de kaziyei muhkemnin mevcudiyetini bilmediğinden yeniden davayı hükme bağlamış ve bu hüküm kat'î hal almış olabilir.

Böyle bir halde evvelce mevcud kaziyei muhkemenin nüfuzuna taarruz etmiş olan ikinci hüküm muteber olamıyacağından ibtal edilmek lâzımgelir (M. 448 Fıkra 2 bakınız) [40].

---

[37] Stein M. 580 IV; Fransız Hukuk muhakeme usulü kanunu M. 480 No: 6 ve M. 504 bakınız.

[38] Alman kanunu sadece ayni iş hakkında evvelce verilmiş ve kaziyei muhkeme halini almış hükümden bahsediyor (M. 580 No: 7 A). Kaziyei muhkemenin tesiri başkalarına şamil olan hallerde hükmün ayni taraflar arasında ısdar edilmiş olması şart olmamalıdır, Stein M. 580 IV; Baumbach M. 580, 8. B.

[39] Eski usulü muhakemei hukukiye kanunu M. 239, 240 ve 246 bakınız

[40] Cuch, 392 No: 6; Tissier, cild 3 No; 954; Garsonnet, Cild VI, No: 481. Eski usulü muhakemei hukukiye kanunu M. 215 bakınız.

724

IV — Muhakemenin iadesini talebe haklı olan kisme umumiyetle hüküm kendi aleyhine verilen tarafdır. 10 uncu numaradaki halde birinci hüküm lehine verilmiş olan taraf olacakdır. Mahkûmünaleyh makamına kaim olanlarla mahkûmünaleyhin alacaklıları da mahkûmünleh ile mahkûmünaleyh arasında bilittifak kendilerine karşı vuku bulan hile sebebiyle muhakemenin iadesini isteyebilirler (M. 446). Fakat alelâde surette davaya dahil olan kimse bu sıfatla muhakemenin iadesini isteyemez [41].

V — Muhakemenin iadesini taleb müddetleri 447 inci maddede gösterilmiştir. Bu maddeye göre 445 inci maddenin 1. inci ve 7. inci numaralarındaki hallerde müddet, vesaikin [42] elde edildiği veya hilenin keşfolunduğu tarihten başlıyarak üç aydır. 2, 4, 5 ve 6 ıncı numaralardaki hallerde sahtelik, yalan şahadet, yalan ehli vukuf beyanı ve yalan yere yemin hakkında verilen hükümlerin kat'îyet kesbettiği tarihten başlıyarak üç aydır. 8 ve 9 uncu numaralardaki hallerde hükmün hakikî vekil ve mümessile veya mahkûmünaleyhe tebliği tarihinden itibaren yine üç ay ve 3 üncü numaradaki halde hükme esas ittihaz olunan ilâmın fesih ve nakzolunarak kaziyei muhkeme suretiyle ref edildiğinden haberdar olunduğu tarihten başlıyarak yine üç aydır. 10 uncu numaradaki halde müruruzaman haddına kadar muhakemenin iadesi istenebilir (Borçlar kanunu M. 135 İcra kanunu M. 19) [43].

Alacaklı veya mahkûmünaleyh makamına kaim olanlar hakkında hileden dolayı muhakemenin iadesini taleb müddeti bir aydır. Bu müddet bunların hükümden haberdar oldukları tarihden başlıyacakdır. Muhakeme-

---

[41] Stein M. 578, 11 Sonu; Rosenberg 162 II 2. Fransız hukuk usulü kanunu M. 487 bakınız.

Stein M. 578 II sonu. Rosenberg sonuncuyu tenkid etmektedir 162 II 1.

[42] Kanunun yeni vesaik tabiri yerinde değildir; vesika yeni değil eskidir, ele geçirilmesi yenidir.

[43] Neuchâtel kanunu umumiyetle taraflar hakkındaki iadeî muhakeme müddetlerini bir sene, mahkûmünaleyh makamına kaim olanlarla alacaklılar hakkındaki müddeti üç ay olarak kabul etmiştir (M. 405).

Fransız usulüne göre aynı iş hakkinda iki hüküm verilmesi halinde (bizim 10 uncu numara) da müddet diğer hallerde olduğu gibi kaideten iki aydır (M. 483). Ve müddet ikinci hükmün tebliği tarihinden başlamaktadır (M. 489).

725

nin iadesi kat'îyet kesbetmiş olan hükümlere karşı istenebileceğine ve ondan önce bir iadei muhakeme talebi henüz mevsimsiz olduğu iddia edilebileceğine göre buradaki hüküm kat'îyet kesbetmiş hüküm olsa gerekdir. Yani mebde hükmün kat'îyet halini aldığı tarih olacakdır.

Diğer taraftan bu hüküm, hilenin sübutu hakkında Ceza mahkemesince verilmiş bir hüküm olmadığına ve hukuk mahkemesinin hükmü bulunnduğuna göre hükümden haberdar olmak, hileden haberdar olmağı mutlaka istilzam etmez. Eğer Ceza mahkemesinde verilen hüküm ise hüküm hileyi tesbit ettiğinden hükümden haberdar olmakla aynı zamanda hileye de vukuf hasıl olmuş olur. Şu halde hukuk mahkemesinin hile ile malûl olan hükmü tarihinde mutlak surette müddetin başlamaması, yani eğer hile müddeiler tarafından daha sonra keşefolunmuş ise keşf tarihinden işlemesi doğru olur.

Bence 445 inci maddenin 1 inci fıkrasındaki kat'îyet hali, temyiz yolunun kapanmasile tahakkuk edeceğine ve bu tâbir bu manada kullanıldığına göre 7 inci numara mucibince hile ve hud'adan dolayı muhakemenin iade müddeti de hilenin anlaşıldığı tarihden başlamakla beraber eğer bu anlaşılma hüküm verildikten sonra ve fakat kat'îyet kesbetmeden evvel olur ve bu itibarla hile iddiası ne hükmü veren mahkemeye ve ne de Temyiz mahkemesine arzedilemezse hükmün kat'îyet kesbettiği tarihden başlıyacak ve anlaşılma kat'îyet halini aldıktan sonra vukubulursa anlaşıldığı tarihden işliyebilecek demekdir.

Fakat Temyiz mahkemesi Ticaret dairesi verdiği bir kararda [44] «İadei muhakeme talebi H. M. kanununun 445 inci madde 7 inci numarası olan hile ve hu'da sebebine müstenid olmasına göre iadei muhakeme müddeti mezkûr kanunun 447 inci maddesi mucibince hilenin keşfolunduğu tarihden itibaren üç ay olduğu ve davacı tarafından evvelce verilen temyiz arzuhalinde bu hususlardan bahsedilmek suretile hileye ıttıla kesbedilmiş bulunduğu anlaşıldığı halde hükmün kesbi kat'îyet ettiği tarih esas tutulalarak müddetin geçmediğinden bahsile bu babtaki talebin kabulü yolsuz olduğu» söylemişdir. Anlaşılıyorki Temyiz mahkemesi hileye vukuf varsa hükmün temyiz müddetinin geçmesini veya temyiz neticesini beklemeğe

[44] Adliye ceridesi 1937, sayı 11, numara 201.

726

lüzum olmaksızın müddetin hükmün verildiği tarihden itibaren işliyeceğini ve iadei muhakeme istiyen kimselerin bir tarafdan hükmü veren mahkemeye iade talebini yapması lâzım geleceğini kabul etmektedir.

Yine bu noktai nazara göre 445 inci maddenin 1 inci numarasındaki halde de vesaikin elde edildiği tarihden itibaren üç aylık müddet başlamak ve ve iadesi istenen hükmün kat'îyet kesbettiği tarihde bu müddet geçmiş ise iade talebine imkân kalmamak lâzımgelecekdir.

Firansız usulü kanunu 483 üncü maddesinde muhakemenin iadesi müddetini, nihaî derecede verilen hükmün tebliği tarihinden itibar etmiş ve obir maddelerinde bunun kayıdlarını göstermişdir. Filhakika hileden ve vesaikin elde edilmesinden dolayı muhakemenin iadesi talebinde müddet, hileye vukuftan ve vesaikin keşfinden önce cereyan etmeyecekdir (M. 488). Yani müddet, hilenin keşfi hükmün tebliğinden evvel ise mahkemeye bu hileyi arzedebildiği takdirde keşif tarihinden ve edemediği takdirde hükmün tebliği tarihinden ve hile hükmünden sonra keşif olunmuş ise keşif tarihinden olacakdır.

Alman usul kanunu (M. 486) muhakemenin iadesi için bir aylık müddet kabul ederek bu müddetin, tarafın hükmü ibtal sebebine vukufu tarihinden başlıyacağını tasrih etmekle beraber kat'î hükümden önce işlemiyeceğini de ilâve etmişdir. Meğerki taraf iade sebebini itiraz veya istinaf yolunda dermeyan edebilecek vaziyette olduğu halde kusuru ile dermeyan etmiş olsun.

415 inci madde ikinci numarasında ki senedin sahte olduğu mahkeme veya bir resmî mevkide ikrar olunmuş veya sahtelik hakkındaki karar hükmünden önce ittihaz olunupta muhakemenin iadesi telebinde bulunan kimsenin hüküm zamanında bundan haberi bulunmamış olması hallerinde de müddeti aynı esas dairesinde yani ikrara ve hükme daha sonra vakıf olunmuş ise vukuf tarihinden itibaren üç ay olarak kabul etmek icabeder.

Bazı kanunlar muhakemenin iadesi müddeti için azamî ve umumî bir müddet de kabul etmişlerdir. Meselâ Bern usulü 3 aylık müddet ta'yin etmekle beraber hükümden itibaren mutlak surette yani vukuf olsun olmasın 10 senelik bir müddet geçtikten sonra artık iade talebinde bulunulamayacağını da tasrih etmişdir (M. 370). Alman usulü kanunu azamî müdde-

ti velevki vukuf olmasın kat'î hüküm tarihinden itibaren beş sene olarak kabul etmişdir Fakat bu hüküm, Mümessil bulunmaksızın verilen hükümlere karşı muhakemenin iadesi talebinde tatbik edilmez [45].

Hakem kararlarına karşı iadei muhakeme müddetleri de mahkeme kararlarına karşı iadei muhakeme müddetlerinde olduğu gibi hesap edilmek icap eder [46].

VI — İadei muhakemeden yapılan feragatin muteber olup olmayacağı hakkında kanunumuzda bir sarahat yoktur. Hakem kararlarına karşı temyiz ve iadei muhakemeden tarafların evvelce feragatleri hükümsüz olduğu 535 inci maddede tasrih edilmişdir. İadei muhakeme sebepleri umumiyet itibarile mecburî âmme normlarına ve âdab ve ahlâk kaidelerine taallûk ettiğinden iade sebeplerine vukuftan önce yapılan feragat muteber olmamak icapeder [47]. Temyiz mahkemesi, kanunumuzun hakem kararlarına karşı koyduğu memnuiyete istinadla ve âmme nizamı mülâhazalarile mahkeme hükümlerine karşı temyiz hakkından evvelce yapılan feragati muteber tutmadığına göre iadei muhakemeden feragatin hiç kıymeti olmayacağında tereddüt etmemek lâzımgelir. Fakat karar verildikten sonra iade sebebine vâkıf olarak bir taraflı yapılan feragat dahi muteberdir.

VII — Muhakemenin iadesi hakkındaki arzuhal, tadili veya ibtali istenen hükmü hangi mahkeme vermiş ise o mahkemeye verilir. 10 uncu numaradaki halde 2 inci hükmü veren mahkeme salâhiyetli mahkemedir. (M.

---

[45] Vekil ve mümessil olmayan huzurile cerayan eden davada iade müddeti bundan müstesnadır. Bunun müddeti tarafa veya kanunî mümessile hükmün tebliği tarihinden başlar. Çünki hüküm bunlara tebliğ edilmedikce, velevki hüküm şeklen kaziyei muhkeme halini alsın bunlarla hüküm arasında hiç bir hukukî rabıta yoktur.

[46] Neuchâtel m. 489 fıkra 1 534 üncü maddede üçüncü fasıl denilmiş isede ikinci fasıldır. Bu zuhulün sebebi Neuchâtel kanunda iadei muhakeme faslı istinaf ve temyiz fasıllarından sonra üçüncü fasıl olduğu halde istinaf faslının kanunumuza alınmamasından dolayı iadei muhakemenin ikinci fasıl olması ve 534 üncü maddenin Neuchâtel de olduğu gibi yine aynı atıfla terceme edilmesidir.

Alman kanununu, vesaikin veya kaziyei muhkeme halinde eski bir hükmün bulunmasını hakem kararlarına karşı iade sebeplerinden saymamışdır. (m. 1041 No. 6).

[47] Stein m. 578 den önceki notlar VI; Baumbach 578 den önceki notlar 6. Fransız hukuku noktai nazarından Tissier, cilt 3 No: 918 bakınız.

728

448 fıkra 2) [48]. Bu hüküm temyiz mahkemesince tasdik edilmiş olsa dahi temyiz, hükmü veren mahkeme olmadığından bu mahkemede iadei muhakeme talebi yapılamaz. Hükmü veren mahkeme lâğvedilmiş ise yerine geçen mahkemeye verilmesi icap eder.

VIII — Hakem kararlarına karşı iadei muhakemenin arz olunacağı merci kanunumuzda gösterilmemişdir. Hakem bahsında buna dair bir sarahat yoktur.

Neuchâtel kanunu hakem faslında (M. 489 fıkra 2) iadei muhakeme talebinin temyize müracaat için muayyen şekilde ve temyiz mahkemesinde yapılacağını tasrih etmişdir. Alman kanunu hakem mukavelesi dolayısile hakemlerin tayini, reddi, şahit ihzarı, yemin icrası ve saire için kendisine müracaat edilecek mahkemeyi iadei muhakemeye de salâhiyetli göstermişdir (M. 1041 No: 6, 1045 ve 1046). Fransız hukuk usulüne göre (M. 1026) o davanın istinafında salâhiyetli mahkeme hangi mahkeme olur idiyse orada görülür.

Alman ve fransız hukukuna göre refiden sonra esas münazaanın yine hakemler marifetile görülmesini taraflar aralarında mukavele edebilirler. Böyle bir mukavele yoksa esas hakkındaki tahkikatta yine mahkemede görülür [49].

Fakat temyiz ticaret dairesi:

«Hakem kararı aleyhine üçüncü babın 2 inci faslı ahkâmına tevfikan iadei muhakeme talep olunabileceği hukuk usulü muhakemeleri kanununun 534 üncü maddesinde tasrih edilmiş ve bu talebi mütazammın arzubalin hükmü veren mahkemeye ita ve oraca tetkik olunacağı mezkûr kanunun 448 inci maddesinde muharrer bulunmuş olmasına göre hakem kararlarının aleyhine sebk edecek iadei muhakeme talebinin esas hakkında hüküm vermiş olan hakemler tarafından tetkik ve hükme rapt edileceği anlaşılmasına ve hakem kararının temyizen nakzı halinde hakemlerin yeniden intihap ve müddetinin tayin olunacağı 533 üncü maddede zikredildiği halde iadei muhakemeden bâhis olan maddede vazıı kanunca böyle bir kaydın

[48 Fransız Hukuk usulü kanunu m. 490; Tissier, cilt 3 No: 925; Garsonnet cilt 6 No: 487. Alman kanununa göre katî hükmü veren ilk derece mahkemesi veya istinaf mahkemesi veya temyiz mahkemesidir (m. 584).

[49] Alman hukukuna göre aksi takdirde taraflar esas münazaalarını umumî mahkemeye arzetmek serbestisini haiz olacaklardır: Stein m. 1041 1.4. Rosenberg § 173 II 3; Baumbach m. 1025 F. Fransız hukuku noktasından Garsonnet, cilt 8, sahife 621 bakınız.

ilâvesine lüzum görülmemesi iadei muhakeme talebinin hakemlerin yeniden intihabına ve müddetin tayinine hacet olmaksızın esas hükmü vermiş olan hakemler tarafından tetkiki lâzım geleceğini teyid eylemesine ve usulün 529 uncu maddesinde tayin olunan müddet esas davanın hükme raptı hususuna münhasır bulunmasına ve mahkeme kararı yukarda zikredilen kanunî esaslara müstenid ve vazıh olduğu cihetle muhtacı tavzih bir mahiyet arz eylememesine mebni itirazatı temyiziyenin reddile esasa ve tavzih talebinin reddine müteallik hükümlerin tasdikine» 9-10-932 tarihinde karar vermişdir [50].

Bu kararda iadei muhakemeye dair olan 534 üncü madde de 533 üncü maddedeki temyizen nakız halinde olduğu gibi bir hüküm bulunmaması ve 448 inci maddede iadei muhakeme talebinin hükmü veren aynı mahkemede tetkik olunacağının yazılı olması iadei muhakemenin yeni hakem ve müddet intihap ve tayin edilmeksizin doğrudan doğruya aynı hakemler huzurunda görüleceğine sebep gösterilmiş isede 533 üncü maddeden sarih surette anlaşıldığı üzere hakemlerin sıfat ve vazifesi hüküm vermekle nihayete ermişdir. Temyizce nakız olunduktan sonra alelâde tahkikatı yapamayan hakemlerin, kat'iyet kesbetmiş bir hükmü ref ve fesh edemiyeceği ve yeni tahkikata girişemeyeceği çok daha kuvvetle hatıra gelmektedir.

Ref'e ve yeni hükme salâhiyetli mahkeme, münazaa hakemlere verilmeseydi umumî hükümler dairesinde hangi mahkemece görülecek idi ise o mahkeme olmalıdır. Kanunumuz hakemlere verilen işlerde mahkemeye aid olan vazifeler için kat'î ve açık olarak bir ve aynı mahkeme göstermiş değildir. 519 uncu maddesinde mahkemece, 520 ve 521 inci maddelerinde davayı rüyete salâhiyetdar hâkim, 529 ve 532 inci maddelerinde sadece salâhiyetdar mahkeme ve 527 inci maddesinde sulh mahkemesi denilmişdir.

Taraflar, Hakem mukavelesinde tahkikatın şeklini de tayin edebileceklerine (M. 525) ve umumiyetle salâhiyete dair mukavele yapılabileceğine (M. 22) göre mukavelelerinde, ref'den sonra hangi mahkemenin işe bakabileceğini de gösterebilirler.

IX — İadei muhakeme arzuhalı, umumiyetle dava arzuhalinde bulunacak kayıtları ihtiva eder (M. 179). Şüphesiz iadei muhakemenin icap ettiği hususiyetler nazara alınır. Her halde taraflar gösterilmelidir; iddianın

[50] Esas 1698, karar 1926

730

mevzuu yerine iadesi istenen hüküm ve hangi sebebten iadei muhakeme istendiği yazılmalıdır. Bundan başka iadei muhakeme talebinde bulunan kimse, Devlet ve müzahareti adliyeye nail kimselerden değilse hasmın zarar ve ziyanını tediye edeceğine dair mahkemece takdir olunacak teminatı göstermeğe mecburdur (M. 453).

İadei muhakemenin usulü, iadesi istenen hüküm için tatbik olunan muhakeme usulüdür. Asliye mahkemelerinde tahriri lâyiha teatisi suretile olur.

450 inci maddeden anlaşıldığına göre mahkeme esas itibarile evvelemirde talebin kabul edilip edilmiyeceğine karar verecek, ondan sonra esas hakkındaki tahkikat ve muhakemeye girişecekdir [51].

Alman usulcüleri iadei muhakeme talebi üzerine ekseriyetle üç safhada bir tedkikat bahs mevzuu ederler [52]. Her şeyden önce iadei muhakemenin ilk şartları mevcud olup olmadığı tedkik olunur. Buna ilk tahkikat (Vorverfahren) derler; yani kat'î bir küküm mevcudmudur; taleb iadei mahkeme talebine haklı olan kimse tarafından ve müddeti içinde yapılmışmıdır; arzuhal şeraitine muvafıkmıdır; salâhiyetli mahkemeye verilmişmidir; taraflar, taraf ve dava ehliyetini haizmidir; kanunî temsil salâhiyeti veya vekâlet varmıdır? gibi noktalara bakılır. Maamafih bunlardan meselâ arzuhalin şeraitine muvafakati ve salâhiyet gibi ilk itirazlardan olan meselelerin re'sen tedkikine mahal yoktur. Bu cihetlerde bir noksan varsa taleb gayri caiz olduğundan dolayı rededilir.

Eğer bir noksan yoksa asıl iade talebinin tedkikine (Wiederaufnahmeverfahren) girişilir. Yani talebin 445 inci maddede yazılı sebeblere istinad edip etmediği başka tabirle bir iade sebebi mevcud olup olmadığı ve Ceza mahkemesinden bir mahkûmiyet kararı lâzımgelen hallerde böyle bir karar verilmiş ve kat'îyet halini almış olup olmadığı tedkik edilir. Eğer bu sebebler mevcud ise iade talebi sebebe müstenid olduğundan kabul ve

---

[5] 1933 Temyiz kararlari, sahife 54 No: 30 bakınız.

[52] Stein M. 578 den evvelki notlar III 1—3; Baumbach M. 578 den evvelki notlardan 3; Rosenberg § 162 IV. Fransız hukukcuları iki safha kaydetmektedir. 1 incisi rescidant, 2 incisi rescisoire denilen safhadır, Tissier, cild 3, No: 929; Garsonnet cild No: 497.

731

mevcud değilse iade talebi varid ve sebebe müstenid olmadığından dolayı rededilir. Talebin kabulünden sonradırki esas hakkında yeniden tahkikat ve muhakeme icra edilir.

Talebin reddi halinde müddei 50 liraya kadar para cezasına mahkûm edilir (M. 454). İadei muhakeme talebinden dolayı diğer taraf bir zarara uğramış ise evvelce alınan teminattan bu zarar hakkında hükmolunacak tazminat da tahsil edilir (M. 449 ve 453) [53].

İade sebeblerini isbat müddeiye düşer. Sebebler hakkında yemin, ikrar esbabı sübütiyeden olamaz. Yani muhakemenin iadesine sebeb teşkil eden vakıaların isbatı için iade müddeisince diğer tarafa yemin teklif ve kendisine yemin redolunamaz. İkrar da hâkimi bağlamaz. Şubalde iadei muhakemeye sebeb teşkil eden kaziyei muhkeme halindeki bir mahkumiyet vakıası ikrar edilemiyeceği gibi böyle bir vakıa üzerine yemin de teklif edilemez. İkrarı hâkim serbestce takdir edebilir. İadei muhakeme sebeblerinde yemin ve ikrarın carî olmamasının sebebi, iadei muhakemenin mütevakkıf olduğu vakıaların re'sen tedkiki lâzımgeldiği içindir. Çünki taraflar hoşlarına gitmiyen kat'î bir hükmü aralarında anlaşarak bertaraf etmek hakkını, serbestliğini haiz değildir [54].

Son safhada esasa aid tahkikat (Wiederaufgenommene Verfahren) yapılır. Bunda evvelki hüküm muhteva itibarile yerinde bir hükümmüdür, değilmidir mes'elesi tedkik edilir.

İadei muhakeme sebebinin kabulü halinde kabul edilen sebebin istilzâm ettirdiği dairede esas hakkında yani eski münazaa hakkında yeniden muhakeme icra edilir. Evvelki davada bir müdahale var idise o da nazara alınır. Hüküm münazaanın yalnız bir kısmı noktasından ref'edilmiş ise yahud evvelki davada ikrar ve yemin gibi sebeblerle bağlayıcı bir vaz'iyet olupta iade sebebi bunlara tealluk etmiyorsa yeni tahkikatta bir tahdid olacaktır. Fakat esas itibarile bu tahkikatta yeni iddialar ve esbabı sübutiye dermeyanı ve ibrazı caizdir. Hâkim tahkikatı ve delilleri serbestce takdir eder. İadei muhakemede mütekabil dava dermeyan olunmasına da bir mani görülmez. Ve gıyab ahkâmı bu muhakemede de carî olur.

---

[53] Garsonnet cild 6 No: 498, sahife 835

[54] Alman kanunu M. 581 fıkra 2; Stein III; Rosenberg 3.

X — Mahkeme evvelki hükmün ref'ine dair olan kararını ayrı verebileceği gibi esas hakkındaki kararile birlikte de verebilir. Ve yine iadei muhakemenin cevazı hakkındaki tedkikatını ve kararını hepsinden evvel ittihaz edebilir (M. 590 fıkra 2 e bakınız) [55].

İade sebebinin kabulü üzerine esas hakkında cereyan eden muhakemede mahkeme aynı neticeyi, yani eski hükmün aynını elde ederse doğru olan aynı hükmü ref'ile aynı muhtevada yeni bir hüküm isdar etmesi zaid ve lüzumsuz olabilir. Bunun için evvelki hükmü ibka ve tasdik ettiğini beyan ettmesi kâfi olacaktır. Aksi takdirde eski hükmü ref'ederek yeni bir karar verir (M. 450 ye bakınız) [56]. 8 ve 9 uncu numaralardaki iade sebebleri kabul edilirse doğrudan doğruya iadesi istenen hüküm ve 10 uncu numarada 2 inci hüküm ibtal edilir (M. 450 fıkra 2).

Evvelki hükmün ref'ı mukabiline muzaf olur. Bu itibarla taraflar arasındaki vaz'iyet hüküm verilmeseydi ne olacak idise o vaz'iyet olmalıdır. Yani güya evvelki hüküm verilmemiş gibi olacakdır [57].

Burada mühim bir vaz'iyetle karşılaşılmaktadır. Bir boşanma hükmü kat'îyet halini aldıktan sonra meselâ koca başka birile evlense de sonra boşanma hükümüne karşı muhakemenin iadesi istenerek bu hüküm kaldırılsa ikinci evlenme ne olacaktır? Alman müellifleri ortaya bir bigami hali çıkacağı ve bu ikinci evlenmenin butulanı iddia edileceği re'yine mütemayildirler [58].

Maamafih alman Medenî kanununda (M. 1309 fıkra 2) şöyle bir hüküm de vardır: «Evvelki evliligi ref'eden yahud ibtal eden hükme karşı muhakemenin iadesi davası açılmış olursa karı veya koca münazaanın hallinden önce yeni bir evlenme yapamazlar. Meğerki dava beş senelik müddetin

---

[55] Stein M. 590 I; Rosenberg § 162 IV; Baumbach M. 578 den evvelki notlar 3 ve M. 590 Not 1.

[56] Neuchâtel kanunu M: 410 bakınız; Garsonnet VI No: 497 bakınız.

[57] Keza fransız Hukuk usulü kanunu M. 501.

[58] Stein M. 629 IV; Örtmann § 109 Fıkra 2 e.

Gaiblik kararı alan karı kocadan birinin başka birile evlenmesinden sonra gaibin avdeti halinde bu ikinci evlenmenin fesih edilemeyeceği (medenî kanun M. 94) kabul edilmektedir (Egger 2 inci tabi M. 38 nihayeti). Burada da 2 inci evlenmeyi muteber tutmak üzere boşanma hakkında bir iade kabul etmemek daha uygun görünmektedir.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

mevcud değilse iade talebi varid ve sebebe müstenid olmadığından dolayı rededilir. Talebin kabulünden sonradırki esas hakkında yeniden tahkikat ve muhakeme icra edilir.

Talebin reddi halinde müddei 50 liraya kadar para cezasına mahkûm edilir (M. 454). İadei muhakeme talebinden dolayı diğer taraf bir zarara uğramış ise evvelce alınan teminattan bu zarar hakkında hükmolunacak tazminat da tahsil edilir (M. 449 ve 453) [53].

İade sebeblerini isbat müddeiye düşer. Sebebler hakkında yemin, ikrar esbabı sübütiyeden olamaz. Yani muhakemenin iadesine sebeb teşkil eden vakıaların isbatı için iade müddeisince diğer tarafa yemin teklif ve kendisine yemin redolunamaz. İkrar da hâkimi bağlamaz. Şubalde iadei muhakemeye sebeb teşkil eden kaziyei muhkeme halindeki bir mahkumiyet vakıası ikrar edilemiyeceği gibi böyle bir vakıa üzerine yemin de teklif edilemez. İkrarı hâkim serbestce takdir edebilir. İadei muhakeme sebeblerinde yemin ve ikrarın carî olmamasının sebebi, iadei muhakemenin mütevakkıf olduğu vakıaların re'sen tedkiki lâzımgeldiği içindir. Çünki taraflar hoşlarına gitmiyen kat'î bir hükmü aralarında anlaşarak bertaraf etmek hakkını, serbestliğini haiz değildir [54].

Son safhada esasa aid tahkikat (Wiederaufgenommene Verfahren) yapılır. Bunda evvelki hüküm muhteva itibarile yerinde bir hükümmüdür, değilmidir mes'elesi tedkik edilir.

İadei muhakeme sebebinin kabulü halinde kabul edilen sebebin istilzâm ettirdiği dairede esas hakkında yani eski münazaa hakkında yeniden muhakeme icra edilir. Evvelki davada bir müdahale var idise o da nazara alınır. Hüküm münazaanın yalnız bir kısmı noktasından ref'edilmiş ise yahud evvelki davada ikrar ve yemin gibi sebeblerle bağlayıcı bir vaz'iyet olupta iade sebebi bunlara tealluk etmiyorsa yeni tahkikatta bir tahdid olacaktır. Fakat esas itibarile bu tahkikatta yeni iddialar ve esbabı sübutiye dermeyanı ve ibrazı caizdir. Hâkim tahkikatı ve delilleri serbestce takdir eder. İadei muhakemede mütekabil dava dermeyan olunmasına da bir mani görülmez. Ve gıyab ahkâmı bu muhakemede de carî olur.

---

[53] Garsonnet cild 6 No: 498, sahife 835

[54] Alman kanunu M. 581 fıkra 2; Stein III; Rosenberg 3.

X — Mahkeme evvelki hükmün ref'ine dair olan kararını ayrı verebileceği gibi esas hakkındaki kararile birlikte de verebilir. Ve yine iadei muhakemenin cevazı hakkındaki tedkikatını ve kararını hepsinden evvel ittihaz edebilir (M. 590 fıkra 2 e bakınız) [55].

İade sebebinin kabulü üzerine esas hakkında cereyan eden muhakemede mahkeme aynı neticeyi, yani eski hükmün aynını elde ederse doğru olan aynı hükmü ref'ile aynı muhtevada yeni bir hüküm isdar etmesi zaid ve lüzumsuz olabilir. Bunun için evvelki hükmü ibka ve tasdik ettiğini beyan ettmesi kâfi olacaktır. Aksi takdirde eski hükmü ref'ederek yeni bir karar verir (M. 450 ye bakınız) [56]. 8 ve 9 uncu numaralardaki iade sebebleri kabul edilirse doğrudan doğruya iadesi istenen hüküm ve 10 uncu numarada 2 inci hüküm ibtal edilir (M. 450 fıkra 2).

Evvelki hükmün ref'ı mukabiline muzaf olur. Bu itibarla taraflar arasındaki vaz'iyet hüküm verilmeseydi ne olacak idise o vaz'iyet olmalıdır. Yani güya evvelki hüküm verilmemiş gibi olacakdır [57].

Burada mühim bir vaz'iyetle karşılaşılmaktadır. Bir boşanma hükmü kat'îyet halini aldıktan sonra meselâ koca başka birile evlense de sonra boşanma hükümüne karşı muhakemenin iadesi istenerek bu hüküm kaldırılsa ikinci evlenme ne olacaktır? Alman müellifleri ortaya bir bigami hali çıkacağı ve bu ikinci evlenmenin butulanı iddia edileceği re'yine mütemayildirler [58].

Maamafih alman Medenî kanununda (M. 1309 fıkra 2) şöyle bir hüküm de vardır: «Evvelki evliligi ref'eden yahud ibtal eden hükme karşı muhakemenin iadesi davası açılmış olursa karı veya koca münazaanın hallinden önce yeni bir evlenme yapamazlar. Meğerki dava beş senelik müddetin

---

[55] Stein M. 590 I; Rosenberg § 162 IV; Baumbach M. 578 den evvelki notlar 3 ve M. 590 Not 1.

[56] Neuchâtel kanunu M: 410 bakınız; Garsonnet VI No: 497 bakınız.

[57] Keza fransız Hukuk usulü kanunu M. 501.

[58] Stein M. 629 IV; Örtmann § 109 Fıkra 2 e.

Gaiblik kararı alan karı kocadan birinin başka birile evlenmesinden sonra gaibin avdeti halinde bu ikinci evlenmenin fesih edilemeyeceği (medenî kanun M. 94) kabul edilmektedir (Egger 2 inci tabi M. 38 nihayeti). Burada da 2 inci evlenmeyi muteber tutmak üzere boşanma hakkında bir iade kabul etmemek daha uygun görünmektedir.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

Otelcilerin mes'uliyeti hakkında üniform kanun projesi

Yazan: Avukat *M. N. DEVRES*

Milletler cemiyetince « Beynelmilel satım » a dair hazırlanmış bir üniform kanun projesi ile mucib sebeblerini Adliye ceridesinin birincikânun 1936 nüshasında neşredilen bir yazımda bütün tafsilâtile naklet-mişdim.

Bu yazımda yine Milletler cemiyetinin hazırlamış olduğu hususî hukuka aid ve «yolcuların otellere getirdikleri eşyanın hasara uğramasından veya zayi olmasından dolayı otelcilerin mes'uliyeti hakkında üniform kanun projesi » unvanını taşıyan bir proje ile mucib sebeblerini ihtiva etmektedir.

Her iki proje yeni Ticaret kanunumuzda ehemmiyetle nazarı itibare alınacak mahiyettedir.

« Beynelmilel satım » a mütedair yazımda o projede kabul edilen itimad mektubu hükümlerinin memleketimizde kanun halinde tatbikinden hasıl olacak menfaatlara işaret ederek meseleyi Adliye vekâletinin yüksek takdirine arzetmişdim. Bu noktada bir az daha durmak isterim:

İtimad mektubu usulü, hâlen cari olduğu anglo-sakson memleketlerinden İngiltere'de yalnız idhalât ticaretinde, Amerika'da ise idhalât ticaretinden başka bir de otomobil endüstrisinin dahilî satışlarında tatbik edilmektedir. Amerikalıların pratik zihniyeti otomobil endüstrisini dahilî satışlarda bu usulden çok müstefid etmiş, dahilî sarfiyat itibarile büyük bir inkişafa mazhar kılmışdır.

Bizde itimad mektubu usulünün tatbikile idhalât ticaretimize bahş-edeceğimiz kolaylıklardan başka millî endüstrimize mühim istifadeler te-

min edebiliriz. Adliye ceridesinde ve hukukî bir sahada bu meselenin iktisadî cebhesini mevzuubahs etmek belki yersiz görülür. Onun için bu hususdaki düşüncelerimi yalnız istitrad kabilinden ve muhtasaran arzedeceğim.

İtimad mektubu usulü kısaca şudur:

İdhalât tüccarı sipariş ettiği emtianın dokümanlarını hâmil bulunan bankere müracaat eder ve « bu dokümanları ve gümrükden emtiayı tesellüm ettikden sonra o emtiayı ve satışdan sonra da emtia bedelini yediemîn sıfatile bankanın emrine amâde bulundurmağı teahhüd ettiğini» mübeyyin bir sened imza ederek bankere verir ve mukabilinde dokümanları alarak emtiayı gümrükden kaldırır mağazasına veya deposuna nakleder sattıkca parasını bankaya getirir hesabını kapatır böylece işini tedvir ve kazancını temin eder.

Şübhesizdirki ticarî sermayesi pekde bol olmıyan bir memleketde bu noksanı telâfiye hizmet eden her vasıtayı ehemmiyetle mütalâa etmek zarureti vardır. Emniyet ve itimadı valörize eden itimad mektubu usulünü bu noktai nazardan ihmal etmemek ve bilâkis bundan menfaat teminine çalışmada isabet olur kanaatındayım.

Bu usule uygun olarak finanse edilecek işlerde bankalar başlıca şu teminat ile müemmen bulunacakdır.

a) Maddî ve kanunî teminat; itimad mektubunda yazılı emtia her zaman bankanın emrine amâdedir. Banka nezaman isterse bu emtiayı geri alabilir. Tüccar emtiayı satınca parasını bankaya vermeğe mecburdur. Bu kimse bankanın emîni ve yediadlidir. Teahhüdlerine muhalif hereketi cezaî mesuliyeti müstelzemdir. Bankanın bu teminatı tüccarın acze düşmesi ve iflâs halinde dahi bütün üçüncü şahıslara karşı bakî ve muteberdir.

Bu hükümler bankaların tasavvur edeceği ve istiyebileceği azamî bir kanunî teminatdır.

b) Tüccarın malî vaziyetinden başka bankaca malûm olması icab eden mazisi, işine vukufu ve bilhassa ahlâk ve seciyesi gibi manevî teminat. Bunlar birincisinden az kuvvetli değildir.

İtimad mektubu memleketde kredi sahasını genişletmek ve daha doğ-

rusu tamamen yeni bir kredi sahası meydana çıkarmakla kalmıyacak tabiatile şahsî teşebbüse de çok müsaid bir hava yaratacakdır-

Millî müesseselerimizde yetişmekde ve muhtelif çalışma şübelerinde tecrübe ve mümasere elde etmekde olan gençlerimiz için vukuflarının, temiz mazi ve seciyelerinin müstehak olacağı itimad ve emniyetin serbest ve ilerisi çok açık bir çalışma sahasında kendilerine daha cevval ve daha müsmir bir hayat hazırlamasının ferdî refah ve umumî inkişaf bakımından mes'ud neticelerini tasavvur etmek müşkil değildir.

Tahsil çağında olan gençlerimiz için de şerefli, namuskâr ve dürüst bir mazinin temin edebileceği müreffeh bir istikbalin canlı örneklerini göz önünde bulundurmakdan haklı olarak beklenecek terbiyatkâr hizmetler elbet ehemmiyetsiz değildir.

Aşağıda tafsilâtı gösterilen otelcilere aid kanun projesi hükümlerine gelince bunlar da ilmî ve hukukî kıymetden başka turizm noktai nazarından ayrı bir faideyi haizdir. Projenin mucib sebeblerinin mütaleası bu kanaatı vermektedir.

RAPOR

« Hususî Hukukun tevhidi Roma beynelmilel Enstitüsü»ne 1932 de otelcilik beynelmilel alyans tarafından edilen müracaatda yolcuların otellere getirdikleri eşyanın ziyaı veya hasara uğraması halinde otelcilere terettüb edecek mesuliyt meselesinin tedkiki temenni edilmişdi.

1 — Otelcilik alyansının bu müracaatı mesele hakkında üniform bir kanun bulunmasının faidesini muhakkak bir suretde isbat etmektedir. Filhakika bütün memleketlerde ayni bir kanunî rejimin vücudu ihtiyacı, bir çok büyük kumpanyanın faaliyet icra etdikleri muhtelif memleketlerdeki otelciler mahafilinde şiddetle his edilmekde ve ayni rejimin teminile bu kumpanyaların idaresinde husule gelecek sadelik bilhassa otelcilik işinden mütevellid tehlikelere karşı daha müsaid şartlarla ve tek sigorta mukavelesi akdetmek imkânını bütün otelcilere bahşedeceği için çok menfaatlı görülmektedir.

Diğer tarafdan şüphesizdirki yolcu içinde eşyalarının her yerde çalınmı-

738

ya veya başka kazalara karşı üniform bir suretde himaye edileceğini bilmek ve haklarının şümulüne her zaman sahih olarak vakıf olmak herhalde çok faideli olacakdır. Ve yine muhakkakdırki gittikce daha fazla beynelmilel olmağa temayül eden turizmin şimdiki vaziyetinde bu netice pek büyük bir ehemmiyeti haiz olacak, turizmin inkişafı üzerine müsaid bir tesir icrasına kadar varacakdır.

Bu sebeblerle Enstitü otelcilerin mesuliyetine dair bir etüdün hakikî bir ehemmiyet arzettiğine kani olmuş ve otelcilik beynelmilel alyansına — icra komitesinin Gratz de Mayıs-1932 deki ictimaı esnasında — tebliğ ettiği umumî mahiyetde ilk bir rapor tanzim etmişdir.

Bu etüdden anlaşılıyorki, modern kanunlar ilk önce Roma hukukunun ilhamları altında ve bir de asıl otelciler sınıfına karşı emniyetsizlik saikasile hadiseyi otelciler için çok gayri müsaid suretde nizamlandırarak bunların mesuliyetini emanetden doğan mesuliyete kıyas etmiş iken son elli sene zarfında hareketlerini derince tâdil etmişler ve alâkadar mahafilden gelen taleb ve temennilerin tesiri neticesi olarak otelcilerin mesuliyetini tahdid ederek bunlar hakkında tesbit edilmiş bulunan istisnaî hükümlerin artık modern hayat şartlarına tekabül etmediğini kabul eylemişlerdir.

Devletler muhtetif sistemler takib etmekle beraber otelcilerin mütehammil bulundukları objektif mesuliyetin yani kendilerinden sadır olmuş herhangi fiil haricinde mâruz bulundukları mesuliyetin derecesini âzami bir had ile tahdid etmişler ve binnetice gayri mahdud musuliyetin tatbiki sahasını çok hisedilecek suretde daraltmışlardır.

Almanya ve İsviçre gibi bâzı devletler hususî hukuklarında yapdıkları radikal tadiller dolayisile ve yahud hususî hukuklarını kanun haline ifrağ etmeleri münasebetile bu ıslahı yapmışlar, İngiltere; Belçika; Fransa ve İtalya gibi diğer devletler de bu babda hususî kanunlar neşretmek suretile mer'î kanunların tâdilini kezalik zaruri görmüşlerdir. Şimdiki kanunların ekserisinin otelcilere daha elverişli prensiplerden mülhem bulunması keyfiyeti ortada muhtelif millî kanunların bulunması hususunun bu temayüllere daha uygun bir beynelmilel kanun projesi kararlaşdırmağa ciddî bir mâni teşkil etmiyeceği kanaatına vardırmaktadır.

Mesele hakkında üniform bir kanunun lüzum ve imkânı Enstitü tarafından rapora müsteniden tanzim edilen bir sual varakasına otelcilik alyansının millî odaları tarafından verilen cevablarla da te'yid edilmiş bulunuyor.

Bütün bu tedkikler ve sual varakasına verilen cevablar üzerine Enstitü reisi D'Amelio tarafından tayin edilen bir komite Roma'da 3-5 İlkteşrin 1934 de akdettiği üç celsede meseleyi tedkik ve bir üniform kanun projesi tanzim etmiş ve bu proje Enstitü müdürlük meclisi tarafından 5 İlkteşrin 1934 celsesinde tasvib edilmişdir.

