Adliye Ceridesi

T. C.
Adliye Vekilliği tarafından her ay
neşrolunur

Otuzuncu Sene
6 ıncı Sayı

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası
1939

831

İÇİNDEKİLER

No:		Sahife No:
38	**Hukukî muamelelerde illet, illetten tecrit ve illetsizlik**	797
	(Yazan: Dr: Ferid Ayiter)	
39	**Kanun yapmak bir sanatmıdır ? Bir sanatsa, bunun metot ve bilgileri ve âletleri nelerdir ?** . . .	810
	(Yazan: Yorgaki Effimianidis)	
40	**Medenî kanun ve Ceza kanununun meşru müdafaaya ait hükümleri arasında mukayese** . . .	921
	(Yazan: Hamdi Öner)	
41	**İtalya Deniz ticaret kanunu üzerinde bir tetkik.**	848
	(Yazan: Sadık Tüzel)	
42	**Belçika Gand sınaî mektep - hapishanesi üzerinde küçük bir tetkik**	882
	(Yazan: Muzaffer Öztunç)	
43	**Alman hapishane nizamnamesi ve buna müteallik esaslar üzerinde bir inceleme**	893
	(Yazan: Dr. Hadi Tan)	
44	**Beynelmilel muahedede kuyudu ihtiraziye** . .	925
	(Çeviren: Tarık E. Yenisey)	
45	**Hâkimi münferit veya müctemi hâkimli mahkeme.**	954
	(Çeviren: Şakir Ziya Karaçay)	
46	**Suçlu çocuklar meselesi**	973
	(Yazan: Perihan Eldeniz)	

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

832

No : 38

Hususî haklara aid tedkikler:

Hukukî muamelelerde illet, illetden tecrid ve illetsizlik

4. Oertmann (Örtman) ve Locher (Loher)'in illet nazariyeleri

Yazan: Dr. Ferid AYİTER

I. Alman Medenî Kanunu'nun umumî hükümleri ve borçlar hukuku kısımları için çok mühim ve muazzam bir şerh yazmış ve medenî haklar sahasına müteallik büyük ve esaslı kıymeti haiz pek çok tedkikleri ilim âlemine bırakmış olan Oertmann (Örtman) umumî harbden sonra fazla ehemmiyet kesbeden «clausula rebus sic stantibus» meselesine aid olmak üzere neşretdiği «Hukukî muamelenin temeli» (Die Geschäftsgrundlage) adlı değerli eserinde «illet» meselesine de temas eylemişdir. Bu hususda ileri sürdüğü fikirler Stampe (Ştampe)'nin nazariyesinin objektif bir kritiki mahiyetinde olduğundan bir kat daha faidelidir.

Pandekt hukuku ilminde «illet» (causa) ve mücerred muamele meseleleri geniş bir suretde tedkik edildiği halde kaynakların tesadüfî vaziyetini aşan esaslı bir eserin bu sahada mevcud olmadığını, bu meyanda Stampe (Ştampe)'nin tedkikleri mahdud mikdarda olmakla beraber mühim bir terakki adımı teşkil etdiğini ve fakat onun da bu meseleyi tamamiyle hal etmiş sayılamıyacağını ve zaten bu iddia ile Stampe (Ştampe)'nin ortaya atılmış bulunamadığını Oertmann (Örtman) haklı olarak kaydediyor [225]. Oertmann (Örtman) bu hususda şu esasları kabul eyliyor:

1. Ferdî servet mübadelesine yarayan muameleler umumiyetle mütecanis bir kitle halinde telâkki olunur. Fakat hakikatde bu muamele iki kısma ayrılır: Ekonomik muameleler, tam manasiyle hukukî muameleler. a. Ekonomik muameleler hukukî nizam tarafından vücuda getirilmemiş ve yalnız kabul ve tanzim edilmişdir. Bu muameleler doğrudan doğruya veya dolayısiyle — taraflardan birinin deruhde etdiği bir taahhüdün tavassutiyle — muayyen bir ekonomik

[225] Die Geschäftsgrundlage (Hukukî muamelenin temeli), 1921, sahife 4 ve metakübi.

neticenin husule gelmesine yarar: Mal mübadalesi, bedelli veya bedelsiz olarak bir şeyin kullanılmasına müsaade, tediye ve cemiyet... gibi. Bir hukuk nizamı olmadığı veya tekemmül etmediği takdirde bu muameleler ekonomik neticeyi doğrudan doğruya doğuran «şe'nî muameleler» (Realakte) olarak düşünülebilir: «Real» (bilfiil) alım satım, elden ele yapılan hibe, sahibsiz bir yeri işgal ve bir şeyin mülkiyetini terk. Tekemmül eden hukukda ise taraflar, bidayetde ekonomik muamele ile yalnız deruhde etdikleri ve vaad eyledikleri mal mübadelesine fiilen de mecbur oluyorlar. Bu suretle ekonomik muamele ayni zamanda borçlar hukukuna müteallik bir hukukî muamele mahiyetini iktisab ediyor [226]. b. Tam manasiyle hukukî muameleler muayyen bir hukukî neticeye matufdur. Temlik, terhin, vasiyetname, poliçe tanzimi, feragat beyanı gibi. Bu hukukî netice hiç bir vakıt sırf kendi başına istenmez, bilâkis daima bir ekonomik neticenin elde edilmesine hadimdir. Fakat hangi ekonomik gayeye yaradığı hukukî muamelenin kendisinden anlaşılamaz [227].

2. Bidayetde ekonomik olan muamele ile tam hukukî muamelenin arasında muhtelif münasebetler bulunabilir: Ekonomik gayenin hukuk nizamı tarafından nazarı dikkata alınması ve matlûb neticenin elde edilmesi bir takım hukukî muamelelere bağlanır. Meselâ alım satımın «mancipatio» veya iki taraflı «stipulatio» şeklinde tekemmülü hukukî olub mübadele gayesi bu suretle kuvveden fiile çıkar. Burada hukukî ve ekonomik muamele şekilleri yekdiğerinden ayrıdır. Hukukî durum tam hukukî bir muamele ile tanzim olunur [228]. Fakat bu hukukî muamele ekonomik muameleye nisbetle aksine olarak gayri müstakil vaziyetde kalabilir. Hukuk nizamı tarafından tanzim olunan ekonomik muamele esası teşkil eder ve hukukî muamele ondan tefrik ve tecrid edilemiyen bir çüzü halini alır. Bu muamelelere Oertmann (Örtman) «kausal» (illî) veya «individualisiert» (ferdîleşdirilmiş) tabirini kullanıyor ve ekseri taahhüd fiillerini misal olarak zikreyliyor. Bazı hukuk sistemlerinde mülkiyetin devri muamelesi bu şekilde «illî» mahiyetdedir. Fakat bu şeklin Alman Medenî Kanunu'nda kabul edilmemiş olmasını Oertmann (Örtman) doğru buluyor ve Pandekt hukuk ilminde «tradito»'nun «illî» olması iddiasının yanlışlığını kaydeyliyor [229]. Hukukî muamelenin ekonomik muameleye bağlı olması kanun tarafından tayin edildiği gibi onun yerine tarafların iradesine bırakılması da kabildir. Taraflar bunu bir şartın

[226] Ayni eser, sahife 5.
[227] Ayni eser, sahife 5 ve müteakib.
[228] Ayni eser, sahife 6.
[229] Ayni eser, sahife 6.

834

ilâvesiyle yapabilirlerse de bu irade serbestisi müsbet hükümlerle tahdid edilebilir. Buna mukabil kanunen illete bağlı olan hallerde aslen mücerred mahiyetde bulunan hukukî muameleler bu mahiyetlerini kaybeder. Meselâ hibede, tediyede, karzda mülkiyetin devri bu illetlere bağlıdır [230]. İlerlemiş hukuk sistemlerinde bir de ikisi ortası bir hal sureti mevcuddur. Bu takdirde ekonomik muameleler kendi başına hukukî kıymeti haiz olduğu gibi, onların yanında tam manasiyle hukukî muameleler de ekonomik muamelelerin cüzü şeklinde olmıyarak müstakil varlıklarını muhafaza eder [231]. Merî hukuk sistemlerinde bu gibi tam hukukî veya mücerred muamelelere «tasarruf» (Verfügung) deniliyor. Bu muamelelerde hukukî netice doğrudan doğruya husule geliyor. Buna mukabil hukukî neticeyi dolayısile meydana getiren, onu yapmakla «mükellef» kılan muamelelere «taahhüd» (Verpflichtung) namı veriliyor. Borçlar hukukuna aid mücerred muameleler hukuk nizamında tecviz edildiği takdirde bunların muayyen şekle bağlanması esas olmuşdur: Stipulatio, poliçe gibi [232].

3. Oertmann (Örtman) «tam hukukî» veya «sırf hukukî» muamele («spezifische» oder «reine» Rechtsgeschäfte) diye tavsif etdiği muamelelerin umumiyetle Stampe (Ştampe)'nin «yardımcı muameleler» (Hilfsgeschäfte) namını verdiği muamelelerin ayni olduğunu kayd ediyor. Fakat bu tabiri yanlış bulmamakla beraber zikredilen muamelelerin mahiyetini ifadeye de kâfi görmüyor. Zira bu muameleler aslen müstakil olub kendi kendilerine hukukî netice husule getirmeleri esasdır. Ekonomik bakımdan yardımcı mahiyetde olmaları hukukî varlıklarını inkâra sebeb teşkil etmez. Bu istiklalleri «haksız mal iktisabından mütevellid istirdad talebi» (condictio) ile harice karşı tamamiyle mahfuzdur ve dahilî münasebet itibariyle pek mahdud bir suretde haleldar olmuşdur. İlletin noksanı mücerred muamelenin ibtalinde aynî hak itibariyle de tesir husule getirseydi Stampe (Ştampe)'nin verdiği isim münasib olabilirdi. Fakat ne roma hukukunda ve ne de alman medenî hukukunda «ibtal kabiliyeti» (Kondizierbarkeit) bu manayı ihtiva ediyor. Bundan başka Stampe (Ştampe)'nin esas muamele ad etdiği mal mübadelesi muamelesiyle «yardımcı muamele» arasında bulduğu fark daima asıl ekonomik ve sırf hukukî muamele arasında olan farkın ayni değildir. Her bir sırf hukukî muamelenin mal mübadelesine ve umumiyetle ekonomik gayeye hadim olduğu teslim edilse de, ekonomik muamelelerin hiç

[230] Ayni eser, sahife 6.
[231] Ayni eser, sahife 7.
[232] Ayni eser, sahife 7.

835

bir vakıt «yardımcı» mahiyetinde olmadığı iddia edilemez. Bu sebeble Oertmann (Örtman) «bidayetde ekonomik muameleler» ve «sırf hukukî muameleler» (Primäre Wirtschaftsgeschäfte und reine Rechtsgeschäfte) suretinde tefrik yapılmasının hukuken daha faideli olacağını beyan ediyor [233].

4. Tam hukukî muamelelerin, ister tasarruf ister (müstakil) taahhüd şeklinde olsun, ekonomik gaye ile, Stampe (Ştampe)'nin tabirine göre mal mübadelesiyle (Güterschiebung) olan münasebeti muhtelif mahiyetler arz edebilir. Mal mübadelesi bir takım safhalar geçirir: Teessüs, tekemmül (eda) ve ikisi arasında temin, tadil, tevsi gibi. Bir tam hukukî muamele, meselâ «traditio», bu safhaların her biriyle münasebetdar olabilir. Meselâ traditio yalnız bir borç tesisi, karz itası gayesini ihtiva edebilir (causa credendi, umumiyetle contrahendi). Traditio münhasıren akdin tamam olduğunu gösteren bir timsal manasında da kullanılabilir. Pey akçesi gibi. Borç ödenmesi (causa solvendi) veya mevcud borcun temini (causa confirmendi veya causa cavendi) gayelerine de traditio vasıta olabilir. Bir muamelede muhtelif illetlerin mevcudiyeti de düşünülebilir. Meselâ şekle riayet edilmeksizin vaad edilen bir şeyin verilmesi, o âna kadar şekil noksanı dolayısiyle teessüs etmemiş olan bir borcun tesisine vasıta olduğu gibi o borcun edasını da ihtiva eder. Diğer tarafdan bir hukukî muamele yekdiğerinden ayrı muhtelif ekonomik gayelere de matuf bulunabilir [234].

«Causa credendi», «causa solvendi» ve «causa donandi» taksiminin bugün maksada kâfi gelmediğini Oertmann (Örtman) kaydediyor. Zira «donare» ekonomik gayelerden muayyen bir kısmı ifade eyliyor ve «solvere» her türlü ekonomik gayede mevcut olabilen bir tekemmül safhasını gösteriyor. Stampe (Ştampe)'nin «solutio»'yu yalnız yardımcı mahiyetde telâkki ederek «causa solvendi»'yi red eylemesini Oertmann (Örtman) muvafık bulmuyor. «Traditio solvendi causa» yardımcı mahiyetde bir muamele suretinde ad edilebilirse de «solutio» mal mübadelesinin muhtelif safhalarından biridir [235]. Buna mukabil Oertmann (Örtman) «causa solvendi»'nin hiç bir vakıt mücerred olmayıb daima «causa obligationem ex emtione, donatione etc. solvendi» (alım satımın, hibenin ilh. edası borcunun illeti) mahiyetinde bulunduğunu ve bunun izah ve iraesi şerefi Stampe (Ştampe)'ye aid olduğunu kaydeyliyor [236].

[233] Ayni eser, sahife 7 ve müteakib.
[234] Ayni eser, sahife 8 ve müteakib.
[235] Ayni eser, sahife 9.
[236] Ayni eser, sahife 9 ve müteakib.

836

5. Oertmann (Örtman) bu izahata şunu ilâve ediyor: Stampe (Ştampe)'ye göre mal mübadelesi azçok devamlı bir durumdur. Yalnız borçlar hukukuna aid tesisi muamalelerden ibaret değildir. Stampe (Ştampe) ekonomik gayenin bir kül halinde husule gelmesine yarayan her şeyin buna dahil olduğunu tasrih eyliyor. Fakat bu sebeble Oertmnn (Örtman) Stampe (Ştampe) tarafından kullanılan «muamele» (Geschäft) tabirine itiraz ediyor. Zira «Geschäft» (muamele) bir vahdet ifade etmekdedir. Stampe (Ştampe)'nin de «esas muamele» (Grundgeschäft) ve «yardımcı muamele» (Hilfsgeschäft)'den tereddüdle bahsetmesi bundan ileri geliyor. Ekonomik bakımdan mevcud vahdeti ifade etmek için muhtelif hukukî muamelelerin tevhidi doğru değildir. Bundan dolayı «causa contrahendi», «causa solvendi»... taksiminde israr etmek fikrini Oertmann (Örtman) müdafaa ediyor. Mal mübadelesinin muhtelif safhaları hukuken yekdiğerine karşı bir bağlılık arz ediyor. Esası vücuda getiren muamele bulunmadıkca onun temini, tadili veya edası mevzuubahs olamaz. Fakat buna rağmen bu hukukî muamelelerin her biri müstakil mahiyettedir. Bir «Realakt» muhtelif hukukî unsurları ve safhaları bir anda kuvveden fiile çıkarsa da hukukî tahlil zikredilen tefriki yapmağa mecburdur. Aksi takdirde ayıp ve noksandan dolayi mesuliyeti tayin etmek imkânı olmaz [237].

6. Buraya kadra zikr edilen vaziyetlerde muhtelif tarafların alâkadar olduğu muameleler mevzuubahs bulunuyor. Yalnız bir taraflı vaziyetlerde nasıl olacakdır? Bu vaziyetde de ekseriya ilk olarak ekonomik durum nazarı itibara alınır. Hukuk ikinci derecede bir nazım sıfatiyle hâdiseye iltihak eder. Burada hukukî muamelenin mevcudiyeti de ilmî münakaşayi mucib olmuşdur. Hukukî fiilin haricinde bir «esas muamele»'nin bulunduğu ileri sürülemez. Hukukî fiil kendi kendine istinad eder. Başka bir şahıs mevcud olmadığından hukukî fiilin ona karşı haklı veya haksız bir mahiyet arz etmesi varid değildir. Umumiyetle kabul edilen bir fikre göre iktisabî mürüru zeman buraya idhal edilebilir. Fakat Oertmann (Örtman) bunun doğru olmadığını beyan eyliyor. İktisabî mürüru zeman, mal mübadelesi gibi, müteaddid şahısların hukukî muhitine temas eder. Bu suretle iktisab fiilinin bidayetde mevcud noksanlığı izale edilir. Fakat iktisab sebebinin noksanlığı islâh edilmiş olmaz [238].

7. Başka birinin mamelikine temas eden her bir hukukî muamele, mal mübadelesine yarayan bir ekonomik gayeye, bir «causa»'ya matufdur. Hukuk kendi kendisine bir gaye teşkil etmediğinden bu

[237] Ayni eser, sahife 10 ve müteakib.
[238] Ayni eser, sahife 12.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA
837

ekonomik gayenin hukukan nazarı itibara alınması lâzımdır. Bu da illetin noksan olması halinde ya hukukî neticenin husule gelmesi men edilmek suretiyle olur. Hukukî nizam bu maksadle «causa»'ya karşı müstakil bir vaziyet alan hukukî muameleleri kabul etmez veyahud mahdud bir mikdarda tecviz eder. Gerek roma hukukunda ve gerek alman hukukunda bilhassa borçlar faslında müstakil ve illetden tecrid edilmiş taahhüd muameleleri yalnız muayyen şekillere riayet edilmek şartiyle kabul edilmişdir. Roma hukukunda stipulatio ve Alman Medenî Kanununda mücerred borç ikrarı gibi. Şekle tâbi olmıyan borç ikrarı aslen ekonomik olan fiillerde, meselâ alım satım, kira... da, caizdir. Burada Oertmann (Örtman) meşhur alman Pandekt hukuku âlimlerinden Windscheid (Vindşayd)'ın bir telâkkisine işaretle iki taraflı mukavelelerde karşılıklı taahhüdlerin yekdiğerine bağlılığını «sükûtle kararlaşdırılmış bir şart»'a, sübjektif bir unsura, irca etmek doğru olmadığını kaydediyor [239]. Bittabı taraflar muamelelenin kanunda olmıyan bağlılığını sarahaten veya sükûtle kararlaşdırdıkları bir şartla elde edebilirler. Meselâ gönderilen bir şeyin beğenilib alınmasında borçlar hukukuna ve aynî haklara aid hukukî muameleler yekdiğerine bağlı bulunur. Bunun gibi aslen mücerred olan bir vaad fiili, bir illete bağlı muameleye matuf bulunabilir. Meselâ roma hukukunda tecdid (novatio) gayesiyle yapılan stipulatio, diğer bir hukukî illetden mütevellid bir borcun edası gayesine matuf olduğu gibi («Quod tu mihi debes ex causa emtionis dare spondesne? Spondeo», tercümesi: «Sen bana beyi illetinden borclu olduğun şeyi vermeyi vaad ediyor musun? Vaad ediyorum»).

8. Malûm olan bir çok hallerde hukuk nizamı asıl hukukî muamelenin doğrudan doğruya illette bağlı olmasından sarfı nazar etmişdir. Alman Medenî Kanununda mücerred muamele aleyhine olan kuvvetli cereyana rağmen muamelelerin emniyeti ve serbestisi için mücerred hukukî muameleleri red etmemişdir [241].

9. Bu suretle formel hukukî durumle ekonomik gaye arasında bir zıddiyet husule gelmişdir. Hukuk nizamı ekonominin inkişafı için mevcud olduğundan bu zıddiyetin ahenkli bir hale getirilmesi maksadiyle «condictio», haksız mal iktisabı dolayısile istirdad talebi, kaidesi vaz edildi. «Condictio» illete bağlı bir muamelenin mevcud ve ayrı bir suretde isbatı lâzım gelen «butlanı» talebi değildir. Bundan başka «condictio» imkânı «ibtal talebinde bulunabilmek»le bir tutulamaz. Pandekt hukuk ilminde ve Alman Medenî Kanununun ilk tat-

[239] Ayni eser, sahife 13.
[240] Ayni eser, sahife 13.
[241] Ayni eser, sahife 13 ve müteakib.

838

bikat yıllarında ise bunun aksi iddia edilmişdi. İbtalin hukukî neticesinin aynî haklar üzerinde ve üçüncü şahıslara karşı da tesiri görülür. Yalnız hüsnüniyetle malı alanların hukuku mahfuzdur. Haksız mal iktisabından dolayı istirdad mütalebesi ise yalnız ilk satın alan kimseye karşı dermeyan olunur. Bu kimseden malı satın alan ikinci şahsın mesuliyeti iktisabın bedelsiz olması haline münhasırdır. Bu takdirde istirdad mütalebesi doğrudan doğruya ve ibtal talebinde olduğu gibi birinci şahsın illetsiz muamelesinin evvelemirde feshine lüzum olmaksızın ikinci şahsa karşı dermeyan edilir. Bu istirdad mütalebesi daha ziyade iflâsda alacaklının «ibtal davası»'na benzer. Hakikatda bu ibtal davası bir istirdad mütalebesi mahiyetindedir [242]. İstirdad mütalebesi ve illetin noksanı iddiası aynı şahsa karşı yapılır.

Şu halde haksız mal iktisabından dolayı istirdad mütalebesi illetsiz muamelenin tamamiyle izalesine matuf olmayıb, yalnız bir ekonomik tevazün husulüne yarar. Bu sebeble bir tarafdan tesirinin derecesi itibarile ibtal talebi hakkından geri kalırsa da, diğer tarafdan bu tesirin haricî şumulü daha genişdir [243].

10. İstirdad talebi (condictio) gerek roma hukukunda ve gerek Alman Medenî Hukuku'nda hukuk siyaseti bakımından iktisabın illetsizliğine, hukukî illetin noksanlığına istinad eder. Bu esas tamamiyle objektifdir, yani müsbet hukuk tarafından vaz edilmişdir. Tarafların iradesinin başka türlü olması veyahud sübjektif mahiyetde mevcud illetin hukukî ve ahlâkî nizam tarafından kabul edilmemesinin ayrı bir tesiri yoktur. Oertmann (Örtman) «sırf hukukî muamele» diye ekonomik muamelelerden ayırdığı hukukî muamelelerin mahiyetini izah için bunların «tahsis» ve «tasarruf»'a yaradığını (Zuwendungsakte) [244] söylüyor, yani bu muameleler hukukî gayenin, illetin, istihsaline vasıta oluyor ve muamele ile illetin irtibatı tarafların iradesiyle husule geliyor. Bu suretle verilen bir şeyin «credendi» veya «solvendi causa» verilib verilmediği ve hangi borcun edasına (solutio) «tahsis» edildiği anlaşılır. Bu «veriş»'in bir «illet»'i olması psiklojik bakımdan lâzım geldiği gibi, noksan olması istirdad talebini doğuracağından hukuk nizamı da onun mevcudiyetini istemekdedir. Şu halde bir illetin bulunması müsbet hukukun hükmü muktezasındandır. Her «tahsis»'i bir «illet»'i olmak lâzım gelir. Bu sebeple Oertmann (Örtman) asıl mevzuu olan «clausula rebus sic stantibus» mese-

[242] Ayni eser, sahife 14, haşiye 1.

[243] Ayni eser, sahife 14 ve müteakib.

[244] "Zuwendung„ tabirini Stampe (Ştampe) münhasıren "teberru„ manasına kullandığı halde bu tabirin umumiyetle daha şümullü olarak "tasarruf„ ve "tahsis„ manasına geldiğini yukarıda izah etmişdik (Adliye Ceridesi, cild 30, 1939, sahife 559 ve müteakib).

839

lesine temas ederek Windscheid (Vindşayd)'ın sübjektif mahiyetdeki «Voraussetzung» (şart) mefhumunu hukukî muamelenin «ârızî» (accidental) bir unsuru mahiyetinde buluyor. İllet ise hukukî muamelenin esaslı bir unsurudur (essentiale negotii). Ârızî olan bu «şart» (Voraussetzung), taraflarndan birinin iradesiyle muameleye ilâve edilmekle haddizatında tam olan muameleye fazla bir kayd konulmuş olur ve bu suretle «Voraussetzung» mefhumu «akdî» (kontraktüel) bir mahiyet alır. İlletler ise «kanunî» mahiyetdedir [245].

11. Haksız mal iktisabından doğan istirdad talebi gerek roma hukukunda ve gerek Alman Medenî Hukuku'nda «tahsis» (Zuwendung) gayesiyle olan «sırf hukukî muameleler»'e matufdur. Evvelâ roma hukukunda bir «condictio»'nun «illete bağlı» (kausal) bir muameleyle doğrudan doğru merbutiyeti olmadığını Oertmann (Örtman) kayd ediyor. Bunun aksini göstermek için Zitelmann (Tsitelman) tarafından delil olarak ileri sürülen D. 19, 1,5,1i Oertmann (Örtman) kendi iddiasına daha muvafık görüyor [246]. Merî Alman Medenî Hukuku'nda da (BGB. § 821, fıkra 2) illete bağlı mukavele, «istirdad talebi»'ne mevzu teşkil etmez. İllete bağlı muamele olan alım satım, kira, karz ilâh.... nin hukukî istinadgâhı bulunan «illet», bu muamelelerin esas unsurudur. Mücerred muamelelerin ekonomik ve hukukî istinadgâhı ise, kendi unsurlarının haricindedir. Mal mübadelesi bu suretle vukubulur. Bu istinadgâhın noksanı halinde mücerred muameleler, illete bağlı muameleler gibi, sakıt olmazsa da, vücuda getirdikleri ekonomik neticelerin tadili için «istirdad talebi» verilmiştir. İllete bağlı muamelelerin feshine bu istirdad talebi müsaid değildir.

Diğer tarafdan illete bağlı bir muamele başka bir illetin kuvveden fiile çıkmasına da vasıta olabilir. Bu takdirde iki illet vardır. Biri asıl muamelenin bağlı bulunduğu illet ve diğeri bu muamelenin matuf bulunduğu gaye, meselâ bir ön mukavelenin ifası şeklinde olan ikinci illet. Bu gayenin mefkudiyeti halinde ne olacaktır? Asıl muamenin hukukî esası olan birinci illet, yani yapılan hukukî muameleleden mütevellid bulunan tarafların karşılıklı borçları bakidir. İstirdad talebi mücerred muamelelere münhasır olunca hukuk siyaseti bakımından bu neticenin tahfifi icab etmez mi? von Tuhr (fon Tur) burada ikinci illeti, meselâ ön mukavelenin ifası borcunu,

[245] Oertmann (Örtman), ayni eser, sahife 15 ve müteakib.

[246] Ayni eser, sahife 20 ve müteakib. "Condictio incerti„'nin sonradan ilâve edildiğini Lenel, Das Edictum perpetuum, ikinci tabı, 1907, sahife 152 ve haşiye 3, izah etmişdir. Bu metinde (quoniam - potest) fıkrası için Index interpolationum, cild I, 1929, sahife 339 da zikredilen eserlere ve "condicere„'nin "agere„ olması meselesi için ayni yerde zikredilen eserlere bak.

840

bütün muamelenin «hukukî esas»'ı haline getirmek suretiyle «istirdad talebi»'nin cevazına kail olmak istiyorsa da [247], Oertmann (Örtman) haklı olarak bu teşmile itiraz eyliyor [248]. Oertmann (Örtman)'a göre bu hallerde mukaveleden rücudan başka bir çare yokdur. Bunun için «illete bağlı muamele» ikinci illetin illeti değil, şartı (Voraussetzung), temeli (Vertragsgrundlage) telâkki edilmek icab eder. Oertmann (Örtman) bunu roma hukuku için de kabul etmek istiyor ve D. 19, 1, 5, 1 deki «exceptio doli»'yi rücu hakkı şeklinde tefsir eyliyor [249].

Bu suretle Oertmann (Örtman), asıl mevzuu olan «muamelenin temeli» mefhumunu bir taraflı derunî saik olmakdan çıkarıyor ve Windscheid (Vindşayd)'ın «Voraussetzung»'u haline getiriyor.

Bu «hukukî muamelenin temeli» (Geschäftsgrundlage) muamelenin gayesi, illeti değildir. İllet her bir psikolojik gaye olmayıb, yalnız «esas muamele»'dir. Bunu tekemmül etdirmek için vaad, feragat, temlik ve teslim gibi «tahsis», «tasarruf» vasıtaları hukukî muameleye inzimam eder. «Esas muameleler», hukukî istinadgâhları olan temeli ihtiva eyler ve bu suretle «tahsis fiilleri»'nden ayrılır. Bu objektif gayeli «esas muameleler» umumiyetle sübjektif gayelere, ekonomik maksadlara vasıta ittihaz olunur. Bu ikinci gayeler m u a m e l e n i n değil, o muameleyi akdeden t a r a f ı n gayesidir. Bu illetin mevcud olması veya sakıt bulunması hukukî illeti müteessir etmez. Eski Prusya Memleket hukukunda bu gibi haller için «vaziyetin değişmesi dolayısiyle rücu hakkı» veriliyordu. Fakat bu sübjektif gayenin evvelce sarahaten dermeyan edilmesi veyahud kendiliğinden anlaşılması lâzımdı [250].

11. Oertmann (Örtman)'ın ileri sürdüğü «muamelenin temeli» (Geschäftsgrundlage) mefhumu üzerine kıymetli bir tedkik yazmış ve bu mefhumu inkişaf etdirmiş olan Locher (Loher) [251] illet meselesine de temas ederek bu meselenin esası «tahsis»'in yani «tasarruf»'un gayesi (Zuwendungszweck) olduğunu söylüyor ve bu hususda Stampe (Ştampe) 'nin fikirlerine Oertmann (Örtman) tarafından yapılan kritiki tasvib eyliyor [252].

[247] Allgemeiter des deutschen Bürgerlichen Rechts, cild 2, sahife 494, cild III, sahife 122/3.

[248] Ayni eser, sahife 23.

[249] Ayni eser, sahife 24.

[250] Allgemeines Landrecht, 1, 5, § 378 ve müteakib. Oertmann (Örtman), ayni eser, sahife 34 ve müteakib.

[251] Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck (Muamelenin temeli ve muamelenin gayesi), Archiv für die civilistische Praxis (Medenî hukuk tatbikatı arşivi), yeni tertib, cild 1, 1923, sahife 1 ve müteakib.

[252] Ayni eser, sahife 37.

841

Stampe (Ştampe)'nin mal mübadelesi mefhumunun müttehid bir hukukî muamele olmayıb, ekonomik bir takım safhalardan terekküb etdiği ve her birinin bir hukukî muamele mahiyetinde «ekonomik muameler»'den ibaret bulunduğu hususlarında Oertmann (Örtman)'a muvafakat eden Locher (Loher), «sırf hukukî muameleler»'in esasen müttehid bir mefhum olmıyan mal mübadelesi muamelesinin yardımcı muameleleri olmadığını, mal mübadelesinin münferid ve hukukan müstakil ayrı ayrı safhalarının yardımcı muamelelerinden ibaret bulunduğunu ve bir «sırf hukukî muamele»'nin muhtelif illetlere hadim olabileceğini kabul ediyor [253]. Fakat Locher (Loher) bu neticenin iki cihetden itmamı lâzım geldiği fikrindedir. 1. Mal mübadelesi safhalarının yekdiğerine hukukan bağlı olduğu unutulmamalıdır. Bunu Oertmann (Örtman) da kabul ediyorse de, Locher (Loher) bu bağlılığın Stampe (Ştampe) tarafından ileri sürülen ekonomik umumî netice bakımından ehemmiyetinin ayrıca göz önünde bulundurulması lâzım geldiğini beyan eyliyor. Bu suretle mal mübadelesinin muhtelif safhalarının tekâmülü hukuk siyaseti bakımından iyice anlaşılmış olur. Locher (Loher) mal mübadelesi safhalarının yalnız ekonomik bir vahdet olmayıb, ayni zemanda bir hukukî vahdet teşkil etdiğini kaydeyliyor. Fakat bu vahdet hukukî m u a m e l e vahdeti değil, hukukî m ü n a s e b e t vahdetidir. Mal mübadelesi safhalarını vahdet haline getiren bağlar, hukukan ehemmiyetli olan gayeler, vazifeler (fonksiyonlar)'dır. Bunlar mal mübadelesi sahalarının muhtelif hukukî muamelelerini, hukukî münasebete hadim olmak üzere, vücuda getirir ve hususiyetlerini tayin eder. Mal mübadelesinin münferid takâmül kademeleriyle ekonomik vahdet arasında olan münasebet, hukukî muamele ile hukukî münasebet arasında olan münasebetden başka bir şey değildir. Bu münasebetin muhteviyatında görülen hususiyet, hukukî muamelenin hukukî münasebete hadim olmak üzere yapdığı vazife (fonksiyon)'dur [254]. 2. Bu gaye münasebeti, mal mübadelesinin münferid tekâmül kademeleri arasında, meselâ eda muamelesile edayi kuvveden fiile çıkaran «tahsis» fiili (Zuwendungsakt), yani mücerred mahiyetde olan «sırf hukukî muamele» arasında da vardır. Mal mübadelesi safhalarının tekâmülüne ve dolayısiyle mal mübadelesine yarıyan vazife (fonksiyon) bunun sebebidir. Fakat «tahsis» fiili hukukî bakımdan, vazifesine (fonksiyonuna) karşı müstakildir ve bu da haksız mal iktisabından dolayı istirdad talebinde kendini gösterir. «Tahsis» fiilinin bu mücerred mahiyeti hukuk nizamı tarafından sunî olarak vü-

[253] Ayni eser, sahife 37 ve müteakib.
[254] Ayni eser, sahife 38 ve müteakib.

842

cuda getirilmişdir ve istirdad talebi ona muvazi bir cebhe olub, «tahsis» fiilinin hukukî varlığı için gayesinin tabiî ehemmiyetini izale etmez.

Tarafların iradesi hukukî münasebetin münferid tekâmül safhalariyle asıl hukukî münasebet arasında olan gaye irtibatını husule getirir. Eda muamelesinin hangi borca ve teminatın hangi alacağa aid olduğunu taraflar tayin eder. Fakat mücerred hukukî muamele ile mal mübadelesinin tekâmülü kademeleri arasında olan gaye münasebeti de tarafların iradesiyle tayin olunur. Tarafların gayeyi tayin etmesiyle, yani bu gaye taallûk etdiği tekâmül kademesini ifade eyliyen hukukî muamelenin muhteviyatından bulunmakla, mücerred hukukî muamele, vazife (fonksiyon) bakımından, mal mübadelesinin bir tekâmül kademesi haline getirilir. Yalnız bu gayenin tayinine mücerred muamelenin (sübjektif manada ve doğrudan doğruya) illeti denilebilir [255]. Meselâ teminat olarak mal temlik edildiği takdirde (Sicherungsübereignung), taraflar gerek hangi alacağın bu suretle temin edileceğini ve gerek mülkiyet naklinin bu teminat gayesine matuf bulunacağını tayin ederler. Locher (Loher) bundan iki netice çıkarıyor. 1. Mücerret hukukî muamelenin vazifesini (fonksiyonunu) tayin eden gayeler tarafların iradesiyle tayin edildiğinden daima tarafların geyesidir. Bu gayeler tarafların saikleri olmayıb, tarafların iradeleriyle muamele gayesi haline getirilen kendi gayeleridir. 2. Mücerred hukukî muamelenin bir tarafdan hukukî münasebetin tekâmülü kademeleriyle ve diğer tarafdan asıl hukukî münasebetle olan çifte gayesini, yani onun vazifesini (fonksiyonunu) tayin lâzımdır. Buna nazaren meselâ bir hibe vaadinin ifası için yapılan mülkiyet devrinin vazifesini (fonksiyonunu) ne «causa donandi» ve ne de «causa solvendi» kendi başına tayine kâfi olub, bilâkis bunların mümteziç (kombine) bir şekli olan «cause obligationem ex donatione solvendi» (tercümesi: hibeden dolayı borcu eda illeti) bu vazifeyi (fonksiyonu) gösterir. Fakat bu mümteziç şekil mücerred hukukî muamelenin gaye münasebetlerini daima ifadeye kâfi değildir.

Stampe (Ştampe) tarafından «esas muamele» (Grundgeschäft) mefhumunun mukabili olarak kabul edilen «yardımcı muamele» (Hilfsgeschäft) kategorisini Oertmann (Örtman)'nin red edilmesini tasvib eyliyen ve bir esas muamelenin, yani Oertmann (Örtman)'ın «ekonomik muamele»'sinin de başka bir ekonomik gayeye yarıyabileceğini söyliyen Locher (Loher), esas muamelenin bu suretle yardımcı muamele mahiyetini aldığını kaydediyor ve bundan iki netice hu-

[255] Ayni eser, sahife 40 ve müteakib

843

sule geldiğini beyan eyliyor. I. Mücerred hukukî muamelenin illete bağlı (kausal) bir hukukî münasebetle olan alâkası yalnız izafî mahiyetdedir. Zira illete bağlı bir muamele ile onu itimam eden mücerred hukukî muamele arasında mevcud münasebet gibi illete bağlı muamele ile ona tekaddüm eden ekonomik muamele arasında da bir münasebet vardır. Bu da illete bağlı muamelenin ayrı bir gayesidir. Bu gaye mücerred hukukî muameleye tekaddüm eden hukukî münasebetin vazifesidir (fonksiyonu)'dur. Buna Locher (Loher) kısaca işaret etmek için ve meselenin bütün teferruatını ihtiva eder bir tabir olarak kabul edilmemesi kaydiyle, «mütekaddim taahhüd» (Vorpflicht) adını veriyor[256]. 2. İllete bağlı muamelenin «mütekaddim taahhüd»'e karşı olan vazifesi (fonksiyonu), mücerred muamelenin illete bağlı muameleye karşı olan vazifesinin (fonksiyonunun) aynidir. Asıl hukukî muameleler illete bağlı muamelenin «m ü c e r r e d » bir «yardımcı muamelesi» olduğu gibi, illete bağlı muamele de muayyen bir ekonomik tekâmül kademesinin «i l l e t e b a ğ l ı» bir «yardımcı muamelesi»'dir. Oertmann (Örtman) da bu muvazi çifte vaziyeti görmüş ve illete bağlı muamele manasına kullandığı «ekonomik muamele» mefhumiyle «mütkaddim taahhüd» arasında mevcud gayenin noksanı takdirinde ekonomik tevazünü «muamelenin temeli» (Geschäftsgrundlage) mefhumiyle elde etmek istemişdir. Locher (Loher) buna itiraz eyliyor ve Oertmann (Örtman)'ın bu hususda von Tuhr (fon Tur)'a karşı yaptığı kritiki doğru bulmıyor. Ekonomik muamelelerin «mütekaddim taahhüd»'e ve mücerred muamelelerin ekonomik muamelelerden doğan hukukî münasebete karşı olan vazifeleri (fonksiyonları) Locher (Loher)'e göre yekdiğerinin ayni olduğundan her iki halde de ayni hukukî neticelerin tatbik edilmesi icab eder [257]. Locher(Loher) de Oertmann (Örtman)'ın istirdad talebini illete bağlı muamelelere hasretmesine muvafakat ediyorsa da, bunun sebebi bir illete bağlı muamele ile vücuda getirilen illete bağlı hukukî münasebetde ekonomik tevazünü husule getirmek için istirdad talebine mevzu teşkil eyliyecek bir şeyin bulunmaması olduğunu söylüyor. Zira Locher (Loher)'e göre illete bağlı muamele ile husule gelen illete bağlı hukukî münasebetde de bir haksız mal iktisabı olabilir. Fakat istirdad talebinin yalnız mücerred hukukî muamelelere hasredilmesi müsbet hukukî hükümlerin muktezasıdır. Alman Medenî Kanununun § 812, fıkra 2 sinde yalnız mücerred borç vaadi ve borc ikrarı istirdad talebine tâbi tutulmuşdur. İllete bağlı bir muamele muayyen bir hukukî münasebetin, yani tekaddüm eden

[256] Ayni eser, sahife 41.
[257] Ayni eser, sahife 42.

hukukî muamele ile kabul olunan taahhüd veya şartın ifasına vasıta olduğu ve bu vazifeyi göremediği takdirde istirdad talebi neden muhik olmasın? İllete bağlı ve mücerred muamelenin yekdiğerinden farkı Locher (Loher)'e göre istirdad talebinin ş e k l i n d e aranılmak lâzımdır. Mücerred muamele ile elde edilen şeyin iadesine matuf istirdad talebi yerine illete bağlı muamele ile vücuda getirilen hukukî münasebetin hükümsüzlüğünü (Unwirksamkeit) istemek salâhiyeti, yani bir rücu veya ihbar hakkı (Rücktrits-oder Kündigunusrecht) kaim olur [258]. Locher (Loher) bu muvazi vaziyeti ve istirdad talebi yerine ona benzer başka şekillerin kaim olması fikrini izah için misal olarak bir kefaletin butlanını, bir ipotekin mal sahibi namına tahavvülünü istirdad talebi ve istirdad defi gibi ayni tevazün vasıtalarından ad ediyor. Fakat illete bağlı muameleler taraflar arasındaki mutabakatla «mütekaddim taahhüd»'lerin ifası maksadına matuf olduğu takdirde bu istirdad talebi ş e k i l l e r i variddir. Halbuki mücerred muamelelerde bu cihetin kararlaşdırılmasına hacet yokdur. İllete bağlı muamelelerin «mütekaddim taahhüd»'lerin ifası gayesini ihtiva etmesi hukukan ne dereceye kadar caizdir? Bu mesele Locher (Loher)'e göre daha umumî olan ve hukukî muamelenin muhteviyatına göre ne gibi hukukî neticenin gaye ittihaz edileceğine müteallik bulunan meseleye bağlıdır.

---

[258] Ayni eser, sahife 42 ve müteakib

845

No: 39

Kanun yapmak bir sanatmıdır? Bir sanatsa, bunun metod ve bilgileri ve aletleri nelerdir?

«Biz ilhamımızı, gökten ve kayptan değil, doğrudan doğruya hayattan almış bulunuyoruz.»
ATATÜRK.

Yazan : Yorgaki Effimianidis

Yukarıki sorguya, müsbet cevab vereceğiz: Kanun yapmak; hakkı, mevzu ve müdevven hale koymak; müeyyidelendirmek, bir sanattır; hem de bedîî bir sanattır.

Fakat, kanun, muhtas olduğu yüce mevkie çıkabilmek; düşünceli ve meşhur bir inkiyada ve itaata mazhar olabilmek; verimli bir tatbik zemini bulabilmek; sosyetenin itiyad ve ihtiyaçlarına uygun bulunmak dolayısiyle kolayca tatbik edilebilmek ve bu babda, her an zecrî tetbirlere ve müeyyidelere başvurmak lüzum ve zaruretile karşılaşılmamak için, bunu yapan sanatkârın, sanatını icra ederken, metodla çalışması iktiza ettiği gibi, ilim kaidelerinden, prensiplerinden ilham alması ve, muhassalai âmaline, bedîî bir kisve de giydirmesi lâzımdır; taki, sanatı mahsulü, ilmî bir mahiyet iktisab ederek, ikna kudretini kazanabilsin ve hem de, edebiyat gibi ince bir sanatın güzelliklerile bezenerek, tefehhüm ve ihatası kolay, bedîî sanat eseri haline gelebilsin. Lâkin bu da kâfi değildir; şarî, yapacağı kanunun tatbik mahalli bulacağı sosyetenin hayatını yaşar; ol sosyetenin, zevk ve heyecanlarına olduğu kadar, elem ve iztıraplarına da iştirâk eder, velhasıl, sosyetenin ihtiyaçlarını nefsinde duyar bulunmalıdır. Topyekûn: Ondan olmalı; onun içinden doğmalı ve onu temsil etmelidir.

Yukarıki icmali yaparken, sanatında çok yüksek otorite sahibi olan bir sanatkârın, pek maruf olan sözlerini, aynen aşağıya geçirmekten kendimizi alamadık:

"Sanatın âletleri; metodları elde edilebilirler; gerekli bilgileri öğrenilebilirler; fakat, sanatta kabiliyet, öğrenmekle elde edilemez; ona fıtraten malik olmalıdır. Âlet ve metodların bilgileri için, muvafık ve muhalif, bir çok eserler; münakaşalar; sözler ve nutuklar vardır. Uzun ve ciddî

846

araştırmalar da yapılmıştır. Bununla beraber, bunların hiç birisi, hedefe varamamışlardır. Filhakika, kabiliyet, âlet ve metodları, iyiden iyiye bilmeği âmirdir; lâkin, bunun kökü ruhtadır; inanda, ana sadakatta, iradede ve bir kelimeyle, dünyayı ve hayatı anlayıştadır ki, bu fikir ve zekâ ile alâkadar bir iş değil, belki, duyguya aid, tahteşuura raci bir keyfiyettedir."

Binaenaleyh, mevzu haklar, kanunlar; bir ilim seviyesine yükselebilmeleri için, tedvin edilirlerken, yapılırlarken, metodla yapılmağı gerektirdikleri gibi, dayandıkları kaidelerin, prensiplerin de doğru ve sahih ve realitelere uygun olup, hayal mahsulü bulunmamaları icab eder.