Komite şöylece teşekkül etmiş idi :

Reis : İtalya Krallğı Temyiz mahkemesi birinci reisi Ekselâns Mariano D'Amelio.

Âza : Beynelmilel Adalet daimî divanı reisi Ekselâns Cecil Hurst.

Âza : Paris Hukuk fakültesi profesörü ve Fransız Enstitüsü âzası Henri Capiton.

Âza: Otelcilik Beynelmilel Alyans reisi, otelcilik ve turizm faşist federasyonu reisi Cesare Pinchetti.

Âza : İsviçre otelleri cemiyeti reisi H. Seiler.

Âza: Hususî Hukukun tevhidi beynelmilel Enstitüsü kâtiplerinden Sevilli — Irelli, Baldoni Ficker.

2 — Enstitünün projenin tanziminde halletmek mecburiyetinde kaldığı esaslı problem mesuliyet maddesine kabul edeceği prensipden ibaret olmuşdur.

Enstitü şimdiki hayat şartlarile artık hemâhenk olmıyan emanet prensibine müstenid hertürlü mütaleaları bir tarafa bırakarak modern kanunların şimdi kabul etmekde oldukları hâl üzere gayri mahdud mesuliyetetle mahdud mesuliyet sistemlerinden birini ihtiyar etmek mecburiyetinde kalmışdır.

Nazariyatda birbirile okadar derinden birbirine tezad halinde bulunan bu iki sistem bu kanunlarda mutlak bir suretde tâkib edilmiş değildir. Almanya, Belçika, Fransa ve Lüksemburg da kabul edilen sistem mesuliyetin muayyen bir meblâğ ile mahdudiyeti sistemidir.

740

Para ve kıymetli eşya için bunlar otelcilere veya müstahdemlerine hakikatda tevdi edilmiş olmadıkca otelcinin mesuliyeti muayyen bir meblâğ ile mahduddur.

İngiltere, İtalya ve İsviçre de carî olan sistem ise yalnız eşya doğrudan doğruya otelciye teslim edildiği zaman değil otelci bunları alıp muhafazadan imtina ettiği ve nihayet ziya veya hasar otelcinin veyahud mesul bulunduğu kimselerin hatasından neş'et etdiği takdirde dahi mesuliyetin gayri mahdud olması merkezindedir. Hemen bütün Amerika Konfederasyonu devletleri de yolcunun şahsî eşyası için mahdud mesuliyet prensipini ve kıymetli eşya için otelci yolcuların emrine bir kasa bulundurmadığı veyahud hasar kendi hatasından neş'et ettiği takdirde otelcinin tamamen ve ğayri madud olarak mesul olduğu prensipini kabul etmektedir.

Şu halde denebiliyorki tatbikatda her iki kanun grupu birbirine benzer neticelere varmaktadır. Bu şartlar dahilinde Enstitü en ziyade kanunların kabul etdikleri mahdud mesuliyet sistemini tâkib etmeği tensib etmiş ve ancak modern hukukun otelcilik mesuliyetine benzer bir çok mesuliyet şekillerine esas teşkıl eden meslek tehlikesi prensipinden mülhem olmuşdur. Böylelikle otelcinin objektif ve mahdud mesuliyeti Enstitü tarafından tasvib edilen kanun metninin esaslı prensipi olarak kalmaktadır.

Bu raporda sırf doktrin mütaleatının tefsir be izahından ziyade üniform kanun projesinin hükümlerinin muhteviyat ve şümulünü ve bir de bu projenin nizamlaşdırdığı mutelif noktalar üzerine Enstitüye ilham veren düşünceleri izah etmeğe bakılmışdır.

3 — Proje dokuz maddeyi intiva etmektedir.

Birinci madde Enstitünün kabul etmeği zaruri gördüğü umumî prensipi yani mahdud mesuliyet prensipini vaz'etmektedir.

Kanunda hep otelciden bahsedilmektedir. Bununla beynelmilel nizamdan lokanta, kahvehane, yataklı vagon, tiyatro, aile pansiyonları... ilâh. gibi şu veya bu sebeble otelcik işine hâs mahiyetleri göstermiyen bütün müesseseleri haric bırakmak istenmiştir.

Bir çok kanunlar otelciye aid mesuliyeti yukarda zikredilen sınıfların

241

bazısına veya tamamına teşmil etmekde ise de Enstitü üniform kanunun tatbikı sahasının tahdidi bu kanunun devletlerce kabulünü kolaylaşdıracağı fikrinde bulunmuşdur. Devletlerin bu kanunu otelcilere benzetilmesine müsaid görecekleri diğer bütün sınıflara teşmil etmelerine hiç bir mani yokdur.

Enstitü otelin tarifini yapmak lüzumuna kail olmamışdır. Her halde arzu edilir bir şey olan bu tarif otelcilerce de sarahaten temenni edilmiş ise de bu noktada kanunî bir tarif vücude getirmenin irae ettiği müşkülât - bilhassa otelciliğe müteallik umumî hukuk (polis kanunları, vergi kanunları ve ilâh.) hükümlerinin çokluğu ve ayrılığı sebebile- yenilemiyecek derecede ağır görülmüşdür. O halde otel mefhumunun tayini hâkimin takdirine aid olacakdır.

İsviçre Borçlar kanununun formülünü (487 inci madde) tâkib eden madde yolcu tarafından otele getirilen eşyanın telef olması, hasara uğraması veya çalınması halinde otelcinin mesul olduğunu izah etmektedir.

Objektif mesuliyet mefhumuna tetabuk eden bu formül eşyanın kısmen veya tamamen ziyamdan dolayı buna badî olan sebeb ne olursa olsun otelcinin mesuliyeti prensipini tesbit etmektedir.

Maddenin tanziminde Roma tipindeki kanunlarda bulunan emval tabiri yerine eşya kelimesi istimal edilmişdir. Çünki daha geniş manalı bulunan bu tabir ile otelci yolcunun otele getirdiği her şeyden mesul tutulmak istenmişdir.

Bu kaide o halde 7 inci madde de sarahaten zikredilenler haricinde kalan bütün eşyayı ihata etmektedir.

Enstitü mahdud mesuliyeti bilhassa ehemmiyetli bazı kıymetli eşyaya münhasır olarak tesbit eden ve carî kıymetli diğerleri için de mesuliyeti gayri mahdud bırakan kanunların isrini takib etmemişdir. Gerçi projede bu ağır tefrikden tamamen kaçınılmış değildir. Yalnız o tefrika daha az esaslı bir noktada (madde 2,c) otelcinin bilhassa nezareti altına almağa mecbur olduğu eşyanın tarifi sırasında rast gelinmektedir.

«Nazil olan» tabirinin istimalile yolcunun geceyi otelde geçirmediği takdirde dahi kanunun tayin etdiği mesuliyetin tatbik edilmesi icab ettiği hususunda her dürlü şübhenin izalesi murad edilmiştir. Eğer yerleşdiği tabiri istimal edileydi bu şüphe belki de arız olabilirdi.

742

Maddenin ikinci fıkrası bin altın frank mikdarını mesuliyetin azamî derecesi olarak tayin etmektedir.

Mer'î kanunlarda mesuliyetin tahdidinde carî olan metodlar muayyen bir meblağ tayininden veya odanın ücretini muayyen bir emsal ile darp etmekden ibaret bulunur.

Enstitü zaten halihazırda en az tatbik edilen şekil olmakla beraber meselâ pansiyon veya aile için topdan fiyat tayini veyahud bir turizm acentesı tarafından seyahat ve ikametin bütün masraflarına mukabil topyekûn bir fiyat tesbiti halinde bu fiyatın ne mikdarı oda icarının karşılığı olabileceğini kararlaştırmakdaki müşkilât kabilinden pratik mahiyetde sebeblere mebni ikinci sureti halli ihtiyar etmeyıp birincisini tercih etmeği münasib görmüşdür.

Bin altın frank İsviçre kanununun tayin etdiği meblağdır. Bu meblâğ paraların kıymetden düşmesinden evvel ekser kanunların tayin etdiği hududa az çok tekabül etmektedir. Enstitü projenin birinci maddesinde zikredilen bu altın frank kıymetinin 23 kânunuevvel 1865 lâtin para mukavelenamesinin ikinci maddesinde mezkûr altın frank kıymetine tekabül etdiği mütaleasındadır.

Maddenin formülünde pek açıkca gösteriliyorki azamî bir had mevzuubahsdır. Binaenaleyh yolcunun isbat etdiği hasar bu mikdara baliğ olmazsa otelci ancak yolcunun hakikatda uğradığı zararı tazmin ile mükellef olur.

Mahdud mesuliyet prensipinin istisnaları ikinci maddede gösterilmişdir. Bunlar da meriyette olan bütün kanunların otelciyi gayri mahdud olarak mesul tuttuğu üç halden ibaretdir.

Birincisi: Yolcunun uğradığı zararın otelci veya müstahdemlerinin hatasile husule gelmiş olması halidir. Yolcu hatayı isbat etdiği takdirde otelci artık mesuliyetin mahdudluğu iddiasında bulunamaz. O hudud yalnız meslek tehlikesi mefhumuna dahil olan ahvalde tatbik edilebilir.

Enstitü (otelcinin mesuliyeti ancak ağır hata halinde carî olur) prensipini ihtiyar etmemeği ve hata dereceleri arasında bir tefrik yapmamayı tercih etmiş ve bununla da İngiliz hukukunun Roma hukukundan mülhem kanunlara muhalif olarak hatada derece kabul etmediğini nazarı itibara

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

almışdır. Maddenin tanziminde «müstahdem» tâbiri yerine «mesul olduğu kimseler» kelimeleri kullanılmışdır. Çünki müstahdem tâbirinin en geniş teknik manası kelimenin mutad manasına tamamen tekabül etmemektedir. Otelcinin mesul olduğu kimseler her millî kanunca tayin edilmiş bulunmaktadır. Zaten buna ilâveten denebilirki şimdiki kanunlar bu noktada büyük benzerlik göstermektedir.

İkincisi ki otelciye tevdi edilen eşyaya müteallik mesuliyet halidir, müşkilât arz etmiyor. Filhakika bunda hususî bir vedia mevzuubahsdır ve o halde otelcinin bu kabil akidler için umumen kabul edilen kaidelere tevfikan hududsuz mesul olması tabiîdir. Bu hüküm C harfi fıkrasına tevfikan otelcinin kabule mecbur olmadığı kısım cümlesinden olsa dahi kendisine tevdi edilen bilcümle eşya hakkında tatbik olunur.

Maddede sarahaten beyan edildiği üzere eşya otelcinin mesul olduğu kimseler tarafından alınmış olduğu takdirde de bu hüküm carîdir.

Üçüncüsü : Mahdud mesuliyet kaidesinin tamamen zarurî bir neticesidir. Otelci her eşyanın kendisine tevdiini redetmekde serbest olsa yolcu kıymetce mesuliyetin azamî haddini tecavüz eden eşyanın ziya ve telefine karşı kendisini temin edecek hiç bir vasıtaya malik olmıyacakdır. Ondan dolayı otelci bu eşyayı vedia olarak kabul etmekden imtina etdiği takdirde hududsuz mesul tutulmuşdur.

Diğer taraftan otelcinin hatta kıymetsiz veya çok battal her dürlü eşyayı vedia olarak kabule mecbur tutulması da haklı olmayacakdır. Binaenaleyh enstitü otelcinin işbu mecburiyetinin hududunu tahdide karar vermiş vedia olarak kabule mecbur olduğu kıymetli evrak, her nevi para ve kıymetli eşyayı misal olarak zikretmişdir. Bu son tâbir hattâ kürklere; vesikalara ve saireye de şamildir.

Enstitü çok yüksek fiyatlı eşyayı redetmeğe otelciye müsaade eden bir hüküm kabul etmemişdir. Elde etdiği malûmata göre vardığı kanaat modern hayatın şartları dahilinde otelcinin bu eşyanın muhafazası ve sigortası için icab eden vasıtaları tedarik etmek imkânına her zaman malik olduğu merkezindedir.

Otelcinin vedia olarak kabule mecbur bulunduğu eşyanın tahdid edimiş olması, reddetmek salâhiyetini haiz iken vedia olarak kabul etdiği

eşyadan dolayı tekabül etdiği mesuliyetin hudutsuzluğunu nez'etmez. Bu cihet zaten yukarda zikredilmiş bulunuyor.

Üçüncü madde: Otelcinin her dürlü mesuliyetten berî bulunduğu halleri zikrediyor. Bunlarda zararın mücbir sebeblerle husule gelmiş veyahud bizzat yolcunun veya onu ziyaret eden veya kendisine refaket eden veya hizmetinde bulunan kimseler tarafından ika edilmiş olması halleridir. Mücbir sebeblerden madud olan müşahhas sebeblerin tayininde muhtelif kanun sistemlerinin irae edebileceği ayrılığa rağmen mücbir sebebin her dürlü mesuliyeti bertaraf etdiği prensipinde bütün kanunlar müttefikdir. Bu noktada üniform kanun umumen kabul edilmiş bir kaideyi tekrarlamadan başka bir şey yapmiyor.

Bu maddenin diğer faraziyesi için hüküm aynıdır. Bütün kanun sistemleri tesbit ediyorki zarar yolcu veya kendisile bazı münasebatı bulunan kimseler tarafından ika edilmiş olduğu takdirde yolcu hiç bir tazmin istiyemez. Yalnız onun müstahdemleri değil kendisine refakat eden veya onu ziyaret eden bütün kimseler fiilleri ile otelcinin mesuliyetini ref'ederler. Hata mefhumu hakkında münakaşaya meydan vermemek ve her halde yolcu veya yukarda zikredilen kimselerin hatasız dahi olsa fiillerinden otelcinin mesul olmadığını tesbit etmek için «Yolcunun hatası» tabiri yerine «yolcunun fiili» tabiri tercih olunmuşdur.

İsviçre Borçlar kanununun (madde 489), alman Medenî kanununun (§ 703), 12 Teşrinievvel 1919 italya kanununun (madde 13) ve fransız- italya Borçlar kanunu projesinde (madde 669) birbirine benzeyen hükümlerinden iktibas edilmiş olan dördüncü madde tefsire muhtac değildir.

Bu madde yolcuyu uğradığı zarara ıtlamı müteakib bunu otelciye bildirmeğe mecbur tutmakta ve aksi takdirde üniform kanundan mütevellid hukukundan mahrum kılmaktadır. Hüsnüniyeti himaye maksadile vaz'edilmiş olan bu kaide otelcinin ancak teehhürsüz zarardan haberdar edildiği takdirde zararın mahiyet ve şümulünü kontrol etmek iktidarında olduğu ve yolcunun eşyasının telef veya hasarına ıttıla kesbeder etmez bunu bildirmemek için muteber hiç bir sebebi olmıyacağı mülâhazası ile kabul edilmişdir.

Beşinci madde : Otelcinin mes'uliyetini ref veya tenkis edici mukavelelerin butlanı prensipini vaz'ediyor. Bu hüküm bazı kanunlarda tasrih edilmiş kaidelere ve bu hususda sarih kanun hükümleri bulunmıyan bazı memleketlerdeki mahkeme içtihadları temayülüne tekabül etmektedir. Enstitü birçok hallerde zaten bu mukaveleler yolcu tarafından tamamen serbest bir halde akdedilmiş olamıyacağı mütaleasında bulunmuşdur.

Altıncı madde : Üniform kanunun tasrih etdiği mes'uliyetin yolcu eşyasınının otele girdiği anda başladığını ve bu eşyanın otelden çıkdığı anda da hitam bulduğunu tesbit ediyor.

Birinci noktada Enstitü alman kanunu ile isviçre mahkemeleri içtihadının otelcilik mukavelesinden mütevellid mes'uliyetin eşyanın otel müstahdemlerine veya ahval ve şeraite göre otelcilerin eşyalarını garda almağa memur addedilmesi icabeden kimselere tesliminden itibaren başladığı merkezinde olan hal suretinden uzaklaşmış ve Roma ve anglo — sakson hukuku sistemini takib etmişdir. Enstitü bu tercihi aşağıdaki mülâhazalara mebni yapmışdır :

Herşeyden evvel, çünki eşyanın garda tesellümünden otele nakli anına kadar otel müstahdemlerince tipik otelcilik işi yapılır değildir. Esasda bir nakil mukavelesi mevzuubahsdirki otelcilik mukavelesine bizzarure bağlı bulunuyorda değildir. Çünki ekseriya öyle olurki yolcu bir otelde yerleşmek niyetinde iken sonradan o otele inmeyiveriyor.

İkinci derece de, çünki kanunlarında zahiri hal nazariyesini kabul etmiş devletlerde eşyanın garda ahval ve şeraite göre yolcuların eşyasını tesellüme memur addedilebilecek kimselere tesliminden dolayı dahi otelcinin mes'uliyeti prensibinin kabul etdirilmesi kolay olmayacakdır. Zaten şu noktaya işaret edilebilirki bu son hal haricinde Alman ve İsviçre sistemi ile Roma Anglo — Sakson hukukunun takib etdiği sistem arasında pratik büyük bir fark yoktur. Çünki Roma hukukuna göre nakil mukavelesinden veya Anglo — Sakson hukukuna göre icar mukavelesinden tevellüd eden gayrı mahdud mes'uliyete ekser ahvalde cari olduğu gibi ziya' memurun hatasından neş'et ettiği takdirde Alman hukukuna göre otelcinin gayri mahdud mes'uliyeti tekabül etmektedir.

Tabiî üniform kanunun tasrih etmediği ahval için bu hükümleri tevsi

746

etmekde devletler serbestdir. Maddede kabul edilen prensip yolcu hakikaten otele nazil olmak şartileevvelden göndermiş olduğu eşya hakkında dahi tatbik olunur. Doğrusunu söylemek lâzımsa yolcu otele yerleşmeden evvel otelcilik akdi mevcut değildir. Fakat sonradan tezahür eden otelcilik akdine bağlı bulunan, evvelden gönderilmiş bağaj vediası akdinin fer'î mahiyet sebebile ayni kaideye tâbi tutulması münasip görülmüşdür. Eğer bilâkis yolcu otele nazil olmayıverirse vedia tamaman müstakil bir mukavele olarak tebarüz eder ki, o halde keyfiyeti vedia akdine müteallik kaidelere tâbi tutmamak için hiç bir sebep yoktur.

İkinci noktada; yani üniform kanunun vaz etdiği mes'uliyetin bitdiği ân hakkında enstitünün ihtiyar etdiği sureti hal yolcunun azimetinden sonra ve fakat eşyanın otelden dışarı çıkmasından evvel otelcilik akdinin hitam bulmuş değil yalnız otelciye karşı yolcunun eşyasını muhafazaya tenezzül etmiş addedilmesi icap ettiği esasına istinad etmektedir.

Yedinci madde : Üniform kanun hükümlerine otelcinin müşterilerinin emrine vaz etdiği mahallere alınan araba, otomobil, hayvan gibi eşyaya tatbik edilmediğini tesbit eder.

İsviçre hukukunun takip etdiği prensip hilâfına olarak bu sureti hal tercih edilmişdir.

Evvelâ çünki aksi takdirde otelciye aid mes'uliyetin azamî haddi çok yükseltilmiş olur. Ve saniyen cünki otellerin garajlarını diğer her hangi garajların tâbi olduğundan başka bir kanunî rejime tâbi tutmak münasip görülmemişdir.

Enstitü otelcinin hapsi hakkını kanunlaşdırmakdan çekinmişdir. Şu sebeble ki bu hak aynı haklar mevzuuna taallûk etmektedir. Ve hususî bir mevzuu alâkadar eden üniform bir kanunun böyle bir noktaya temas etmemesi lâzımdır. Binaenaleyh yedinci maddenin ikinci fıkrası otelcinin hapis hakkıyle alakoyduğu yolcu eşyasına müteallik mes'uliyetinin bu kanunda vaz edilen mes'uliyetle hiç bir münasebeti olmadığı hususunda her türlü şüpheyi izale etmek maksadile ilâve edilmişdir.

Bu sarahrt faidesiz değildir. Çünki birçok kanunlar otelcinin hapsi

hakkından yolcunun otele getirdiği eşyaya ait otelcinin mes'uliyetile ayni zamanda bahsetmektedir.

Sekizinci madde : Üniform kanunun tatbik edilmediği ahvalde otelcinin mes'uliyetinin millî kanuna tâbi olduğunu tesbit ediyor. Belki de tamamen lüzumlu olmayan bu hüküm bu kanunun tatbik sahası haricinde otelcinin mes'uliyetsiz değil millî kanun prensiplerine tâbi olduğu hususunda hiç bir şüphe bırakmamak maksadile tasrih edilmişdir. Millî kanundan maksad hususî hukuku düvel kaidelerine göre tayin edilen kanundur.

Dokuzuncu madde: Otelcinin mes'uliyetini tahdit eden kanunların tatbikini otelin medhaline veya holünün görünür bir yerine bu kanunların bir hülâsası talik edilmiş bulunmasına mütevakkıf tutan Anglo- Sakson memleketleri tarafından üniform kanunun kabulünü teshil etmek maksadile vaz edilmişdir.

Bu madde aynı prensibi benimseyerek kanunun yolcularca varılabilecek otelin bir yerine talik edilmesi icab etdiğini tesbit etmektedir.

Varılabilecek tâbirinden yolcuların normal olarak girdikleri bir yer kasd edilmektedir. Otelci işbu hükümle tasrih edilen taliki ihmal ederse işbu kanunun vazetdiği mes'uliyete tâbi kalmakla beraber tahdid hakkındaki kaideleri def'an dermeyan edemez.

Otelcilerin nazil oldukları otellere getirdikleri eşyanın hasara uğramasından veya telef ve ziyaından dolayı Otelcilerin mes'uliyetine dair bir üniform kanun projesi

Madde: 1 — Otelciler yolcuların nazil oldukları otele getirdikleri eşyanın telef olmasından veya hasara uğramasından veya çalınmasından dolayı mes'uldürler. İşbu mes'uliyet bin altın frankla tahdid edilmişdir.

Madde: 2 — Otelcinin mes'uliyeti her halde hudutsuzdur.

a — Hasar otelcinin veya mes'ul olduğu kimselerin hatasından husule gelmiş ise

b — Eşya otelciye veya mes'ul olduğu kimselere tevdi edilmiş ise

c — Otelci kabule mecbur olduğu eşyayı vedia olarak tesellümden

imtina etmiş ise otelci kıymetli evrak, her nevi paralar, kıymetli eşya gibi şeyleri kabule mecburdur.

Madde: 3 — Otelci mes'ul değildir. Eğer hasarın,

a — Bizzat yolcunun veya onu ziyaret veya ona refakat eden veyahut hizmetinde bulunan kimsenin fiilinden;

b — Bir mücbir sebebden;

Husule geldiğini isbat ederse.

Madde: 4 — Yolcunun işbu kanunda nizamlaştırılan hakları sakıt olur. Eğer uğradığı zarara muttali olduktan sonra bunu teehhürsüz otelciye ihbar etmezse.

Madde: 5 — Otelciyi mes'uliyetden berî kılmağa veya mes'uliyetini tenkıs etmeye mütemayil her mukavele hüküm ifade etmez.

Madde: 6 — İşbu kanunun hükümleri eşyanın otele girmesinden itibaren tatbik olunur. Yolcu eşyasını önceden otele göndermiş olur ve fakat kendisi nazil olmazsa bu hükümler tatbik edilmez. Bu kanun hükümleri eşyanın otelden çıkdığı andan itibaren tatbik edilmez.

Madde: 7 — Bu kanun hükümleri otel tarafından emre vaz edilen otel müştemelâtın aveya mahallere alınan, araba, otomobil, hayvan gibi şeylere tatbik edilmez.

Hapis hakkiyle alıkonulan yol eşyasına müteallik otelcinin mes'uliyeti için de hüküm böyledir.

Madde: 8 — Millî kanunun işbu kanunda tayin edilmeyen bütün hallere mütedair hukümlerinin cereyanı bakidir.

Madde: 9 — Otelci işbu kanunu yolcularca varılabilecek bir mahalle talik etmediği takdirde hükümlerinden istifade hakkını kaybeder.

749

No: 29

Adam öldürmek cürmü ve müessir fiiller ne suretle ve ne gibi vasıtalarla işlenebilir ?

Yazan:
A. Rifat ALABAY

Adam öldürmek cürmünde ölümün, müessir fiilde zararlı veya tehlikeli neticenin failin fiilinden tevellüd etmiş olması lâzımdır, yani adam öldürmüş veya müessir bir fiil işlemiş denebilmesi için netice ile failin fiil ve hareketi arasında sebebiyet (illiyet) rabıtası bulunmalıdır. Netice failin fiilinden tevellüd etmedikçe yani netice ile fiil arasında sebebiyet rabıtası bulunmadıkça cezalandırılamaz. Sebebiyet rabıtası yalnız adam öldürmek cürmünün ve müessir fiillerin değil, diğer bütün suçların da esaslı bir unsurudur. Cürümlerde (kasdî, gayrı kasdî, maksadı tecavüz eden cürüm) ve kabahatlerde ilk aranacak unsur bu maddî sebebiyet rabıtasıdır. Diğer unsurlar bundan sonra aranır [1]

Suç teşkil eden zararlı veya tehlikeli netice ne vakit failin icraî veya ihmalî fiil ve hareketinin neticesi oluyor? Diğer tabirle ne vakit failin fiili ile netice arasında sebebiyet rabıtası mevcud denebilir?

---

[1] Cezacılar, bilhassa İtalyanlar, bu unsuru hataen işlenen cürümler (gayrı kasdî, taksirli) dolayısile mevzuubahs etmişler ise de bu unsur, söylediğimiz veçhile, yalnız bu nevi cürümlere münhasır olmayıp diğer bütün suçlara da şamildîr. Cezacıların hataen işlenilen cürümler münasebetiyle bu unsurla meşgul olmalarının sebebi aşikârdır: Kasdî cürümlerde failin fiili ile netice arasındaki sebebiyet rabıtasının tayininde müşkülâta tesadüf olunmaz. Ortada kasıd mevcud olduğu için fiil ile netice arasındaki bu rabıta kolaylıkla tesbit edilebilir. Fakat hataen işlenilen suçlarda ise sebebiyet rabıtasının tesbiti o kadar kolay değildir. Çünki netice failin kasıd ve niyeti hilâfına olarak hasule gelmişdir. Bunu, fiilinin neticesi diye bir kimseye atfetmek ve onu sebeb olarak göstermek zordur. Ekseri ahvalde failin fiili ile diğer bir çok mütenevvi ve haricî unsurlar da (tabiî hadiseler veya beşerî fiiller ve saire) birleşiyor ve birbirine karışıyorlar.

750

Sebeb, neticeyi tevlid için zarurî ve kâfi olan şart veya şartların hey'eti mecmuasıdır. Bu prensip bize sebebin ne olduğu hakkında bir fikir veriyor. Fakat sebebin (illetin) zarureti ve kifayeti unsuru nasıl tayin olunabilir ?

Neticeyi tevlid için zarurî ve kâfi fiillerin kemiyetini (quantità) takdirdeki kıstasın esası objektif bir kriteriyum olmalıdır. Failin izhar eylediği fiil veya fiiller objektif bir takdir esasına müsteniden neticeyi tevlide kâfi addolunur [1].

Fiil ile netice arasındaki münasebet aynı zamanda bir keyfiyet münasebetidir (La correlazione qualitativa). Fiilin veya kullanılmış olan vasıtanın vasıf ve mahiyeti daima suçun sureti ikaiyle alâkadardır. Sebebin netice ile mütenasib olmasında nisbî, fiilî bir kriteryum hâkimdir. Aynı kriteryum, kullanılan vasıtanın suç işlemeğe elverişli (sâlih) olup olmadığını tayinde de muteberdir. Bir suça nazaran ihzarî mahiyetde olan bir fiil diğer bir suça nazaran icraî mahiyetde olabilir. Bir neticeye (suça) göre elverişli olmıyan bir hareket (action) diğer bir neticeye göre elverişli olabilir.

Haddizatında elverişli olan bir fiil, sonradan inzimam eden diğer bir sebeb dolayısiyle sebeb olmak kuvvet ve kudretini gaip edebilir. Suçlunun ihtiyarında olmıyan bir sebepden dolayı elverişli olan fiil tamamiyle kâfi ve müessir olamıyarak cürmün teşebbüs derecesinde kaldığı vakidir.

Aksyonun (fiil ve hareket) bidayetinde, onun tesirini bertaraf eden bir sebeb takaddüm veya terafük ederse ilk sebebin (causa iniziale) suçu tevlide sâlih olup olmadığı fiilî bir takdirle anlaşılır. Bu da, o muayyen hukukî vaz'iyetin kendisinden tevellüd eylediği bütün unsurlar hakkındaki sırf nisbî olan bir hükme müsteniddir.

Haddizatında elverişli olmıyan bir vasıta başka bir sebebin müdahalesi yüzünden veya hedefin (sujet passif) vaziyeti dolayısiyle sebeb olabilecek bir kudret iktisap edebilir. Meselâ şeker haddizatında bir suç vasıtası olmadığı halde hedefin şeker hastalığına mübtelâ bulunmasından

---

[1] Sebebiyet rabıtası hakkında bir çok nazariyeler vardır.

Maksadımız bu mevzu hakkında hususî tedkikat yapmak olmadığı için bu nazariyeleri zikretmiyoruz.

751

dolayı sıhhatini, hayatını tehdid eden bir vasıta olabilir. Bu gibi hallerde dahi vasıtanın elverişli olup olmadığı hakkındaki hüküm ve takdir yukarıda arzedilen fiilî ve nisbî kriteryuma istinad eder. Buradaki takdirde, fiilin vukuunda iştirâkleri sebketmiş olan bütün hallerin hususî suretde tedkiklerine mütevakkıfdır.

Suç tevlid eden fiil ve hareket, malûm olduğu üzere, icraî olduğu gibi ihmalî de (omission) olabilir. Bu halde yine sebebiyet rabıtası mevcuddur. Ademi ifanın (omission) diğer hususî bir şekli daha vardır. O da «men'ine hukuken mecbur olduğu hali men'etmemekdir». Bu halin neticeyi tevlid ile yani suçu ika ile müsavi bulunduğuna dair yeni italyan Ceza kanununa hüküm konmuşdur (madde: 40 son fıkra). Bu gibi sırf atalet halinde (inaction) failin vaziyeti ile netice arasında maddî bir sebebiyet rabıtası yoksa da kanun fiile mani olmak maksadiyle harekete geçmeğe hukuken mecbur olan failin hali ataletde kalmasını hukuken ve cezaen haksız bir ihmal (omission) olarak telâkki etmişdir. Bu halde ihmal doğrudan doğruya sebeb değil, dolayısıyledir (indirect). Meselâ suda boğularak ölen bir adamın ölümünde ölüm sebebi boğulmadır (doğrudan doğruya = direct) yoksa ona yardım etmek mecburiyetini deruhde etmiş olan kimsenin yardımı esirgemesi değildir (dolayısiyle sebeb = indirect).

Buradaki hukukî mecburiyet yalnız cezaî müeyyede ile tey'id edilmiş olan mecburiyet değildir. Çünki bu mecburiyet cezaî de olmayabilir: Hukuku âmmeden, ve hususiyeden, kanundan, âdetden ve hattâ akidden de doğabilir. Meselâ bir süd anne südiyle beslemeği taahhüd ettiği halde süd vermeyerek çocuğu öldürürse, bir yüzücü yüzmek bilmiyen bir kimseye tehlike halinde yardım etmeği taahhüd eylediği halde bilâhara yardım etmemesi yüzünden o kimse boğulursa mukavele ile deruhde etdikleri mecburiyete muhalif hareket etmiş olmalarından dolayı cezaen mes'ul olurlar. Bir yol bekçisi demiryolu üzerine düşmüş bir kaya parçasını görüyor. Bir az sonra oradan bir tiren geçeceğini ve bir kaza vukubulacağını bildiği halde o kayayı kaldırmıyor ve kaza da vukubuluyor. Bu bekçinin kayayı kaldırması vazifesi idi. Bunu yapmağa hukuken mecbur idi [1].

[1] Hırsızları hırsızlık yaparlarken gördüğü halde menetmeyerek atıl duran bir zabıta memurunun vaziyeti Fransız doktrin ve mahkeme içtihatlarında en çok münakaşa edilen hallerden birisidir.

352

Ceza kanunumuzda sebebiyet rabıtasını ve failin fiil ve hareketine diğer sebeblerin inzimam ve terafük etmesi hallerini tanzim eden hususî bir hüküm yokdur. Ancak 45 inci madde ile 451 ve 452 inci maddelerden istinbat edilmektedir. Yeni italyan kanununun umumî hükümler kısmında bunlar hakkında hususî hükümler konmuş ve ayrı prensipler kabul edilmişdir (40 ve 41 inci maddeler).

Filozofları, natüralistleri ve hukukcuları çok uğraştırmış ve uğraştırmakda bulunmuş olan sebebiyet rabıtası hakkında hususî tetkikat yapmak maksadında bulunmadığımızdan fazla tafsilàta girmeyoruz. Kullanılan vasıtalarla alâkadar olduğu için pek muhtasar bir suretde olsa bile sebebiyet rabıtasına temas etmek zaruretini hissetdik.

*
* *

Adam öldürmek cürmü ve müessir fiil ne gibi vasıtalarla işlenebilir? Bu suçların manevî vasıtalarla işlenmesine imkân varmıdır?

Adam öldürmek cürmünü tarif eden ceza kanunumuzun 448 inci maddesi «her kim bir kimseyi kasden öldürürse» diyerek yalnız neticeyi yani ölümü göz önünde tutmuş ve vasıtalardan hiç bahsetmemişdir. Kullanılan vasıtaların mahiyeti cürmün tekevvününde müessir değildir.

Adam öldürmek cürmü, müsbet ve icraî fiillerle (meselâ silâhla, zehirle ve saire ile) işlenebileceği gibi menfi fiil ile, ihmal ile de (meselâ yemek vermemek, lâzımgelen tedaviyi yapmamak, yeni doğmuş çocuğun göbeğini bağlamamak ve sair suretle) işlenebilir.

Aynı suretle direct vasıtalarla yani doğrudan doğruya mağdurun vücuduna müteveccih fiil ve hareketlerle, indirect vasıtalarla (meselâ kendi kendini idareye muktedir olmayan kimseleri terkle, soğukda, güneş altında ve hastalıklı bir yerde bırakmak, birisine bir köpeği hucum etdirmek ve sair suretlerle) ika olunabilir.

Maddî vasıtalarla olduğu gibi manevî vasıtalarla da (korkutmak suretile ve saire) işlenebilir. Binaenaleyh cezayı teşdid eden bir sebep olarak ayrıca kanunda nazara alınmadığı takdirde (meselâ 449 uncu maddenin 3 üncü bendindeki zehirlemek suretiyle) adam öldürmek cürmünü ika için kullanılan vasıtalar arasında hiç bir fark yokdur.

753

Borri Tıbbı adlî kitabında şöyle diyor: «Şiddetli manevî teessürler (İmpressioni morali) gerek maddî şiddetle müterafik olarak veya olmayarak sıhhate zarar irâs edebilir. Hattâ ölüme de sebep olabilir. Bu haller gerek ruhî sahada gerek organik hayat sahasında asabın vazifelerini ifadaki teşevvüşatdan, ihtilâtdan (perturbamenti della funzionalità nerwose) ileri gelir».

Tıbbı adlî hocalarımızdan Fahri de «şedit heyecanlar, büyük teessüratı ruhiye de bir nev cerhiyeti ruhiye husule getirerek nehi asabî ile mevti nagihânî tevlid edebilirler». «Şedid teheyyücat ve ziyade ihtilâti ruhiyenin nehi asabî ile gaşi ve hatta mevti nagihânî husule getirdiği görülmüşdür» diyor, bir çok misaller zikrediyor [1].

Ceza Profesörü Manzini de diyor ki: «Katil, mutad olduğu veçhile maddî vasıtalarla işlenebileceği gibi manevî vasıtalarla da işlenebilir. Bir şahsının ifrat ve tefrit derecedeki şiddet tessür hali (L'azione di violente emozioni steniche o asteniche) ölümü intaç edebilir. Bu hal, fizik şiddetle müterafük olarak veya olmayarak ya cerhiyeti ruhiyenin (Trauma psichico) tevlid eylediği hastalık, ya evvelce mevcud olan hastalığın şiddetlenmesi veya gizli bulunan bir hastalığın derhal tezahürü neticesi olarak ölüm tahakkuk edebilir. Tessürü mucib olan fiilin katil kasdiyle yapılıp yapılmadığının, terafük etmiş diğer sebeplerden ileri gelüp gelmediğinin tahkik edilmesi lâzımdır. Manevî unsur araşdırıldıkdan ve mevcudiyetleri anlaşıldıkdan sonra hakikî bir katlin mevzuubahs olduğundan şüphe edilemez. Hattâ bu gibi hallerde mağdurun çekdiği iztirap ve failin redaeti daha büyükdür. Çünkü ölüme öyle bir azap ve işkence takaddüm etmişdir ki bunun dehşeti verdiği neticeden pek iyi anlaşılıyor» diyor [2].

Eserlerine müracaat ettiğimiz diğer adlî tabipler ve cezacılar arasında katil fiilinin manevî vasıtalarla işlenemeyeceği fikrinde bulunan birisine tesadüf etmedik, bilâkis hepsi manevî vasıtalarla ika edilebileceğinde müttefikdirler. Silâhla bir katil fiilinin ika edilip edilmeyeceği nasıl

---

[1] Tıbbı adlî, Ankara Hukuk Fakültesi neşriyatı.

[2] Trattato di diritto penale, cild VII, sahife 14 ve 15.

754

münakaşa götürmez bir hakikat ise manevî vasıtalarla da işlenebileceğini öyle bir hakikat olarak kabul etmektedirler. Çoğu mütalâa bile yürütmeksizin «maddî ve manevî vasıtalarla işlenebilir» diye kat'î suretde beyanla iktifa ediliyorlar [1].

Yabancı memleketlerin mahkeme içtihadları da bu merkezdedir. [2]

Manevî vasıtalarla adam öldürmek cürmü işlenebileceğinde tereddüde mahal yokdur. Daha ziyade ölüm ile kullanılan manevî vasıtalar arasındaki sebeb ve netice rabıtasını kat'î suretde isbat etmek imkânı üzerinde şüphe edilebilir. Maddî vasıtaların ekserisinin istimal suretleri basit ve malûm kanunlara tâbidirler. Bu itibarla onları kullananın ölümü intac edeceğini bildiğini emniyetle, kat'iyetle tayin ve tesbiti pek kolaydır. Halbuki Fizik teessürler daha mulâk kanunlara tevfikan tezahür etdikleri için ölümü tevlid edebilecek manevî bir teessürün (Impression morale) ne suretle tahrik edilebileceğini bilmek ve anlamak çok müşküldür. Bu sebepden dolayı fîlen bir teessürü tahrik etmiş olan kimsenin hasıl olan neticeye vasıl olacağını bilerek icrada bulunduğunu ve o neticeye vasıl olmayı istediğini tayini pek kolay olmayacakdır. Ölümü intac etmiş olan vasıta, onu kullanmış olanın iradesini isbata her vakit kifayet etmez. Sair tetkikat ile itmam olunmak lâzımdır. Bazı hallerde ciddî müşkülâta maruz kalınmakla beraber bazılarında kolaylıkla halledilebilir.

---

[1] Altavilla, Delitto contro la persona, 1934, Sahife 38; Carrara, Programma, parte speciale, cilt II, No: 1396 — 98; Civoli, Trattato di diritto penale, cilt III sahife 14-15; Impallomeni, codice penale illustrato, cilt III, sahife 137-138; Saltelli e Romano di Falco, Commento teorico - pratico del nuovo codice penale, 1931, cilt II, Sahife 915-916; Majno, Commento al codice penale, cilt III, Sahife 953-1572. Yüksek vekâletce tercüme etdirilmiş olan bu eserin 3 üncü cildinin katil cürmünün maddî unsurundan, kullanılan vasıtadan ve sebebiyet rabıtasından bahseden 1572 sayılı paragrafı aynen tercüme edilmeyerek ihtisar olunması ve altındaki Impallomeni ve Carrara nın da katil cürmünün manevî vasıtalarla işlenebileceğini kabul etmekde olduklarını işaret eden haşiyenin alınmaması dolayısiyle sarahatını gaip etmişdir. Maamafih "öldürmek için istimal olunan vesaitin şekil ve mahiyeti .... arasında fark yoktur„ şeklinde tercümesi yapılan vasıtalara müteallik kısmından mumaileyh Majno nun bu hususdaki fikri anlaşılmaktadır.

[2] Yapdığımız araşdırma ve soruşdurmalara rağmen bizim mahkemelerimizden katil cürmünün manevî vasıtalarla işlenüp işlenemiyeceğine dair verilmiş bir kararın mevcudiyetinden malûmat elde edemedik.

Ölümü intac edebilecek manevî darbeler, Manzini'nin dediği gibi, hadsız ve hesabsızdır. İftira ederek, hakaret ederek ve söğerek, mal çalarak ve izrar ederek, takipde bulunularak ve saire suretlerle birisinin ölümüne sebebiyet verebileceği gibi tahdiş ezhanı mucip haberler vererek, umumî korku tevhid ederek ilâh ölüme sebebiyet verilebilir.

Bu gibi manevî vasıtalarla işlenen adam öldürmek cürümlerinde de bittabi kasıd aranılır ve bunun isbatı lâzımdır. Eğer ika olunan fiilde bu unsur bulunmazsa yine fiil hataen işlenmiş bir suç olur. Çünkü ekseri ahvalde failin fiili ile tevlid eylediği netice arasında hataya (taksire) müstenid bir sebebiyet (İlliyet) rabıtasının mevcudiyeti kolaylıkla isbat edilebilir. Manzini, pek doğru olarak, dikkatsizlikle atdığı bir taşla bir adamı öldüren kimse hataen katilden mahkûm ediliyor da birisinin canını, ruhunu (L'anima di una persona) kasden yaralayan ve bu suretle aynı neticenin vukuuna sebebiyet vermiş olan kimsenin hataen katilden mahkûm edilmemesi için sebep olamayacağını söyliyor.

Manevî darbe teşkil eden fiil başlı başına bir suç teşkil etdiği takdirde adam öldürmek cürmü mevsuf katil olur. (456 ıncı maddenin 6 ıncı bendi).

Maddî ve manevî vasıtaların birleşmesiyle hasıl olmuş bir fiil de olabilir. Meselâ fena muamele yapmak yüzünden birisi kendi kendini öldürmeğe mecbur edilebilir. Bu takdirde katil denebilmek için ölüme sebebiyet vermek kasdının mevcudiyetini araşdırmak lâzımdır (Bu hali intihara ikna veya yardım ile karışdırmamalıdır).

Manevî vasıtalarla işlenen katillerde kasdın mevcudiyeti ve fiil ile neticesi olan katil arasında sebebiyet rabıtası tayin ve tesbit edildikden sonra fiil ile neticenin vukuu ararsında zaman geçmiş olmasının ehemmiyeti yokdur. Maamafih netice derhal vukua gelmemiş ve aradan zaman geçmiş ise diğer sebeplerin (kasdî veya gayrı kasdî diğer bir üçüncü şahsın fiili, mağdurun kendini kendi ölüme terketmesi ilâh) inzimam etmesi ve müdahale eylemesi yüzünden o neticenin vuku bulması melhuz bulunduğu cihetle failin fiili ile netice arasındaki sebebiyet rabıtasını aramak lâzımdır.

Müessir fiile gelince, malûm olduğu üzere şahsın fizik yahud Fiziyo-

756

pizik tamamiyetine zarar irâs eden mutad vasıta şiddetdir. Bu da maddî olduğu gibi manevî de olabilir.

Bir kimsenin vücuduna veya sıhhatine bir zarar irâs eden veya aklî melekesinde teşevvüşat hasıl eden her hangi bir fiil müessir fiilin maddî unsurunu teşkil eder. Şu hale göre vücude havale edilmiş sırf maddî bir şiddetin mevcudiyeti zarurî değildir. Maddî şiddet olmaksızın (meselâ rutubetli veya soğuk yerde uzun müddet bir çocuğu tutmak, yahud az veya gayrı sıhhî yiyecek vermek) ve hatta basit manevî vasıtalarla da ceza kanununun 456 ıncı maddesinde zikredilen neticelerden bazılarını tevlid etmek mümkündür [1]. Bu cihetden müessir fiil tamamile adam öldürmek cürmünün aynıdır. Yani adam öldürmek cürmü ne suretle ve hangi vasıtalarla işlenebiliyorsa müessir fiilde o suretle o vasıtalarla işlenebilir. Kullanılan vasıta, maddî ne olursa olsun ehemmiyeti yokdur. Yalnız zarar yani neticenin bir sebebi olması kâfidir. Vasıtanın mahiyeti suçun tekevvününde müessir değildir. Ancak bazen esbabı müşeddideden olur. (457 inci madde) [2]

Müessir fiil tâbiri umumî ve şumullü bir tâbirdir. Şahsın vücuduna, sıhhatine, aklî melekelerine irâs edilebilecek her hangi bir zarar bir

---

[1] Manzinin dediği gibi kanun bir müessir fiili tevlid eden vasıtanın şiddet olmasını zarurî görmiyor. Cebir ve şiddet olmasa bile fiili müessir mevcut olabilir. Meselâ mağdur bir hastalık bulaşdırmak maksadile rızasile cinsî münasebetde bulunmak, sıhhati için vahim zararlar tevlid etmeden hamlini taşıyamacağını bildiği bir kadınla (hatta kendi karısı bile olsa) rızasile münasebetde bulunarak gebe bırakmak halleri.

[2] Yukarıda işaret edilen eserlere müracaat! Majno eserinin 3 üncü cildinin 1631 inci paragrafında "darp ve cerh„ tabirlerinin terkedilerek "müessir fiil„ umumî tabirinin kullanılması sebebinden fiili müessirin ne suretle ve hangi vasıtalarla ika edilebileceğinden uzun uzadıya bahsetmektedir. Bu eserin yüksek vekâletce yapdırılan tercümesinde bu kısımlar hiç alınmamış ve yalnız bilvasıta ika edilen fiili müessire taallûk eden kısmı kısaca tercüme edilmekle iktifa olunmuşdur. Ceza kanunumuznn me'hazi olan 1889 tarihli italya ceza kanunu hakkında yazılmış şerhlerin en iyisi olan Majno'nun bu eseri lisanımıza tercüme edilirken mühim kısımlarının alınmaması ve tercüme edilenlerin de aynen tercüme edilmeyerek ihtisar olunması ve her paragrafın altındaki haşiyelerin ve işaret edilen temyiz kararlarının terkolunmaması dolayısiyle haddizatında pek mükemmel olan bu eser tercümesinde kıymetinden çok gaip etmişdir. Kendisinden daha iyi istifade edilebilmesi için bu eserin aslına uygun surstinin de yenidan tercüme ettirilmesini yüksek vekâletden dileriz.

müessir fiildir. Teessür [1], Bayılma [2] ilâh, bunlar meyanına girer.

Hangi vasıta ile işlenirse işlensin, müessir fiilde de kasıd aranır. Kasden ika edilmeyip tedbirsizlik veya dikkatsizlik ilâh sebeplerden ileri gelmiş ise hataen işlenmiş (taksirli) fiil, müessir olur (madde 459). Manevî vasıta ile hataen işlenmiş bir müessir fiile misal olmak üzere İtalyan temyiz mahkemesinin 16/Teşrinsani/1905 tarihli kararında mevzuubahs edilen bir hâdiseyi zikrediyoruz. Jasio namında birisi, kaçan karısının iltica ettiğini zan eylediği bir kadının yanına giderek karısı hakkında şiddetli tehditler savuruyor ve eve girmek istiyor. Kadın o kadar korkuyor ki yirmi gün ihtilâcat çekiyor. Jasio kendi karısını tehdit ve ev sahibi kadın hakkında da hataen işlenmiş fiili müessireden dolayı mahhûm ediliyor.

Yalnız adam öldürmek cürmü ve müessir fiil değil, diğer eşhas aleyhine işlenilen suçlardan «terbiye ve inzibat vasıtalarını suî istimal» ve «aile efradına karşı fena muameleler» de manevî vasıtalarla işlenebilir. (Tehdit, uykudan menetmek, fazla yorgunluğa sebep olmak, korkutmak, korkunç manzaralar göstermek ilâh.)

Çocuk düşürme cürümünde korkutmak veya fazla teheyyücatı mucib olmak suretiyle işlenebileceği malûmdur.

Büyük cezacıları istişhadla jürisprüdans'a istinadla adam öldürmek cürmünün ve müessir fiilinin manevî vasıtalarla işlenebileceği kısaca arzedilmişdir. Yukarda işret edildiği veçhile bu hususda tereddüde mahal yokdur. Daha ziyade müşkilât bu vasıtalarla netice arasındaki sebebiyet rabıtasını isbat imkânı üzerinde çıkabilir. Fakat isbat müşkilâtı başka ve bu vasıtalarla işlenebileceğinin hukukan mümkün bulunması gene başkadır.

---

[1] İtalyan Temyiz mahkemesinin 30/ Nisan/ 1915 tarihli kararında şöyle diyor: "Müessir fiil umumî (Mutlak) tabirine bir zarar teşkil eden elemli teheyyüc (L'émotion douloureuse) dahi dahil olabilir. Bilhassa hassas ve zaif mizaclılarda bu hal vahim neticeler tevlıt edebilir.„

[2] Manzini, Alimena bayılmayı aklî melekede teşevvüş addetmektedirler. Carrara buna iştirak etmiyor. Givoli ise "aklî melekede teşevvüş vücuda veya sıhhate irâs edilen zararla, akıl hastalığı da vücutdaki hastalıkla müsavidir. Bu itibarla şüpheye mahal yoktur ki fizik bir teessürü tahrik suretile yapılan bir fiil müessir fiil olur. Kaldı ki korku ve diğer elemli teessürler daima basıra veya samia vasıtasile harekete gelidikleri için bu gibi fiillerde de esas itibarile vücut üzerinde maddî bir aksyon mefkud değildir„ diyor. (Sahife 198, 1 numaralı haşiye)

758

No: 30

Maznunların adlî ahvali sabıkalarına müteallik malûmatın beynelmilel mübadelesi

(Paris Üniversitesi Hukuk fakültesi profesörlerinden M. H. Donnedieu de Vabres tarafından 937 temmuzunda Parisde toplanan beynelmilel 4 üncü ceza Hukuku kongresine verilen rapor.)

Çeviren: Kongrede bulunanlardan C. Baş Müddei Umumisi Muavini
Cevat SERİM

Maznunların adlî ahvali sabıkalarına müteallik malûmatın Milletler arasında mübadelesi hususu iki bakımdan zaruridir:

Evvelâ bu zaruret adliyenin işile alâkadardır. Hâkimin, vazifesini lâyıkı veçhile yapabilmesi için, huzuruna çıkan şahıs aleyhine, velev memleket haricinde olsun, evvelce verilmiş mahkûmiyet kararlarından malûmatdar olması lâzımdır. Yabancı memleketlerde verilmiş mahkûmiyet kararları, adetleri gitdikçe çoğalan bazı kanunlarda aranıldığı gibi, tecil ve tekerrürde, ancak bu takdirde nazarı itibara alınabilir.

Saniyen bu zaruret zabıta işile de alâkadardır. Memleket dışına kaçan bir suçlu, kaçdığı memleket zabıta makamlarına ihbar edildiği vakit, bu makamlar ancak eşkâli mahsusası (Signalement) kendilerine bildirilmiş ise suçluyu bulabilirler. Fakat suçlunun şahsı ve cürmü faaliyetininin şekil ve usulleri yani uğradığı mahkûmiyetler hakkında verilecek bilcümle malûmatla ayni makamların araşdırmaları ehemmiyetli surette kolaylaştırılmış olur.

Demek oluyorki, adlî ahvali sabıkaya müteallik malûmatın verilmesi ile eşkâli mahsusanın mübadelesi hususları birbirine bağlı mes'elelerdir. Bunun için her ikisinden çıkan müşkilâtın birlikde tetkik edilmesi icap

eder. Bu iki mes'ele, hattâ dahilî teşkilât itibariyle de biribirine bağlıdır; aşağıdaki misal bize bunu isbat eder: Taallûk etdiği şahsın hüviyyetini meydana çıkarmaya mahsus antropometrik veya daktiloskopik fiş -mümkün olduğu zamanlar - bu şahsın evvelce uğradığı mahkûmiyet kayıtlarını da ihtiva eder. Bu kayıtlar şahsının tanınması işini tamamlar; en seri ve en sâlim şekilde temini arzu edilen netice de budur.

Tanzim ve tertip edilmesi ve beynelmilel kılınması (internationaliser) mevzuubahs olan müesseselerin, dahilî hukukda, şimdiki hali hareket noktası olarak alındığı takdirdedirki adlî sicil bültenleri ile teşhis fişlerinin mübadelesi işi faideli bir şekilde teşkilâtlandırılabilir. Esasen bu gayeye varılmak isteniyorsa bu müesseselerde asgarî bir müşabehet temin etmek zaruridir. Hukukun beynelmilel kılınması ile tevhit edilmesinin (Unification) bu derece doğrudan doğruya münasebetdar oldukları hiç bir saha yoktur. Bültenler ile fişlerin mübadelesi, alınan vesikalar derhal metodik bir tasnife tâbi tutulmadıkca işe yaramaz; bugünkü tecrübe maalesef bunu isbat edecek mahiyettedir. Bu tasnifin yapılması ise bültenler ile fişlerin tek bir örnek üzerine tesis edilmelerine bağlıdır. Keza çabuk bir netice elde edebilmek için talip olan tarafın nereye baş vuracağını bilmesi, doğrudan doğruya salâhiyetli mercii tayin edebilmesi, işi başka bir yere havale etmeksizin ve gecikmeyi mucip olacak mütemmim araştırmaları yapmaksızın maznunun hüviyyeti ve mazisi hakkında kendisine malûmat verebilecek makama müracaat etmesi lüzumludur; bu lüzum dahi teşkilâtın biribirine benzerliğini mucibdir.

En uzun bir tecrübeden istifade etmiş olmak itibariyle, eşkâli mahsusanın tesbiti ve adlî ahvali sabıkanın kaydı hususlarında azamî neticeleri elde etmiş gibi görünen bir memleketin hukuku ve tatbikatı üzerine izahatımızı ve düşüncelerimizi istinad ettirebilecek mevkide bulunmanız bizim için bir tali eseridir. Filhakika Müddeiumumi Bonneville de Marsangy ve Dr. Bertillon sayesinde Fransa, adlî sicillinin ve antropometrik sisteminin menşe memleketidir.

İşte Fransada — Fransanın bu sahada bir çok yabancı devletler tarafından takip edildiğini zan ediyoruz — amelî olarak ihdas edilerek mümasil teşkilâtı olan bazı memleketler ile münasebetlerimizde vazife gören « malûmatın beynelmilel mübadelesi servisi » ikidir:

260

Merkezi Sen adliye sarayında bulunan Adliye teşhis dairesinde Fransız veya ecnebi olsun, Fransız ceza mahkemeleri ile her hangi bir teması olan bilcümle eşhasa ait malûmat temerküz ettirilmişdir. Bu malûmatı ihtiva eden fişler bir taraftan daktiloskopik diğer taraftan fonetik bir tasnife tâbi tutulurlar. Bu fişlere, Adlî ahvali sabıkanın muhafazasına sureti mahsusada tahsis edilen mahkeme kayıt defterleri ilâve edilmişdir.

Diğer tarafdan dahiliye nezaretinin millî emniyet dairesinde, bu beynelmilel suçluların adlî sabıkalarına ve teşhislerine müteallik bir tasnif yapılır.

Bu ikilik, beynelmilel mübadelenin istihdaf ettiği gayeleri temin eder. Adlî teşhis dairelerinin vesaiki, ecnebi mahkemelerine verilecek malûmata muhassasdır, bu vesaikin başlıca meziyeti tamam olmasındadır. Millî emniyetin topladığı malûmatın gayesi zabıtanın araştırmalarını kolaylaşdırmakdır. Ecnebi zabıta makamlarının mezkûr vesaiki çabuk elde etmeleri lâzımdır. Bu vesaik; hususî bir suçlu zümresine, faaliyetleri ecnebi devletleri alâkadar eden yani beynelmilel olan suçlulara münhasır oldukları takdirde istimalleri de o nisbetde çabuk olur. Bundan evvel'ki bir tetkikimde bizzat ben bu beynelmilel fiş usulünün faidesini şüpheli görmüşdüm. Bu hususta da beynelmilel suçluyu tarif ve bu tarifin hududlarını tahdit etmekdeki müşkülâtı ileri sürüyordum [1]. Bu sebepler tecrübenin ortaya koyduğu faideleri, mükemmeliyet ve zarafetin kaygusuna feda etdiriyordu. Aynı memleketin « adlî daire » ile « zabıta » dairesinin yekdiğerinden ayrı oldukları kolaylıkla kabul edilemez; bilâkis teşriki mesaileri daimî olmalıdır. Fakat bu iki daireden her birinin kendine mahsus rejime tâbi ayrı vesaiki bulunması zaruridir. Çünkü gayeleri aynı değildir. Her birisinin yabancı devletlerin mümasil daireleri ile — yani «adlî» ve «Zabıta» daireleri — doğrudan doğruya temasda bulunmaları elzemdir.

Bu mütekaddim mülâhazalar tetkikatımızın plânını izah eder.

Evvelâ hukukun tevhidi sahasından başlayarak ve şimdiki Fransız teşkilâtını esas ittihaz ederek bu teşkilâtta, malûmatın beynelmilel mübadelesini kolaylaştıracak şekilde yapılacak ıslahatı tetkik ve mütalâa edeceğiz.

---

[1] Principes modernes du droit péral international 1928 S.224

İkinci derecede bu beynelmilel mübadelenin bizzat kendisini nazarı itibara alarak bu gün umumîleşmemiş olması dolayısiyle mucibi memnuniyet olmayan bu günkü tatbikata, akdî bir mecburiyet usulü ikame edilmesini teklif edeceğiz.

I

Malûmatı toplayacak dairelerin dahilî rejiminin Tevhidi

Yukarıki izahatımızdan bu dairelerin çift olduğu anlaşılmaktadır. Fransada, merkezi Sen adliye sarayında bulunan adlî daire ile dahiliye nezaretindeki zabıta servisini ayırd etmek lâzımdır.

Adlî dairede vazifelerini ikiye ayırmışdır: İsimlerini söylemekden imtina eden veya yanlış bir isim söyleyen suçluların—fennî metodlar sayesinde bu gibiler yavaş yavaş gitdikçe azalmaktadır—hüviyetini meydana çıkarmak ve adlî ahvali sabıkayı ortaya koymaktadır. Birinci vazifeye antropometrik servisi bakar; ikinci vazifeye ise mahkeme kayıt defterleri tahsis edilmişdir. Eşkâli mahsusa ile fişlerin tasnifi işlerinin bu günkü tekâmüllerini hatırlatmağa lüzum bile yoktur. Antropometrik eşkâli mahsusasına daktiloskopik eşkâli mahsusası ilâve edilmektedir ve ihtimal birincisinin yerine kaim olacak olan bu ikinci sistemin usûl bakımından faikiyeti şüpheye mahal bırakmamaktadır. Bu ıslahat, tasnif tarzında bir değişikliği de intac etmişdir. Daktiloskopik tasnif antropometrik tasnif yerine kaim olmağa namzetdir. Fakat bu ikame ancak tedrici olabilir; çünkü parmak izleri taşımayan eski fişlerden istifadeye devam edilmesi zaruridir. Diğer taraftan alfabetik tasnif yerine fonetik bir tasnif konulmak suretile mahkeme kayıt defterlerinin ihtiva etdikleri bültenlerdeki araşdırmalar kolaylaşdırılmışdır.

Maznunların adlî ahvali sabıkalarına müteallik malûmat rejimi diğer bir mülâhazayı hatıra getirir. Versayda Müddeiumumi Bonneville de Marsangy'nin faideli teşebbüsü hatırlardadır, mumaileyh, mahkeme kayıt defterlerinde birikmiş olan vesaikin çokluğu dolayısile araştırmada hasıl olan küçüklükleri bertaraf etmek için her maznuna ait olan malûmatı doğum yerindeki mahkeme kaleminde temerküz ettirmeği düşündü. Bu prensib üzerine istinad eden sicilli adlî müessesesi Fransada yer buldu;

762

bunun çok büyük hizmetleri görüldüki bu esasın artık bugün kaldırılması mevzuubahs bile olamaz. Bununla beraber mahkeme kayıd defterlerinde yapılan ıslahat üzerine tasnifin araştırmaları kolaylaştırdığı ve hattâ çabuklaştırdığı zamandan beri adlî sicil müessesesinin ehemmiyetini kısmen gaib etdiğini kabul etmek icabeder. İsmi malûm olan bir maznuna aid fişin bulunması azamî dört veya beş dakika sürer. [2]

Takib olunan gayenin istilzâm etdirdiği teşkilâta halen mâlik olmıyan memleketler için hem adlî sicil hem de mahkeme kayıd defterleri müesseselerini edinmelerine mahal olup olmadığı mes'elesi hatıra gelmektedir. Merkezî hükûmetde te'sis edilmiş olmaları itibariyle azamî temerküzü tahakkuk etdiren mahkeme kayıd defterleri her cihetten lüzumludur. Adlî sicil memleket dışında doğmuş olan yabancı veya vatandaş şahıslar bakımından bu kayıd defterlerinin yerine kaim olmıyor. Fakat mahkeme kayıd defterlerinin bugün tekâmül etmiş olan faaliyetlerinin adlî sicile lüzûm bırakıp bırakmadığı suali varid olmaktadır. Fransadaki tecrübeler bu suale menfî cevab vermemektedir. Tuğyan, yangın memleket arasisinden bir kısmının yabancı bir ordu tarafından istilâsı gibi bir felâket karşısında gerek mahkeme kayıd defterleri gerek adlî sicil muattal kaldığı takdirde bir çok malûmat edinme menbaları hazırlanmış olması memnuniyeti mucib olacakdır. Bültenlerin günü gününe tutulması, bilhassa afde olduğu gibi umumî olan cezayı iskat sebeblerini kayıdetmek icab etdiği zaman, çok büyük bir dikkat ve itinayı istilzâm ederki bunları, işi mahdud olan mahallî mahkeme kaleminden bekliyebiliriz. Fakat mahkeme kayıd defterlerini tutmakla mükellef olan memurlardan bu dikkat ve ihtimam aranamaz. Yukarıda işaret etdiğimiz emniyet mülâhazaları dışında mahallî olan adlî sicil malûmatın sıhhat ve isabeti noktasından gayri kabili inkâr bir faikiyeti haizdir. Ecnebi makamlar maznunun doğduğu yeri ve ismini bilıp de doğum yerine müracaat etdikleri takdirde muhakkakki daha emniyetli ve daha seri bir şekilde istedikleri izahatı alabileceklerdir.

---

[2] Parisde fişlerin daktiloskopik tasnifi ve mahkeme kayıd defterlerinin aynı zamanda bulundukları adlî teşhis dairesi her gün 1500 den fazla talebe cevab vermektedir.

263

Erazisi mahdud olan memleketlerde merkezî bir malûmat dairesinin hükûmet merkezinde tesisi kâfi olabilir. Bu gibi memleketlerden maadasında fransız sistemindeki ikiliğin kabul edilmesi faideli olduğu kanaatindeyiz. Bu sistemin, malûmatı daima değişikliğe mâruz olan suçlunun ikametgâhında veya suçun işlendiği yerde yahud bir mahkûmiyet hükmünün verilmiş olduğu yerde toplanmaktan ibaret olan usûle ne kadar faik olduğunu söylemeğe mahal bile yokdur. Bu takdirde araştırmaların muvaffakiyeti, neticeleri tesadüfe terk edilmiş olan mütekaddim bir taharriye tâbidir.

Adlî sicil bültenleri ile daktiloskopik fişlerin külfetli metodlara istinad etmesi icab etdiği halde aynı şartlar zabıta sicillerine (Casier policier) teşmil edilemez. Zabıta sicillerinden elde edilmesi lâzım gelen şey tekemmül değil süratdır. Bu sicillerde gözetilen cihet, suçu meslek edinen korkunç bir zümrenin beynelmilel suç sahasında ihtisas kesbetdiği keyfiyetidir. Şu halde her memlekette merkezî bir ofisin, bu gibi şahısların eşkâli mahsusasını takib etdikleri mûtad yolları ve her birisinin adlî ahvalı sabıkasını bilmesi zarurîdir. Avrupa ile Amerika merkez hükûmetlerinde bu merkezî ofisler şimdiden mevcutdur. Bunlar, malûmatın hemen icab eden yerlere verilmesini temin edecek telgraf, telefon ve telsizlerle bir birine bağlıdırlar. Merkezi Viyanada buluanan « Office international de police criminelle » ve bunun neşretdiği « Sureté publique internationale » mecmuası vesikaları tamamlamağa ve yaymağa ve araştırmalarda irtibatı tesis etmeğe sarf ve gayret ediyorlar.

Fransız merkez ofisi, cinayet zabıtası servisi umumî kontrolu dairesinin bir şubesidirki merkezi dahiliye nezaretinde bulunan emniyeti umumiyeye tabidir. Araştırmalar umumî kontrol dairesi alelâde vesaik toplama dairesi değildir. Vazifesi polis ve jandarma vasıtasile bütün memleketde yapılan araştırmaları zabıt ve rabıt altına almak mahallî seyyar zabıta gruplarının harekâtını kontrol ve idare etmekdir. Bunun faaliyeti daha ziyade suçu meslek edinenleri alâkadar eder. Dört şubesinden herbiri hassatan tehlikeli olan suçluların bazı zümrelerine: soygunculara, kadın ve uyuşdurucu maddeler ticareti yapanlara, sahte para âmillerine tahsis edilmişdir. Beynelmilel suçlulara dördüncü şube bakar. Bu servislerin kullandıkları ve her biri tevkif olunan veya aranılan bir suçlunun

764

ismi ile beraber eşkâli mahsusasını ve adlî ahvali sabıkasını ihtiva eden fişler sadece alfabetik bir tasnife tâbi tutulmaz. Suçun ve müracaat olunan yolun mahiyetini esas ittihaz eden diğer bir tasnif yapılmaktadır. Suçu meslek edinenlerin gitdikçe çoğalan ihtisasları göz önünde tutulursa bu tasnif sayesinde, araştırmalar, bir suçun vukuu şartlarına nazaran zan altında bulunan şahsa taallûk eden fişin bulunması muhtemel olan mahdud bir fiş grupuna doğrudan doğruya tevcih edilebiliyor.

Bu tasnif metodu beynelmilel suçlulara tatbik edilerek fişlerin berveçhi âti tevzii imkânı elde edilmişdir:

Soyguncular...	İcra şekli	Kasa veya apartıman zorlamak suretiyle ve saire	Her hanede teşhis edilmiş şahıslar itibarile alfabetik tasnif ve resim
Uyuşdurucu maddeler kaçakcıları.			
Hırsızlar...	İcra şekli		Amerikan usulü, cevahirci dükkânında. ve saire
Sahtekârlar...	Yapılan şey itibarile		Hüviyet varakaları, pasaport, Alâmeti farika v. s.
Dolandırıcılar...	İka itibarile		Oyun, ihtiralar, çekler v. s.
Kadın ticareti yapanlar.			
Yankesiciler...	Erkekler kadınlar		İşlenilen yer: koşu yerleri, fuvar, pazarlar.

«Sureté publique internationale» mecmuasının her nüshasında çıkan

765

ilânlara nazaran hususî fişler vücuda getirilmektedir.

Bunlardan kolaylıkla anlaşılıyorki tasnif metodlarına hiç bir kaide kâkim değildir. Bütün metodlar suçluların faaliyeti tenevvü ettikce tadil edilegelmektedir. İnkişaf aslen tecrübeye müstenitdir. Millî ofisler müdürleri, aralarında fikirlerini teati etmek mütekabil tecrübelerinin neticelerini yekdiğerine bildirmek suretiyle metodlarının mükemmeliyetini tedricen arttıracakdır. Fişlerin gönderilmesi muamelenin istilzâm etdiği sür'at ba'zen hatalara meydan verecekdir.

Fakat her devletin daha iyi malûmata malik olan zabıta servisi ile adlî servisi arasındaki daimî irtibat,yapılan hataları telâfisi gayri kabil âkibetler baş göstermeden,tashih etmek imkânını verecekdir.

Şimdiye kadar fransız teşkilâtı hakkında yaptığımız mücmel tedkik — ki halen diğer devletlerin hükûmet merkezlerinde muadilleri şüphesizki vardır — bu teşkilât arasında azamî müşabeheti te'min etmekteki faideleri göstermektedir.

Saniyen aynı tedkik suçta takib olunan yolların fennî bakımdan araştırılmasile ferdî vaziyetlerin tahlili hususlarının yekdiğerinden ayrılamayacağını da tebarüz ettirmektedir.

Nihayet bu tedkikimiz gösteriyorki suçlular faaliyetinin muhtelif tezahürleri zümrelere tefrik edilmek icab ediyorsa bu malûmatın toplanması ve mübadele edilmesi işlerine daima aynı kaideler hâkimdir.

Bu şartlar altında bu kaideleri tedvin etmek ve mecburî kılmak istiyen Cenevre beynelmilel kanun vazının amelî bakımdan hareket etmiş olmasına ve mes'eleyi cezrî şekilde teemmül etmemiş bulunmsına teessüf olunabilir. Bilhassa sabit kaideler imkân ve zaruretinin kendilerini hissetdirdikleri sahayı yani adlî ahvali sabıkaya müteallik malûmatın mübadelesi mes'elesini, ihmâl etmiş olmasına esef edilebilir.

Bu boşluğu nasıl doldurmalıdır? İşte şimdi tedkik edeceğimiz cihet te budur.

II

Adlî sicillin beynelmilel Kılınması

Macaristanda Fransız Bankası banknotlarının çok mikdarda imali

766

Marsilyada Yugoslavya Kralı ile nazır Bartounun katli gibi heyecan uyandıran suçların tevlid etdiği teessür üzerine Milletler cemiyeti, hukuku düvel suçlarının cezalandırılması meselesinin halli karşısında kalmışdır. Beynelmilel anlaşmalar mevzuu teşkil etmek üzere, kadın ve çocuk ticaretine (1921) sahte para imaline (1929) uyuşdurucu maddeler kaçakcılığına (1936) ve nihayet bugün, tedhişe müteallik mes'eleler, sirasiyle Milletler cemiyetine arzedilmişdir. Bu anlaşmaları yapanlar iyice anlamışlardırki muasır mücrimiyetin bu korkunc tezahürlerine karşı önleyici vasıtalar en müessir olanlarıdır. Bu maksadla millî ofislerin ihdasını ve Viyana beynelmilel Ofisi marifetile aradaki irtibatın te'sisini temin etmekle çok doğru hareket etmişlerdir.

Fakat bu ofislere düşen vesaik ve malûmat toplama vazifesi suçluların şahsından ziyade suçların ikai şekline ve mevzuuna kabili tatbikdir. Suçluların şahısları dolayısiyle mevzuubahs olmaktadır. Böylece sahte para imalinin tenkili hakkındaki 20 Nisan 929 tarihli anlaşma, kâğıt imali husunsunda ihtisas kazanmış mütahassislerin teşriki mesaisini derpiş ediyor. Fakat sahte para âmillerinin hüviyetine ve adlî ahvali sabıkalarına müteallik malûmata temas edilmişdir. Uyuşdurucu maddeler hakkındaki 1936 tarihli anlaşma (1 inci maddede yazılı fiilleri önlemeye lüzumlu muameleler arasında irtibatı hazırlamaktadır. Bunun içindirki aynı anlaşmanın 8. inci maddesi (kaçakcıların, yer değiştirme vukuatını kontrol zımnında, eşkâli mahsusalariyle hüviyetleri hakkında sarih malûmat) toplamağa beynelmilel ofisi davet etmektedir.

Bu hükümler, geniş olan ve umumî bir nizam altına alınmağı istilzâm eden bir mevzu üzerinde teferrüattan ibaret kalır. Adlî ahvalı sabıkanın mübadelesi hakkında hiç bir kayıd yakdur. Bu boşlukları şüphesiz şu suretle izah etmek kabildir: Hukuku düvel suçları, Cenevre kanun vazıına bırakılmış olmakla, bu suçlardan her birisinin orijinalitesi ve hususiyeti kendisinin nazarı dikkatini bunlar üzerinde toplamışdır. Bu, aktüalite kayğusu ile hareket eden bir kanun vazının mûtad kusurudur. Bu devletler arasında kararlaştırılan, beynelmilel sicil — Casier international - ve teşhis sistemi teşkilâtı yukarıda işaret etdiğimiz boşlukları dolduracak ve beynelmilel suçların tenkili bakımından büyük bir faide temin edecektir.

Mes'ele teşhis sistemi ile adlî sicil hakkında aynı şekilde mevzuubahs olmamaktadır. Teşhis sisteminin beynelmilel kılınması bilhassa zabıtası, adlî sicillin beynelmilel kılınması ise ancak hâkimleri alâkadar eder. Eşkâlî mahsusa bahsinde mühim olan cihet, büyük bir suretle tesbit ve taleb eden tarafa verilmeleri keyfiyetidir. Yalnız bu suretledirki tevkif sırasında bir teşhis hatasının önüne geçilebilirki bu hatanın başlıca mahzuru da hakiki suçluya kaçabilmek imkânını vermesindedir. Adlî ahvali sabıka tayin ve mübadelesine gelince, bu hususda verilecek malûmatın kendisi sür'atden daha emniyetlidir. Şüphesizdirki bizzat bizim müşahede ettiğimiz veçhile, araştırmayı yapacak memurların suçlunun şahsî hakkında uzun boylu malûmat edinmeleri ehemmiyetle nazara alınacak mes'elelerdendir. Fakat, asıl aranılan şey karar verileceği gün suçlunun şahsının, mümkün olduğu kadar, tamam ve doğru bir ahvali sabıka tablosu ile mahkemece bilinmesidir.

Teşhis sisteminin beynelmilel kılınması, eşkâli mahsusa unsurları ve eşkâli mahsusa fişi örneği hakkında bir anlaşmayı istilzam eder. Böyle bir anlaşmanın tahakkuku kolay olsa gerek. Bu hususta teknik mes'eleler mevzuubahisdirki bunların halli fennin şimdiki haline tâbidir. Herkesin hüviyyeti hakkında malûmat sahibi olmaktan ibaret olan müşterek menfaatı,hiç bir batıl fikir,hiç bir millî kaygu ihlâl edecek gibi görünmiyor.

Bir devlet adliyesi tarafından mahkûm edilen veya maznun addedilen şahıslara aid eşkâli mahsusa fişleri, daktiloskopik veya antropometrik bir tasnife tâbi tutuldukları merkezi hükümette toplandığına göre mahkemeleri tenvir edecek olan fişlerin mübadelesinin de keza doğrudan doğruya organize edilmeleri icab eder. Adliye makamları arasında bu suretle irtibatlar yapılmasında millî bakımdan mahzur varid değildir; esasen bu irtibatlar geniş tatbik sahası bulmuşdur. Aranılacak şey adedi gittikce çoğalan devletler arasındaki münasebetlerde bu mübadele ve irtibatları mecburî kılacak bir anlaşmadır.

Yukarıki mülâhaza, malûmat edinme adlî merkezini alâkadar eder; zabıta merkezine kabili tatbik olamaz. Zabıta merkezinin, zarurî olarak tatbikat ve tecrübeye müstenid olduğunu izah etmiştik. Bu merkezin, diğer devletler zabıta merkezlerile olan münasebetleri sadece beynelmilel suçlulara taallûk eder. Beynelmilel suçlu mefhumu ise kat'î-

768

yetle kabili tayin değildir. Zabıta makamları, kendileri için faideli olan hususlarda herhangi bir merciden daha iyi malûmat sahibidirler; bu bilgilerinden mütekabiliyet ümidile yekdiğerini istifade ettirecerkledir. Millî menfaat mülâhazaları gibi sebepler dolayısile ifşa edilmesi memnu olan adlî ahvali sabıkaya gelince; bunlar aşağıda söyliyeceğimiz şartlar altında kanun veya anlaşma ile tanzim veya tesbit edilebilirler. Bu ihtirazî kayıd tahtinde biz kaniizki tesbit edilecek nizamlar zabıta faaliyetinin vasıflarını teşkil eden çabuk hareket ve elâstikiyetle iyi intibak etmez. Bu görüşümüz Viyana beynelmilel merkezinde olduğu kadar millî ofislere de kabili tatbikdir.

Buna mukabil, beynelmilel sicillin iyi işleyebilmesi için bu hususda nizamlar konulması zarurîdir.

Bu bahiste bâzan ve bilhassa Monako adlî zabıta kongresinde (1914), merkezi Viyanada Parisde veya Cenevrede bulunacak bir ofis ihdası lüzumu ileri sürüldü. Bu ofiste muhtelif devletlere mensub suçluların adlî sabıkalarına müteallik vesikalar toplanacakdı. Kabul edilmesini temin maksadile, çerçevesi ne şekilde tahdid edilirse edilsin bu teklif, bizi tatmin etmemektedir. Bütün âkid milletler mahkemelerine tâbi olanlara aid 1 No. lı bültenlerin tek bir yerde temerküz etdirilmesi mevzuubahs olamaz. Fonetik tasnif ile hattâ tekemmül etdirilmiş olan mahkeme kayıd defterlerinden edindiğimiz tecrübe araştırmaları felce uğratabilecek bir vesaik terakümünden korkulur. Şu halde beynelmilel suçlularla iktifa etmek icab eder. Bu takdirde mübhemiyete ve keyfî muamelelere katlanmak lâzım gelirki, bu da adaleti tenvir etmek, mevzuubahs olduğu zaman tecviz edilemez. Beynelmilel suçlu, söylendiği gibi tâbi olmadığı bir devlet mahkemeleri tarafından mahkûm edilen şahısmıdır? Bu tarif iyi değildir. Çünkü bu tarif, bir seyahat neticesinde memleketleri haricinde tesadüfen mahkûm olan ve fakat mu'tad faaliyetleri beynelmilel suçun vasıf ve tehlikelerini göstermeyen suçlulara da şâmildir. Buna mukabil yine tesadüfen ecnebi memleketde tevkif ve mahkûm edilmekten kurtulmuş olan korkunc beynelmilel suçlular, aynı tarifin dışında kalır. Beynelmilel suçlu (hukuku düvel suçunun) failidir. Fakat bizzat bu mefhumun ne derece mütehavvil ve mübhem olduğunu da başka bir münasebetle izah etmişdir. (Tarafımızdan Palermo kongresinde verilen rapora

müracaat — Revue internationale du droit pénal 1932 S. 315)

Bundan başka, haklı olarak, beynelmilel sicillin tam ve sahih vesaik elde etmesi hemen hemen gayri mümkün olduğu da ileri sürülmüşdür. (Monako adlî zabita kongresi raporları 1914 sayfa 147 ve sonrası). Bu vesaikin tam ve sahih olması için sadece mahkûmiyetlerin, memnu hakların iadesinin, hususî afların bilinmesi kâfi olmayıp umumî af gibi içtimaî maksadlara ma'tuf olan ve tatbikleri ecnebi kanunların iyice bilinmesi lüzumunu tazammun eden tedbirlerini de nazarı itibara alınması iktiza eder. İşe bu maksadla cereyan edecek muhaberelerin yol açacağı kırtasiyecilikte ileri sürülmektedir.

Bu keyfîlik, mübhemiyet ve noksanlık tehlikelerine bir de tam bir faidesizlik inzimam etmektedir. Beynelmilel adlî sicil, millî adlî sicillerin gördükleri işin tekrarından ibaretdir. Monakoda çok doğru olarak söylendiği gibi, tevzi yeri mahiyetinde olmak üzere kurulacak ve müracaatta bulunan makamları her memleketin sicilli mahsusuna sevk etmekle tavzif edilecek olan 12 memurdan ibaret bir daire, beynelmilel sicilden beklenilen bütün işleri daha az karışıklık daha az masrafla ve daha emniyetle görecekdir. Teşkilâtın tamamen yeknesak bir hâl alacağı gün, bizzat bu tevzi merkezi de lüzumsuz kalacakdır.

Temenni ederizki bu tevhid işi aynı şahsa aid bütün malûmatı doğum yeri mahkemesi kaleminde temerküz ettiren fransız sistemine uygun olarak tahakkuk ettirilsin. (Adlî sicille bir medenî ahval sicilli ilâve etmek faideli olur; bu hususta Monako adlî zabita kongresine takdim kılınan mütalâalara müracaat — Actedu Congrés 1914 s. 151 ve devamı). Bu kalemdedirki, hattâ yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyet kararlarını ihtiva eden ve hükmü veren mahkeme tarafından alâkalı mercilere gönderilmesi temin edilen 1.No. lı bültenler muhafaza edilir. Keza maznunun adlî ahvali sabıkası hakkında malûmat isteyen mercii tenvir edecek olan 2.No. lı bülten de bu kalemden gönderilir. Bu beynelmilel malûmat edinme usulü hem en basit hem de en emîn yoldur. Nazariyatda bu usûl mahkeme kayıd defterleri merkez dairesinin yardımını ve teşriki mesaisini lüzumsuz kılar. Tatbikatda, malûmat isteyen merci,maznunun hüviyeti hakkına bilgi edinmiş olmakla beraber

770

maznunun doğum yerini aynı zamanda bilmediği takdirde, mahkeme kayıd defterlerinin mevcudiyeti zaruri olur.

Şimdi halli icab eden son bir mes'ele daha var. Dahilî hukuk münasebetlerinde, takibatda bulunan adlî makama tebliğ edilen 2. No.lı bülten, 1 No.lı bültenin bir suretidir. Bugün aralarında hususî itimada müstenid münasebetler idame edilen devletler arasında hâl aynıdır. [3] Fakat bültenlerin beynelmilel mübadelesi bir çok memleketler arasında yapılmaya başlayacağı ve mecburî olacağı gün 2. No.lı bültenin yine 1 No. lı bülten hülâsası olabileceği şüphelidir. Halin icabları, millî menfaat mülâhazaları, yabancı bir mercie gönderilen 2. No.lı bültenin bâzı hususatta mahrem tutulmasını ve bugün 3. No.lı bültende olduğu gibi tashih edilmiş bir bültende olmasını istilzâm edebilir.

2 No. lı bültende bulunacak ve bulunmıyacak olan kayıdlar iki metoda göre tayin edilebilir:

Birinci metoda göre: 2 No.lı bültende suçlar, anlaşma dairesinde tahdidî bir şekilde ta'dad edilecek; bu suçlar, vukubuldukları bir mahkeme kararı ile tahakkuk etdiği takdirde doğum yeri mahkemesine mecburi olarak bildirilecek ve bilâhare, hattâ yabancı memlekete gönderilecek olan 2. No.lı bültene kayıd edilecekdir. Bu usûl eski iadei mücrimin muahedelerinin bir çoğunda takib olunan yoldur. Buna karşı tevcih edilen tenkidler malûmdur. Bu ta'dad keyfî ve noksan olmak tehlikesine mâruzdur. Tavsifteki farklar dolayısile anlaşmanın şümulüne giren fiillerin maddî ciheti bakımından muhtelif memleketler arasında ihtilâf hasıl olabilir.

Biz, aksi metodu tercih ediyoruz. Anlaşmada mahiyetleri itibariyle — siyasî veya bilhassa askerî suçlar — bültenlerde kaydedilmek ve

---

[3] Bu husasta şu vesikalara müracaat:

11 - Nisan-1906 tarihli Fransız - Yunan anlaşması, Fransa ile Monako prensliği arasındaki 12-Nisan-1912 tarihli itilâfın 22 inci maddesi, Alzasloreni alâkadar eden adlî mesail hakkındaki 5-Mayıs- 1925 tarihli anlaşma, 11- Temmuz 1900- tarihli kanunla tâdil edilen 5-Ağustos- 1899 tarihli kanunun 5 inci maddesinde: fransız Ceza kanununda derpiş edilmiyen fiillerden dolayı yabancı memleketlerde verilen mahkûmiyetlerin 3. No.lu bültende derc edilemiyeceği yazılıdırki, bu hüküm bugibi mahkûmiyetlerin 1 ve 2 No. lu bültenlerde yazılacağını tazammun eder.

tebliğ olunmak mecburiyetinden istisna edilecek olan suç zümreleri tayin edilir; hattâ diğer suçlularda dahi mahkûmiyet muayyen bir haddan aşağı olduğu takdirde aynı istisnaya tâbi tutulacakdır. Beynelmilel mübadelenin şamil olduğu mahkûmiyetler umumiyetle umumî af ile ortadan kalkan mahkûmiyetlerden olmadıkları cihetle bu usûl neticesi olarak beynelmilel siçillin işlemesinde hasıl olabilecek karışıklıklar bu suretle bertaraf edilmiş olacakdır.