İlim ve metod, açık ve vazıh ve mütevafık bilgilerden başlıyarak, hükümlerinde, mantıkî bir teselsül ve bağlılık ve mütevafık insicam ve ahenk gerektirirler; fakat, bu şart, esastan ziyade, şekle racidir. Sırf bu yöne hasrü - sarfedilen mesai, bize, yalnız dış görünüşünü; ilmin cihaz ve kadrosunu hazırlar. Evvet ! Böylece, dış görünüşü güzel ve mütenasip bina ve lâkin temelsiz bir bina yapılmış veyahud da, dış bakışından insana çok benzeyen ve hakikisinden ayırt edilmesi zor olan bir heykel vücuda getirilmiş bulunur. Bunlar, sırf bir görünüşten ibarettirler; bina dayanıklı ve heykel de canlı değildirler; sun'idirler. Binaberin, binaya metanet; heykele ruh verecek olan ikinci şarttır: Doğru ve hakikî kaidelere, prensiplere istinad ettirilmeleridir. Kanun, ancak, bu iki şartı cemedebilmelidir ki, istihdaf eylediği gayeye erebilir; adâlet lâzımasının tatbikini temin eyliyebilir ve kendisinden beklenen, maddî ve manevî faidelerin, en yüksek verimini elde edebilir.

Filvaki, bu sanatın, tarihî tekâmülünü takib edenler mevzuunun zatî kıymeti yönünü şöyle bırakalım, vuzuh, tefehhüm, hıfız kolaylığı ihtiyaçlarının tesirile bir hukuk ve kanun edebiyatı vücud bulduğunu; bu yönden, sehli mümtenî denecek edebiyat örnekleri yaratıldığını; dil denilen ve her milletin, fikrî ve teessürî mesai ve hareketlerinin müdahheresi ve ayinesi ve yaratıcılık kudret ve kabiliyetinin mâkesi bulunan bu vasıtada, en ince eserlerin ve en yüksek kabiliyet ve duyguların tecessüm ettirildiklerini görürler. Az sözle çok mana ifade etmek; iştibah ve iltibas mahzurlarını, kesin surette, ortadan kaldırarak, tam bir vuzuhu haiz olmak gibi, edebiyatta, belâğet, fasahet, icaz vasıflarına örnek olacak ve bugün bile, eşlerine pek az rastlanacak, klâsik eserler müşahede ederler. Bu edebiyatın, hukuk bilgilerinin yayılmasında; adâlet telâkkisinin inkişafında, ne büyük rol oynadığını, uzun uzadı zikrü-tafsile lüzum görmiyerek, mevzuun ve mukaffa ve ahenk ve insicamı haiz yazıların,

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA
847

hıfız ve intişarlarının, suhulet ve sür'atını hatırlatmak suretile, beşer ruhiyatının şu köşesine işaret etmeği, bu babda kâfi buluruz. Buna en canlı delil olmak üzere de, Roma hukukunun mazhar olduğu yüksek edebiyatı ortaya koruz ki, aşağıya aynen geçireceğimiz, yüksek bir Fransız hukuk âliminin şu sözleri, maruzatımızın en kuvvetli delilini teşkil ederler:

« *Tahlil inceliğine vukuf; istidlâl ve istihraçta ve amelî histe dikkat ve keskinlik gibi hukuk ruhunu tebarüz ettiren haller, Roma fukaha ve şarîlerinin, fark vasıflarıydi. Filhakika, hiç bir şeriat binası yoktur ki, bu d recede hendesî bir hesap ve itina ile kurulmuş olsun. Başka hiç bir şarî yoktur ki Roma şarileri derecesinde, kaidelerden, bu mertebe emniyetle, neticeler çıkarmış bulunsun ! ! Hiç bir vakitta, hukuk lisanı, bu derecede mesud bir ifade ve ihtina haslet ve kabiliyeti iktisab edememiştir; hattâ, mübalağa edilmiş olmıyarak denilebilir ki olvakta kadar hususî bir şekil almamış bulunan Fransız hukuku, ancak Roma hukukunun tetkik ve tetebbü edilmeğe başlanması üzerine dir ki ilmî bir insicam hasıl edebilmiştir.*" diyen bu zat pek önemli bir hakikatı tebarüz ettirmiştir. Hem uzaklarda örnek aramağa da ne hacet!. *Yüce Şefimizin yukarıda yazılı vecizeleri: kudreti ifham; geniş ihata; icaz; vuzuhu beyan bakımlarından bir şaheser değilmi? Edebiyat ve sanatı kelâm yönünden bir sahli mümteni örneği değilmi? Koca bir felsefeyi, pozitivizmi tel'is eden, realizmi müşahhas bir tarzda ifade eyleyen; maddî ve manevî varlık mefhumlarını mütevazin olarak bir sistem tahtında toplayan; Türk inkılâbının, diğer inkılâblara bakarak, üstünlüğünü; farik vasfını ve orijinalitesini tebarüz ettiren, tükenmez ilham kaynağı, bu tarzı beyan, bize, başka örnek aramaktan vareste kılmazmı?*

Zannederiz ki, verilen şu tafsilât, şarin, kanunların tarzı tahrirlerinde gözetmesi icap eden usulleri, lüzumu kadar izah ve irae etmiş olsa gerektir.

*
* *

Kanunların, mevzu hakların istinad edecekleri prensipler, kaideler, bilâ itiraz velâ tenkid kabule mazhar olabilmek; örfü - teamüle yani, sosyete hayatı seyrine de uygun bulunmak suretile, bundan nüfuz ve kuvvet istiane eyleyebilmek için, haşlıca iki ilmin: Ahlâk ve İktisad ilimlerinin vücuda getirdikleri malûmlardan istifazede bulunmak zorluğundadırlar.

Filhakika, bu iki ilmin mevzuları: Ahlâkın, nısfet ve hakkaniyet İktisadın da, faide bulunmalarına göre, bu ilimler, Hukuka, nazımlık hizmetini görürler.

848

Mevzu haklar, bu ilimlerin kuvvetli nurundan istinarede bulundukça ilmî olmak kıymetlerini muhafaza ederler; fakat, bunlardan uzaklaştıkça zecrü - kuvvetin keyif ve ihtirasına tâbi bulunurlar; ilmî kıymet ve mahiyetlerini kaybederler ve bittabi de, yüce mevkilerinden düşerler.

Yukarıki mülâhazalardan ilham alarak, tabiî hakları doğurtan ve tenmiye eden bu iki ilimdir. diyenler ve bu itibarla da, tabiî hakları, hakkaniyet ve faidenin mefkurevî idrak ve telâkkisidir suretinde tarif eyliyenler de bulunmuştur.

Meşhur hukuk alimi *Henri Ahrens* tabiî hakları, hukukun felsefesi mukabili tutarak, zatiyeti ve eşyanın umumî nizamile olan bağlılıkları bakımından, aklın idrak ve beşer tabiatının istinad eylediği hukukun iptidaî kaidelerini mevzuubahs eden bir ilimdir diye tarif eylemiş, ve bunun kaynağı olmak üzere de: mevzu kanunlardan tesislerden müstakil olarak adâlet prensiplerinin mevcud olduğuna dair, beşeriyetin müşterek imanıdır ve bu prensipler, mezkûr kanunlar ve tesisler haklarında varılan hükümlere ve bunlarda icrası mümkün ıslahat ve tadilâta mesned hizmetini görürler, demiştir.

İşte, mumaileyh alimin kanaatına göre insanların, kâinatın manevî nizamı ve yüce illeti üzerine şekillendikleri hakkındaki umumî itikada sımsıkı bağlı olan bu inandır ki sosyal terakkilerin en kuvvetli bir manivelesi; geçmişte beşerin yolunu tenvir eden, istikbal için de, hakikat, iyilik, adâlet prensiplerine uygun sosyal bir nizam belirten nurlu bir nokta teşkil ediyormuş.

Leibnitz'in, hali hazır: geçmişle dolu gelecekle gebedir; daima tahavvül halindedir; tarihin cüz'ünü teşkil eden sözleri de yukarıki mülâhazaların bir hülâsası demektir.

Bugün, hakkın kaynağı, beşerin tabiatı bulunduğunda ittifak edilmek te olmasına nazaran, yukarıki telâkkilerin akle uygunluğu kabul edilebilir, şukadar ki, beşerin bahse mevzu olan tabiatını, sosyetenin keyfî ve sun'î tesislerile ihlâl ve tağşiş olunmamış bir şekilde ele almak zarureti de âşikârdır.

Bazıları, mevzu hakları, kanunları, tabiî haklara karşı tutarlar; halbuki, bu telâkki dağru değildir. Vakia, mevzu haklar, mutlak surette, tabiî hakların mâkesi ve ayinesi değildirler. Bunların, tabiî haklardan ayrıldıkları da vardır; fakat, bu durum, asıl değil, arızidir; müstesna bir haldir. Kanun vaz eden için, tabiî haklar bir idealdirler; şarî teşri mesaisinde, bu ideale yaklaşmağa çalışır, binaenaleyh

mevzu hakların ilmî kıymetlerinin miyarı ölçüsü, tabiî haklara olan yakınlığı ve uygunluğu dereceleridir.

Bazı hukukcular, ahlâk ve ekonomi ilimlerinin, mevzu hakların vücud bulmalarındaki önemli rollerini göstermek için şöyle bir icmal yaparak ahlâkı üç prensipe irca ederler;

1 — İnsanın kendi nefsine hörmet etmesi, ki bundan, aklın hissiyata hâkim alması ve bütün melekâtını, bilhassa sair hayvanatdan farkü - temyiz ettirenlerini muntazam ve serbestçe, faaliyette bulundurabilmesi manasını çıkarırlar.

2 — Hemcinslerimizin şahıslarına hörmet etmek; daha açık bir tabirle, kendimize yapıldığını istemediğimiz şeyi, başkasına da yapmamak dırki, bu ikinci prensip, birinciden istihrac olunur ve kakikî adâleti teşkil eder, ve sosyetelerin mevcudiyet ve bakalarının lâzımıdır, derler.

3 — Muktedir olduğumuz zaman, faaliyetimizi, hemcinsimizin hizmetine amade kılmak, aher tabirle, kendimize yapıldığını istediğimiz şeyi, başkasına da yapmaktır ki, bu üçüncü prensip de, uzak olmakla beraber, birinci prensipin bir neticesidir; hayırhahlığı ve ana merbut kâffe faziletleri doğurmak itibarile, sosyetelerin terakkileri şartını teşkil eder, mütalâasında bulunurlar.

İşte, hukuk, mutlak surette, şu üç ahlâk kaidelerinin tesir ve hâkimiyeti altında bulunur. Binaenaleyh, şarî, uzaktan ve yakından, işbu kaideleri ihlâl edecek hükümler ihdasından ve tetvininden hazer etmeli ve men'ni nefis eylemelidir.

Bununla beraber, şarîin, sözü geçen üç prensipi, ferdî vicdan sahasından çıkararak, zencirleme suretinde, mevzu kaideler ve hükümler şekline ifrağ eylemesi; bunları, zecrî müeyyidelere iktiran ettirmesi, maksud ve mültezem değildir; çünkü, hilâfı takdirinde, ahlâk ile kanun, mevzu haklar karıştırılmış olurlar ki, bu hal, beşer menfaatına da uygun değildir. Vakıa, mevzu haklar; ahlâk prensipine dayanmak itibarile, ahlâk nizamına dahilderler; fakat, bunun aksi kaziye yani, her ahlâk kaidesi, kanunî müeyyideye dayanmak suretile, mevzu haklar nizamına dahil olamaz.

Yukarıki içmal, tatbikat itibariledir. Filozof *Schleiermacher* ise, bütün ahlâkî fikirleri: İyilik fikri; vazife fikri; fazilet fıkri olmak üzere, üç esaslı fikre irca ederek bütün ahlâkî felsefesini, bu telhis üzerine bina eylemiştir. Mahaza, iyice araştırılır ve inceleme yapılırsa her iki icmalin de, yolları ayrı olmakla beraber, aynı varıya varacakları anlaşılır; binaenaleyh, biz burada, bunları, uzun uzadı tafsile girişecek değiliz. Bunu kısaca yazmaktan maksadımız, filozoflar, ahlâkiyat âlimleri aralarında, kanunî müeyyideye müftakir

850

olmaksızın ahlâk kaidelerine riayeti müemmen bir vazifenin mevcudiyeti farzu - kabul edilebilip edilmiyeceği hakkındaki münakaşalarda, müspet iddianın, fiiliyatla rüchan kazandığı, yani, şarîin, bütün ahlâk kaidelerini taknin etmesine lüzum olmaksızın da, bu kaidelerin meriyetleri temin olunabileceği fikrinin galip olduğunu göstermektir. Filhakika, beşeriyetin, ahlâk yönünden olan tekâmülünün seyri takip olunduğunda, bunun, müeyyideli hak çerçevesinin gittikçe daralarak, şarîin, bu yöndeki müdahelesi azalarak, kanunî müeyyidesiz ahlâkiyat çerçevesinin genişlediği görülür ki, bu hal, bir yandan yukarıki mütalâayı teyid eder, obür yandan da, beşeriyetin, rüşdünü elde ederek, mümkün olduğu mertebe, şarîin velâyetinden çıktığına delâlet eyler. Bunun aksiyse, yani, şarîin, fazla gayret göstermesi ve diğer ahlâk prensiplerini de kanunî müeyyidelere tâbi tutmağa kalkışmasıyse, topluluğun, geriliğini göstermek itibarile, dikkat nazarı calib olur.

Filhakika, hiç bir vakıt, şariden, sıkı surette, ahlâk kaidelerinin tamamının, kanunî müeyyideler altında, meriyetlerinin temin hizmeti beklenemez. Şarîin, münhasıran vazifesi, her kese, mevcudiyet hakkını müemmen bulundurmak, binaenaleyh, herkese, müsavi ve fakat kabil olduğu mertebe, diğerlerinin hürriyetleri hududlariyle mahdud bir hürriyet temin etmektir. Şu hale göre şarî, ahlâk kaidelerinden, hasren, ikincisinin meriyetini temin vazifesile mükellef bulunuyor demek olur.

Adâlet vazifeleri, mevzu haklarla teeyyüd ve vüsuk kesbedince, *vecibeler* adını alırlar; fakat, ahlâk kaidelerinden ne birincisi veda, ne de, sosyal ahlâk olan üçüncüsü, kanunî müeyyidelere tâbi tutulamazlar; kanuniyet şeklini alamazlar ve yukarıdaki mütalâaya mebni alamamalıdırlar. Mezkûr kaidelerden birincisinin yegâne müeyyidesi, hasıl olan neticeleri ve tevlid eylediği mahzurları ve malûliyetleri ve bazan de, zekâ ve hayatiyetin zaaf ve inhitatıdır; çünkü, aklın hissiyata, imkân dairesinde hâkim olamaması, insanın sair hayvanlara bakarak, farik vasfı olan zekâ ve manevî hayatının tenezzül ve sukutunu badi olarak, onu, gerek tabiî ve gerek beşerî kanunların, her an zecrü - tazyikına maruz bırakır; yaşayış tarzını, behimî yaşayış menziletine düşürür.

Üçüncüsünün müeyyidesi de, şahsî menfaat ve sosyal muhitinde uyandıracağı teveccüh ve itimatla, işbu menfaatın, daha ziyade takviyet bulmasıdır.

Yukarıda sözleri geçen hukukçular, ekonomi politiğin, iktisad ilminin bu mebhastaki rolüne gelince: Say ve servetin tabiî kanunlarını mevzuun bahiseden bu ilmin, hukukî tesislerin kıymetlerini denemek için,

851

bir mehenk ve miyar olduğu inanına varmışlar ve bu tesislerin iyi'ik ve meşruiyetlerini, neticelerile ölçer ve murakaba eder, demişlerdir. Bu babda biraz daha ileri giderek, her nerede adâletsizlik ve haksızlık, kanun şekline konmuş, kanunî bir vüsuk ve müeyyide ihraz eylemişse, orada, maddî zararlar da tehaddüs ve tekevvün ede ek fakirlik vücud bulmuş olduğunu isbat ve irae etmek suretile, hakkaniyetle faidenin, at başı bir gittiğini ve sıkı sıkı birbirlerine bağlı olduklarınını ve samimî ve tam bir ahenk üzere yürüdüklerini iddiada ısrarar etmişlerdir.

Bu hatalı yolda çok ileri gitmekliğin ve hakkaniyet mefhumunu pek bariz surette ihlâl etmekliğin maddî refah bakımından da, çok fecî niticeler doğuracağını ve bu babda, pek canlı örnek olarak ta, kadimdeki esaret sistemini ileri sürerek, bunu tatbik eden kavımların düştükleri fakirlik ve zilleti ve içinde yüzdükleri sefalet ve perişaniyeti ortaya atmışlardır.

Filvaki, geriye doğru tarihe bir göz atarsak, bu esaret sisteminin, beşer tabiatına aykırı bulunduğu kadar, beşer sosyetelerinin iktisadî inkişaflarına da, ne mertebe engel olduğunu ve bunu tatbikte ısrar eden milletlerin, ne derecelerde geri kaldıklarını görür, şu iddia ve örneği ortaya atan alimlere, hak vermek zorluğunda kalırız

Mevzu haklar, hakkaniyetin tayin ve tesbitile meşğul oldukları müddetçe, iktisad ilmi de, umumiyet üzere kabul ye tasvib edilen tesislerin altında gizlenen adâletsizlikleri, umumî neticelerile isbat ve irae etmek suretile, kıymetli bir yardımcı hizmetini göreceği mülâhazasına da bütün kalbimizle iştirâk eyleriz.

Filhakika, bazı kanunlar da mevcuddurlar ki, bunlar, sırf maddî faide alanında faaliyette bulunurlar ve ahlâk kaidelerile, pek de, alâkadar olmazlar; bu takdirde, iktisad ilmi, sadece bir yardımcı değil, belki, asıl ve baskın rol kendi uhdesine terettüb eder; binaenaleyh, bu kanunların da, iktisad ilmi kanunlarına aykırı düşmemeleri vücubu kendiliğinden tebarüz eder. Şu suretle, şarîin, kanun yaparken, milletin müstakbel evrim ve inkişafını düşünmek zorluğunda olduğu mertebe, ekonomik evrim ve inkişafını da göz önünde bulundurmak ve ilmin, tabiî kanunlarına aykırı durum ihdas etmek suretile topluluk içinde teşebbüs kabiliyetini ve yaratıcılık kudretini, velhasıl, ekonomik seyrin müterakki olmasını sındırmamak, durdurmamak mecburiyetindedir.

Hülâsa şudurki: Kanunlar, haklarımızı tesbit ederler; tanzim eylerler teşkilâtlandırırlar ve bunlara müeyyide ve vüsuk verirler; fakat, bunları yaratmazlar. Hak, kanun metinlerinde yazılı olduğundan ö-

852

türü hak değildir; belki, metinler, hakkı ifade ettikleri takdirdedirki, kanun olurlar ve ol yüce mevkii ihraz etmiş bulunurlar.

Kanunlar, hakkaniyet ve faide mefhumlarından uzaklaştıkça, ihtirasların, keyfî hareketlerin emirlerine tâbi zecrü-kuvvetin geçici otoritesini temsil etmekten öteye gidemezler; asırlar devamınca, beşeriyeti, vekar ve haysiyetinden düşüren, beşerî soyeteleri fakirlik ve sefalet içinde yüzdürmekten gayri bir şeye yaramıyan; refah ve saadet hususlünü geciktiren esaret sistemi gibi bir sistemi teyideden kanunların vasıf ve kıymetlerinden daha yüksek bir kıymet ve vasıf ihraz ve iktisab edemezler.

Binaenaleyh, iyi kanun yapmak için, iyi fikir ve iyi maksad taşımak kâfi değildir. Şariin gözleri, daima, vicdanî ve sosyal hâdiselerin müşahedelerinin verdikleri müsbet bilgiler üzerlerine dikili olarak yörüyüp, mutlak surette asla yaklaşamıyacağımız ve ne de muayyen bir formülde tespit edemiyeceğimiz tabiî haklar mefkûresine, idealine, gitgide, daha sadıkane bir netice verdirecek bir durumda bulunmağa ve yakın olmağa çalışması lâzımdır.

Şunu da unutmamak ve ilâve etmek gerektir ki, mevzu haklar bu iki yüksek ilmin tesbit eyledikleri prensiplerden istiane etmeğe nasıl mecbur iseler, her bir tesisin şekli ve organize edilmesi tarzı için de, herhangi sosyete için yapılacaksa, ol sosyetenin örfü-teamüllerinden, itiyatlarından; hususî ihtiyaçlarından; tarihî an'anelerinden; yurdunun tabiî zaruretlerinden teami göstermemesi ve bunlardan ilham alması da gerektir. Daha açık olarak diyebiliriz ki, ol sosyetenin hayatını yaşaması ve mezkûr sosyetenin yukarıda adları geçen kurum ve durumlarından elinde olmıyarak ve hattâ istemiyerek, müteessir olacağının gözden uzak tutulmaması icab eder.

İşte, bir kanunun, halk tarafından sevilmesinin ve mazharı emniyet ve itibar olmasının ve beğenilmesinin sırrı, yukarıda sayıb döktüğümüz hallere de mündemiçtir. Muhtelif şeriatların vücudunu gerektiren; hukuk, beşer tabiatından kaynamasına mebni bazı umumî esaslarda bizzarur benzerlikler irae etmesine rağmen, mevzu hakların, ekser ahvalde, ve bilhassa, şekillerinde ve organize edilmeleri tarzlarında, farklılıklar ve orijinaliteler ve hususiyetler irae etmelerine, kısa tabirle, nevileri zatlarına mahsus imiş gibi birer durum almalarına sebep ve saik de, bundan, bu hususî ve tesadüfî ve mütehavvil tarihî elemanın mevcudiyetindendir.

Henri Ahrens bu sadedde şöyle der: "*Hukuk da, umumî hayatın bir cephesi ve hususî bir fonksiyonu olub, mezkûr hayat, nasılki, milletin kâffe faaliyetine ve bütün tesislerine kendi ruhunun damgasını vurursa, hukukun da, bu tesirden masun kalamıyacağı ve hukuk felsefesi*

853

de, hali hazırın donelerinin ötesinde, daha mes'ud bir istikbale uzanmakla beraber, ol milletin dehası ve bir devrin umumî fikri hükmü altında inkişaf edeceği de, kabili inkâr değildir; binaenaleyh, herşeyden evvel, hakikî tarihte ve hukukun felsefesinde araştırılacak şey, aynı zamanda eslâfın cismanî ve manevî ve ruhî mevrusâtı bulunmaları itibarile, ol milletin hukukî tesislerinde vücuda getirdiği ruh, karakter ve fikirlerdir. Mahaza şu lûzum, her millet de, beşeriyetin bir cüz'ünden başka bir şey olmadığından ve nev'i beşer de esaslı tiplerdeki ve cismanî teşekküldeki ayniyet ve müşterek olan zekâ itibarile, yüksek bir vahdet ve birlik teşkil ettiğinden, bunun tarihindeki örneklerden ibret almak ihtiyacından da vareste kılmaz. „

Fransız inkılâbının bütün kuvvetile ileri sürdüğü, sosyetenin mücerred fikirlere göre organize ve ıslah edilebileceği akidesine, idealizme karşı, İngilterede *Burke* ileri atılarak, inkılâbın değil, inkılâbın saplandığı bu akidenin aleyhinde bulunmuş ve "*Sosyete, esrarengiz bir mahlûktur ki, bütün cüz'leri, görünmez manevî bir bağla birbirlerine bağlıdırlar. Bir Devleti organize etmek ve mükemmelleştirmek sanatı, mücerred ve bedihî prensipler üzerine bina edilemez. Hakikî seyasa ilmi ancak, uzun tecrübe mahsulu olabilir,* diyerek idealizme karşı amansız bir savaş açmıştır.

Alman fukahasından *Sevign de: „Hukuk, düşünce ve irade mahsulu olmadığı kadar ne bir insanın ve ne de bir sosyetenin keyfî olarak yarattığı şey de değildir; hukuk, bir millet nezdinde, dil ve ahlâk ve sair tesislerde olduğu gibi aklî saikla vücud bulur. Beşeriyet, umumî ve müşterek kanunlara tebaen inkişaf eder. Gerçi, her topluluğun zatına mahsus dehası, şu inkişafta bazı farklılıklar vücuda getirir; fakat, iyice dikkat edilirse, tarihin başlıca devirlerinin ruh ve karakterini bunlarda bulub görmekte müşkilât çekilmez„* tarzında hülâsa edilebilen mütalâasile İngiliz *Burke*'nin fikirlerini daha ilmî bir şekle ifrağ eylemiştir.

Romalı *Ciceron*'un şu: "*Roma tesislerinin mükemmeliyeti, günün veya bir kimsenin bilbedahe vücuda getirdiği bir eseri olmayıb; asırların ve bütün vatandaşların, saburane sa'y ile vücuda getirdikleri eserleri bulunmasındadır* „ sözü de, söylendiği zamana göre, zemine uygun, çok kıymetli bir sözdür.

*
* *

Yukarıdaki mülâhazalar, iki neticeye varırlar: A — Teşrî kuvvetinin salâhiyeti, mukayyed ve mahduddur. Bu salâhiyet, milletin tümlüğünde mündemiçtir; binaberin, ne her şey hakkında ve ne de, gelişi güzel manada kanun yapmak salâhiyeti yoktur. Binaenaleyh, şa-

854

riin salâhiyetini beyan sadedinde kullanılan hâkimiyet lafzının, mutlak manasiyle, yeri yoktur bunun bir zühul eseri olduğu yolundaki iddia doğrudur. B — Hukuk, müteharriktir, müterakkidir; çünkü, bir taraftan, milletlerin ahlâkları, yani örfü - teamülleri; ihtiyaçları tahavvül ettikleri; an'neleri silindikleri veyahud da teceddüd eyledikleri gibi, temelleri ayni olarak kalan tesisler de, mütehalif şekiller altında organize olurlar; öbür taraftan, bilhassa, ahlâk ve ekonomi-politik de, ki hukuk prensiplerini hazırlarlar, insan için fıtrî bir mevhibe veyahud da bilmem hangi saniha ve ilhamın mes'ud muhassılaları olmayıb, tecrübeyle, yavaş yavaş inkişaf ederler; şu inkişaflarının seyri sırasında, azar azar, bütün teferruat ve tafsilâtları içlerinden, hakkaniyet ve faidelilik bilgilerini seçip ayırabilirler; bu babda, hataya da düşerlerse, bu hataların meşum neticelerini de, iktiham ve ihtirazı mümkün bulunmıyacak surette, şeriatlarda aksetmiş bulurlar ve görürler.

Burada *Henri Ahrens*'in şu: *„Hak fikri, mücerred bir bilgi olmayıb, belki bir milletin tüm karakterinin ve bütün kültürünün tesiri altında inkişaf eden bir hayat prensipidir."* yolundaki sözü de, yukarıki mütalâaların doğruluğunu belirten bir belgedir.

Mebhasımızda, tarih ve felsefe arasındaki istiklâli muhafaza etmekle beraber, fikir nizamile tarihî hâdiselerin inkişafı nizamını, metod dairesinde telif edebilmek; idealizmle realizmi barıştırabilmek şerefi, ancak, *Krause*'nin sistemine müyesser olmuştur.

Eski zamanlara doğru geri gittiğimizde, prensipleri itibarile, hatalı ve kusurlu kanunlara raslarız; fakat beşeriyet ihtiyarladıkça, hatırat ve müktesebatının artarak ve bu bakımdan olan, servet ve tecrübesinin de çoğalarak, mezkûr yardımcı ilimlerin de terakkisile mebsuten mütenasib surette hukukun da tekemmül eylediğini ve eski, kusurlu ve hatalı prensiplerin, terk olunduklarını, tarihin sahifelerinde görürüz. İşte, beşerî topluluklar hayatının, her yönden, seyrütekâmülünü gösteren tarih de, bağrında sakladığı hakikatları ahlâfın gözleri önlerine dökerek ve bunları tenvir eyleyerek, içtihad yoliyle, bu noksanların doldurulması; aksaklıkların düzeltilmesi ve tabiî haklara yaklaşılması imkânını temin ve ihzar etmek suretile, kıymetli yardımlarda bulunur.

Yukarıdanberi yazdıklarımızı hülâsa edersek, bunların tamamen, Büyük Önderimizin şu: *«Bizim yolumuzu çizen; içinde yaşadığımız yurt, bağrından çıktığımız Türk milleti ve bir de milletler tarihinin bin bir facia kaydeden yapraklarından çıkardığımız neticelerdir.»* yolunda irad buyurdukları vecizelerinde mündemiç bulunduğunu görürüz. Ulu önder bu sahada da yolumuzu aydınlatarak, hukukî çalışmalarımızda da

855

yurdumuzun ve ulusumuzun hususiyetlerinden ilham almaklığımız ve fakat, ayni zamanda da, bir cüzünü, teşkil ettiğimiz beşerî varlığın tarihini de ihmal etmemekliğimiz ve onun müktesebatından feyiz almaklığımız lüzumunu ihtar buyuruyorlar. İşte, bu ihtar, yukarıda arzu - tafsil ettiğimiz, kitaplar dolusu nazariyelerin, mütalâaların, bir satır yazıya sığdırılmış, özlü, canlı, ve tükenmez bir ilham kaynağıdır. Biz de bu satırları, olkaynaktan fışkıran ilham altında yazdık. Şu yazılarımızla, tenkid amacı gütmeyoruz. Yapılacaklar için, yukarıki ilham kaynağımıza dayanarak, fikirleri tenvir etmeği. kutsal bir borç biliyor ve sanıyoruz. Yapılanlardaki eksiklik ve aksaklıkları da, doldurmak ve düzeltmek için, yine bu ilhamın feyzine güvenerek *içtihad* yoluna gitmekliğimiz ve bu çareye başvurmaklığımız emrindeki düşüncelerimizi de, diğer bir yazımızla arzetmeği vadederek, vaki kusurumuzun affını ve hüsnü niyetimize bağışlanmasını, candan dileyoruz.

İstanbul 31-1-938

856

No: 40

Medenî kanun ve ceza kanununun meşru müdaafaya ait hükümleri arasında mukayese

Yazan: Hamdi ÖNER
Ankara Sulh Hâkimi

Mevzuatımızda meşru müdafaa ve zaruret halleri. İhkakı hak devletin aslî vazifelerincendir. Fakat devlet kudretinin faaliyetine intizaren filhal muvacehesinde bulunduğu haksız tecavüzlere mutavata fert mutlak surette icbar edilemz. Filhakika en şiddetli müeyyidelere rağmen tabiatı insaniyenin tevakkî edemiyeceği haller mevcuttur. Müdafaayi ırz ve nefis gibi. Bu gibi hallerde tabiatı tanzimden farağat eden kanun bilâkis kendisi ona tâbi olmuştur. Binaenaleyh meşru müdafaa ve ıztırar tabiatı insaniyeden itaat ve tahammül yani hareketsizlik beklenmiyecek tecavüz ve tehlikeler karşısında mukabele hakkının tanınması zaruretinden doğmuştur. Diğer bir tabirle meşru müdafaa ve iztırar, ceza kanununun insana tebeiyetinden ibarettir. İnsan tabiatına muhalefet göstermeyen ve bilâkis hayatî zaruretleri takdir eden kanun, hayatını ve ırzını korumak isteyen kimsenin, mütecavize ve hattâ masum olan üçüncü şahıslar aleyhine suç teşkil e-en hareketlerini mazur görmüştür. Bu yazıda ceza ve hukuk mevzuatımızda bu hususa dair hükümler kısaca gözden geçirilecektir.

Ceza kanunumuz esasları meyanında yani umumî hükümleri ihtiva eden birinci kitabında münhasıran hayat ve ırza karşı vakî olan haksız taarruzları def etmek zaruretini cezadan muaf tutmuştur. Ceza kanunu madde 49/2. istisnaen de mülkiyete karşı yalnız gasp şeklinde vakî olan tecavüzlerde meşru müdafaayi kabul etmiştir. Madde 461.

Diğer taraftan medenî kanunda zilyede bazı şerait dairesinde yedini müdafaa hakkını tanımıştır. (Medenî kanun madde: 894) ve nihayet borçlar kanununun 52 inci maddesi de bu müdafaaların şahsî hukuk bakımından neticelerini tayin etmiştir. Medenî kanununun 894 üncü maddesi ceza kanununun 461 inci maddesinden daha geniş bir müdafaa salâhiyetini tanıdığı için her iki kanununun bu mevzua müteallik hükümleri arasında bir ahenksizlik hasıl olmuştur.

857

Zira medenî kanun gasptan maada hırsızlık, ızrar emniyeti suiistimal ve kendiliğinden ihkakı hak gibi mülkiyete vakî olan tecavüzleri de mutlak olmamakla beraber muayyen bazı şerait dahilinde kuvvet sarf suretile bertaraf edilmesi hususunda zilyede mezuniyet vermiştir. Kanunun sarfına mezuniyet verdiği kuvvet tabiatile ceza bakımından suç tevlit etmez. Bizde malessef içtihat, medenî kanun bakımından meşru müdafaayi işlememiştir. Temyiz kararları arasında bu mevzua dair bir içtihada tesadüf edemedim. Şüphesiz memleketimizde medenî kanununun hükümlerini ilgilendirir bir çok vak'alar tahaddüs etmiştir. Fakat tatbikatta ceza kanununun 461 inci maddesinin şümulünden hariç olarak mülkiyete vakî olan tecavüzler, medenî kanun bakımından ekseriya ve hattâ hiç tetkike tâbi tutulmaz. Zilyedin vakî olan haksız tecavüzü def ederken yaptığı mukabele, ceza kanunu bakımından mütalâa olunarak tahrik veya takdiri tahfif sebebi telâkkı olunmakla iktifa olunarak mülkiyetini müdafaa ederken suç işleyene ceza tayin olunur. Halbuki İsviçre medenî kanun şarihleri ne gibi hallerde bir hırsız üzerine ateş edebileceğini de münakaşa etmişlerdir.

Bu yazıda bilhassa meşru müdafaa hususunda ceza ve medenî hukukumuz arasındaki alâka ve ahensizlik tebarüze ve ayni zamanda her iki hukukun iztırara dair hükümleri mukayeseye çalışılacaktır.

Mevzuatımızda iztırara dair hükümler ceza kanunu (Madde: 49 Fıkra: 3) (Borçlar kanunu madde: 52 fıkra 2-3) dedir.

Meşru Müdafaa

Mevzuumuz daha fazla medenî ve ceza kanunlarının hükümlerini mukayese olduğu için meşru müdafaa mahiyetinin mufassalan tahlil ve teşrihine girşilmiyecektir. Meşru müdafaayi mahiyetleri itibarile iki kısmı ayırarak mütalâa edelim.

1 — Hayat ve ırza karşı umumiyetle vakî olan tecavüzleri def zarureti ceza (kanunu madde: 49 Fıkra: 2).

2 — Mülkiyet ve zilyetliğe karşı vakî olan tecavüzleri bazı şerait dairesinde def zarureti (ceza kanunu madde: 461) (Medenî kanun madde: 894) (hayat ve ırza karşı vakî olan tecavüzlerde meşru müdafaa).

Ceza kanunu madde: 49 Fıkra: 2 gerek kendisinin gerek başkasının nefsine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu filhal def zaruretinin bais olduğu mecburiyetle işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez. Meşru müdafaanın tarifini kanun yapmıştır. Meşru müdafaa, gerek kendisinin ve gerek başkasının nefsine veya ırzına

858

vukubulan haksız taarruzu filhal def'î zaruretidir. Taarruza hedef olan şahıs, kanunda tarifatı dairesinde vukubulan tecavüzü suç teşkil eden mukabil fiillerle def edebilir. Bu takdirde kendisi cezaî mes'uliyetten muaftır. 49 uncu maddenin ikinci fırasındaki meşru müdafaanın unsurları şunlardır:

1 — Def olunack tecavüz kendisinin veyahut başkasının hayat ve ırzına matuf olmalıdır. Binaenaleyh itibare şerefe ve ceza kanunun 461 inci maddesile medenî kanununun 894 üncü maddesi hükümleri müstesna olmak üzere mülkiyet vesair masuniyet hukukuna karşı vaki olan tecavüzlerde bu hak tanınmamıştır. Zira ihkakı hak asıl olarak devlete ait vezaifdendir. Mağdure bizzat icrayi adâlet salâhiyeti, ancak hayat ve onun kadar mükaddes olan ırzın telâfisi gayri kabil haksız tecavüzler müvacehesinde kaldığı zaman tecavüze oğrayanın iradesindeki kudret ve faaliyet ifa eyleyeceği tabiî role hörmeten tanınmıştır. Hayat ve ırzını müdafaadan insanı menetmemekle kanun tabi'ata inkiyat etmiştir. Binaenaleyh ferd, biri bizzat yaşamak hakkı olan hayatına, diğeri muasır telâkkiye göre yaşamakla devam derecede mükaddes tanılan ırzına vakî olan tecavüzleri bilfiil defetmeye mezundur. Bunlardan maada haklarının siyanetini de ancak devletten talep etmeye mecburdur. ırza ve hayata matuf olan taaruz şuphesiz mütecavizin maksatına göre diğil mağdurun haleti zihniyesine göre tayin olunur. Bilfarz sırf üzerindeki bazı vesaiki tetkik gayesile meçhul şahıslar tarafından ağzına mendil tıkanarak tenha yerlere götürülmek istenilen mağdur bu tecavüzü hayat veya ırzına matuf telâkki ve zan ederek kendisi müdafaa etmiş ise meşruiyet kabul olmalıdır. Cemiyet hayatında ki umumî rabıta ve tesanüt yalnız kendisinin değil başkasının da tehlikede görülen hayat ve ırzını kurtarmak ve haksız tecavüzleri def etmek salâhiyetinin fertlere tanınmamasını icap ettirmiştir. Kanun yüksek insanî duygulara da muhalefet etmemiştir.

Kanun hayat yerine nefis kelimesini kullanmıştır. Hayat ve nefis yaşamak kudretidir. Vücut bu kudretin zarfıdır. Yekdiğerlerinden gayri kabili tefrik bir kül teşkil ederler yaşama hakkı, hakların en yüksek mertebesindendir.

2 — Taarruz hayat ve ırzı tehlikeye ilka edecek kadar ciddî ve kat'î olmalıdır. Kunun bu unsuru 49 uncu maddenin üçüncü fıkrasında yani ıztırar bahsinde ağır ve muhakkak tabirlerile tavzih etmiştir. Fakat bu unsurlar ikinci fıkrada yani meşru müdafadaki zaruret kelimesinde de mündemiçtir. Zira zaruret ancak ağır ve tehlikeli tecavüzlerden doğar. Ağır tabiri faik ahval ve şerait manasına alınmamalıdır. Muhakkak tabiri ise en kuvvetli ihtimalin de

859

fevkinde bir katiyet ifade eder. Ancak bu tabirleri, içinde bulunduğu ahval ve şeraitin müdafiin muhayyele ve kanaatı üzerine yapdığı tesirlere göre tefsir ederek Süpjektif manada almak icap eder.

Faik taarruz hakkında da kıstas vazolunamaz. Bu mütecaviz ile tecavüze uğrayanın bedenî kabiliyetlerine, mücehhez bulundukları vesaite ve en nihayet içinde bulundukları muhit şartlarına göre değişir. Yalnız faikiyeti müdafiin müdafaa imkânından tamamen mahrum bulunması lâzım olduğu derecede daratılmamalıdır. Zira düşünmeliki bunu bertaraf etmek imkânının mevcüdiyetiyetini bizzat kanun kabul etmiştir. Tabancasile yolu kesen hayduda karşı yolcuda ayni silâhla mücehhez bulunduğu takdirde müsavat var iddiasile meşru müdafayi tanımamak doğru olmaz. Keza tecavüzün kat'î ve muhakkak olması lüzumu da çok dar manada alınmamalıdır. Silâhla ansızın yolumu kesen mevcudiyetim için kat'î ve muhakkak bir tehlike arzeder. Mütecavizin silâhını istimale intizar yani taarruzun kativet kesipetmesini beklemek mecburiyetinde kaldığım takdirde müdafaa imkânından da mahrum kalırdım. Hele mütecavize nazaran bünye itibarile şahsî ve fiilî mukabelede bulunmak kudretinden mahrum olanlar için bu mefhuma daha geniş mana verilmelidir. Ancak gayri ciddî yahut henüz katiyetle taayyün etmeyen hareketlere karşı tecavüze uğradığı vehmile müdafaada bulunmak ancak 50 inci maddeye tevfikan esbabı mühaffife teşkil eder.

3 – Tecavüz haksız olmalıdır.

Zira ancak objektif manadaki haksız bir taarruzdan müdafaa hakkı doğar. Ve haksız tecavüzü, tevlit ettiği fiile göre tayin etmek icap eder. Binaenaleyh sırf hasmının mütekabil tecavüz ve taarruzları yüzünden büyüyen hâdiseden doğan bütün kanlı vak'aların mes'uliyetini, ilk defa küçük munazaaya sebebiyet verene tahmil olunamaz. Ancak bazı haller de tahaddüs eden büyük vakanın asıl âmilini teşkil eden haksız hareketin tayini hususî, hüküm verecek olan için büyük müşkilât arzeder. İki tarafında kavli ve fiilî hareketleri inceden inceye tetkik ve tahlile tâbi tutulmazsa ekseriya yanlış neticeye varlır. Meslenin nezaketi hâkimin takdir hakkının vasi mikyasta rol oynamasındadır. Haksız tecavüzler mikiyet için varit olabilir. Fakat hayat ve ırz üzerinde başkasının tasarruf hakkı varidihatır olmayacağına göre ceza kanununun 49 uncu maddesindeki haksız tecavüz unsuru nasıl bir mana ifade eder? Mesleyi tavzih için suali şu şekilde tevcih edelim. Hayat ve ırz üzerinde tasarruf kabil olmadığına göre haklı tecavüzler mevzuubahs olabilirmi. Haksız taarruz hakka müstenit olmayarak yapılan taarruzdur. Irz ve hayata haklı taarruz yapılırmı? Bu hususta ırz ve hayatı ayrı ayrı tetkik edelim.

860

Irz içtimaî bir mefhumdur. Şehvanî arzunun başkası üzerinde tatmini şeklinde fiilen tezahür eder. Kanunların tanzim ettiği ahval haricinde vukuu ferdin içtimaî hayatını rencide eder. Muasır telâkkının kuvveti buna hayat mertebesinde bir küdsiyet ve bizzat şayanı müdafaa bir mahiyet izafe etmiştir. Haksız tabirle kanun şüphesiz gayri hukukî tecavüzleri kastetmiştir. Nikâh münasebete meşruiyet izafe eden bir mukaveledir. Bu itibarla tabiî şekilde karı ve kocanın arzusu tecavüz şeklinde de tezahhür etse müdafaa hakkı mevzuubahs olamaz. Terk veya hüküm hâkimle ayrılık hallerinde de nikâh akdı baki olduğuna göre yine müdafaadan bahsolunamaz. Hatâ ceza kanununun 50 inci maddesi de düşünülemez. Zira 50 inci madde de hududu tecavüz edilmiş bir müdafaadır. Bu hallerde ancak icabı hale göre tahrik mevzuubahs olabilir. Bu hususta tereddüde mahal yoktur. Fakat, nikâh rabıtası olmadan birlikte yaşayanlar arasında vaziyet nedir.? Bu takdirde dahi birlikte yaşama bir anlaşmaya ve gayri mektup bir mukaveleye müstenit bulunduğu cihetle mücerret olarak müdafaadan bahsolunamaz. Buna mukabil kendisini resmen umumun arzusuna arzeden bir kadına rızası hilâfına vaki olan tecavüz haksızdır. Tecavüz hakka müstenit olmayınca mağdur için haksız bir hareket mahiyetinde kalır. Hiç bir insan umumun haksız taarruzlarına hedef teşkil etmez. Ceza nişanlılık evlenme vadinden ibarettir. (Medenî kanun 82) bu itibarla akit bulunmadığına göre taarruz haksızdır. Ve Müdafaa hakkı doğurur. Ceza kanununun 49 uncu maddesi ırza vaki olan tecavüzlerde müdafaayı kabul etmiştir. Fakat ırza matuf yani meşru müdafaayı icap ettiren hareketin neden ibaret bulunduğunu tayin etmemiştir. Kanun ırz tabirini yalnız 414,415 ve 416 ıncı maddelerinde kullanmıştır. 414 üncü ve 415 inci maddeler cebren ırza geçmekten ve 416 ıncı madde ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden hareketlerden bahseder. Muğdur cebren ırzına geçmek isteyene karşı müdafaa hakkını haiz olduğu gibi ahlâki küdsiyetini ihlâlde cebren ırza geçmekten farksız bulunan ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden fiili hareketler müvacehesinde dahi 49 uncu maddeye tevfikan meşru müdafaa hakkına maliktir. Bu hususta tereddüde mahal yoktur. Ancak ceza kanununun 8 inci babı yani âdabı umumiye ve nizamı aile aleyhindeki suçlarda böyle mahiyet arz eden diğer bir çok cürümlerde bahsedilmiştir. Meselâ: 421 inci madde söz atma ve sarkıntılıkdan ve 422 inci madde kadın kıyafetile kadınlara mahsus yerlere girmekten bahseder. Fakat şahsın huzurunu veya içtimaî nizamını bozmaktan ibaret bulunan bu suçların hedefi ırz mefhumundan hariçtirler, Ve müdafaa hakkını bahşetmezler.