Maamafih, sair malûmatın birriza tebliğ edilmesine ve malûmatın mübadelesi hususunun umumî çerçive dışına, hususî anlaşmalarla, teşmil edilmesine hiç bir mani yokdur.

Netice olarak aşağıdaki noktalar hakkında beynelmilel anlaşmaların hazırlanmasını ve akd edilmesini teklif ediyoruz:

I : — Eşkâli mahsusanın tevhidi.

II : — Malûmatı, doğum yeri mahkemesi kaleminde temerküz etdiren fakat diğer tarafdan da bu malûmatı hükûmet merkezinde toplayan fransız sisteminin kabulü suretiyle adlî sicillerin yeknesak kılınması.

III : — Adlî sicil bültenleri ile eşkâli mahsusa fişleri için aynı formüllerin kabulü.

IV : — Malûmatın, bir tarafdan adlî makamlar ve diğer tarafdan da zabıta makamları arasında mecburi olarak mübadelesi.

V : — Yabancı mercilere gönderilecek olan adlî sicil bülteninde yazılmayabilecek kayıdların tayini.

772

No : 31

Arsıulusal Ceza Kodu plânı Profesör Vespasiyen v. Pella'nın raporu

"Yaş„ Hukuk Fakültesi ve "Bükreş„ üniversitesi profesörü

I

Çeviren: *Lütfi KAYNAK*
Ceza işlerinde Sulh Hâkimi

Arsıulusal Ceza hukukunu birleşdirmek üzere ortaya atılan ilk meseleler:

La Guerre d'agression — Tecavüz harbi. Uluslar sosyetesinin toplantılariyle varılan belli başlı netice uluslar arasında bir suç haline giren tecavüz harbini anlatmak olmuşdur.

Sosyete bu dolaşık işi parlâmentolar arasında yapılacak bir buluşmaya görüşmek üzere verdi. Parlâmentolar birliğinde bu iş «L'association interanational de droit pénal» Arsıulusal ceza hukuku birliğine bırakıldı.

1924 de Bern de toplanan sekizinci parlâmentolar konferansı 1925 de Vaşingtonda toplanacak konferans önünde, tecavüz harbinin suç olduğunu anlatmağa karar verdi.

3-Birinciteşrin-1925 Vaşington konferansı; harbi kanunun dışında buldu; uluslar arasında işlenmiş bir suç olduğunu gördü ve işini bitirdi.

Vaşington konferansı tecavüz harbini yasak etmeği doğru bulurken devletlerin mes'ul olmalarını ileri sürerek ilmî bir yolda araşdırma yapılmasını dilemeği unutmadı.

İşin zor yanı, devletlerin sorgu altına alnması üzerindeki güçlük idi; hangi tedbir bu yasağa elverirdi? Bundan dolayıdirki Vaşington konferansı iki büyük hukuk birliğinin bu iş üzerinde çalışmalarını diledi.

Bu birliklerden biri yukarda adı geçen Arsıulusal Ceza hukuku birliğile « International Law association » adlı birlikdir.

Arsıulusal ceza hukuku birliği önceden bu mevzuu işleyenlerin yazdıkları raporlardan başlayarak enternasyonal bir ceza hukukculuğu yaratmak üzere bir hal yolu bulmağa çalışdı, işte; bu çalışmalara biz raportör olarak girdik. Bulduğumuz hal çareleri Brükselde toplanmış olan ceza hukuku kongrasınca 26-temmuz-926 da kabul edildi.

Romanya parlâmentolar grupu geniş bir anket açarak devlet adamlarını ve ceza hukukcularını arsıulusal ceza hukuku üzerinde çalışmağa alıştırdı. Romanya grupunun danışdığı kimselerin vardıkları neticenin yüksek değerini kestirerek arsıulusal suçların neler olduğunu anlatmakla işe başlayan parlâmentolar ünyonu, içinden ayırdığı bir hukukcu komisyon ile Brüksel kongrasında arsıulusal bir ceza mahkemesinin anayasasını yazmağı temin etdi. 27- İkinciteşrin -926 dan 1- Mart -928 e kadar bu hukukcu komisyon çalışdı ve ceza hukuku birliğince kabul edilen bir « ana statut yasa » yazdı.

Bundan sonra Uluslar sosyetesinin 8 inci toplantısı 24- Eylûl -927 de kabul ve tatbik etdiği bir hal çaresile harbi arsıulusal bir suç haline sokdu. 27-Ağustos-928 de Parisde imzalanan Briyan — Keloğ paktı harbi yasak etmek üzere tecavüz harbini bütün anlayışlarile göz önüne koydu.

Temmuz 933 de Litvinof ve Titülesko, ön ayak oldular: Londra muahedelerinin sonları üzerinde yepyeni bir mevzu çıkardılar: tecavüz edenin tarifi.

Bunun üzerinedirki Londra muahedelerinin arsıulusal hukukda meşru müdafaanın şartlarını göstermeğe elverişli olduğu anlaşıldı.

Devletlerce işlenmiş olan en ağır işlerin gelişi güzel bir suç olarak düşünülmemesi, daha önce bir ceza kanunu hükümlerile karşılaşmamış olduğumuzu gösteriyordu bu yüzden arsıulusal bir ceza kanununun, bir ceza kodunun yapılmasına katlandık.

Romanya hükûmeti Uluslar sosyetesine göndermiş oldugu, 22 inci teşrin 1926 teklifiyle, ilk olarak, ferdlerin yaptığı enternasyonal karakteri bulunan suçları işaret ederek «terrorisme»in zecir ve tazyikini genişletmeği bir muahede ile temin etmeği istemişdi ve 23-Eylûl-927 de bir mektupla Ulus-

774

lar sosyetesi genel sekreterine, uluslar arasında bir ceza kanunu yapmağı doğru bulduğunu bildirmişdi.

Uluslar sosyetesinin 9 uncu toplantısı, 928 de Romanya hükûmeti elçisinin, uluslar arasında sürekli bir ceza mahkemesinin kurulmasını ve bir ceza kanununun yetkin hükümlerini arıyan, yerinde, bir isteğiyle karşılaşmışdı.

(Voir séance de l'assemblée du 20 septembre 1928)

«Silâhları bırakmak» konferansında yapılan çalışmalar uluslar arasında barışın cezalarla korunmasını gereklendirdi.

Polanya hükûmetinin teklifi üzerine «silâhları bırakma» konfreansı, bana inanç veren salâhiyetile 1922 de mevzu olarak ele aldığı «memorendum» muhtırayı yazdım. Bu muhtıra üzerine 17 inci Arsıulusal ceza hukuku kongrası aşağıdaki kararları verdiğini bildirmişdi.

A — Arsıulusal barış (Paix Internationale) ceza kanunlarile korunmalı.

B — Eninde sonunda suç olarak bilinecek işler:

a — Devletler arasındaki tecavüz muahedelerinin sonu (La conclusion des traités offensifs entre états) tecavüze yol açan muahedeler ve anlaşmalar hep böyledir.

Tecavüz harbını propaganda etmek, tecavüz harbine yarıyan propagandalar yapmak.

c — Arsıulusal gerginliklerin barış yolile kaldırılmasına engel olabilen işler, halk arasında düşmanlığı kışkırtan ve ayrılıkları körükleyen yalan havadisler çıkarmak (La diffusion de fausses nouvelles) ve vesikalar düzmek, bunları yapadurmak.

Ç — « Le système territorial de compétence » devlet sınırları içindeki salâhiyet sistemini şimdiki hukuk anlayışlarına uygun olarak evrenleşdirmek (universalisation)

D — Şimdiki arsıulusal ceza hukukunun yükselişi içinde mahkemelerin salâhiyetine girmez görülen halleri, en az arsıulusal hukukun tanıyacağı suçları ayırd etmek ve hemen mahkemelerin her memleketteki salâhiyetlerini bu arsıulusal suçları muhakeme edebilecek bir hale sokmak.

Bu muhtıra arsıulusal münasebetleri karıştıran hadiselerin önünü almak

çığırını açdı. Son tekliflerde, Fransa hükûmeti uluslar arasında bir ceza mahkemesinin kurulmasını ileri sürerek 10 yıldan beri işlenilen tezleri en parlak bir sevgi ile sardı. Hâdiseler de hukukçulara yardım etti; dün tez alış verişinde göze çarpan zorluklar bugün enternasyonal bir hukuk vicdanı ile hayaller arasına karışmış bulunuyor. İşte bu hukuk vicdanı «Arsıulusal Ceza hukuku birliği»ni dağılmaktan korudu. Ve eskiden çıkilmiş olan sıkıntılar kolaylıkla kayboldu.

Mösyö «Kaloyani = Caloyanni»nin başkanlığı altında toplanan uzmanlar komsiyonunda arsıulusal ceza hukukunun işlerini başarmada raporumuza ilişik plân taslağının faydası görüldü. Bu plân başlı başına bir eser gibi değer almalıdır. Bunu bastırıp komsiyon üyelerine dağıtmak yolile arsıulsal bir ceza kodunun nasıl olabileceğinin öğrenilmesine çalışdım.

II

Zecir zorluğu—Ceza yolu—uluslar arasında ceza hukukculuğu—önliyen ve savuşturan bir kodun elde edilmesi—arsıulusal suçlar.

İlk yol — Arsıulusal dirliği bozaan hadisleri işleyen hukuki veya fizik şahıslara karşı ceza müeyyidelerinin lüzümlu objektiviteleri; arsıulusal ceza hukukculuğu yolunun baş durağıdır. Bu işle uğraşan birliklerin bir ceza mahkemesi kurmağa çalışdıkları görülmüşdür.

İkinci yol — Ayrılıkları iyice anlatılacak yeni bir hukuk sistemiyle arsıulusal suçları, kesin olarak, anlatmak veya suç sayılabilecek fiilleri göstermek yoludur; «incrimination» ittiham işi.

Arsıulusal yaşayışın hadiselerine darlık veren ittiham işidir. Karışık ve sıkıcı ilgiler arasında enternasyonal dirliğe dokunabilenleri ayırdeden ittihamdîr.

Arsıulusal ceza hukuku birliği bu «domaines» Domenler üzerinde çalışdı. 1928 de birer birer bu mevzuları bitirerek bir ceza mahkemesinin kuruluş yasasını bir raporla kaleme aldı ve enterenasyonel ceza hukukuna ilgisi bulunan «fonction» fonksiyonları gösterip ayrıca, suçları tarif etti ve işini başardı.

Şu varki uluslar arasında gerginliği ve teprenmeği geri koymak, ulusları

276

bunların kötülüğünden korumak üzere yazılan yazılar kabını yırtıp uluslar uğruna neler yapılabilceğini gösterdimi? Hâdiselerin bu mevzular üzerinde neler bırakabileceğini düşünmedinizmi?

Biz Vaşington konferansiyle onaylanan «annexe de la Résolution» hal sureti lâhikasını kısaltarak bir harb ilânı işini kesdirmek hususunda ittihamın işe yaramadığını gördük. Ancak bütün ferdî veya kollektif muamalelerin, harbi hazırlamak bakımından, yanlarını gösterip çevrelerini çizmeği lüzumlu buldu. Vaşington konferansı hukukî hadiseleri Fransanın 21 Nisan 1928 projesinden sonra, harbı yasak ederek karşılamağa çalışdı.

Ağustos 928 de Parisde imzalanan Pakt, «Siyasal ve ulusal bir vasıta olan harbi» kötülemişdir.

Enternasyonal hâdiseler arasında olgunluğunu gösteren örnekleri sayı ile aşağıda gösteriyoruz:

1 — Mütecavizin tarifi.

« Londra muahedelerile öne koyulan beş türlü tecavüz halleri, bu rapora ekli plânın birinci numarasında ikinci bab birinci fasıl »

Londra muahedelerinin başlangıcı, «Briyan - Kelloğ paktı bütün tecavüzleri yasak eder » söziyle sonraki muahedelerin ne yolda yapılacaklarını göstermeğe çalışır.

Silâhları bırakma konferansının siyasal komsiyonunda mösyö Titülesko nun sözleri: « Paris paktının başlıca parçası çok sert olarak yazılan ikinci maddesidir. İkinci maddesi ihtilâfların halline varmak bakımından ancak barış vasıtalarına başvurmağa bütün imza edenleri mecbur eder. Şiddet kullanmak yasak edilmişdir. «Mösyö Tituleskonun bu görüşüne emniyet işlerinde silâhları bırakma konferansı gibi Londra konferansları da değer verdi.

İki yanlı muahedelerin muhtelif hükümleri arasında « non -agression = saldırmaca yok » muahedeleri Londra konferanslariyle sürekli bir karektere kondu.

2 — Tecavüz harbını hazırlamak veya gösteriş isteğiyle yapılmış seferberlik veya manevreler.

Bunlar yapıldıkça pek ağır bir suçun hazırlandığı görünsün ve bu suçu işlemeği yasak etmek, önüne geçmek, hususî suçlar gibi zecredilmek göze alınsın.

3 — Tehdit, bir tecavüz harbı ile tehdit.

Geçmişde bir çok devletler bu korkuyu geçirmişlerdir. Bu yolda « systéme d'ultimatum » ultimatom sistemini kullanmışlardır. Enternasyonal bir suçdan çıkan korku yarının sosyetesinde enternasyonal bir suç olarak görünmekte olan bir iz sayılmalıdır. Suçlu devletlerin başka türlü « moyens D'intimidation » - tehdid vasıtalarını kullandıkları da görülmüşdür.

4 — «İmmixtion» Bir devletin başka bir devlet iç siyasası mücadelesine karışması veyahud koloni ile anayurd arasındaki mücadeleye müdahalesi.

Bu; bir devletin harp açması yolunu kendiliğinden hazırlar. Devletler bunu çok yaparlar. Cesaret vermek, yardımda bulunmak, gibi haller. Devlet işinde, mücadelenin, dahilî harbin yolunu açar.

Bir devleti kendi iç mücadelesinde hasımlarına karşı bir harb yapmağa kışkırtmakda böyledir. Bir devleti kendi kolonisiyle yaptığı çarpışmada araya giren devletin cesaret vermesi de müdahale demek olabilir. Günün tarihleri bize anlatıyorki devletler, koloninin devlet aleyhinde açdığı mücadelede âsîlere ders vermek üzere zâbitler ve ayrıca harb vasıtaları ve para göndermişlerdir.

5 — Başka bir devletin şahsiyeti aleyhine tecavüzü kendi toprağında hazırlamak veya hazırlanmışa göz yummak — Komşu devletin toprağında çapul yapan çetelerin korunmasına yardım etmek.

Bu suçlar üzerinde durmak pek lüzumlu değildir. Devletlerin hep birlikde önüne geçmeğe mecbur bulundukları bu halleri anlatmağa kısa sözler yetmektedir. Elverirki kötü görülen bu işleri durdursunlar.

6-7 — Başka bir devletin zararına işlenilen veya göz yumulan kanunsuzluklar, banka biletlerinde ve para üzerinde sahtekârlık.

Ecnebi mümessillerinin diplomatik muafiyetlerine tecavüz.

Bunlar devletlerin müşterek suçluluğu «crimalit colleçtive des etats» üzerinde yapdığımız gibi Vaşington konferansınca kabul edilmiş olan hal suretile lâhikasında anlatılan hâdiselerdir. Bunlar üzerinde ısrar etmek lüzumunu henüz takdir etmiyoruz.

Devlet namına yapılan işlerde devletler arasındaki barış bağlarına dokunan ferdî hâdiselerin kendi varlığına uygun sebeblerle suçluluk vermek

778

ve bunları ulusal kanunları payına ayırmak arsıulusal bir hukuk sistemine daha çok dayanıklık verebilir ve böylece bütün objektivite teminatı gösterilmiş olabilir. Bu raporumuzla hep bu teminata temas ettik.

8 — Diplomasi ajanlarının kendi muafiyetlerinden yüz bularak enternasyonal ahlâka aykırı iş görmeleri.

Şimdiki vaziyet içinde diplomatların işlemiş olacakları suçların agırlıkları ne olursa olsun her türlü ciddi imkânları kullanmak suretile bu suçları zecir etmek neticesine varılmışdır. Diplomat ajanları emniyetle kullanmaları lüzümlu bulunan mahiyetlerden istifade ediyorlar, bundan vazgeçmiyen diplomatlar kendi suçlularını geri çağırılmakla öderler. Bu yüzden kabahatlı diplomatların geri çağırılmalarını istemek hakkını devletler daima muhafaza ederler. Diplomatlar temsil etdikleri memleketlerin menfaatlerini saydırmak uğrunda kötülükleri besbelli olan suçları işlemişlerse memleketlerine dönünce ittiham edildikleri suçlarından dolayı lâyık olddukları cezayı âdil bir müeyyide ile alacaklarına sadece inanılmışdır.

Bunların ceza görmüş olmaları imkânsızdır. Enternasyonal hukuk entitüsünün nizam ve kaideleri hesaba katılırsa prensipler diplomatlar için işlenmiş olan suçların ağırlığı ne olursa olsun bunların kendi memleketlerinde suç işlemiş gibi muamele görmelerini kabul etmişdir. Böylece yabancı bir memleket hükûmeti aleyhine bir komplo yapan diplomat kendi memleketinde muhakeme edilmiş olacakdır. Burada, diplomatın ceza görmesi için mahkemenin bütün iyi düşünceleri ve isteklerini birleşdirmiş olmasını beklemek mümkündür.

Prensip olarak bütün ceza hukukları ecnebi memleketlerde suç işlemiş olan kimseleri cezalandırır. Bu düşünce ile hareket eden mahkemeler ulusal ceza kanuniyle bütün bu suçları cezaya çarpar. Şu varki pek az kanular yabancı bir memleket hükûmeti şekli aleyhine bir komplo hadisesini cezalandırmışdır.

Bundan dolayidirki kodlar en büyük varlıklarını tatbik edildikleri devlet şeklinin bozulmasına bakan komploları yasak etmekden alırlar. Diplomatların memur bulundukları memleketde işledikleri bu türlü suçlar

alâkalı devletlerin mahkemelerine düşerken arsıulusal hukuk mevzuatı suçun unsurlarını takdir edebilecekdir.

Bir diplomat ajanın kendi memuriyetini ifa ederken işlemiş bulunduğu suçları kendi hükûmetinden almış olduğu emri yapmasındanmı yoksa kendiliğinden yapmış olmasındanmı ileri geldiğini arsıulusal mahkeme daha iyi kesdirir. Kendi hükûmetinden aldığı emri yaparken diplomat ajanın mesuliyeti pek hafif olmalıdır. Burada ajanın mesuliyetten kurtulması doğru görülebilir. Bu sırada alınmış olan talimat ve emirlerin mahiyetinin de düşünülmesi doğru olur.

9 — Ferdlerin barış aleyhine yaptıklarını zecir etmek. (Devletin haricî emniyeti aleyhine işlenen suçlar). Bu suçların ceza kanunlarında sertce yasak edilmiş olduğunu ve ince hükümlerine tesadüf ettiğimizi görüyoruz. Bu suçlardan politik karakteri olanlar barışı tehdid eder.

Uluslar hep birlikde bu suçların zecrini göze almışlardır. Prensip olarak herkes bütün bu suçlara karşı durmağı iş edinmelidir.

Şu varki devletlerin barış üzerindeki yakınlıklarını bulandırmağa yeltenenlerin mesuliyetlerine bu kötülüğü tasvib eden herhangi bir yabancı hükûmet ortak olurmu?

Tecavüz harbini zecir etmek hususundaki çalışmaların sonları pek ehemmiyetli değilse de başka devlet aleyhine devletlerin yapmış olduklarını yarının sosyetesinde pek açık olarak kötü göreceğiz. Devletlerin de barış aleyhine yapılan suçları zecir etmek yolundaki yürüyüşleri çok değişecekdir.

10 — Barış aleyhine yapılan suçların yasak edildiklerini ve bu arada yalan havadislerin önüne geçildiğini görmeğe başladık.

(Les Fausses nouvelles) Yalan havadisler bir defa yayıldımı kendiliğinden silâhlı ihtilâflara yol açar bir çok menfaatler yalan havadislerin propagandası uğruna harb tehlikesini taşır. Bu menfaatler borsa menfaatleridir: Silâh ve cephane yapanların öldürücü vasıtalarını satışa koymaları, gazete sürümünü artırmak için yapılan yalan havadisler, bir harb patlarsa bundan politik fayda uman idarecilerin menfaatları.

Barış aleyhine radyo ile yapılan can sıkıcı propagandaların ittiham edilmesi Uluslar sosyetesinin 9 uncu assemblée' since kabul edilmiş bir hal suretile gösterilmişdir.

Yasak edilecek olan, yalan havadislerdir. Bir ulusa tecavüz harbına girişmek cesaretini veren kavgacı öfkelerin en su götürmez çığrını çerçe-

780

veleyen yalan havadislerdir; iyi bilinsinki, harbı çekinilmez kıyıya getiren yine yalan havadislerdir. Bu yalan havadisler çok hızlı yayılır ve ilk sırada halka harbı aşılar, bize göre halk arasında olan münasebetlerde namusluluk düşüncesi enternasyonal yüksek ahlâk prensiplerine dayanabilir.

Yarının sosyetesine, diplomatların temsil ettikleri memleket uğruna faydalar elde etmek üzere yapdıkları «falsification des Documents diplomatiques» siyasî vesikalarda sahtekârlık işlerini idare edenleri cezalandırmağı, kubul ettirecek beynelmilel ahlâk prensibidir.

11 — Zecir düşüncesile beynelmilel suçları anlatmak yep yeni bir mevzudur. Burada göz önünde bulunduracağımız yönelğe, ahlâk ve âmme hukuku bakımından ağır kötülükleri görülen suçları kaldırmakdır bu suçlar tehdid yollariyle siyasal menfaatler elde etmek karekterini gösterir:

Adam öldürmek, ağılamak, kötürüm yapmak, patlayıcı bir madde ile yapıları yıkmak, yangın çıkarmak suçları bu arada sayılabilir bunlar terrorisme suçları diye ad alırlar.

En çok yeniden isbata muhtac olan vasıtaları «devletlerin başka devlet teşkilâtını sarsmak üzere kullana bildikleri görülmektedir. Bu yolda yapılanlara «Actes de Torrorismes» diyorlar. Herkes medenî topluluğun kuruluş köklerinde sarsıntı yapan bu suçların işlenmesine açıkdan açığa karşı duracak, karşı koyacakdır.

Devletler Terrorizm üzerinde en çok sebepleri düşünerek muahede yapmışlardır. Terrorizmin yapan kimseler ve tehlikeli suçlularla siyasî mücrimler üzerinde ayrıca anlaşmışlardır. Şu varki devletler zecir yolunda birleşmezlerse kötülükler artar; milletlerin birlik yapılarını kökünden sarsan neticeler çoğalır işte buna karşı ulusların zecri kodu «Code Répreessif des Nations» bizi avutuyor. Bu zecri kod bu çeşit suçları arsıulusal bir mahkemede mahkûm etmek üzere hükümler göstermeğe hazırlanıyor; devletce yabancı memleket toprağına kaçmış kimselerin suçun siyasî karakterleri ileri sürülerek iadeleri red olunursa veya muhakeme edilmelerine muhalefet edilirse ulusların zecri koduna giren enternasyonal mahkemenin kararı adaletle beklenebilecekdir. Bu mahkeme hâdisenin yalnız politik bir karekterli suç olduğuna muhalefet ediyordı ise ve bu suç devletler arasındaki münasebetler üzerinde salgın bir iz bırakmayorsa bu hâdiseyi cezalandırmağa elverişli bulmayor.

Şu varki sosyete aleyhine bir meşhud suç karekteriyle aydınlatılmış hâdiseleri bu mahkeme salâhiyeti içine alarak uygun bir müeyyide hükmedecekdir.

Suçların işlendiği memleketde mahkemelerce tecziye edilmiyecekleri seyrek hallerde bu mahkeme salâhiyetli olduğunu bildirecek; bir yandan hükmün sübut sebeblerini öteyandan cezanın şiddetini kesdirecekdir.

III

Kellog paktı ve harb hukukunun ortadan kalkması.

Harb dolayısile işlenmiş olan suçlar çok önemli olup bu başlık altında incelenmesi faydalı bulunmuşdur.

1928 Ağustosunda pariste imzalanan «pacte» pakt, harbi kanun dışında görmüş olmakla kolaylıkla anlaşılır bir iş yapmış değildir. Harbe baş vurulduğu günden beri harbi kötü görmekdeyiz. Bizi ilgilendiren harb yapmak nizamının kolaylıkla anlaşılamayan türlülük göstermesidir alışıldığı üzere harb hukuku ve sulh hukuku diye yapılan sıralama artık görülmez olmuşdur. Bir harb hukuku yerine bir suç hukuku geçmelidir. «Droit des Crimes»

Paris paktına girmemiş olanlara göre yepyeni bir yol tutan devletler karşısındakilerle bir harb teminatından kurtulmuş oluyorlar.

Silâhlı kuvvetlere baş vurmak, harb âdetleri ve kanunları kötü görülmüş vasıtaların kullanılması ve barbar usullerin tatbik edilmesi demek olabiliyormu? Bütün hallerde olduğu gibi bu meseleler Uluslar sosyetesinin paktında öne koyulmuşdur. Harbden sakınmak üzere yapılan bir anlaşmayı tanımayan bir takım devletler karşısında silâhlı kuvvete baş vuran devletler silâhlı kuvvetlerin kullanılmasında insanlık kaidelerine uymalı ve bu nomallere saygı göstermelidir.

Mütecaviz devletler aleyhine askeri müeyyideler tatbik edilmesi sırasında insanlığın köklü prensiplerine aykırı muamelelerde bulunan devletlerde bu mesuliyetli muamelelerle birlikte göz önüne geleceklerdir.

Mütecaviz devlet bir harb dolayısile barbar muamelelerde bulunmuş ise iki kat kötülük işlemiş sayılacakdır. Tecavüz harbinin başlangıcında soru, başkaca yapılan işlerde saracak bunlara daha sert müeyyideler «sanctionss» konacakdır.

782

Devletler arasında silâhlı bir anlaşmazlığın yoluna işlenmiş olan bir takım kötülükleri zecir etmekle doğrudan doğruya harb yapmanın önünü almak arasında bir ayrılık yokdur.

İşgal sırasında askerlerin işledikleri veya silâhlı bir anlaşmazlık sırasında asker hareketlerinden yüz bularak işlenen suçları ceza kodunun içine sokmağa katlandık.

Ceza kodunda bu suçların yer alması pek yüksek bir isteğe dayanmışdır. Bu suçların muhakemesini ulusal mahkemelere bırakmak doğru olur.

Böylece son harbde işlenmiş suçların muhakemesinde ulusal mahkemelerin tarafgirliğini gösteren ağır hâdiseler dençekinileceğini ilerde görebileceğiz.

İşte aşağıda taslağını yapıp bildirdiğimiz suçlar üzerinde verilen hüküm uluslar arasında bir hukuk ile inanılacak bir hale gelecek ve bu hukuk prensipleri ceza verirken zecir yaparken objektivitenin bütün teminatlarına kendi kuruluşu ile elverecekdir.

Bundan başka işgal edilmiş yer üzerinde asker kuvvetlerinin yapmış olduğu âmme hukuku suçlarını içine almayacakdır.

Askerî suçların ulusal ceza kanunlarını belli başlı başlıklar altında yazılı bulunduklarını gördükçe evrensel ceza koldarı bunlara tatbik edilecek arsıulusal ceza hükümlerinin son durağı olacak işgal altında bulunan memlekette asker kuvvetlerinin işlediği suçları âmme hukuku suçları olarak saymakla kalacakdır.

IV

Zecir vasıtalarını yerine getirmek üzere genel prensipler yapmak Kellog paktına giren devletlerin koydukları ölçüye göre arsıulusal hukukda meşru müdafaayı etüd etmek — Londra muahedeleri mütecavizin tarifi (Ladéfinition del'agresseur)

Arsıulusal suçları anlatmış oldukdan sonra bunları cezaya çarpmak üzerinde geniş kaideler yapmağa girişeceğiz iş, arsıulusal suçların normal ve maddî unsurlarını belirtmeğe gelecekdir. Burada arsıulusal ceza hukuku birliğinin payına çok derin bir araşdırma yeri olan ve daha çok lüzumlu

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

bir karekter taşıyan mevzu (Problème) vardırki buda arsıulusal suçun haksızlık unsurudur. L'élément d'inaxactitude

Arsıulusal hukukda meşru müdafaa (La Légitime Défense) üzerindeki zorluklarla karışan bu unsur oldukca çapraşık ve anlaşılması güç bir mesele olmuşdur.

Kellog paktına giren devletlerin meşru müdafaayı tetkik etmek ve ilân etmek hakkını mahfuz bulundurdukları unutulmamalıdır. Bu pakt hükümlerini yerine getirmeği kolaylaşdırmak ve bu yolda araştırmalar yapmak bakımından bu anlaşmalara tanışıklık göstermeyen devletlerden çekinmek doğru görülmüşdür. Mütecavizi tarif eden Londra muahedeleri meşru müdafaanın kesdirilmesi uğrunda yapılan araştırmaları çok kolaylaştırmışdır.

Tecavüze uğramış bir devlet uyarına başka devletlerin araya girmesi ve arsıulusal hukukda meşru müdafaa hakkının aşılması, bu geniş meselelerin derinleşdirilmesi istenir. Bu yolda arsıulusal suçları gösterirken meşru müdafaa hakkının kullanılması üzerine ileri sürülen geniş kayıtlar ve suçluların ortaklığı gibi etüd edilmeğe değer meseleleri iyice anlatmış olmak lüzumludur arsıulusal suçları da devletlerin mesuliyeti gibi ince meselelerde bu sırada ele alınmış olacakdır.

(İnternational Louv association) birliğinin viyana «ve arsıulusal ceza hukuku birliği»nin Brüksel kongrasında tasvib ettikleri devlet mesuliyetinin doğru olduğuna tarafdarız. Komsiyonumuzun işleri sonuna uzayacak olan bu mesele suçların mesullerini çoğaltıyor ve böylece devletlerin fizik ve jüridik şahıslar gibi sorgu altına alınması, mesul tutulması mümkin kılınıyor bu yüzden ceza kodumuzda devletin cezayî mesuliyetine geniş bir yer ayırdık bu meseleler üzerine hep birlikte bir görüş kondurmak üzere bir ceza kodu plânının gösterdiği bu yolda yürümek iyi olur görülecekdirki ceza kodu taslağında parmak basılan meselelerin çoğu (Explication) anlatışdan ileri gitmez.

Sözlerimizi bitirmek için arsıulusal ceza hukuku birliğinin uğraşmaları neticelerini arayoruz bu neticeler veremi sürekli bir varışın gür ve sağlam yapısından fışkıran domenler (Domains) serisi olacakdır.

Arsıulusal münasebetleri sağlamlaşdırmak ve ahlâk telâkkilerin içine almak üzere bu münasebetleri bozan hâdiseleri ve harbi bir suç olarak

78

zecretmek zorluğunu ortaya koymak, şimdiki ve gelecek paktların başlıca amacı olacakdır.

Raymon Poankara bu meseleye (işte adalet diyordu. Kötülük yapanlara karşı müeyyideler fikirleri bulandıran mütecaviz hareketlere karşı dokunaklı teminatlar dün: bu gerçekler unutulabilmiş ve tanılmaya bilmişdir ilerde bu gerçek besbelli üstün gelecekdir. Bir ceza teşkilâtı işlenmiş olan suçların cezalarını verecekdir insanlık sürekli bir barışa evrensel bir rüya gibi kavuşmalıdır.)

Profesür Vespasiyen ve . Pellanın raporuna Ek:

Arsıulusal ceza kodu plânı

Birinci bab

Umumî Prensipler

İlk fasıl

Evrensel zecrî hukuk tatbiki.

Bu hukukun umumî şekilde tatbik edilmesi, başlangıç — ittihamın meşruiyeti, kanun halini alması — arsıulusal müeyyideler.

İkinci fasıl

Arsıulusal suçun tarifi, aktif mevzuu

1 — Arsıulusal suçun tarifi; bu suçlar . . .

2 — Aktif mevzuu : A . Devlet

B. Fizik şahıs

Hukukî şahıslar devlet toprağında arsıulusal bir karekteri gösteren organize edilmiş teşkilâtlandırılmış birlikler.

3 — Mesuliyetlerin birleşmesi

Üçüncü fasıl

Arsıulusal suçun unsurları iştirak halleri

Birinci kısım

Devletler arasında suç.

1 — Bu suçun genel unsurları ve bunlara ilgisi olan meseleler:

A — Hazırlayan işler. Teşebbüs

B — Aşırı haller. Filen tehdit zaruret hali maddei cebir

C — Meşru müdafaa, taşkın müdafaa, evrensel hukukun buyurduğu işler. Ve meşru gösterdiği akitler. Suça uğrayanın rızası

2 — Ağırlatan haller ve mazeretler (bir kaç suç işlemek bunlara mammüd tekerrür tahrik - zararların ödenmesi)

3 — Bir kaç devletin bir suç işlemeğe katışmaları (ayartan ve yardım edenler) ve devletler arasındaki suçların işlenmesine yarayan el birlikleri anlaşmalar (mütecaviz muahedeler)

İkinci kısım

Başka suçlar

1 — Genel zecir kaideleri ve arsıulusal bir suçu işlenmesinde suçluların ulusal kanunlarındaki cezalara çarpılmaları.

2 — hukukî şahısların mesuliyeti üzerine kurulan genel ölçüler ve arsıulusal bir suçu işlemek üzere yapılan birliklerin mesuliyeti ve bunu gösteren dayanıklar.

İkinci bab

Suçluların mahiyeti

İlk fasıl

Devletlerle işlenen suçlar

1 — Aşağıdaki yazılanlardan birinin ilkin bir devletce işlenmesi:

A — Başka devlete harb açmak

B — Harb açmadan başka bir devletin toprağını asker kuvvetleriyle zabtetmek.

Ç — Kara, deniz veya hava kuvvetleriyle başka bir devletin topraklarına denizlerine veya havasına saldırmak.

D — Başka bir devletin kıyılarını veya limanlarını denizde abluka altına almak.

786

E — Kendi toprağında, başka devletin topraklarını basan silâhlı çeteler koltuk vermek, yardım etmek baskına uğrayan devletin isteğine karşı silâhlı çetelere yardımı kesmemek ve gerekli tedbirleri almakdan çekinmek.

2 — Yasak olan harb vasıtalarının kullanılması, denenmesi yapılması alış verişi başlı başına bir suçdur (yangın çıkaran, mikrop bulaşdıran vasıtaları kullanmak şinik harb diye anılıyor)

3 — Tanınmış olan kadrodan çok asker toplamak beslemek yetişdirmek.

4 — Başka devletin bütünlüğüne ve erginliğine karşı çevrilmiş olan suçları hazırlamak veya men ve zecir etmemek önüne geçmemek.

5 — Başka devletin menfaatlerini bozan bir teşkilâta veya bu yolda suç işleyenlere yardım etmek arka olmak veya kendi devlet toprağında bunlara göz yummak:

Bu suçların başlıcaları arasında aşağıdakiler sıranalabilir.

A — Bir ecnebi devletin adliye makamına veya idarî veya siyasî bir meclisine veya hükûmet uzuvlarına veya devlet şeflerine bunların hürriyetlerine veya sağlıklarına tecavüzde bulunmak.

B — Devlet yapılarına, demir yollarına, deniz ve hava yollarında işleyen gemilere uçaklara ve balonlara, ecnebi bir devletin veya arsıulusal karekteri bulunan muhavere vasıtalarına taarruzda bulunmak.

Ç — Bu suçları işlemek üzere birlikler kurmak.

6 — Başka bir devletin iç kavgalarına bir devletin karışması.

7 — Kuvvet ve şiddet yollarile mazur görülmeyen tehditler savurmak (oltumaton sistemi)

8 — Harbci ve gösteriş içinde yapılmış seferberlik veya manevralar

9 — Ecnebi mümessillerin diplomatik muafiyetlerine tecavüz.

10 — Paraları ve banka biletlerini karıştırmak düzme yapmak veya başka türlü bunlar üzerinde kanunsuz bir iş işlemek, veya başka bir devletin kredisini bozan bir maksadla bir devletin ihmalde bulunması ve bu yüzden husule gelen veya kanuna aykırı bulunan işleri yapmak

11 — Bundan başka bu kodda öne koyulmuş hâdiseler arasında görülen arsıulusal münasebetleri bozmak ve karıştırmak.

İkinci fasıl

Şahısların işledikleri suçlar

Bir devlet şefinin veya kendi hususi vaziyetiyle bir başkasının yukarıdaki fasılda bir numarada gösterilmiş muamelelere teşebbüsde bulunmaları.

2 — Yukarıdaki fasılda 1 numarada göstermiş olan suçlara her hangi bir yayım vasıtasiyle doğrudan doğruya tahrik ve teşvik.

3 — Başka bir devlet toprağını basacak olan silâhlı çetelere yardım etmek veya bunların arasına katışmak.

4 — Geçen fasılda 5 No ile gösterilen şartlar içinde yabancı devlet aleyhine suç işlemeğe yarayan patlayıcı, yangın çıkarıcı maddeler silâhlar ve harb malzemesi yapmak.

5 — Düzme vesikalar çıkarmak, arsıulusal münasebetleri bulandırabilen yalan havadisler uydurmak yazıp durmak.

6 — Ecnebi bir devlete hakaret ve devlet üzerine atılan uydurma hâdiseleri kötü bir netice ile yaymak.

7 — Diplomat bir memurun siyasal bilgilerini kötü kullanması arsıulusal birliği bozmak üzere bu imtiyazı kullanmak ve nezdinde bulunduğu devlete karşı suç olan işleri yapmak.

8 — Devletin müsaadesi olmaksızın silâh ve cephane ihraç etmek.

9 — Arsıulusal askerî gerginliği parmağına dolayarak suç işlemek (arsıulusal asker kuvvetleri suçları ve asker kuvvetleri altında bulnan yerlerde işgal salâhiyetine ait milletler ve sivil şahısların işlemiş oldukları âmme hukuku suçları)

10 — Devletler arasında barış münasebetlerine kötülükleri dokunan bu kodda yazılı fiiller.

Üçüncü fasıl

Hukukî şahısların işledikleri suçlar ve Devletinkiler

(Arsıulusal münasebetleri karıştırabilen ve hukukî şahısların işleye bilecekleri suçlar buraya yazılacak)

788

Üçüncü bab

Muhakeme yolları

1 — Arsıulusal bir suçun verdiği zararların ödenmesi davası ve arsıulusal ceza davası bu davaların bakılması ve sona ermesi (arsıulusal sürekli adalet mahkemesinin içinde ayrıca bir ceza mahkemesinin açılması uğrunda yapılan ana hesap projesi 20-34 madde. Revue İnternationale De Droit Penal 1928)

2 — Salâhiyet (anayasa projesi 35-139 madde)

3 — Tahkik ve hüküm (anayasa projesi 40-61 madde)

4 — Müracaat yolları (bu projenin 64-66 ıncı maddelerine bakınız)

Dördüncü bab

Müeyyideler (Sanctions)

İlk fasil

Devletlere konabilecek müeyyideler

1 — Müeyyideleri yerine getirmeğe memur olanlar: Polis tedbirleri önleyen tedbirler en çok ceza tedbirleri.

2 — Müeyyidelerin iç yüzü, belli başlı müeyyideler: A. diplomatik müeyyideler (ihtar, diplomasi münasebetlerin kesilmesi, töhmetli devlet konsolosunun salâhiyetini geri alınması ve bu devletin arsıulusal anlaşmaların faydalarından istifade etmek hakkından mahrum edilmesi ve saire.)

B — Hukukî müeyyideler (Töhmetli devletin tebeasına ait malların haciz edilmesi ve saire)

C — Ekonomik müeyyideler (abluka, bolkodaş ve saire)

D — Geri kalan müeyyideler (Sömürge mandasının geri alınması ve bu yolda silâhlı kuvvete baş vurmak.

İkinci fasıl

Ferdlere verilebilecek müeyyideler

A — İhbar, ihtar

289

B — Para cezası

Ç — Admonnestation tekdir

D — İkametden men etmek

E — Diplomatik bir memuriyetle uğraşmakdan uzaklaşdırmak

F — Hürriyeti bağlayan cezalar

Üçüncü fasıl

Devletlerle birlikde hukukî şahıslara verilebilen müeyyideler

A — İhtar

B — Para cezası

C — Fesih

Dördüncü fasıl

Müeyyidelerin icrası ve ceza hakkının kullanılması ve bitmesi (devletlere verilen müeyyidelerle ferdlere veya devletlerle birlikde hukukî şahıslara verilen müeyyideleri ayırt etmek).

790

No: 32

Suçlu Çocuklar Meselesi

Türkçeye çeviren:
Tarik E. YENİSEY

Yazan: *Henri URTIN*
Edebiyat Doktoru
Marsilya Barosu Avukatlarından

Bir «Suçlu Çocuklar» meselesi mevcuddur. Suçluların mecmuu tedkik olunduğu zaman, bunlardan 100 de 36 sının onbeşle yirmi yaş arasında, 100 de 19 unun yirmi ile yirmibeş yaş arasında 100 de 10 unun da yirmi beşle otuz yaş arasında oldukları ve sin yükseldikçe nisbetin tenezzül ettiği görülüyor. Bu suretle, çocuklukdan kemal çağına kadar olan şebabet devri, - ki diğer devirler bunun devamıdır — ceraimin en fazla işlenildiği devir olarak tezahür ediyor: Birinci mesele budur.

İkinci mesele, bu vaziyetin islâhı için ittihaz edilmesi lâzım gelen tedbirler meselesidir. Asrî terbiyenin tesirlerine rağmen, çocukluk devri, umumiyet itibarile, ehemmiyetsiz kusurların tazyik ve tekdir gördüğü devirdir. «Bunu yaparsan, sofrada tatlı yemezsin», «şunu edersen, harçlık almazsın» sözleri en mülâyim aile düsturunda yer bulan kaidelerdir. Hangi çocuk, ana ve babasının, büyük kardeşlerinin zahirî hürriyetine gıbta etmemişdir? Halâs arzusunu ifade eden «büyüdüğüm zaman» sözü sık sık çocukların ağızında dolaşır. Böyle olmakla beraber, Ceza kanununun küçüklere müteallik olan ahkâmına ufak bir nazar atılırsa görülür ki, bu ahkâmın tanziminde göz önünde tutulan prensip tamamen başka esasata dayanan bir prensipdir. Kanunu Ceza, on üç yaşına kadar hiç bir ceza tanımamakta, on üçden on altısına kadar tahfif edilmiş cezalar ve on sekizine kadar da her halde sureti kat'iyede müessir olmıyacak cezalar kabul etmektedir.