861

Yalnız müteakip fasılda yani 429 ve sonraki maddelerde şehvet hissile kız ve kadın ve erkek kaçırma cürümlerinden bahsedilmiştir. Bu cürüm mürtekiplerine karşı ceza kanununun 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasına tevfikan meşru müdafaa hakkı mevcut olup olmadığı meselesi tahlile değer. 429 ve 430 uncu maddelerdeki şehvet hissi unsuru, fiilin binnetice ırza tecavüzü istihdaf ettiğini tazammun eder. Şu halde mağdurun ırzının ağır bir tehlike karşısında bulunduğunu kabul etmek lâzımdır. Bu itibarla kanaatımıza göre mağdur 49 uncu maddeye tevfikan ırzını bizzat müdafaa salâhiyetini haizdir. Fakat burada bir itiraz varidi hatır olabilir. Denilebilirki 429 ve 430 uncu maddelerdeki cürümler şahsî hürriyet aleyhine işlenilen suçlardır. Bu maddelere göre mağdurun kaçırılup hürriyetinin tahdidile cürüm tekemmül eder. Irza geçmek suçunun unsurlarından madut değildir. Irza geçmek halide inzimam eylediği takdirde ceza kanununun 78 inci maddesi delâletile 414 ve 415 inci maddelere göre ayrıca ceza tayini lâzımgelir. Binaenaleyh 429 ve 430 uncu maddelerin tatbiki icap eden kaçırmada meşru müdafaa da mevzuubahsolamaz. Zira meşru müdafaa ancak ırza geçmek fiillerinden doğar.

Bu mütalâa nazarî olarak cazip görünebilir. Kanaatımıza göre mesele, yukarıda 2 No. lu benddeki izahatımız yani taarruzun ağır ve muhakkak olması unsurlarının burada tekrar mevzuubahs olmasından başka bir şey değildir. Mesele bu bakımdan mütalâa olunduğu takdirde 429 ve 430 uncu maddelerdeki cürümlerin ikaından sonra mağdur için ırzını müdafaa etmenin imkânsız bir hale geleceği teslim olunur. Filhakika mücrimlerin artık tamamen dairei nüfuzuna girmiş olan mağdurdan bilâhare ırzına vakî olan tecavüzlere karşı müdafaa beklenmesi abestir. Zira bu haller de meşru müdafaa, ancak 429 ve 430 uncu maddelerdeki cürümler işlenildiği zaman maddeden kabildir. Ondan sonra mağdurdan mukavemet beklenemez. Netekim ağır ceza heyeti umumiyesi bir kararında bu şekilde kaçırılan kimsenin ırzına geçildiği takdirde asıl olarak cebrin vukuunu kabul etmemektedir.

(..... Mağdure cebren ormana sürüklenerek kaçırılmış ve orada bekrinin izale edilmiş olduğu anlaşılmasına binaen devam etmesi icap eden cebrin hilâfına izalei bekrin rizaya müstenit olduğu hakkındaki delillerin izahı lâzım ve bu noktaya matuf bozma kararı yerinde ve uymak icap ederken... [1] Karara göre bu suretle kaçırılan kimseden artık mukavemete intizar olunamaz. Binaenaleyh 429 ve 430 uncu maddedeki cürümlerde mağdurlarına hayatları tehli-

[1] Temyiz umumî heyeti 930—934 kararları sahife: 23

862

kede olmak endişesi olmasa bile ırzları itibarile müvacehesinde bulundukları ağır ve muhakkak tehlikeyi bizzat def etmek hakkının tanınması icap eder. Zira bu maddelerdeki cürümlerin mürtekiplerine göre gaye doğrudan doğruya ırza tecavüzdür. Onun için müdafaa hakkı müdafaa imkânının mevcut olduğu safhada kabul olunması lâzımdır.

Bu mevzua dair şerhlerde ve Temyiz kararı arasında bir mütalâaya tesadüf edemedim.

Hayat: Hayata vakî olan haksız tecavüz bilhassa kanunî bir hükmün salâhiyettar makam ve memurlar tarafından icra ve infazında mevzuubahs olur. 49 uncu maddenin birinci bendindeki hallere karşı müdafaa hakkı mevzuubahsolamaz. Devletin silâhlı kuvvetlerinin silâk istimaline kanunen salâhiyettar bulundukları hallerde müdafaa mevcut olmadığı için mukabele suçtur. Meselâ: 25-10-1939 tarih ve 306 sayılı izalei şakavet kanuna göre şakı ilân edilen kimseyi cerh ve katledebilir. Kanununun birinci maddesi şudur. (Dahiliye vekâletince şakı oldukları ilân edilen eşhasın mihlin inkızasından ve hükûmetce derdestinden evvel her kim olursa olsun cerh ve katilleri cürm adolunamaz. Carih ve katiller hakkında takibat yapılamaz.

Bu hususta en mühim hükümler polis salâhiyet ve vazifesine dair kanununun 16 ıncı maddesindedir. Madde şudur:

Madde: 16 — Polis aşağıda yazılı hallerde silâh kullanmağa sa-âhiyetlidir.

A — Nefsini müdafaa etmek.

B — Başkasının ırzına ve canına vukubulan taarruzu savmak.

2 — Ağır cezayi müstelzim bir suçdan maznun olarak yakalanup nezaret altında bulunan veya her hangi bir suçdan mahkûm ve mevkuf olup tutulması veya nakıl ve sevki polise emir ve tevdî olunan şahısların kaçmaları veya bu maksatla taarruzları hâlinde yapılacak ihtarlara itaat edilmemiş ve kaçmağa ve taarruza mani olmak için başka çare bulunmamış ise.

D — Muhafazasına memur olduğu mevki veya elindeki silâha yahut kendisine verilmiş ve teslim edilmiş karakolhane ile şahıslara karşı vukubulacak taarruz başka suretle def etmek imkânsız ise.

E — Ağır cezayi müstelzim ve meşhût cürüm halinde bulunan suçlarda suçlunun saklı olduğu yerin arandığı sırada o yerden şupheli bir şahıs çıkarak kaçtığı ve dur emrine kolak asmadığı görülerek başka suretle ele geçirilmesine çare bulunmamış ise:

F — Ağır hapsi müstelzim suçdan dolayı maznun veya mahkûm olupda zabıtaca aranmakta olan bir şahsın yakalanmasına teşebbüs edildiği sırada kaçar ve dur emrine de kolak asmıyarak başka türlü ele geçirilmesi kabil olmazsa.

863

G — Vazife esnasında polise tecavüz veya karşı koymağa elverişli âletlerin ve silâhların teslimi emredildiği halde emrin derhal yerine getirilmiyerek karşı gelinmesi veya teslim edilmiş silâh ve âletlerin zorla tekrar alınmasına kalkışılmışsa.

H — Polisin vazifesini yapmasına yalnız veya toplu olarak fiilî mukavamette bulunulmuş veya taarruzla mumanaat edilmişse.

İ — Devlet nüfuz ve icraatına silâhlı olarak karşı gelinmişse.

Bu maddenin A ve B bendlerini ceza kanununun 49 üncü maddesinin umumî hükümlerinin tekrarlanmasından ibaret olup haşindir. Köy kanununda köy bekcilerinin silâh istimallerine dair.... inci madde hükmile Kaçaklık vesair kanunlarda buna benzer hususî hükümler vardır.

4 — Müdafaa anî olmalıdır.

Kanun bu unsuru filhal kelmesile ifade etmiştir. Hakikaten müdafaa ancak fiilin vuku ve icrasına mumanaat halinde mevzuubahs olabilir. Fiil vukua geldikten sonra mağdurun mukabelesi artık müdafaa değil intikam mahiyetini alır. Acizane kanaatime göre fiilin vukuunu teşebbüs nazariyelerine göre tayin etmek icap eder. Hareket noksan teşebbüsü geçerek tam teşebbüs safhasına vasıl olur yahut tecavüz gayesine vasıl olarak fiil husule gelir ve fa'lde artık yapılacak bir hareket arzusu kalmaz ve bu sırada mağdur kendini toplayarak mukabelede bulunursa tam meşru müdafaanın mevcudiyeti iddia olunamaz. Bu takdirde de ağır tahrik veyahut şeraiti tecavüz etmiş bir müdafaa ancak mevzubahsolabilir. Bu mevzuda tam teşebbüs tam fiil mahiyetini arzettiği için aynı kaideye tâbi tutulmak yani tam teşebbüs derecesindeki fiile mukabele kabul olunmamalıdır. Fakat noksan teşebbüs safhasında bulunan bir taarruz karşısında tam bir müdafaa salâhiyeti mevcuttur. Yukarda da arzettiğimiz gibi kat'î ve muhakkak tabirleri tecavüzün her halde noksan teşebbüs safhasına gelmesini icap ettirir. Fakat burada tekrarlamak icap ederki müdafaa imkânını gaip ettirecek derecede tecavüze uğrayandan intizar ve tahammül beklenmemelidir. Medenî kanununun 894 üncü maddesinin bu hususta müdafaa hakkını daha fazla genişletmiş olduğunu ve mütecavizi takip salâhiyetini de tanıdığını ilerde göreceğiz.

5 — Başka suretle içtinap kabil olmamalıdır.

Kanun bu unsuru = defi zarureti cümlesile gayet güzel ifade etmiştir. Tecavüz ancak müdafaa olunan fiil ile kabili defi olmalıdır. Binaenaleyh daha hafif fiillerle tecavüzün defi kabil olduğu tahakkuk ederse müdafaa şeraitini tecavüz etmiş adolunur. Kanunî tabirle müdafaa adolunan fiilin tecavüzün definde kullanılması zarurî olma-

lıdır. Daha hafif hareketle bertaraf edilmesi kabil olan veyahut mukabeleye lüzum kalmadan çekinilmesi mümkün olan tecavüzlere ağır mukabelede bulunmak müdafaa adolunamaz. Ancak tecavüze uğrayandan kanununun istediği merdane bir içtinaptır. Yoksa kaçmak değildir. Haksızlık önünden kaçmak zillettir. Kanun insana zillet tahmil etmez. Burada da muhit ve şerait göz önüne alınarak opjektif kanaatlardan çekinmek lâzımdır. (Mülkiyet ve zilyetliğe vakî olan tecavüzlere karşı meşru müdafaa).

Bu hususteki hükümler ceza kanununun 461 ve medenî kanununun 894 üncü maddelerindedir. Her iki maddeyi aynen yazup mukayese edelim. Türk ceza kanunu Madde-461 yukarıda iki fasılda beyan olunan fiillerden aşağıda gösterilen mecburiyetlerle yapanlara ceza verilemez.

1 — 495, 496, 497, 499 uncu maddelerde beyan olunan fiillerden yahut yağma ve garat yapanlara karşı malını müdafaa etmek.

2 — Bir şahsın evine veya içinde adam oturur sair her türlü bina ve müştemilâtına merdiven kurup çıkanları veya divarı delenleri veya kapu kıranları yahut işbu mebani ve müştemilâtına ateş koyanları bu fiiller gece vaktı olmak veya gündüz o sa bile hane ve bina müştemilâtı bücra bir mahalde bulunmak şartile içinde ikamet edenlerin emniyeti şahsiyelerince aklen varit bir endişe ve havfı ciddî mevcut olduğu takdirde defetmektir. Ancak bu maddenin bir No. lu bendinde beyan olunan ahvalde müdafaada ifrata gidilmiş ve hane ve sükna müştemilâtına merdiven kurmak, kapu kırmak, divar delmek fiillerinin faillerini def için iki No. lu bendde yazılı şartlar mevcut bulunmamış olduğu halde asıl fiile mürettep ceza, ağır hapsı hapse tahvil olmak üzere üçte birden yarısına kadar indirilir.

Medenî Kanun madde: 894 Zilyet gasp ve tecavüz fiillerini kuvvet istimâlile defetmek hakkını haizdir. Şiddetle veya hafiyyen kendisinden alınan o şeyi gayri menkul ise gasbı koğarak menkul ise cürmü meşhut halinde tutulan veya kaçarken yakalananın tamamile elinden alarak istirdat edilebilir. Zilyet halin göstermediği cebir ve şiddet istimalinden içtinap etmekle mükellefdir. Her iki madde dikkatla mütalâa olunursa aralarında dört muhim fark görülür.

1 — Ceza kanununun 461 inci maddesi (Malını) tabirile yalnız maliki kast etmiştir. Madde ifadesine göre ancak mal sahibi bu salâhiyeti haizdir. 495 inci maddedeki zilyetlik tabirinin müdafaaya şümulü olmadığı aşağıda izah olunacaktır. Medenî kanun zilyede de

müdafaa hakkını tanımak suretile bu salâhiyetin hudutlarını genişletmiştir.

2 — Ceza kanununun 461 inci maddesi yalnız menkul malı gasp edene karşı meşru müdafaayı tanımıştır. Halbuki medenî kanununun 894 üncü maddesi aynı zamanda gayri menkul gasbını ve gaspdan maada diğer bazı tecavüzleri ve (hafiyyen alınan şey) tabirile hırsızlık ve ceza kanunu tabirile emniyeti suiistimali de ihtiva eder.

3 — Ceza kanununun 461 inci maddesi tamamen tedafiî bir müdafaa kabul etmesine mukabil medenî kanunu mütecavizi kovalamak ve takip etmek gibi daha vasî salâhiyet tanımıştır.

4 — Bir cihetten de ceza kanununun 461 inci maddesi medenî kanununun 894 üncü maddesinden daha geniş salâhiyetler ihtiva eder. Medenî kanunu yalnız kendi yedini müdafaaya cevaz verdiği halde ceza kanunu yağma ve garat yapanlara yanı aharın mülküne vakî olan tecavüzleri de def'e salâhiyet vermiştir.

1 — Mülkiyetle zilyetliğin tefriki ayni zamanda ceza kanununun 461 inci maddesile medenî kanununun 894 üncü maddeleri arasındaki birinci farkı da izah eder.

Medenî kanun mülkiyeti tarif etmemiştir. Fakat 618 ve müteakip maddelerile mevzu, şümul ve unsurlarını tayın etmiştir.

Mülkiyet, şey üzerinde hukukan tasarruf iktidarıdır. Satmak, rehin etmek hakkı vesaire gibi, mülkiyet mücerret bir mefhumdur. Ancak iktidar ve kudret şeklinde tecelli ettiği için maddeten kabili idrâk değildir. Kanun zilyetliği tarif etmiştir. Zilyetlik şey üzerinde fiilen tasarruf salâhiyetidir. Medenî kanun, madde: 887.

Şeyin iktisadî ve kanunî menafiinden fiilen istifadeden ibaret olması hasebile zilyetlik maddeten mahsusdur. Mücerret mülkiyette yani zilyetlikte devem olmıyan mülkiyette istifade maddeten tecelli etmez. Mücerret zilyet de gayri menkulede temlıki tasarruflarda bulunamaz. Binaenaleyh bir şeye hukukan sahip olmak fiilen vazülyet olmakdan ayrı bir şeydir. Zilyetliğe mülkiyet kabili tecezzidirler. Bir şahısta bulundukları gibi ayrı ayrı şahıslarda da bulunabilirler. Zilyetlik tamamen fiilî bir hal de değil aynı zamanda hukukî bir mefhumdur. Zilyetliği kanun vazıh olarak tayin etmemiştir. Bu bahs karanlık ve incedir. Tatbikatta ehemmiyetli hâdiselerde mevzubahsolan zilyetliği şahsî görüşten ziyade ustadların mütalâalarına göre tahlil edelim. Mecelle zilyetliği pek basit telâkki etmişti. (Zilyet bir male vazülyet olan ve onda tasarrufu müllak ile tasarruf eden kimselerdir). Şeklinde tarif etmiştir. Maade: 1679.

Hizmetci ile efendisinin eşya üzerindeki iktidarlarını ve ata binen ile yollarını tutandan hangisinin zilyet olduğunu münakaşa

866

eden fukeha indî mütalâalarla halli meseleye çalışmışlardır.

Mecelle şarihi Ali Haydarın şu mütalâası zilyetlik bahsinde bugünde kabili istifadedir. (Zilyet lûgaten el sahibi dimektir. Zilyet hukukan bir ayne hali muhakemede veya kablelmuhakemede vazülyet eden yahut bir ayinde tasarruf müllak ile tasarrufu ve o ayindan intifai sabit olan kimsedir). Bilfiil vazülyet menkulde olur. Bir kimsenin cebinde bulunan saat, lâbis olduğu elbise ve rakip olduğu hayvan gibi.

Tasarruf müllak ile tasarruf dahi hem menkulde ve hem de akarda olur. Tarlayı ziraat etmek, hanede sakin olmak arsada bina yapmak, ormandan ağaç kesmek, hayvana rakip olmak ve onu sağmak, hanede zilyet onda sakin olandır yoksa odalarından birisinin anahtarını yedinde bulunduran değil.

Tasarrufu ika ettiği mahal o mübaşirin mülkü olmasına mutavakkıf olur [2] Mecelle zilyetliğe mukabil hariç tabirinide kullanmıştır. Medenî kanun bu mefhumu almamıştır. Esasen hariç mefhumu hukukan bir hüküm de ifade etmez. Yalnız zilyetliğin tam zıddı ve mukabili olmak itibarile ancak ilmi cihetten mevzuu aydınlatmağa yardımı dokunur.

Hariç, vazülyet ve tasarruftan beri olan kimsedir. Mecelle madde 1680. Hariç, zilyetlikten mahrum olan yani ayine vazülyet etmeyen ve onda tasarruf müllak ile tasarruf etmeyen kimsedir. (Meselâ elbisenin hiç bir yerinden tutmayan yahut lâbise nisbeten yakasından tutan yahut hayvan üzerine rakibe nazaran ahzi bıllıcam olan yahut hanede sakine nazaran odalardan birisinin anahtarını tutan kimse) Ali Haydar mecelle şerhi Cilt: 4 Sahife: 374

Medenî kanun mecelleye nazaran zilyetliği oldukça tavzih etmiş fakat tamamen halledememiştir.

Rossel İsviçre medenî kanununun 920 (bizim 888) inci maddesini tenkit ederken Jehringin Der Besitzwille namı eserile mevzua müdahalede bulunmasına rağmen hâlâ zilyetliğin medenî kanununun en çetin ve karanlık doktrini olmak vasfını muhafaza ettiğini iddia eder. Medenî kanun Jehring'in eserine iktifa etmekle beraber ince farkları pek çok olan mevzuda müziç mesailin hudusunu bertaraf edememiştir. Menkul eşyada aynı hak zilyetlikle gayri menkullerde tapu sicilile tezahür eder. Bu itibarla tapu sicilli gibi zilyetlikte bizzatihi bir hak değil ancak hakkın aidiyetini gösteren bir vasıtadır. Fakat yeknazarda menkul bir malin kime ait olduğu mechuldur. Cemiyette sükûn ve istikrarın devamı için zilyetliğin kanunen himayesi zarurîdir. Onun için kanun menkul zilyedini malık ad ederek

[2] Ali Haydar mecelle şerhi cilt: 4 — Sahife: 372

867

himaye etmiştir. Medenî kanun; (Madde: 898). Hakka mugayir olarak teessüs eden zilyetlik fiilen değil ancak hukukan yani dava yolile bertaraf edilebilir. Medenî kanun madde 24, 816, 896. Kanun hak iddia edene dava yolunu açmakla zilyetliği himaye etmiştir. Ve fiilen vakî olan tecavüzleri kuvvet sarfile bizzat def etmek salâhiyetini tanımıştır. Zira zilyetliğin devamı cemiyette sükût ve asudeliği temin eder. Süpjektif kanaate istinaden ihkakı hakka kiyam cemiyetin yalnız intizamını değil bünyesinide sarsar. Şüphesiz gasp veya hırsızlıkla teessüs eden zilyetlikte sükûn da olsa âmme vicdanında menfi aksüllemmeller tevlit eder. Fakat aksi hal mücadele ve anarşı doğracağı için hak iddia edene yalnız dava salâhiyeti verilmiştir. Binaenaleyh zilyet olan hırsızı malik ad ederek asıl mal sahibine dava açmak külfetini tahmil etmekte kanun muztardır.

Zilyetliğin fiilen tarsarruf olmakla beraber tamamen fiilî bir vaziyet de değildir. Zilyetlik hukukî bir mefhumdur. Medenî kanun bunu bizzat müdafaa etmek salâhiyetini zilyede tanımıştır. Fakat zilyetliği tayin bazı hallerde pek büyük güçlük ve incelik arzeder.

Bir mağazada kumaş karıştıran kimse henüz zilyet değildir. Fakat terzi-ine göstermek üzere mağazadan alup çıktıktan sonra kumaş üzerindeki alâka ve münasebeti zilyetliktir. Plajda soyunup suya giren bir kimsenin elbise ve eşyası üzerinde plaj müstahdem veya sahibinin zilyetliği mücerret olarak iddia olunamaz. Fakat hassaten bir müstahtem bu eşyayı muhafaza ile tavzif edilmiş ise müstahdemle eşya arasında husule gelen rapıta dolayısile zilliyetlik tahaddüs etmiştir. Zilliyetlikte hukukî bir bağ aranmasa bile şey ile vazülyet eden arasında bir münasebet ve alâka bulunması lâzımdır. Binaenaleyh Şömendöfer kompartumanında terk olunan eşya ile o kompartumanda seyahat eden diğer yolcular arasında kendiliğinden bir münasebet mevcut değildir. Zilyetlik yolculardan birisinin eşyayı eli altında bulundurmak temayülünü göstermesile tehaddüs eder. Fakat bu hal bir Taksi otomobilinde unutulan eşyaya benzemez. Çünkü ikinci halde eşya otomobile vazülüyet olanın dairei nüfusuna girmiştir. Fakat bazı hallerde şey'e tamamen hâkim ve sevk idaresine vazülyet bulunmakta zilyetlik tevlit etmez. Sahibi içinde iken sevki idaresine hâkim bulunan şöfür veya arabacı otomobil veya arabanın zilyeti değildirler. Buna mukabil bazı hallerde fiilen tasarruf munkatî de olsa zilyetlik zayı olmaz. Medenî kanun madde: 889.

Aslî ve fer'î zilyetlik: Medenî kanununun 888 inci maddesi, zilyetlik bir irtifak veyahut bir irtihan hakkı yahut şahsî bir hak tefviz etmek için bir şey teslim ettiği takdirde bunların ikiside zil-

868

yetliğe malik olurlar. Bir şeyde malik sifatile zilyet olanlar o şeyin aslen zilyeti diğerleri fer'an zilyetdirler. Madde ifadesine göre rehin edilen icara verilen eşya üzerinde malikin zilyetliği asıl olarak devam eder. Rossel bu maddeyi mantıksız bulur. Ve Zürihte diyor, Bangere tevdi ettiğim eşya ve kiraya verdiğim evin girmeye mezun bulunmadığım solonunda ki tablo üzerinde ne gibi tasarrufa ve maddî kudret ve nüfuza malikim.

Hakikaten bu takdirde malikin zilyetliğini kabul etmeyi icap ettiren amelî bir faideye dair bir misal gösterilemez. Mecelle şarihi Ali Haydar da bu hususta Rossel ile hemfikirdir. (Bu veçhile bir malda biri mutasarrıf olduğu halde diğerinin asla tasarrufu olmazsa mutasarrıf zilyet diğeri hariç itibar olunur) der [3].

Mumaileyh biliştirak zilyetliği iki kısma ayırır.

A — Tasarrufları müsavi olmak: Bir hayvan üzerine iki kişi maan rakip olduğu halde her biri müstekilen zilyet benim deseler ikiside biliştirâk zilyet olurlar.

B — Tasarrufları müsavi olmamak yani birinin tasarrufu diğerinden ezher ve kavî olmaktır. Bu takdirde tasarrufu ezher ve kavî olan zilyet değeri hariç itibar olunur. Binaenaleyh ata binen zilyet yolarını tutan hariç, elbiseyi giyen zilyet bir tarafından tutan hariç adolunur. Zilyetliğin daha fazla tahlili maksat olan mukayeseden bizi uzaklaştırır. Ceza kanununun 495 inci maddesi medenî kanunun 894 üncü maddesile ahenktar olarak zilyetlik tabirini kullanmışlardır. Fakat ceza kanununun 461 inci maddesi malını müdafaa tabirile zilyetliği hariç bırakmıştır. Bunun bililtzam yapıldığını zan etmiyoruz. İfade sakatlığından ileri geldiği için ahkâmı umumiye göre tadili şayanı temennidir.

Madde ancak malını yani mülkiyeti altında bulunan eşyayı müdafaya cevaz verdiği için zilyetlik hariç kalmıştır. Diğer tarafdan medenî kanun bunu zilyette tanımıştır. Her iki kanununun hükümleri nasıl telif olunabilir. Gerek ceza kanununun 461 ve gerek medenî kanununun 894 üncü maddeleri bazı ahvalde suç adolunan fiillere meşruiyet izafe etmeleri itibarile her ikisi cezaî mesuliyeti bertaraf ederler. Şurası muhakkakdırki medenî kanununun 894 üncü maddesi şeraiti dairesinden hareket edene ceza kanununun muafiyet kaidelerinden sarfınazar edilerek mes'uliyet izafe olunamaz. Medenî kanununun maddesi aynı zamanda ceza kanununun 461 inci maddesi hükmünü de ihtiva eder. Şu halde medenî kanununun daha geniş ve şümullü muafiyeti muvacehesinde ceza kanununun 461 inci maddesini zait ve hükümsüz ad etmek icap eder.

[3] Mecelle şerhi Ali Haydar Cilt: 4 Sahife: 374

869

2 — Ceza kanununun 461 inci madddesile medenî kanununun 895 inci maddesi arasında ikinci ve en mühim fark, ceza kanunu yalnız menkul gasbından dolayı muafiyet tanımış olmasına mukabil medeni kanun ayni zamanda gayri menkul gasbına ve gasıpdan mada diğer bir çok tecavüzlere karşı da muafiyeti tanınmasıdır. Sonra ceza kanununun hüküm ve tabirlerile medenî kanununun hüküm ve tabirleri mensup oldukları hukuk grubu itibarile de yekdiğerlerinden farklıdırlar. Medenî kanununun 494 üncü maddesi gaip, tecavüz ve hafiyen alınan şeyden bahsettiğine göre bu mefhumları ayrı ayrı tahlil edelim

A — Gasıp. Ceza kanununda menkul gasbı mevzuubahs edilememiştir. 495 inci ve müteakip maddeler yalnız menkul gasbından bahsetmişlerdir. Ceza kanununun 495 inci maddesi ilk fıkrası ceza hukuku bakımından gasbı tarif etmiştir. Maddeye göre gasıp menkul bir malın zilyedini veya cürüm mahallinde bir başkasını cebir ve şiddet kullanarak veya şahsen veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceğini beyanla tehdit ederek o malı teslime vahut malın kendi tarafından zabtına karşı sükût etmeye mecbur kılmaktır. Medenî kanun gasbı tarif etmemiştir. Fakat kanunun sükût etmesi gasbın ceza kanundaki dar manada almaya bir sebep teşkil etmez. Zira madenî kanununun 894 üncü maddesinden ki gasp tabiri medenî hukuka göre tarifi icap eden bir mefhumdur. İsviçre şarihleri bu madde münasebetile Willandin şu tarifini almışlardır. (Başkasının zilyetliği sahasında, haklı gösterilebilecek bir sebep olmaksızın zilyedin rızası hilâfına yapılan tecavüz gasıptir). Gayri menkule vakî o acak haksız tecavüzleri de bihakkın ihtiva eden bu geniş tarif ceza tabirile ızrar, ihkakı hak gibi tecavüzleri de şümulüne alır. Fakat Willand heman ilâve ediyor. Tecavüzde bulunan kimsenin diyor, kendisinden başkasına meselâ ketmedene karşı bizzat icrayı adâlet etmesi tecviz olunamaz. Medenî kanununun vasî telâkkisi ceza kanununun mahdut tarifile telif ve ahengi temin etmek şuphesiz içtihat tesisile muvazzaf olanların en mühim vazifelerinden birini teşkil eder. Mevzua hâkim olan her halde hukuku medeniye nazariyatıdır.

B — Medenî kanununun 894 üncü maddesi hafiyen kendisinden alınmış olan şey istırdat hususunda zilyede şiddet kullanmaya cevaz veriyor. Hafiyen alınan şey ceza kanunu bakımından yalnız hırsızlık ifade eder. (Madde: 491) fakat medenî kanununun 984 üncü maddesindeki hafiyen alınan şey tabiri hukukisi hırsızlıktan daha vasî bir mefhumdur. Bilfarz efendisinin siyanetine terk olunan şey hizmetcinin hafiyen alması maddenin şümulüne dahildir. Halbuki bu fiil ceza bakımından emniyeti suiistimâldir. Madde bazı hallerde

870

dolandırıcılığıda ihtiva eder. Zilyedin gasp ettiği bu halleri ele geçirmek için sarfına mezun olduğu müessir kuvvet ceza esaslarile nasıl telif olunabilir. Bir defa bu surete kuvvet sarfı kayıt ve şarta tabidir. Maddenin son fıkrasına göre zilyet halin haklı göstermediği cebir ve şeddet istimalinden içtinabla mükellef tutulmuştur. Gurti bu hususta şu mütalâayı dermeyan ediyor. Kuvvet istimâlı zarurî olmalıdır. Kuvvet, kanunî olmayan bir tecavüze karşı anı def etmek için zarurî olduğu nisbette ancak meşru müdafaa hakkı olarak kullanılabilir. Daha fazla nisbette kullanılamaz. Mumaileyh Willanda atfen şöyledevam eder. Cürmü meşhut tabirinede dar bir mana verilmemelidir. Bir kemse paltusunu çalan kimseyi demiryolu dorağında fakat hırsızlıktan bir kaç gün sonra yakalayabilir ve orada polis memuru bulunmazsa [4] kendisi bizzat icrayı adâlet edebilir. Hırsızı ikametgâhında da takip edebilir. Gurti'nin zilyede tanıdığı bu salâhiyeti ceza kanunumuz kendiliğinden ihkakı hak suçu ad etmiştir. Ve hakikaten de mütalâa şayını kabul değildir.

Rossel aksi fikirdedir. Mumaileyhe göre: kuvvet, hemen gasp veya sair tecavüzün vukuu anında icra olunmalıdır. İş olup bittikden sonra zilyet ancak medenî kanununun 895 ve 896 ıncı maddelerine tevfikan dava açarak yeddin iadesini isteyebilir. Filhakika hukuku medeniyede ihtilâfın hallinde normal yol dava yoludur. Rosselin fikri ceza nazarayatına daha uygun ve şayanı tercihtir. Zira ceza nazarıyatında meşru müdafaa, bir maldan mahrum kalmak veya malı ele geçirmek sebeplerinden değil müdafiin benliği üzerinde mütecaviz tarafından yapılan tazyikın bertaraf edilmesi esasına müstenitir. Bu telâkki zilyedin takip salâhiyeti ile güç telif edilir. Fakat medenî kanun 894 üncü maddesi sarahatla takip salâhiyetini tanımıştır. Keza hırsızlığın mücerret gece yapılması zilyedin silâh istimaline cevaz vereceğine ve bu takdirde cezaî mes'uliyt terettüp edemiyeceğine dair olan Gurtinin müfrit mütalâasına mukabil Rossel meseleyi ceza zihniyetine muvafık şekilde ve daha mütedil surette şöyle izah eder. Ahvalin haklı göstermediği cebir ve şiddet icrasını nasıl tefsir etmeli?

Bir kibritin mülkiyeti Jokondun mülkiyeti kadar mükaddes olduğu reyinde bulunan mefküre eshabının talim ettiği üzere asude zilyedlik her halde himayeye müstahak bulunduğu cihetle kıymeti ne olursa olsun mutlak surette zilyetliği himaye için lâzım olan cebir ve şiddetmidir?. Yoksa aynin kıymeti ile sair bütün ahval ve keyfiyetin icap ettirdiği cebir ve şiddetmidir? Tereddüdsüz son tefsiri tercih ede-

[4] Gurti polis memurunun huzurundan borçlar kanununun 52 inci maddesini göze alarak içtinap etmiştir.

871

riz; Binaenaleyh çardağa alınmış meyva ağaçlarının mahsulünü kurtarmak için başka çare olmadığından meyveleri yüklenerek bahçe divarını aşmakta olan çapulçuya ateş eden mal sahibi müdafa hakkını tecavüz etmiştir). [5]

Her halde tecavüze mevzu teşkil eden aynin kıymeti kuvvet sarfı hususunda büyük rol oynar. Fakat mutlak değildir. Pek yüksek bir kıymette olmamakla beraber bir ailenin maişiyetini temine vasıta olan bir şeyden mahrumiyetin zilyette tevlit edeceği elem ve hâleti ruhiyeyi iyi takdir etmek icap eder.

C — Sair tecavüzler.

Medenî kanununun 894 üncü maddesi gasp ve hafiyyen alınan şeylerden maada tecavüzlerden bahsetmiştir. Bu münasebetle arzetmek icap ederki ceza kanununun müdafaayi yalnız gasba hasretmesi şayanı tenkittir. Zira mülkiyete gasptan daha ağır tecavüzlerde vakî olabilir. Ceza kanununun 495 inci maddesi mütecavizlerin menkul malı cebren teslime icbar halini gasp telâkki ederek 461 inci maddesile munhasıran bu hususta müdafaayi kabul etmiştir. Mütecaviz zilyedi teslime değilde yakılma veya tahrip edilmeye müsaade etmeye icbar ederse muafiyet mevzuubahs olmayacakmıdır. Her halde bir kimseyi evini yakmaya müsaadeye icbar, paltosunu teslime icbardan daha hafif değildir. İddia edilebilirki teslime icbar yakmaya müsaadeyi de tazammun eder. Zira nihayet bu da teslime icbardır. Fakat elindeki malı denize atmaya zilyedi icbar eden ve bu suretle aleyhindeki bir delili yok etmeyi istihdaf eden mütecavizin tesiri ve gayesi teslim kelimesinin manasından hariçtir. Bu hususta icabı halin cevaz vermediği hususları tayin ve takdir lâzımdır.

3 — Ceza kanununun 461 inci maddesile medenî kanununun 894 üncü maddesi arasındaki üçüncü fark ceza kanununun tedafüü bir müdafa kabul etmesine mukabıl medenî kanun kısmen mütekabil taarruzada cevaz vermiştir.

Filhakika ceza kanununun gasp, yağma, ve garat yapanlara karşı malını müdafa ederken suç işleyenlere ceza verilemez şeklindeki ifadesi mütecavizin taarruz hareketi bittikten sonra mukabil hareketlerle onu takip ve müessir kuvvet sarfile iadeye icbara cevaz verecek kadar geniş değildir. Halbuki medenî kanun mütecavizi koğalamaya ve takibe de cevaz veriyor. Medenî kanunun hükümleri bu bakımdan daha şümullüdür.

4 — Bir bakımdan da ceza kanununun 461 inci maddesi medenî kanunun 894 üncü maddesinden daha geniş ve şümullüdür. Ceza kanununun 461 inci maddesinin ikinci bendi emniyeti şahsiyeye ak-

[5] Rossel 3 üncü cılt No. 1720

872

len endişe verecek ve male matuf tecavüzlerde müdafaa hakkını tanımıştır. Keza 461 inci maddenin matufu bulunan 495 inci madde, nin son fıkrası gasptan maada yağma ve garat şeklinde başkasının malına karşı vakî olan tecavüzlerde de müdafaa hakkını tanımıştır. Halbuki medenî kanun başkasını siyanet etmeye matuf hareketlere cevaz vermez. Yalnız kendi yedini müdafaa salâhiyetini tanımıştır.

Zilyetlik bir hak değil ayni haklara ait bir mefhumdur. Borçlar kanununun 52 inci maddesinde müdafaayi şahsî hak bakımından tetkik edeceğiz. Her iki kanun hükümleri dairesindeki farkları bu şekilde dört grupta toplayup mütalâa ettik.

Zilyet bizzat malike karşı da kuvvet sarf edebilirmi ?

Bir şey üzerinde hukukan tasarruf kudretile yani mülkiyetle o şey üzerinde fiilen tasarruf iktidarı yani zilyetlik yekdiğerlerinden kabili tefrik ve başka başka şahıslarda bulunması mümkün olan salâhiyetlerdir. Acaba zilyet malikin tecavüzüne uğradığı zaman medenî kanununun 894 üncü maddesinin şeraiti dairesinde malike karşı da müessir kuvvet sarf edilebilirmi ? esasen muğlak olan mevzuunda en çetin bahsı budur. Yukarıda arzolunduğu gibi mahâkim içtihadı maalesef mevzuu işlememiştir. Serd edeceğimiz mütalâanın şahsı telâkkı olunması lâzımdır. Esasen bu yazıdan gaye bu ince meseleyi mevzuubahs edüp alâkalandırmaktır.

Malike karşı kuvvet sarfı meselesini acizane kanaatıma göre hukuk ve ceza esasları göz önünde bulundurularak zilyetliği doğuran sebeplere mütenazır üç kısma tefrik ederek mütalâa etmelidir.

Zilyetlik, akit veya sair kanunen muteber bir muameleye (rehin gibi) müsteniden meşru olarak iktisap olunur. Yahut kanunen haksız bir fiil veya suç adolunan gayri meşru bir fiille elde edilir. Üçüncü ve mutavassıt bir şekil olarak da her iki hal haricinde kalan ve ihtilâflı şekil tesmiye edilebilen şekilde teessüs eder. Müdafaa bakımından bunları ayrı ayrı tetkik edelim.

1 — Hukukî bir mukavele veya muameleye müsteniden meşru şekilde iktisap olunan zilyetliği malik haksız olarak ihlâle tasaddî ederse malikin hareketi aherin hukukuna gayri kanunî bir tecavüz şeklinde tecelli edeceği cihetle mezkûr tecavüz medenî kanununun 894 üncü maddesi şeraiti dairesinde vukubulursa zilyede defi hakkını tanımak lâzımdır. Kontrato ile isticar ettiğim Apartumanın mülkiyeti malikin uhdesinde kalsa bile kanunî ve iktisadî menafiinden bilfiil istifade de devam ettiğime ve zilyetliğim mesken masuniyet ve hürriyetim gibi bir çok esaslı haklarımla imtizaç ettiğine göre malikin fiili müdahalesi haksız hattâ hukukuma bir tecavüz teşkil eder. Keza borç verilen paranın kanunî teminatı olmak üzere rehin

alınan malı, malik borcu ödemeden bilfiil ve haksız olarak geri alamaz. Ve rehin, mülkiyeti takyit eden bir akde müstenit bulunduğu için mal sahibinin hareketi başkasının meşru hukukuna haksız bir tecavüz teşkil eder. Bu hususta üçüncü şahıs ile malik arasında bir fark gözetilemez. Her iki halde teessüs eden sükûnete haksız şekilde tecavüz mevzuubahsdir. Ancak icabı halin haklı göstermediği şiddetten failin içtinap etmesine dair olan 894 üncü maddesinin malik lehine daha geniş şekilde imal olunabilir.

Medenî kanunun 894 üncü maddesi medenî kanun olması hasabile ceza kanunun maddeleri gibi kesin değil tefsire müsait ve elestikidir. Her hangi bir şekilde manalandırılması ceza mevzuatını da alâkalandırdığı için tefsiri son derece naziktir. Müşkilât bilhassa son tatbikinde kendini gösterir. filhakika bir tecavüzün mahiyetini yani haklı veya haksız olduğunu tayin nisbeten kolaydır. Bu mevzu hukukun izahına taallûk eder. Fakat 894 üncü maddenin birinci ve ikinci fıkraları dairesinde vukubulduğu tesbit olunan bir fiili son fıkraya göre muhakeme etmek hususunda kanuna hiçbir kıstas yoktur. Mesele tamamen takdire taallûk eder. Son fıkradaki (malın haklı göstermediği) cümlesindeki hak mevzu hukuk manasında olan hak değildir. Hareketin hudut ve şümulünü tayin hususunda hâkimin kanaat ve takdirinin vasıl olacağı netic dir. Birinci derecede fiilin vuku bulduğu şerait ve muhit ve tecavüzün zilyedin zihninde uyandırdığı intiba ikinci derecede hukukun ihlâl derecesi kanun ve içtimaî telâkkilerin muvacehesinde zilyedin vaziyeti göz önüne alınarak mütalâa olunmalıdır. Vicdanî kanaat yani hâkimin şahsî telâkkisi buna göre rol oynayacaktır. Her halde sübjektif düşüncelerle zilyetten mutavaat beklenmelidir. Hülâsa olarak zilyetlik hakka müsteniden teessüs etmiş ise malikin bunu ihlâl etmesi başkasının hukukuna tecavüz teşkil etmesi itibarile 894 üncü maddeye tevfikan meşru müdafaayi davet eder.

2 — Tecavüze hedef olan şeyin mülkiyeti zilyet ile malik arasında ihtilâflı bulunursa : Meselâ hüsnüniyetle satın alan kimse ile hırsızlık dolayısile yani malı çalmak suretile yedini gaip etmiş olan asıl mal sahibinin vaziyetleri mütalâa edelim. Bu halde mal sahibi mülkiyetini muhafaza eder. Ve satın alan zilyet olur. Medenî kanununun 902 inci maddesine tevfikan sırkat olunan mal hakkında birinci zilyedin yani kendisinden çalınan şahıs istihkak davasile malın iadesini isteyebilir. Bu takdirde evvelemirde medenî kanununun 907 ve 908 inci maddelerine göre yani sırkatten sonra teessüs eden zilyetliklerin hüsnüniyet ve suiniyete müstenit olup olmadığı takdir etmek lâzımdır. 907 inci maddeye göre hırsızdan malı hüsnüniyetle

874

iktisap eden şahıs yaptığı masraf ve verdiği bedele mukabil malı hapsetmek salâhiyetini haizdir. Ve malik ancak 902 inci maddeye tevfikan dava ikame etmek suretile müdahaleyi bertaraf edebilir. Beş seneye kadar bu hal böyle devam ederse müruru zamanla mülkiyette iktisap edilmiş olur. Medenî kanun zilyetliği yani sükûnetin devamını tercih ederek mal sahibine dava hakkını vermiştir. malik için 902 inci maddeye tevfikan istihkak davası açmak kanunî bir mükelefiyettir. Bizzat malı almaya tesaddî ederse kendiliğinden ihkak etmiş olduğundan bu haksız hareketle zilyedin 894 üncü maddeye tevfikan mukavemetine maruz kalır. Keza icar mukavelesinin sükûtla tecdit edildiği iddiaları muvacehesinde mucir müstecirin eşyasını dışarıya atamaz. Aksi takdirde haksız tecavüzde bulunmuş olur. Fakat mucirin kira edene mukabil müstecirin menkul eşyasını hapis yani zabt etmesi kanunî salâhiyete müstenit bulunması hasebile haksız bir fiil değildir. Borçlar kanunu madde: 267.

3 — Zilyetlik kanunî sebeplere müstenit olmıyarak tamamen gayri meşru şekilde teessüs ettiği haller:

Gerek hırsızlık, dolandırıcılık, emniyeti suiistimal gibi kanunen suç sayılan fiillerle ve gerek bu suçların anasırını tamamen haiz bulunmayan fakat borçlar kanununun 41 inci ve müteakip maddelerine tevfikan haksız fiil tesmiye edilen hareketlerlede olsa bir malı eline geçiren kimse bunu üçüncü şahsların tecavüzüne karşı şüphesiz medenî kanununun 894 üncü maddesine tevfikan kuvvet sarfile müdafaa etmek salâhiyetini haizdir. Fakat zilyet bu kuvveti bizzat malike karşı da sarfedebilirmi ? Zilyetliğin himayesi cemiyete teessüs etmiş olan sükûn halinin temini gayesine matuftur. Bu halin ihlâl edilmeden devamı lüzumu bu takdirde müdafaa olunabilirmi ? Bu hususta evvelâ mal sahibinin kanunî salâhiyetlerini ve hattı hareketini ondan sonra da zilyedin vaziyetini mütalâa edelim. Bu hususta meseleyi iki kısma ayırmak lâzımdır.

Birincisi eğer mal sahibi hükûmete müracaata muktedir ise hakkını şikâyet dava suretile araması lâzımdır. Ceza kanununun 308 ve borçlar kanununun 52/3 üncü maddeleri bu hususta sarihtirler. Aksi takdirde ceza kanununun 308 inci maddesi hareketi kendiliğinden ihkakı hak suçu telâkki eder. İkinci hal eğer mal sahibi hırsızı yakaladığı zaman ve mekânda hükûmete müracaata muktedir değilse. Yukarıdaki görüldüğü gibi Gurtiye göre mücerret olarak kuvvet sarfedebilir. Rossele göre ise malın değerini ve onu bir daha ele geçirmek imkânsızlığını göz önüne alarak meseleyi mütalâa etmek lâzımdır. Ve 894 üncü maddenin son fıkrasının imâl edilmesi yani zilyedin halın haklı göstermeyeceği şiddetten içtinap etmesi lâzımdır.

875

Medenî kanununun 894 üncü maddesinin son fıkrası ceza kanununun 308 inci müteakip maddelerile yani kendiliğinden ihkak mevzuu ile alâkadardır. İhkakı hakkın devletin asıl vazifesinden madut bulunması hasabile devletin vazifesini ifaya davet imkânı mevcut olunca ne müdafaa ve nede yedin istirdat mevzuubahs olamaz. Şu halde malı yahut yedi sırkat olunan kimse hırsızla karşılaştığı takdirde hükûmete müracaata muktedir ise malı fiilen istirdada teşebbüs edemez. Kanun kendisine bu salâhiyeti vermiyor fakat buna rağmen malı istirdada teşebbüs ederse hareketi ceza kanununun 308 inci maddesine tevfikan kendiliğinden ihkakı hak olur. Fakat hırsızın elindeki malı, medenî kanununun 894 üncü maddesine müsteniden müdafaa etmeye salâhiyeti varmıdır. Meşru bir durumun veya hiç olmazsa ihtilâflı bir durumun idamesinde cemiyet ancak menfaattardır. Zilyedin gayri meşru hattâ bazı ahvalde suç mahsülü olan vaziyetinin devamını muhafazaya çalışmanın tevlit edeceği aksülamel cemiyet bünyesini her şeyden daha fazla sarsar. Hırsızın elindeki mal cürüm mahsulü olmak hasebile durum gayri meşrudur. Ancak zilyetliğin teessüsü ile sükûnet hasıl olmuştur. Üçüncü şahısların hırsızın elindeki mala vaki olacak tecavüzlerinin meni matlup sükün iktizasındandır. Bu itibarla üçüncü şahısların tecavüzlerini hırsız def etmelidir. Ancak bu salâhiyetin malike karşı istimaline cevaz verilemez. Rosselin dediği gibi hak vehmine karşı kanun bizzat hakkı tercihe mecburdur. Binaenaleyh hırsız mal sahibinin istirdat teşebbüsü karşısında çaldığı malı terke mecburdur. Aksi takdirde mukabelesi cezaî mesuliyeti icap ettirir. Medenî kanun gasibe (geniş manada hırsızlıkta dahil) zilyetliğini müdafaa hakkı tanınmaz. Ve gasib tercihe şayan hak dahi iddia edemez [6].

Dikkat olunacak incelik zilyetliğin müdafaa mevzuu içinde ikinci bir müdafiin muvzuubahs olmasıdır. Filhakika aslen mala zilyet bulunan mal sahibi idi. Hırsızda çalmakla mal üzerinde bir zilyetlik teessüs etmiştir. 894 üncü madde zilyete takip salâhiyetini verdiğine göre malsahibinin hırsızı takip ederek yakalanması esasen 894 üncü maddeye istinat eder. Hırsızında zilyet bulunduğu malı üçüncü şahıslara veya malike karşı bizzat müdafaa etmesi meseleside aynı maddeye temas eder. Yekdiğerlerile gayri kabil telif görünen bahsin ceza bakımından faidesi şudur. Mal sahibi yakaladığı hırsızın elinden, hükûmete müracaata muktedir iken bizzat veya bilfiil malı istirdat edemez. Medenî kanunun 902 inci maddesine göre ancak dava açabilir. Aksi takdirde hareketi kendiliğinden ihkakı hak suçunu teş-

[6] Gayrin zilyet bulunduğu bir şeyi gasp eden kimse o şey üzerinde tercihe şayan bir hakka sahip olduğunu iddia etse bile onu iade ile mükellef olur. Madde: 895

876

kil eder. Fakat mal sahibinin ihkakı hak şeklindeki hareketini de hırsız medenî kanununun 894 üncü maddesine müsteniden müessir kuvvet sarfile def edemez. Aksi takdirde sarf edeceği kuvvetin cezaî neticesinden mes'ul olur.

Zilyedin vakî olacak tecavüzleri def hususunda ki salâhiyetinin ceza mevzuatımıza göre teyin ve tahdidi hususunda mahâkim içtihadının teessüs ve medenî kanununun bu hususlaki hükümlerine tatbik kabiliyeti verilmesi şayanı temennidir. Her iki kanunun bu hususlaki telâkkileri arasındaki ahenk yahut ahenksizlik ancak o zaman vuzuhle tezahür eder.

Ceza kanununun 50 ve 461 inci maddelerinin son fıkralarile medenî kanunun 894 üncü maddesinin son fıkrası da mukayese ve tetkike şayandırlar.

Ceza kanunu hudud ve şümulünü tayin ettiği müdafaada ifrata gidildiği takdirde fiile tamamen muafiyet bahşetmemekle beraber cezayı ehemmiyetli derecede azaltmaktadır. Meşru müdafaada ifrata gidilmediği takdirde 50 inci madde ile kabul olunan tahfif sebepleri 51 inci maddede tahrik dolayısile kabul olunan sebeplere nazaran daha hafif bulunduğu halde bu haller bazı kerre nazarî olarak da tahrikten tefrik edilmeyecek şekillerde tezahür eder.

Ceza 461 inci maddenin son fıkrası da mal müdafaasında kabul ettiği mukabelede itirafa gidildiği ve tayin olunan hudut haricine çıkıldığı takdirde tahfif sebeblerini kabul etmiştir.

461 İnci maddenin son fıkrasile 50 inci maddenin nisbetleri arasında âhenk mevcuttur.

Medenî kanunda 894 üncü maddesile meşru bir müdafaa kabul ettiği halde ceza kanunu gibi müdafaanın kanunî hududu haricine çıkılması halinde mesuliyet ne derece azaltılacağını tayin etmemiştir. Halbuki 894 üncü madde tatbikatında iki halin tam derecede cezayı istilzam etmemesi lâzımdır. Birincisi tıpkı ceza kanununun 50 ve 461-4 üncü maddelerinde olduğu gibi medenî kanunca kabul olunan meşru müdafaada ifrata gidilmesi ikincisi müdafaa 894 üncü maddenin 1 inci ve 2 inci fıkraları dairesinde vukubulsa bile son fıkraya tevfikan halin haklı göstermeyeceği derecede olması keyfiyetidir. Kanunun bu sükûtu bir boşluk teşkiletmez. Bu hallerin ceza kanununun umumî esaslarına göre muameleye tâbi tutmak icabeder.

Umumî bir ceza kaidesi olan tahrik nazariyelerine göre tertip olunacak cezadan tenzilât icrası icabeder. Netekim ceza kanununun 50 ve 461-4 üncü maddeleri olmasa tahrik kaidelerine göre muamele yapılacaktır. Ancak medenî kanunun 894 üncü maddesine mümas olmakla beraber aynı zamanda 461 inci maddenin 2 inci fıkrasına dahil

877

olan fiiller hakkında 461 inci maddenin son fıkrasının tatbiki zarurîdir. Yalnız borçlar kanununun 44 üncü maddesile bu hususda hukuku medeniye noktasından tazminattan lâzımgelen tenkis yapılabileceğini kabul etmek lâzımdır. Borçlar kanununun 52 inci maddesi.

Borçlar kanununun 52 inci maddesi şahsî hukuk bakımından meşru müdafaayi tanzimetmişdir. Borçlar kanunu madde: 52.

Meşru müdafaa halinde mütecavizin Şahsına veya mallarına karşı yapılan zarardan dolayı tazminat lâzım gelmez.

Federal mahkeme hukuku medeniyede meşru müdafaayi şu suretle tarif etmişdir. (Bir insanın kendisine veya üçüncü şahsa karşı halen yapılan haksız bir tecavüzü defeylemek hususunda icabeden müdafaayı yapmasıdır).

Federal mahkemenin meşru müdafaaya verdiği mana medenî kanunun 894 üncü maddesindeki zilyedin yeddini muhafaza için mezun bulunduğu kuvvet sarfı halinden de daha vasidir. Üçüncü şahsın vikayesine de ceza veriyor. Yani ceza kanunlarındaki meşru müdafaayı da ihtiva etmek suretile şahsî hukuk bakımından neticelerini tayin ve tesbit ediyor.

Ceza kanunu meşru müdafaa halinde ceza verilüp verilmeyeceği cihetini tayin etmiş borçlar kanununun 52 inci maddesi de ferd yani şahsın hukuku üzerindeki tesirini tayin etmiştir. Binaenaleyh borçlar kanununun 52 inci maddesi ceza kanununun 49 ve 461 ve medenî kanunun 894 üncü maddelerinden doğan fiillerini neticelerine taallûk eder. İsviçre federal mahkemesi arzolunan tarifle maddeye bu manayı vermişdir. Ve bu madde tatbik edilirken ceza kanununun hükümleri göz önünde tutulur.

Alfret Marten, hukuku medeniyedeki müdafaa ve istirar hallerine ait hususî kaidelerin cezaî mesuliyetine mütedair bulunan umumî hükümlerle mezcedilmesi mütalâasını dermeyan eder. Ve hukuku medeniyede meşru müdafaa, ancak lâzım olduğu derecede ve haksız olarak vaki olan tecavüzleri def zaruretile yapılmış olmalıdır. Aksi takdirde meşru olmaktan çıkar ve zarar ziyan tediyesine mahal verir.

Rossel İsviçrede ceza fedarilize edilmeden evvel bu maddelerin tanzim olunduğunu kaydediyor. Mumaileyh bu madde münasebetile tehlikenin başka suretle defi mümkün olmayan hallerde müdafaanın haklı olduğunu beyan ederek zilyetlik yani medenî kanunun 894 üncü maddesine mütedair izahatına atıfta ve müdafaada ifrata gidildiği takdirde borçlar kanununun 44 üncü maddesini kabili tatbik bulur.

Medenî kanunun 894 üncü maddesi münasebetile mezkûr müda-

878

faaya dair verilen izahat 52 inci maddenin tatbikinde de caridir; Yalnız kayda şayan olan cihet bu hususda ceza ve medenî kanun arasındaki telâkki ve zihniyetlerin telifi meselesidir.

Bir defa hukuk hâkimi tazminat tayininde ceza hukukunun mesuliyete mütedair ahkâmile mukayyet değildir. Fakat ceza hâkimi şahsî hukuk davasına hukuku âmme ile birlikde vazülyet etmiş ise tarzı telâkkisi zarar ve ziyan meselesine de tesir eder. Rossel borçlar kanununun 52 inci maddesindeki meşru müdafaada kabiliyeti isnadiyeyi cezaî hükümlere göre değil medenî kanunun hükümlerine göre tayin edilmesi lâzım geldiğini kayıt eder. Binaenaleyh küçük ve mahcurları haksız fiillerinden mes'ul tutan medenî kanunun 16 ıncı madde muvacehesinde ceza kanununun 11 yaşını ikmal etmeyen küçüğe ceza verilmeyeceğine veyahut şuuru inhilâl ve inhisaf halinde iken zarar ika edenlerin veya gayri kasdî cürüm faillerini mesuliyetten muaf tutan cezaî kaidelerin medenî hukuk tatbikatında hükümleri yoktur. Bunlar münhasıran cezaî mesuliyete mütedair kaidelerdir. Bu itibarla ceza hükümleri bakımından beraetle neticelenen bir meşru müdafaa faili 52 inci madde bakımından hukukî mesuliyete düçar olabilir. Fakat aksi hal tasavvur olunamaz. Yani müdafiin yaptığı müdafaanın tamamen meşruiyeti ve mütecavüzün şahsa karşı yapılan mukabelenin borçlar kanununun 52 inci maddesine tetabuku kabul edildikden sonra ceza tatbikatının da mesnedi kalmaz. Zira mütecavizin şahsına edilen zarar ve hukukuna yapılan tesir hukuk bakımından meşru görüldükden sonra cezaî bakımdan gayri meşru ve müstelzimi ceza telâkkî olunamaz.

Esasen borçlar kanunu yalnız meşru müdafaadan bahsetmiş fakat bu müdafanın ne şekilde meşru bulunduğunu izah etmemiştir. Bu hususda ceza ve medenî kanundaki meşru müdafaa fiillerini aynen mevzuubahsederek şahsın hukuku üzerindeki tesiri yani tazminat cihetini tanzim etmiştir.

Bunun için borçlar kanunile ceza kanunu arasında tam bir ahenk mevcuttur. Diğer tabirle borçlar kanunu şahsî hukuk bakımından ayrıca bir meşru müdafaa ihdas etmeyerek ceza ve medenî kanunlarında tanzimolunan meşru müdafaaların yalnız tazminat hususundaki neticelerini tayin etmiştir.

İstirar halleri

İstirar hâdisesi de meşru müdafaa gibi ayni zamanda hukukî ve cezaî neticeler tevlit etmesi itibarile ceza ve borçlar kanununda ayrı ayrı hükümlerle tanzim olunmuşdur. Hâdise her iki kanunu birden

879

ilgilendirdiği için neticelerini tayinde iki kanunun da hükümlerini göz önünde bulundurmak icabeder. Her iki kanunun bu hususdaki maddelerini aynen yazup mukayese ederek telâkki farklarını tebarüze çalışalım.

Ceza kanunu madde 49: fıkra: 3

Nefsini ve gerek başkasını vukuuna bilerek mahal vermediği ve başka türlü tahaffuz imkânı da olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikenin muhafaza etmek zaruretini bais olduğu mecburiyetle işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.

Borçlar kanunu M. 52: fıkra: 2-3

Kendisini veya diğerini zarardan yahut derhal vukubulacak bir tehlikeden vikaye için başkasının mallarına halel iras eden kimsenin borçlu olduğu tazminat mikdarını hâkim hakkaniyete tevfikan tayin eder.

Kendi hakkını vikaye için cebrî kuvvete müracaat eden kimse hal ve mevkiine nazaran zamanında hükûmetin müdahalesini temin edilemediği yahut hakkının ziyaa uğramasını yahut hakkının kullanılması hususunun çok müşkil olmasını men için başka vasıtalar mevcut olmadığı takdirde bir güna tazminat itasile mükellef olmaz.

İstirar meşru müdafaa gibi haksız tecavüze karşı gösterilen mukabele mahiyetinde değildir. Meşru müdafaada tehlike ilka eden bir şahsî tecavüz olduğu halde istirarda borçlar kanununu tabirile zarar ceza kanunu tabirile tehlike ilka eden hal tesadüf veya mücbir bir kuvvetden ibaretdir. Keza istirarda tehlikeye maruz kalan kimsenin meşru müdafaada olduğu gibi mütecavüze karşı değil bitaraf ve üçüncü bir şahsın aleyhine olarak suç veya zarar ika etmesi hali mevzuubahsdir.

İstirarda mustarın hareketi masum bir kimsenin hakkile tessadüm halindedir. Borçlar kanunundaki zaruret halinin tahakkuku için kanunî şartlar ağır ve muhakkak bir tehlike karşısında şahsen bulunulması (malen değil) kendisini veya başkasını kurtarmak zarureti tehlikeden başka suretle tahaffuz imkânının bulunmaması ve tehlikeye kendisi bilihtiyar sebebiyet vermemiş olmasıdır. Mevzuubahs şartlar meşru müdafaada izah olunduğu için ayrıca tahliline ihtiyaç yoktur. Yalnız muztarın kendisinden kurtulmak istediği tehlikeyi bilihtiyar yapmamış olması şartı izaha muhtaçdır. Kanundaki (bilerek mahal vermediği) kelimesi isteyerek yapmamış olduğu manasına alınmalıdır. Binaenaleyh ihtiyatsız bir hareket veya hata yüzünden ika ettiği bir yangından kurtulmak halinde de zaruret vardır. Çünkü hâdis olan tehlike muztarın fiili neticesi olsada iradesi neticesi değildir. Mevzuumuz her iki kanunun hükümlerin arasında mukayesedir.

880

Her iki kanun hükümleri arasındaki farkı beş kısma ayırmak kabildir.

1— Ceza kanunu (ağır ve muhakkak tehlike) kelimesini kullanmıştır. Borçlar kanunu ise (zarardan veya derhal vukubulacak tehlike) tabirini kullanmıştır. Alfret Marten'e göre borçlar kanunundaki zarar ve tehlike müteradif kelimelerdendir. Zira muhakkak bir zarara maruz bulunmak muhakkak bir tehlike karşısında kalmak demektir. Tehlike bir zarara uğramak ihtimalidir. Fakat borçlar kanunundaki tehlikenin şahsa ve zararın mala matuf olduğunu zannediyoruz. Bunu aşağıda izah ve isbat edeceğiz.

Netekim maddede bu kelimelere açık olarak ayrı mahiyet izafe ederek ifade etmiştir. Halbuki ceza kanunu istirarı yalnız şahsiyetin yani nefsin kurtarılması halini kasdederek zarureti kabul etmiştir. Diğer tabirle ceza kanunu ancak canını kurtarmak zarur ti halnde aherin aleyhine suç işlemeğe cevaz veriyor malını kurtarmak için başkası aleyhine hareketi tecviz etmez. Binaenaleyh malını kurtarmak için başkasının hayatı aleyhine suç işleyen kimse katil ve müessir fiillere mahsus cezalara çarpılır. Bu hususta borçlar kanununun hükümleri de kendisini kurtaramaz. Kaza malını kurtarmak için başkasını malen mutazarrır eden kimseyi de ceza kanunu muaf tutmuyor. O helde fail ızrar cezasile cezalandırılacakmı ? Buna müsbet cevap verilemez. Zira borçlar kanunu bu hususda ceza kanununa karşı istisnayi hükümler vazetmiştir.

Borçlar kanunu muztara yalnız tehlikeden kurtulmak için değil zarardan kurtulmak için de zaruret halini tanıyor. Bu takdirde muztarın âherin malını tahrip etmesi halini ceza kanunu ızrar suçu addederek cezalandıramaz. Borçlar kanunu malen zarardan tahaffuz için başkasını ızrara cevaz veriyor. Fakat bunun şart ve şekillerini tayin ve tesbit etmiyor. Şüphesiz bu kaide umumî şekilde kabul olunamaz. Mecel'e bu mevzuu daha mükemmel şekilde tanzim etmiştir. (Zarar kendi mislile izale olunamaz. Mecelle madde 25) (Zarar eşed, zarar ahaf ile izale olunur. Madde: 27) iki zarar içtima ettikde ahafa irtikâpla âzamının çaresine bakılır. Borçlar kanununun 52 inci maddesindeki zarar kelimesi faik zarar manasına alınmalıdır. Ve mecellenin tefrik ettiği veçhile maruz bulunan zarar irtkâp olunan zararı meşru gösterecek derecede ehemmiyetli olmalıdır.

Yangına maruz kalan müstecir ev sahibine ait su tertibatını tahrip ederek istimal edebilir. Keza başkasına ait bir halı veya kilimi yangın üzerine kapatarak büyük zararların vukuunu önleyebilir. ilâ-

ahare. Fakat denilebilirki bu hallere cevaz vermekle borçlar kanunu ceza kanununa karşı istisnaî bir hüküm vazetmiş değildir. Esasen bu hallerde kasdı cürmi bulunmadığı için ızrar suçu tekevvün etmez Fakat bu itiraz ceza kanunundaki istirar hakkında da dermeyan olunabilir. Ve varid değildir. Fail ahar aleyhine suçu kasdî olarak işliyor. Yalnız muztardır. Bu istirar kanun dairesinde yani meşru bulunduğu takdirde ancak muafiyet kesbeder. Şu halde ceza kanunu ile borçlar kanunundaki istirar hükümleri arasındaki fark borçlar kanunu malen zarardan vikaye maksadile aherin malen ızrar edilmesine cevaz vermekle ceza kanunundan daha vasî bir zaruret tanımışdır. Diğer taraftan ceza kanunu da zaruret halinde başkasının hayatı aleyhine bile suç işlemağe cevaz vermekle borçlar kanunundan daha vasî hükümler vazetmiştir.

Onun için her iki kanun hükümleri mezcedilerek tatbik olunduğu takdirde ancak mübayenet bertaraf edilebilir. Martene göre her iki hukuk mezcedilerek ceza ile tazminat arasında ahenk temin olunmalıdır.

2 — Ceza kanunu ancak muztarın vukuunu bilerek mahal vermediği tehlike karşısında istirarı kabul ediyor. Borçlar kanunu tehlike ve zararı tevlit eden tehlikeyi muztar bilihtiyar yapmış olsa dahi zarureti kabul ediyor. Çünkü muztarın hareketi bilâhare borçlar kanununun 52 ve 41 inci maddelere tevfikan başkasının hukuku muvacehesinde mütalâa olunarak hakkaniyetin tayin ve tesbiti imkân dahilindedir. Ve muztarın müfrit ve şayanı kabul görülmeyen hareketleri tazminatla telâfi olunabilir.

3 — Zaruret hallerini ceza kanunu ancak ağır ve muhakkak bir tehlikenin refedilmesi zarureti halinde kabul ettiği halde hukuku medeniyeden zarureti tevlit eden tehlike ağır olarak tavsif olunmamıştır. Borçlar kanununun bu hususda müsamehakâr davranması zarureti münhasıran mial aleyhine işlenmesi halini tanzim etmesi sebebine müstenittir. Ceza kanunu zaruret halinde şahıs aleyhine de suç işlenmesine cevaz verildiği için şekil ve şartları ağır olarak tayin etmekte haklıdır. Borçlar kanununun muztarı fazla takyit etmemesi hareketinin hukukî mesuliyetini sonradan tayin imkânının mevcut olması sebebine müstenittir.

4 — Ceza kanunu kabul ettiği istirarı tamamen cezai mesuliyetten muaf tutmuşdur. Fakat borçlar kanunu meseleyi ikiye tefrik etmiştir. Biri zaruret dolayısile masum ve bitaraf bir şahıs aleyhine işlediği zararki birinci fıkrada mevzuubahs edilmişdir. Bu takdirde hakkaniyete müstenit bir tazminata mahkûm edilebilir. (istirar gayrin hakkını iptal etmez) diye mecellenin 33 üncü maddesi hükmünü

882

borçlar kanunu da kabul etmiştir. Şu farkla ki hakkaniyet icabederse muztar ika ettiği zarardan daha az bir tazminatla da mahkûm edilmesi kabildir. Şu halde ceza kanununun 49 uncu maddesinin 3 üncü bendindeki istirarın borçlar kanununa göre hukukî mesuliyeti bakidir. Ceza kanunu yalnız cezaî mes'uliyetden muaf tutmuşdur. İkinci hal: borçlar kanunun 52 inci maddesinin 3 üncü fıkrasındadır. Buda âherin vakî olan tecavüzü muvacehesinde muztarın ika ettiği zarardır. Bu tazminattan muaftır. Esasen borçlar kanununun 52 inci maddesinin 3 üncü bendinde mevzuubahs olan hal ceza kanununun 49 uncu maddesinin 2 inci bendile medenî kanunun 894 üncü maddelerinde mevzuubahs olan meşru müdafaadır. Bu takdirde tazminat da mevzuubahsolamaz.

5 — Ceza kanununun istirar hükümleri ile borçlar kanunun istirar hükümleri arasında sonuncu bir fark da her iki hukukun ana prensipleri arasındaki farktan tevellüt eder. Hukuk hâkimi zarar ve kusur olup olmadığını tayin hususunda ve failin temyiz kudretini haiz olup olmadığı hususunda ceza hukukunun mesuliyete mütedair ahkâmile bağlı değildir. Borçlar kanunu madde: 53.

Binaenaleyh 11 yaşını bitirmemiş olan fârik ve mümeyyiz bulunmıyan yahut şuurunun serbestisine malik olmıyan kimseye ceza kabıli isnat olmadığı halde tazminat hükmolunabilir.

Mevzuatımızde meşru müdafaa ile istirara ait hükümler arasındaki alâka ve irtibatın tebarüzü ve tatbikatta ahengin temin ve teessüs edecek içtihada mütevakkıftır. Zira kanunlar ayrı ayrı mahezlerden iltibas olundukları için hükümleri arasında tezat ve tenakus tatbikatta kesretle tecelli edecekdir.

883

No: 41

İtalyan Deniz Ticaret Kanunu Üzerinde Bir Tetkik

Yazan: Sadık TÜZEL

Kıymetli İtalyan hukucularından Anvers Deniz ticaret Komitesi daimî âzasından Leon Adolfo Senigallia'nın İtalyan deniz ticaret kanunu projesi hakkındaki çok kıymetli tetkik ve tenkitlerini, deniz ticaret kanunumuzda ilerde yapılabilecek tadilâtta istifade edilebileceği mülâhasiyle Adliye Ceridesi karilerinin nazarı ittılâlarını arzetmeyi faydalı gördük.

Senigallia'nın tetkikatına esas teşkil eden 1931 tarihini taşıyan bir projedir ve kat'i bir proje değildir. Bununla beraber, resmî ve kukukî teşekküllerle profesörler ve âlimler tarafından yapılan veya el'an yapılmakta bulunan birçok tetkiklere mevzu teşkil etmiştir. Proje kat'i olmadığı için bilâhare tekrar mevzua dönmek iktiza edecektir.

«Bu ilk etütde, bilhassa Kodun sistematik hükümleri hakkında, yahut daha az veya çok açık ve hususî tabirler üzerine veya mevzuun bir kısmının kanuna havale edilmesi lüzumu veya lüzumsuzluğu hususunda veya Kodda tariflerden sakınmanın ne dereceye kadar uygun olduğu hakkında **(Omnis definitio in lege est periculosa)** ele alınan bütün meseleler ve serdedilen bütün görüşlerle uğraşmanın muvafık olmayacağını; diğer taraftan kanunun bir hüküm teşkil etmesi lüzumunu ve nizam içine alınan mevzuların sebep, hudud ve maksatlarının bizatihi kaidelerden çıkması icab ettiğini takdir etmekteyim. Umumiyetle bunlar, İtalyanlardan başkalarını ancak bir noktaya kadar alâkadar edecek ve dolayısiyle lisanı eyice bilmeyenler nezdinde ehemmiyetini kaybedecek şekil meseleleridir.

Asıl meseleye girişmeden önce şu iki mülâhazanın serdine lûzum vardır:

Birincisi, Uluslar arası muahedeler muhteviyatının, bilhassa yüksek meslekdaşımız. **M. Lois Franck'ın** çok âlimane bir tarzda rehbdrliğini yaptığı **Uluslar arası deniz komitasının** pek müessir faaliyeti neticesi aktedilen mukaveleler muhteviyatının, bir çok mad-

884

deler şekline bürünerek projeye konulması keyfiyetidir.

Bu projeye başka uluslar arası mukavelelerden çıkan hükümler, meselâ, yardım, kurtarma ve çatmaya müteallik mukaveleler, bazı konoşimento kaidelerinin tevhidi, Gemi sahiplerinin mesuliyetlerinin daraltılması, Diniz imtiyaz ve ipotekleri ve kezalik gemi personeli (deniz adamları) ve meselâ şahsî mukavele unsurlarına müteallik mukaveleler (Cenevre mukavelesi), tayfa kaydında asgarî kabul yaşı (Geneva mukavelesi) da konuldu.

Bazıları da **York ve Anvers kaidelerinin** olduğu gibi projeye konulması arzusunu gösterdiler.

Şunu söylemeden geçmiyelimki, iki sebepten ötürü bu Uluslar arası muahedeler hüküm ve şartlarının bu şekilde konulmaları tenkide uğramaktan kurtulmadı:

a) Bu hüküm ve şartlar her an değişmelere maruzdur ve bunun neticesi ölmez bir hayata olmasa bile, mümkün olduğu kadar uzun bir ömre namzet Kod gibi bir kanunda yer bulmazlar;

b) Bu hükümlerin ancak mütekabiliyet şartile tatbik edilebilmeleri icabeder.

Binaenaleyh, bunları Koda derç etmektense muahedelere bırakmak daha uygun olur; taki, ancak tasdikten sonra bu hususta müttehit bir hattı hareket takip edecek Devletlere karşı muteber, enternasyonal mahiyette kanunlar vücuda getirsinler.

İkinci olarak, şunu da işaret etmeliyimki, hemen hemen umumca kabuledilmiş deniz ticaret hukukunun muhtariyeti bir tarafa bırakılsın, yeni Deniz ticaret Kodunda Denize ait bütün kanunî hükümleri toplamak kararı hattâ yabancı âlimlerce de iyi karşılanmıştır. Bu yabancı âlimler arasıuda Fransız hukuk ilminin hocası ve medarı iftiharı yüksek **Prefesör Lyon Caen** bu kararın her zaman hukuk alanında bukadar önemli bir vazife gören büyük bir memlekete yaraştığını söylemistir.

Bundan başka **Lyon caen** XVII inci asırda Fransada ticaret ve Deniz kanunlarının karşılıklı olarak ticaret hakkında (1673) ve Deniz hakkında (1681) iki **Ordonnance'a** ayrıldığını ve halbuki 1807 tiçaret kanununda bunların birbirine karıştırıldıklarını ve bugün İtalyada olduğu gibi mezcedilmiş halde kaldıkları noktasına dikkat gözünü çekmiştir.

Wustendorfer de tenkitlerini ve düşüncelerini esirgememekle beraber heyeti umumiyesile Enternasyonal bir damga taşıyan ve Dante lisanının imtiyazı olan kristal parlaklığı haiz geniş bir Deniz kodunun mevzuubahs olduğunu söylemektedir.

İtalyan sıfatile izzeti nefsimi okşayan bu düşünceler üzerinde

885

daha fazla kalmıyorum. Sözü uzatmamak ve mevzuun içinde kalmak için de Felemenk, Rusya, Fransız Fası ve diğer memleketlerin son deniz kanunlarile de mukayeseler yapmaktan çekineceğim. Şüphe yokkî, mühim bir kısmı bugün deniz ticaret koduna, ticaret koduna ve birçok hususî kanunlara dağıtılmış hükümler projede birleştirilmiştir; ve ayrıca hukuku şahsiye hükümleri, âmme, idare, milletler arası hukuku ve hattâ mütekabil disiplin hükümlerini ihtiva etmet üzere ceza ve ceza muhakemeleri usulü hukukunun hükümleri buna sokulmuştur, bu suretle her bakımdan deniz kanunları tam bir nizam altına konmak istenilmiştir: Buna karşılık başka kanunlar, meselâ Fenlândiya kodu, İskandinavya kodu ve Fransız Fası kodu idarî ve cezaî hükümlerden mahrumdurlar. Yalnız projeye dahilî seyrüsefer ile hava yollarında seyrüsefer hakkında hiç bir hükmün konmadığı fikri de yürütüldü. Hattâ bazıları otoriter bir ifade ile milletler arası taahhütlerle dahilî mevzuatın, yukarıda söylendiği gibi, hususî kanunlar ve bunların tatbikini temin edecek nizamnameler yardımile terlip ve tanziminin şayanı tercih olacağını söylediler ; bununla beraber çatma, yardım, ipotek ve imtiyaz ve saire gibi mevzulara temas etmeyen bir kod ortaya koymak mümkün olmadığından, münhasıran hususî kanunlar vaz'etmek suretile koddan vazgeçmek zarureti neticesine varılacağını da ilâve ettiler ve bunda gütdükleri gayenin de, deniz kanunları üzerinde çok müessir olan ekonomik, sosyal ve siyasal tahavvüllerin kodun hayatını ehemmiyetli bir şekilde kısaltarak sıksık ilâveler ve değişiklikler yapılmasına mani olmakdan ibaret olduğunu ileri sürdüler.

Ve bazıları da, her nekadar koddan sarfınazar etmek uygun bir iş olmasa da, esaslı ve sabit mefhumu içinde deniz kanunlarının özünü teşkil edecek bir kod yapılmasını ve bunun, gelecek zamanların ihtiyacına göre değişebilir nizamnameler yardımile tamamlanması fikrini ileri sürdüler.

Muhaseme anında bütün kıymetlerini kaybedeceklerinden ve en nihayet yalnız bitaraflık halinde işe yarayabileceklerinden dolayı, harp zamanında gemilerin seyrüseferi hakkındaki maddelerin kaldırılabileceğini düşünenler de vardır.

Fakat, daha yukarıda işaret edilen her mevzuun yerinin sistematik bir tarzda tayinine müteallik meselelerde olduğu gibi, bütün bunlardan bahsetmek zamanı henüz gelmemiştir; çünkü kod halini almadan önce, proje bütün beşerî şeyler için muhtemel nisbî bir tekâmüle erişinceye kadar tadilâta uğrayacaktır bu sebepten bu genel fikirleri ortaya döktükten sonra bütün projenin çabuk fakat tam etüdüne başlayabiliriz.

*
* *

Proje bütün mevzuu, sekiz kitaba ayrılmış, 782 madde halinde mütalâa etmektedir. Biz evvelâ heyeti umumiyenin ana çizgilerini tayin edeceğiz ve teferruata temas eden işlerde ancâk en enteresan ve en fazla münakaşaya yol açmış ve her şeyden önce en fazla hukukî kıymet ifade eden hükümler üzerinde durarak sırasile bu sekiz kitapla meşgul olacağız ve bunu da her ne olursa olsun müelliflerden mülhem olmadan ve başkalarının düşüncelerini tenkid etmeden ve, pek nadir haller müstesna, münakaşaya girişmeden ve mukayesli hukuk ilmi veya etütlerine dalmadan yapacağız.

Birinci kitap Devlet denizlerinden ve Devlete ait deniz servetinden bahseder (Madde 1 - 37). Devlet denizi ya tabiî bakımdan tesbit edilmiş deniz millerini aşmayan sahiller ile bunlar arasında ki adalar arasında olduğu gibi ulusal toprağın mütemmim parçasını veyahut çekilmiş denizin çizdiği sahil hattından başlayan kezalik deniz mili ile tesbit olunacak kara sularını teşkil eder. Devlete ait deniz serveti ve müştemilâtı sahil, plâj ve kumluklar arasında pek açık bir ayırma ile etraflıca anlatılmıştır (Madde 4). Kitabın gerisi baştan başa bilhassa işgaller ve imtiyazlar ve bunların nizamlaştırılmasına müteallik işlerde idarenin salâhiyetine tahsis edilmiştir.

İkinci kitap gemilerden bahseder (Madde 28 - 82). Bu kitab geminin ve su üstünde yüzen aletin tarifi ile başlar (Madde 38). Kullanıldığı ifade de şudur: «Gemiden kast olunan şey normal olarak makina kuvveti veya yelkenli bir alet ile işler insan veya eşya taşımağa, balıkcılığa, başka bir gemiyi çekmeye veya başka deniz hizmetlerine yarar her türlü yapıdır. Su üstünde yüzen aletten maksat (galleggiante), hernangi işe hasredilirse edilsin, makina kuvveti veya yelkenlerle mücehhez bir alet tarafından işletilmeyen diğer bütün deniz yapılarıdır.» Bu madde sonsuz münakaşalara yol açmışdır. Bu meselede gemiyi yüzen aletten ayırd eden tam bir tarif, geminin veya yüzen aletin zatî karekterlerinden daha ziyade seyrüsefer farklarında bulunabilir. Bana göre Fransız Ticaret kanununun 190 ıncı maddesinin taşıdığı tabirler tasrih edilmek istenilmişti: «Gemiler ve diğer deniz yapıları...». Bundan sonra da esas kriteryom, muhtelif servisler kriteryomundan maada müteharriklik ve tonajın asgarî haddine müteallik kriteryom olabilirdi:

Bazı müellifler, mahiyeti ne olursa olsun gerek işletme vasıtalarını, gerek insanın oynadığı rolü ve gerek gayeyi (eşya ve insan taşıma, balıkçılık, römorkaj ve bütün diğer deniz servisleri) geminin tarifine koymak istemektedirler. Yüzen vasıtalar tarifine ise hareket kabiliyeti ve insanın teknik rolünün yokluğunu, başka tabirle, diğer bir gemiyi çeken ve kendisinde römorkaj sırasında insanın gemici

887

lik tekniği direksiyonu tezahür eden geminin fer'î karekterini koymak istemektedirler.

Fakat burada da, bu tarifin ne bütün gemileri, ne bütün yüzen vasıtaları içine almadığı ve bunun neticesi tahsis edildikleri işlere göre gemilerle yüzen vasıtalar arasındaki farkı tesbit etmenin daha uygun olacağı sölenebilir; bu da, bilhassa müşahhas manada tefrikin , umumiyetle idarî mahiyette teşebbüsleri alâkadar eden formaliteler bakımından faide arz etmesinden ileri gelir. Ve bu suretle, temamile mevzu haricine çıkmasalar da her vakıt açık olmayabilen tarifler içinde kayıbolmadan, kanunun güttüğü gaye tahakkuk ettirilebilir. Bahususki, mücerret ve hukukî manada gemi kelimesinin manası **Ulpien'**in **Digeste,** kitap XIV § 1. F. 6 da izah ettiği gibi pek geniştir: **Navem Accipere debemus sive marınam, sive filuviatilem, sive in alipuo stagno naviget, sive schedia sit.**

İkinci kitabın bundan sonra gelen kısmında (Madde 41) gemilerin, hususî hükümlerle başka bir şart konulmadığı takdirde, menkul malları tedvir eden kaidelere tâbi oldukları söylenmiştir. Bence geminin menkul mahiyetinin beyanı kaldırılmalı idi veya hiç olmazsa kaldırılabilirdi. Filvaki böyle bir tasnifin, lüzumu demiyorum, hattâ faidesi bile görülmemektedir, hele bunun Roma hukukundan gelme sırf skolastik bir karakteri haiz olması malûm olduktan sonra: **Digeste,** 20,§ 4, 43,24 **quod vi aut clam: quod in nave sit vel in alia qualibet re vel ampilissima, mobili tamen, non continotur hoc enterdicto.** Bundan paşka fikrimize göre, bu tefrikin sırf akademik bir şey olduğunu tekrar ederiz, çünkü gemilerin menkul veya gayri menkul karakterinin ne deniz alış verişlerinin inkişafında ve tanziminde, ne de deniz hukuku prensiplerinin sistematik veya ilmî münakaşasında hiç bir akis ve tesiri yoktur, ve olsa bile mülkiyetin nakli, cebrî icra ve saire bakımından gemi hakkında daima her meselede kanunca ileri sürülen hususî hükümler tatbik olunur. Bu hususî hükümler bazılarının düşündükleri gibi, gemilerin ekonomik, hukukî ve sosyal ehemmiyetlerile göz önüne getirilirse bu hususî hükümler bilâkis gayri menkul mallar hakkında cari hukukî rejime dayanacaktı.

Başka bahse geçmeden şurasını da zikredelimki (Madda 42) İtalyada müteamil, gemilerin kıymetinin 24 paya taksimi yerine 100 pay ve buna tekabül eden âşarî kesirler ikame edilmiştir ve bu da şüphesiz, bugünkü daha yüksek kıymetlerden ve bu payların tevziindeki daha büyük kolaylıklardan ileri gelmiştir.

Bundan sonra gemilerin inşasını ve buna ait mükaveleleri alâkalandıran kaideler gelmektedir. Hülâsa, gemi inşaatı **Registro Ital-**

888

iano'nun (Madde 45) kontrolüne ve maden kaburgalı gemiler için de vekâletin tasdikına tâbi tutulmuştur (Madde 46).

Şurası da kaydedilmeğe değerki inşaat mukavelesi bir hizmet mukavelesi **(Locatio Operis)** olmaktan ziyade bir satış mahiyetinde addedilmiştir; o dereceye kadarki inşaatçının ölümü veya inşaat taahhüdünü idare edenlerin değişmesi halinde bile mukavelenin feshi hususunda kanunu medeninin 1642 ve 1643 üncü maddeleri tatbik edilmez. Daha sonra gemilerin istiap hacmı ve tasnifine, ve vesikaları (Madde 57) sadece bir karine **(Praesumptio Juris tamtun)** değil ve fakat tam bir beyyine teşkil eden Registro İtaliano'nun salâhiyetine müteallik kaideler gelir. Bundan sonra gemilerin milliyetine ait IV üncü kısma geçilir. Hiç olmazsa yetmiş payı İtalyan vatandaşlarına veya İtalyan sayılan şirketlere ait olursa (Madde 62); yahut da muayyen haller ve şartlarda salâhiyettar vekil tarafından İtalyanlara benzerliği kabul edilen ecnebî vatandaşlara veya ecnebî şirketlere ait olursa (Madde 63) gemiler İtalyandır. Nihayet, payların ekseriyeti ecnebî ellerde bulunduğu takdirde ve vekâlet İtalyan bayrağının değişmesine müsaade etmediği takdirde, geminin İtalyan vatandaşlarına cebrî satışına (Madde 69) veya mahkeme kararile satışına (Madde 70) başvurulacağı tesbit edilmektedir.

Bunu takip eden V inci kısım gemi tesciline taallûk eder (Madde 71-79). Halen mer'î ticaret kanununun 483 üncü maddesi hilâfına, mevzuunu doğrudan doğruya haklar teşkil eden mukavelelerle, mevzuunu şahsî haklar teşkil eden mukaveleler arasında tescilin neticeleri bakımından fark gözetilmemiştir, meselâ boş tekne icar mukaveleleri ve zaman üzerine navlun mukaveleleri **(time charter)** gibi: Bu tefrik doktrin ve mahâkim içtihadını pek büyük zorluklarla karşılaştırmıştır, fakat projennin yalnız umumiyetle gemiler üzerinde mülkiyet haklarını ve aynî hakları değil, kiraya verme, ödünç verme haklarını, taksim muameleleri ve bu muamelât ve haklarla alâkalı davaları, nihayet gemiye tasarruf için istihkak davası haklarını ve en son, sicil yokluğu müeyyidesi altında, ismen muamelenin muteber olmaması, taleplerin reddi ve hükümlerin infazı imkânsızlığını da ihtiva etmesi icab edecekti.

Halen meriyet mevkiinde bulunan kanunumuzda alım satım işlerinde tescil **Ad probationem tantum** dur: projede tescili AD **substantium actus** sayan 1865 tarihli eski kanunumuza dönülmüştür; Fakat en modern hava hukuku mevzuatında olduğu gibi, istenilen ilân yapılmadığı takdirde, hattâ taraflar arasındaki münasebetlerde bile, işin tesirsizliği bakımından tescili, haklar ihdas eder mahiyetde telâkki ettiğine göre, projede daha ileri gidilmek-

889

tedir. Bu hükmün umumca kabul edilmediğini de işaret etmeden geçmeyelim.

Bu kitap kaydın silinmesi ve gemilerin tahribine müteallik 80, 82 inci maddelerle nihayet bulmaktadır ve gemilerin tahribi hususunda muayyen hallerde salâhiyettar bahri makamlarca emir verilebileceği ve hattâ yerine göre başka hiç bir dava şekline tâbi olmadan bu emrin infaz olunabileceği kaidesini kabul etmektedir.

Üçüncü kitap (Madda 88 — 136) gemi porsonelinden bahseder: Birinci kısım deniz adamlarından(Madde 93 — 97), ikinci kısım tayfa kaydı mukavelesinden (Madde 98 — 133), Uçüncü kısım limanlarda işlere verilen personelden (Madde 134— 137) bahseder. Umumî bir ifade ile şunu da söylemeliyizki, bu kitapta bulunan hüküm lerin büyük bir kısmı bi fiil ya bir nizamnameye veya hususî kanunlara konulduktan sonra belkide kaldırılacaklardır ve bu da hususile sırf teknik mahiyette ve sık,sık değişmelere maruz hükümler mevzuubahis olmsındandır; hele bu hükümlerin büyük bir kısmı, korporatif sendika rejimimizde, günün ekonomik ve finasal hal ve vaziyetlerine göre yapılmış kollektif mukavelerin kararsız değişikliklerine takabül ettiği bilindikten sonra daha uzun bir hayat için yapılan bir kodda bu gibi hükümlerden sakınmak lâzemkeldiğine şüphe yoktur. Hukukî münasebet bakımından Tayfa kaydı mukavelesi hakkında bu mukavelenin yazı ile tanzim edilmesi kaidesinin muhafaza edildiğini zikretmek icabeder. Daha sonra buna tekabül eden kollektif mukavele ile tesbit edilmiş bütün şartların tayfa kayıt mukavelesine mütemmim teşkil ettiğini ilâve etmek muvafıktır (Madde 105 - 106). 106 ıncı maddede yazılı ferdî mukavele bulunmadığı halde tayfa kayıt mukavelesinin buna tekabül eden gayrî muayyen bir zaman için yapılmış kollektif mukavele kaidelerine tâbi sayılacağını söylemekle nihayet bulmaktadır. Bundan şu netice çıkarki, Yazılı mukavele bulunmamasının icabettireceği yeğâne müeyyide, gayri muayyen zaman için muteber kollektif mukavelenin tatbiki olacaktı. Amma, şüphesiz bu tatbik bilhassa yapılacak hizmetin mahiyetine müteallik hususlarda tarafların arzusunun araştırılmasına mani olamıyacaktı. Biz de, yukarıda işaret edilen sendika — korporatifler kaidelerinin büyük bir kısmını hesabe katmak şartile, projenin bu hususta tabeddülâta uğrayabilmesini ve hattâ uğraması lüzumunu düşünmekteyiz.

Dördüncü kitap deniz esayiş ve nizamından bahseder (Madde 138-218); iki kısma ayrılmışdır, birincisi limanlar ve plajlar idaresine, ikincisi seyrüsefer faaliyetine müteallıktir.

Şüphesiz, bu kitap umumiyetle idarî mahiyette kaidelerden mü-

890

teşekkildir. Bunun etraflıca münakaşası hukukçudan ziyade memurun salâhiyeti dahilindedir.

Yalnız bazı mütalâalar yürütmemiz icapetmektedir: ilk önce 157 inci madde bahri âmirlere limanlarda ve mahallî seyrüseferde işleyen yüzüncü vasıtalara müteallik işlerde — sayısını tahdit ederek — işletme müsaadeleri vermek ve istirdat etmek salâhiyetini vermektedir. Bu bizim rejimimizin genel sistemine uyan cüretkârane bir yeniliktir. fakat, bilhassa kaydetmeğe değerki, bu kitap kılavuzluk ve römorkaja sarih bir şekil ve nizam vermektedir.

Hülâsatan, pilot sadece bir yol ve manevra müşaviri gibi addedilmiştir, o suretleki, her nekadar gemi adamlarının bir uzvunu teşkil etse (Madde 63) ve tarafından verilecek yanlış malûmattan mes'ul olsa da (hususî Patenta ve pilotlar birliğinin kefaleti bundan ileri gelmektedir), münhasıran kendisinin verdiği yanlış işaretlerden ileri gelmedikçe gemi kumandanının manevra istikametinde yanlış ve hataları yüzünden mesuliyetini gidermez. Bu prensip, bu gün hemen, hemen her vakıt, kazaî kararların kabulettiği sureti halle uygundur.