Bu iki nevi mülâhazata istinad eden «suçlu çocuklar» meselesi, şöyle hülâsa edilebilir: pedagoji ilminin en değişmez kaideleri hilâfına olarak, neden suçun en ziyade işlendiği devir, diğer devirlere nisbeten, umumiyet

itibarile, en az tazyik gören devirdir? Devamlı hataların mahsülü olarak, netaic ile esbab arasında acaba bir teşevvüşmü husule gelmişdir? Bu kadar tereddüd ve hattâ tenakus ihtiva eden bir mevzuun tahliliine girişilmezden evvel, tedkik olunacak meselenin mahiyetini sureti kat'iyede tayin etmek gerekdir.

Mevzuubahs ettiğimiz «suçlu çocuklar» meselesidir; bu mesele «ahlâken düşkün çocuklar» meselesinden tamamen ayrıdır; «suçlu çocuk», mevcud «kanunlar» hilâfına hareket eden, ef'ali ile Ceza kanunu ahkâmını tağyir eden çocukdur. Ahlâken düşkün veya ebeveyninin tenbihatına riayet etmiyen çocuk, kanunî takyidatı haleldâr etmedikçe, mevzuumuz haricinde kalır. Mesele tamamen hukukidir ve ancak bu zaviyeden mütalâa edilmelidir. İlk evvel «Hukuku Ceza» ve hattâ kısaca «Hukuk» mefhumunu tasrih etmiye çalışalım; zira mevzuumuzun bilûmum aksamının, ayni tarif etrafında toplanarak, sağlam ve arızasız bir saha üzerinde inkişaf etmesi lâzımdır.

Son zamanlarda yapılan neşriyat ve bilhassa «Hukuk Felsefesi ve hukukî İçtimaiyat Arşivleri» tarafından çıkartılan yazı silsilesi, bu mühim nokta hakkında ihtilâfı efkâr bulunduğunu göstermişdir.

«Hukuk» un menşei nedir? «Vasat Adam» disiplin veya istiklâle, îman veya fikri tenkide mütemayil bulunmasına göre, «Hukuk»un cihanşümûl prensiplere veya pratik zaruretlere istinad ettiğini zanneder. Yüksek zekâlar ise bu iki nokati nazarı, başka başka sebeblere istinad ile tebellür ettirdiler ve bir gün, bu yüksek zekâların birleştikleri noktaya dair bir itilâf temin etmek suretile, filozof ve aynı zamanda hukukşinas olan bir şahıs zuhur ederek bu çıkmaza tabiî olarak bir çare bulmuş oldu. Her şahsın nefsinde taşıdığı prensipleri iltizam eden «subjektif» hukuk tarafdarlarına, Tarih ve Coğrafyanın bu noktai nazarı, en emin pernsiplerin dahi zamanla tekâmül ve muhitle tenevvü ettiğini göstermek suretile, reddettiği kuvvetle isbat olundu. Medenî kanun vazıı, Romadan müntekil esasata dayanarak, ebediyet için bir eser husule getirdiğini zannetmiş idi; lâkin bugünkü hukuka ufak bir atfı nazar, bu iddiaların ne kadar çürük olduğunu göstermeye kâfidir. Müsbet hukukun, bu kadar değişen bir esas üzerine kurulması mümkün değildi.

«Subjektif» hukuka mukabil bir de «objektif» hukuk mevcuddur. «Objektif» hukuk, ilk bakışda diğerine nazaran bir üstünlük arzeder. Madem ki «hadiseler» prensipleri tekzib etmektedirler, hakikatlara dayanan bu

hadiseleri mevzulara esas olarak almak daha muvafık olmazmı? Aancak, «hadiselere» kabili tatbik olan takyidat ve memnuiyetleri ihtiva eden hukuk ilmine, hadiselerin heyeti umumiyesi de esas teşkil edemez. Demek oluyor ki iki sistem de, ihtiva ettikleri prensipler dolayısile ve birbirinin taşıdığı hakikat payını idrakden kaçındıklarından, matlubu te'min edemiyorlar.

Bu hususta verimli bir kombinezon formülü bulan Doyen Léon Duguit'nin yararlığını her vakit takdirle yadetmek borcumuzdur. Mumaileyhe nazaran, Hukukun esas ve hikmetini, adalet hissi ile harekete gelen kitle şuurunda aramalıdır; burada mevzuubahs olan, alelûmum «hâdiseler» veya şuurun derunundan gelen bir «adalet prensibi» değil, «şuurulu hâdiseler» dir. Bu usûl, umumî ve, şuur kontrolünden geçmeyen hâdiseler hakkında tahdidî olması hasebile, faideli bir usuldür. Bu usûl bizi hakikate iysal edermi? Evvelemirde kaydedelim ki, M. Duguit, Hukuku, bazı keyfî tefsirlere meydan vrebilecek olan «müşterek şuur» üzerine değil, kitlenin şuurları, yani ferdî şuurların mecmuu üzerine kurmak istemişdir. Bu sistemin ehemmiyeti aşikârdır; zira bu suretle her hangi bir kimse, nefsinde tatbik edeceği psikolojik bir tahlille, aranılan esası bulabilecekdir.

Derunumuzda mevcut hakikatları her hangi bir zamanda tahlil edersek, şuurumuzun muayyen hareketleri sayesinde «benliğimizin» tecanüsünü temin eden kısmen aktif ve kısmen de pasif itiyadlarla karşılaşırız. Hakikaten, insan, görülen «benliğimiz» i teşkil eden bir «itiyadlar terkibi»dir. Tahlilimizi daha ileri götürerek, bu itiyadların nereden geldiklerini aramalıyız. Bu itiyadlar tamamen «benliğimiz» tarafından mı yaratılmışlardır, yoksa hayata girerken derunumuzda mevcud mu idiler? «Benliğimiz» i aktif ve pasif itiyadlara göre ayıran esbabı tayin için, mühim ve gayrı kabili içtinab bir mesele! İtiyadlar fıtrî, yani nesilden nesile kabili nakilmidirler? M. Henri Bergson, böyle bir iddiayı eserinde daima reddetmişdir. «Ahlâk ile Dînin iki Menbaı» adlı kitabında diyorki: «itiyad ve bilgiler, şimdiye kadar ileri sürülen iddialar hilâfına, uzviyet üzerinde hiç bir iz bırakmamakta ve gelecek batınlara intikal etmemektedir» (sahife 24); ve daha ileride: «itiyadların intikali keyfiyetinin, hilkat üzerinde zamanla esaslı bir değişiklik icra edecek bir kaidei umumiye değil, bilâkis bir istisna olduğunu gösteren tecrübeler bâkidir» demektedir (sahife 82).

M. Bergson'un beyan ettiği gibi, bilûmum itiyadlar gayrı kabili nakil iseler, yani insanın hayata «ilk hamlesi» böyle itiyadlardan değil, tamamen başka elemanlardan mürekkeb ise, bu elemanlar nelerdir? Tetkikatımızı bu noktaya kadar derinleştirmeliyiz.

Bu esaslı nokta hakkında, birbirinin sistemlerini cerhetmeye çalışan iki cephe kurulmuşdur. Bir taraftan, M. Henri Bouchet «Tedrisatın şahsileştirilmesi, çocukların şahsiyeti ve bunun terbiyedeki rolu» adlı tezinde, insanın, müstakbel şahsiyetini teşkil edecek müsbet imkânları hamilen dünyaya geldiğini iddia ediyor ve diyor ki: «ilk senelerde, kuvvetli bir ibtidaî şahsiyet tezahür ediyor ve bu şahsiyet muhitine intibak etmek için fevkalâde faâl bir surette bütün gayretini sarfediyor; intibakın şekli ve şumulü şahsiyetin kendisinden gelmekte, haricî tesirler ise yardımcı vaziyette kalmaktadırlar.» Ve ilâve ediyor: «Bu mülâhazalar, ferdi beşerde mevcud faziletleri Cemiyete izafe eden ve şahsî mevcudiyeti, en kaba bir hayvan mertebesine indirecek kadar ibtidaî bir şema haline sokan teze en ağır bir darbe teşkil etmektedir» (sahife 431). Uzun boylu tetkikat neticesinde, M. Bouchet her şahsa has evsafın tahtı nüfuzunda bulunan «imtidad», «gaye» ve «serbestî» anasırından müteşekkil olan «ferdî şuurda» bir irtibat mevcud olduğuuu müşahade etmişdir. Muharrir, şüphesiz ki, «benliğin» kuruluşunda içtimaî tesirlerin lüzumunu inkâr etmek istemeyor, ancak, bu tesirlerin, kendi başlarına, şahsî faaliyetin tezahürünü izah edemeyeceklerini beyan ediyor.

Malûm olduğu üzere, Emile Durkheim'in devamlı tesiratı neticesinde Sosyoloji uzun seneler en mühim mevkii işgal etmiş ve Sosyolojizm doğmuş idi. Zamanla sosyolojizmin, hakikatta meşru olan bir halin mübalâğa edilmiş bir şekli gibi görünebilmesi muhtemel olmakla beraber, M. Bouchet, sosyolojizm ile mücadele ederken, soyoloji'ye karşı hasım vaziyetine girmiş olmamalıdır. Mamafih, Durkheim tamamen aksi bir vaziyet takınmış olsa idi, ayni muahazaya maruz bulunacakdıki, bu hal, yeni mezhebin ifrata varmış olmasını kısmen mâzur göstermektedir.» . . . . . İrsen intikal eden mübhem ve gayrı muayyen bazı temayülâttan sarfı nazar, çocuk, hayata yalnız kendine has hilkatı ile girer. Demek ki, Cemiyet, her yeni nesilde, yeniden inşa etmek mecburiyetindedir. (E. Durkheim, Terbiye ve Sosyoloji, Sahife 50). M. Bouchet ise «şahsiyetin şekli ve mâ-

7914

nası kendisinden gelmekte, haricî tesirler ise yardımcı vaziyette kalmaktadırlar» demektedir.

Zahiren mütenakıs görünen ve pedagoji ilminde iki mühim cereyanı temsil eden iki görüş müvacehesindeyiz. Bu iki görüşün birbirine intibak etmesi gayrı mümkün olmasa gerektir, mâdemki Durkheim «irsen intikal eden bazı mübhem ve gayrı malûm temayülâtın» mevcudiyetini tasdik etmekte ve M. Bouchet de, haricî tesirlerin nüfuzunu kabul eylemektedir. Bununla beraber, bu iki görüş birbirile çarpışmakta, mücadele etmektedir. Bunlardan birini şimdiden tercih etmelimidir? Yoksa mücadelenin neticesini mi beklemelidir? Şüphesiz ki, bu hususta bir karar vermek için, meseleyi en ince teferruatından başlayarak tamamen tetkik etmek lâzımdır. Ve zaten Durkheim, «irsen intikal eden temayülât» hakkındaki ihtirazî kayıdları ile böyle bir tetkike yol açmış bulunuyor.

Bu hususda sahibi salâhiyet bir kimseye müraacaat edelim. Profesör E. Guyénot «İrsiyet» adlı meşhur eserini şöyle bitirmektedir: «İrsen müntekil hassalar, daimî tebeddül halinde değildir; bunların mümeyyiz vasfı, nisbî ve fakat pek vâsi bir «sabitlik»dir. Kaide, irsî hassaların batından batına naklidir; yeni bir hassanın zuhuru ise, istisna teşkil eder.» (İrsiyet, sahife 424). Bunun manası nedir? Cenevreli Profesör «tiplerin aynı şekilde muhafazasını temin eden» irsiyet ile « bilûmum tebeddülâtın zarurî mesnedi olan» tenevvüü birbirinden ayırd etmek istemiştir; ve mümkün olan tenevvüler meyanında bir tarafdan, «muhitin tesirlerine bağlı olup irsiyetle alâkası bulunmayan ferdî tahavvülât» ı ve diğer taraftan da «irsiyetin yeni tipler husule getiren, ânî tahavvülâtını» derpiş etmektedir. Demek oluyor ki, Durkheim'in kat'î iddiası hilâfına, çocuk, doğarken yalnız kendine has hilkatını getirmekle kalmayor, aynı zamanda asırların, anî tahavvüllerle tâdil ettikleri irsî evsafdan mürekkeb müsbet ve hususî bir diğer hilkatın da tesiratına tâbi bulunarak hayata giriyor. İrsiyetde anî fakat devamlı tahavvülâtın kabulü keyfiyeti, bizi, canlı mahlûkatın tamamen ferdî bir hilkatla yer yüzüne gelmiş olduğu neticesine götürebilir. Ancak, biolojist bununla iktifa etmeyip, psikoloji ve oradan da sosyoloji sahasına geçmekte ve muhitin tesiratından mütevellid irsî olmayan ferdî tahavvülâtı mülâhaza etmektedir. «Haricî tesirat, müessir oldukları nisbetde, irsî faktörleri

795

tadil edebilirler.» (İrsiyet, sahife 423). Bu vaziyete göre, iki nüfuz mıntakası ortasında bulunuyoruz demektir: Bir tarafdan, anî tebeddülât neticesi olarak mütemadiyen değişen irsî hilkate her ferdin getirdiği yenilik, ve diğer tarafdan da, irsî faktörleri tadil edemiyecek derecede sathî olduğundan, batından batına intikal etmeyen, muhitin tesiratından mütevellid ferdî tahavvüller.

Duguit tarafından ileri sürülen hukukun mesnedi hakkındaki tetkikimizin hareket noktasına rücu edersek, ferdin, kısmen irsiyete dayanan karışık itiyatlar terkibinden ibaret olduğunu görürüz. «Benlik», tekâmülünün her hangi bir anında, gayrı sabit olan bir müvazeneyi temin için durmadan sarfı gayret etmekde olduğu zannını verir. Lâkin tetkikimizi bu ilk zanna kaptırmayarak, daha ileri sürer ve benliğin menşeine kadar çıkardırsak, umumî müvazeneyi ferdî istidadların daimî istimali üzerine bina ettiren irsî hilkatin iptidaî müvazenesini müşahede ederiz.

Demek oluyor ki, irsî hilkat, işledilmesi lâzım gelen canlı bir sermayeden ibaretdir. Lâkin, bunu ne şekilde işletmek icab eder? Bergson'a göre, fıtrî itiyadlar tamamen bertaraf edilmeli, ve «benlik» doğuşundan itibaren, yeni itiyadların teşekkülü nisbetinde tedricen tekâmül etmelidir. Doğarken, iptidaî şekilde sahib bulunduğumuz istidadlar, muhitlerinde en iyi mevkii işgal etmek için diğer ferdlerin istidadları ile çarpışacaklardır. Bir mücadele başlayacak ve en kuvvetli istidadlar diğerlerine tahakküm edeceklerdir. İrsiyetlerin esas ahengini tahrib eden bu içtimaî kargaşalıkda, biolojik müvazene ne olacakdır? Durkhem'in iddiasının isabeti burada görülmektedir; zira, itiyadlardan tamamen tecerrüd etmiş bir halde bulunan iptidaî «benlik» in, hayatı istilâya başlamış diğer şahsiyetlerle gayrı kabili içtinab olan teması üzerindedir ki, psikoloji sosyolojinin yardımını taleb etmek mecburiyetinde kalacakdır. (M. Louis Lavelle'in 27 Temmuz 1935 tarihli «Temps» gazetesinde intişar eden «Psikoloji ve Sosyoloji» başlıklı makalesi).

Ferdî beşer, içtimaî hayata atıldığı zaman, bir çok muhtelif hakikatlarla karşılaşır. M.Lévy — Brühl'in «Aşağı tabaka Cemiyetler» ve «iptidaî zihniyet» hakkındaki tetkikatına bakılırsa, gayrı medenî insan doğduğu zaman, etrafında uzuvları birbirine müsavi olan dar ve mütecanis bir cemiyet bulur. Bu halin neticesi olarak, iptidaî istidadlar uyuşuk bir vaziyetde

796

kalırlar ve inkişaf etmezler. Medenî insan için, vaziyet aynı değildir. O da gayrı şuurî bir sentez halinde doğmakda ve fakat muhitle teması akabinde, istidadları neşvünema bulmaktadır. Bu bir serbestî ve enerji işidir. Serbestî işidir, çünki istidadlara inkişaf imkânları verilmelidir; enerji işidir, çünki istidadlar diğer istidadlar ile bazen şiddetle mücadele edecekdir. « Bir insanın içtimaî bir grup'a dahil olmaması imkânsızdır, ve dahil bulunduğu andan itibaren, hisleri, fikirleri, tarzı hareketi her suretle diğerlerinkinden başka olacakdır» (Ch.Blondel, İptidaî zihniyet, sahife 27). Bu hal, insanın içinde bulunduğu içtimaî grup vasfının, fıtrî istidadlar üzerinde ne kadar müessir olduğunu göstermektedir.

Yukarıki izahattan sonra, hukukî hayatın esasatı ve sureti tanzimi hakkında daha sarih bir fikir edinmek kabil olacakdır. Duguit'ye nazaran, Hukuk, adalet hissile meşbû bulunan âmme şuuru üzerine kuruludur. O takdirde, âmme şuuru, eğer münevver ise, ferdî istidadların müsbet sermayesini ihzar edecekdir. Demek ki, müdevven Hukuku tatbik edecek olan kimseler, istidadların bu canlı esasatını hiç bir vakit nazardan kaçırmayacaklar ve onların, zuhur ve inkişafına mani olacak hiç bir harekette bulunmayacaklardır. Lâkin, bu istidadlar zuhur ederken, diğer istidadlarla karşılaşacaklardır. Vahim çarpışmaları önlemek için, Hukuk, ceza ile müeyyed memnuiyetleri tesbit etmelidir. Vazıı Kanunun emirler vermesi ve cezaların tatbik edilmesi matluba kâfimidir? Hiç şüphe yok ki, en mükemmel Hukuk, hayatın her türlü tahavvülâtına tetabuk eden Hukukdur, ve en kâmil içtimaî hayat da, yazılı Hukuk ile muayyen memnuiyetlerin hiç bir vakit ika olunmadığı hayatdır. Bu bir gayedir ki, temini filen gayrı kabildir ve fakat bütün hukukşinaslar gayretlerini mütemadiyen bu hedefe tevcih etmelidirler.

Netice itibariile, bütün mesele, ferdî ile içtimainin temasını teshil etmek ve bu suretle istidadların zuhur ve içtimaî hayat içinde tekâmül etmesini temin eylemekdir. Hiç şüphe yok ki, bu noktadan, her hangi bir istidad kendine daha uygun bir inkişaf muhitinde, daha suhuletle ve normal bir şekilde tekâmül eder. Ve, yukarıda da izah ettiğimiz gibi, bundan dolayıdır ki, iptidaî insanların istidadları, basit bir muhitde bulunmaları hasebile, mecburen uyuşuk bir halde kalmaktadırlar. Fakat medenî bir Cemiyetde, vaziyet tamamen başkadır. Doğan çocuk, ilk evvel, ailenin dar kadrosu içinde inkişaf etmekte ve burada bir çok fizik ve manevî benzeyişlerle

797

karşılaşmaktadır. İlk itiyadların mahdud bir muhit içinde yetişmesi, bu itiyadların içtimaî hayatın daha vâsi merhalelerine tedricen tekâmülünü teshil etmektedir. Erişmek istenilen gaye ne kadar yakın ve mahdud olursa, bir istidad da o derece kolaylıkla inkişaf eder. Fıtrî istidadların aile içindeki inkişafı, belge, mıntaka ve nihayet hali hazır hukukî birliği teşkil eden devlet içindeki tekâmülünü hazırlamaktadır. İleri Cemiyetlerimizde, bu tekâmül şekline bazı istisnalarla - pedagojik noktadan, riayet edilegelmektedir. Ancak, « istisna » tetkike değer hukukî bir mevzudur, zira Kanunu cezanın gayesi, - içtimaî kargaşalıklar bertaraf - istisnaları tashih etmekdir.

Şimdi halletmek istediğimiz asıl meseleye geliyoruz: istisnaî hareketleri Ceza Kanunu takyidatına aykırı kaçan çocuklar meselesi.

*
* *

Yukarıdaki izahattan sonra, «suçlu çocuklar» meselesini, reşid kimselerin suçluluğu veya umumiyetle suçluluk meselesinden ayırd etmek daha kolaylaşmış oluyor. Ferdî istidadlar esasına dayanarak tamamen tekâmül etmiş olan bir cemiyetde, suç mikdarının pek fazla azaldığı müşahade olunmaktadır. Bu istidadların nelerden ibaret bulunduğunu ve hangi şahıslarda mevcud olduğunu tayin etmek içtimaî otoriteye ait bir işdir ve bu meselede işbu otoriteye vâsi mikyasda mesuliyet terettüb etmektedir. Bütün meselede ancak bir cüz teşkil eden mücrimlerin tecziyesi keyfiyetinin bir faide temin edemeyeceği bedihidir ve bu sebebledir ki, az çok her yerde ve bilhassa ileri memleketlerde, mücrimlerin bilâ tefrik cümlesine aynı cezanın tatbiki prensibi aleyhinde bir cereyan müşahede olunmaktadır. İçtimaî otorite, ferdlerle teşriki mesaî ederken, bunların istidadlarını teşhis edip inkişaflarını mümkün kılmak vazifesini daima göz önünde bulundurmalıdır.

Hayata giren insan, yani çocuk, normal muhitine yani ailesine bırakılmalıdır. Normal bir aile içinde bulunan normal çocuk, normal bir şekilde tekâmül eder. Lâkin bazı ahvalde, hâdiselerin tesiri neticesinde, ebeveynin çocuk üzerindeki nezaretini kuvvetleştirmek icap ediyor. Muhtelif ihtimaller mevcuddur. Ya çocuğun istidadları icab eden şekilde teşhis olunamamış veya bu istidadlar tekâmül etmek için kâfi derecede serbest

798

bırakılmamışlardır. İşte buradadır ki, asıl « suçlu çocuklar» meselesi zuhur ediyor. Ferd, aile ve Cemiyetde kökleri bulunan ve muayyen bir çerçeve dahiline sokulmayacak olan bu mesele, fevkalâde nazik bir meseledir. Hangi âna kadar ferdî tekâmül serbest bırakılacak, ve ne zaman ailenin ve bilâhare Cemiyetin müdahalelerine cevaz verilecekdir? Ve Cemiyet müdahalesi kâfi gelmediği takdirde, hangi ândan itibaren cebir yoluna gitmek douğru olur?

Meseleyi iyice kavrayabilmek için, aktif ve pasif îtiyadların klâsik tefrikini yapmak iktiza etmektedir. Çocuk, aile veya Cemiyet muhitine girince, bu kaideye tâbi bulunmakta ve aktif itiyadların çokluğu nisbetinde, şahsiyeti kuvvetlenmektedir. Malûm olduğu üzere, aktif itiyad, mevcud bir istidadın harekete getirdiği îtiyaddır. Halbuki, çocuk, doğuşu ânında, istidad noktasından, bir meçhuldür; onun hakikî istidadlarını tahmin etmek imkânsızdır. Şüphesiz ki, bazı irsî vasıflar akla gelebilir; ancak bunlara emin nazarile bakmak hata olur, çünki bunlar muhtelifdir ve hangisinin diğerine tefevvuk edeceğini evvelden tahmin etmek gayrı kabildir. Her ne de olsa, ferd meselesi, ırk meselesinden evvel geçer. Ferd meselesini halletmek için, çocuğun hilkatının olduğu gibi meydana çıkabilmesini mümkün kılacak olan vâsi serbestîi temin eylemek icab eder. Ferd olarak her çocuğun aynı evsaf ile dünyaya geldiğini iddia eden Durkheim sisteminin noksanlığı burada gözükmektedir. Asrî pedagojinin müdafaa ettiği bu serbestiye, ne vakit nihayet vermelidir? Eğer aktif itiyadlar bir çocukda kâfi derecede yerleşmemiş iseler, pasif itiyadlar onlara tefevvuk ediyor demektir. Çocuk, hilkatının sevkettiği istikamete gitmiyorsa, ergeç daha kuvvetli kimselerin nüfuzuna girecek, veya kendini miskinlik cereyanına kaptırıp esarete sürüklenecektir.

Başlangıcda mevzuubahs olan bir sualin cevabını kısmen burada buluyoruz: normal çocukların müteamil terbiyesi ile suçluların yeniden terbiyesi arasında neden böyle zahirî bir tezad mevcuddur? Çocuğa tanınan serbestî yaşı ilerledikçe tevessü ettiği halde, neden suçlu çocuklara, reşid olan suçlulardan ziyade bir serbestî verilmektedir? Çünki maksad normal olmayan kimselerin ıslahıdır ve bu kimselere mutad olan usûl değil, bunun tamamen aksi bir usûl tatbik edilmek gerekdir. Fıtrî itiyadlar meselesinde, çocuklar hâkimi tereddüde düşerse, bu itiyadların zuhurunu mümkün kılmak

799

için - çok tehlikeli pasif itiyadlar suçlu çocukda yerleşmemiş olduğu takdirde - bir dereceye dadar serbestî tanınması lâzımdır. Serbestî hakkında söyleyeceğimiz bundan ibaretdir.

Halli icab edden ikinci mesele de muhit meselesidir. Tayini müşkül olan devre, çocuğun ailesinin ademi iktidarı tebeyyün ettiği ân ile, kökleşmiş pasif itiyadların devamlı yerleşmesi halinde kuvvetli cebir istimalinin lüzumu tezahür ettiği ân arasındaki devredir. Böyle bir vaziyetde, müşahade altında bulundurmak üzere suçlu çocukları hep birlikte aynı mahaldemi toplayacağız? Ve yahut çocuğu bir aile nezdine koymak icab ederse, bu ailenin intihabında ne gibi şerait arayacağız? Meselenin hallini temin için, kaçınmamız lâzım gelen iki cihet mevcuddur. Denebilir ki, bir aile himayesine çocuğun tevdi olunması, çocuk için şüphesiz bir ikinci aile hayatı teşkil edecekdir ve bu hayat çocuğun kendi aile hayatı kadar samimî olmazsa da, daha sıkı bir nezaret altında bulunması noktasıdan faideli olacakdır; ancak bütün mesele, çocuğun tevdi olunacağı ecnebi aileyi intihab etmekdir.

Bunlar sathî olmakla beraber çok tehlikeli usullerdir. Hangi çocuğun hangi aileye tevdii faideli olacağı evvelden nasıl kestirilebilir? Bu hususta polis makamatının vereceği malûmat pek mahdud ve gayrı sarihdir. Çocuğu gece yatısına vermek de, emin bir çare değildir.

Hayata giren çocuğa, ferdî kabiliyetlerini izhar etmek imkânı verilmelidir; bu hakikat M. Bouchet'nin « Tedrisatın şahsîleştirilmesi » hakkında yazdığı tezde izah edilmiştir. Çocuk, serbestîsini mevcud kanunlar dahilinde mi istimal etmektedir? O halde, kendi tabiî muhitine bırakılmalıdır. Serbestîsini suiistimal mi etmektedir? Hilkatinin tamamen tezahürü için kendisine kâfi serbestî temin edilmeli ve fakat aynı zamanda nezaret altında bulundurulmalıdır. Bu da kâfi değildir, zira ferdî kabiliyetler ancak matluba muvafık içtimaî bir muhitde tekâmül edebilirler. Şu halde, cemiyet çocuğun yetişmesi ve, sukut etmiş ise, ıslahı meselesinde alâkasızlık gösteremez. Emile Durkheim'in tezlerinde bu hakikat mündemiçdir. Ancak, bu filozof çocuğun yetişmesi hususunda Cemiyetin tamamen âmil olduğuna kanî bulunduğu halde, tecrübe, bize, yalnız başına hiç bir şeyin âmil olamadığını ve her vakit yardım ve mutabakat lüzumu mevcud bulunduğunu göstermişdir.

Demek oluyor ki, müsbet ve devamlı neticeler elde etmek isteniyorsa,

800

suçlu çocuklar mevzuatı muhtelit bir sisteme doğru gitmelidir. İdeal rejim, suçlu çocukları, kendilerini terbiyeden âciz bulunan ailelerinden ayırarak, hususuî bir müessesede, hilkatlarının tezahürüne lâzım gelen serbestî ile yetiştiren bir tedip ve terbiye rejimidir; bu suretle, çocuklar, sempati üzerine kurulmuş olan mahdut gruplar halinde ve müteyakkız ve fedakâr bir şefin etrafında toplanarak, kendi ocaklarında bulamadıkları samimî aile muhitine girmiş olurlar, ve neticede, uyuşuk bir halde kalmış olan istidadları derhal neşvünema bulur. Prensip ve neticelerini izah ettikden sonra, hâdiselerin tetkikine geçersek, ne gibi hakikatler ile karşılaşırız? Maksadımız, burada muhtelif memleketlerde tatbik edilen ceza sistemlerini tadat etmek değildir. Bu hususta, istenilen malûmat, 1934 senesinde Lozan Üniversitesinde, M. Jean Deppierraz tarafından « Çocuk Mahkemeleri » hakkında müdafaa edilen tez ile, Matmazel Alice Arnold'un « suçlu çocuklara dair İsviçre Ceza Hukukunun ıslahı » na ait Cenevre'de yazmış olduğu tezde mevcuddur. Medenî milletlerin ekserisi, suçlu çocukların ıslahı için, ferdi ferd olarak derpiş eden bir sistem kurmakta ve bu işte azçok muvaffak olmaktadırlar. Belçika ve onu takiben İsviçre, elzem olan ıslahatı yapmağa başlamışlardır. Fransa'ya gelince, itiraf etmelidir ki, halen tatbik edilen sistemde büyük noksanlar mevcuddur. Nezarete tâbi serbestî usulü ile, cebrin hüküm sürdüğü ceza kolonileri usulü arasında bulunması lâzım gelen mutevassıt teşekküller Devlet tarafından veya Devlet kuntrolu tahtında kurulmalıdılar. Yukarıda mezkûr eserinde M. Deppierraz'ın dediği gibi « Bu iki terbiye usulü arasında, fransız resmî teşkilâtında, bir boşluk mevcuddur. Bu boşluğu hususî teşebbüsler doldurmak istemişdir » (Sahife 107). Bu suretledir ki, patronaj teşkilâtları doğmuş ve çoğalmıştır; bunlar iki kısma ayrılmaktadır: İş temin eden patronajlar ve ikamet temin eden patronajlar. Lâkin bu iki patronaj'in da mahzurları gün geçtikçe çoğalmışdır. İşsizlik buhranı neticesinde iş temin eden patronajlar, çocuklara iş bulamamışlar ve diğer patronajlar da, fabrikaların kapalı bulunmasından dolayı, çocukları başıboş bırakmaya mecbur kalmışlardır.

Ne yapmalıdır? Tehlikede bulunan çocuklara yardım etmek mecburiyetinde olan içtimaî otorite, en sık vukua gelen bu mütevassıt hallerde, bir otorite formülü kabul etmek ıztırarındadır. Aynı müellifin, her cihetten mükemmel olan eserinde dediği gibi, şüphesiz ki «kusursuz bir sistemin tat-

biki için bulunması lâzım gelen Müessesat mikdarının pek yüksek olacağını itirafa mecburuz» (sahife 201), zira, fıtrî istidadları tefrik etmezden evvel, çocukları ilk önce yaş kategorilerine göre ve sonra da normal ve anormal olarak ayırmak icabeder. Bununla beraber, zarurî tenevvülleri de nazarı itibare alan müşterek bir formül bulmalıdır. Yukarda gördük ki, mikdarı muayyen çocuğu mâkul ve fedakâr bir şefin idaresi altında toplamak en iyi usuldür, zira bu suretle, daha vâsi içtimaî mecburiyetlere intikal etmek için zarurî olan aile muhitinin iyilikleri çocuklara temin edilmiş olur. Bu, Belçika'da mevcud olan «paviyon sistemi»dir: tabiî temayyülleri aynı olan bir kaç çocuğun, teknik ve ahlâk noktasından mücehhez bulunan bir mürebbinin etrafında birleşip yetişmesi. Bu sistem, ailenin sun'î bir şekilde bir nevi yeniden teşkilidir. Bu şekilde tertip olunan çocuk aileleri yanında, çocukların birbirlerile temasa gelecekleri atölyeler bulunacak ve bu suretle içtimaî hayata bir hazırlayış devresi temin edilmiş olacakdır; fakat, çocukların, kendilerini anlayacak ve işlerinde teşvik edecek olan, tedricî bir sempati ile tahkim edilmiş, daha samimî bir muhit bulmaları lâzımdır.

Yapılacak işi hülâsa etmek istenirse, denilebilir ki, ilk evvel nazariyat noktasından, «Yeni Mezhep» ciler tarafından ileri sürülen ve M. R. Saleilles'in hukuk sahasına intikal etdirmiş olduğu ferdiyetcilik prensibini, Durkheim ve şakirdleri tarafından teklif edilmiş olan içtimaî terbiye prensibi ile telif etmek, ve sonra filiyat noktasından da, bu kombinezonu, mezkûr kategoriye dahil suçlulara dair « internat » lar tesisi suretile, tatbikat sahasına vazeylemek gerekdir. Diğerleri ile karışmamaları için, sırf suçlu çocukların bulunacağı bu «internat» larda, çocukların, Mahkeme kararından itibaren, tekâmüllerinin takibini mümkün kılacak olan sıhhî ve psikolojik servisler bulundurulacakdır. Bundan maada «internat» larda, teknik cihetinden vazifelerini bihakkın ifa edebilmek için mücehhez bulunan ve kendilerinden istenilen merbutiyet ve fedakârlığı muhakkak suretde göstereceğini müemmen ahlâkî evsafı haiz olan kimseler bulunmalıdır. Ve bugün karışık bir halde birleştirilen genç suçluları temayyüllerine göre, mahdut gruplar halinde ve mütayakkız bir şefin pederane ve fakat kuvvetli idaresi altında toplamalıdır. Bu şekilde, isyan için çalışan bir şebeke yerine, temiz hayat için hazırlanan mes'ud bir birlik temin edilmiş olur.

Bütün bu şeraiti yerine getirmek mümkün olduğu takdirde, suçlu ço-

802

cukları, büyük bir ümidle, bu gibi «internat» lara teslim edebiliriz ve orada bunlar, nezaret ve şefakat'ın tesiri ile nihaî tahlis anına kadar, ıslah yolunda inkişaf ederler.

*
* *

İtirazların yükseldiğini duymaktayım. Halli lâzım gelen daha müstacel işler yokmudur? Ve zaten, ihtiyatla hareket olunması lâzım gelen bir teşkilâtda, işe daha ufakdan haşlamak daha doğru olmazmı? Aile sistemi, evvelce, Paris' in yakınlarında, «La Tutélaire» adlî patronaj'da, tecrübe edilmedi mi? Ve burada, Müessesenin bânisi olan M.Henri Rolleti'nin nezareti altında, yaşa göre taksimat yapılıp, her şubeye ayrı oyun mahalli, yemekhane, ikametgâh verilmedi mi? Binaenaleyh, yeni masraflara girişmeden, yapılmakda olan tecrübenin neticesini bekleyelim.

Lâkin, hakikî düşman, yeni çocuğun sukutu, içtimaî hayata yerleşip en temiz ocakları telvis etmek tehlikesini arzetmeğe başlarsa, zaman aleyhimize çalışmazmı? Başlangıçda söylediğimizi tekrar edelim: 15 ile 20 yaş arasındaki çocuk veya gençler, mücrimler yekûnunun yüzde otuz altısını doldurmaktadır; demek ki, asıl cinayet oçağını, bu çağdaki kimseler teşkil ediyor. İşi yavaştan alıp, ıslah çerelerini geçiktirmek doğru olurmu? Bir milletin sıhhatı, disiplin zihniyetinin büyük mikyasda muhafazasına vabeste ise bu zihniyet, mevcut mevzuata ve bilhassa, müşterek hayatın ana şeraitini tanzim eden Ceza Kanununa karşı beslenen saygının bir neticesi değilmidir? Ve Ceza Kanunlarını daha iyi bir şekilde tanzim ederek cinayetin en ziyade işlendiği bir çağda cinayet mikdarını azaltmak mümkün olur ise, insanların birbirlerile olan münasebetlerinin cümlesine bu suretle bir salah bahşetmek muvafık olmzamı?

Maamafih, müsbet neticeler elde edilmek isteniyorsa, esası, evvelemirde psikolojik ve sonra içtimaî ve nihayet manevî olacak olan aradığımız sureti hallin tatbikinde istical göstermemek gerekdir. Zira, aslında hukukî olan bu mevzuda, maksad her ferde hilkatına göre tamamen tekâmül imkânı vermek değil, fakat bu muhtelif ferdleri, her birine kabili tatbik olan bir formül dairesinde, birlikte yaşatmanın pratik bir çaresini bulmakdır. Ferdler, saadetlerini kendileri tarafından serbestce intihab olunan hayat formüllerinde bulabilirlerse de, müşterek hayat formülü, ancak gayrı şuurî irsiyet-

lerden istihsal olunabilir. Yani, henüz bakir olan bu irsiyetlerin zuhuru akabindedir ki hakikî bir nizam elde edilebilir.

Bu demekmi dir ki, mevzuubahs tedbirler lüzuma kifayet eder, ve suçlu çocukların, şahsî ideal icabatı nazarı itibare alınmaksızın, devamlı ıslahı temin edilebilir? Hayır. Suçlu çocukların cümlesine kabili tatbik olan bir teknik dairesinde, bilûmum psikolojik ve sosyolojik tedbirler ittihaz edilse dahi, çocuk devamlı ve bazen sıkıcı bir gayret sarfetmedikçe, en emin istidadlar tam manasile inkişaf edemezler; ve bu şahsî gayret meselesinde, şekilsiz olan ve daima tazyik altında bulunan iptidaî istidatların tekâmülüne imkân verilmez ise, gerek psikoloji ve gerek sosyoloji, birlikte hareket etseler dahi, muvaffak olamazlar.

*
* *

Ancak, halihazır etüdümüzün ibtidaî kadrosunu aşan bu mesele, çocukdaki aktif itiyadların tekâmülü ve binnetice pasif itiyadların bîaman takibi meselesidir. Ve nihayet, asıl içtimaî mesele de bu değilmidir ? Zamanımızda görülen felâketler hakkında vaki şikâyetlerin cümlesi, içtimaî müvazenenin bozulmasından ve bunun netaicinden neşet etmiyor mu? Halbuki, insanın biolojik esasında bir müvazene mevcuddur ve bu müvazene, psikolojik müvazene ve, hiç bir mâni zuhur etmez ise, içtimaî müvazene halinde inkişaf edecekdir. Fakat ekseri ahvalde, her hilkatin haiz olduğu hassalar tanınmamakta ve yanlış ve kasdî tefsirler müvacehesinde ziyaa uğramaktadırlar. Kendi mizacına uyarak hareket etmiyen çocuk, diğerlerinin mizaclarına intibak etmekte ve bu suretle bir nevi esarete düşüp, müvazenesini tamamen kaybetmektedir. Mevzu dikkat ve alâkamızı celbedecek kadar mühimdir.

804

T. C.

ADLİYE VEKÂLETİ

Ceza İş. U. Direktörlüğü

C. Müddeiumumiliğine

Ceza, usûl ve hususî kanunların tatbikında mahkemelerin sık, sık hataya düşdükleri ve bu suretle bir çok hükümlerin bozulmakda olduğu görüldüğünden bozma sebebi teşkil eden bu hataların bir araya toplanarak bildirilmesi faideli görülmüşdür. İşbu tamimin bir suretinin hâkim ve Müddeiumumilere tebligi istenir.

A

CEZA KANUNUNA AİD BOZMA SEBEBLERİ

1 — Hayvan öldürme suçunda zarar kıymetinin azlığı halinde 251/2 yerine 522/1 inci maddenin tatbik edilmesi ,

2 — Mükerrerlik kabul edildiği halde 522 inci maddenin tatbik edilmesi ,

3 — Para cezalarının içtimainda 76 ıncı madde yerine 69 uncu maddenin tatbik edilmesi ,

4 — Kumar oynanan mahallin umuma açık mahallerden olup olmadığının tesbit edilmemesi ,

5 — Yeni suç ilk mahkûmiyet cinsinden olduğu halde 81 inci maddenin 2 inci fıkrası yerine 1 inci fıkranın tatbik edilmesi ,

6 — Yalan yere yemin davalarında müddeabihin hükmedilmesi ,

7 — Memur haksız hareketile hakarete sebebiyet verdiği takdirde 272 inci madde yerine 51 inci maddeye istinaden cezadan tenzilât yapılması ,

8 — Kocanın zina suçu teselsül etdiği halde 80 inci maddenin gözetilmemesi ,

9 — Çalma suçu geceleyin süknaya mahsus yerde vukubulduğu halde 492/1 yerine 491/4 üncü maddenin tatbik edilmesi ,

10 — Çalma suçu gündüz süknada âdiyen vukubulduğu halde 491/4 yerine 492/1 inci maddenin tatbik edilmesi ,

11 — Suçlunun evvelki mahkûmiyetinin infaz edilüp edilmediği ve infaz edildikden sonra muahhar suçu işlediği resmen tesbit edilmeksizin 81 inci maddenin tatbik edilmesi ,

12 — Tekerrüre esas tutulan evvelki mahkûmiyetin af kanunu ile ortadan kaldırıldığının düşünülmemesi ,

13 — İçtima kaidesinin tekerrür kaidesinden evvel tatbik edilmesi,

14 — kendiliğinden hak almak fiilinde kuvvet sarfının meşrut olduğunun düşünülmemesi ,

15 — Zinada maznunlardan birinin vefatı sebebiyle diğeri hakkındaki davanın ıskat edilmesi ,

16 — Hakaret mesailinde 485 inci madde yerine ceza Ka. nun 51 ve 59 uncu maddelerinin tatbik olunması ,

17 — Yaranın bıçakla husule geldiği raporla anlaşıldığı halde davacının gelmediğinden bahisle düşme kararı verilmesi ,

18 — Para cezalarında 10 kuruşun küsurunun hesaba katılamayacağının düşünülmemesi ,

19 — Hırsızlık cezasına fer'î olarak verilen Emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezasının hırsızlık cezası ile içtimaen hükmedilen diğer cazalara teşmil edilmesi ,

20 — Suçlu haczolunan eşyanın sahibi bulunduğu halde 276 ıncı maddenin 2 inci fıkrası yerine 1 inci fıkrası hükmünün tatbik edilmesi:

21 — Hırsızlık suçlarında kırmak fiilinin teşdit vasfı olarak kabulü için kırılan eşyaların (kapu, sandık, pençere ve saire) sağlam maddelerle ve muhkem suretde yapılıp yapılmadığı keşfen tesbit edilmeden suçlu hakkında 493/1 inci maddenin tatbik edilmesi,

22 — Rüşvet suçunda suçlunun kanunen yapmağa mecbur olduğu

806

şeyi yapmak ve yapmamağa mecbur olduğu şeyi yapmamak için para aldığı tesbit edilen hallerde vazifeyi ihlâl keyfiyeti bulunmamış iken 212 inci madde ile beraber 225 inci madde hükmünün dahi suçlu hakkında tatbik edilmesi,

23 — Vazifedar olmayan bir memurun bir şeyi yapmak veya yapmamak için temin etdiği haksız menfaatin rüşvet telâkki edilmesi,

24 — 193 üncü maddenin 2 inci fıkrasındaki (bir çok kimseler) kaydının ikiden fazla eşhasa mâtuf bulunduğunun düşünülmemesi,

25 — Belediye Meclis kararlarına muhalefetden dolayı C. Ka. nun 526 ıncı maddesine istinaden ceza verilmesi,

26 — Santral memuruna telefonla yapılan hakaretden dolayı suçluya 266 ıncı maddeye istinaden ceza verilmesi,

27 — Avans olarak alınan paranın vaktinde mahsubunun icra edilmemesinin zimmet olarak tevsif edilmesi,

28 — 53/2 inci maddedeki mahkeme reisinden maksadın o suça vaziyet etmesi lâzımgelen mahkeme reisi bulunduğunun düşünülmemesi,

29 — Zimmete geçirilen paranın ödenmesi dolayısile asıl cezada yapılacak tenzilâtın fer'i cezaya da teşmil edilmesi,

30 — Çarşı ve mahalle bekçilerinin memur sayılmaması,

31 — Gıyabî tehdidin mutazarrır olacak şahsın ittilama isal kasdiyle yapıldığı takdirde suç teşkil edeceğinin düşünülmemesi,

32 — İcar bedelini tahsil maksadiyle dükkân içindeki eşyayı kuvvet sarfetmeksizin mücerret alıkoymanın ihkakı hak suçunu teşkil edemeyeceğinin düşünülmemesi,

33 — Suçlunun ortak bulunduğu araziye hissedarı tarafından ekilen mezruatı bozmasının ızrar suçunu teşkiled eceğinin düşünülmemesi,

34 — Kaçırılan kızda hasıl olan sıyrıklar yara mahiyetinde olmadığı halde suçlu hakkında 439 uncu maddenin tatbik edilmesi,

35 — Müdahilin duruşmada şifahen vaki tazminat talebinin mesmu olmadığından bahsile reddedilmesi,

36 — 308/4 üncü maddeye göre cezanın 4 de üçü kadarının indirilmesi zarurî bulunduğu halde bunun dörtde üçüne kadarı şeklinde telâkki edilerek cezadan daha aşağı nisbetlerde tenzilât yapılması,

37 — Sahibi tarafından metrûk bir halde bırakılan eve girmek fiilinin mesken masuniyetini ihlâl suçu olarak tavsif edilmesi,

38 — 228 inci maddenin tatbikında 35 inci maddenin gözetilmemesi,

39 — Dövmek suretiyle ihkakı hak suçunda dövme neticesi vukua gelen hastalık 456 ıncı maddenin birinci fıkrasında beyan olunan ahvalden daha ağır bulunduğu halde mezkûr madde hükümlerinin de tatbik edilmemesi,

40 — Suçlunun kat'îleşmeyen bir mahkûmiyetinin bulunması sonradan işlediği suçun cezasının teciline mani olamayacağının düşünülmemesi,

41 — Ceza kanununun 279 uncu maddesi memuru ceza kanunu tatbikatı itibariyle tarif etmiş olduğu cihetle bu tarif memurların suç işledikleri hallerde nazarı itibare alınır. Memurlar aleyhine suç işlenen hallerde memurun memurin kanunundaki tarifi nazara alınmalıdır,

42 — Silâhın küt tarafı ile ika olunan fiil müessirlede 457 inci maddenin tatbik edilmesi,

43 — Ceza kanununun 252 inci maddesinin tatbikatında mücerret kendisini memur olarak tanıtmak suç değilse de memuriyet vazifesini ifa veya ifaya teşebbüsün suç teşkil edeceğinin düşünülmemesi,

44 — Çalınıp saklanan eşya suçlu tarafından zabıtaya haber verilerek elde edildiği halde suçlu hakkında 523 üncü madde hükümünün tatbik edilmemesi,

45 — Ruhsatsız taşınan silâhın zaruret olmaksızın istimali halinde iki suç müçtemi iken yalnız bir suç telâkki edilmesi,

46 — Kullanmaya salih bulunmayan memnu silâhı taşımanın suç telâkkisi,

47 — Birden fazla dişin birden kırılmasının devamlı zayıf olub olmadğının fennen tesbit etdirilmemesi,

48 — Çalınan Arı ve Güvercinlerin ceza kanununun tatbikında hayvan olarak kabul edilmesi,

49 — Aynı sebebin hem kanunî ve hem de takdirî tahfif sebebi ittihaz edilmesi,

50 — Yolda geçen müddetin ceza kanununun 40 ıncı maddesi mucibince sürgün cezasına mahsup edilmemesi,

808

51 — Bir gün hafif hapis cezasının hapis ve ağır hapisle içtimaına imkân olmadığı halde hiç infaz edilmemesi lâzımgelirken aynen infazı yoluna gidilmesi,

52 — Müessir fiil neticesi Çocuk düşürme suçunda 456 ıncı maddenin 3 üncü fıkrasının tatbikı için failin gebeliği bilmesi lâzımgeldiğinin düşünülmemesi,

53 — Gütmek üzere teslim edilen koyunları kısmen de olsa temellükün (istihlâk, Ketim iadeden mutina) emniyeti suiistimal suçunu teşkil etdiği halde hırsızlık olarak tavsif edilmesi,

54 — Suçun kanunî unsurlarına dahil olan hallerin cezanın artdırılmasını mucip sebep olarak kabul edilmesi,

55 — Zimmet ve ihtilâs suçunun tekevvünü için temellük edilen malın hasbelvazife memura tevdi edilmiş olması lüzumunun araşdırılmaması,

56 — Tekerrür hükümlerinin teşebbüs hükümlerinden evvel tatbik edilmesi,

57 — Ceza kanununun 59 uncu maddesi hükmünün 56 ıncı madde hükmünden evvel tatbik edilmesi,

58 — Yalnız davetliler girebileceği cihetle hususî yerlerden olan düğün evinin umuma açık mahallerden addiyle burada oynanan oyunun kumar olarak tavsifi,

59 — Cürüm cezasının kabahatde ve kabahat cezasının cürümde tekerrüre esas ittihaz edilmesi,

60 — Uyuşdurucu maddenin satışına tavassut eden suçlunun fiili kanunun tavassutu cezalandırılmış olmasına göre bu maddelerin müşterinin eline geçmemiş olsa dahi tamam olduğu halde teşebbüs olarak kabul edilmesi,

61 — Bir şahsa tavcih edilen silâhın tesadüf eseri olarak kasdedilen şahısla beraber ondan gayrı bir şahsı da yaralaması halinde suçlunun niyetinde ve taarruzunda vahdet olması hasebiyle suçun ikiliğine hükmedilemeyeceğine göre ceza kanununun 79 uncu maddesinin göz önünde tutulmaması,

62 — Zina suçunda feragat kabili inkısam olmadığı cihetle suçlulardan birisi hakkındaki feragatin diğerine de sarî bulunduğunun düşünülmemesi,

63 — Mutlak tekerrür ile mukayyedin içtimaı halinde daha ağır olan mukayyet tekerrür hükmünün tatbik edilmesi,

64 — Kızlık bozma mağyubiyeti müstelzim bulunduğu halde suçlu hakkında 418 inci madde hükmünün tatbik edilmemesi,

65 — Suçluya verilen 3 gün hapis cezasının asgarî had olduğundan bahsile yaşdan dolayı tenzilât yapılmaması,

66 — Şahsa merbut olan indirme sebeplerinin fiile merbut bulunan indirme sebeplerinden evvel tatbik edilmesi,

67 — Birden fazla kimseyi birden döven suçlunun hareketinde taarruzlar taaddüt ettiği ve her birine tevcih edilen taarruz ayrı ayrı kasıdlara bağlı olduğu cihetle müçtemi suçların vücuda geldiği nazara alınmaksızın suçluya yalnız bir ceza tayin edilmesi,

68 — Hakikata uymayan vesika tanzimi suretiyle yapılan ihtilâsda sahte evrak tanzimi işlenen zimmet suçunu setre mâtuf hilekârane bir tedbir almak itibariyle ihtilâs suçunun kanunî unsurlarına dahil olduğu halde suçlunun bu hareketinin de ayrıca sahtekârlık addedilerek cezalandırılması,

69 — İhtilâsdan kat'î suretde mahkûm bulunan suçlunun aynı vazifeyi ifa etdiği sırada ve bir kasıt altında işlediği fiillerden bir kısmının sonradan meydana çıkması halinde evvelce tayin olunan cezanın 80 inci maddeye tevfikan arttırılması ile iktifa olunması icab ederken suçlu hakkında müstakillen ceza tayini,

70 — Ceza kanununun 433 üncü maddesindeki fail tâbirinin suça iştiraki olan bütün suçlulara şamil bulunduğunun düşünülmemesi,

71 — Ceza kanununun 449 uncu maddesindeki kardeş tâbirine baba, veya anaları ayrı olan kardeşlerin de dahil bulunduğunun düşünülmemesi,

72 — Madenî paraları altın suyuna batırarak kıymetinden fazlaya sürmek suretiyle işlenen fiil dolandırıcılık mahiyetinde olduğu halde bunun taklit ve tağyir mahiyetinde tavsifi,

810

73 — Karı koca gibi geçinmek suretiyle işlenen zina suçunun temadiyle teşekkül edeceği düşünülmeksizin suçlular arasındaki cinsî münasebetlerin teaddüdünden bahisle 80 inci maddenin tatbik edilmesi,

74 — Takibi şikâyete bağlı olan suçlarda müştekinin suçlu hakkındaki feragatinin şeriklerine de teşmil edilmemesi,

B

USÛL KANUNUNA AİD BOZMA SEBEBLERİ

1 — Doğum tarihi resmen tesbit edilmeksizin suçlunun cezasından yaş sebebiyle tenzilât yapılması,

2 — Her celsede bulunan hâkim ve M. U. nin adlarının ve vekil bulundukları takdirde sıfat ve salâhiyetlerinin gösterilmemesi,

3 — Hâkimler kanununun 5 inci maddesiyle muvakkat maddesinin ikinci bendi hükmüne göre yalnız sorgu hâkimliğinde terfi hakları tanınmış olan sorgu hâkim vekillerinin bunun haricinde keza vazifesi ifa etmelerine mesağ olmadığından hey'et meyanına alınmaları:

4 — Vazife dolayısiyle işlenen suçlardan dolayı merciinden karar alınması lüzumundan zuhûl edilmesi,

5 — Usulî hükümlere uygun olarak kendisine tebliğat yapılmayan şahsî davacının duruşmaya gelmediğinden bahisle 361 inci maddeye istinaden düşme kararı verilmesi,

6 — Keşif varakasında ehli vukuf imzasının bulunmaması,

7 — 253 üncü madde sarahati hılâfına davanın reddine karar verilmesi,

8 — Başkâtibin M. U. ye vekâleti sebebinin gösterilmemesi,

9 — Suçluların tecil talebi hakkında bir karar verilmemesi,

10 — Suçlunun müdafaalarının red sebeblerinin karar yerinde izah edilmemesi,

11 — Son sözün suçluya verilmemesi,

8/1

12 — Şahitler arasındaki mevcud mübayenetin usulen hal ve telif edilmemesi ,

13 — Suçlunun hüviyetinin tesbit edilmemesi ,

14 — Harç mikdarının karar yerinde gösterilmemesi ,

15 — Hususî kanunlarda muhakeme mercii gösterilmediği takdirde davaya bakmak Asliye mahkemesinin vazifesi dahilinde iken Sulh mahkemesince rüyet edilmesi ,

16 — Suçlunun talebi alınmaksızın binniyabe sorguya çekilmesi .

17 — Suçlunun müdafaalarının esbabı mucibe ile reddedilmeksizin usulen tahkik ve tetkik edilmemesi,

18 — 361 inci madde hükmünün şahsî dava yoliyle takip edilen suçlardan gayrisine de teşmil edilmesi ,

19 — Mes'ul bilmalin tazminatla mahkûm edilebilmesi suçlunun mahkûmiyetine mütevekkıf olduğunun nazara alınmaması ,

20 — Teşdit sebebi gösterilmeksizin asgarî haddin tecavüz edilmesi,

21 — Suçda uğradığı zararların tazminini istemeyen müdahile tazminat hükmedilmesi ,

22 — Mahallen keşif icrasına karar verildiği halde sebebsiz sarfınazar edilmesi ,

23 — Küçük olan mağdurun şahsî dava açamıyacağının düşünülmemesi,

24 — Yazılı emir üzerine 343 üncü maddenin ilk fıkrasile bozulan hûkümlerde takrirî muhakemeye cevaz olmadığının düşünülmemesi ,

25 — Mükteseb hakkın ihlâl edilmesi,

26 — Müdahillerin men'i muhakeme kararları aleyhine itiraz hakları bulunduğunun düşünülmemesi ,

27 — Bozmaya uyulduğu halde muktezasına riayet olunmaması ,

28 — Bozma kararına uyuldukdan sonra ve nihaî hükümden evvel bir müdafaası olup olmadığının suçludan sorulmaması ,

29 — Tazminat mahiyetinin ve sebebinin gösterilmemesi ,

30 — Aynı ağır ceza mahkemesinin kaza dairesinde bulunan asliye

8/2

mahkemesi ile icra tetkik mercileri arasında tahassül eden ihtilâfın hallinin ağır ceza mahkemesine aid olacağının düşünülmemesi ,

31 — Esası kabili temyiz olmayan kararların vazife noktasından temyizi caiz olduğunun düşünülmemesi,

32 — Hafif hapis veya hafif para cezasına fer'i olarak verilmesi iktiza eden müsadereye dahi sulh ceza kararnamesi ile karar verilebileceğinin düşünülmemesi,

33 — Bir suçun müşterek faillerinden birisinin mevkuf olması mevkuf olmayan suçlu tarafından verilen temyiz istidası müddetinin tatilde cereyanını mucib olmayacağının düşünülmemesi,

34 — Hâkimin tasdik etmemesi üzerine sorgu hâkimliğince ittibaen verilen ademi tahliye kararına karşı itirazın tetkiki ağır cea reisine aid olacağının düşünülmemesi,

35 — Duruşmayı takib etmekle beraber son celseye gelmeyen müdahile tazminat hükmedilmesi,

36 — Ceza kanunu ile hususî kanunlarda kat'i olduğu yazılı hükümlerin suçun mahiyet ve vasfı itibariyle temyiz kabiliyetini haiz bulunduğunun düşünülmemesi,

37 -- Şahsî davada kocanın karıyı temsil edemeyeceğinin düşünülmemesi,

38 — Kanunen muayyen olan müddetlerin cereyanında Cumaertesi gününün hesaba katılmaması,

39 — Memurların suçuna iştirâk eden memur olmayan kimseler hakkında ahkâmı umumiyeye tevfikan takibat yapılacağının düşünülmemesi,

40 — Şahitlikden çekinmeye hakkı bulunanlara bu hakların bildirilmemesi,

41 — Vasıfdan men'i muhakeme kararı verilmesi,

42 — Vekâlet ücretinin müekkile hükmedilmesi icap ederken taraflardan olmayan vekillere hükmedilmesi,

43 — Davaya müdahale talebinin reddine dair mahkemece verilen karar kabili itiraz bulunmadığı halde bu yolda vaki itirazın kabul edilmesi,

44 — Mevkufun kaçmasına sebebiyet veren jandarmanın hareketinin adlî bir suç olduğunun düşünülmemesi,

45 — Vekâlet ücretinin davanın ehemmiyeti ve vekilin çalışması göz önünde tutularak takdiri icab ederken celseye göre takdir edilmesi,

46 — Nakzın şümulü haricine çıkılması,

C

HUSUSÎ KANUNLARA AİT BOZMA SEBEBLERİ

1 — Kanun yollarına müracaat etmeyen müdahillere harç yükletilmesi,

2 — Ceza ıskat edildiği halde suçluya harç yükletilmesi,

3 — Suçda iştirak hali bulunmadığı halde suçlulara müşterek harç yükletilmesi,

4 — İdare hey'etince yapılan tahkikatın harç tayini noktasından ilk tahkikat mahiyetinde bulunduğunun düşünülmemesi,

5 — Vekâlet ücretinden nisbî harç alınmasına karar verilmesi,

6 — Muvakkat tatil kararlarından harç alınması,

7 — Evlenme vukuu sebebiyle verilen tecil kararlarından harç alınması,

8 — Karşılıklı davalarda asıl davacıya harç yükledilmemesi,

9 — Nisbî harcın tazminat ile birlikde davacıya verilmesine karar verilmesi,

10 — Suçlu hakkında yaş küçüklüğü sebebiyle takibat icrasına mahal olmadıgına karar verilmesi üzerine şahsî davacıdan harç alınması,

11 — Şahsî davadan feragat halinde kanunun davacıya yüklettiği harcın kabullerinden bahisle suçlulara tahmil edilmesi,

12 — Bozma kararlarının teaddüdü halinde dahi yalnız bir bozma harcı alınması lüzumundan zuhûl edilmesi,

13 — Yakalanan kaçak eşyaların ehli vukufa muayene etdirilmesinin yeni delil mahiyetinde kabulü ile suçluya tam harç yükletilmesi.

814

14 — 1918 sayılı kanunun 27 inci maddesinde yazılı para cezası âmme para cezası mahiyetinde bulunduğu halde suçluya nisbî harç yükletilmesi,

15 — Hâdisede ilk tahkikat yapılmadığı ve duruşmada yeni delil ikame edilmediği halde harç tayininde 52 inci maddenin gözetilmemesi,

16 — Asker bulunan suçluya harç tarifesi kanununun 100/5 inci maddesi mutlak hükmüne aykırı olarak harç yüktetilmesi,

17 — Kaçakcılık kanununun neşrinden evvel idhal edilerek müstamel olarak dükkânda bulunan kopya kâğıdı defterinin bulundurulmasında kaçakcılık kasdının mevcut olub olmadıgının düşünülmemesi,

18 — Pasaport kanununun 16 ıncı maddesinin tatbikının idari makamlara aid bulunduğunun düşünülmemesi,

19 — Mazeret veya gaybubetleri olmadıkca M. U. veya sorgu hâkimine baş kâtiplerin vekâlet etmeleri,

20 — Hususî suretde kullanılan ayarsız ölçülerden dolayı alâkadarlara ceza tayin edilmesi,

21 — Biletsiz seyahat suçunun cürüm olarak tavsif edilmesi,

22 — Buğday koruma kanununa muhalefetden dolayı verilmesi lâzımgelen vergi zamlariyle bu malların müsaderesi kararının mahkemelere değil malî mercilere aid bulunduğunun düşünülmemesi,

23 — Tıbbî cezanın kodekse göre tayin edilmemesi,

24 — Hey'eti mahsusa kararına vaki itirazın muterizin duruşmaya gelmediğinden bahsile reddedilmesi,

25 — Kanunen ceza tahdidi altına alınmamış olan zamanlarda işlenmiş olan fillerin itiyada esas ittihaz edilmesi,

26 — Ruhsatsız müskirat satmak suçuna ceza vermek malî mercilere ait olduğu halde hey'eti mahsusa tarafından ceza verilmesi,

27 — Kaçak olmayan kapsul, barut, saçma gibi inhisar maddelerini ruhsatsız satmak suç teşkil etmeyüp bunlar hakkında 2441 sayılı kanunun 4 üncü maddesinin tatbikı icab eedceğinin düşünülmemsı,

28 — Frengi tedavisine gitmemenin anî suç olarak kabul edilmesi,

29 — Ruhsat teskeresinde yazılı tarladan başka tarlaya tütün eke-

rek mahsulü saklamak fiilinin kaçakcılık mahiyetinde bulunduğunun düşünülmemesi,

30 — Muhtar yalnız men ve takip ile mükellef memurlardan olduğu halde bunlar hakkında me'n ve takip ve tahkik ile mükellef memurlar hakkındaki hükümlerin tatbik edilmesi,

31 — İstimal ve istihlâk için suçlu yedinde bulunan müteaddit kaçak maddelerin ayrı ayrı istilzam etdiği para cezalarının yekûnunun 20 lirayı geçdiğinden bahsile suçun kaçakcılık olarak tavsif edilmesi,

32 — Gümrük teşkilâtı olmayan yerlerde Gümrük kaçakcılığından dolayı hazine namına mal müdürlerinin davayı takibe salâhiyetleri bulunmadığından bahsile mahkemelere kabul edilmemeleri,

33 — II numaralı kararnamenin Türk parasının kıymetini koruma hakkındaki kanunun ikinci maddesi sarahti veçhile mahallen ve usulüne tevfikan ilân edilip edilmediğinin araşdırılmaması,

34 — Hâkimlerin suçunda iştiraki bulunan kimseler hakkında hâkime tebean hâkimler kanununun hükümlerinin tatbik edileceğinin düşünülmemesi.

816

desinin mâtufu olan Nüfus K. nunun 11 inci maddesinde bu kabil davaların Müddeiumumi huzurile görülecegi musarrah bulunmasına ve sulh ceza mahkemelerinde Müddeiumumi huzurile muhakeme cereyan etmemesine göre sözü geçen 255 inci madde hükmünün sulh mahkemesinden mâada Ceza mahkemelerinde cereyan edecek duruşmalarda mevzuubahs olan tashih hadiselerine mastuf sayılması talâl ve şu hâle göre kaldırılması icab eden kararın mercii sudurü bakımından rel'i de 25 Mart 931 Tarihli içtihad kararı icabınca dairenin vazifesinden hariç bulunmakla aid olduğu daireye verilmek üzere dosyanın Başmüddeiumumiliğe iadesine mütedair verilen karar aleyhine Başmüddeiumumilikden; aralarında ihtilâf husule gelen hukuk ve Ceza mahkemeleri ayrı ayrı yüksek dereceli mahkemeler dahilinde olmayup her ikisi de Rize Ağır ceza mahkemesi kazası dairesinde bulunmaları itibarile bu ihtilâfın halli yüksek dereceli mahkeme sayılan Rize ağır ceza mahkemesine aid olduğu ve bu bapta kanunen bir kayd ı istisnai dahi mevcud bulunmadığı halde kararda yazılı olduğu üzere ihtilâfın halli bu [illegible] temyiz mahkemesine aid bulunduğuna karar verilmesiz ve teşkilât [illegible] sulh ceza mahkemelerinde Müd[illegible]lerin bulundurulması duruşma [illegible]nda badis olan yaş tashihlerinin sulh mahkemelerinde yapılmasına [illegible] teşkil etmiyeceğine ve çünki bu bapta salâhiyeti kanuniye ceza davalarının sür'atle görülmesi ve bir takım mesaili müstehireye ve işlerin [illegible]cemede kalmasına meydan verilmemesi makasdına müstenid bulunduğundan ve tadilde bugibi yaş tashihlerinin Ceza mahkemelerinde yapılacağı esas olarak tarih edilmesine nazaran sulh ceza mahkemelerinin dahi duruşma sırasında ceza hükümleri bakımından lüzumlu görülecek yaş tashihlerine karar vermek salâhiyeti derkâr iken aksi bir içtihad ve, mütalâa [illegible] edilmesi ve bu itibarla [illegible] tevhidi içtihad veçhile kaldırılması icab [illegible] kararın hukuk mahkemesi kararı olmayıp sulh ceza mahkemesi kararı olduğunun nazara alınmaması isabetden uzak görülmüş olduğundan temyizinin kaldırılması ve tebliğname veçhile bir karar verilmesi [illegible] müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 2-3-937 tarihli [illegible] ile birinci Başkanlık dairesine gönderilmekle umum Ceza hey'etince [illegible]nup iş anlaşıldıkdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

8/7

rek mahsulü saklamak fiilinin kaçakçılık mahiyetinde bulunduğunun düşünülmemesi,

30 — Muhtar yalnız men ve takip ile mükellef memurlardan olduğu halde bunlar hakkında men ve takip ve tahsil ile mükellef memurlar hakkındaki hükümlerin tatbik edilmesi,

31 — İstimal ve istihlak için suçlu yedinde bulunan muhtelif kaçak maddelerin ayrı ayrı istifam edilen para cezalarının yekûnunun 20 lirayı geçtiğinden bahsile suçun kaçakçılık olarak tavsif edilmesi,

32 — Gümrük teşkilâtı olmayan yerlerde Gümrük kaçakçılığından dolayı hazine namına mal müdürlerinin davayı takibe salâhiyetleri bulunmadığından bahsile mahkemelere kabul edilmemeleri,

33 — II numarah kararnamenin Türk parasının kıymetini korunma hakkındaki kanunun ikinci maddesi sarahti veçhile mahallen ve usulüne tevfikan ilân edilip edilmediğinin araştırılmaması,

34 — Hakinderin suçunda iştiraki bulunan kimseler hakkında hâkime tebean hâkimler kanununun hükümlerinin tatbik edileceğinin düşünülmemesi.

818

desinin mâtufu olan Nüfus K. nunun 11 inci maddesinde bu kabil davaların Müddeiumumi huzurile görüleceği musarrah bulunmasına ve sulh ceza mahkemelerinde Müddeiumumi huzurile muhakeme cereyan etmemesine göre sözü geçen 255 inci madde hükmünün sulh mahkemesinden mâada Ceza mahkemelerinde cereyan edecek duruşmalarda mevzuubahs olan tashih hadiselerine masruf sayılması tabiî ve şu hâle göre kaldırılması icab eden kararın mercii suduru bakımından ref'i de 25 Mart 931 Tarihli içtihad kararı icabınca dairenin vazifesinden hariç bulunmakla aid olduğu daireye verilmek üzere dosyanın Başmüddeiumumiliğe iadesine mütedair verilen karar aleyhine Başmüddeiumumilikden; aralarında ihtilâf husule gelen hukuk ve Ceza mahkemeleri ayrı ayrı yüksek dereceli mahkemeler dahilinde olmayup her ikisi de Rize Ağır ceza mahkemesi kazası dairesinde bulunmaları itibarile bu ihtilâfın halli yüksek dereceli mahkeme sayılan Rize ağır ceza mahkemesine aid olduğu ve bu bapta kanunen bir kaydı istisnaî dahi mevcud bulunmadığı halde kararda yazılı olduğu üzere ihtilâfın halli hususunun temyiz mahkemesine aid bulunduğuna karar verilmesi: ve teşkilât itibarile sulh ceza mahkemelerinde Müddeiumumilerin bulundurulması duruşma sırasında hadis olan yaş tashihlerinin sulh mahkemelerinde yapılmasına manî teşkil etmiyeceğine ve çünki bu baptaki salâhiyeti kanuniye ceza davalarının sür'atle görülmesi ve bir takım mesaili müstehireye ve işlerin sürüncemede kalmasına meydan verilmemesi maksadına müstenid bulunduğuna ve tadilde bugibi yaş tashihlerinin Ceza mahkemelerinde yapılacağı mutlak olarak tasrih edilmesine nazaran sulh ceza mahkemelerinin dahi duruşma sırasında ceza hükümleri bakımından lüzumlu görülecek yaş tashihlerine karar vermek salâhiyeti derkâr iken aksi bir içtihad ve mütalâa dermeyan edilmesi ve bu itibarla ve tevhidi içtihad veçhile kaldırılması icab eden kararın hukuk mahkemesi kararı olmayıp sulh ceza mahkemesi kararı olduğunun nazara alınmaması isabetden arî görülmüş olduğundan temyiz kararının kaldırılması ve tebliğname veçhile bir karar verilmesi hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 2-3-937 tarihli itirazname ile birinci Başkanlık dairesine gönderilmekle umum Ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıkdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

8/9

Ağır ceza mahkemeleri mensub bulundukları Ceza mahkemelerine nazaran yüksek vazifeli mahkeme olup hukuk mahkemelerine karşı yüksek vazifeli mahkeme telâkki olunamayacağına binaen itirazın birinci kısmı varid değilse de ceza mahkemelerinde tashihi sin davalarının Nüfus kanunundaki usule göre rü'yet ve intac edileceğine göre sulh ceza mahkemelerinde Müddeiumumi bulundurulmak suretile tashihi sin mes'elelerinin halledilmesi lâzım geleceğine binaen ikinci sebebi itiraz varid olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve icab eden karar verilmek üzere evrakın üçüncü ceza dairesine verilmek üzere Başmüddeiumumiliğe geri verilmesine 19-4-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi Ceza hey'eti umumiyesi Esas No: 67 Karar No: 98: itirazname 43

---

30. T. TEMYIZ MAHKEMESİ C. H. U.

Tâkibi şahsî davaya bağlı olan hallerin Meşhut suç kanununa göre işin C. M. U. si tarafından bir iddianame ile mahkemeye tevdii icab eylemesine nazaran davacının duruşmaya gelmemesiyle usulün 361 inci maddesi mucibince dava düşürülemez.

Dövmekden maznun Şükrünün bozmaya uyularak ve 3005 sayılı meşhud suçlar kanununa göre yapılan duruşması sonunda: Davacı haberli olduğu halde duruşmaya gelmediğinden ve vekil de göndermediğinden usulün 361 inci maddesi mucibince davasının düşmesine ve (80) kuruş harcın davacıdan tahsiline dair Bandırma Sulh ceza mahkemesinden verilen 3-3-937 tarihli karar mahallî C. Müddeiumumiliğinin temyizine binaen temyiz ikinci ceza dairesince bittetkik: tasdikına mütedair sadır olan karar aleyhine Başmüddeiumumilikden; Usulün 344 üncü maddesinde yazılı şahsî davalarda davacının duruşmaya gelmesiyle 361 inci maddesinin ikinci fık-

820

rasına göre davanın düşmesi Müddeiumumilik tarafından âmme menfaatına bir müdahale mevcud olmadığı hallere münhasır olup halbuki Müddeiumumilerin hukuku âmme namına dava ikamesi suretiyle tâkibata başlanmış olduğu takdirde şahsî davacının duruşmaya gelmesi hukuku âmme davasının duruşmasını mucib olamıyacağı gerek ceza muhakemeleri U. K. nun 347 inci madde ve gerek muaddel 361 inci maddesi hükümleri icabatından bulunmasına ve bu gibi meşhud suçlarda dahi davanın iddianame ile vazifeli mahkemeye gönderilmesi keyfiyeti Müddeiumumilerin takdirinden ziyade vazıı kanunun bu kabil hadiselerde âmme menfaatının sıyaneti derpiş edilmesinden münbais olmasına göre hükmü kanun veçhile hukuku âmme davası ikame edilmiş ve takibata başlanmış olan bu hallerde şahsî davacının gelmemesinden dolayi hukuku âmme davasının düşmesine mesağ görülemediğinden bu itibarla mahallî hükmünün tasdikına karar verilmesinde isabet bulunmadığından mezkûr temyiz kararının kaldırılarak mahallî hükmünün bu sebeplerden dolayi bozulmasına karar verilmesi hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu babtaki evrak 17-4-937 tarihli itirazname ile birinci Başkanlık dairesine gönderilmekle umum Ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıkdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

İtirazname münderecatı Usulün değişen 361 inci maddesine ve meşhud suçlar hakkındaki kanun ahkâmına nazaran varid olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve mahallî hükmünün Ceza M. U. K. nun muaddel 326 ıncı maddesine tevfikan bozulmasına 19-4-937 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Temyiz mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi Esas No: 189. Karar No: 45. İtirazname: C. M. 145

82

31. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Tâkibi şikâyete bağlı olan işlerin usulü dairesinde verilmiş bir şikâyetname mevcud olmadığı halde beraet kararı verilmesinin yolsuzluğu nazara alınarak mezkûr kararın temyizen bozulması icab ederken neticeye müessir olmayacağından bahisle maznun lehine olan mezkûr karara karşı aleyhe olarak serdedilen itirazların reddile binnetice beraet kararının tasdik olunması kanuna muvafık değildir. Çünki beraet kararı kaziyei muhkeme teşkil ettikden sonra yeniden şikâyetname verilerek dava açılamıyacakdır.

Ali karısı Kezbanı taşla ve iş ve gücüne manî olmıyacak surette yaraladığı iddiasile maznun Ayşenin bilmuhakeme beraetine dair Ayaş Sulh ceza mahkemesinden verilen 24-9-936 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Müddeiumumiliğinden istenilmesi üzerine Temyiz ikinci ceza dairesince tetkik olunarak: Davacıda görülen eserin raddi olduğu ve hasta yatmaksızın on günde şifayab olduğu raporda yazılı olmasına ve ahkâmı umumiyeye tevfikan davacının bir şikâyeti mesbuk bulunmamasına ve âmme menfaatı namına bir dava da mevcud olmamasına göre davanın rü'yet ve hükme rabtı yolsuz ise de; maznun lehine olan karar neticeye müessir görülmediğinden maznunun aleyhinde olan itiraz ve mütalâanın reddine mütedair sadır olan karar aleyhine Başmüddeiumumilikden; davacı tarafından ahkâmı umumiye dairesinde bir şikâyet mesbuk bulunmamasına ve âmme menfaatı namına bir dava mevcud olmamasına göre davanın rü'yet ve hükme rabtının yolsuzluğu kabul edildiği halde neticeye müessir görülmemesi, beraet kararı kaziyyei muhkeme teşkil ettikden sonra tekrar dava açılmayacağına nazaran isabet görülemiyen temyiz kararının kaldırılarak hükmün bu cihetten bozulması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu babtaki evrak 13-2-937 tarihli itirazname ile birinci Başkanlık dairesine gönderilmekle umum Ceza hey'etinde okundu :

Müddeiumuminin temyizi esasa mütedair bulunmasına binaen tetkikatı

822

temyiziye icrası karargir oldukdan sonra dava şikâyete bağlı suçlardan olduğu nazara alınmaksızın mahallî mahkemesince hal ve intac edilmesinin yolsuzluğundan dolayi mezkûr hükmün bozulması lâzım gelirken itiraz ve mütalâanın reddinde isabet gayri mevcud ve itirazname münderecatı varid olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve hükmün bu sebepden dolayi Ceza muhakemeleri U. K. nun 326 ıncı meddesine tevfikan bozulmasına 19-4-937 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti umumiyesi Esas No: 48 Karar No: 91 İtirazname: 26

---

32. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Çocuk düşmesini intac eden müessir fiillerde 456 ıncı maddenin üçüncü fıkrasına göre ceza tayin edilebilmesi için suçlunun gebeliği bilmesi şarttır.

Aksi halde suç müessir fiilin mucib olduğu hastalık müddeti nazara alınarak bu maddenin diğer fıkraları mucibince ceza tayini müstelzim olur.

Hâmile olduğunu bilmiyerek ve maksadı tecavüz etmak suretiyle Esmayı yere düşürmek neticesi üç aylık çocuğunun düşmesine sebebiyet vermekten maznun Mehmet karısı Eminenin Ceza K.nun 456/3 ve 458 inci maddelerine tevfikan bir sene altı ay ağır hapse konulmasına ve 50 lira tazminat ile 15 lira vekâlet ücretinin kendisinden alınarak davacı Esmaya verilmesine dair Aydın ağır ceza mahkemesinden sadır olan 13-12-935 tarihli hüküm maznunun temyizine binaen temyiz birinci Ceza dairesince bittetkik; tasdikını mutazammın verilen karar aleyhine Başmüddeiumumilikten; fiili müessir bir kadına karşı ika olunup da çocuğun düşmesini intac eylediği surette 456 ıncı maddenin üçüncü fıkrasının tatbik edilebilmesi için suçun işlendiği zamanda failin; mağdurun gebeliğini bilmesi şart olup fail mağdu-

run gebe olduğunu bilmediği takdirde müessir fiilin mucib olduğu hastalık müddeti nazara alınarak mezkûr maddenin diğer fıkralarının tatbiki mukteziyatı kanuniyeden olduğu tevhidi içtihat kararı meâl ve muhteviyatı ve Ceza hey'eti umumiyesi içtihat ve mukarreratı dahi bu merkezde bulunduğu halde mağdurenin gebe olduğunu bilmiyen maznun hakkında yazılı olduğu üzera tatbikata mütedair mahallî hükmünün tasdikına karar verilmesinde isabet görülemediğinden mezkûr tasdik kararının kaldırılması ve mahallî hükmünün bu cihetden bozulması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 16-3-937 tarihli itirazname ile birinci Başkanlık dairesine gönderilmekle umum Ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

İtiraznamede serdolunduğu üzere fiili müessir bir kadına karşı ika olunup da çocuğun düşmesini intac eylediği takdirde Ceza K.nun 456 ıncı maddesinin 3 üncü fıkrasının tatbik edilebilmesi için suçun işlendiği zaman maznunun; mağdurun gebeliğini bildiğinin sübutu şart olup maznun mağdurun gebe olduğunu bilmediği takdirde müessir fiilin mucib olduğu hastalık müddeti nazara alınarak mezkûr maddenin diğer fıkralarının tatbiki mukteziyatı kanuniyeden olduğu tevhidi İçtihat hey'eti umumiyesinin 4-12-935 tarih ve 120/12 numaralı kararı iktizasından bulunmasına binaen birinci Ceza dairesinin tasdika mütedair kararının kaldırılmasına ve mahallî hükmünün bu sebebden dolayı Ceza M.U.K.nun muaddel 326 ıncı maddesine tevfikan bozulmasına ve (5) lira ilâm harcının ilerde haksız çıkacak tarafdan alınmasına ve depo edilen paranın geri verilmesine 3-5-937 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Temyiz mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi Esas No: 89. Karar No: 107. İtiraz name: 21

824

33. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Türk ceza kanununun değişen 29 uncu maddesi müstakillen hükmedilen cezalara mahsus olup içtima kaidesinin tatbikini icab ettiren hallerde mezkûr madde hükmü cari olmaz.

Sarhoş olduğu halde resmî elbiseyi lâbis olan yüzbaşı Naimi def'atla tahkir eylemekden maznun Sabrinin 3005 numaralı kanuna göre ve bozmaya uyularak yapılan duruşması sonunda: Ceza K. nun, 482/2,3 ve 80 inci maddelerine tevfikan ve teşdiden iki ay on gün hapis ve ondört lira ağır para cezasiyle mahkûmiyetine ve (100) lira tazminat alınarak davacıya verilmesine ve sarhoşluğunun derecesine göre bir gün hafif hapis cazasının hapis cezasiyle içtimaından dolayı bir gün hafif hapis cezasının tamamen ortadan kaldırılacağı tevhidi içtihat kararları iktizasından bulunmasna binaen bir gün hafif hapis cezasının da infazına mahal olmadığına dair Zonguldak Asliye ceza mahkemesinden verilen 22-4-937 tarihli hüküm maznunun temyizine binaen Temyiz dördüncü Ceza dairesince tetkik olunarak: 3112 sayılı kanun ile değişen Ceza K. nun 29 uncu maddesi müstakillen hükmedilen cezalara mahsus olmasına ve içtima hükümlerinin tatbikında bir gün hafif hapsin iskatı lâzım geleceği son tevhidi içtihat kararı iktizasından bulunmasına nazaran bu hususa mütedair tebliğnamenin birinci bendinde yazılı mütalâa yerinde bulunmamış ve başkaca yolsuzluk görülememiş olduğundan bahsile tasdikını mutazammın sadır olan karar aleyhine Başmüddeiumumilikden; 3112 sayılı kanunun 29 uncu maddesi hükmü; hafif hapis, hafif ve ağır para cezalarının kanunî esbap ile 19,21 ve 24 üncü maddelerde yazılı aşağı hadlerinden daha az bir mikdarının verilmesi icab ettiği takdirde adlî tevbih yapılmasını âmir bulunmasına göre 73 üncü maddeye tevfikan hapis cezasiyle içtima eden bir günlük hafif hapis cezasının haddi asgarisinden aşağı düşecek mikdarı yerine adlî tevbih

825

yapılması lâzım geleceği ve hafif hapis, hafif ve ağır para cezalarının haddi asgarisi üzerine tatbiki icab eden kanun hükümlerinin neticesiz kalmamasını teminen 3112 numaralı kanunun vaz'ettiği şu hükmün mutlak ve istisnasız olacağı bedihî bulunduğu halde 29 uncu maddenin müstakillen hükmedilen cezalara mahsus olduğu mütalâasiyle bir günlük hafif hapis cezasının mezkûr kanunun mevkii mer'iyete vaz'ından mukaddem ittihaz edilmiş olan tevdidi içtihad kararına tebean ıskatının musib görülmesinde isabeti mütalâa edilmediği gibi evvelki bozma ilâmında bu hususun aleyhe bozma sebebi yapılmadığının tasrih edilmiş olduğu da nazara alınmaksızın yazılı olduğu üzere karar verilmesinde keza isabet görülemediğinden daire kararının kaldırılarak bu cihetin aleyhe bozma sebebi yapılmadığına karar verilmesi hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu bapdaki evrak 6-5-937 tarihli itirazname ile birinci Başkanlık dairesine gönderilmekle umum Ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıkdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Türk Ceza K. nun 29 uncu maddesi her suçun cezasını tayinde esas olup hadisede ise içtima kaidesinin nazara alınması icab edip mezkûr maddenin son fıkrası kabili tatbik olmamasına ve son tevhidi içtihad kararına göre itirazname münderecatı gayri varid görülmekle reddine 17-5-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi Esas No. 204 Karar No. 164 İtirazname: C. M: 158.

826

34. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Hapis cezasiyle birlikde hükmolunan emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezasının infaz edilmemiş olması tekerrür hükümlerinin tatbikine mani değildir.