Limanlarda, havuzlarda, kanal ve geçitlerde römorkaj sarahaten römorkaj işlerini görmek müsaadesini istihsal etmiş millî gemilere tahsis edilmiştir; yeni Kod şu prensibi tekrar etmektedir: Römorkaj işleri çekilen gemi veya gemiler kafilesi kumandanı tarafından idare edildiği takdirde, römorkör kumandanı, hattâ üçüncü şahıslara karşı bile mesuliyet müeyyidesi altında, onların emirlerine itaat etmek mecburiyetindedir (Madde 169). «Seyrüsefer faaliyeti» başlıklı II inci kısım, Fasıl I de bayrak hakkındaki kaideleri vermekte, Fasıl II de Denizde işlemeye elverişli olmak şartlarını, hattâ alel'âde ve fevkalâde teftişleri ve yine geminin yola çıkmasında alâkadar hususatı teftiş için yapılacak yoklamaları tespit etmektedir. Fasıl III Gemi ve seyrüsefer inzibatı ile alâkadardır: Bütün gemiyi alâkalandıran kâğıtlar meselesi, Limanlara girme ve Limanlardan çıkmada kaptanın mesuliyeti, Tayfalar ile âmirleri arasındaki münasebetler, harp gemilerinin Ticaret gemilerini himayesi, çatmaların önünü almak maksadile konulan Milletler arası kaidelere riayet ve hukukçuları pek az alâkadar ettiği için hepsinin sayılması muvafık görülmeyen teferrüata ait daha başka bir çok hükümler bu bahiste teşrih edilmektedir.

Fasıl IV Yolculuk sırasında yapılan ahvali şahsiye muamelâtından ve vasiyetnamelerden bahisdir. Bu hükümler dahi, Fasıl V. de olduğu gibi, nizamname çerçevesine giren hükümlerden ibarettir. Fasıl V Gemilerin varma limanına varışı, yolculuğun nasıl geçtiği-

nin anlatılması işinde Kaptanın vazifeleri, bu raporun tastikı, vize maksadile nihayet, avaryaların ihbarı münasebetile yükleme manifestos ile Gemiyi alâkadar eden kâğıtların ve gemi jurnalının ibrazından bahseder. Fafat bu sayı tam değildir: hususî kaideler ecnebî gemilerine taallûk eder. Bulunla beraber, bize göre, bilhassa rapor hakkında kabuledilen prensibi zikretmek uygun düşer; raporda münderiç vakıalar, onu inkâr eden tarafından aksi isbat edilinceye kadar, bir karine teşkil eder.

Kitap ve Deniz ticaretinde ve seyrü seferde haklar ve borçlardan bahseder (Madde 219-549). Bu, en uzun ve ayni zamanda Deniz ticareti hususî hukuku bakımından en mühim kısımdır: Bu kitap, gördüğümüz veçhile kısmı âzamî idari âmme hukuku hükümlerini takiben gelmektedir; halbuki diğer cezaî, inzibatî hükümler ve muhakeme usulleri bu kitapdan sonra gelmektedir. Ayni zamanda bu kitap Deniz ticareti hususî hukuku sistemini teşkil eden bütün hukukî müesseselerin başlıca nüvesini teşkil eder.

219 uncu maddede yazılı, donatanın **(Exercitor navis)** tarifine ait mesele ve münakaşalarla başlamak üzere en mühim mesail ve en şiddetli münakaşalar bu kitabın maddeleri hakkında meydana gelmiştir. Bu tarif iki karakteristik unsuru ihtiva eder: birisi donanan geminin istimali, öteki kaptan tayini. Eğer tariflerin uygunluğu kabul edilirse, projenin kabul ettiği tarif bundan daha açık olamazdı. Filhakika, eğer gemi milkiyetinin ve deniz endüstrisinin haddi zatında ne esaslı ve nede lüzumlu olmayan bu iki unsuru gösterilmemiş ise, bu sonuncu unsur geminin istimali fikrinde mevcuttur. Projeye göre, donatan sıfatı bir de gemi kiralama yolile, yani muayyen bir zaman için başkasının gemisini kiralamak suretile ve takarrur etmiş bir fiat mukabilinde ve geminin işletilmesi için yapılması zarurî her şeyi taahhüt etmek suretile iktisap edilebilir (Madde 221).

Bilâkis, gemi kumandanı ve tayfaların kiracı emrine geçmesine müsaade etmek suretile bütün gemisini kiralayan kimsece, donatan sıfatı kaybedilmiş olmaz.

Bu maddelerin bazılarında **locatio navis et operarum magistri** prensibine göre zaman üzerine navlun mukavelesi **(time charter)** meselesinin halli teşebbüsü göze çarpmaktadır. Fakat, zaman üzerine kiralayan denizde yük taşıma müteahhidi ise, hattâ gemi kumandanını kendisi tayin etmiş olmasa bile donatan sıfatını haiz olduğu da beyan edilmiştir. Eğer tayin yapılmamışsa kiralayanın tasdikının zımnı olduğu ilâve olunmaktadır (Alman telâkkisi).

220 inci madde, donatan sıfatı, bahri siciller ve gemi milliyet vesikası ile tebeyyün etmedikçe gemi veya geminin yarısından faz-

892

lasının sahibi olan kimsenin, donatan sayılacağı kaidesini vaz etmektedir. Maamafi bu son halde gemi sahibi diğer müşterek mutasarruflarla münasebetlerinde işletme müdürü sıfatını muhafaza eder. Gemi paylarının ekseriyetini temsil eden bulunmadığı halde, bütün pay sahipleri donatan gibi sayılırlar.

Bundan sonra 222 inci madde geminin işletilmesini bir müdüre tevdi etmek isteyen donatan şıkkını tetkik etmektedir.

Görünüşte donatanın durumu tamamile tespit edilmiştir, çünkü eğer 219 uncu maddenin ikinci fıkrası, evvelce söylendiği gibi, zaman üzerine navlun mukavelesi halinde donatanın kim olduğunu tespit ediyorsa, bu akdî fikre 221 inci maddenin şu diğer donatılmamış gemi kiralama (daha yukarıda söylediğimiz gibi boş tekne kiralama mukavelesi) fikri tekabül etmektedir.

Kezalik, başka kimselerin beyanı olmadığı takdirde gemi sahibinin donatan addolunacağı karinesini zikretmek lâzımdır. Bu hüsnü niyet sahibi üçüncü şahısları sürprizlere karşı muhafaza ve vikaye eder.

223 üncü madde hükümleri de meskut geçilemez. Bu maddeye göre donatanlar ile gemi sahipleri devletin her hangi bir idaresine veya malûller sandığına veya deniz adamları menfaatına yardım müesseselerine borçlu resimler hususunda müteselsilen müsuldürler.

224 ve 225 inci maddeler bu kitabın birinci kısmına nihayet verirken emanetci (consignataire) in rolünü tanzim etmektedir. Burada emanetci açık bir şekilde deniz acentesinden ayırdedilmiştir. Donatanlar tarafından Mümessillik — Acente karekteriyle tespit edilmiş bir deniz acentesinin mevzuubahs olduğu hal müstesna, deniz acentesinin, yine halen mer'i Ticaret Kanununun 230 uncu maddesine göre şahsî bir mesuliyeti vardır.

Prensip itibarile, emanetcinin temsil hakkı ancak önceden beyan ve hususî bir sicile kayddan sonra limanda geminin idaresi hususuna taallûk eder: bu sıfatla, emanetci davalarda donatanı davacı veya davalı sıfatile temsil eder, fakat projeye göre, dava geminin yola çıkması tarihinden itibaren altı ay içinde açılmazsa, mahkeme huzurundaki bu temsile nihayet verir. Yukarıda bildirilen deniz acantaları için bu mühlet bir kıymet ifade edemez.

İkinci kısım, hissedarlar birliği (consortium) tavassutile yapılması lâzımgelen müşterek gemi mülkiyeti ile meşgul olmaktadır: Şirket değil, Konsorsiyom; geminin müşterek mülk halinde idaresi maksadile yapılan Konsorsiyom. Bu kısım ekseriyetin salâhiyetini, kâr ve zarara iştiraki, koruma ve fevkalâde masraflara yardımı, hissedarların yarısının isteği üzerine veya mühim ve müstacel sebep-

lerden ötürü geminin satılmasını — fakat ekseriyet kararile sigortacılara bırakılması halinde de zarurî mahkeme tastiki ile - tesbit etmektedir.

Sırası gelmişken sadece kaydedelim: 227 inci madde, ticarî hisse senetlerinde olduğu gibi, kâr ve zararın ve genel masrafların müşterek mutasarrıfların hisselerile mütenasip olması kaidesini vaz etmektedir. Şu nokta üzerine nazarı dikkati çekerizki, eğer hisseye göre tevzi **Jure proprietatis** terettüp eden ve bu sebeple haddi zatında hukukî mahiyeti olan mesuliyetler için umumiyetle kabul edilmiş olsa da, bunun aksine **Jure gestionis** husule gelen mesuliyetler hakkında, ticarî karekteri haiz bütün borçlardaki üçüncü şahıslara karşı müteselsil mesuliyet umumî prensibine göre mesuliyeti müteselsilinin şayanı tercih olacağı fikri yürütülmektedir. Bu müteselsil mesuliyet, bazıları tarafından vaz geçme hakkının muaddel şeklile müdafaa edilmiştir. Fakat müşterek gemi mülkiyetinin mahiyeti nedir, bu bir şahıslar birliğimidir, bir milkiyet iştirakindenmi ibarettir, yoksa nev'i şahsına münhasır bir şirketmidir ?

229 uncu madde bundan sonra müşterek mutasarrıfın her zaman kendi hisselerini temlik edebileceği ve dilediği gibi kullanabileceği kaidesini vaz'etmektedir; bundan yalnız ipotek istisna edilmiştir: Filhakika projenin 460 ıncı maddesi aksi mukavele olmadıkça, geminin müşterek mutasarrıfının kendi mülkiyet hissesini ekseriyetin rızası olmadan ipotek edemiyeceği prensibini koymaktadır. Böyle bir hüküm, sarih bir şekilde hilâfına hükümler bulunmadığından şüphesiz bahrî iştirake de kabili tatbik addedilmesi zarurî, hukukî iştiraki tedvir eden umumî prensipce zait bir şekle sokulacaktır, âmme buna mukabil gemi iştirâk meselesinde 229 uncu madde prensibini kayıtsız ve şartsız kabulün ne dereceye kadar uygun olacağı noktası üzerinde düşünmek muvafık olacaktır; çünkü gemi iştirakinde an'anevî olarak ve ekonomik zaruretlerin, gemi menfaatlarının koruyucusu diyebileceğimiz ekseriyet menfaatları mülâhazasının bu iştirake yüklettikleri hususiyetler bilindikten sonra, münferit ortakların menfaatlarına galebe çalması aşikârdır. Kanaatımıza göre hiç olmazsa diğer müşterek mutasarrıflar menfaatına bir şüfaa imkânına mütevecciih kaideler tesbit etmek suretile, bu hududsuz vesayeti münferit haklara bahsetmemek uygun olacaktı.

233 üncü madde ekseriyet tarafından tayin edilmiş ve tayini deniz idarelerinde tescil yolile ilân edilmesi zarurî bir veya müteaddit idarecilerin (Gérants) tayinini kabul etmektedir.

İsmi geçen 233 üncü maddede dahi iştirakin menfaatlarından açıkca bahsedildiğini kaydetmek muvafık olur. Şüphesiz bu hüküm-

ler gemi milkiyet iştiraki telâkkisini daha uyanık ve daha dinamik bir hale getirmek gayesini gütmektedir. Bahusus ki, her nekadar gemi mülkiyet iştirakine büyük mikyasta muazzam deniz işletme kumpanyaları kaim olmuş bulunsalar da, gemilerin gittikçe artan kıymeti sebebile bu gemi milkiyet iştirâkinin inkişafı da gittikçe artmaktadır.

Kısım III (Madde 235-247) kumandanın donatanlara ve gemi ve yük sahiplerine karşı salâhiyet ve borçlarile meşgul olmaktadır. Muhakkak bu salâhiyetler kaptanın muhtariyetini zarurî kılan daha az seri irtibat vasıtalarının bulunduğu devirdeki kadar geniş değildir. Hele bugün radyo, telgraf ve telli veya telsiz telefon bu muhtariyeti hemen hemen faydasız bir hale koymuştur. Bu şartlar içinde, bugünkü donatan ile eski zamanlardaki donatan arasındaki tefrik dolayısile kumandan hakkında salâhiyet farkı, kezalik muhtelif hallerde ve muhtelif vaziyetlerde bahis harici ve gayri muhik sayılabilinecekti; her ne kadar proje kaptan lehine temsil prensibi hakkında sâkit kalmamış bulunuyorsa da, yine donatma limanı haricinde beliren zaruret dolayısile kaptan tarafından akdedilen borçlara müteallik hususatta himaye müfrit görülebilir.

Tayfaların bellibaşlılarının zabıtnameleri, mahkeme müsaadesi, ve ecnebî memlekette konsolos makamı ve konsolosluğun bulunmadığı halde mahallî idarenin müsaadesi: tıpkı halen mer'î ticaret kanununun 509 uncu maddesinde olduğu gibi; fakat ticaret kanununda mümkün oldukça istişaraden bahsolunmuştur. Halbuki projede doğrudan doğruya rey mevzuubahsdir (Madde 241). Binaenaleyh hükümlerin şiddeti artmıştır ve diğer taraftan kumandana yükleme mukavelesi akdetmek salâhiyeti verilmemiştir ve hattâ emanetci muvacehesinde kendi salâhiyetleri tamamile ortadan kalkmaktadır (Madde 239). Tabiatile kumandanın ticartle iştigali men'edilmiştir; yükleme ve boşaltmanın gözetilmesi uhdesine yükletilmiştir; donatanın veya donatan mümessillerinden birinin oturduğu yer haricinde ve yine aktif ister pasif yolculuk sırasında dava münasebetile, donatanın veya üçüncü şahısların salâhiyetlerile münasebettar salâhiyetleri de tayin edilmiştir; deniz yolculuğuna elverişsizlik sebeble geminin satılması halinde mahkemenin müsaadesini istemek mecburiyeti yükletilmektedir. Zaruret yokken, taşınan mallar üzerine akdedilen borçlar için mesuliyetine karşı ve umumiyetle mal sahiplerinin münasebetlerinde kaptanın kendi vazifelerini ifadaki ihmal veya fiillerinden dolayı müeyyideler konulmuşdur; kumandan yalnız umulmayan haller ve mücbir sebepler müstesna hafif kusur için de hesap verir. Mücbir sebebin **(Vis major, damnun fatale)** tipik ve mutlak umulmayan

halden başka bir şey olmadığı bilintikden sonra bu iki tefrikin birbirine benzerliğini kaybetmek ve üzerinde durmak faydasızdır: yeni kanunda bu iki tabirin yanyana idame ve muhafazası – biz buna ihtimal vermiyoruz—ancak an'anevî yanlışlığa bir saygı sayılabilecekti.

*
* *

Kaptanın taşınan mallar hususunda (Madde 246) ve vazifesinin ifasında (Madde 247) mesuliyetine gelince, mesuliyetin üçüncü şahıslarla münasebetlere taallûk edip etmediği ve ne dereceye kadar taallûk ettiği ve ne noktaya kadar donatan ile dahilî münasebetleri alâkadar ettiğini tayin etmek için bu mesuliyetin şümulünü izah etmek uygun olacaktır.

Kısım IV (Madde 238 — 248) navlun mukavelesi hakkında genel hükümleri ve sefer üzerine kurulu navlun mukavelesi, zaman üzerine kurulu navlun mukavelesi ve mal taşıma hakkında hususî hükümler ve konşimentoya, nakliyecilerin mesuliyeti hududuna ve nihayet yolcuların taşınmasına müteallik mütekabil hükümlerle gemilerin işletilmesini alâkadar eden mukaveleleri ihtiva eder.

Görüldüğü veçhile, proje navlun mukavelesi ile taşıma arasındaki tefriki muhafaza etmektedir; maamafih bunlar umumiyet itibarile müşterek umumî prensiplerle nizam içine alınmışlardır; öyleki bunlar hakkında ayni nev'in iki çeşidini teşkil ettikleri söylenebilir (N. Bonnecase gibi bazı Fransız müelliflerince kabul edilen navlun mukavelesi — kiralama ve navlun mukavelesi — ile yük taşımanın tefriki bundan ileri gelmektedir).

Ve filhakika, taşıma ile uğraşan bi taahhüdün mevcudiyeti, ve nakil vasıtasının (gemi) gösterilmesi, muhtelif fiilî hallere farklı tatbikatta esaslı farkları tayin eden unsurları teşkil eder, amma ayni hukukî müessese sahasında kalmak şartile. Hattâ deniz hukukunda sarahatan mutlak bir tefrik cereyanı bize bilfiil muhik görülmemektedir. Şimdi artık karada otomobil nakliyatı geniş mikyasta inkişaf ettiğinden kara yolile yük taşımak münasebetile navlun mukavelesinden bahsedilmesi taammüm etmiş bir şeydir. İçinde taşınmanın yapıldığı vasıtayı (araba) göstermek için navlun mukavelesi. Fakat karada yük taşıma kaideleri eski mahiyetlerini muhafaza etmektedirler ve karada yük taşıma ile karada navlun mukavelesi arasında tefrik yapmağa ihtiyaç duyulmamıştır.

Bu çabuk ve süreksiz mülâhazalar belki kanun vazifelerine hiç olmazsa bu kısımdaki kaidelerinden farklı bir hüküm ilham edebi-

896

lirdi, hattâ — bunu kaydetmek muvafık düşer — zaman üzerine navlun mukavelesi (gemi kiralayan kiracının hisabına işleteği malzemelendirilmiş ve tayfalnmış bir gemi hazırlamak suretiyle) yani yukarıda bahsi geçen time - charter şekli projede fevkalâde tıpik ve iyi bir şekilde tasarlanmıştır. Zaman üzerine navlun mukavelesinde kiracının emrine yalnız donatılmış ve tayfalandırılmış bir gemi değil ve fakat ayni zamanda kumandan ve tayfalar da emirleri ve hükümleri altına geçerler. Bu umumî mahiyette mülâhazalar üzerinde daha fazla kalmak icabetmediğini zanediyor ve hemen 248 inci maddeye geçiyoruz. Bu maddeye göre geminin deniz yolculuğuna elverişli olması şatları içinde yalnız geminin yolculuğa elverişli olmak kabiliyeti şartları değil ve fakat ayni zamanda taşımayı alâkadar bütün hususlarda yükün muhafazası ile alâkadar şartlar sarahatan dahil bulunmakdadır.

Gizli ayıplar için kiracının muafiyeti işinde de olduğu gibi, bu hüküm müessesenin asrî telâkkisine uygundur: bu hükümler hilâfına memnuiyeti beyanı ile ve aksi sabit oluncaya kadar vizite kağıtlarının tam karine teşrkil etmesi ile tamamlanmıştır. Bazıları hilâfına hareket memnuiyeti ile ağırlaştırılan bu şiddetin navlun mukavelesinden ziyade konşimentolara uyacağını (Lâhey kaidesi ve 1924 Brüksel mükavelesi) ve her halde navlun mukavelesi meselesinde kiracının mesulivetinin konşimentolar hakkındaki Brüksel mukavelesinin hududu haricinde vahimleştirilmemesi icab ettiğini—hattâ sırf Brüksel mukavelesinde gösterilen hallerde hilâfına hareket memnuiyentini darlaştırmak icab etse bile — iddia etmektedirler. Filhakika, Brüksel mukavelesi taşımanın hususî mahiyeti ve şartları mukaveleye riayetsizliği muhik gösterecek mahiyette bulunduğu takdirde bunun imkânını göz önüne almaktadır. İddianın ciddiliği ve İtalyan donatması menfaatlarının — gemi kiracısı hakkındaki şiddet, her şeyden önce, bu menfaatlar namına azaltılmak istenecektir — en büyük saygımıza lâyık olduğu inkâr elilemez; amma şüphesiz bir kanun vaz'etmek mevzuubahis olunca bir sınıfın veya bir kategorinin menfaatlarndan ziyade yalnız ticarî usul ve teamülde değil fakat bugünkü doktrin ve mahkeme kararlarında araştırılacak hukuk prensiplerinin tabiî tatbikatı yolile bu menfaatları bir seviyede tutarak, bütün sınıfların menfaatlarını hesaba katmak muvafık düşer.

Fasıl I (Madde 248 - 250) genel hükümleri ihtiva eder, halbu-

ki Fasıl II (Madde 251 - 275) de navlundan hariç bırakılan yerleri, yükleme yerini, malın vinçle kabulü ve teslimini, umulmayan hal ve mücbir sebepler neticesi geminin maruz kaldığı engeller ve taahhürler varma limanında yanaşma engelleri, geminin istiap hacmi hakkında yanlış beyan, geminin yükletme ve boşaltma müddetleri, sürastaryalar, geminin kurtarma ameliyeleri, icabı yolunu değiştirmesi (1924 Brüksel mukvelesinin 4 üncü maddesi 4 üncü fıkrası) malları alâkadar eden işlerde kiracının mesuliyeti, kumandanın malları mağaza ve deporlara boşaltmak salâhiyeti, yolculuğa başlamadan evvel mukavelenin infisahı, taşınan yükün geri alınması veya bütün geminin kiracısı tarafından yükün taşınmasından imtina, geminin bir kısmı üzerine navlun mukavelesi, tehlikeli malların imhası ve te'diye edilecek mukabil navlun, beyanda bulunmamış veya yanlış gösterilmiş malların taşınması, gidip gelme navlun, pişmanlık navlunu, malların tevdi edilmemesi, mücbir sebepler yahut tamirat maksadile geminin tevekkufu ve nihayet malları muvakkaten hapis ve mükellefiyete tâbi tutma hakkını nizam altına almağa matuf bir sefer üzerine navlun mukavelesi hükümleri bulunmakdadır. Bilhassa bugünkü ticaret kanununun 347 inci maddesindeki yazı şartının ilga edildiğini zikretmek gerektir, bu ise, tatbikatın hergün biraz daha kuvvetle gösterdiği gibi şahitlerle beyyineler emin isbata yarayan bir vasıta teşkil etmedikleri için calibi şüphe bir uygunluk arzeder.

Buna mukabil mukavelenin kiracının cayması ile infisahı halinde yarım pişmanlık navlun tazminatı idame edilmiştir. Bu pişmanlık veya yarım navlun meselesi çok münakaşa edilmiştir ve bazıları, Kopenhag konferansının dileklerine göre bu hükmü ilga etmek isteyeceklerdi. Filhakika mevzuubahs olan şey zarar ve ziyanın peşinen tasfiyesidir ve bu tasfiye her vakıt iki tarafın münasebetlerinde adâlet prensipine uymaz, amma madamki taraflar zaten başka bir mukavele ile kanunun bu hükmü hilâfına hareket edebilirler, en yeni bir kanunun (Hollanda kodu) zarar ziyanın bu peşin tasfiyesi usulünü terk etmesine rağmen bu hususdaki tadilâtın sebebi hikmeti anlaşılmamaktadır. Bu bahsi geçmeden evvel mutad kısalıkla bize mühim görünen bazı meseleler üzerine okuyucunun dikkatını çekeriz. Evvelâ, bilhassa her çeşit yük için ve her memleket için hususî kaideleri zarurî kılan hallerin muğlaklığı ve tenevvüü malûm olduktan sonra, bizce kaideleri bir kod mevzuu haricinde kalması icab eden starya ve sürastaryalar meseleleri gelir; o şekildeki eğer bugünkü örf ve adete dayanan nizam yerine, mevzu kaideler ikame etmek zarureti duyuluyorsa, projede her nekadar burada **Amfali**'nin şu vecizesi: **Licet lex sit sanctio sancta, consuetudo est sanctio, sanctior**

898

cümlesini zikretmek yerine masruf olsa da, mevzuu daha iyi tasrih edecek tadilâtın yapılması iktiza edecekdi. Ne olursa olsun şunu da zikretmek muvafıktır: bazıları, navluna teşbih suretile, surastaryalara zararın tazmini mahiyetini tanımamak cihetini istilzam etmektedirler; bu ise binnetice, bir çok hallerde, yükleme ile alâkadar olanlara karşı kiracı haklarının ayrı bir nizamname ile tayini zaruretini doğuracaktı.

272 inci madde navlunu temin etmek için taşınan yükler üzerine hiç bir hapis hakkı kabul etmemektedirler, halbuki son Hollanda kanunu 493 üncü maddesinde gönderilence uygun teminatın gösterilmesini tahmil edecek kadar ileri gitmek suretile bu hakkı kabul etmektedir.

Fasıl III (Madde 276-284) evvelce yukarıda bahsettiğimiz zaman üzerine navlun mukavelesini tanzim etmektedir; bu madde kiralayan ve kiracının borçlarını ve mükellefiyetlerini, yolculuk müddetinin aşması neticelerini, navlunun tediyesini, geminin kullanılması engellerinden ve kaybından doğan neticeleri, konşimentonun tanzimini ve hattâ kiralayan tarafından tayin edilmiş olsalar bile kumandan ve gemi adamlarının, kiracının hüküm ve emirleri altına geçmesi halinde kiralayan; kumandan ve gemi adamlarının ne ticarî bir kusur ve ne de ticarî iş çevirmeden ötürü herhangi bir borç sebebile mes'ul olmaz mealindeki çok sarih kaideyi tesbit etmektedir. İsmi geçen fasıl kiralanan gemi tarafından yapılan kurtarma ve yardımdan doğan tazminatın kıralayan ile kiracı arasında tevziini tesbit etmek suretile nihayet bulmaktadır. Görüldüğü gibi **time - charter**, iki birbirinden ayrı faraziyeye yani kiralayan donatan sıfatını muhafaza eder ve bilâkis kiracı donatan sıfatını alır kaidesine tekabül eden iki halde pek iyi tanzim edilmiştir.

Fasıl IV (Madde 285-290) malın muntazam hatlar takiben taşınmasından bahs etmektedir. Bu fasıl malların yüklenmesi, beyan edilmemiş kıymetler hususunda taşıyıcının ademi mesuliyeti ile meşgul olmakta ve navlunun ademi tahsili mevzuu ile 289 uncu maddede alâkalı bilûmum taşıyıcıların, bütün yükün taşınması yani her taşıyıcının takip edeceği yoldan daha fazla taşımanın ifası işinde — aralarında rucu hakkı baki – müteselsil mesuliyetlerini katiyetle tasrih etmek suretile, denizde bir kaç yükün bir arada taşınması hakkındaki hükümleri göz önüne almaktadır. Hattâ bazıları bu hükümlerin hilâfına hareket edilemiyecek bir şekle konulması icabettiğini de ileri sürmektedirler ve fasıl sefer üzerine navlun mukavelesini alâkadar eden kaideleri, işbu kaidelerin denizde yük taşımaya tatbik edilebilmesini tesbit maksadile, göz önüne getirmek suretile nihayet bulmaktadır (Madde 290): Bu ise navlun taşıma meselesi-

nin zarurî vahdeti hakkında yukarıda zikredilen mütalâalarımızın sağlamlığına yeni bir delil teşkil eder.

Konşimento ve taşıyıcıların mesuliyetinin tahditleri hakkındaki fasıl V (Madde 291-311), 1924 Brüksel mukavelesi hükümlerini geniş mikyasta tekrar ve kabul etmektedir.

Şurasını da zikretmek icabederki her nekadar bugünkü kanuna göre (555-5) konşimento yüklemeden evvel verilemezse de, proje 292 ve 364 üncü maddelerde yükleme makbuzunu (**Received for shipment to be transported, bill of custody**) yükletilmiştir. (**Shipped**) kaydını taşıyan konşimentonun yerini tutar mahiyette telâkki ve buna göre nizam altına almaktadır; bu tefrik Lâhey mukavelesinde **Received shipment bill of lading** ve **shipped bill of lading** diye iki formülle gösterilmiştir ve bu son formül daha mükemmel ve daha yerinde bir formüldür.

492 inci maddede şöyle bir fıkra vardır: «Bununla beraber, taşıyıcı, kumandan ve taşıyıcı mümessili, markalar, sayı, mikdar ve tartının noktası noktasına fiilen teslim alınmış yüke karşılık olmadığını şüphe etmekte muhik bir sebep gösterdikleri ve konşimento mündericatını normal bir şekilde tahkik ve tetkik edemedikleri takdirde, konşimentoda markaları sayı, mikdar ve tartıyı beyan veya zikretmeğe mecbur değildirler.»

Bu hüküm, taşıyıcı ile münasebetlerinde yükletenin mesuliyetile birleşince konşimentonun beyyine kıymetini ve 293 üncü maddedeki, aksi sabit oluncaya kadar muteberdir fıkrasını, takviye eder ve yükletenlerin suistimal veya daha kötü fiillerine mani olmağa veya hiç olmazsa frenlemeğe matuf bulunur. Bu gayeye varmak için 295 inci maddede, bir üçüncü şahıs tarafından kararlaştırılmış ve sarahatan konşimentoda zikredilmiş bulunmadıkça, taşıyıcının hiç bir zaman dökme ve yığın halindeki yüklerin tartısını tekeffül etmiyeceği ilâve edilmiştir.

Diğer taraftan yükletenin teminatı için, taşıyıcının konşimentoda ileri süreceği kayıt ve şartlar umumî mahiyette olmıyacakları ve binnetice ancak bu kaydı şartlar konşimentonun içinde tasrih edildikleri takdirde muteber olacakları hakkında (markalar, sayı, mikdar ve tartıyı alâkadar eden hususlarda) bir hüküm konulmuştur; daha yukarıda denildiği gibi dökme ve yığın halinde yükler müstesna (Madde 295) bu da bütün hallerde tatbik edilir,

Binnetice bu hükümlerin iki akidi (yükleten ve taşıyıcı) hattâ Brüksel mukavelesi muhtevasından daha ileri giderek, temin ettiği görülmektedir; filvaki Brüksel mukavelesinde 295 inci maddenin adâlete uygun hükmüne benzer bir kayd yoktur. Bazıları kaptanın

adının yazılması yerine taşıyıcının adının yazılmasının kanunen emir edilmesi iktiza ettiğini (Madde 292 - 2) ve her nekadar sadece iki orijinal konşimento ile iktifa, bankalara daha büyük bir emniyet verecek mahiyette bile olsa diğer taraftan varmada konşimento yokluğu halinde mahzurlar arzettiği — hele konşimentonun malların teslimine hak veren yegâne vesika olduğu bilindikten sonra— düşüncesini ileri sürmektedirler.

Teslim bonolarına (Delivery orders) müteallik 301 inci madde, yükletenin yahut yüklenen mal üzerinde tasarruf hakkı bulunan herhangi bir kimsenin isteği üzerine doğrudan doğruya taşıyıcı tarafından muhtelif gönderilenler lehine, kumandan veya emanetci üzerine teslim edilmiş bonolar hususunda teslim bonoları ihdasını nizam altına koymaktadır.

Teslim bonoları isme muharrer, emre muharrer veya hamiline muharrer olabilirler (Madde 301). Ayni maddede bütün yükün konşimentoda gösterilen müteaddit sınıflara ayrılması halinde de bu bonoların ihdasını tanzim etmektedir. Tetkikimizi bu faslın Brüksel mukavelesine uygun diğer hükümlerine teşmil etmek faidesizdir; çünkü bunlar evvelce bir çok münakaşalara mevzu teşkil etmiş ve bundan böyle âlimler ve tatbikatçılar âleminde iyice bilinen meselelerdir.

Fasıl VI yolcuların taşınmasından bahsetmektedir (Madde 312, 328). Bu madde hükümleri pek sarihtir ve bütün mevzuu bir çerçeve içine almaktadır.

Artık hülâsatan ve istitrat kabilinden söyleyebilirizki, ister geminin deniz yolculuğuna elverişliliği hususundaki ihtimamın kanun ahkâmından bulunması ister yükün ziya veya zarar ve hasara uğramasındaki kusurun tesbiti ve **Received for shipped**'in kabulü suretile ister zarar ve hasarın her koliye veya her parçaya nisbetle tesbit edilen bir rakamla tahdidi, isterse şimdiye kadar malın teslîminden sonra bütün zarar ve ziyan davasına mani teşkil eden sukut şartının (clause de déchéance) men'i suretile, isterse zararın müddeti içinde ademi beyanından dolayı (Madde 264) — ademi beyan projede sadece taşıyıcı lehine bir karine teşkil ediyor — sukutun kaldırılması suretile denizde yük taşıma çok daha iyi tahdid ve tanzim edilmiştir.

Karada tesellüm edilen mallar için kiracının mesuliyeti belki daha iyi izah edilmek ve projenin yaptığı gibi bu işde koli veya parçadan bahsedecek yerde, zarar ve hasar tazminatı rakamını tartı veya ölçü vahidi kıyasilerile mütenasip kılmak icabedecekti. Ne olursa olsun, mevzu pek iyi ıslah edimiş ve herşeyden evvel asri-

901

leştirilmiş ve bu vakıa dolayısile bugünkü ticarî ihtiyaçlara en iyi şekilde uydurulmuştur.

Tetkikimize devam ederek söyleyelimki, yolcu taşıma akdî muhakkak **Ad substantion et non ad probationem tantum** bir yazıdan doğmalıdır; bilet makbuzu husule gelen taşıma mukavelesine beyyine teşkil eder; seyrüsefer nizamnamesinin tesis ettiği usullere göre bilet yokluğu halinde yazı muhakkak lâzımdır; önceden kayd hattâ pey ile temin altına alınsa bile, yolcuyu bizatihi akdi ifaya mecbur kılar; halbuki halka ilân edilen kaydü - şartlara uymadığı takdirde biletlere yazılı kaydü - şartlar hiç bir netice doğurmazlar.

İki âkid hukukunun, mutad ananeye uygun bir şekilde, pek iyi tevzin edildiği kanaatındayız. Hasta ve tehlikede bulunan yolcular, yolculuk hakkının inkıtaı ve biletsiz gemiye binmek, hastalık, ölüm ve yolcunun kendi isteği ile yola çıkmaması hakkında hükümler konulmuştur. Kezalik, gerek umulmayan haller ve mücbir sebepler hasebile geminin hareket etmemesi ve dolayısile akdin infisahı ve buna karşı taşıyıcıya düşen, alınan mevki bedelinin iadesi borcu, seferin ilgası veya yolun değiştirilmesi ve dolayısile taşıyıcı uhdesine zarar ve ziyan borcu ve her halde akdin infisahı, ve gerek harekette taahhür ve dolayısile yatacak yer ve yiyecek temini borcu ve kezalik zarar ve ziyan te'diyesi neticelerini göz önüne alan hususî bir hüküm daha vardır (Madde 318). Bu mevzu üzerine, ve bundan başka, bilhassa yolcuların ve bagajların binme veya bindirilme ve inme veya indirilmesi, taşıyıcının kusuru ile veya kusuru olmadan yolculuğun inkıtaı, taşıyıcı tarafından iktisap edilmiş mahiyette bulunan taşıma bedelile münasebet bakımından yolcuların ölümü, yolcunun isteği ile veya zorla inmesi mevzuu üzerine zikre şayan olmayan daha başka fer'i hükümler de mevcuttur. Hilâfına mukavele bulunmadıkça mevki bedelinin on iki saattan daha fazla süren yolculuklar için gıdayı da tazammun ettiği umumî kaide halinde yerleşmiştir. Yine bu bedel, münhasıran zati eşyayı ihtiva etmek şartile, tesbit edilmiş hadler dahilinde bagajların taşınması hakkını da tazammun eder; Bagajlar ticari eşya veya başka malları ihtiva ederse yolcu çifte navluna tâbi tutulur; bundan başka, yolcu bagajları arasında gerek gemi için ve gerek gemideki yolcular için tehlikeli ve hattâ rahatsızlık veren eşyayı bulunduramaz. 325 İnci madde taşıyıcının bagajlar hususunda mesuliyetini ve alacaklarından dolayı bunları hapsetmek hakkını tespit etmektedir. Bu fasıl göçmenlerin taşınmasının hususî kanunlarla tanzim edildiği hakkında umumî mahiyetteki hükümle bitmektedir. İş sebeplerile ecnebi memleketlere giden vatandaşın bugün deruhte ettiği rol - muhacirin ka-

902

rakteristik ve bugün ortadan kalkan rolünden farklı rol - bilindikten sonra, bu hükmün nihaî metinde ortadan kalkması muhtemeldir. Kezalik bu faslın bazı hükümleri bilhassa ismen tasrih edilen hükümleri hilâfına hiç bir suretle hareket edilemiyeceği şartı da konulmuştur. Bu kısmın yegâne noksanı yolcuların uğradığı zarar ve hasar sebebile taşıyıcının mesuliyeti şümulünü tayin eden bir hükmün bulunmamasıdır ve şüphesiz bugün yapılmakta olan tekrar gözden geçirme ve düzene koymağa matuf çalışmada bu eksiklik giderilecektir. Bu da ya kanunu medeninin muayyen maddesini, yahut yük taşıma işinde daha şedit hükmü (Ticaret kanununun 400 üncü maddesi) yahudda, okadar muhataralarla dolu bugünkü hayatta - tıpkı bir yayanın sokaklarda gidüp gelmesinde olduğu gibi - yolcunun kendi selâmetinin en iyi amili olması icabettiği malûm olduktan sonra, daha hafif bir mesuliyet olacaktır.

Projenin bu noktasında deniz muhataralarına iştirâk şartile ödünç mukavelesine (Pret à la grosse) müteallik faslın buraya konulması icabettiği veyahut projenin 241 inci maddesinde göz önüne alınan ve kumandanın donatma limanında başka bir yerde zaruret neticesi üstüne aldığı borçlardan ve hususiyle izinlere kayıt ve tescillere müteallik formalitelerden bahseden, müstacel zaruretden doğan bu çeşit ödünçlere müteallik hükümlerin buraya konulması iktiza ettiğini söyleyen bir not vardır. Bu mevzuun kodda tanzim edilmesinin amelî faydasını tesis edebilecek istatistik malûmatına intizaren hiç olmazsa bu gün için bu fasla ve mevzuubahis hükümlere temas edilmemişdir. Ama ortada herkesce bilinen bir hakikat vardır. Muhataraya iştirâk şartiyle deniz ödüncü tam bir rağbetsizliğe uğramışdır; Kezalik herkesce malûmdurki bazı kanunlar yani Anglo sakson - Cermen gurubu kanunları yalnız zaruretle akdedilen ödünç mukavelesini nizam altına koymakla iktifa ederler; halbuki en son Hollanda kanunu zaruretle yapılan ödüncü kaldırmış ve bilâkis bazı kanunlar meselâ Fransa kanunu bizim bugün mer'i kanunumuz gibi bilâ ihtiyar akdolunan ödünç mukavelesini de kanuna dercetmişlerdir. Yalnız bu atlamanın hiçbir memnuiyeti tazammun etmediğini ve sadece kanunun karşılıklı imtiyazları netayicin hasrı tazammun ettiğini ve bu halde aktin akıbeti sadece endişe edilecek değil fakat kat'iyet kesbedecek bir mürabahaya müncer olacağını kaydetmek isteriz. Bununla beraber bu kredi vasıtası, hattâ pek dar bir şekilde istimal edilse bile, ekonomik buhranın muayyen zamanlarında tekrar ortaya çıkabilir ve yine deniz ekonomisine önemli faydalar temin edebilir.

Bu şartlar dahilinde ismi geçen ödüncün, her millet tarafından

kendi kanunlarında tesbit edilecek ikinci derecede millî imtiyazlar haricinde (Brüksel mukavelesinin 3 üncü maddesi 2 inci fıkrası) Brüksel mukavelesi tarafından tesis edilmiş (Madde 2. No. 5) imtiyazların tanziminin zeruretle akdedilen ödünce hasredilmesinin sebep ve hikmetini anlamayacakdık. Bundan sonra deniz seyrüseferinin rizikolarına karşı sigortaya müteallik kısım 5 e girmekdedir. (Madde 329-374)

Sigortalar hakkında geçen hükümlerin avaryalardan evvel değil, sonra gelmeleri iktiza ettiğinin haklı olarak ileri sürüldüğünü de kaydedelim. Gerek bu günkü İtalyan, gerek Fransız kanununda iş bunun aksine cereyan etmektedir, halbuki, sigortacıların mes'uliyetinin, sigorta mukavelesi mevcut olmadığı hallerde, üzerlerine avaryalar yükletilen kimselerin mes'uliyetinin tayininden sonra tesbit edilmesi daha mantıkî olacakdı.

Çok defa söylendiği gibi, sigorta deniz ticaretinin kalbini ve esaslı rüknünü teşkil eder; ticarî münasebetler daha muğlâk bir hal aldıkça sigortanın ehemmiyeti de bir kat daha artmaktadır. Sigortanın nüfuz ve tesirleri okadar mühim ve çokdurki, deniz muamelâtının tedricî ve mütevali inkişafına karşılık daimî tadilâtla bu muamelâtı tanzim ve kontrol etmek suretiyle, sigortanın bütün deniz muamelâtına iştirâk ettiği söylenebilir. Fer'i meselelere gelince, 330 uncu maddenin sigorta poliçesinin ya isme, yahud emre veyahut hamiline muharrer olabileceği şartını koyduğunu görmekteyiz. Muhakkak bu tedbir faidelidir ve senedler mukabilinde satışlara veya başka hususî hallere tekabül eder; meselâ gemi üzerine ipotekli kredilerin sigortası gibi hususatta da sened ayniyle emre veyahut hamiline muharrer olabilir ve bilnetice kredi ve ipoteği alâkadar eden hususlarda ciro yoluyle veya bizatihî senedin teslim-tevdii (Tradition) suretiyle kabili intikaldir. (Projenin 473 üncü maddesi)

331 Ve 332 inci maddeler sigorta akdinin mevzuunu ve sigorta edilemeyen şeyi tayin etmektedir. Kaydetmek icap ederki proje umulan kârın sigortasının meşruiyetini ve eski ve haksız bir hurafeyi kaldırarak gemi adamlarının günlük ve aylıklarının sigortasını sarahaten kabul etmektedir. Bundan başka deniz muhataralarına iştirâk şartiyle istikraz edilen paraların rizikoları bilâkis sigorta edilemez. Deniz muhataralarına iştirâk şartiyle ödünç mukavelesi kod'da kabul edildiği takdirde yalnız hududu dahilinde sigortanın akdedildiği devlete has âmme nizamı sebepleriyle harp kaçağı veya ticaret harici ilân edilmiş eşya sigorta edilemez. 333 üncü madde ticaret kanunu projemizin sigortalar hakkındaki 476 ıncı maddesine uygun olarak mükerrer sigortalara taallûk etmektedir. Bu hükmün deniz

904

kanununa konulması, bu kanunun müstakbel ticaret kanunundan evvel neşredileceği intimali düşünülünce muhik görünmektedir; yoksa projede hükmün bulunmaması dolayısiyle mükerrer sigortaları yasak eden bugünkü ticaret kanununun 426 ıncı maddesi kabili tatbik olacaktı. Bu sigortaların kabulü deniz ticaretinin hususî zaruretlerini noktası noktasına karşılamaktadır.

334 Üncü madde birçok sigortaların içtimaı halini tanzim etmekte ve bundan sonra gelen 335 inci madde akidden evvel kayıp veya avarye bilindiği halde, taallûk ettiği malların kaybından veya avaryeden sonra akdedilen sigortanın hükümsüzlüğünü kabul etmektedir. Butlan primin veya hile halinde çifte primin tediyesi borcunu gidermez. 336 ıncı madde **in quovis** ve **police flottante** ile bu sigorta yani gerek sigortalı tarafından veya sigortalı namına, gerek sigortalıya izafeten başkaları tarafından ismi tasrih edilmemiş gemiler üzerinde taşınan mallara arız olabilecek herhangi bir rizikoyu karşılayacak şekilde akdedilen sigorta ile meşgul olmakta ve taamüllere uygun bir şekilde bu nevi sigortanın münasebetlerini tanzim etmektedir. 337 inci madde mükerrer sigortaya, 338, 339, 340 ıncı maddeler zaman ve sefer üzerine sigortalarda ve kezalik taşınan mallar veya umulan kâr hususundaki rizikoların devam müddetine taallûk etmektedir.

342 İnci madde çekilen zararın ödenmesini, sigorta edilen malların değerinin tesbiti ve değerinden fazlası için sigortayı yani aşkın sigortaları tanzim etmektedir. Bu son madde dolayısiyle bazı muharrirler, bunun ticaret kanununda sigorta hakkındaki umumî hükümlere konmasının daha doğru bir hareket olacağını söylemişlerdir; bazıları ise akdî mesaili idare eden umumî prensipler dolayısiyle, aşkın sigorta sebebiyle mutabakatlı kıymet üzerine sigortanın kabule müsaade edilmesinin uygun birşey olmadığı mülâhazasını yürütmektedirler.

343 üncü madde, anlaşma mevcut olmadığı hallerde, ödenecek sigorta değerine taallûk etmektedir. Bu değer, sigortalı rizikoların işlemeye başladığı anda malların haiz oldukları değerdir ve ayrıca mal sigortasında taşıma masrafları, riziko sigortalı hesabına ise navlun ve sigorta masrafları da sigorta değerinin içine girer. Bu maddenin kaldırılması ve hileli kazaları herhangi bir suretle teşvik etmiş olmamak için, sigorta değerinin kaza anındaki değerden ibaret olduğuna dair şimdiki kaideye dokunulmaması şayanı tercih olduğu fikri de ileri sürülmüştür; zaten 342 inci madde için olduğu gibi, sigorta hakkındaki umumî perensipler mer'iyette kalmak şartiyle, bu maddenin kaldırılabileceği hususu müdafaa edilmişdir,

905

344, 345 inci maddeler gayri safî navlun sigortasına taallûk ederler ve poliçe de navlunun safimi yoksa gayri safimi olarak sigortalandığı hakkında sarahat bulunmazsa, gayri safi navlun tazammun ettiği karinesini tesis ederler. 346 ıncı madde. sigortacı rizikoya maruz kalmaya başlamış bulunuyorsa kendisine primin verilmesi şartını koşmaktadır: Eğer mukavele yapıldıktan sonra herhangi bir sebepden dolayı riziko başlamamış bulanuyorsa, sigorta hükümsüzdür; fakat sigortacı, sigortalanan meblağın yüzde yarımını geçmemek şartiyle, primin yarısına hak kazanır.