Bakkal Bekirin pek hafif kıymette görülen bir teneke peynirini çalmaktan maznun Emirin 3005 sayılı kanuna göre yapılan duruşması sonunda: Ceza K. nun 491/1; 522 ve 525 inci maddeleri mucibince bir ay hapsine ve okadar müddetle emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulmasına ve merkumun diğer bir sirkat fiilinden mahkûm olduğu dört ay hapis cezası infaz edilip emniyeti umumiye nezareti cezayı fer'isi infaz olunduğu sırada son cürmü işlemiş olması hesabile 69 ve 77 inci maddeleri hükmünce bir ay hapsin dörtte üçü olan yirmi iki gün ile bir ay emniyeti umumiye cezasının evvelce mahkûm olduğu cezaya ilâvesiyle dört ay yirmi iki gün hapsine ve beş ay müddetle emniyeti umumiye nezareti altına alınmasına ve evvelce mahkûm olduğu dört ay hapis cezası infaz edilmiş olmakla yalnız yirmi iki gün hapsine dair Ankara ikinci Sulh ceza mahkemesinden verilen 14-4-937 tarihli hüküm mahalli C. M. Umumiliğinin temyizine binaen temyiz ikinci Ceza dairesince bittetkik; maznunun emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezasiyle birlikte mahkûm olduğu hapis cezasının yalnız infaz edilmiş olması bilâhara işlediği suçta tekerrüre esas olabileceği ve emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulmasına dair olan cezanın infaz edilmemesi tekerrüre mani olamiyacağından bahsile tekerrür tatbik edilmemesinden hükmün bozulması tebliğnamede mütalâa edilmekte ve filhakika kanunun 11 inci maddesinde gösterilen cezalar meyanında emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezası gösterilmekte ise de; zikri geçen kanunun 525 icni maddesinde ceza olarak diğer cezalara ilâvesi tasrih edilmiş olmasına ve bâzan asıl ve bâzan fer'î olarak tatbik olunagelmekte bulunan cezalardan hidematı âmme ve meslekden mahrumiyet cezalarının çektirilmiş

R 27

olmasının tekerrürde esas olmasına göre şahsî hürriyeti kısmen takyid eden işbu cezanın hapis cezasiyle birlikte hükmedildiği ve yalnız hapis cezasının infaz edilip emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezasının infaz edilmemesi tekerrür hükümlerinin tatbikına mani olamiyacağı hakkındaki kabulün dayandığı hukukun izahı imkânsız ve kanunda buna dair istisnaî bir hüküm de gayri mevcud bulunduğundan bahsile tebliğnamedeki mütaleanın reddiyle mezkûr hükmün tasdikına mütedair sadır olan karar aleyhine vaki tashihi karar talebinin reddini mutazammın verilen karara da Başmüddeiumumilikten; mahkûmun emniyeti umumiye nezareti altına alınması Türk ceza kanununun 11 inci maddesinde gösterilen cezalardan olmamasına ve kanunun kabul ettiği cezalar için mürurü zaman kısmında dava ve ceza müruru zamanları konulmuş olduğu halde emniyeti umumiye nezareti altına alınmak hâli için müruru zaman müddeti konulmamasına ve 42 inci maddede tasrih edildiği veçhile emniyeti umumiye nezareti altına alınmak halinin her zaman müddet ve keyfiyetce ref ve tahdid olunabilmesine göre emniyeti umumiye nezareti altına alınmak hâlinin mahiyeti cezaî olmayıp bir zabıta tedbirinden ibaret bulunduğu ve hidematı âmmeden memnuiyet ve meslek ve san'atın tâtili cezaları fer'î olarak tatbik olundukları takdirde bu cezaların infazı sırasında işlenen suçlardan dolayı tekerrür hükümlerinin tatbikına mani bulunmadıkları cihetle emniyeti umumiye nezareti altına alınmak halinin de ceza addile mezkûr tedbirin infazı sırasında işlenen diğer suçdan dolayı tekerrür hükümlerinin tatbikı muktazî ve yüksek Ceza hey'eti umumiyesinin içtihadı da bu merkezde bulunduğu halde içtima hükümlerinin tatbikına dair mahallince verilen hükmün tasdikına mütedair karara karşı vaki tashihi karar talebinin reddinde isabet görülemediğinden mezkûr red kararının kaldırılması ve mahallî hükmünün tebliğname mucibince bozulması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 8-5-937 tarihli itirazname ile birinci Başkanlık dairesine gönderilmekle umum Ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Tekerrür ahkâmının tatbiki için cezayı aslinin infazı kâfi olup 525 inci maddeye tevfikan hükmedilen emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezayı fer'isinin infaz edilmemesi tekerrür hükümlerinin tatbikına mani olamıyacağı cihetle itirazname münderecatı varid olduğundan itiraz olunan

828

kararın kaldırılmasına ve mahallî hükmünün bu cihetten dolayı Ceza M. U. K. nun 326 ıncı maddesine tevfikan bozulmasına 17-5-937 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Temyiz mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi Esas No: 207. Karar No: 166. İtiraznâme: C M.169

---

35. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Toplu tabancalarda tabancanın topu fişenk yatağı olduğundan namlu uzunluğuna topun da idhal edilmesi ve tabancanın memnu olup olmadığının bu suretle tayini icab eder.

Memnu silâh taşımaktan maznun Halidin Ceza K.nun 264/2 ve 36 ıncı maddelerine tevfikan bir ay hapis ve otuz lira ağır para cezasiyle mahkûmiyetine ve silâhın müsaderesine dair Ankara birinci Sulh ceza mahkemesinden verilen 23-12-936 tarihli hüküm maznunun temyizine binaen Temyiz ikinci Ceza dairesince tetkik olunarak; dosya içinde bulunan fen ve umum san'atlar müdürünün raporunda tabanca toplu tabancalardan olup namlusunun uzunluğu topu ile birlikte onbeş santimetreyi tecavüz ettiğinden memnu silâhlardan olduğu bildirilmiş isede; evsafı mezkûre bir silâhın kanunu cezanın 266 ıncı maddesinde tarif olunan eslihai memnuadan olduğuna delâlet edemeyeceğinden namlunun toptan haric olarak onbeş santimetreyi müteceviz olup olmadığı keyfiyeti bilmesaha muayene ettirilmek muktezî iken topu namludan addedilen rapora istinaden yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz olduğundan tasdika mütedair talebin reddile hükmün bozulmasını mutazammın sadır olan karar aleyhine Başmüddeiumumilikten; dosya içinde bulunan fen ve san'atlar umum müdürlüğünün raporunda tabanca toplu tabancalardan olup namlusunun uzunluğu topu ile birlikte onbeş santimetreyi tecavüz ettiği yazılı olmasına ve toplu taban-

calarda top dahil olmak üzere namluların ölçülmekte olduğu ve çünki tabancanın topu fişenk yatağı bulunduğu Millî Müdafaa vekâletinin 4-4-931 gün ve 18 sayılı tamimi ve ceza hey'eti umumiyesinin içtihadı cümlesinden bulunmasına göre hükmün bozulmasında isabet görülemediğinden mezkûr bozma kararının kaldırılarak mahallî hükmünün tebliğname veçhile tasdikı hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 1-4-937 tarihli itirazname ile birinci Başkanlık dairesine gönderilmekle umum ceza hey'etinde okun upiş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

İtirazname münderecatı varid olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve muvafıkı usûl ve kanun bulunan mahallî hükmünün tasdikına ve (600) kuruş temyiz ilâmı harcının müsted'ii temyiz mahkûmdan tahsiline 17-5-937 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Temyiz mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi Esas No: 121. Karar No: 171. İtirazname: 89

---

36. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Esası kabili temyiz olmıyan kararlar müsadereyi dahi havi olduğu takdirde kabili temyizdir.

Kumar oynamakdan maznun Ali ve Âdilin Ceza K.nun 568 inci maddesi mucibince birer lira hafif para cazasiyle mahkûmiyetlerine ve oynadıkları iskambil kâğıdı ile elde edilen yüzyirmi bir liranın (36) ıncı maddeye tevfikan müsaderesine dair Nizip Sulh ceza mahkemesinden verilen 19-3-937 tarihli hüküm C. Müddeiumumiliğinin temyizine binaen Temyiz ikinci ceza dairesince mütalâa olunarak: Hüküm kumar oynamak suçuna münhasır olmasına ve temyiz istidasında yazılı sebeplerin şümul ve mahiyetine göre bir

830

lira hafif para cezasından ibaret bulunan mezkûr hükmün temyiz kabiliyeti olmadığından bahsile temyiz istidasının tebliğname veçhile reddine mütedair sadır olan karar aleyhine Başmüddeiumumilikden; esası kabili temyiz olmıyan kararlar müsadereyi dahi havi olduğu surette temyizi kabil bulunmuş iken aksine mülâbis mütalâa ile yazılı olduğu üzere karar verilmesinde isabet görülmediğinden mezkûr temyiz kararının kaldırılarak evrakın Temyiz ikinci Ceza dairesine iadesi hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 7-5-937 tarihli itirazname ile birinci Başkanlık dairesine gönderilmekle umum Ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıkdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Hükmün müsadere kararını da ihtiva etmesine mebni itirazname münderecatı varid olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve tetkikat ifası için evrakın hususî daireye verilmek üzere Başmüddeiumumiliğe geri verilmesine 17-5-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi Esas No. 205 Karar No. 165 İtirazname: C.M. 159

---

37. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Tehdid maksadile teşhir edildiği takdirde balta 189 uncu maddenin üçüncü fıkrasında yazılı silâhlardan sayılır.

Korkutmak maksadiyle İhsana bıçak ve Arona balta çekmekden ve sarhoş olmakdan suçlu Şaban hakkında 5005 sayılı kanuna tevfikan yapılan duruşma sonunda: Türk Ceza K. nun 266,571 ve 69 uncu maddeleri mucibince içtimaan beş gün hapis ve bir lira hafif para cezasile mahkûmiyetine dair Beyoğlu üçüncü sulh Ceza mahkemesinden verilen 10-5-937 tarihli hüküm mahkûmun temyizi üzerine temyiz ikinci Ceza dairesince

831

tetkik olunarak: baltayı tehdid için bulunduğu mahalden almış olmasına göre varid görülmiyen tebliğnamedeki mütalâanın reddile hükmün tasdikına dair verilen karar aleyhine Başmüddeiumumilikden; 189 uncu maddenin üçüncü fıkrasında yazılı silâhların bir cürmün esbabı müşeddidesini teşkil ettiği ahvale münhasır kaldığı mezkûr maddenin sarahatından bulunmasına ve 5-8-934 tarihli tevhidi içtihat kararı da baltayı 189 uncu maddenin üçüncü fıkrasında yazılı silâhlardan addetmesine göre baltanın ancak bir cürmün esbabı müşeddidesini teşkil eden ahvalde silâhdan sayılabileceği ve cürmün doğrudan doğruya vasfına teşkil eden ahvalde silâh addedilemiyeceği derkâr bulunduğundan isabeti mütalâa olunmıyan tasdik kararının kaldırılarak mahallî hükmünün tebliğname mucibince bozulması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 26-5-937 tarihli itirazname ile birinci Başkanlık dairesine tevdi olunmakla umum Ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıkdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü;

Teşhir olunan balta tehdide salih âletten bulunmasına göre itirazname münderecatı gayri varid görüldüğünden reddine 31-5-937 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi Esas No: 235 Karar No: 175 İtirazname 184

---

38. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Suçlu hakkında ceza tayin edilmiyen hallerde suçun mevzuunu teşkil eden eşyanın iadesine hükmedilmesinde bir yolsuzluk yoktur.

Sadıkın palamutluğundan palamutlarını çalmağa teşebbüs eylemekten maznun Mehmet hakkında yapılan duruşma sonunda: maznunun fiiline temas eden Ceza kanununun 494 üncü maddesinde yazılı cezanın son haddi beş ay olup 63 üncü maddede ise bir seneden aşağı ceza gösterilen suçların müteşebbisini cezalandırılmıyacağı yazılı olmasına nazaran teşebbüsü tam

832

halinde kalan mezkûr suçdan dolayı maznunun cezalandırılmamasına ve palamutların davacıya iadesine ve keşif masrafı ile takdir olunan sekiz lira ücreti vekâletin maznundan alınarak davacıya verilmesine ve harç tarifesi kanununun 67 inci maddesine tevfikan (seksen) kuruş duruşma harcının da kezalik kendisinden tahsiline dair verilen hüküm maznunun temyizine binaen temyiz ikinci Ceza dairesince tetkik olunarak; ceza tayin edilmediği halde şahsî hakka hüküm itası yolsuz olduğundan bahsile bozularak mahalline iade edilmekle yeniden yapılan duruşma sonunda: Ceza muhakemeleri usulü kanununun 103 üncü maddesinde mağdurdan alınan eşyanın tahkikat sırasında bile re'sen verilebileceği tasrih edilmiş ve 255 ve 358 inci maddelerinin birinci fıkralarında şahsî haklara da hüküm vermeğe mahkemenin vazifeli ve sâlâhiyetli olduğu ve hukuku şahsiye cihetini de arayabileceği gösterilmiş olduğu gibi Temyiz Ceza hey'eti umumiyesi ve ceza hususî daireleri kararları ile toplanan içtihadlar da bu merkezde bulunmuş olduğundan ve saireden bahsile eski hükümde israrı mutazammın Seferihisar sulh ceza mahkemesinden sonradan verilen 30-3-937 tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki maznun tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek bu babtaki evrak Başmüddeiumumiliğin; 12-4- 937 tarihli tebliğnamesiyle birinci Başkanlık dairesine gönderilmekle umum Ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüb düşünüldü:

Tebliğnamede yazılı olduğu üzere hüküm tazmin mahiyetinde olmayıp iade mahiyetinde bulunmasına göre nisbî harç tayini yolsuz isede; müstenid olduğu esbabı mucibeye nazaran israr kararı usûl ve kanuna uygun olmakla varid olmıyan temyiz itirazlarının reddile evvelce hükmedilmiş olan nisbî harcın kaldırılması suretile israr kararının islâhen tasdikına ve depo edilen paranın irad kaydına 7-6-937 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi Esas No: 2/94 Karar No: 102 Tebliğname 1/1875

833

39. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Tahsildarlar mesai saatiyle mukayyet olmayıp gece dahi vazife görebileceklerine nazaran Köy kanunu mucibince tahsildara muavenete mükellef bulunan İhtiyar hey'etine bu esnada vaki olan hakaretin vazife halinde yapılmış olduğunu kabul eylemek lâzımdır.

Cebeliberekete merbut Osmaniye köyü muhtar ve ihtiyar hey'etini vazife halinde tahkirden suçlu ayni köyden Ömerin yapılan duruşması neticesinde: dinlenen şahitlerin beyanatına nazaran yatsı zamanında köy ortasında köylünün toplanmasına mahsus meydana vergi tahsilâtı için gelmiş olan tahsildarın nezdine köylünün celbi inçin İhtiyar hey'eti tarafından davet vuku bulduğu ve suçlunun da bu esnada (Böyle namussuzluk olmaz) deye İhtiyar hey'etini tahkir ettiği yatsı zamanı ise örfî âdete göre gece vaktı olduğu o zamanda ise cürmü meşhuddan maada muamelâtı âdiyenin ifası kanunen memnu bulunduğundan bahsile hadisenin vazifeden dolayı tahkir olmayıp âdiyen tahkir mahiyetinde olduğundan ve âdi tahkirden dolayi mutazarrır olanların şikâyetnameleri bulunmamış olduğundan davanın reddine bu hususta davacıların ikamei davada muhtariyetine dair verilip kat'ileşen karar yazılı emir üzerine Temyiz dördüncü ceza dairesince tetkik olunarak: tahsildarların güneş battıkdan sonra vazifeden memnu bulunduklarına dair bir kanun hükmü mevcud olmamasına ve bilâkis tahsildarların her ân vazifedar olmalarına İhtiyar hey'etlerinin tahsildarlara muavenetleri ise Köy K. nun ahkâmı sarihasından bulunmasına mebni yazılı olduğu şekilde karar verilmesi yolsuz olduğundan bahsile ve usulün 343 üncü maddesinin son fıkrası mucibince bozulup iade edilmekle; eski kararda ısrara mütedair Cebelibereket Asliye ceza mahkemesinden sonradan verilen 16-9-936 tarihli kararın dahi temyizen tetkikı C. Müddeiumumiliği tarafından müddetinde istida edilerek bu baptaki evrak Başmüddeiumumiliğin; kararın mahiyetine göre kanunen temyiz kabiliyeti olmadığından istidanın reddi tale-

834

36. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Terekeyi tahrire memur olan Sulh hâkimi terekedeki gayrı menkullerin mülkiyet ihtilâfını halle salâhiyetli değildir.

M. — *İstanbul Evkaf İdaresi.*
M.A. — *İstanbul Defterdarlığı.*

[Mahkemesi Beyoğlu Dördüncü Sulh Hukuk. Karar tarihi 1-3-937 Karar No: 932/137]

Dava : Bilâ varis vefat edip mahkemece terekesine vaz'ıyed edilen Yani karısı Maryos Sofyaya aid olup tapu kaydında Mehmet Çavuş vakfından olan evi müddeaaleyh Hazinenin emlâki milliyeden addile ahara satmak suretiyle vaki müdahalesinin men'i taleb edilmişdir.

Karar : Müddeabihin hususî vakıflardan bulunmasına ve tarihi vefata nazaran tatbikat K. nun 8 inci maddesi mucibince mahlülen evkafa kalması icab eden eve müddeaaleyhin müdahalesinin men'ine dair verilen karar indettemyiz; münazaalı gayri menkulün ahara satıldığı Tapu idaresinden gelen cevapta bildirildiği halde hazinenin hasım olarak kabulü veçhinin anlaşılamaması ve evkaf idaresi tarafından münazaalı hanenin vakfa rucu'ettiği iddia edilmekde olmasına ve şu suretle ihtilâf mezkûr gayri menkulün vakfiyet veya mülkiyet üzerine tasarrufuna intikal etmiş bulunmasına ve bedelinin dahi Tapu idaresinden gelen cevapdan (301) lira olduğu anlaşılmasına göre davanın rü'yeti sulh mahkemesinin vazifesinden hariç bulunmuş iken bu cihet düşünülmeksizin rü'yetine devamla yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılınmak-

835

la: yeniden yapılan muhakeme sonunda: Bazı mütalâat beyaniyle evvelki hükümde ısrara karar verilmişdir.

Temyiz eden: İstanbul Defterdarlığı namına İstanbul muhakemat müdürlüğü vekili avukat Semih Seven.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıkdan ve dosyadaki kâğıtlar okundukdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Esas itibarile mezkûr hanenin ciheti aidiyetinin halli, tahriri terekeye memur olan sulh hâkiminin vazifesi haricinde bulunmuş olmasına nazaran dairei hususiyenin bozma kararı bu itibarla varid ve uymak lâzım gelirken ilâmda yazılı esbap ve mütalâa 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 tarafdan alınmasına 27-10-937 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Temyiz mahkemesi Hukuk hey'eti Umumiyesi Esas No. 3/123. Karar No. 122.

836

37. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Lozan muahedenamesine merbut Türk ve Rum ahalinin mübadelesine dair olan mukavelenamenin 14 üncü maddesinin mübadeleye tâbi eşhasa aid emvali gayrimenkulenin, kâin olduğu arazi hükûmetinin emrinde bırakılacağına ve 9 uncu maddesinin de bugibi emvalin muhtelit Komisyon tarafından aynı kanunda istihdaf olunan gayeye vusul için muayyen ahkâma tevfikan tasfiye edileceğine dair olan hükümleri; mübadeleye tâbi sahiblerinin bu emvale temlik haklarının nez'ini ve her türlü tasarruftan mahrumiyetlerini istilzam ve 791 No. lu kanunun hükmü de mübadeleye tâbi eşhasın mezkûr mübadele mukavelenamesinin imza edildiği 3-1-923 tarihinden sonra emvali gayrimenkulelerini vefaen bey ve ferağları muteber olmadığını mübeyyin olmasına göre bu tarihten sonra yapılan vefaen ferağ muteber değildir.

Beyoğlunda Halâskâr Gazi caddesinde Çankaya apartımanında mukim Mustafa Arifin İstavri kızı Marika ile İstanbul muhakemat müdüriyeti aleyhlerine; uhdesine tefviz edilen Beyoğlunda Kamer Hatun mahallesinde Dudu odaları sokağında kâin ve mübadil Bakkal köylü Yanko veledi Panayottan metrûk bulunan dükkân Marika binti İstavriye vefaen mefruğ olduğundan mezkûr dükkâna vâki müdahalenin men'iyle namına tesciline ve neticei muhakemeye kadar icranın tehirine karar verilmesi talebiyle ikame eylediği davadan dolayı cereyan eden muhakeme neticesinde: Evrak meyanında mevcud muhtelit mübadele Komisyonunun 11 Şubat 932 tarihinde müddeaaleyhlerden Marikaya gönderdiği 46731 No. lı tezkerede müddeabih dükkân üzerindeki ipotek hakkının tamamen bakî olup keyfiyetden Tapu dairesine de haber verildiği muharrer bulunduğundan ve Aatina itilâfnamesinin tatbikinden mütevellid mesailin sureti kat'iyede halli hakkında tanzim edilen 17-6-930 tarihli ve 1725 No: lı mukavelenamenin 31 ve 32 inci maddelerinde işbu mukavelenamenin tatbiki iki Hükûmet tarafından bir maksadla lâzımgelen teşkilâtı asliyede getirecek olan mübadelei ahali mutelit Komisyonuna tevdi olunduğu ve tehaddüs edecek bilûmum ihtilâflar için umumî bir suretdeki

Hükûmet muhtelit mübadele Komisyonunun bitaraf âzasına hüküm hakkını tanıyıp onların kararlarını münakaşasız kabul etmeği teahhüd ettikleri 33 üncü maddesinde de işbu mukavelenin muhtevî olduğu ahkâma muhalif bulunan veya tamamiyle tatbikine herhangi bir suretle mâni olan hernevi kanunlar; emirnameler; nizamnameler ve kanunî ve resmî tefsirler veya emirler ve tamimler her iki memlekette işbu mukavelename ile kendiliğinden mülga olduğu yazılı olmasına nazaran veçhi kanuniye müstenid olmıyan davayı mukamenin reddine dair İstanbul Asliye mahkemesi beşinci Hukuk dairesinden sâdır olan 30-1-936 tarih ve 1250 No:lı ilâmın temyizen tetkiki davacı Mustafa Arif vekili Server Hayreddin ve Hazinei maliye vekilleri taraflarından ve tarafların bilcelb izahatı şifahiyelerinin ahzi Mustafa Arif vekili tarafından taleb edilmiş olmakla; 15-6-936 tarihine müsadif Pazartesi günü saat 14 de daireye gelmeleri için iki taraf vekillerine davetnameler imlâ ve berayı tebliğ İstanbul tebligat memurluğuna irsâl kılınmışdı. Vukubulan tebliğat üzerine muayyen gün ve saatde temyiz müsted'ilerinden Mustafa Arif namına vekili avukat Server Hayreddin ve diğer temyiz müsted'isi Maliye Hazinesine izafetle umumî vekil avukat Zıya ve mümeyyezünaleyh Marika namına da vekili avukat Necati dosyada bulunan vekâletnamelerine istinaden daireye gelmeleriyle ledessuâl mümeyyezünaleyh vekili Necati temyiz müddeti hakkında bir diyecekleri olmadığını ifade eylemiş ve bittetkik temyiz arzuhallerinin müddeti içinde ita ve kayıd edildiği anlaşılmış olduğundan hazır bulunan iki taraf vekillerinin esas hakkında temyiz arzuhalleri ve cevab lâyihası münderecatlarına atfen şifahî izahatları istima ve olbabtaki hüküm evrakı ve mezkûr temylz arzuhalleri ve cevab lâyihası ve dosyada bulunan sair kâğıtlar mütalâa ve tetkik edildikten sonra icabı keyfiyet müzakere olundu:

Karar: Mümeyyezünaleyh Marika vekili tarafından verilen cevab lâyihasında; işbu davada Hazinei Maliye müvekkilesi Marika gibi müddeaaleyh sıfat ve mevkiinde olmasına ve bu hususda hazine aleyhinde bir hüküm sudur etmemiş bulunmamasına mebni Hazinenin hakkı temyizi olmadığını ve iddia olunan tefviz ve temlik hakkında Tapuda bir kayıd mevcud olmayıp halbuki gayri menkuller üzerinde bir hak iddiası tapu sicilli ile kabili isbat bulunduğuna binaen davacının tefviz ve temlik iddiasının hilâfı hakikat bulunduğunu ve hakkı davası mevcud olmadığını dermeyan etmiş

838

isede Hazinei Maliyenin davaya idhal; talebini hâvi Hazine vekilinin esnayı muhakemede verdiği 2-1-936 tarihli arzuhal meali ile davacının Hazineyi mahkemeye davetde istihdaf ettiği gayeye nazaran hadisede Hazine kanunen hakikatı halde şahsı salis vazıyetinde bulunduğu ve sudur eden hüküm Hazinenin hukukuna müessir olduğu cihetle bu hükmü temyize salâhiyeti olmasına ve mezkûr gayri menkulün Mustafa Arife tefviz olunduğu tahakkuk edip mumaileyhin tefviz ile bu gayri menkul üzerinde kanunu mahsus mucibince; iktisab ettiği hakka istinadan ikamei davaya salâhiyeti bulunmamasına mebni mümeyyezünaleyh vekilinin yukarıda yazılı itirazları varid olmadığından reddine ittifakla karar verildikten sonra esasa gelince: Lozan muahedenamesine merbut Türk ve Rum ahalinin mübadelesine dair olan mukavelenamenin 14 üncü maddesinin mübadeleye tâbi eşhasa aid emvali gayri menkulenin, kâin olduğu arazi Hükûmetinin emrinde bırakılacağına ve dokuzuncu maddesinin de bugibi emvalin Muhtelit Komisyon tarafından ayni kanunda istihdaf olunan gayeye vusûl için muayyen ahkâma tevfikan tasfiye edileceğine dair olan hükümleri; mübadeleye tâbi sahiblerinin bu emvale temellük haklarının nez'ini ve hertürlü tasarrufdan mahrumiyetlerini istilzam ettiği derkâr olup 791 No: lı kanunun hükmü de mübadeleye tâbi eşhasın; mezkûr mübadele mukavelenamesinin imza edildiği 30 Kânunusani 1923 tarihinden sonra emvali gayri menkulelerini vefaen bey' ve ferağları muteber olmadığını mübeyyin bulunmasına göre mübadeleye tâbi borçlu Yankonun etabli Marikaya borcu mukabilinde müddeabih dükkânı zikri geçen mübadele mukavelenamesinin imza edildiği 30 Kânunusani 923 tarihinden sonra vefaen ferağ etmesi ahden ve kanunen muteber olmadığı ve işbu ferağa istinaden Marikanın mezkûr dükkâna müdahaleye ve satılıp semeninden alacağının tediyesini istemeğe hakkı bulunamadığı derkârdır. Gerçi Muhtelit Mübadele Komisyonunun bitaraf âzası tarafından verilen 11 Kânunuevvel 931 tarihli hakem kararıyle bu kararın sureti tatbikına dair umumî cetvelin 7 numarasında, bir mübadil Rum Ortodoksun İstanbul rum etablisi ile yaptığı ipoteğin — alacaklının alâkasını kesmemiş olduğu takdirde — mer'î olması lâzımgeleceği zikredilmiş isede komisyonun prensip olarak ittihaz etmiş olduğu bu karar Lozan muahedesi ve buna merbut mubadelei ahali mukavelesinin akid ve imza edildiği tarihlerden evvelki tevsikata aid ve münhasır bulunduğu aksinin tasavvuru bile müm-

kün olmıyan bir hakikat olmasına göre müddeaaleyha Marika tarafından ibraz edilip mahkemece medarı hüküm ittihaz olunan Muhtelit Hakem Komisyonu tezkeresinin bahse mevzu ferağ bilvefa muamelesinin muteber olduğunu tazammun eden münderecatı, bu muamelenin mübadelei ahali mukavelesinin akid ve imzasından evvelki bir tarihde vukubulmuş olduğu zan ve zihabiyle yazılmış olmasından başka bir sebebe atfolunamaz: Kaldıki mezkûr tezkere komisyonca bu mesele hakkında hasren ve hususen ititihaz edilmiş bir karardan bâhis olmayıp evvelce umumî suretde ve kaide şeklinde müttehaz mukarrerata müsteniden yazılıdığı mealinden anlaşılmaktadır. Binaenaleyh mahkemece bu noktaların göz önüne alınması ve ana göre muhakeme icrasiyle icabeden hükmün itası iktiza ederken nukatı mebhusunanha, derpiş ve teemmül edilmiyerek bazı mütalâat beyaniyle davanın reddine karar verilmesi muhalifi kanun bulunmuş ve nakız talebleri bu sebeblerle varid görülmüş olduğundan hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesine tevfikan mümeyyezünbih hükmün işbu sebeblerden dolayı nakzına ve evrakın mahalline iadesine ve altı yüz kırk kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 15 Haziran 936 tarihinde ekseriyetle karar verilerek hazır bulunan iki taraf vekilleri Server Hayreddine ve Osman Nuri ve Necatiye usulen tefhim olundu.

Temyiz mahkemesi Birinci Hukuk Dairesi Esas No: 1149, Karar No: 2083.

840

38. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Davacının zeriyatını yapmak ve mahsulâtını nakletmek için tariki âmdaa tarlasına kadar yalnız yaya olarak girip çıkması külfeti müstelzim ve menfaatı ile gayri kabili te'lif bulunmuş ve komşusundan geçmek için istediği münasib mahallin tam ivazını vermek ve komşusunun uğrayacağı zararı bu suretle ödemekle mükellef olduğu ve lüzumlu geçidin yol haline ifrağı külfeti taleb eden tarafa aid bulunduğu cihetle hayvan ve arabasile tarlasına girip çıkabileceği bir yol temini iktiza eder.

Akkayanın Hacı köyünden Kesim oğlu Mehmedin o köyden kürd Hacı oğlu İsmail ve Kesim oğlu Ahmed ve Nakip oğlu Nurullah aleyhlerine Hacı Köyünde mutasarrıf olduğu Dede oğlu namile maruf bahçesine senelerden beri müddeaaleyhlerin bahçesinden geçmekde iken bu kere işbu yoldan geçmek hakkına mümanaat ettiklerinden Kanunu Medenî ahkâmına tevfikan mahkemece takdir olunacak ivaz mukabilinde müddeaaleyhlerin bahçelerinden kendi bahçesine geçmek üzere geçit yeri alıverilmesine hüküm verilmesi telebile ikame eylediği davadan dolayı cereyan eden muhakeme neticesinde: Müddeinin mutasarrıf olduğu Dede oğlu tarlasının her tarafı başka şahıslara aid tarlalarla mahdud olup hiç bir tarafdan yolu olmadığı ve müddeinin bahçesine gidebilmek için bir yola muhtaç olduğu ve bunun müddeaaleyhlerin tarlalarında mevcud yolun kesildiği zaviveden müddeinin bahçesine on metre kadar imtidad ettirildiği takdirde yanındaki değirmen harkına zarar vermek üzere araba ve koşulmuş hayvan geçirilmemek yalnız yaya geçmek üzere müddeaaleyhlerden Nurullah için on ve diğerleri için onbeşer lira ivaz mukabilinde davacı Mehmedin yolsuz tarlasına gidebilmek için yol ittihazı muvafık olacağı mahallinde yapılan keşif ve tatbikat ve ehli vukufun beyanatiyle anlaşılmış olduğundan araba ve koşulu hayvan geçirmemek ve davacı tarlasile müddeaaleyhlerden Nurullahın tarlası arasında mevcud mütavassıt cesametteki su harkı bozulmamak şartile müddeaaleyhlerden Ahmed ve İsmailin tarlalarının kenarındaki

hususî yolun diğer müddeaaleyh Nurullah tarlasının garp müntahasındaki zaviyeden davacının tarlasına müvazi surette yolsuz tarlaya kadar imtidad ettirilerek davacı için hususî ve yaya yolu ittihazına müddeaaleyhlerin muhalefet ve mümanaatlarının men'ine ve müddeaaleyhlerden Nurullah için on ve diğerleri için onbeşer lira ivazın davacıdan alınıp müddeaaleyhe verilmesine dair Kastamoni As. hukuk hâkimliğinden sadır olan 28-5-936 tarih ve 260 No: lı ilâmın temyizen tetkiki davacı Mehmed tarafından müddeti içinde baarzuhal istenilmiş olmakla mezkûr ilâm ile temyiz lâyihası ve dosyada bulunan sair kâğıtlar okunduktan sonra icabı müzakere olundu:

Davacının zer'iyatını yapmak ve mahsulâtını nakletmek için tariki âmdan tarlasına kadar yalnız yaya olarak girip çıkması külfeti müstelzim ve menfaatı ile gayri kabili te'lif bulunmuş ve komşusundan geçmek için istediği münasib mahallin tam ivazını vermekle ve komşusunun uğrıyacağı zararı bu suretle ödemekle mükellef olduğu ve lüzumlu geçidin yol haline ifrağı külfeti lüzumlu geçid taleb eden tarafa aid bulunduğu cihetle hayvan ve arabasile tarlasına girip çıkabileceği bir yol temini iktiza eylemiş olduğu halde mahkemece bu noktalar teemmül edilmeksizin yalnız yaya geçmek şartile bir geçid verilmesine hükmolunması Kanunu Medeninin 671 inci maddesi hükümlerine münafi olduğundan ve nakız talebi bu sebeble varid görüldüğünden H. U. S. M. K. nun 428 inci maddesine tevfikan mümeyyezünbih hükmün işbu sebebden dolayı nakzına ve evrakın mahalline iadesine ve bin iki yüz yirmi kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına 3-Mart-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesi Esas: No. 2078. Karar: No. 385.

842

39. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Bir gayrimenkul sahibinin arazisine geçtiği sırada diğer gayrimenkule zarar irâs ettiği takdirde mutazarrır olan gayri menkul sahibi yalnız tazminat talebine salâhiyetli olup diğer gayrimenkulü istimlâk talebinde bulunamaz.

Malatyanın Hamidiye mahallesinden Sülük oğlu Mahmudun Arslan Bey mahallesinden olup Mahmudi köyünde oturan Kemo zade Mustafa ve Mahmud ve Reşad ile sağır Ahmed ve Abdullaha velâyeten ve şahsına asaleten valideleri Beyaz aleyhlerine Kolpınar köyünün tafta mezraasında vâki 500 kırat tohum istiab eder bir kıt'a bahçesinin orta yerinde müddeaaleyhimin 18 kırat değersiz ayrıca bir kıt'a tarlaları olup esasen bu tarlanın yolu olduğu bahanesile lâalettayin gelip geçmekteler iken bu kere bahçesinin çeperini bozarak ve mezruatını ayaklıyarak mağrus çitilleri kırarak bahçesi derunundan fuzulî bir mahal tahsisile gelip geçmekte ve bir hakları olmaksızın dört yüz lira mikdarında bahçesinden bir kısmını araba ve hayvan geçmek suretile kendilerine yol ittihaz ve kendilerinin olduğunu iddia ettikleri tarla ise kırk elli lira değerinde olduğu cihetle cüz'î bir mikdarda olan mahalle karşı dört yüz liralık emvali hedir edilmemek üzere mezkûr mahallin bedeli tarafından verilmek üzere müddealeyhlere aid tarlanın tapuca namına tescili hakkında ikame eylediği davadan dolayı cereyan eden muhakeme neticesinde: Kanunu medeninin 709 uncu maddesinin ikinci fıkrası mucib olduğu külfete göre pek az menfaat temin eden irtifak hakkının dahi tazminat mukabilinde tamamen veya kısmen terkini taleb olunabilir diye muharrer olduğuna göre bu fıkra gayrın arazisine tahmil edilmiş ve mucib olduğu külfete göre pek az menfaat temin etmiş irtifak hakkının terkininden bâhis ve şu halde gerek istid'ada ve gerekse zabıtta istenilen mevzular bu fıkranın mevzuundan hariç olup keşif varakasında şimdilik zarar olmadığı gösterilmesine ve müddeaaleyhlerin ellerin-

de bulunan tapunun o mahalle aid olduğunu müddei ikrar etmiş olmasına binaen bu itibarla davanın reddine dair Malatya As. hukuk hâkimliğinden sâdır olan 6-6-936 tarih ve 247 No: lı ilâmın temyizen tetkiki davacı Mahmud tarafından müddeti içinde baarzuhal istenilmiş olmakla mezkûr ilâm ile temyiz lâyıhası ve dosyada bulunan sair kâğıtlar okunduktan sonra icabı müzakere olundu:

Davacının iddiası; beş yüz kırat tohum istiab eder bahçesinin ortasında müddeaaleyhlerin on sekiz kırat mikdarında değersiz bir tarlaları olup esasen bu tarlalarının kendi bahçesinden geçid hakkı olduğu bahanesile bir kısım mahsulâtını da tarhrip ederek bir yol ihdas etmiş ve bu suretle kendisini izrar etmekde bulunmuş olduklarından dört yüz lira kıymetinde olan kendi tarlasının kırk lira değerinde bulunan müddeaaleyhlerin tarlaları yüzünden heder edilmemek için bedeli kendi tarafından verilmek üzere müddeaaleyhlere aid tarlanın tapuca namına tescili talebinden ibaret bulunmuş olmasına ve kendisine aid bahçede geçid hakları olmadığı halde müddeaaleyhler geçmekde ve bu sebeble kendisini izrar etmekde iselerde davacının mahkemeden müddeaaleyhlerin kendi bahçesinden geçmelerinin men'i ve yaptıkları zararın tazmini talebine hakkı olup bu keyfiyet müddeaaleyhlere aid tarlanın istimlâkine kanunî bir sebeb teşkil etmiyeceğine mebni temyiz itirazları varid görülemediğinden mezkûr itirazların reddile usûl ve kanuna uygun olan mümeyyezünbih hükmün tasdikına ve altı yüz kırk kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 3 Mar 937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz mahkemesi Birinci Hukuk Dairesi Esas No: 7083 Karar No: 387.

8th

40. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Başkasının arazisindeki kaynaklardan istifade hakkının unvanı kanunisi irtifak hakkı olup davacının iddia ettiği bu hakkı tapu sicilline kaydettirmemiş olduğu da mütehakkak bulunmuş olmasına göre hüsnüniyet sahibi olduğu takdirde üçüncü şahıs sıfatında bulunan müddeialeyhe karşı bu hakkı dermeyan edebilmesine kanunî cevaz yoktur.

Bodrumun Kirelbelen köyünden Mustafa oğlu Eyüb Karapınar vekili Fehmi Algün'ün, ayni köyden Hüseyin oğlu Mehmet Yıldızhan aleyhine, müddeaaleyhin Yusuf namında birisinden aldığı sekiz dönüm tarladan çıkan suda, eskidenberi dört günde bir gün bahçesini sulama hakkı var iken müddeaaleyh, su yoluna duvar çekerek, bahçesine alınmasına mani olduğundan, şu suretle vâki müdahalesinin men'ine karar verilmesi talebiyle ikame ettiği davadan dolayı badennakız cari muhakeme sonunda: Müddeaaleyhin ahiren mülkiyetine geçen tarlada çıkan kaynak sularında, müddeinin eskidenberi dört günde bir sulama hakkına malik olduğu, istima kılınan şuhudun şahadatı, keşif raporu münderecatı ve vekil Ahmet Toker'in, müdafaa sadedinde dermeyan etmiş olduğu itirazları arasındaki ikrar ve itiraflarile sabit olmasına binaen müddeaaleyhin vâki müdahalesinin men'ine ve dört günde bir su nöbetinin sabıkı veçhile müddeiye verilmesine ve masarifi muhakeme ve ücreti vekâletin müddeaaleyhe aidiyetine dair Bodrum hukuk hâkimliğinden verilen 11-6-936 tarih ve 60 No: lı ilâmın izahatı şifahiye ahzi suretile temyizen tetkiki, müddeaaleyh vekili Ziya tarafından istenilmiş olmakla bittetkik, müddeabihin kıymetinin bin liradan fazla olduğuna dair badelhüküm istihsal ve ita olunan vesika, dairece evvelce ittihaz olunan 21-9-936 tarihli kararın ref'ini müstelzim bulunmamış olduğundan, izahatı şifahiye ahzi hakkında tekrar vukubulan talebin dahi bu sebebe binaen reddine 23-12-936 tarihinde ittifakla karar verildikten ve mezkûr ilâmla temyiz lâyihası ve sair kâğıtlar okunduktan sonra icabı müzakere olundu:

Her nekadar hüküm fıkrasında şahadetle ve keşif raporlarile ve müddeaaleyh vekilinin krariyle müddeaaleyhin yedi temellüküne geçen tarladan nebean eden suda davacının kadimdenberi dört günde bir gün bahçesini sulamak hakkına malik olduğunun sübutundan bahsedilmiş isede müddeaaleyh vekilinin bu suretle sarih bir ikrarı mevcud olmadığı halde böyle bir ikrardan bahsedilmesi ve kanunu medenînin sureti mer'iyet ve şekli tatbiki hakkındaki kanunun yirmi ikinci maddesinde «kanunu medenînin mer'iyetinden evvel müesses gayri menkule müteallik irtifak hakları gayri menkul sicillerinin teşkilinden sonra tescil ettirilmemiş olasalar dahi baki kalırlar isede mezkûr hakların hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilebilmeleri tescilleri tarihinden itibaren mümkündür» diye yazılı bulunmuş ve kanunu medenînin 679 uncu maddesi müfadından da anlaşılacağı üzere başkasının arzındaki kaynaklardan istifade hakkının unvani kanunîsi irtifak hakkı olup davacının iddia ettiği bu hakkı tapu sicilline kayıd ettirmemiş olduğu da mütehakkak bulunmuş olmasına göre hûsnüniyet sahibi olduğu takdirde üçüncü şahıs sıfatında bulunan müddeaaleyhe karşı bu hakkı dermeyan edebilmesine kanunen cevaz bulunmamış iken mahkemece tatbikat kanununun salifüzzikir 22 inci maddesi hükmü nazarı dikkat ve teemmüle alınmaksızın ilâmda yazılı olduğu üzere ittihazı karar olunması yolsuz olduğundan ve nakız talebi bu sebeblerle varid görüldüğünden H. U. M. K. nun 428 inci maddesine tevfikan mümeyyezünbih son hükmün işbu sebeblerden dolayı nakzına ve evrakın mahalline iadesine ve sekiz yüz kırk kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 13-Mart-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesi. Esas No: 27/2. Karar No: 474.

846

41. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Gayrimenkulün hududu çalılık ve saire gibi umumî bir tâbirle zikredildiği ve bu hududun hangi noktadan itıbar edileceği malûm olmadığı takdirde mesahanın nazara alınması iktiza eder.