347 inci madde fırtına, deniz kazası, karaya oturma, çatma, yol, yolculuk veya geminin bilmecburiye değişmesi, gemi yükünün hepsini veya denize atma, infilâk yangın, korsanlık, yağma, gemi içinde yapılan hırsızlık ye umumiyetle bütün başka deniz kazaları neticesi mallarda husule gelen bütün zarar ve hasar ve gaiplerin sigortacıya tahmil edildiğini Ve çatma halinde sigortalanan geminin üçüncü şahıslara karşı borclu olduğu zarar ve ziyanları da tasrih eder.

Gemide yapılan hırsızlığın deniz kazaları mefhumu içine giremiyeceği düşüncesi de ileri sürülmüşdür; zaten böyle bir şey kumandanların mesuliyetini tetvir eden Prensiplerle, ve 305 inci madde ile kendisine muafiyet kayıtlarını şart koyması menedilen taşıyıcının mesuliyeti Prensipleriyle tezad teşkil ederdi; kezalik, kusurlu çatma halinde sigortalanan geminin üçüncü şahıslara karşı mesul bulunduğu zarar, hasar ve kayıpları sigortacıya yükletmekle, mesuliyetin beyan edilmiş kusurdan doğacağının ve kusurlu çatmanın, mahiyeti itibariyle bir deniz kazası olmadığının, ve diğer taraftan mes'uliyet sigortasının deniz sigortasiyle karıştırılmaması lüzumunun nazarı itibara alanmadığı da işaret edilmiştir.

348 inci madde .ne mahiyette olursa olsun, harp ve muhasama ve kezalik isyanlar ve dahilî harp rizikolarına taallûk eder ve yangın veya başka herhangi bir felâket neticesi kayıp yahut zarar hasarın, sigortacı tarafından bunların harp felâketlerinin çıktığını isbat edilinceye kadar deniz bahtlarından çıktığı karinesini vazeder.

349 uncu madde sigortacının yol, sefer yahut gemi değişmesinden doğan borçlarını tanzim eder.

350 inci madde ziya ve zarar hasarın, donatanın istenen ihtimama rağmen keşfedemiyeceği geminin gizli ayıpları bulunması hali müstesna bizzat malların kendi ayıplarından veya cinsinden ileriden geldiğini isbat etdiği takdirde, sigortacının mesuliyetten ibrasını derpiş etmektedir.

351 inci madde, bu gün mer'iyette bulunan kanunun hükümlerine aykırı ve fakat bunun hilâfına kayıt taşıyan akitlerin ticarî taamüle

906

uygun bir şekilde, kumandanın, deniz adamlarının veya sigortalıdan başka herhangi bir şahsın fiillerinden doğan deniz hâdiseleri sebebiyle sigortalanan mallara arız olan kayıp ve zararları da sigortacıya yükletir.

Kaptanın değişmesi sigortanın hükümlerine halel getirmez (Madde 352), sigortacı seyrüsefere bağlı masraflardan mesul tutulmaz (353), diğer taraftan 354 üncü madde sigortacının birbiri ardınca vukua gelen kazalar hususunda da borçlarını tayin etmekte ve 355 inci madde zarar hasarın sigortacıya haber verilmesi borcunu ve 356 ıncı madde kaptan ve sigortalının, sigortalanan malların kurtarılması işinde ihtimam göstermesi borcunu tesbit etmektedir. 357 inci madde sigortalanan şeyin temlikinin sigorta akdini de birlikde naklettiğini ve sigorta poliçesine ve konşimentoya kanunî tasarrufun sigortalanan tazminata hak vereceğini tesbit, 359 uncu madde ise sigortada tediye işinde yapılacak tebliği nazarıdikkate almakta ve 359 uncu madde bunun müddetini tesbit etmektedir.

360 ıncı madde sigortacılar uhdesine düşen avaryeler ile geminin ve teferrüatının tamiri bedelinin tesbiti kaidelerini izah etmekte, 361 inci madde ise tamir sırasında gemi adamlarının ücret ve yiyeceklerini gemi sigortacısına değil fakat navluna yükletmektedir.

Bu son hükümlerin birçoğu ile 362,363,364 üncü maddelerdeki sigortalanan malların ve navlunun gemi sigortacısına bırakılmasına taallûk eden ve bunun şart ve müddetlerini tesbit eden kaideler bu gün mer'î kanun hükümlerinden fazla ayrılmamaktadır; 365 inci madde nalların sigortacısının umulan kârın sigortacısı ile birleşmesi halini tanzim etmektedir; 366 ıncı madde geminin ziyaı anına ait karineyi tesbit etmekte 367 inci madde ise deniz yolculuğuna elverişli olmayan gemi meselesini göz önüne almakta ve malların başka gemilere taşınması neticelerini tanzim etmektedir. 368 inci madde haciz ve iğtinam edilen malların bırakılmasına taallûk etmektedir. 369, 370 ve 371 inci maddeler bırakmanın beyanını, müddetlerini, bırakma halinde sigortacının borçlarını, sigortalanan malların muhtevasını ve bırakma şartlarını tanzim etmektedir. 372 inci madde mülkiyet naklinin neticelerini ve sigortacıya ait hakların—önceden sigortalıya uyuşulan tazminatın tamamını tahsil hakkını tanıdığını beyan ettikten sonra sigortacı için bu haklardan feragat etmek hakkı mahfuz kalmak şartiyle—müeyyidelerini tayin etmektedir.

373 üncü madde, mahkemenin sigortacılardan biri hakkında salâhiyettar olması şartiyle, bunlardan birisi hakkında bir uzlaşma veya salâhiyet şartı mevcut olsa bile, sigortalının aynı mahkemeye celb ettirebileceği muhtelif sigortacılar nezdinde yapılan alelâde ri-

907

zikoların ve harp rizikolarının sigorta edilmesi halini göz önüne almaktadır.

374 üncü madde terk hakkını vaktinde istimal etmediği halde sigortalı ve mükerrer sigortalının avarya davası açabileceğini tesis etmek suretiyle bu kısma nihayet vermektedir. Kısım VI beş faslı ihtiva eder: Birincisi avaryalar ve garame payından, ikincisi gemilerin çatma neticesi husule gelen zarar hasardan, üçüncüsü yardım ve kurtarma, dördüncüsü deniz kazaları, kurtarılan mallar ve beşincisi deniz kazaları hakkındaki tahkikattan bahseder.

Birinci fasıl hakkında şunu söyleyelimki, büyük avarye veya buna benzer avaryalar sayısını, gemi demirbaş eşya defterinde yazılı gemi techizatı ve donatma malzemesinin uğradığı avaryaların tevzii hususundaki borcu, gemideki yiyecek içecek malzemenin istisnasını ve en az zarureti ve yükde hafif bahada ağırlığı esas tutarak malları denize atmada takip edilecek sırayı ihtiva eden 375, 376, 377, 378 ve 379 uncu maddeler hükümleri hiçbir ehemmiyetli hukukî münakaşalara ve hiçbir özlü kanunî yeniliklere yol açmamışdır.

Bu hususda umumiyetle, büyük avaryanın tanzimini mukavelevî anlaşmalara bırakmağı tercih eden bazılarının istediği gibi, projede büyük avaryanın kadırılmasına lüzum görülmediği söylenebilir. Yukarıda kaydedilen fikre göre bu ilga, ya inkişaf etmekte bulunan deniz tekniğine borçlu bulunduğumuz gittikçe artan emniyet garantileri sebebiyle büyük avaryanin gittikçe azalması, veya seyrüseferde kontrola tâbi olmayan kaptan tarafından yapılacak hilelere yol açması, yahut ta bütün büyük avaryayı tekabül eden deniz sigortasının üstünlüğü dolayısiyle arzu edilecekdi.

Fakat muhakkak, alâkadarların feragatler ve müsait muafiyetler sayesinde büyük avaryaya başvurmayabilmelerine göre, kayıpların ve rizikoların alâkalılar arasında adilâne tevziine karşılık teşkil edecek sarih hududları göstermek şayanı tercih görülmüşdür; tâki, iyi tanzim edilmiş müessese, tatbiki halinde müşterek himayeye yarayabilsin. Bundan başka, 375 inci madde sarahaten, taraflar arasında kodun bu faslının mevzu hükümleri hilâfına hususî mukaveleler yapılabileceği kaidesini taşımaktadır: O suretleki haklı olarak **guod abondat non vitiat** denilebilir. Umumiyetle, yine işaret etmek muvafık düşer: Evvelce söylediğimiz gibi, birçok müellifler kanunun bu kısmının yazılışında **Stockholm'da İnternatioal Law Association** konferansında kabul edilen 1924 York ve Anvers kaidelerinin daha büyük mikyasta nazarı itibare alınmasını tavsiye etmişlerdir ve birçokları şu hususların da tanziminin zarurî görmektedirler: a) Konşimentodaki bütün şartları hükümsüz ilân etmek suretiyle, yükün

908

müdahalesiyle dispeççilerin tayini; b) teminat olarak muvakkat garame paylarının tediyesi, bunların yaptırılma ve kullanılması; ticart teamüllerine göre nakli kabil veya hamiline muharrer olabilmesi zarurî muvakkat garame payı; ç) teminat mektupları rejimi, bunların değeri, tesviye müddetlerine nazaran müddetleri.

380 inci madde ile küçük avaryalara geçilmektedir; kanun büyük avarvaya nazaran bariz karakterlerini göstermek suretiyle, küçük avaryeyi tarif etmektedir. 381 inci madde büyük ve küçük avarya masraflarının gemilere düşdüğünü tayin etmekte ve 382 inci madde garame payının esaslarını izah etmektedir.

383 üncü madde garameye dahil olmayan ve fakat garame payına hak veren bagajların durumunu tesbit etmektedir, halbuki (Madde 384) konşimentoya derc veya beyan edilmeden taşınan yükler hakkında iş bunun aksidir ve güvertede taşınan mallar (Madde 385) kurtarıldıkları takdirde garameye dahil olurlar ve atıldıkları veyahut avaryaya uğradıkları takdirde kaptan bu malları yükletenin yazılı müsaadesi olmadan güverteye koydu ise, ancak kaptana karşı iddiada bulunurlar.

Böyle bir rıza gösterildiği halde, gemi, yük ve güvertede taşınan mallar arasında umumî garame payına halel vermeden hususî bir garame payı mevcuttur. 386 ıncı madde garame payının şartlarını tesbit etmekte ve 387 inci madde geminin hafifletilmesi maksadiyle mavnalara konulan malların ziyaından bahsetmektedir. 388 inci madde ise paylaşmadan sonra denize atılan malların kurtarılmasından bahsetmektedir. Bütün bu maddeler bugün carî ticaret kanunu hükümlerinden uzaklaşmaktadır. Garame payı nisbeti hakkındaki 389 uncu madde; garameye tâbi malların mahiyeti nevi ve cinsini isbat hakkındaki 390 ıncı madde, kaptanın tutacağı zabıt varakası hakkındak 391 inci madde, kayıp ve zarar hasarın tasviri, takdiri veya paylaşılması hakkındakî 392 inci madde ve avarya davasının istimali şartları hakkındaki 393 üncü maddeler de bugünkü kanunun hükümlerinden uzaklaşmamışdır.

York ve Anvers kaideleri yolculuğun bittiği yerden bahsettiği halde, 392 inci maddeye göre malların değerinin tayini ve hesaplaşmanın yapıldığı yerin boşaltma yeri olması kaidesi muhafaza edilmişdir.

Fakat, hülâsaten **inapicibus juris** bu yer ve mevkiin iştirakin ayrıldığı yer olması icap edecekdi ve iştirakin ayrıldığı yerde hiç şüphe yok, her ne şekilde ve her ne sebeble yapılırsa yapılsın boşaltma yeridir.

Hesaplaşmaya kabili tatbik kanun hesablaşmanın yapıldığı yer

kanunîdir. Bunu zikretmek muvafıkdı. Bizi alâkalandıran cihetlerde bu mevzu üzerine hiçbir tereddüde düşmeğe mahal yokdur. Çünkü mevzuubahis olan, hukuk medeniyemizin baş taraflarındaki 9 uncu madde hükümlerine göre zahirî şekiller veya muamelât tarzları olduğu için bunlar yapıldıkları yer kanunu ile tayin edilirler. Bazıları «mütekabil avaryadan frankodu» (franc d'avarie réciproque) şartının şu yolda ifade edilebilecek bir metin içinde tanzim ve projeye konulmasını isteyeceklerdi: «navlun mukavelesi veya konşimentoda» mütekabil avaryadan frankodur şartı yazıldığı takdirde, hattâ büyük avarya mahiyetini haiz olsalar bile, gemi veya yükün duçar olduğu maddî zarar hasar dolayısiyle büyük avarya davası ortadan kalkar; diğer taraftan büyük avaryada, bu nevi avaryanın karakteristiğine bürünen veya büyük avarya gibi sayılan masraflar hususunda, bu dava hakkı ortadan kalkmaz. Öyle sanıyoruzki Garame payı müessesesi, 1681 Fransız **Ordonnance'**ında bulunan müşterek iyilik ve selâmet uğrunda — tabirinde malûm vasıfları idame etmektedir.

Fakat, bunun aksine, ne söylenebilirse söylensin, proje metni York ve Anvers kaidelerine çok yaklaşmışdır. Meselâ, navlunu yolculuğun unsurlarından telâkki ettiği gibi (madde 376), aynı 376 ıncı madde bu günkü mevzuattan uzaklaşarak denize atma tedbirini zarurî kılan muhatara alâkalı taraflardan birine istinad edilse bile, suçluya karşı rücu hakkı baki kalmak şartiyle garameya iştiraki kabul etmektedir.

Böylece gemi çatmaları ile husule gelen zarar hasarlar hakkındaki fasıl 2 ye geçiyoruz (madde 394, 401). Proje gemilerin çatması, yardım ve kurtarma hakkındaki **Brüksel mukavelesini** — mukavele 12 haziran 1913 kanunile tasdik ve İtalya da halen mer'î 14 haziran 1925 kanuniyle kabul edilmişdir. — Tanzim eden prensipleri tamamen ve aynen almaktadır.

Yardım ve kurtarmaya taallûk eden (madde 401, 412) fasıl 3 hakkında da aynı şeyler söylenebilir. Burada yalnız 412 inci maddeye, tehlike ve gemiler hakkında idare makamlarınca alınacak tedbirler eklenmişdir.

Deniz kazaları ve kurtarmalar hakkındaki fasıl 4 (madde 413, 427) yerinde teknik malûmat ve adâlet ve insaniyet prensiplerinden mülhem olarak **jus naofragi,** meşum hatırdan doğan meseleyi — çok uzakdan da olsa — tanzim etmektedir. Fakat kurtarma meselesi de epice farklı kıymette ve bambaşka bir inkişaf ile çetin ve mühim meseleler ortaya koydu, meselâ burada kazazedelere yardımdan, kurtarma ve koruma muamelâtına müteallik işlerde salâhiyetten, ecnebî gemisinin ve ecnebî memleketlerdeki millî geminin uğra-

dığı kazadan bahsedilmektedir. Göz önüne alınan meseleler: Kurtarıcıların veya kurtarmada birlikde çalışanların ücreti, kurtarılan malların satılması salâhiyeti, kurtarma alâkalılarınca yapılacak umumî ilânlar, 3 sene mürurunda satış hasılâtının intikali, devlet kara sularında geminin batması, batan geminin bir tehlike arzetmesi halinde mütekabil kaldırma borcu, terkedilen gemiler, kurtarılan malların ademi teslimi, karaya oturan büyük balıklar, başka şekilde kurtarılan kıymetler ve eşya ve gemi adamları tarafından yapılan kurtarma işi. Bütün bu meseleler mer'iyette bulunan kanunlarla esaslı bir fark göstermeden tanzim edilmişdir; yalnız bazı şekiller hususunda ecnebî sularda kazaya uğraması (madde 416), kurtaran ve tahlisiyecilere ücret (madde 417) ve gemi adamları tarafından yapılan tahlisiye gibi (madde 427) deniz kazaları üzerine tahkikat hakkındaki Beşinci fasıl (madde 428, 434) mevzu hakkında 17 eylül 1925 kanununun muhtevasını aynen almaktadır. Bu fasıl üzerinde fazla kalmağa mahal yokdur. Yalnız işaret edelim: Bu tahkikat yalnız cezai takibatta değil, fakat aynı zamanda mütekabil mesuliyetler hususunda şahsî hukuk davası için de muteberdir. Filiyatta hemen yapılan tesbiti delail ve kezalik vaka akabinde dinlenen şahitler daha fazla gerçeklik ve samimilik temin ederler; o suretleki, bu tesbitlere, iki nevi takibatta, yani ceza ve hukuk şahsiye davalarının müteakip ve mütekabil inkişaflarında mümkün olduğu kadar daha fazla bir kıymet vermek uygun olacaktı.

İmtiyazlar ve ipotekler hakkındaki kısım 7 iki fasıldan ibaretdir. Birincisi (madde 435, 459) aynı mevzu tanzim eden 5 temmuz 1928 kanununun umumî bir tarzda aynen almaktadır. Bilhassa gemide navlun üzerinden imtiyazlı alacaklılara müteallik işlerde (madde 443) ve imtiyazlarda gemi ve navlunun teferrüatına müteallik hususatta (madde 445), imtiyazların rekabeti ve derecelendirilmesi (madde 447), birinci derecede imtiyazlı alacaklar (previlegiati preferiti) (madde 448), imtiyazların beyyineleri (madde 450), navlun üzerine imtiyazın istimali (madde 451), takip hakkı (madde 452), imtiyazların şümulü (madde 453 ve 454), bedelin tevzii (madde 458) ve nihayet bu hükümlerin, gemi sahibinin haksız bir fiil ile hakkından mahrum edilmesi veya alacaklının kötü niyet sahibi olması hali hariç, gemiye sahip bir donatan tarafından işletilen gemilere kabili tatbik olduğunu tesis eden 459 uncu madde. İmtiyazların isbatı dolayısiyle, deniz siyasetinin, vazîî kanunların formaliteler koymak suretile imtiyazların doğmasına engel olmasını kabul etmediği söylenmişdir. Ve İngiliz kanunu daima bu yolda nizam koymuşdur, 1928 Belçika kanunu ve Fransız Kodunun ıslah projesi buna temayül göstermişdir. Ve yine

917

1926 Brüksel mukavelesinin 11 inci maddesi âkid taraflara gerek gemi üzerinde bazı istikrazlar hususunda ve gerek yükün satılması işinde, istedikleri gibi, formaliteler tesbit etmekte tam bir serbestî vermektedir.

Kazalik projemizin daha büyük bir serbesti ile deniz imtiyaz ve ipotekleri hakkında Brüksel mukavelesinde mevcut olmayan, nakledilen mallar üzerine imtiyazlar hususunda hüküm vazedebileceği ve projemizde bu hususda kanun medeninin 1951 inci maddesi birinci kısmında mevcut, sigortada aynı istihlâf prensibinin kabulü için bundan istifade edebileceği ileri sürülmüşdür; kanun medeninin bu maddesine göre «imtiyaz veya ipoteğe tâbi mallar mahvolduğu veya hasara uğradığı takdirde, zayi veya bozulma tazmini için sigortacılar tarafından borçlu paralar, ziyaı veya bozulmayı tazmin için kullandıkları hal müstesna, derecelerine göre imtiyazlı veya ipotekli alacakların tediyesine tahsis edilirler.»

Yeni kanunun, sadece **pretium succedit in locum rei** prensipi tatbik değil fakat mühim ahlâkî ve iktisadî ihtiyaçlara tekabül eden bu ayni istihlâfı da daha fazla nazarı itibara alması icap edeceği ileri sürülmüşdür.

İpotekler üzerine fasıl II (madde 460, 474) aynı zamanda 5 temmuz 1928 kanununun mer'i kaidelerini almaktadır; bundan uzunca bahis veya teferrüata girişmek istemek uygun ve yerinde bir şey olmıyacakdır: Gemi tescili için formaliteler hakkında kısım. VIII. (madde 475,485) hususunda da aynı şey söylenebilecektir. Bu kısım yalnız mülkiyete müteallik noktalarda değil fakat zilyetliğe, kazaî taleplere ve bütün başka aynı haklara müteallik noktalarda tescilin şartlarını ve hududlarını pek iyi tesbit etmektedir. Deniz ipoteği hakkında yalnız şunu da kaydedelim: 461 inci maddede ipoteğin inşa edilmekte olan bir gemi üzerine yapılabileceği söylenmektedir ve bazıları müstakbele muzaf emval (biens fturs) hakkında akdî ipoteği kabul etmeyen kanun medeninin 1977 inci maddesine saygı olmak üzere esas mukavelenamede başlıca karakteristik noktalarını ve hacmi istiabîsini gösterebilecek şekilde daha evvelce kızaklara konulmuş olmalarının tesbitini istemektedirler. Bazıları ise ipoteğin akdî ve mukavelevî tahdid edilmemesi iktiza ettiğini ileri sürmektedirler: Fakat hiç şüphesiz bu mesele çetindir ve bunu geçerken sadece zikretmekle iktifa ediyoruz. Kezalik 466 ıncı madde hükmünü de işaret etmek icap eder: Bu maddeye göre aksi âkid mevcut olmadıkça, navlunlar ipoteğe dahil olmaz.

Gemilerin sahip ve donatanlarının mesuliyetlerinin daraltılması hakkındaki kısım IX (madde 486,504) **Brüksel mukavelesi ile** iktifa etmektedir.

912

Böylece ananavî Lâtin terk sistemi kat'î şekilde kanunlarımızdan kaldırılmış bulunmaktadır; bunun yerine, yukarıdaki mukaveleye uygun olarak ve aynı mukavelenin metnine mutlak bir sadakatle Alman (de l'execution=icra) ve İngiliz (du forfait=götürü) sistemleri kombinezonunun muhassalası denebilecek hakkı hıyar sistemi (système d'option) kabul edilmiştir. Buna preje yalnız depozito parası ve hattâ banka teminatı halinde, alacaklılara gemi mameleki üzerine haciz ve icra muamelelerini men'eden (madde 497) bazı hükümler ilâve, alacaklıların tahkiki için hakem tayini (madde. 498) ve yine bu hâkim önünde usule müteallik hususatı (madde. 499-504) —iflâs usulüne çok yaklaşır — tanzim etmektedir.

Kısım X (madde. 505-541) gemilerin haciz, müsadere ve cebrî satışını nizam altına almaktadır. Her şeyden önce kaydedelimki son madde (541) umumî bir şekilde bu kısımda sarahatan tanzim edilmeyen hususat hakkında, menkul malların icrasına taallûk eden hukuk muhakeme usulleri kanunu hükümlerinin tatbiki lüzumunu tesbit etmektedir; şüphesiz yapılmakta olan yeni kanun kasdedilmek istenmişdir; halbuki bu hüküm aynı zamanda projenin sakit geçtiği korumaya matuf hacze de taallûk etmesi icap edecekdi. Diğer taraftan deniz meselelerinde icra projede kabul edilen hususî kaidelerin menkul icrasına taallûk eden kaidelerle tamamlanabilmesi için çok hususî bir mahiyet arzettiğini ve bu usulün daha ziyade gayri menkul icrasını hatırlatan unsurları ve şekilleri ihtiva ettiğini kaydetmek uygun düşer. Binanaleyh, umumî bakımdan icrayı tamamlıyan kaidelere müracaat etmek daha yerinde bir şey olacakdı. Teferrüata girişmenin uygun düşeceğini zannetmiyoruz, çünkü yeni hukuk usulü muhakemeleri kanunu kaidelerile telif etmek için bu beşinci kısımda birçok tadiller yapılacağı fikrindeyiz. Şüphesiz projedeki şeklile sistem, bu günkü sistemden daha az muğlâk ve daha kolay ve çabuk neticeler verecek mahiyette görünmektedir. Kısım XI (madde 542-549) deniz hukukunda müruru zamandan bahseder. Hususî hiç bir mülâhaza yürütmeden diyebilirizki müruru zaman müddetlerinin azaltılması temayülü projede geniş bir tarzde ve hukukcuların dileklerine ve ticarî teamülün isteklerine uygun olarak kabul edilmişdir. Filhakika, meselâ haklı olarak müruru zamanla tasarruf ancak üç sene sürer, haklı olmayanı ise deniz bürosuna zilliyedliğin ihbarından itibaren beş sene sürer.

Ve böylece tenezzüh işletmesine (kısım. I madde: 550-557), balık-

913

cılığa (kısım. II madde. 558-564), ve harp zamanında deniz işletmesine (kısım. III madde. 565-606) müteallik hususî hükümlerden bahseden XI inci kitaba geçiyoruz. İlk iki fasla müteallik hükümler sistematik bakımdan organik ve tamamile yeni bir tarzda kaleme alınmıştır: Üçüncü kısım hükümleri ise umumiyetle bugünkü deniz ticaret kanunlarına müşabih kaideleri aynen almaktadır: Buna beynelmilel veya insanî mahiyette maksadlara tahsisi dolayısiyle iğtinamdan istisna edilen gemilerin ve harp kaçağı sayılmıyan eşyanın sarih bir listesi eklenmiştir. Kezalik harp kaçağı maddelerin zabt ve müsaderesine, zabtedilen geminin durumuna müteallik hükümler muhafaza altında bulunan geminin muayene ve tetkikiyle alâkadar diğer hükümler ve daha az ehemmiyette başka hükümler de ilâve edilmişdir. Kısım III beş fasıla ayrılmışdır. Sarih bir fikir vermek için içindekileri buraya yazıyoruz: I) Ticaret gemileri tarafından yapılacak harp fiilleri; 2) zabt, 3) muhasamat başlangıcında düşman harp gemilerine yapılacak muamele; 4) düşman ve bitaraf ticaret gemileri tayfa ve yolcularına yapılacak muamele; 5) devletin bitaraflığı halinde muharip devletlerle münasebete müteallik hükümler.

Bu meselede de proje, İtalyan teamülüne uyarak, asıl cömertlik ve samimî insaniyet fikirlerinden mülhem olmaktadır, tâki kendi selâmetini, diğer devletlerin, kendi vatandaşlarının ve ecnebilerin saygıya değer hakları ve menfaatlerile mezcedilmiş olsun. VII inci kitap (madde. 607-616) deniz münazaalarına müteallik hususî muhakemeden bahsetmektedir yani gemilerin ve yüzen aletlerin çatmasından doğan liman vasıtalarının istimalinden veya balıkçı ağlarına iras edilen zarar hasardan, tehlikede veya kazazede gemilere ve yüzen vasıtalara yapılan yardımlardan mütevellid veya bunların enkazanın kurtarılması işinde her kategoriden deniz adamlarına her çeşit liman işleri için tazminat, ücret ve mükâfatlar hakkında ve kezalik umumiyetle deniz adamları, aileleri ve alâkalılariyla münasebet bakımından tayfa kaydı mukavelesinden doğan bütün meseleler için liman kumandanının hakkı kazası. Liman kumandanlarının kararları ancak iki bin liretten yukarı kıymette davalarda kabili istinaftır. Kıymeti ne olursa olsun bütün nizalarda liman kumandanının sulh teşebbüsünde bulunması ve yapılmasını muvafık gördüğü tesbiti delâile müteallik muameleleri zikretmek suretile zabıt varakası tanzim etmesi icap eder.

Liman kumandanlarının kararlarına karşı istinaf, bütün yukarıda zikredilen meselelerde mahkeme önünde yapılır; yalnız tayfa kaydı mukavelesine müteallik meseleler bundan hariçdir ve iş hâkimi (magistaratura del lavoro) sıfatila vazife gören istinaf mahkemesi ihtisasına bırakılmaları icap eder. Bu sonuncu neviden nizalarda

limân kumandanı ayrıca asliye mahkemesi iş hâkimi vazifesini ifa eder ve böylece liman kumandanı huzurunda, denizciler müstesna, bütün kategoriler için bu meselede asliye hâkimi vazifesini gören Préteurün önünde olduğu gibi, aynı muameleye ve aynı sendika kaideleri ne tâbi bulunur.

615 İnci maddede gemi çatmalarından ve bütün diğer deniz kazalarından çıkan nizalara bakmak salâhiyeti Krallığın bazı mahkeme ve istinaf mahkemelerine yani Genova, Napoli, Palermo, Kağliyari, Venedik, Tiryeste mahkemelerine hasredilmişdir. Mahkeme ve istinaf mahkemelerinin bu dairelerini terkip eden hâkimlere, istişarî reyi haiz, her sene Kral buyruğu ile tayin edilen, iki mütehassıs terfik edilir.

Liman kumandanının salâhiyeti işinde, bu salâhiyetle alâkalı hükümlerin rejimimiz tarafından sendika meselelerinde konulan kaidelere tekabül eden adlî teşekkül içerisinde çerçevelenmesi lâzım geldiği halde hususî mahkemelerin salâhiyeti, — bu işdeki bütün hâkimleri bazı mahkeme ve istinaf mahkemelerinde toplamak suretile— ihtisas sahibi hâkimlerden mürekkep bir gurup ihdasına temayül göstermektedir; halbuki eksperlerin yardımı, geniş bir tatbikattan mahrum ve teknik ve emin bilgilerin yardımı olmaksızın güçlükle elde edilebilecek vakiaların hâkimlerce etrafile anlaşılması gayesini güder. Yine bu sebebdendirki, orta çağ metinlerinde, meselâ deniz konsoslosluğunda, konsolosların hüküm tefhimi günü kâtipleri ile birlikte muayyen temiz ticaret adamlarının ve bunu takiben muayyen temiz deniz sanatı adamlarının rey ve mütalâalarını aldıkları görülmektedir.

Son madde (616) gemilerin çatması ve bütün diğer deniz felâketlerinden doğan davalarda, bu davalar davalının bulunduğu yer hâkimi huzurunda açılmadığı takdirde, salâhiyettar hâkimin kim olduğu noktasını tesbit etmektedir: Felâket devlet kara sularında vuku buldu ise hâdise yeri hâkimi, bu kara sular dışında hususle geldi ise ilk durma yeri hâkimi salâhiyetlidir. Bu kısım hükümlerinin büyük bir kısmı zaten meriyettedir, çünkü bunlar, birisi 1928 diğeri 1925 tarihli iki kanunla kabul edilmişlerdir.

Deniz ihtilâf kavanininin halli hakkındaki hususî kaidelerin dercinin muvafıklığı mevzuu üzerine — bu kaidelerin mevzuubahs ihtilâfları esasda bayrak kanununa havale eden hususiyetleri sebebiyle — tanınmış bir hukukcu tarafından izhar edilen rey ve mütalâaya temas etmek suretile bu yedinci kitabın tetkikine nihayet verelim.

Sekizinci ve sonuncu kitap cezaî ve inzibatî hükümlere taallûk

915

etmektedir: Bu kısmın deniz ticaretinin mükemmel bir ceza ve ceza muhakeme usulleri kanununu teşkil ettiğini söyleyebiliriz. Üç faslı havidir: Birincisi deniz suçları hakkında (madde 617-751) ikincisi deniz meselelerinde muhakeme usulü hakkında (madde. 752-770) üçüncüsü inzibatî hükümler hakkındadır (madde. 771-781).

Bu kitapta hukuk ve usule ait hükümler sistematik bir tarzda ele alınmışlardır: Hukuka ait hükümler için cürümler ile son ceza kanununa **göre délits de police** adını ve mazrufunu taşıyan kabahatları ayırd etmek suretile. Bu deniz ceza kanunu mevzuu diğer mer'î umumî ceza kanunu ile telif etmek zaruretinden başka, bazıları, 625 inci maddenin yaptığı gibi, deniz kanununun cezaî hükümlerinin ancak, gerek ceza kanunu ve gerek başka kanunlarca daha ağır cezalandırılmıyan, kanunda yazılı vakalara kabili tatbik olduğunu beyan edecek yerde, mevzuları, failleri ve yapıldıkları yer bakımından bahrî mahiyette cürümler için —hattâ bu cürümler ceza kanunu ve diğer kanunlar tarafından nazarı itibara alınsa ve başka türlü cezalandırılsa bile— tatbik edilecek cazaî tetbirin münhasıran deniz kanunumuzun cezaî tedbiri olması lâzım geldiğinin şart konulması uygun olacağı fikrindedirler. Objektif sebep meydanda, bu kanun **generi per specium derogatur** prensipine dayanmaktadır. Bazı müellifler bilhassa kaptanların meslekî kusurları husunda çok şiddetli davranmasından dolayı, projeyi tenkit etmektedir. Halbuki, gerek zaman ve gerek mekân bakımından hususî şartlar ve bu şartların sarahaten güçlükle takdiri dolayısiyle kaptanların içinde bulunabilecekleri zorluklar düşünülürse, bu meslekî hususlar içinde müsamahakâr davranmak muvafık olacakdı. Diğer taraftan 261 inci madde, bir yandan kapdanın mesuliyetine, bir yandan da donatan ve gemi sahibinin mesuliyetine müteallik işlerde, muayyen şartlar dahilinde, kapdan ve gemi adamlarının mecbur tutuldukları para cezası meselesinde lûzumundan fazla bir şiddet göstermektedir.

Gemi adamları tarafından geminin terki ile alâkadar olarak (madde. 624) söyleyelimki bu terk keyfiyeti kaçma suçunun yerine kaim olur ve seyrüsefere halel gelmedikçe ticarî kaçma bir cürüm teşkil etmez; bu metin, her ne kadar geçmiş zamanların müfrit ve hattâ haksız şiddetini hafifletiyorsa da, kaçmayı alelâde bir mukavele ihlâli mahiyetinde sayacak asrî cereyanı, haddinden fazla kolaylaştırmamak icap eder; maamafi, hususile gemiye dönmek suretile bilfiil pişimanlık halinde adilâne bir itidale varılmak lâzım geldiğinede kani bulunuyoruz (madde. 626).

Hususî mülâhazaları da ihtiva etmesine rağmen, bu serî ve toplu takririn dar çerçivesinden çıktığımızı zannetmiyoruz. Yalnız, de-

916

nizde taşınan mallar üzerine muamelât ve seyrüseferde malların satışları hakkındaki kaideleri taşıyan iki projenin deniz ticaret kanunu projesine eklendiğini de kaydedelim. Bu kaideleri koyup koymamanın uygun olup olmadığı noktasında fikir ihtilâfı vardır. Bazılarına göre hukukî mahiyetleri ticaret kanununu ile nizama konulan bütün diğer muamelelerden farklı bulunmıyan mübadele muameleleri mevzuubahs olması dolayısiyle bu kaidelerin ticaret kanununda kalması icap etmektedir; çünkü bunları tahakkuk ettirmek için zarurî vasıta — bu meselede deniz faaliyeti — muhakkak bunları şimdiye kadar işgal ettikleri ve muhafaza etmeye lâyik bulundukları mevkiden mahrum bırakmak için yetecek bariz bir karakteristik teşkil demezler.

İtalyan deniz ticaret kanunu projesinin ana hatları bunlardan ibarettir. Şekli tadilât, meriyette bulunan diğer kodlar ve kanunlarla daha rasyonel bir düzen ve temas edilen mevzuun daha sarih topoğrafik tertibi zarureti müstesna, bu kodun yalnız ticaret, deniz hususî ticaret hukuku mevaddını değil fakat âmme, idare, düvel ve ceza hukuku mevaddını ve yine tatbiki için hukukî ve cezaî mesailde usul hükümlerini de ihata ettiğine şüphe yoktur.

Kezalik, bu günkü şeklile, bu proje aralarında **Ripert** ve **Bonnecasse** gibi mevzuda meşhur yüksek Fransız âlimleri de bulunan bir çoklarınca temenni edilen muhtariyete cevap teşkil eder. Ve hatime olarak imparator Antonet'in şu sözüne liyakat kesbeder: **Kanun denizin hâkimidir.** Bugünkü proje ile proje hakkında âlimler, üniversiteler ve ekonomik teşekküller tarafından yapılan bütün etüdler, hukukçu romaniste eski adliye vekili **Pietro de Francisci'**nin emin ellerinden daha az emin bulunmıyan dahî hukuk tarihcisi yeni adliye vekili **Arrigo Solmi'**nin ellerine geçmiştir.

Binaenaleyh, projenin tanzimi tarzının Roma ve İtalyan hukuku an'anelerinerine yaraşdığına emin olabiliriz. Metin kat'iyet kesbedince tekrar mevzua dönmek niyetindeyiz ve bunun da çok geçmeden kat'i mahiyeti alacağını tahmin etmekteyiz, fakat şimdiden söylenebilirki yeni kod bir tarafdan zaman üzerine navlun mukavelesi, müctemi taşıma, teslim bonoları ve emanetcinin rolü gibi ticarî münakalâtın inkişafından doğan bütün asrî fikirlere yer vermekte ve diğer taraftan deniz hukukunun tevhidine doğru kat'î bir hatve teşkil etmektedir. — Bu tevhit zarurî olarak **in re ipsa** mevcuttur, o dereceye kadarki orta çağın statütlerinden zamanımıza kadar kanunların bütün inkişafında görülebilir. Bu sebepden denilebilirki bu öncülük vazifesini gören bir kanundur ve şüphesiz hakkında verilecek hüküm ne olursa olsun, İtalyan vazî kanununun istiklâli tammını teyid etmek suretile herhangi bir sebep veya suretle deniz adamları ve deniz servetine temas eden bütün meselelerde ihtivaçları karşıladığı inkâr edilmeyecektir».

917

No: 42

Belçika Gand Sınaî Mektep — Hapishanesi üzerinde küçük bir tetkik

Yazan: Muzaffer ÖZTUNÇ
Ceza ve Tevkif evleri
U. M. 2 inci Ş. Müdürü

Belçika cezaevleri, mahpusların tasnifi esasına dayanan ilmî bir tasnife tâbi tutulmuştur. Belçikada ceza infaz müesseseleri esaslı iki kategoriye ayrılır: Biri merkezî hapishaneler, diğeri talî hapishaneler.

Merkezî hapishaneler, Louvain, Gand ve Merxplas'da olmak üzere üç büyük müesseseden ibarettir ve yalnız ağır cezalı erkek mahkûmlara tahsis olunmuştur.

Kadın mahkûmlarla cünha cezalarının ve tevkif kararlarının infazı içinde her kazaî mıntaka merkezinde „talî hapishaneler" kurulmuştur. Bunların adedi 26 dır.

Gand merkez hapishanesi sekiz kartyeden ibarettir. Bunlardan iki kartyeye sınaî mektep - hapishane yerleştirilmiştir. Bu yazımızla sınaî mektep-hapishaneyi anlatmağa çalışacağız.

Teşekkül ve gaye:

Mektep-hapishane, merkezî cezaevi müştemilâtı içinde ve ona merbut olarak tesis olunmuştur. Merkezî ceza evinin altıncı ve sekizinci kartyelerini işgal etmektedir.

Burada tatbik olunan rejim, muhtelit rejimdir, yani hem hücrevî hem de topluluk rejimi birlikte kombine edilmiştir.

Atölyeler altıncı kartyeye yerleşmiştir. Mektep salonları, müzik, temaşa ve konferans salonları, kütüphane, jimnastik, oyun ve içtima salonları, teneffüs yeri, inzıbat divanı, gezinme yeri hepsi bu kartyededir.

Hücreler, sekizinci kartyededir. Mahkûmlar burada yatarlar, yemeklerini burada yerler ve akşamdan sonraki okumağa tahsis edilen saatlarını, tetebbü ve tetkik zamanlarını burada gecirirler.

Bu kartyeye istiap haddi, her biri 4×2,5×3 olmak üzere 30 metre mikâbı olarak 147 hücre yerleşmiştir.

918

Bina ta hücrelerine kadar elektrik tenviratı ile mücehhezdi.
Sekizinci kartye kaloriferle ısıtılmıştır.
Bütün bu hizmetler Devlet tarafından deruhde edilmiştir.

*
* *

Mektep-hapishane 21 haziran 921 tarihli bir irade ile tesis edilmiştir. Burası mıntakavî değil, merkezî hapishane gibi umumî bir karakteri haizdir. Bu müessese, asker ve sivil tefrik edilmeksizin 16 dan 21 yaşına kadar olan ve cezalarını bu müessede çekmelerine karar verilen mahkûmlara tahsis edilmiştir. Bunlar umumî nizamnameye göre vilâyet merkezlerindeki ceza evlerinde müteşekkil hususî tefrik komisyonları tarafından seçilir. Gerek eski mesleklerine ve gerekse istikbaldeki kabiliyet ve menfaatlerine göre genç mahkûmler ya bu sınaî mektep-hapishaneye ve yahutta Merxplas'da tesis olunan ziraî mektep-hapishaneye tevdi olunurlar.

Bazı ahval ve şarait dahilinde 21 yaşından 30 yaşına kadar olan mahkûmlar da bu müesseseye alınabilirler.

Zührevî hastalıklara mübtelâ bulunun veya aklen zaif olan suçlular bu müesseseye nakledilmezler. Bunlardan başka en az üç defa cünha işleyerek üç ay hapse mahkûm olan sabıkalılarla gayri ahlâkî suç işleyenler, bilhassa fiili livatadan mahkûm bulunanlar bu müesselere alınmazlar.

Mektep-hapishaneye her nevi mahkûm alınabilir, gerek hapis cezasına ve gerek münferid hapse yahut hidematı şakkaya—ister muvakkat olsun ister müebbed olsun—mahkûm olanlar dahi sevk edilebilir. Yalnız sevk esnasında mahkûmların en az üç ay hapis cezasına mahkûm olmuş olmaları lâzımdır.

Sınaî teşkilât:

Sanat tedrisatı, hususî bir tarzda tanzim olunmuştur. Atölyeler aşağıdaki sanat şübelerini muhtevidir.

1) Demirci, makine kurucusu. 2) Tenekecilik, galvanoplasti, kurşuncu, sondajcı. 3) Marangozluk, oymacılık. 4) Kunduracı. 5) Terzi. 6) Mücellit. 7) Bina boyacısı.

Bütün mahkûmlar mecburî olarak çalıştırılmaktadır. Burada tatbik olunan öğretme usulleri serbest sanat mekteblerinde takip olunan usullerin aynı değildir. Öğretme tarzı istihsal esasına göre tanzim edilmiştir.

Sanatle hakikî alâkası olmayan işler kabul olunmaz. Atölyeler

919

ancak satılabilecek işler meydana getirir. Fakat bu işler piyasaya sevkedilmez. Bunlar ancak Devlete, vilâyet ve nahiyelere veyahut hayır müesseselerine tahsis olunur.

İşlerin tarzı cereyanında amelenin inkişafı, alınacak maddî neticelerden üstün tutulur.

Bir sanatın çıraklık devresi, dört dereceyi mehtevidir. Bir dereceden diğerine geçebilmek için talebenin yalnız şahsî istidad ve gösterdiği inkişaf derecesi esas tutulur.

Atölye şefleri çırakların gösterdiği terakki ve tekâmülü her ay verdikleri notlarda gösterirler. Talebeler, gösterdikleri inkişaf derecelerine göre «amele» sınıfına geçerler.

Genç mahbuslar her gün takriben altı buçuk saat çalıştırılır.

Amelî tedrisattan başka talebelere nazarî ders de verilir. Cumartesi müstesna olmak üzere her gün atölye şefleri tarafından birer saat nazarî ders okutturulur.

Çıraklık devresini bitiren talebeler, tahliye edildikleri zaman bir şahadetname alırlar. Bu şahadetnamede kendilerinin mazideki hallerini işrab edecek hiç bir kayıd bulunmaz. Bu şahadetnameler (Hususî mektep şahadetnamesi) başlığını taşır.

Atölye şefleri sanat adamlarıdır, bunlar aynı zamanda müessesenin nezaret vazifesile tavzif edilmiş şahsiyetlerindendir. Fakat müessesenin diğer idarî işlerinden hiç biri ile uğraşmazlar.

Yaptıkları iş nisbetinde talebeye bir prim verilir. Bu, talebenin verdiği randmanın kıymeti ile mütevazin olarak saatte 10 santimden 25 santime kadar çıkar.

Bu primlerin ceza kanunu ve cezaevleri nizamnamesine göre $\frac{5}{10}$, $\frac{6}{10}$, $\frac{7}{10}$ nisbetini Devlet alır. Bu nisbetler mahkûmların cezalarının nevilerine göre tesbit olunur. Mahpusların bu suretle toplanan paralarının yarısı müessesedeki sarfiyat ve istihlâkâta diğer yarısı da hini tahliyelerinde yine kendilerine verilmek üzere saklanır.

Atölyeler en mükemmel aletlerle mücehhezdir. Makinalar elektrikle işler. Makina kuruculuk ve marangozluk atölyeleri, çırakların adedi itibarile diğer atölyelerden daha mühimdir. Atölyeler her vakıt hariçde aynı branşta çalışan sanayi müesseselerile muhabere ederler.

Mektep - hapishanenin merkezî hapishaneye mücavir olması; mutbak, hamır yoğurmak, çamaşır, temizlik işlerile idare binasını alâkadar eden diğer işlerde büyük mahkûmların hizmetlerinden istifade edilmesini kolaylaştırır, küçük mahkûmlar idarî işlerde kullanılmaksızın yalnız sanat öğretme işlerinde çalıştırılırlar.

*
* *

Genç mahkûmlar işe konulmazdan evvel 10 günden 40 güne kadar hücrede alıkonulurlar ve bu esnada mütemadî müşahede altında bulundurulurlar.

*
* *

Mahkûma öğretilecek sanatın tayini hapishane memurlarından mürekkep bir komisyona aiddir. Bu komisyonda bilhassa antropolojik servis doktoru bulundurulur. Bu doktor evvelce yaptığı tetkikatının neticesini toplantıya bildirir. Mümkün olduğu kadar bu seçimde mahkûmun zevk, istidad ve evvelce takip ettiği meslek ve sanatı nazarı itibara olınır.

İnzıbat ve terbiye sistemi:

İnzıbat rejimi umumî esaslar itibarile 15 mayıs 1906 tarihli iradei kraliye ile tayin olunan umumî cezaevlerindeki usulün aynıdır. Ceza sisteminde terbiyevî metodların hâkimiyeti altında müterakkî sistem tabik olunur. Ceza, tatbıkı yavaş yavaş mülâyimleşen ve hafifleyen bir seyir takip eder.

Mahkûmların moral tasnifi:

Talebeler gösterdikleri istidad, kabiliyet ve ahlakî salahlarına göre muhtelif kategorilere taksim olunur ve bu suretle dört sınıfa ayırd edilirler;

1) Pek iyi, 2) iyi, 3) tecrübe veya müşahede sınıfı, 4) cezalı sınıf.

Manevî tasnif şu esaslara dayanır:

A) Umumî tavrı-hareket, B) temizlik, C) tasarruf fikri, D) hücrede geçen zaman zarfındaki vazife, E) sükûta riayet, F) mektebde çalışma derecesi, G) işde çalışma derecesi, H) ıslah ve tehzibi ahlâk.

Bunlara verilen notların âzamî haddi şunlardır:

Her ay nihayetinde		tavrıhareket numarası		: 4
»	»	»	temizlik	» : 4
»	»	»	tasarruf fikri	» : 4
»	»	»	hücredeki mesai	» : 4
»	»	»	sükûta riayet	» : 8
»	»	»	mektepdeki çalışkanlık	» : 8
»	»	»	işdeki çalışkanlık	» : 8
»	»	»	ahlâk	» : 16

Âzamî had olmak üzere heyeti mecmuası 56 numaradır.

14 Numara ve 14 numradan az not alan talebe (cezalı) sınıfa tef-

921

rik olunur. 15 den 28 e kadar (tecrübe) sınıfına, 29 dan 42 ye kadar (iyi)' 43 den 56 ya kadar (pek iyi) sınıf itibar edilir.

Bu numaralar müdür muavini, muallimler, kartye şefi ve atölye şeflerinden mürekkep bir komisyon tarafından verilir.

Talebenin eline de kazandığı numaraları havî bir karne verilir.

Talebeler müesseseye ilk alındıkları zaman (tecrübe) sınıfına kayıd edilirler. Yeni gelen talebenin «iyi» sınıfa geçebilmesi için her üç tasnifde de bu sınıfa geçebilecek numarayı kazanmış olması lâzımdır.

İstisnaî halâtta ilk iki tasnifde üstüste «pek iyi» derece alanların «iyi» derecenin icab ettirdiği müddeti geçirmesine bakılmaz. «İyi» derecede bulunan talebelerin «pek iyi» kısma geçebilmeleri için bulundukları sınıfda mütemadî olarak üç ay kalmaları ve «pek iyi» derecenin icab ettirdiği notu almış olmaları lâzımdır.

1 — Tecrübe sınıfına dahil talebelerden fena niyetler ve tenbellik göstererek üstüste üç tasnifde 14 numaradan aşağı not alanlar;

2 — Ahlâkî ve disiplin noktasından ağır hareketlerde bulunanlar; «cezalı» sınıfa indirilir.

«Cezalı» sınıfa ayrılan talebe kantinden mahrum bırakılır. Fevkalâde hususî haller müstesna olmak üzere ziyaret kabul edemezler, mektublaşamazlar, icab ettiği takdirde koro ve müzik heyetinden hariç bırakılırlar, ne teneffüslerde ve ne de heyeti umumiye tarafından hazırlanan oyunlara, pazar eğlencelerine iştirâk ettirilmezler.

Sınıfından dûn bir sınıfa atılan talebe ledelicap eski sınıfına geçebilmek için mütevassıt sınıfda muayyen bir zaman beklemek mecburiyetinde olmakla beraber bir sınıfdan diğer sınıfa geçmek için lâzım olan üç aylık müddeti beklemeğe mecbur değilder.

«Cezalı» sınıfda bulunan talebe fena tavır ve hareketlerinde ısrar eder ve üstüste üç tasnifde iyi not alamazsa mektep hapishaneden alınması ve umumî ceza evlerine gönderilmesi için yüksek makamlara teklif yapılır.

«Tecrübe» sınıfında bulunan talebe tütün ve çikolata müstesna olmak üzere kantinden istifade eder. Nizamatın müsaadesi nisbetinde ziyaret kabul eder ve ebeveyni ile muhabere edebilirler. Teneffüslere ve heyeti umumiye tarafından tanzim olunan oyunlara iştirâk ettirilmezler.

*
* *

Bu tasnifler her ay nihayetinde yapılır ve ay başında talebeye tebliğ edilir. Her üç ayda bir müdür muavini talebelerin huzurile esaslı bir toplantı yapar. Bu toplantıda müdür, doktor,dinî memur,

antropoloji doktoru, muallimler, nazaretçi şefler hazır bulunurlar.

Talebenin ilerleyiş derecesi, yalnız iş ve okumadaki öğrenmesi ile değil, ilerlemek ve öğrenmek hususunda gösterdiği mütemadî sa'y ve gayreti ile ölçülür.

«İyi» ve «pek iyi» dereceler için bazı mükâfatlar tahsis olunmuştur: 1) Oyunlara ve pazar teneffüslerine iştirâk etmek. 2) Şef tarafından kendilerinde bir kabiliyet görülürse müzik ve koro heyetlerine, bayram toplantılarına ve tiyatro şubesine kabul olunmak. 3) Kardaşlarile ve diğer akrabalarile muhabere edebilmek (Bu muhabere hakkı merkezî cezaevi nizamnamesi ile sureti katiyede menedilmiştir .). 4) Ailesinden aynı âzaların ziyaretini kabul etmek. 5) Bazan ziyaretleri uzatmak. 6) Kantinden istediğini alabilmek. 7) Hariçten eşya kabul edebilmek — ister satın alarak isterse ailesi tarafından getirilmiş olsun — (bunlar kitap, mecmua, faydalı yahut güzel bazı şeyler olabilir). 8) Oyun esnasında, teneffüs toplantılarında veya gezintilerde avluda muayyen bir iki kelime taati etmeğe sahibi salâhiyet olmak. 9) Meşruten tahliye olunmak nimetine mazhar olmak. 10) Müdürlüğün veya himaye cemiyetlerinin hayırhahane tevassutlarına nail olmak.

«pek iyi» derecede bulunan talebeler için bu saydıklarımızdan başka şunlara da müsaade olunur;

I) Uzun saç bırakabilmek. 2) Ebeveyninin ziyareti esnasında konuşmak için hususî bir oda tahsis olunmak. 3) Ziyaretleri esnasında ebeveyninin getirdiği bazı tatlı yiyecekleri kabul etmek.

Ayırıcı işaretler:

Genç mahkûmlardan «pek iyi» derecede bulunanlar gömleklerinin yakasına bir yıldız ve sol kollarına da bir kordela takarlar. «İyi» derecedekilerin yalnız kollarında kırmızı bir kordela bulunur. «Tecrübe» sınıfında bulunan mahkûmlarda farik hiç bir işaret bulunmaz.

Hücrelerin kapusuna da bazı alâmetler asılır: 1) «Pek iyi» lerin kapusunda bir yıldız, 2) «İyi» derecedekilerin kapusunda kırmızı bir çizgi. 3) «Tecrübe» sınıfında bulunan talebelerin kapusunda bir göz. 4) Cezalıların kapusunda da beyaz bir plâka vardır. Her ay genç mahkûmların ebeveynlerine, çocukların tavır ve hareketleri hakkında bir karne gönderilir.

*
* *

Genç mahkûmlar, mektep · hapishanede soy adlarile çağırılırlar, yani umumî hapishanelerde olduğu gibi kollarının veya hücrelerinin numaraları ile çağrılmazlar.

*
* *

923

Genç mahkûmların meşruten tahliyeleri işi, ayda bir kerre toplanan hapishanenin başlıca memurlarından müteşekkil bir heyet huzurunda tetkik olunur.

*
* *

Müdür, müdür muavini, dinî memur ve öğretmenler daimî surette genç mahkumları kontrol ederler. Müdür muavininin ve öğretmenlerin verdikleri notlar her ayda bir defa mahpusların ahlâk muhasebesine kaydolunur. Bu deftere aynı zamanda atölye şeflerinin, kartye şeflerinin ve nezaretci memurların aylık notları da kayd olunur. Atölyelerin yanında ve sureti mahsusada tefrik olunan bir yerde bu kontol ziyaretlerine tahsis olunur. Müdür muavini ve öğretmen bazan geceleri de ziyarette bulunurlar.

*
* *

Genç mahkûmlar, büyüklerin hapishanelerindeki elbiselerden ayrı bir elbise giyerler.

*
* *

Gıda tarzı diğer ceza müesseselerinden az çok ayrı bir şekildedir.

Mektep işleri:

Bütün genç mahkûmlar için mektebe devam mecburî tutulmuştur. Ancak evvelce aldığı ders dolayısile mektep - hapishanede yapılan tedrisatın seviyesini aşan mahkûmlar bundan müstesnadır.

Takib edilen program: okuma, yazma, hesap, kanunî ölçü sistemi, gramer malûmtı, Belçika tarih ve coğrafyasını muhtevidir. Mümkün olduğu kadar bu program, teknik tedrisatla müterafik bir halde takib edilir.

Talebeler üç sınıfa ayrılmış ve müesseseye üç öğretmen tahsis edilmiştir. Birinci sınıf; ümmilerden, okuyup yazmak ve hisap bilmiyen cahil talebelerden mürekkebdir. Bunlar iki şübeye ayrılırlar: birisi Flâmanlar, diğeri Valon talebeler.

İkinci sınıf, bilgisi kâfi derecede ilerilemiş Valon mahkûmlardan müteşekkildir. Burada fransızca tedrisat yapılır. Bu sınıf birinci sınıf gibi aynı şekilde iki şübeye tefrik edilmiştir.

Üçüncü sınıf, oldukca ilerilemiş Flâman mahkûmlardan ibarettir.

Burada Flâman dilince tedrisat yapılır. Bu da aynı şekilde iki şübeye taksim edilmiştir.

Yalnız cumartesi günleri müstesna olmak üzre haftanın bütün günlerinde her üç sınıfta saat 10 dan öğleye kadar tedrisat yapılır.

Merkezî idare tarafından resmen hazırlanmış katalogda yazılı klâsik kitaplar okutturulur.

Her gün hücrede yapılmak üzere talebeye temrinler ve vazifeler verilir. Mektep, hususî bir teftişe tâbidir.

***

Kütüphane:

Müessesede, mahpusların zeka dereceleri ve ahlakî vaziyetleri göz önünde tutularak okumaları için umumî bir kütüphane vücude getirilmiş ve bu işle bir öğretmen tavzif edilmiştir.

Bu kütüphane mahkûmların ilmî inkişaflarına hizmet eden mutad kitablardan, dinî ve ahlâkî eserlerden ahlakî tedrisata müteallik kitablardan müteşekkildir. Kütüphanede 1300 cilt eser mevcuttur.

Bundan başka ıslah evinde hususî bir kütübhane daha vardırki burada, kendi kendine öğrenmeğe yarayan ve müessesede okutulan sanat ve bu sanatlara merbut eserler vardır. Bu da 225 cilt kadardır. Her sene yeni yeni eserler getirilmektedir.

Müessese teknik sahada intişareden mecmualara da abonedir. Kitaplar haftada bir tevzi olunur.

Dinî işler:

Devlet tarafından tanınmış dinî bir mezhebe salik olan mahkûmlar, istekleri üzerine ait oldukları cemaatın dinî yardımından istifade ederler.

Müesseseye katolik iki din adamı bağlıdır. Vazifeleri de merkezî hapishaneyi teşkil eden bütün kartyelere şamildir. Âyinler, merasim ve bayram günlerile, pazar günlerinde hücrelerin bulunduğu kartyenin kilisesinde icra olunur.

Bu kilise hücrevî sisteme uyacak bir karakterde anfiteatr olarak inşa edilmiştir. Fakat o suretle inşa edilmiştir ki oturulacak yerlerin üzerindeki kısımlar kaldırılınca muhtelit rejime de uyabilir.

Bu memurlar vaaz ve nasihat ederler. Bunlardan birisi fransızca diğeri flâmanca vaaz eder. Her sene paskalya zamanlarında ruhî bir uzlet yaptırılır.

Dinî memurlar her gün hapishaneye gelirler ve mektep hapisha-

925

nenin bütün kartyelerinde ifayı vazife ederler.

Cumartesi günleri saat 10 dan onbire kadar rahipler sınıf salonlarında dinî veya ahlâkî mevzular üzerinde birisi Flâman mahbuslara, diğeri Valon mahbuslara mahsus olmak üzere konferanslar verirler.

Katolik mezhebinden ayrı bir mezhebe salik olan mahkûmlar ayda bir defa kendi mezheplerinden dinî bir memurun ziyaretini kabul edebilirler.

Konferanslar:

Bahsettiğimiz dinî konferanslardan başka ve oldukca sık sık diğer konferanslar da verilir.

Öğretmenler, kendi sınıflarında her cuma saat onbir buçukdan öğleye kadar ilmî ve ahlâkî bir mevzu üzerinde musahabeler yaparlar.

Pazar günleri teneffüs ünvanı altında sık sık «İyi» ve «Pek iyi» derecede bulunan talebeye keza musahabeler verilir. Ekseri ahvalde bütün mahpuslar da burada hazır bulunurlar. Bu musahabeler hapishane memurları tarafından yapıldığı gibi mahpuslar tarafından da yapılır.

Daha yukarıda bahsettiğimiz her üç ayda bir yapılan toplantılar dahi aynı şekilde birer musahabe mahiyetindedir.

Beden terbiyesi:

Beden terbiyesi için İsveç sistemi bir metod kabul edilmiştir. Bu metod askerî münferit nizam talimleri ve kır mekteblerinin bazı talimleri ile mezç ve ikmal edilmiştir.

Beden terbiyesi haftada iki defa mektebe gelen jimnastik muallliminin kumanda ve nezareti altındadır. Ekseriyetle avluda ve bozuk havalarda kapalı salonda yaptırılır.

Müzik tedrisatı:

Müessesede müzik tedrisatı da vardır. Müessesenin bir bando takımı mevcuttur. Bando takımı, müesseseye ikinci derecede bağlı şahıslardan olarak tayin edilen bir müzik şefi tarafından idare edilir.

Haftada üç defa geceleri ekzersiz yapılır. Bando takımı 30 - 40 kişiden mürekkebdir.

Koro takımı, bando takımı gibi mahpusların içinden teşkil olunmuştur. Bu da ayrı bir şef tarafından idare edilir. Haftada üç gece tekrarlamalar yapılır. Bu da 30 - 40 kişilik bir mevcudu muhtevidir.

*
* *

926

Koro şubesinden başka 12 kişilik bir gruba kilise müziği öğretilir.

Senenin büyük bayramlarında bir muallim tarafından idare olunan tiyatro şubesi tarafından, gösteriler ve konserler tertip edilir. Bu konser ve gösterilerde mahpuslarla birlikte yüksek şahsiyetler de hazır bulunurlar.

Oyun ve teneffüs:

«İyi» ve «Pek iyi» derecelere geçen talebelere münhasır olmak üzere kendilerine cesaret vermek ve mükâfatlandırmak emelile pazar günleri sabahları ve öğleden sonra oyunlu toplantılar yapılır.

Oyunlar: Yüzük oyunu, esir almaca, dıvar topu, domino, dama, tavla ve saire...

Spor: Koşu, tramplenli ve tramplensiz uzun veya yüksek atlama, halat çekme.

Bu oyunlar ve eğlencelerin icab ettirdiği masraf bunlara iştirâk eden talebeler tarafından ödenir. Bu hususdaki aidat mecburî olmamakla beraber senede her talebe için beş frankdır. Bu suretle toplanan paradan spor ve eğlenceye ait mecmualar da satın alınır.

Luven merkezî cezaevi tarafından her pazar günü neşredilen haftalık bir gezete de talebelerin okumasına tahsis olunur.

Müdür muavini veyahut mektep - hapishane servisine bağlı hususî bir memur bu eğlence ve spor toplantılarında hazır bulunur.

Birinci ve ikinci kısımda bulunmayan talebeler bu oyunlardan istifade edemezler. Onlar pazar günleri hücrelerin bulunduğu kartyenin avlusunda gezinmekle iktifa ederler. Gezinmeler tek sıra halinde ve derin sükût içinde yapılır.

Tıbbî servis:

Sıhhî servis ile hastahane servisi merkezî hapishanedekilerle müşterektir.

Takip ve himaye:

Tahliye olunan mahpusların takip ve himayesi çok hususî bir dikkat mevzuudur.

Evvelemirde tahliye olunan çocuğa iş bulmak için ailesi erkânı davet olunur. Çünkü bunlar çocukları için ciddî müesseselerde daha kolaylıkla iş bulmak imkânlarına maliktirler. Bunların buldukları iş iyi görülürse çocuk bu işe yerleştirilir.

Eğer ebeveyni bu hususta istenilen maksadı temin edemezse veyahut tahliye olunan çocuğun ebeveyni yoksa müdür yerleştirmek

927

hususunda teşebbüsata girişir. Müdür de bu teşebbüslerinde muvaffakiyetsizlikle karşılaşırsa o zaman vilâyetin himaye komitesinin yardımına başvurulur.

Himaye cemiyetinden bir kaç âza haftanın muayyen günlerinde yerleştirilen çocukları görmek ve tetkik etmek için çalıştığı müesseseyi muntazaman ziyaret ederler.

Personel:

Mektep - hapishanenin memurları şunlardan ibarettir:

1) Müdür muavini, 2 adet katolik mezhebinden dinî memur, (Bunlara aynı zamanda merkezî hapishane de iş verilmiştir.), Üç öğretmen, yedi atölye şefi, bir kartye şefi, ve bir kaç sürveyyan.

Dinî memurlar her gün saat 4 den 5 e kadar vazife görürler. Öğretmenler altı, Atölye şefleri ve sürveyyan lar sekiz saat çalışırlar.

Mektep — hapishane müdürlüğü, merkezî hapishane müdürlüğüne bağlıdır.

***

Türk ceza kanunu, 55 inci maddesile Çocukluk devresini aşarak ilk gençlik çağına giren mahkûmları, hem çocuklardan ve hemde büyük mahkûmlardan ayırmağa tasrih eylemiş ve suç işlediği zaman 15 yaşını bitirüp henüz 18 yaşını ikmal etmemiş olan mahkûmlara ait cezaların «bunlara mahsus cezaevlerinde» veya «Büyüklere mahsus cezaevlerinin hususî kısımlarında» çektirilmesini emretmiştir.

Bugün Türkiyede bu kabil gençler için, ayrı hususî bir ceza evi olmaması dolayısile genç mahkûmlar büyüklere mahsus ceza evlerinin hususî kısımlarında cezalarını çekmektedirler.

Cezaevlerimizin kısmı âzamının bina ve teşkilât itibarile noksan bulunması sebebiledirki bu gibi gençler hakkında tatbik edilmesi lâzımgelen ıslah ve terbiye rejimi kâfi bir şekilde tatbik edilememekte ve kanunun istihdaf ettiği gaye elde edilmemektedir.

Kanunumuzun 54 üncü maddesi mucibince Edirnede açılmış olan ıslahhane gibi genç mahkûmlar içinde ayrı ve hususî bir cezaevi açılması bir zaruret halini almış bulunmaktadır. Genç mahkûmların ıslah ve terbiyesile, ancak bu suretle, kâfi bir şekilde meşgul olmak imkânı kazanılmış olabilir.

Büyük Türk İnkilâbının cizdiği ana prensiplerle Türk ceza evlerini, ıslah müesseseleri haline sokmağa karar vermiş ve tatbikına başlamış olan Yüksek Adliye Vekâletinin pek yakın bir âtide genç mahkûmların ıslah ve terbiyesini deruhde edecek ayrı ve hususî müesseseyi de açacağı şüphesizdir.

928

No: 43

Alman Hapishane Nizamnamesi ve buna müteallik esasları üzerinde bir inceleme.

B

I. Mahpuslara yapılacak muamele

Yazan: Dr Hadi TAN

1. RUHÎ. - Alman hapishane nizamnamesinde tesbit edildiği üzere infazı ceza; mahkûmların işlemiş oldukları gayri kanunî hareketlerden nedamet etmelerine, ıslah ve terbiyelerine; tekrar suç işlememelerine matuftur. Bunla beraber müessese dahilî talimatnamesinde derpiş edildiği vecihle mahkûmları nizam ve kaidelere riayetkâr kılmayı, ıslah ve terbiye etmeyi, muntazam ve plânlı yaşamayı, cemiyete nafî bir uzuv olarak yetiştirmeyi, arzu ve hareketlerini kontrola alıştırmayı istilzam eder. Suçlu mahkûm olduğu ceza ve infazı vasıtasile işlediği fiilin aksülamelini menfî olarak his etmeli ve tecelliyatı onu gerek ruhen ve gerek cismen rencide edebilmelidir. İnfazı cezadan beklenilen gayeye vasıl olmak için mahpuslar umumiyetle çalıştırılmak suretile ceza müessesesinin intizamlı ve plânlı hayatına alıştırılır. Çalışmaları sırasında sıhhahtları, iş kabiliyetleri, uzvî, ruhî haletleri, dinî ve ahlâkî duyguları, bilgi ve temayülleri nazarı itibare alınarak her mahpusa uygun olan muamele ancak nizamname ve dahilî talimatname hükümleri dairesinde tatbik olunur. İnfazı cezaya memur makam ve organlar vazifelerini, azamî ciddiyetle hak ve adalet kaidelerine riayetle mahkûmun şahsiyetini ve mazisini daima göz önünde bulundurmak suretile ifa ederler. Mahkûmun istikbali ve inkişafı, tahliyesini müteakip himayesi de gözetilir. Cemiyetin ceza müessesesindeki mahkûmlara daima muhtaç olduğunu ve bu itibarla onların terbiye ve ıslah edilerek tekrar cemiyete iade edilmeleri lüzumunu ve her şeyden önce mahpusların kendileri gibi bir insan olduklarını, mahkûmlarla bilfiil münasebatta bulunan memurlar asla unutmamalıdırlar. Nizamname ve talimatname hü-

919

kümlerine uymıyan hattâ lüzumsuz ve icapsız şiddetli ve gayri insanî ve haksız muamelelerin tatbikından bilhassa içtinab edilmelidir. Aynı cezaya mahkûm olan ve aynı müessesede bulunan mahkûmlara yapılacak muamelenin de ayni olması terbiye ve ıslah fikrinin mütemmimidir. Maahaza her mahpusun içtimaî vaziyeti, şahsiyeti, telâkkileri, temayülleri ve tenevvür derecesi bidayette tesbit edilerek yapılacak muamelenin ve alınacak tedbirin mezkûr keyfiyetlere uygun olarak tatbik edilmesi terbiye ve ıslah işinde büyük rol oynar. Kötü muamelelerden küfür mahiyetinde olan sözlerden hakaretlerden hattâ hakaret mahiyetinde telâkki edilebilen hareket ve işaretlerden dahi içtinab edilmelidir. Nizamnamenin 49 uncu maddesinde yazılı olduğu üzere: «Ciddiyet ve yerinde olan şiddetle infazı cezadan beklenilen gaye temin olunur. Lûzumsuz şiddetli muamelelerden sarfınazar edilir. Mapusların izzeti nefisleri uyandırılır, muhafaza edilir ve kuvvetlendirilir.»

Memurlar, mahpusların emniyet ve itimatlarını kazanırlar; bu kazançladır ki gayeye yaklaşılmış olur. Bunun için mahkûmlarla ciddî fakat samimî ve insanî muhavere ve münasebetlerde bulunmak iztıraplı anlarında teselli etmek, nasihat etmek, yol göstermek memurların vazifesi cümlesindendir. Bilûmum müessese memurları teftiş ve nazaret makamı memurları yaşlı mahkûmlara «siz» küçüklere de «sen» diye hitap etmelidirler.

2. HARİCÎ. — a) Kabul: Mahkûm cezanın infazına memur makamın yazılı emri (kararı) üzerine hapishaneye kabul olunur. Hükûm, infaz emri yahut ceza kararı ayni zamanda fiil, cezanın hangi tarihten itibaren hesaplanacağı, mevkuf kalmışsa mevkufiyet müddeti kararda gösterilir. Mahkûm ya bizzat ceza müessesesine müracaat eder veya zorla getirilir. Bir kimse muvakkaten de ceza müessesesine kabul edilebilir. Meselâ; yakalama emrile, tevkif müzekkeresile, cezanın infazı için yapılan davetname ile gelen suçlular muvakkaten ceza müessesesine kabul olunurlar. Fakat, infazı cezaya memur olan makam keyfiyetten derhal haberdar edilir. Ceza müessesesine kabulleri için bizzat müracaat eden kimseler sarhoş veya hasta iseler bu takdirde bu gibi kimseler ya kabul olunmaz [1] veya müdürün kararile daimî olarak yahut muvakkaten kabul ebilebilirler. Müessese kabul edilecek mahkûm hakkında müdür tetkikat yaparak mahpusun şahsiyetini, mahkûmiyet sebebini ve tatbik edilen cezanın mahiyetini öğrenir, mahpusun tahliye edileceği tarihi tesbit ederek mumaileyhe de tebliğ eder.

[1] Tatbikatta Hamburg ve Bavyera hapishaneleri hasta ve sarhoş olan kimseleri kabul etmezler.

930

Hücre veya Zellenhaft'da haps edilmeyecek mahkûma, dahilî talimatname ve nizamname hükümlerinin bir kopyası verilir [2]. Kabul sırasında mahkûmların üzeri aranır ve nizamname hükümleri dairesinde bayno alır ve temizliğine dikkat olunur. Bavyera, Thüringen ve Sachsen hapishanelerine kabul edilen mahkûmların dosyalarına konmak üzere fotografları alınır ve parmak izleri tesbit edilir (zabıta ayrıca parmak izlerini tesbit edebilir). Üç aydan ziyade hürriyeti tahdit cezasına mahkûm olan kimselerin eşkâli, cinaî sosyoloji (cürüm sosyolojisi) icapları dairesinde tesbit olunarak dosyasında hıfz olunur. Lüzumsuz maddeler bilhassa mahkûmun beraberinde getirdiği para, kıymetli evrak, resimler, kâğıtlar ve elbisesi ilâh ... alınarak müessese ambarına makbuz mukabilinde teslim olunur. Fena kullanma tehlikesi mevcut olmadıkça evlilik yüzügü, kordonu ile birlikte saatı, akraba ve dostlarının resimleri, temizlik için lüzumlu olan bazı maddeleri beraberinde müesseseye ithal edebilir. Ceza müessesesine kabul olunan mahkûmların kabulleri akebinde tartılması suretile sıkletlerini tesbit etmek ve tıbbî muayeneye sevk etmek, infaz sırasında hastalık şüphesi arz eden hallerde veya mahpusun talebi üzerine mezkûr muameleleri tekrar etmek nizamname hükümleri iktizasındandır. Cürüm sosyolojisini alâkadar eden makkûmlar, Bavyera hapishanesine kabulleri sırasında mütahassıslar tarafından muayene edilirler. (Cürüm ruhiyati = cinaî ruhiyat) tetkik ve etütleri için mahpuslar üzerinde yapılacak hususî tecrübe ve müşahadelere müsaade edilebilir. Altı aydan fazla hürriyeti tahdit cezasına mahkûm olan mahpuslar hakkındaki dosyayı veya hüküm hülâsasını cezanın infazına memur makamdan müessese müdürü talep edebilir. Ve bu nevi mahkûmlar tercümeihallerini yazarak dosyada hıfz edilmek üzere müdüre tevdi ederler.

b) Nizamname ve dahilî talimatname hükümlerine riayet: Hapishaneye kabul edilmek suretile aslî hürriyeti tahdit edilen mahpus, müessese dahilinde malik olduğu serbestisi hapishanenin asayiş ve nizamı bakımından tamamile istimal edemez. Her mahkûm müessese elbisesi ve müessese çamaşırı giymeye, müessesenin temin ettiği yatakta yatmağa ve hilâfına hüküm bulunmadıkça müessesede pişirilen muayyen yemeği yemeye mecburdur. Ancak istisna'î hallerde müdürün müsaadesile veya nizamname hükümlerine istinaden kendi elbise ve çamaşırını kullanmağa, hariçten yemek getirtmeğe ve bizzat temin ettiği yatakta yatmağa mezundur. Mahpuslar müessese haricinde müessese elbisesile çalışırlar. Maahaza müdür, mah-

[2] Zellenhaft ve hücrelere nizamnamenin ve talimatnamenin esaslı hükümleri bir levha halinde asılır.

931

pusun nakil ve celbinde; takdim ve arzında, mahkeme huzuruna çıkarılmasında ve buna mümasil hallerde hususî elbisesini giyinmesine müsaade edebilir. Mahpusların satın almağa mezun oldukları gıda maddelerinin veya diğer maddeleri temin edebilmeleri için Hamburg, Thüringen ve bazı Prusya hapishanelerinde (kantin)ler tesis edilmiştir. Bavyera, Hamburg ve Sachsen hapishane idaresi, yılbaşı ve dinî bayramlar münasebetile mahpuslara gönderilecek hediyeler beş kilogramı tecavüz etmediği takdirde kabulüne müsaade etmektedir. Prusya hapishaneleri bu müsaadeyi ancak mahpusun doğum veya isim gününe atfen gönderilen ve ağırlığı beş kilograma kadar olan hediyeler için vermektedir. Birinci devrede bulunan mahpusların bu nevi hediyelerden istifade etmeleri men edilmiştir.

Mahpuslar daima kontrol altında olup muhafaza memuru olmaksızın bulundukları mahalden bir an için dahi olsa uzaklaşmağa mezun değildirler. Yalnız mahpuslar kendilerine tahsis edilen mahalli ancak zaruret halinde ve tehlike anında terk edebilirler. Müessese memurlarile ve atölye şefleri ile konuşma yalnız mübrem ihtiyaçların temini maksadiledir. Nizamnamenin dahilî talimatnamenin günlük mesaiye taallûk eden hükümlerine her mahpus riayetle mükelleftir. Sabahleyin kalkma saatı çalar çalmaz hemen yataklarını terk ederek giyinip odalarını tanzim ederler. Her mahpus elbisesini çıkararak muayyen olan saatta yatağına yatar. Hava karardıkta hücreler ve müşterek koğuşlar çalışma saatının hitamına kadar tenvir olunur [1].

II. Mahpusların hariçle olan münasebetleri

1. ZİYARET: Mahpusların hariçle olan münasebetlerini tanzim eden nizamname hükümleri tetkik edildikte, modern infazı ceza sistemi ziyaret kabulü ve muhabere gibi vasıtalarla mahpusun hariçle olan münasebetlerini derpiş etmiş olduğu müşahede edilir. Mahpuslar muayyen olan zamanlar zarfında ve mahkûm oldukları cezanın nevi, görüşecekleri ziyaretçinin şahsı nazarı itibare alınmak şartile ziyaret kabul edebilirler [2].

Mahpus ziyareti kabul edip etmemekte serbest olduğundan hapishane müessese idaresi bu hususta cebir kullanamaz. Memurlar tarafından kontrol edilen ziyaretlerde bilhassa nezaket ve muaşeret

[1] Ekseriyetle saat 19 a kadar.

[2] Ziyaret 15 dakika devam eder. Nizamnamenin 116 ıncı maddesinde sarahat vardır.

932

kaidelerine riayet edilir. Müdür müsaade ettiği takdirde kontrolden istisnaen sarfı nazar edilebilir. Meselâ; mahpusun müdafii ile ve himaye cemiyeti ajanlarile olan muhavereleri menfî şüpheler olmadıkça kantrol edilmez. Mahpuslar üzerinde tehlikeli tesir yapmasından veya asayiş ve nizamı ihlâl etmesinden şüphe edilen akraba (bu tabire yalnız ebeveyn, büyük ana ve büyük baba, çokuklar, kardeşler, karı ve koca dahildir) ziyaretlerine ancak mezkûr hallerde müsaade edilmez. Mahpusun menfaatı yahut istikbaldeki inkişafı bakımından lüzumlu olan veya mumaileyh üzerinde iyi tesir yapacağı ihtimali bulunan diğer ziyaretler için, mahpusun akrabasına verilen müsaade kabilinden müsaade olunabilir. Alman hapishane idareleri ziyaret hakkında ziyadesile kıskanç davranmaktadırlar. Ezcümle Würtemberg hapishanelerindeki erkek mahpuslar yalnız erkek (akrabaları müstesna), kadın mahpuslar da yalnız kadın ziyaretçi kabul edebilirler. 18 yaşından küçük olan çocuklar, bazı hapishanelerde müdürün müsaadesile bazı hapishanelerde yaşlı bir kimsenin refakatinde olmak şartile mahpusları ziyaret edebilirler. Nizamnamenin 115 ve 117 inci maddelerinde tasrih edildiği üzere, mahpusların, kendi elbiselerile ziyaret kabul etmelerine müsaade olunur. Ziyaretçilerin ve mahpusların hissiyatını rencide edecek eşya, kabul salonunun tefriş ve tanziminde kullanılmaz. İstisnaî olarak Hamburg ceza müessesesindeki mahpusların yalnız pazar günleri ziyaret kabul etmelerine müsaade edilmiştir. Buna mukabil diğer hapishanelerdeki mahpuslar pazar günlerile bayram günlerinde ziyaretçi kabul edemezler.

2. MUHABERE : Ziyaret kabulü izah olunurken arz edildiği üzere mahpuslar muayyen olan zamanlar zarfında ve mahkûm oldukları cezanın nevi ve şahısların vaziyeti nazarı itibare alınmak şartile muhabere edebilirler. Ziyaret faslında mevzuubahis edilen hususat muhabere için de dermeyan olunabilir.

Müesseseye giren veya müesseseden çıkan bilûmum mektup ve yazıların muhteviyatı hakkında yalnız müdür, yahut muhaberatın kontrolü için müdür tarafından salâhiyet verilen memur malûmat edinebilir. Nizam ve asayişi ihlâl edici mahiyette olan veya mahpusların kaçmasına matuf bulunan yahut hakaretamiz ve cezayi müstelzim yazıları muhtevi olan mektup ve yazılar irsal edilmedikleri gibi mahpusa da verilmez. Mahpusların; tahliyelerini müteakip himaye müessesesine gönderilen kimselerle, başka ceza müessesesine nakil edilmiş olan mahkûmlarla, hemfiil ve suça iştirâk edenlerle, ahlâken sukut etmiş kadınlarla muhabere etmelerine asla müsaade edilemez. Gönderilen resimli kartlar, muhteviyatı ehemmiyetli

933

olduğu takdirde mahpusa verilir. Aksi halde tahliyesini müteakip verilmek üzere muhafaza edilir.

Prusya hapishanelerinin bu hususa müteallik istatistiklerinden istihraç edildiği üzere bir senede mahpuslara gönderilen ve mahpuslar tarafından yazılan mektupların % 0,72 si, Saksonya hapishane istatistiklerine göre % 0,44 ü kontrol neticesinde alıkonulmuştur. Muhteviyatından ötürü alıkonulmuş olan mektup ve yazılar hakkında mahpusa malûmat verilir ve alıkonma sebebi izah edilir. Prusya ceza müesseseleri istatistiklerinden istihraç edildiğine göre senede 1.004.100 mektup müesseselere gelmiş ve müesseselerden de 1.235.402 mektup yazılmıştır. Bunlardan 6.449 mahpuslara verilmemiş, 9.677 si de gönderilmemiştir. Ziyaretçi miktarı senede 334.867 kişidir 16.327 mevcutlu Saksonya hapishanelerinin yıllık istatistikleri müesseseye gelen mektupları 78.405, müesseseden yazılan mektupları da 73.684 olarak tesbit etmektedir. Ziyaretçi miktarı senede 10.960 dır.

Nizamname hükümleri dairesinde bahş edilen ehemmiyetli haklarından birisi de mahpusların yekdiğerlerile konuşabilmeleridir. Konuşma yasağı esas itibarile bertaraf edilmiş ise de bazı ahvalde istisnaen tatbik edilmektedir. Hücre hapsinde veya Zellenhaft'da bulunan mahpusların diğer mahpuslarla konuşmalarına müsaade edilemez. Hapsi müşterekte bulunan mahpusların konuşmalarına müsaade edilmiş olmakla beraber Bavyera hapishane idaresi nizam ve asayiş bakımından konuşma yasağını bazı ahvalde tatbik etmektedir. Diğer ceza müesseseleri yalnız çalışma sırasında konuşma yasağını tatbik etmekte diğer hallerde asayiş ve nizamı sükûn ve istirahatı ihlal etmedikçemakûmların konuşmasına müsaade etmektedir.

III. İnzıbatî ceza ve muhafaza tetbirleri

I. İNZİBATÎ CEZA: Umumî kanun hükümlerine, infazı ceza nizamnamesine, dahilî talimatnameye yahut sair emir ve nizamata, ahlâk ve âdetlere muhalif hareket eden mahpuslar hakkında disipliner mahiyette olan inzıbatî ceza tatbik olunur. Alman hapishane nizamnamesi inzibatî cezaya taallûk eden müeyyideleri birer birer zikr ve tesbit etmek suretile vukuundan korkulan keyfî muamelelerin önü alınmıştır. 138 inci madde: «Muhalif hareketler ve riayetsizlikler hafif ve ehemmiyetsiz derecede olduğu takdirde mahpus hakkında tatbik edilmesi icap eden inzıbatî cezadan sarfı nazar olunur» hükmü ile de bir yenilik vücuda getirmiştir. Hapihanelerde itiyat halini almış olan dayak usulü mezkûr nizamname hükümlerile bertaraf edilmiştir.

934

İnzıbatî ceza, mahpus dinlendikten sonra müdür, alâkalı memur, teftiş ve nazaret makamı tarafından karar altına alınır. Esbabı mucibeli olan işbu karar dosyasında saklanır. İnzıbatî cezanın tatbiki mahpusun sıhhat ve terbiyesini alâkalandırdığı takdirde bu hususta müessese doktorunun ve Fürsorger = Mürebbi, haminin rey ve mütalâası alınır. İnzıbatî ceza usulen derhal infaz olunur.

460.682 mevcutlu Prusya hapishanelerinde (379.923 erkek ve 62.759 kadın) 24.186 mahkûm inzıbatî ceza ile cezalandırılmıştır, bunlardan 22.369 erkek, 1.790 kadındır. Tevbih ile yalnız 993 mahpus cezalandırılmıştır.

2. MUHAFAZA TETBİRLERİ: Kaçmasından, intihar etmesinden, nizam ve asayişi ihlal eylemesinden yahut memurlara karşı gelmesinden şubhe edilen mahpuslar hakkında nizamnamenin 133 üncü maddesinde yazılı olan muhafaza tetbirleri alınır. Muhafaza tedbirleri ya muvakkat veya daimidir. Daimî muhafaza tetbirleri müdür tarafından, muvakkat muhafaza tetbirleri de ancak tehlike mevcut olan hallerde memurlar tarafından alınır.

IV. Tahliye edilen mahkûmların himayesi

1 — Tahliye edilen mahkûmların himayesi, medenî Devletlerce kabul edilmiş olan hapishane ve infazı ceza meselelerinin en mühimleri meyanındadır. Amerika ve İngilterede bilâhare Almanyada teşekkül eden «Hapishane cemiyetleri» bidayette hapishane ilminin inkişaf ve ıslahile meşgul olurlarken sonraları haklarındaki ceza infaz edilmek suretile veya diğer şekillerde tahliye edilen mahkûmların korunmasile de alâkadar olmuşlardır. Devlet, ceza müddetini ikmal eden mahpusa tekrar hürriyetini vermek suretile onu başı boş cemiyetin endişeli ve giriftar sinesine atarak hapishane kapusunu arkasından kapatıyordu. Ömrünün muayyen bir müddetini, cemiyetile alâka ve irtibatını kesmek suretile geçiren bedbaht kendi talihine terk edilmiş bir vaziyette hayatın binbir mücadelesi önünde yuvarlanup mahvolmağa mahkûm idi. Mahaza ileriyi gören bazı hayirsever şahisiyetler tahliye edilen mahpuslarla yakından alâkadar olarak himayeleri altına alıyor, icap eden maddî ve manevî yardımda bulunmaktan çekinmiyorlardı. Bu cümleden olmak üzere hapishane tarihinde bazı hususî teşekküllere tesadüf edilmektedir. Ezcümle: Orta devirlerde İtalyada «arkadaşlık» namı altında bir cemiyet kurulmuşdu. Bu cemiyet âzaları herhangi bir sebeple zindana konmuş olan arkadaşlarına gerek hapishanede ve gerek tahliyelerini müteakıp icap eden yardımda bulunurlardı. Sonraları Carlo Borro-

935

meo (1584 ölüm tarihi) tahliye edilecek mahkûmları kısmen himaye gayesile ceza müesseselerinde hususî tedbirler almış ve Vincenz'de Paul (1660 ölüm tarihi) aynı maksatla bazı esasat vazederek bu gibi mahpuslar için bir hastahane tesisine muvaffak olmuşdu. Papalar da bu hayırlı yolda yörüyerek, mahpusların intereselerile alâkalı teşebbüs ve teşekkülleri ciddiyetle teşvik ederek mevcut teşekküllere aynı zamanda Devletin de yardımda bulunmasını temin etmişlerdir.

John Howard tarafından (1777) hapishanelere dair yazılan kitabın neşrinden sonra tahliye edilen mahkûmlarla daha yakından alâkadar olmanın kat'î lüzumu vicdanlarda ve fikirlerde yavaş yavaş yer bulmağa başladı. Bilâhare her taraftan alâka ile karşılanan Elisabeth Fry'in bu sahaya müteallik yeni esas ve metodlarını medenî Devletler derhal kabul ve tatbika başladılar. Netekim 1826 yılında Theodor Fliedner mahpusları himaye gayesile ilk defa Rheinisch-westfälisch hapishane cemiyetini tesis etti. Cemiyetin programında tesbit edildiği üzre din, adalet, insaniyet mefhumları ceza müessesesindeki mahkûmlara şiddetle telkin edilmekte ve himayeleri için bazı esaslı tedbir alınmakta idi. İşte dar manada da olsa cezanın tekabül ettiği «korkutma» esasından kısmen rücu edilerek himayeye doğru ehemmiyetli bir adım atılmıştı. Şurası mubakkaktırki, mahpusları himaye keyfiyeti Devletin en mühim vazifesini teşkil eder. Zira, himaye neticesi cemiyet mücrimlere karşı kurunmuş ve suçluların tekrar suç işlemelerine (tekerrür) bu suretle mani teşkil edilmiş olur. Aynı zamanda infazı cezanın gayesi mahkûmların ıslah ve terbiyelerine matuf olması dolayısiyledirki mahkûmlar himaye edilmedikleri takdirde asıl gayeye ulaşmak, tahakkuku mümkün olmıyan bir ümittir. Cezanın infazı neticesi ıslah ve terbiye edilmiş olan mahpusun serbest hayata atılınca (tahliyesini muteakip) bu faziletini zayi etmemesini temin için Devlet ve cemiyet birlikte bu vazifenin ağır mükellefiyetini omuzlarında taşırlar. Bu keyfiyeti ekseri modern hapishane nizamnameleri: «Tahliye edilen mahpusların himayesi devlet ve cemiyete terettüp eden müşterek vazifedir» şeklinde izah ve tesbit etmişlerdir. İnsaniyet namına sevinci mucip olan bu formülün tatbiki iledirki cemiyet suçlulardan vikaye edilmiş ve suçlular da cemiyet alemine tekrar normal bir insan olarak iade edilmiş olur. Binaenaleyh himayeden beklenilen gayenin tahakkuku için cemiyete terettüp eden vazife büyüktür. Hakkındaki ceza infaz edilmek suretile ıslah ve terbiye edilen mahpus, tekrar dürüst ve harekâtını müdrik bir fert sıfatile cemiyete iade edilmiştir. Cemiyet ferdleri bu bedbahta «sen bir suçlusun» hitabını izhar edici nazar-

936

larla bakar ve onun ile yapılması lâzım olan temas ve münasebetlerden daima içtinap ederlerse tabiatile bu halin tevlit edeceği netice elimdir. Müesseseler, umumî ve hususî teşekküller ceza müessesinden çıkanlara karşı emniyet ve sadakat göstermez ve kapılarını bu gibilere karşı kapatırlarsa mevzuubahs elim neticenin tevlidine sebep olmuş ve binnetice infazı cezadan beklenilen gayenin tahakkukuna sed cekmiş olurlar. Tahliye edilen kimsenin izzeti nefsini vikaye ve benliğine olan itimadını yükseltme sayesinde bu zavallıyı tekrar cemiyete bağlamak mümkündür. Mahkûmlar hapishanede iken infazı cezanın icabi olarak ayrı bir hayata alıştırılmış ve harekâtını daima muayyen nizam ve kaidelere uydurmağa mecbur kılınmıştır. Müessese hayatı (Hapishane) serbest hayattan tamamile ayrıdır. Mahpus, vazı kaide ve nizamlara göre disipline, günlük muayyen mesaiye, tahmil edilen mükellefiyetlere riayetle mükelleftir. Hapishane dahilinde attığı her adım kontrola tâbi olup kendi irade ve ihtiyarile yapmağı arzu ettiği diğer hareketlerden menedilmiştir. Ancak cezasının muayyen bir müddeti infaz edildikten sonra nizamname hükümlerine göre mahdut şekilde arzusu is'af edilebilir. Fakat para ve içkiye müsaade edilmediği gibi beşerin tabiî iktiyaçları meyanına dahil olan cinsî temayüllerini tatmin etmekten mahrum edilmiştir. Netice itibarile mahpustur. Buna mukabil serbest hayatla hapishane hayatı mukayese edildiğinde aradaki derin fark izaha lüzum olmaksızın müşahede edilebilir. Harekâtı, hürriyeti kontrola tâbi değildir. Arzu ettiği takdirde çalışır arzu etmediği takdire çalışmaz. Umumî kanun ve nizamlara uygun olarak arzularını is'af etmekte serbesttir. Binnetice hürdür. İşte müessesenin dar ve kontrollü çerçevesinden çıkarılarak serbest hayatın geniş serbestisine terk edilen mahkûm ne yapacağını şaşırır. Harekâtını idare edemez. Başını döndüren serbest hayatın temiz havası onu günlük hâdiselerin önünde bir semti meçhula doğru sürükleyüp götürür. Şu halde böyle bir vaziyette olan bedbahtları kurtarabilmek ve ileride müsbet tedbirler alabilmek için tahliyelerini müteakip onlarla daima alâkadar olmak elzemdir. Zira o hapishanede iken mukadderatını başkalarına tevdi etmiş ve onu bir plân dairesinde başkaları idare etmiştir. Binaenaleyh serbest hayatta da ona yol gösteren,faaliyet ve hareketlerini kontrol eden, dertlerine ortak olan, sevincine iştirak eden bir eleman herhalde bulunmalı ve onu her bakımdan himaye etmelidir.