Maliye hazinesine izafeten vekili Fahri Özten'in, Maçkanın Haçaveri köyünden ve Hacı oğullarından genç ağa oğlu Mehmet Ali aleyhine, müddeialeyhin hazineden müzayede suretile satın alıp namına tescil ettirdiği Kapı köyünün Atlı kilise mevkiinde kâin hududu belli dört dönüm 136 metre ve 5 dönüm 170 metre mikdarlarında bulunan iki parça tarlaya, mezkûr mahalde bulunan hazineye ait diğer tarlayı dahi katarak, fuzulen tasarruf ve müdahale etmekte olduğundan vaki müdahalesinin men'ine ve hududun tashihine karar verilmesi talebiyle ikame ettiği davadan dolayı cari muhakeme sonunda: mahallen yapılan keşif ve mesahada duvar hududu yerine tapuda yol gösterildiği ve duvarlarla yol arasında 1100 metre hazineye ait yer bulunup bu yer müddeialeyhin işgalinde olmadığı ve dört dönüm 136 metre diye sayılan tarlanın 9 dönüm 224 metre; 5 dönüm 170 metre olarak satılan tarlanın dahi 7 dönüm 327 metre olarak zuhur etmiş olmasından 7 dönüm 245 metre murabbaı bir fazlalık mevcut ise de hudut, hududu sabite olduğu ve krokilerde mevcut hududile tapu senetlerindeki hududun yekdiğerine aynen ve mutabık bulunduğu ve müzayede kaimelerinde ve şartnamede mikdardan fazlalık olursa iadesi hakkında bir şart mevcut olmadığından ve saireden bahsile dört No: krokide gösterilen tarlanın cenup ciheti kadim duvar olduğu halde tapuda ve krokide yol diye gösterilmiş olduğundan hududun duvar olarak tashihine ve 1100 metre erazinin hazine uhdesinde kalmasına ve fazla iddianın reddine dair Maçka hukuk hâkimliğinden sadır olan 8-4-936 tarih ve 38 No: lı ilâmın temyizen tetkiki hazine vekili tarafından istenilmiş olmakla bittetkik icabı müzakere olundu.

847

Müddeialeyh Mehmet Aliye satılan arazinin bir tarafı hazineye ait çalılıkla mahdut olduğu tapu senedinde zikredilmiş ve bu haddin satış tarihinde çalılığın hangi noktasında itibar edildiği de anlaşılmamış olmasına mebni hâdisede hududa itibar ile meselenin halli mümkün olamıyacağından ve müddeialeyhin yedinde bulunan arazi tapu senetlerinde yazılı mikdardan cem'an 7 dönüm küsur metre fazla zuhur etmiş bulunduğundan tapu senedinde yazılı mikdar nazara alınarak ana göre hüküm itası iktiza ederken mahkemece bundan zuhul ile hududu itibar olunarak ilâmda yazılı olduğu üzere hüküm verilmesi muhalifi kanun olduğundan ve nakız talebi bu suretle varit görüldüğünden H. U. M. K.nun 428 inci maddesine tevfikan mümeyyezünbih hükmün işbu sebepten dolayı nakzına ve evrakın mahalline iadesine ve 740 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 10 Haziran 937 tarihinde itifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesi Esas: No. 1466. Karar: No. 1207.

---

42. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

---

1 — 1515 No-lu kanun tapu dairelerince idareten yapılacak muamelâta dair olup taraflardan birinin mahkemeye müracaatında ahkâmı umumiyeye tevfikan muhakeme icra ve hüküm itası lâzımgelir.

2 — 317 tarihli irade emlâkı sırf alım ve satımına aittir.

Adı yamanın Hoca ömer mahallesinden bakkal Hüseyin oğlu Eyübün mahallesi mezkûreden çifçi Artin kızı Lusik ve Anne aleyhlerine hudud ve mevkii malûm bir buçuk dönüm sulu tarlayı 30 altın lira mukabilinde müddeialeyha Lusik ve Anne ve ölü kardeşlerine nazardan 317 senesinde haricen senet mukabilinde satın alıp otuz beş seneden beri tahtı tasarrufunda bulun-

duğu halde ferağdan imtina ile namlarına intikalen tapu istihsal ve ahare satmakta olduklarından tapularının iptalile namına tapuya tescili hakkında ikame eylediği davadan dolayı cereyan eden muhakeme neticesinde müddeabih tarlanın halen müddeialeyhlerin tahtı temellük ve tasarrufunda olduğu mübrez tapu kayıt suretinden anlaşılmış ve meyane senedi müddeinin tapusunu iptal edemeyeceğinden ve emvali gayri menkulenin haricen alım ve satımı muteber olmadığından davanın reddine dair Adı yaman hukuk hâkimliğinden sadır olan 30-1-936 tarih ve 2468 No: lu ilâmın temyizen tetkiki Eyüp vekili oğlu Ali tarafından müddeti içinde baarzuhal istenilmiş olmakla mezkûr ilâm ve temyiz lâyıhası ve dosyadaki sair kâğıtlar okunduktan sonra icabı müzakere olundu.

1515 No: lu kanun tapu dairelerince idareten yapılacak muamelâta dair olup taraflardan birinin mahkemeye müracaatında ahkâmı umumiyeye tevfikan muhakeme icra ve hüküm itası lâzım geleceğine ve 317 tarihli irade emlâki sırfa alım ve satımına ait bulunmasına mebni temyiz itirazları varit görülemediğinden mezkûr itirazların reddile usûl ve kanuna uygun olan mümeyyezünbih hükmün tasdikına ve 740 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 10-Haziran-937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi. H. H. U.Esas No: 1537 Karar No: 1199.

849

43. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Ölünceye kadar beslemek hakkındki akitlerin resmî memur huzurunda yapılacak tahrirî bir mukaveleye merbut olmaları lâzımdır.

Bolunun Kayabaşı köyünden bacanak oğlu kerimesi Ayşe vekili Hamdinin müvekkilinin ba tapu mutasarrıf olduğu hudut ve mevkileri malûm 27 parça arazideki hissesini ölünceye kadar kendisine bakıp beslemek şartile ayni köyden olup İstanbulda Milliyet matbaasında hesap memurluğunda bulunan Hüseyin mahdumu Mehmet Nuriye ferağ etmek istemiş isede mumaileyh şartla ferağın kıymeti olmadığından bahsile kendisini iğfal ederek noter huzurunda mezkûr hisselerin 1700 liraya satış yapıldığını ikrar ettirmiş ve ferağın ifası için dahi tarafından tevkil olunan şahıs marifetiyle muamelei ferağiye icra olunmuş isede müddeaaleyhi mumaileyh şarta riayet etmemekte olduğundan ferağ bedeli 1700 liranın tahsiline karar verilmesi talebile ikame eylediği davadan dolayı mukaddema cereyan eden muhakeme sonunda bin beş yüz lira değerinde olduğu anlaşılan mezkûr arazinin zahirde «290» lira mukabilinde ferağının icra edilmesile aralarında böyle bir şartın mevcudiyeti anlaşıldığından tapunun iptaline ve davacı namına kaydın tashihine dair olan hükmün temyizen bittetkik dava bedelin tahsiline mütedair olup akdin feshi hakkında talep mesbuk olmadığı halde feshi akde karar verilmesinden dolayı hükmü mezkûr nakzan iade edilmesi üzerine ittibaan cari muhakemede müddei tarafından verilen arzuhalde ıslah suretile davasını şarta ademi riayetten dolayı akdin feshi ve tapunun iptali ve kaydın tashihi ve tebdili talebinde bulunmuş isede evvelce verilen dava arzuhali üzerine berveçhi balâ verilen hüküm temyizen nakzedilmiş ve bu davanın ıslahına kanunen imkân bulunmamış olduğundan ıslah talebinin reddine ve evvelce dava ikamesinde muhtariyetine karar verilerek bu karar üzerine dahi davacı yeniden arzuhalle mahkemeye müracaat ederek eski muameleleri tekrar ettik-

850

CEZA

İKİNCİ DAİRE KARARLAI

851

852

IV

İkinci Daire Kararları

Ç

1 — ÇALINAN ŞEYİN İADESİ:

Suçlunun çaldığı paraları gömdüğü yerden çıkarıp jandarmalara teslim etmiş ve bu sahibine verilmiş olması çalınan malın iadasi mahiyetinde telâkki edileceğinden 523 üncü maddenin tatbiki yolsuzdur.

Es. No: 6051 K. No: 6310 Kt. 11-5-936 (S: 10 Sc: 323)

T. C. K. mad: 523

2 — ÇOCUKLARA MAHSUS CEZA EVLERİ:

Ceza evinde çocuklara mahsus yer olmadığından bahsile hükmün infazına mahal olmadığına karar verilmesi yolsuzdur.

Es. No; 6915 K. No: 6245 Kt. 15-7-936 (S: 10 Sc: 317)

T. C. K. mad: 54

E

ESBABI MUHAFFEFE:

Sarhoşlukda kendi evinde karısı ve kayın anası ile kavga eden suçlunun fiilinde 51 inci maddenin kanunî unsurları mevcud değildir.

Es. No: 11044 K. No: 12335 Kt. 6-11-936 (S: 10 Sc: 336)

T. C. K. mad: 571

H

1 — HAKARET:

Hakaret; ihkakı hak cürmünün şiddet unsuru addedilemeyip müstakil bir suçdur.

Es. No: 5642 K. No: 6641 Kt. 18-5-936 (S: 11 Sc: 344)

T. C. K. Mad: 308, 489

2 — HARÇ ALINMASI:

Şahsî dava yoliyle takip edilen işlerde beraet kararı verildiği takdirde davacıdan; taleb ettiği tazminat mikdarına göre ayrıca nisbî harç alınacağına dair kanunda bir sarahat yoktur.

Es. No: 2271 K. No: 3103 Kt. 11-3-936 (S: 11 Sc: 338)

2503 sayılı Harç tarifesi K. Mad: 58

3 — HARÇ ALINMASI:

Suçda iştirâk olduğu halde suçlulara ayrı ayrı duruşma harcı yükletilmesi yolsuzdur.

Es. No: 13022 K. No: 15798 Kt. 31-12-936 (S: 11 Sc: 339)

2503 sayılı Harç tarifesi K. Mad: 49

4 — HIRSIZLIK:

Davacının yayladaki evini sökerek enkazını alıp götüren suçlunun fiilî hırsızlıkdır.

Es. No: 1942 K. No: 3159 Kt. 12-3-936 (S: 10 Sc: 331)

T. C. K. Mad: 491, 516

I

1 — İÇTİMA:

Türk ceza kanununun 74 üncü maddesi hükmü kanunun

854

maddei mahsusa ile tayin etmiş olduğu emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezalarına şâmil değildir.

Es. No: 5959 K. No: 6242 Kt. 8-5-936 (S: 10 Sc: 320)

T. C. K. Mad: 84

2 — İÇTİMA:

Çalınan altı hayvandan ikisi (Emin)e, dördü (Arif)e aid olmakla beraber bunların topdan Emin'in ağılından çalındığı anlaşılmasına göre sirkatın icraî fiillerinin tekerrür ettiği kabul edilerek 80 inci maddenin tatbiki yolsuzdur.

Es. No: 14278 K. No: 3 Kt. 2-1-936 (S: 11 Sc: 340)

T. C. K. Mad: 80, 491

3 — İNZİBATÎ CEZALAR:

Hapishane dahilinde gayri memnu silâh taşımak hapishane nizamnamesinin 85 inci maddesine göre inzibatî cezayı müstelzim ahvalden olup bu fiilde Ceza kanununun 549 uncu maddesindeki suç unsurları mevcud değildir.

Es. No: 9680 K. No: 11103 Kt. 13-10-936 (S: 10 Sc: 319)

T. C. K. mad: 549

Hapishane nizamnamesi mad: 85

I

1 — IZRAR KASDI:

Davacıya aid dut ağaçlarının yapraklarını kesdiği kabul edilen suçlunun fiili, menfaat temini için veya davacıya zarar vermek maksadlarından hangisile işlediği tahkik edilmeden karar verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 6031 K. No: 6391 Kt. 12-5-936 (S: 10 Sc: 324)

T. C. K. mad: 516

5 — IZRAR KASDI:

Davacıya aid zeytin mahsullerini topladığı sırada suçlunun

bazı ağaçları da hasara uğrattığı anlaşılmakta isede esas iddia zeytinleri çalmaktan ibâret bulunmasına nazaran suçluda ayrıca ızrar kasdı bulunup bulunmadığı araştırılmadan 516 ıncı maddenin tatbiki cihetine gidilmesi yolsuzdur.

Es. No: 1456 K. No: 1705 Kt. 6-2-936 (S: 10 Sc: 327)

T. C. K. Mad: 491,516

K

1 — KAÇAK ET SATMAK:

Mezbaha haricinde kesilen kaçak eti satmak fiilinde Türk ceza kanununun 396 ıncı maddesinin kanunî unsurları mevcud olmayıp Belediye kanununa muhalefetten ibaret olan bu hareketinden dolayı suçlu hakkında Belediye encümenince ceza tayini icab eder.

Es. No: 5614 K. No: 7089 Kt. 26-5-936 (S: 10 Sc: 335)

T. C. K. Mad: 396

2 — KUMAR OYNAMAK;

Hapishaneler umuma açık mahallerden madud olmadığından hapishanede kumar oynamak fiilinde 568 inci maddenin unsurları mevcud değildir.

Es. No: 6280 K. No: 7492 Kt. 1-6-936 (S: 11 Sc: 337)

T. C. K. Mad: 568

3 — KUMAR OYNAMAK:

Düğün evinde oynanan kumarda 568 inci maddenin unsurları mevcud değildir.

Çünki düğün evi umuma açık mahallerden madud olmayıp yalınız davetlilerin girebileceği bir yerdir.

Es. No: 1461 K. No: 1683 Kt. 6-2-936 (S: 10 Sc: 332)

T. C. K. mad: 568

856

4 — KÜÇÜK SANATLAR:

Türk vatandaşlarına tahsis edilen sanat ve hizmetleri yapan ecnebiler hakkında 2007 sayılı kanunun 6 ıncı maddesine göre Ceza tayini icab edip türk Ceza kanununun 526 ıncı maddesinin tatbiki yolsuzdur.

Es. No: 7583 K. No: 8030 Kt. 12-6-936 (S: 10 Sc: 322)

T. C. K. mad: 526
2007 sayılı K. mad: 6

S

SARHOŞLUK:

572 inci maddenin ikinci fıkrasının tatbiki için muktazi itiyadın mezkûr maddenin birinci fıkrasında yazılı suça taallûk etmesi icab etmez.

Es. No: 15781 K. No: 15612 Kt. 30-12-936 (S: 11 Sc: 341)

T. C. K. mad: 572

Ş

1 — ŞAHSI DAVA İKAMESİ:

15 yaşında olduğu anlaşılan mağdurun kanunî mümessili mevcud iken şahsî dava açmağa ehliyeti yoktur. Usulün 344 üncü maddesi sarahatına göre şahsî davanın kanunî mümessil tarafından ikamesi lâzımdır.

Es. No: 3900 K. No: 6233 Kt. 8-5-936 (S: 10 Sc: 328)

C. U. M. K. Mad: 344

2 — ŞİKÂYETE BAĞLI TAKİBAT İCRASI:

456 ıncı maddenin son fıkrasındaki suçun 457 inci maddede gösterilen vasıtalarla işlenmesi halinde takibat icrası şikâyete

bağlı değilse de suçun birden fazla kimseler aleyhinde işlenmesi halinde takibat icrası şikâyete bağlıdır.

Es. No: 6487 K. No: 6910 Kt. 22-5-936 (S: 11 Sc: 342)

T. C. K. Mad: 456, 457

T

1 — TAHRİK:

Tekerrürü mutlakdan dolayı suçlunun cezasına bir mikdar zam ve ilâve edildikten sonra tahrikden dolayı 61 inci maddenin tatbiki icab ederken 29 uncu maddedeki tertibe riayet olunmıyarak ceza tayini yolsuzdur.

Es. No: 10537 K. No: 12363 Kt. 7-11-936 (S: 11 Sc: 343)

T. C. K. Mad: 29, 61, 81

2 — TEMYİZ KABİLİYETİ:

Davanın rü'yeti idarî mercilere aid bulunduğuna dair olan kararlar kabili temyizdir. Esas hadise hakkında verilecek hükmün temyiz kabiliyetini haiz olmaması vazifesizlik kararının da kabili temyiz olmamasını icab ettirmez.

Es. No: 9859 K. No: 11419 Kt. 20-10-936 (S: 10 Sc: 318)

C. U. M. K. Mad:

3 — TEKERRÜR:

Af kanununun neşrinden evvel infaz edilmiş mahkûmiyetler dahi affın şümulüne dahil olduğundan tekerrüre esas teşkil edemez.

Es. No: 8529 K. No: 9041 Kt. 6-7-936 (S: 10 Sc: 321)

T. C. K. Mad: 81

U

UMUMI EVLER:

Umumhane idare edenlerle icrayı fuhş edenler ancak zabı-

858

tai ahlâkiye ve emrazı zühreviye gibi hususî nizamname hükümlerine riayet mecburiyetinde olup bu yerlere herkesin rıza hilâfına hodbehod girmeğe salâhiyeti yokdur.

Es. No: 5296 K. No: 6701 Kt. 19-5-936 (S: 10 Sc: 334)

Emrazı zühreviye nizamnamesi

V

1 — VAZİFESİZLİK KARARI:

Sulh mahkemesince duruşma yapılmaksızın 263 üncü maddeye istinadla vazifesizlik kararı verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 1462 K. No: 1720 Kt. 6-2-936 (S: 10 Sc: 325)

C. U. . K. Mad: 263

2 — VAZİFESİZLİK KARARI:

Sulh mahkemesinin duruşma sırasında; davanın rü'yeti ihtisas mahkemesine aid olduğundan bahsile verdiği vazifesizlik kararları kabili itirazdır.

Es. No: 5040 K. No: 6039 Kt. 5-5-936 (S: 10 Sc: 329)

C. U. M. Mad: 263, 297

860

CEzA

ÜÇÜNCÜ DAİRE KARARRILA

861

862

V

Üçüncü Daire Kararları

A

ASKERÎ SUÇLAR:

Ordu kuvvetine dahil olmıyan silâhtan dolayı Askerî ceza kanununun 131 inci maddesi mucibince ceza verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 4063 K. No: 1264 Kt. 9-3-936 (S: 12 Sc: 377)

Askerî C. K. Mad: 131

Ç

ÇOCUKLARIN SİNAMALARA ALINMAMASI:

On iki yaşından aşağı çocukların gündüz dahi olsa sinamalara kabulü umumî hıfzıssıhha kanununun 167 inci maddesi mutlak sarahatına göre caiz olmadığı düşünülmeksizin beraet kararı verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 2527 K. No: 1315 Kt. 11-3-936 (S: 12 Sc: 379)

Umumî Hıfzıssıha K. Mad: 167

D

1 — DAMGA RESMİ:

Damga resmi kanununun 62 ve 64 üncü maddelerine göre ceza tayini Sulh hukuk mahkemelerine aid vazaif cümlesindendir.

Es. No: 3896 K. No: 1079 Kt. 24-2-936 (S: 12 Sc: 370)

Damga resmi K. Mad: 62,64

2 — DAMGA RESMİNDEN MUAFİYET:

Mevkuf ve fakir olan suçluların istida ve lâyihaları damga kanununun 32 inci maddesinin 13 numaralı bendine göre damga resminden muaf olduğundan pulsuz istida ve lâyihaların kabul edilmesinde bir yolsuzluk yoktur.

Es. No: 3303 K. No: 127 Kt. 15-1-936 (S: 11 Sc: 347)

Damga K. Mad: 32

3 — DAVA VEKÂLETİ:

Ruhsatnamesi olmadığı halde hukuk usulü muhakemeleri kanununun 61 inci maddesi hükmünden istifade ederek dava vekâleti mesleğini vazife edinmiş olanlar avukatlık kanununun inzibatî müeyyidelerine tabi oldukları gibi maruz kaldıkları inzibatî cezalar dolayısiyle kanun yollarına da müracaat hakkını haizdirler.

Es. No: 3549 K. No: 419 Kt. 29-1-936 (S: 11 Sc: 361)

H. U. M. K. Mad: 61

G

GİZLİ NUFUS:

Gizli nufusların yazımı hakkındaki kanunun mer'iyetinden evvel işlenen (doğum, ölüm, evlenme vak'alarını 15 gün içinde nufus dairelerine bildirmemek) suçlarından dolayı 2649 sayılı kanunda gösterilen müddetin hitamından evvel takibat icra edilemez.

Es No: 3373 K. No: 260 Kt. 24-1-936 (S: 11 Sc: 353)

2330 sayılı af. K.
2649 sayılı K.

H

HIFZISSIHHA İŞLERİ:

Boyalı sirke satmak fiili türk ceza kanununun 398 inci mad-

864

desine göre değil umumî hıfzıssıhha] kanununun 282 inci maddesi mucibince cezayı müstelzimdir.

Es. No: 3971 K. No: 1228 Kt. 3-3-936 (S: 12 Sc: 375)

T. C. K. Mad: 598
Umumî hıfzıssıhha K. Mad: 282

İ

1 — İLÂN YAPIŞTIRMAK:

Belediyece ilân yapıştırmağa tahsis edilmiş mahaller bulunduğu takdirde bu yerlerin madasına mezuniyet haricinde ilân yapıştırılması ceza kanununun 536 ıncı maddesi hükmüne göre suç teşkil eder.

Es. No: 5021 K. No: 1658 Kt. 25-3-936 (S: 12 Sc: 389)

T. C. K. Mad: 536

2 — İTİRAZ:

İtiraz merciinin, itiraza mevzu olan mesele hakkında da karar vereceğine dair olan ceza muhakemeleri usulü kanununun 302 inci maddesi hükmü itiraz tetkikatının ayrıca tahkikatı istilzam edecek mahiyette bulunduğu hallere şâmil değildir.

Es. No: 4383 K. No: 1027 Kt. 25-2-936 (S: 12 Sc: 371)

C. U. M. K. Mad: 302

K

1 — KAÇAKÇILIK:

Kaçakçılık teşkil eden bir fiil hakkında heyeti mahsusanın itttihazı karar etmiş olması suçlu hakkında mükteseb bir hak teşkil etmediğinden bu kararın indelitiraz sulh mahke-

mesince vazifesizlik noktasından feshi üzerine C. Müddeiumumiliğince takibat icrası lâzımdır.

Es. No: 2150 K. No: 185 Kt. 21-1-936 (S: 11 Sc: 348)

1701 sayılı K. Mad: 60

2 — KAÇAKÇILIK:

Heyeti mahsusa kararları kaçakçılığa taallûk etmemek itibariyle bunlar aleyhine vaki itirazlar müstacel mevaddan sayılamayacağından itiraz müddeti tatil zamanında işlemez.

Es. No: 2461 K. No: 1149 Kt. 27-2-936 (S: 11 Sc: 357)

C. U. M. K. Mad: 423

3 — KAÇAKÇILIK:

1701 sayılı kanunun birinci maddesinin birinci bendi ve üçüncü maddesi sarahatına göre şahsî ihtiyacı için de olsa tütün kıyılması kaçakçılık suçunu teşkil eder.

Es. No: 2146 K. No: 783 Kt. 18-2-936 (S: 11 Sc: 366)

1701 sayılı K. Mad: 1,3

4 — KAÇAKÇILIK:

Münhasıran tütün içmekte kullanılmak maksadiyle kesilip sigara kâadı haline konulan ve sigara içmekten başka her hangi bir suretle istimaline şekli imali mani bulunan kâatlar kanunun kasdeylediği sigara kâadı vasıf ve mahiyetini haiz olup bunların idhali memnu kopye kâadından yapılmamış olması istimallerini suç olmaktan kurtaramaz.

Es. No: 3331 K. No: 1444 Kt. 17-3-936 (S: 12 Sc: 380)

1918 sayılı K. Mad: 25

5 — KAÇAK BARUT BULUNDURMAK:

Kaçak barut bulundurmaktan dolayı hükmolunacak para

866

cezasının barutun mîrî fiyatı esas tutularak tayin edileceği barut nizamnamesinin 16 ıncı maddesi hükmü iktizasından olduğundan barutun kıymetinin ehli vukufa takdir ettirilmesine lüzum yoktur.

Es. No: 4582 K. No: 1226 Kt. 3-3-936 (S: 12 Sc: 376)

Barut nizamnamesi mad: 16

M

1 — MAHKÛMİYETİN NEŞRİ MECBURİYETİ:

Matbuat kanununun 49 uncu maddesile mahkûmiyeti mutazammın hükmün neşri mecburiyeti katileşmiş hükümler hakkında olup mahkûmiyet kararı verilipde henüz katîleşmemiş olan ve bu suretle kanun hükümlerine göre mahkûm addedilmelerine mesağ bulunmayan kimselere zikredilen maddedeki neşir mecburiyetinin şümulü olmadığı düşünülmeden karar verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 2964 K. No: 525 Kt. 3-2-936 (S: 11 Sc: 362)

Matbuat K. mad: 49

2 — MERCİ TAYİNİ:

Pasaport muayenesi için hükûmetçe tayin edilen yerlerin gayri yerlerden Türkiyeye giren suçluların pasaport kanununun değişen 16 ıncı maddesinin D fıkrasına uyan fiillerinden dolayı takibat icrası adlî mercilerin vazifesinden hariçdir.

Es. No: 4870 K. No: 1578 Kt. 20-3-936 (S: 12 Sc: 386)

Pasaport K. mad: 16

3 — MERCİ TAYİNİ:

Merci tayini ancak mahkemeler arasında hasıl olan ihtilâflar üzerinde tevessül olunacak kanun hükümlerinden olup

C. Müddeiumumileri arasında husule gelen ihtilâfların bu suretle halli cihetine gidilemez.

Es. No: 4875 K. No: 1533 Kt. 19-3-936 (S: 12 Sc: 385)

C. U. M. K. Mad: muaddel: 18

4 — MÜSADERE VAZİFESİ:

1510 sayılı kanunun şümulüne giren işlerde müsadere vazifesi tanzimi usulü vaki olup işin mahkemece hükme bağlanması lâzımdır.

Es. No: 2415 K. No: 1435 Kt. 17-3-936 (S: 12 Sc: 382)

1510 sayılı mad: 13

5 — MÜTEMADİ SUÇLAR:

Mütemadi suçlar takibat ile nihayetleneceğine ve takip tarihinden sonra suçlunun aynı suçu işlemeğe devam halinde yeni suçlar tekevvün edeceğine göre bu yeni suçlardan dolayı ayrıca ceza tayini icap eder.

Es. No: 3418 K. No: 749 Kt. 15-2-936 (S: 11 Sc: 368)

1608 Sayılı K.

N

NAKİL VASITALARI:

Muntazam posta seferleri tesis edilmeyen mahaller arasında deniz vasıtaları ile yolcu nakli 2234 sayılı kanunun ceza müeyyidesi altına alınmış isede vasıta sahibinin ailesi efradını nakletmesi mezkûr kanunun üçüncü maddesi sarahatına göre suç teşkil etmeyeceği düşünülmeden karar verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 2236 K. No: 1485 Kt. 18-3-936 (S: 12 Sc: 384)

2234 sayılı k. mad: 3

868

O

1 — ORMAN CEZALARI:

Ormandan ağaç kesme cezalarında vahidi kıyasi on kuruş olmasına göre yaş dolayısile yapılan tenzilâtta bunun dünunda kalan kesrin hesaba katılmaması icap eder.

Es. No: 23 K. No: 245 Kt. 24-1-936 (S: 11 Sc. 355)

Orman nizamnamesi Mad: 33,36

2 — ORMAN İŞLERİ:

Takibi şikâyete bağlı olmayan orman suçlarından dolayı orman idaresinin davadan feragatı yalnız hukuku şahsiyesine müessir olup hukuku âmme cihetine müessir değildir.

Es. No: 436 K. No: 1694 Kt. 25-3-936 (S: 12 Sc: 388)

T. C. K. mad: 99
Orman nizamnamesi mad: 31

3 — ORMAN SUÇLARI:

504 sayılı işletme kanununa muhalif hareket edenler hakkında yapılacak takibat orman nizamnamesi usûl ve ahkâmına göre ceryan eder.

Es. No: 4268 K. No· 1203 Kt. 29-2-936 (S: 12 Sc: 373)

504 sayılı işletme k. mad: 6
Orman nizamnamesi mad: 31

P

PARA CEZASININ FAZLA HÜKMOLUNMASI:

1918 sayılı kanunun 27 inci maddesinde yazılı para cezasının 5 misli olraka artırılması inhisar mevaddının gayrı

869

maddelere maksur olduğu düşünülmeden para cezasının fazla hükmedilmesi yolsuzdur.

Es. No: 5115 K. No: 1915 Kt. 31-3-936 (S: 12 Sc: 391)

1918 sayılı K. mad. 27

S

1 — SALÂHİYET:

Lokantasında ruhsatsız rakı satan kimsenin fiili 790 sayılı kanunun 19 uncu maddesine göre bey'iye tezkeresinin iki misli cezayı müstelzim olmasına nazaran davayı rüyete mahkemenin salâhiyeti yoktur.

Es. No: 3139 K. No: 375 Kt. 28-1-936 (S: 11 Sc: 360)

790 sayılı meşrubatı küuliye K. mad: 19

2 — SALÂHİYET:

Tezkeresiz inhisar rakısı satmak fiilinden dolayı 790 numaralı kanuna göre ceza tayini idarî mercilere ait olup bu cezaların mahkemelerce veya heyeti mahsusalarca hüküm altına alınması doğru değildir.

Es. No: 3708 K. No: 1081 Kt. 26-2-936 (S: 12 Sc: 372)

790 sayılı ispirto ve meşrubatı küuliye k. mad: 19,23

3 — SALÂHİYET:

Noter kanununun 21 inci maddesinde yazılı cezalar inzibatî veya idarî mahiyette olmadıklarından bu maddeye taallûk eden fiillerin rüyeti asliye mahkemelerine aittir.

Es. No: 3675 K. No: 794 Kt. 18-2-936 (S: 11 Sc: 365)

Noter K. mad: 21

4 — SALÂHİYET:

Rüyeti sulh mahkemesinin vazifesine dahil olan bir dava-

870

nın asliye mahkemesince karara raptedilmiş olması bozma sebebi ittihaz edilemez.

Es. No: 2910 K. No: 208 Kt. 23-1-936 (S: 11 Sc: 352)

C. U. M. K. mad: 262

T

1 — TEFECİLİK:

Ödünç para verme işleri kanununun 14 üncü maddesine göre ceza tayini için suçlunun bu fiili itiyat edinmiş olması lâzımdır. İtiyat keyfiyeti tesbit edilmeden mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 2932 K. No: 599 Kt. 6-2-936 (S: 11 Sc: 364)

Ödünç para verme işleri K. Mad: 14

2 — TELİF HAKKI:

Telif hakkı kanununun 35 inci maddesinde fikir ve kalem eserlerinin intihal ve taklit ile tab'ı ayrı, bu suretle tap olunan eserlerin satışa çıkarılması yine ayrı birer fiil olarak mülâhaza ve ayrı ayrı cezalarla men ve zecredilmiş olmasına ve daha evvel taklit edildiği iddia olunan lûgatın 15-6-933 tarihinde tabedildiği anlaşılmasına göre fiilin 2330 sayılı kanunun şümulüne girdiği düşünülmeden taklit ve tabdan dolayı da mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 2931 K. No: 216 Kt. 23-1-936 (S: 11 Sc: 350)

Telif Hakkı K. Mad: 35

3 — TEMYİZ SALÂHİYETİ:

İhtisas sıfatiyle verilen hükümlere ancak bu mahkeme nezdindeki Müddeiumuminin temyize salâhiyeti olup mafevk Müddeiumumilerinin temyiz salâhiyeti yoktur.

Es. No: 2160 K. No: 351 Kt. 28-7-936 (S: 11 Sc: 359)

1918 sayılı K. Mad: 25-1701 sayılı K. Mad: 60

87

4 — TEMYİZ KABİLİYETİ:

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 315 inci maddesi mucibince mahkemeler ancak temyiz şartlarının yerine getirilmesinin ve temyiz istidasının müddetinde verilmemiş olmasına istinaden temyiz istidasının reddine karar verebildikleri cihetle hükmün kabiliyeti temyiziyesi olmadığından bahsile temyiz istidasının reddine karar verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 4880 K. No: 1663 Kt. 25-3-936 (S: 12 Sc: 387)

C. U. M. K. Mad: 315

V

1 — VAZİFE:

Tütün borcunu noksan teslim eden suçlunun müdafaası veçhile teslim olunamayan tütünlerin hayvanlar tarafından telef edildiği kubul olunmasına nazaran işin nihaî bir karara bağlanması mahkemenin vazifesi cümlesinden iken işin heyeti mahsusaya tevdii lüzumuna karar verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 2272 K. No: 238 Kt. 24-1-936 (S: 11 Sc: 356)

1701 sayılı K. mad: 61

2 — VAZİFE:

Hayvanların sağlık zabıtası hakkındaki kanuna muhalefet edenlere ait davaların rüyeti asliye mahkemelerinin vazifesindendir.

Es. No: 3145 K. No: 381 Kt. 28-1-936 (S: 11 Sc: 358)

T. C. k. nun mevkii mer'iyete vaz'ına dair k. mad: 29

872

Y

YOL FİRESİ:

Yol firesinin zimmeti mukayyide üzerinden hesap edilerek indirilmesi doğru değildir. Tütünün teslim edilen mikdarı üzerinden indirilmesi iktiza eder.

Es. No: 2566 K. No: 1769 Kt. 28-3-936 (S: 12 Sc: 390)

1701 sayılı k. mad: 61

873

874

CENA

DÖRDÜNCÜ DAİRE KARARLARI

825

876

VI

Dördüncü Daire Kararları

B

1 — BEKÇİLER:

Kır bekçileri hakkındaki kanunun dördüncü maddesine göre bekçiler jandarma efradı derecesinde zabıtai mania ve adliye vazifesiyle mükellefdirler.

Es. No: 8549 K. No: 1893 Kt. 10-3-936 (S: 12 Sc: 401)

T. C. K. mad: 251

kır bekçileri K. mad: 4

2 — BOZMA SEBEBİ:

Meşhud cürüm tahsisatından sarfedilen para hakkında mururu zaman haddine kadar mahkemeden bir karar alınması mümkün olduğuna göre bu cihetin kararda meskût bırakılması bozma sebebi yapmamıştır.

Es. No: 588 K. No: 4983 Kt. 30-5-936 (S: 12 Sc: 406)

T. C. K. mad: 456,457

E

ESBABI MUHAFFEFEİ KANUNİYE:

Esbabı muhaffefei kanuniyenin mevcudiyeti mahkemece kabul edilmiş iken 272 inci madde hükmü tatbik edilmiye-

rek takdiri tahfif sebeplerine müteallik 59 uncu madde ile cezanın indirilmesi yolsuzdur.

Es. No: 7413 K. No: 1293 Kt. 17-2-936 (S: 12 Sc: 397)

T. C. K. Mad: 59,272

F

1 — FER'Î CEZALAR:

Tatbik olunan kanun maddesinde muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezasının mikdarı yazılı olmamasına göre bu cezanın üç aydan başlayacağı 20 inci maddenin sulh hükmünden bulunduğu nazara alınmamış, ve teşdid sebebi gösterilmeden aşağı hadden fazla fer'î ceza hükmolunması yolsuzdur.

Es. No: 5255 K. No: 5061 Kt. 3-6-936 (S: 12 Sc: 408)

T. C. K. Mad: 20

2 — FER'Î CEZALAR:

Gayri kasdî suçlarda Türk ceza kanununun 35 inci maddesine tevfikan fer'î ceza tayini yolsuzdur.

Es. No: 8362 K. No: 7350 Kt. 22-9-936 (S: 12 Sc: 412)

T. C. K. Mad: 35

G

GÜNLERİN HESABI:

Bir ay üç gün hapse mahkûm edilmesi lâzım gelen suçlunun bir aylık mahkûmiyeti mevkufen ikmal eylediğinden bahsile üç gün hapse mahkûm edilmesi yolsuzdur.

Es. No: 2141 K. No: 7351 Kt. 22-9-936 (S: 12 Sc: 414)

T. C. K. Mad: 40

878

H

1 — HAKARET SUÇU:

Köye ait mer'ânın korunması Köy kanununun 2 inci ve 37 inci maddeleri mucibince muhtar ve heyeti ihtiyariyenin vazifelerini yaptıkları sırada uğradıkları hakaret suçunun memuriyette vazife sırasında işlenmiş hakaret suçu mahiyetini ortadan kaldıramayacağı düşünülmeden beraet kararı verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 2218 K. No: 2110 Kt. 14-3-936 (S: 12 Sc: 403)

köy kanunu Mad: 2,37

2 — HARÇ ALINMASI:

Harç tayininde elli santime kadar olan kesirlerin tayedilmesi, ondan yukarı küsuratın vahide iblâğı kavanini maliye iktizasından olduğu nazara alınmaksızın suçlulara harcın kesirli olarak kararlaşdırılması yolsuzdur.

Es. No: 2229 K. No: 7050 Kt. 10-9-936 (S: 12 Sc: 409)

2503 sayılı Harç tarifesi K, Mad: 50

I

İHTİLÂS SUÇU:

Suçlu olan Muhasebei hususiye memurlarının istihkak sahibi olan ameleler tarafından mutemed olarak tayin edilmiyen ve hüviyeti kendisince meçhul bir şahsa amelenin istihkakını verdiğine dair olan binayı asılsız olduğu tebeyyün ettiği takdirde bu binayı hasbelvazife kendisine mevdu olup amele istihkakını inkâra matuf bulunacağı cihetle hadisenin ihtilâs suçunu teşkil edeceğini düşünmeksizin vazifeyi suiistimal mahiyetinde tavzihi yolsuzdur.

Es. No: 7224 K. No: 7355 Kt. 22-9-936 (S: 12 Sc: 415)

T. C. K. Mad: 203, 240

879

K

1 — KENDİLİĞİNDEN İHKAKI HAK:

Türk ceza kanununun 309 uncu maddesine giren suçlara müteallik davaların rü'yeti icra tetkik mercilerine aidtir.

Es. No: 7830 K. No: 1239 Kt. 15-2-936 (S: 12 Sc: 395)

T. C. K. mad: 309

2 — KIZLIK BOZMAK:

Evlenmek vâdiyle kızlık bozmak suçunda iğfal unsurunun aranması lâzımdır. Suçlunun evlenmekte ısrar etmesine mukabil kızın bu isteği kabul etmemesi fiilde iğfal mevcud olmadığını gösterir.

Es. No: 7503 K. N: 1243 Kt. 17-2-936 (S: 12 Sc: 396)

T. C. K. mad: 423

M

1 — MAHCUZ MALLARIN TESLİMİ:

İcra dairesinin mahcuz malları bulunduğu yerde teslim etmesi lâzım gelip temine külfet tahmiline salâhiyeti olmamasına göre suçlunun bu hususa taallûk eden müdafaası tahkik edilmeksizin mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 8647 K. No: 2200 Kt. 18-3-936 (S: 12 Sc: 404)

T. C. K. mad: 276

2 — MENFAAT TEMİNİ:

Çoban tarafından kırda unutulan koyunu bularak kendi sürüsiyle birlikte köye getiren suçluların koyun sahibinin kim olduğunu öğrenmelerine rağmen bunu kesmeleri ve sahibinin haber alarak başlarına gelmesi üzerine bırakıp kaçmalarına

göre başkasına zarar vermek maksadiyle değil menfaat temini kasdiyle hareket ettiklerinden suçluların 511 inci maddeye tevfikan cezalandırılmaları icab ederken 516 ıncı madde mucibince ceza tayini yolsuzdur.

Es. No: 8172 K. No: 7297 Kt. 18-9-936 (S: 12 Sc: 411)

T. C. K. Mad: 511,516

Ş

ŞAHİTLE İSBAT:

Ceza işlerinde sübut vasıtaları mahdud olmadığından yalan yere yemin suçu şahitle isbat olunabilir.

Es. No: 3980 K. No: 8252 Kt. 16-10-936 (S: 12 Sc: 417)

T. C. K. Mad: 287

T

1 — TEBLİĞAT:

Tebliğatın Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 132 inci maddesinin dördüncü bendi 131 inci maddenin ikinci fıkrası hükümleri dairesinde yapılmamış olması tebliğe memur olan mübaşirin vazifesini ihmal eylediğini gösterdiğinden verilen beraet kararı kanuna uygun görülmemiştir.

Es. No: 8207 K. No: 7292 Kt. 18-9-936 (S: 12 Sc: 410)

H. U. M. K. mad: 131, 132

2 — TECİL:

Kanunlara sövmekten dolayı mahkûm olduğu cezası tecil edilen suçlunun hükümden evvel işlediği diğer bir suçtan dolayı da mahkûmiyetine karar verilmiş olması evvelce tecil edilen cezanın da infazını müstelzim olmaz.

Es. No: 10780 K. No: 4295 Kt. 14-5-936 (S: 12 Sc: 405)

T. C. K. mad: 94

887

3 — TEKERRÜR:

Suçlunun infaz olunduğu anlaşılan mahkûmıyeti sabıkasının affa tabi olması tekerrüre esas ittihaz olunamiyacağı düşünülmeden tekerrür hükmünün tatbiki yolsuzdur.

Es No: 5104 K. No: 5013 Kt. 1-6-936 (S: 12 Sc: 407)

T. C. K. mad: 81

4 — TEKERRÜR:

Suçlunun afdan istifade ettirilmemesi için yeniden mahkûmiyeti intac etmiş olan suçların mükerrerlik müddeti içinde vukuu şarttır.

Es. No: 1547 K. No: 1302 Kt. 20-2-936 (S: 12 Sc: 399)

T. C. K. mad: 81

2330 sayılı af K. Mad: 11

5 — TERVİCİ MERAM:

Mübaşirin gayri meşru bir maksadın tervici için hâkime verilmek üzere iş sahibinden menfaat temin etmesi irtikâb suçunu teşkil etmediği gibi menfaat temin edenin hareketi de rüşvet suçunu teşkil etmez. Hadisede mübaşirin tervici merama muktedir olmadığı gözönünde tutularak fiilinin ona göre tavsifi icab eder.

Es. No: 1373 K. No: 1188 Kt. 17-2-936 (S: 12 Sc: 398)

T. C. K. mad: 227

Z

ZİNA DAVASINDA CEZA MAHKEMESİNİN VAZİFESİ:

Ceza mahkemeleri zina davalarında karı koca arasındaki nikâhın sıhhat ve butlanını tesbite salâhiyetli değildir. Bu hususda tereddüd husule geldiği takdirde evvel emirde işin

882