Cezanın şahsileşmesi üzerine suçlu cezalandırılırken tatbik edilen müeyyidelerin tamamile suçluya müteveccih olması ve tesirini münhasıran o kimseye icra etmesi icap etmektedir. Halbuki tatbikatta

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA 937

vaziyet bambaşka bir mahiyet arzediyor. İnfaz ve icranın tesiri suçluya, ailesine, suçlu ile alâka ve rabıtası olan daha bir çok kimselere sirayet etmektedir. Binaenaleyh infazı cezadan doğan ve asla arzu edilmeyen bu halin önüne geçmek ve hiç olmazsa telâfi edici tedbirler almak tabiatile Devlete terettüp eden bir vazifedir. Bu itibarladırki Devlet cezayi infaz ederken mahkûmlar mahkûmların sıhhatlerını ve kanunî haklarını muhafaza eder ve mahpusun, iaşesini teminle mükellef olduğu kimseler sıkıntıya maruz kaldıklarında veya muvaffakiyet ve tefeyyüzleri için kazancından biriken paradan yardımda bulunmasına müsaade ve hattâ ihtiyacın şiddetine göre Devlet bu gibi mahkûm ailelerine bizzat yardım eder.

Yukarıda da arz edildiği üzere ehemmiyetli ve lüzumlu bir problem halini almış olan «Himaye» keyfiyeti yalnız Devletin uhdesinde kaldığı ve yalnız Devlete tevdi edildiği müddetçe matlûp semereyi elde etmek mümkün olamıyor. Bu itibarla hususî teşebbüs ve teşekküllerin de bahsa mevzu olan gayenin tahakkuku için Devlet organlarile birlikte müvazi olarak çalışmalarını icap etmekdeir [1].

2 — Tahliye edilen mahpusların himayesi için aşağıda yazılı ihtiyaçların temini lâzımdır:

A — MESKEN TEMİNİ: Tahliye günü mahkûma hapishanenin demir kapısı açılır ve son olarak «Çık» emri verilmesini müteakip mahkûm ilk adımını atmak suretile hürriyetine kavuşur. Hürriyetine kavuşan bu zavallı kendisine bir melce bulabilecek midir? Bulamadığı takdirde gideceği yer canilerin birleştikleri kahveler, gece lokalleri, yangın yerleri ve müşabih mahallerdir. İşte himayeye memur olan teşekkülün yapacağı ilk iş tahliye edilen mahpusa barınacak bir yer tavsiye etmek, lüzumu halinde temin etmektir. Meskeni olan mahkûmları da kendi başlarına bırakmak tehlikelidir. Evvelâ o meskenin kâin olduğu muhiti ve sakinlerini tahkik ve tetkik ettikten sonradırki ikamet etmesine müsaade edilmelidir.

B — ELBİSE TEMİNİ: Tahliye edilen kimsenin taşıdığı elbise fena ise gerek muhitte ve gerek mahpus üzerinde yapacağı tesir daima menfidir. Bunun için mahpuslar tahliye edilirken mevsime, modaya ve sıhhatın icap ettirdiği hallere uygun olarak telbis edilmeleri himaye bakımından lüzumlu bir keyfiyettir. Mahpus diğer kimselerden ayrı ve gayrı olarak telbis edilecek olursa derhal nazarı dikkatı celp edeceğinden cemiyetin itimat ve emniyetini kazanamaz.

C — İAŞE: Mahpusun tahliyesini müteakip iaşesi tahti temine

[1] Amerika, İngiltere, Almanya ve Fransada tahliye edilen mahpusları himaye gayesile gerek resmî ve gerek gayri resmî bir çok cemiyet ve kulüpler kurulmuştur. Gayri resmî cemiyet ve kulüplerin binlerce âzası vardır.

938

alınmalıdır. Bunun için en makul çare, tahliye edilen kimseye iaşesini temin edebilecek miktarda para vermelidir. Esasen modern infazı ceza usullerinde tesbit edilen bu hal, çalışan mahkûmun kazancından mecburî tasarruf suretile temin edilmektedir. Maişetini temin edemeyen mahkûmlar bizzarure ya para istikraz edecek ya gayri meşru şekillerde para temin edecek yahut ta dilenecek. Alman hapishane nizamnamesi 229 uncu maddesinde tasrih ettiği üzere «Rücklage parası tahliye edilen mahpusa defaten tediye edilir. Ancak mahpusun, rızasile yahut fena şekilde kullanma tehlikesi mevcut olan ahvalde rızası hilâfına bu paranın muayyen bir miktarı tediye edilir veya emniyetli bir şahsa yahut bir cemiyete veya makama teslim oluuur.» hükmile mevzuubahs tehlikeleri kısmen önlemiştir.

D — İŞ TEMENİ: Tahliye edilen mahkûmlara iş temini himaye müesseselerinin en mühim ve müşkil vazifelerinden birisini teşkil eder. Yukarıda izah ettiğimiz tehlikeler iş bulamıyan kimseler için de variddir. Bunun ile beraber tahliye edilen her mahpus gerek sıhhatı gerek ehliyeti bakımlarından işe elverişli olmıyabilir. Bu takdirde vaziyet çok nazik ve ehemmiyetlidir. Zengin memleketlerde darülacezelere müşabih şekilde tesis edilmiş olan müesseselerde bu gibi kimseler de barındırılmaktadır. Kazancından biriken muayyen bir miktardaki paraya sahip olan mahkûm uzun hir müddet iş bulmak için beklerse tabiatile elindeki bu parayı da tamamile sarf eder. Aynı zamanda iş bulamamaktan mütevellit üzüntü ve istikbal korkuları ve mahkûmun enerjisine tesir ederek bedbiniyetine sebep olur. Ve binnetice suçun işlenmesine saik olan sebepler yine kendini gösterir.

E. TAHLİYE EDİLEN MAHKÛMLARI BARINDIRMAK GAYESİLE KURULAN YURTLAR [1]: Tahliye edilen mahpuslara mesken ve iş bulmak elbise ve iaşe temin etmek gayesile sanayi merkezlerine yakın olan mahallerde yurtlar tesis edilmiştir.

Tecrübelerle sabittirki tahliye edilen mahkûmların ekserisi memleketlerine dönmekten içtinap ederler. Hapishanede iken kendilerine daima nasihat edilmiş hukukun sınırlarını aşmamaları kanun ve nizamlara riayet etmeleri defatla tekrar olunmuş, eğer ikinci bir suç işlediklerinde daha ağır şekilde cezalandırılacakları ifade edilmiştir. Ailesi ve sığınacak yeri olmıyanlar kendilerine iş ve mesken aramak üzere büyük şehirlere akın ederler. İşte bu andan itibaren tehlike baş göstermiş demektir. Bunun içindir ki mahpus tahliye edilir edilmez derhal yurtlardan birisine sevkolunur. Kendisine muvafık ve mü-

[1] 1885 Tarihinde Romada toplanan Beynelmilel Hapishane Kongresinde keyfiyet mevzuubahs edilmiş ve mezkûr yurtların tesisi karar altına alınmıştır. V. Holtzendorff, V. Jageman, Krohne de aynı fikri şiddetle müdafaa etmişlerdir.

939

nasip bir iş buluncaya kadar (azamî altı ay müddetle) yurtda kalır.

Yurdun Teşkilatı:

1) Yazı işleri: Yukarda gönderilen kimseler kabiliyet ve ehliyetleri derecesinde yurd işlerinde kullanılır. Aynı zamanda ticarethane ve müesseseler için yazılması icap eden (gerek el ve gerek yazı makinesile) yazıları, adresleri, ilmî vazifeleri, ticarî mektupları yazarlar.

2) Kücük sanat ve el işleri: Yurdlarda büyük müesseselere veya ticarethanelere bağlı sanat şubeleri ve atölyeler tesis edilmiştir. Yurda gelen kimse meslek ve sanatına uygun bir tarzda sanat şübelerinde ve atölyelerde çalıştırılır. Tahliye edilen mahkûmun yurtlara sevk edilüp edilmeyeceğini müessese müdürü tayin ve onun hakkında yurd idaresine malûmat verir. Yurtda mesken, iş, iaşe temin etmiş olan kimse serbest hayatın hudutsuz hürriyetine yavaş yavaş intibak peyda eder. Ehliyetsizlerle ehliyetlileri tefrik ederek kabiliyet ve istidatlarına uygun işlerde istihdam etmek suretile iş verimini çoğaltmak fırsatı elde edilmiş olur [1].

Bu nevi yurtlar, şart ile tahliye edilen (Meşruten tahliye) mahkûmlar için de mühim rol oynamaktadır. Bazı suçluların mahkûm oldukları ceza bu nevi yurdlarda, mahkeme kararile infaz olunabilir. Şart ile tahliye edilen mahkûmlar mütebaki cezalarını yurtlarda iyi hal ile geçirdiklerinde bu müddet infazı ceza müddeti olarak yine mahkeme kararile kabul edilebilir.

F — SEYAHAT: Hususile himayenin ehemmiyetli vazifelerinden biriside tahliye edilen mahkûmların aileleri nezdine gönderilmelerinin teminidir. Bazı kimseler iradeleri haricinde şurada burada gezmeği itiyat edinmiş olduklarından tahliyelerini müteakip yine vilâyet vilâyet dolaşup sergüzeşt peşinde koşarlar. Buna mani olmak icin himaye cemiyetleri tahliye edilen mahkûma bilet temin ve bir kontrol muhafazasında, ailesine teslim eder.

K — Tahliye edilen mahkûmlar ailesi nezdine gönderilmeden evvel ailesinin ahlâkî, içtimaî, malî durumları esaslıca tedkik ve tahkik edilmelidir. Islah ve terbiye edilen mahpusu tekrar fena bir muhite sevketmek onun ikinci bir defa suç işlemesini kolaylaştırmak demektir. Binaenaleyh aile muhiti şüpheli olan mahkûmlar tahliyelerini müteakip aileleri nezdinden her halde uzak bulundurulmalıdır.

L — Alkolikler, akıl hastaları, akıl zaifleri ve hastaları hakkında

[1] Devlet tarafından kurulmuş olan ve yine Devlet tarafından idare edilen Baden ve Thüringen yurtlarının teşkilâtı bilhassa dikkate şayandır.

940

himaye cemiyetlerinin her halde tedbir alması tedavi ve muhafazalarile meşgul olması icap eder.

V — Tahliye edilen mahkûmların himayesi ile alâkalı diğer teşkilât

1 — MAHKEME YARDIMCILARI: Medenî Devletler, yaşları küçük olan mahpuslarla gerek hapishanede ve gerekse tahliye edildikten sonra alâkadar olmuşlar, hususî kanun ve nizamlarla matlûp gayenin tahakkukuna çalışmışlardır. Meselâ Almanyada 1912 yılından beri, küçükler (18 yaşından küçük) ve ehliyeti cezaiyeyi haiz olmıyan (18 yaşından 21 yaşına kadar) suçlular, hususî çocuk hapishaneleri daha doğrusu terbiye ve ıslah müesseseleri tesis edilmek suretile diğer mahkûmlardan ayrı bulundurulmakta, ve bunların ıslah ve terbiye ve inkişaflarile bilhassa meşgul olunmakdadır. Daha sonraları suçlu çocukları (geniş manada) hapishaneye koymaktan ve umumî mahkemelerde muhakeme ederek cezalandırmaktan içtinap edilmesi üzerine bu gibi çocuklar için ayrı mahkemeler (Çocuk mahkemeleri) ihdas edildi. Suçlu çocuk hakkında hükmedilen cezanın daha ziyade çocuğun terbiye ve ıslahına bilhassa himaye ve muhafazasına matu olması esası kabul olundu. Ehemmiyetle zikre şayan olan nokta suçlu çocuk hakkında hüküm verilmezden evvel çocuk hâkimi tarafından tayin edilen yardımcılar vasıtasile çocuğun mensup olduğu aile, bulunduğu ve yaşadığı muhit, ruhî inkişafı, sosyal ve moral telâkkileri esaslıca tesbit edilmek suretile suçlu hakkında alınacak müsbet tedbirlerin mahiyeti ve şekli bu suretle tebellür ettirilmiş oluyordu. Çoçuk hâkimi tarafından tayin edilen yardımcılar yalnız maznun çocukla degil aynı zamanda mahkûm çocukla da alâkadar olur. Onu himaye ve muhafaza eder. İşte çocuk mahkemelerinde olduğu gibi umumî mahakemelerde muhakeme edilen mahkûmlar için de ayrıca «yardımcı» bulundurmalıdır. Bu yardımcılar mahkûmla hapishaneye girdiği andan itibaren meşgul olarak onun ruhî derinliklerine kadar nüfuz ederek işlenilen suçun sebebini ahlâkî temayüllerini, yaşadığı muhiti, istidat ve kabiliyetini ta bidayette öğrenmek fırsatını bulur. Halbuki tahliye edilen mahkûmu ilk gören himaye cemiyeti organlarının mumaileyh hakkında kâfi miktarda malûmat edinebilmelerine imkân yoktur. Bunun içindirki himaye cemiyetleri ile «yardımcı organ»'ları birleştirmenin fiilî lüzumu aşikârdır. Bu sayededirki himaye cemiyeti o kimse hakkında alınması lâzımgelen tedbirlerin neden ibaret olacağını bidayette tesbit edebilmek imkânını haiz olduğundan mahkûm tahliye edilir edilmez derhal tatbika başlar. Ve tahliye edilen mahkûm da tahliyesini müteakip nereye gideceğini bildiği için huzur ve sükûn içinde kendisine müsbet bir istikamet tayin edebilir.

961

Alman Hapishane Nizamnamesi

VI. Mahpusların ruhî ve ahlâkî duygularının inkişafı

Madde: 105 — I. Mahpusu, inandığı din ve tahrikâttan çevirmek için teşvikatta bulunulamaz.

II. Mahpuslar, Kilise ayinlerine yahut dinî bayramlara veya dinî mümareselere iştirâk için cebredilemez.

Madde: 106 (Tedris) —I. Otuz yaşını doldurmıyan, altı aydan ziyade hürriyeti tahdit cezasına mahkûm bulunan ve büyük müesseselerde hapsedilen mahpuslara ders gösterilir. Küçük müesseselerde lüzumu halinde ders gösterilir.

II. Müdür, bazı mahpusları tedris mükellefiyetinden vereste tutabildiği gibi birinci fıkrada yazılı şartları haiz olmıyan mahpusları tedris ile mükellef kılabilir.

III. Derslerin intihabı ve tedrisin tanzimi, mahpusların millî ve ahlâkî duygularının inkişafına ve cemiyete faideli bir uzuv olarak yetişmelerine matuftur. Umumî ve meslekî bilgiler tazelenir ve inkişaf ettirilir. Devlet ve milletin hayatî mevcudiyetleri hakkında bir vatandaşın bilmesi icap eden bilgilerden mümkün olduğu takdirde zamanın ve günün mühim hâdiselerden mahpuslara bahsolunur.

Madde 107 (Kitaplar) — Mesai zamanı haricinde mahpusların okumasını temin için her müessesede dinî, ilmî ve musahabeye ait kâfi miktarda kitap ve yazılar bulunur. Alman millet ve Devletini hukuk ve ahlâkını alâkalandıran yahut mahpusun meslekî veya sair suretlerde inkişafını temin edecek olan kitapların bulundurulmasına bilhassa ehemmiyet verilir. Din aleyhinde yazılan ve cemiyete muzir olan kitap ve yazılar bulundurulmaz. Kitapların tevziinde mahpusların anlayışları, bilgileri ve arzuları nazarı itibare alınır.

Madde 108 — Mahpuslar, hilâfına hüküm bulunmadıkça müessese kütüphanesinde mevcut kitap, mecmua ve diğer matbu eserlerden istifade edebilirler. Mahpus, meslekî inkişafna yardım edecek kitap, mecmua ve diğer matbu eserleri müdürün müsaadesile bizzat satın alabilir.

Madde 109 — Mahpuslar, idarei adliye makamati tarafından mahpuslar için neşredilen havadis gazetesini satın alabilirler. Cezalarının üç aydan ziyade bir müddeti infaz olunan mahpuslar mümkün olduğ utakdirde günün mühim hâdiselerinden haberdar edilir.

Madde: 110 (Günlük gazete)—I. Cezası devrelere taksim edilerek infaz olunan ve birinci devreden ikinci devreye geçmeleri yakınlaşmış bulunan mahpuslarla cezaları teşdit edilmemiş olan Haft mah-

puslarının kendi paralarile günlük gazete veya mecmua satın almalarına müsaade edilebilir.

II. Mahpuları isyana veya müessese memurlarına karşı gelmeye veya sair nizam ve asayişe muhalefete sevkedecek yazıları ve memleket aleyhine matuf siyasî yazıları muhtevî gazete ve mecmuaların müesseseye ithaline müsaade edilemez. Muhteviyatı itibarile asayiş ve nizamı ihlâl edici mahiyette olan günlük gazete ve mecmuaların bazı nushalarının mahpuslara verilmemesini veya mezkûr yazılar çıkarıldıktan sonra verilmesini emir etmeğe müdür salâhiyetlidir.

Madde: 111 (Meşguliyet) —I. Mesai zamanlarının haricinde kalan boş zamanlarda, mahpusların kendi işlerile meşgul olmalarına müsaade edilebilir. Böyle bir meşguliyetin icap ettirdiği keyfiyetler temin maksadile Hausgeld'den sarfiyat yapılabilir.

II. Hücre hapsında veya Zellenhahft (tecrit) de bulunan, tenevvür dereceleri ve iyi halleri dolayısile haklarında başka türlü muamele yapılması icab eden mahpusların serbest zamanlarında fikren meşgul olabilmelerine müsaade edilir.

VII. Mahpusların hariçle olan münasebetleri

Madde: 112 (Ziyaret)—I. Mahpuslar muayyen zamanlarda ziyaretçi kabul edebilirler her ziyaret için müdürün müsaadesi lâzımdır.

II. Mahpuslar üzerinde tehlikeli tesir yapmasından veya asayiş ve nizamı ihlâl etmesinden şüphe edilen akraba ziyaretlerine ancak mezkûr hallerde müsaade edilmez.

III. Mahpusun menfaatı yahut istikbaldeki inkişafı bakımından lüzumlu olan veya iyi tesir yapacağı ihtimali bulunan diğer ziyaretler için mahpusun akrabasına verilen müsaade kabilinden müsaade olunabilir.

Madde: 113— Mahpusun dava ve işlerine, ilerdeki menfaatlarına taallûk eden ziyaretler için muayyen olan ziyaret günleri haricinde de müsaade olunabilir.

Madde: 114 (Kontrol) — Ziyaretçilerin mahpuslarla olan muhavereleri bir memur tarafından muntazaman kontrol edilir. Müdürün müsaadesile kontroldan istisnaen sarfı nazar edilebilir. Kontrol sırasında nezaket ve muaşeret kaidelerine riayet olunur.

Madde: 115 (Elbise) — Mahpusların kendi elbiselerile ziyaret kabul etmelerine istisnaî ahvalde müsaade olunabilir.

Madde: 116 — Bir ziyaret kaideten en aşağı on beş dakika devam eder.

Madde: 117 —Mahpusları ve ziyaretçilerin hissiyatını rencide ede-

963

cek eşya, kabul salonunun tefriş ve tanziminde kullanılmaz.

Madde: 118 (Muhabere)— I. Mahpuslar muayyen olan müddetler zarfında mektup yazıp mektup alabilirler.

II. Müesseseye kabul olunan mahpus akrabalarını ikameti hakkında doğrudan doğruya haberdar edebilir. Mahpusun diğer kimselere de kendi ikametinden malûmat vermesine mühim sebeblere istinaden müsade olunabilir.

Madde: 119—I. Teftiş ve nazaret makamına, mahkemeye, müddeiumumiliğe, müessese müşavir âzalarına ve millet meclisine gönderilecek istidalar için zaman ve müddet kaydı mevzuubahs değildir.

II. Himaye müesseselerine, hukukî işlerle alâkalı makamlara, noter ve kanunî müdafie hitaben yazılmış olan mektup ve yazılar hakkında da aynı hükümler caridir.

Madde: 120 — I. Bir mahpusun herhangi bir makamla istişare etmesine lüzum hasıl olduğu ahvalde, müdür bu hususu temin eder.

II. Salâhiyetsiz makamlara istida yazmak istiyen mahpusa hangi makamın bu hususta salâhiyetli olduğu bildirilir.

III. Okuyup yazma bilmeyen mahpusların lüzumlu mektupları bir memur tarafından yazılır.

Madde: 121— I. Muayyen müddet ve zamanlar içerisinde mektup yazup gönderebilmesine müsaade edilen mahpus aynı müddet ve zamanlar içinde kendisine bitaben yazılan mektupları alabilir.

II. 119 uncu meddede yazılı keyfiyetlere müteallik mektuplar için muayyen olan zaman ve müddet kaydı mevzuubahs değildir. Aynı hükümler mahpusun akraba ve taallûkatından gelen mektuplar için de caridir. Maahaza sık sık yazılmak suretile müessesenin nizamını ihlâl eden mektuplar mahpusa verilmez.

III. Muayyen olan zaman ve müddetlere riayet edilmemesi sebebile mahpuslara verilmeyen mektuplar başka sebep bulunmadıkca tahliyelerini müteakip verilir.

Madde: 122 (Kontrol) — I. Müdür mahpusların muhaberatını kontrol eder.

II. Müesseseye gelen veya müesseseden çıkan bilûmum yazıların muhteviyatı hakkında yalnız müdür yahut muhaberatın kontrolü için müdür tarafından salâhiyet verilen memur malûmat edinebilir. Mahpusa yapılacak muamelelerin tayini asayiş ve nizamın yahut mühim âmme menfaatlarının korunması gayesile mezkûr muhaberat hakkında malûmat edinilir.

III. Başka bir ceza müessesesine gönderilen mektuplar, mahkûmların talebi üzerine açılmadan mürsile geri gönderilebilir.

Madde: 123(Bazı yazı ve mektupların verilmemesi) — I. Nizam ve

sayışı ihlâl edici mahiyette olan veya mahpusların kaçmasına matuf bulunan yazı ve mektuplar alıkonulur [1]. Hakaretâmiz, nezaketsiz yahut cezayı müstelzim yazıları havi olan mektup ve yazılar hakkında da aynı hüküm caridir.

II. Bu maddenin birinci fıkra hükmü; 119 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı haller için cari değildir. 119 uncu maddenin ikinci fıkrasında münderiç makamlara yazılmış olan yazı ve istidalar muayyen sebeplere istinaden irsal olunmamış işe bu takdirde muvafık formaliteye riayet olunarak yeniden yazılması için mahpusa müsaade olunur,

III. Birinci fıkra hükmüne istinaden alıkonmuş olunan yazılar şahsî dosyada veya diğer dosyalarda saklanır.

IV. Muhteviyatından ötürü alıkonmuş olan mektup ve yazılar hakkında mahpusa malûmat verilir ve alıkonma sebebi bildirilir.

Mektup muhteviyatının hatasız kasımları irsal olunur ve keyfiyetten mahpus haberdar edilir.

Madde: 124 — Gelen ve giden mektupların muamelesi mümkün doluğu nisbette çabuk yapılır. Muhaberat için kabul edilen muayyen zaman ve müddetlerin mürurına bilhassa dikkat olunur.

Madde: 125 — Mahpuslar hilâfına hüküm bulunmadıkça mektuplarını müessese tarafından verilen muayyen kâğıtlara yazarlar. İstisnalara müdür müsaade edebilir.

Kısım — 5

Mahpuslara yapılan muamele

Madde: 126 — Mahpuslar müessese nizamatına ve dahilî disipline riayetle mükellefdirler, mahpuslar, sorulan süallere doğru olarak cevap vermeğe mecburdurlar.

Madde: 127 (Mahpusların münasebetleri) — I. Mahpusların yekdiğerile olan münasebetleri dahilî talimatname ile tesbit olunur. Konuşma yasağı, ancak asayiş ve nizamın istilzam ettirdiği hallerde kabili tatbiktir.

II Yazı, resim ve işaret vasıtasile yapılan gizli münasebetler (konuşmalar) yasaktır.

Madde: 128 — I. Mahpuslar ne aralarında ve ne de müessese memur-

[1] İrsal edilmez veya mahpusa verilmez.

larile ticarî muameleler, para ikraz ve istikrazı, satın alma veya mübadele gibi muameleler ifasına mezun değildirler.

II. Mahpuslar müessese memurlarına hediye vermeğe, vaitta bulunmağa, müesseseye gelen ziyaretcilerden bir şey almağa yahut onlara bir şey vermeğe müdürün müsaadesi olmaksızın mezun değildirler.

Madde: 129— Oyunlara, bilhassa sabır ve istidat oyunlarına müdür müsaade edebilir. Kumar yasaktır.

Kısım — 6

Devrelere taksim edilmek suretile tatbik edilen infazı ceza

Madde: 130 — Uzun müddetli cezalar devrelere taksim edilmek suretile infaz olunur. Bunun gayesi; bilhassa mahpusların ahlâkî temayüllerinin inkişafına ve ceza müddetlerini muhtelif devrelere ayırup hallerinde salah görülenler hakkında ağırlığı ve şiddeti tedricen azalan bir rejim tatbik etmek suretile bunları iyi bir halde yaşamağa sevk etmeğe ve alıştırmağa matufdur.

Madde: 131— Lüzumlu olan tecrübeler yapıldıktan sonra eyalet hükûmetleri infazı cezanın bu hususa müteallik hükümlerini telif ederler.

Kısım — 7

Muhafaza tetbirleri, inzıbatî ceza (disiplin cezası), şikâyet hakkı

I. Muhafaza tedbirleri.

Madde: 132 — I. Kaçmasından, intihar etmesinden, nizam ve asayişi ihlâl eylemesinden yahut memura karşı gelmesinden şüphe edilen mahpuslar hakkında icap eden muhafaza tedbirleri alınır.

II. Muhafaza tedbirleri müdür tarafından tesbit olunur. Tehlike mevcut olan hallerde diğer memurlar da muvakkat muhafaza tedbirleri alabilirler. Beyanı şart müdürün bu hususiaki kararı derhal istihsal olunur.

Madde: 133 —I. Muhafaza tedbirleri şunlardır:

1. Kaçmak veya intihar etmek için taşıdığı elbise veya çamaşırı yahut bulunduğu mahaldeki eşyayı kullanmak şüphesi hasıl olduğunda mahpusu mezkûr mevaddın istimalinden mahrum etmek;

2. Muvakkaten tecrit etmek yahut diğer mahpuşlarla birlikte bulundurmak;

946

3. Mahpusu teskin ve teselli yahut sükûn bulmasını temin etmek için ayrı bir hücreye koymak (Beruhigungszelle — sükûn hücresi);

4. Zencire vurmak (pranga).

II. Hafif muhafaza tedbirleri neticesiz kaldığı takdirde daha ağır olanlar tatbik olunur.

Madde: 134—I. Sükûn hücresine konmuş olan mahpus doktor tarafından derhal muayene edilir. Mahpusun nekadar müddetle sükûn hücresinde kalacağını tayin ve tesbit eder.

II. Mahpus sükûn hücresinde kaldığı müddetçe en aşagı günde bir defa doktor tarafından ziyaret olunur.

Madde: 135 (Zincire vurmak)—Kaçmaya veya intihara teşebbüs eden yahut şahıslara ve eşyaya karşı tehlikeâmiz şiddet gösteren mahpus hakkında alınmış olan muhafaza tedbirleri mezkûr tehlikeleri karşılamağa kâfi gelmediği takdirde zencire vurulur. Zencire vurmağa dair olan hükümler mahpusların nakli sırasında da caridir.

Madde: 136—Tıbbî tedavi veya müşahede altında bulunan mahpuslar hakkında tatbik edilecek muhafaza tedbirleri doktorun müsaadesile olur.

II. İnzıbatî ceza (Disiplin cezası)

Madde: 137 —Umumî kanun hükümlerine, infazı ceza nizamnamesine» dahilî talimatnameye yahut sair hüküm ve nizamata, ahlâk ve âdetlere muhalif hareket eden mahpuslar hakkında inzıbatî ceza tatbik olunur.

Madde: 138 (İhtar)—Muhalif hareketler ve riayetsizlikler hafif ve ehemmiyetsiz derecede olduğu takdirde mahpus hakkında tatbik edilmesi icab eden inzıbatî cezadan sarfınazar olunur. Bu hususta mahpusa ihtar yapılır.

Madde: 139 (Nevileri) — İnzıbatî ceza şunlardır:

1. Tevbih;

2. Dahilî talimatnameye göre bahşedilen bazı imtiyazların tahdidi veya kaldırılması;

3. Azamî dört hafta müddetle hücrelerin tenvir edilmesi veya vakti muayyeninden evvel lambaların söndürülmesi;

4. Ziyaret kabul etmeğe, 119 uncu maddede yazılı işler için mektup yazmağa ve cevap almağa dair olan müsaadeden azamî üç ay müddetle mahrum etmek veya bu müsaadeyi tahdit etmek;

5. Kitaplardan istifade etmeğe dair olan müsaadeden azamî üç ay müddetle mahrum etmek veya bu müsaadeyi tahdit etmek;

6. Bazı yiyecek maddelerinin (ilâve gıda) satın alınmasına dair

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA 967

olan müsaadeden azamî üç ay müddetle mahrum etmek veya bu müsaadeyi tahdit etmek;

7. Hausgeld parasından sarfiyat yapılmasına dair olan müsaadeden azamî dört hafta müddetle mahrum etmek veya bu müsaadeyi tahdit etmek;

8. Açık havaya çıkmağa dair olan müsaadeden azamî bir hafta müddetle mahrum etmek veya bu müsaadeyi tahdit etmek;

9. Azamî bir hafta müddetle kuru yerde yatırmak;

10. Azamî bir hafta müddetle gıdasını azaltmak;

11. Azamî dört hafta müddetle hususî bir odaya kapatmak.

Madde: 140 (İrtibat) — 139 uncu maddenin 8-10 numaralarında yazılı cezalarla birlikte, inzıbatî cezayi müstelzim ayni hareketlerden dolayı Arrest (hususî bir odaya kapatmak) cezası, tatbik edilemez. Diğer cezalar yekdiğerile birleştirilerek tatbik olunabilir.

Madde: 141—Gıdanın azaltılması cezasına sıcak olan sabah, öğle yahut akşam yemeklerinin verilmemesi yahut yalınız su ve ekmek olarak tahdit edilmesi de dahildir. Bu hale bir gün ve ertesi gün için cevaz vardır.

Madde: 142 (Ziyaret ve muhaberenin tahdidi)—I. Ziyaret kabulüne, mektup yazmağa ve cevap almağa dair verilen müsaade, mahpusun böyle bir müsaadeyi kullanmağa salâhiyetli olduğu andan itibaren tahdit edilir.

II. Ziyaret kabulüne, mektup yazmağa ve cevap almağa dair verilen müsaadeden mahrumiyet kararını mahpus bu hususta alâkalı olan kimselere bildirebilir.

Madde: 143—I. Arrest cezası 58, 59, 60, 88 fıkra 2, 107,109-112, 118,121 inci maddelerde yazılı hak ve imtiyazlardan mahrumiyet cezalarile birleştirilebilir. Arrest'de bulunan mahpuslar kendi işlerile meşgul olamazlar .

II. Arrest cezası aşagıda yazılı şekillerde şiddetlendirilebilir:

1. İşten mahrumiyet;

2. Kuru yerde yatırmak;

3. Gıdayı azaltmak;

4. Açık havada teneffüs etmekten mahrumiyet gibi.

2 - 4 yazılı cezalar ancak üç gün tatbik olunur.

Madde: 144 (Karar)—I. Müdür, alâkalı memur veya teftiş ve nezaret makamı mahpusu dinledikten sonra inzıbatî ceza tayin olunur.

II. Bir müesseseden diğer bir müesseseye nakledildiği sırada inzıbatî cezayi müstelzim harekette bulunan mahpus hakkında, mahpusun gideceği müessese müdürü mezkûr cezayi tayin ve tatbik eder.

III. Mahpusun yaptığı hareket ayni zamanda cezayi müstelzim bir fiil (suç) mahiyetinde olsa dahi ayrıca inzıbatî ceza tayinine karar verilebilir.

Madde: 145 (Seri infaz)—I. İnzibatî ceza usulen derhal infaz olunur.

II. Açık havaya çıkmağa dair olan müsaadeden mahrumiyete veya bu müsaadeyi tahdide dair verilecek kararın tatbikinden evvel doktorun bu hususiaki rey ve mütalâası alınır. 139 uncu maddenin 9-11 numaralarında yazılı inzıbatî cezalar içinde ayni hükümler caridir.

III. Hakkında inzıbatî ceza tatbik edilmekte olan mahpus iyi hal gösterdiği takdirde bu cezanın tatbikinden sarfınazar edilebilir.

Madde: 146 (Defter ve sicile kayıt) — İnzıbatî cezanın karar ve tatbiki mahpusun defterine, kabul defterine yahut şahsî sicile ayni zamanda ceza defterine kaydolunur.

III. Şikâyet hakkı

Madde: 147 — Mahpus, hakkında tatbik edilmekte olan infazı ceza vasıta ve tedbirleri aleyhine şikâyette bulunmağa salâhiyetlidir.

Madde: 148 — Şikâyet şifahî veya tahrirî olabileceği gibi zabıt varakası tutulmak üzere bir memura yapılan beyan ile de olunur.

Madde: 149 — I. Mahpus şikâyette bulunmak için müdürün yahut teftiş ve nezaret makamı namına müesseseyi en yakın zamanda teftiş edecek memurun huzuruna çıkarılmasını taleb edebilir.

II. Müdüre yahut müesseseyi en yakın zamanda teftiş edecek memura şikâyette bulunmak isteyen mahpusun bu arzusu muhafaza memurluğuna bildirilir. Muayyen olan şikâyetin muhteviyatı hakkında mahpus tarafından ayrıca beyan ve iş'arda bulunulmasına lüzum yoktur.

Madde: 150 — Mahpuslar müştereken şikâyette bulunamazlar.

Madde: 151 — Şikâyet, tehir ve talika sebep olamaz.

Madde: 152 — Ceza muhakemeleri usulü kanunu çerçevesine girmeyen şikâyetler hakkında müdür karar verir. Müdür aleyhine vaki olan şikâyetlerde eğer müdür şikâyete mevzu olan keyfiyeti bizzat tashih edebilecek salâhiyeti haiz değilse bu hususta teftiş ve nezaret makamı yahut onun tayin edeceği makam karar verir.

Madde: 153 — Red edilen şikâyetler eğer teftiş ve nazaret makamınca red edilmemişse mahpus tekrar şikâyette bulunabilir.

913

Kısım — 8

Hürriyeti tahdit cezasının bazı kısımları hakkında hususî hükümler

I. Ağır hapis cezasına mahsuz müessese (Zuchthaus)

Madde: 154 — Ağır hapis cezasına muhsus müessese elbiseleri diğer mahpuslara verilen elbiselerden kolaylıkla tefrik edilir şekildedir.

Madde: 155 — Ağır hapis cezasına mahsus müessesedeki günlük mesai kaideten sekiz saattan fazla olamaz.

Madde: 156 — Altı aylık bir müddet infaz edilmedikçe bazı fazla mevad mahpusa verilmez.

Madde: 157 (Ziyaret ve muhabere) —I. Ağır hapis cezasına mahsus müessesede bulunan mahpuslar kaideten üç aylık müddetin mürurile ziyaret kabul ve iki aylık müddetin geçmesile muhabere edebilirler.

II. Birinci fıkra hükmü 113 ve 119 uncu maddeler hakkında cari değildir.

Madde: 158 (İmtiyaz)—I. Asgarî altı aylık bir ceza müddeti infaz edilmedikçe mahpus bazı yiyecek maddelerini satın almak suretile temin edemez [1].

II. Mahpusların günlük gazte okumalarına, iş saatı haricinde kendi işlerile meşgul olmalarına veya oyun oynamalarına ancak altı aylık müddetin hitamını müteakip müsaade olunur.

Madde: 159 — Cigara içilmesine müsaade edilemez.

II. Hapis cezasına mahsus müessese (Gefängnis = Hapishane)

Madde: 160 — Hapishanedeki [2] günlük mesai kaideten dokuz saattan fazla olamaz.

Madde: 161 (Ziyaret ve muhabere) — I. Hapishanede bulunan mahpuslar kaideten üç haftanın mürurile ziyaret kabul ve kaideten dört haftanın geçmesile mektup gönderebilirler.

II. Birinci fıkra hükmü 113 ve 119 uncu maddeler hakkında cari değildir.

Madde: 162 (Yatak ve elbise) — Mahpusun [3] kendi yatak ve teferruatını kullanmasına müsaade edilebileceği gibi kendi elbise ve

[1] Müessesenin verdiği yemeklere ilâveten mahpus kazandığı para ile (Hausgeld) ayrıca yiyecek maddeleri satın alabilir. Meselâ: tereyağı, reçel ilâh...

[2] Burada hapishane tabiri hapis cezasına mahsus müessesenin karşılığı olarak kullanılmıştır.

[3] Burada mahpus tabiri, hapis cezasına mahkûm olan mahpus karşılığı olarak kullanılmıştır.

980

çamaşırlarını kullanmasına da müsaade olunabilir.

II. Ordu mensupları üniformalarını taşıyamazlar.

Madde: 163 — Mahpusun bizzat iaşesini temin etmesine sıhhî sebepler dolayısile müsaade edilebilir.

Madde: 164 — Mahpusun kendi işlerile meşgul olmasına müsaade edilebilir.

Madde: 165 — Mahpuslar koğuşların ve eşyanın temizlenmesi işinden muaf tutulabilir.

III. Festungshhaft [1].

Madde: 166 — I. Bu cezaya mahkûm olanlar tek hücrelerde veya müşterek koğuşlarda haps olunur. Gündüzleri oturulmak üzere ayrıca müşterek daireler tahsis olunur.

II. Mümkün olduğu takdirde mahpusun hücrede veya müşterek koğuşta haps edilmesi arzusuna tabidir.

III. Kaçmasından şüphe edilen mahpus, arzusu hilâfına da olsa tek hücrede haps olunabilir.

Madde 167 — Hücreler diğer ceza nevilerine mahsus olan hücrelerden daha iyi bir şekilde tanzim ve tefriş edilir. Hücrelerin resim ve çiçeklerle süslenmesine müsaade edilir. Ahlâk ve edebe, asayiş ve nizama muğayir olan resimlerin bulundurulmasına müsaade edilemez.

Madde: 168 — Müesseseye kabul olunurken veya cezanın infazı sırasında asayiş ve nizam bakımından gerek mahpuslar ve gerekse birlikte getirdikleri eşya yoklama ve kontrola tabidir.

Madde: 169 — Kordonile birlikte cep saatını, evlilik yüzüğünü ve şahsına ait buna mümasil diğer şeylerin mahpusun beraberinde taşımasına müsaade edilir.

Madde: 170 — I. Koğuş ve hücreler ancak asayiş ve nizam bakımından icap ettiği takdirde gündüzün de kilitlenir. Gün; yazın sabah saat yediden akşam saat ona, kışın sabah saat sekizden akşam saat dokuza kadar geçen zamandır. Bu zaman zarfında hava kararacak olursa koğuş ve hücreler tenvir edilir.

II. Nizam ve aşayişe muğayir olmadıkça müdürün müsaadesile mahpus, haps edildiği mahalli (Haftraum) masrafı kendisine ait olmak üzere gecenin muayyen bir vaktine kadar tenvir edebilir.

III. Mahpuslar yekdiğerini hücrelerinde ziyaret edebilirler.

IV. Asayiş ve nizam bakımından diğer mahpuslardan tecrit edilen

[1] Alman ceza kanununun 17 inci maddesinde tasrih edildiği üzere bu nevi ceza müebbet veya muvakkattır. Muvakkat bir günden on beş seneye kadardır.

951

mahpusun müşterek koğuşlara girüp giremeyeceğini ve şeklini müdür tayin ve tesbit eder. Asayiş ve nizamı ihlâl etmediği takdirde müştereken yemek yemesine de müsaade edilebilir.

Madde: 171 (Elbise ve çamaşır) — Mahpuslar kendi yataklarını kullanır ve kaideten kendi elbise ve çamaşırlarını giyinirler.

Madde: 172 (Bizzat iaşe) — Mahpuslar iaşelerini bizzat temin edebilirler. Mahpus iaşesini bizzat temin etmediği yahut müessesenin uzak olması sebebile lokantadan yemek tedariki mümkün olmadığı hallerde basit bir yemek ya diğer bir müessese mutbahından veya başka bir lokantadan temin olunur.

Madde: 173 — Mahpuslar hemen kullanmak şartile günde yarım litre biranın yahut Obstmost [1] veya 1/4 litre şarabın teminine, müsaade olunur.

Madde: 174 — Mahpuslar tütün içmeğe ve kendi paralarile tütün, cigara ve yaprak cigara satın almağa mezundurlar.

Madde: 175— I. Mahpuslar yanlarında para bulundurabilirler. Paranın azamî miktarını teftiş ve nezaret makamı yahut teftiş ve nezaret makamının muvafakatile müdür tayin eder.

II. Çalışma ile veya diğer şekillerle kazanılan para mahpusa verilir. Muayyen olan azamî haddi tecavüz eden meblağlarda fazla kısım müessesede saklanır.

Madde: 176 — I. Mahpuslar en aşağı günde beş saat serbest havada bulundurulur. Yalnız asayiş ve nizamın icab ettirdiği ahvalde yekdiğerlerile olan münasebetleri tahdit olunur.

II. Kaçmasından şüphe edilmeyen mahpusa, müessese haricinde oturan bir kimseyi ziyaret etmesine istisnaî ahvalde müsaade edilebilir.

Madde: 177 — Mahpuslar kendi koğuşlarını veya hücrelerini temizlemekle muvazzaf değildirler. Ücretini ödemek şartile elbise ve çamaşırlarını yıkayıcılara temizletebilirler. Çamaşır yıkayıcısını müessese tayin eder.

Madde: 178 — Mahpuslar, 110 uncu maddenin ikinci fıkrası dairesinde bizzat kitap ve mecmua tedarik edebilecekleri gibi kendi paralarile günlük gazete satın alabilirler.

Madde: 179 — Mahpuslar, asayiş ve nizama muğayir olmayacak şekilde her nevi iş ile meşgul olabilir ve bu hususta lüzumlu olan mevadı bizzat tedarik edebilirler. Para ile oynanan oyunlar ve kumar yasaktır.

Madde: 180— Nizam ve asayişe muhalif olan yahut mahpus üzerinde menfî tesir yapması muhtemel bulunan ziyaretlere müsaade edilemez.

Madde: 181 — I. Mahpuslar tahdit ve takyide tâbi olmaksızın

[1] Meyvadan mamul bir nevi içki.

952

mektup yazup cevap alabilirler. Müessesenin hususî mektup kağıtlarını kullanabilirler.

II. Muhaberatın kontrolünden sarfınazar edilebilir.

III. 123 üncü madde hükmü bakidir.

Madde: 182 --I. Muhafaza tedbiri olarak koğuş ve hücreler gündüzün de kilitlenebilir.

II. Mahpuslar zincire vurulamaz.

Madde: 183 — İnzıbatî cezalar şunlardır:

1. Tevbih;

2. Dahilî talimatnameye göre bahş edilen bazı imtiyazların tahdidi veya kaldırılması;

3. 169, 170 fıkra 3, 171, 172, 174, 175, 178, 179 uncu maddelerde yazılı hak ve imtiyazların azamî dört hafta müddetle tahdidi veya kaldırılması;

4. Ziyaret kabulüne veya 119 uncu maddede yazılı haller müstesna, mektup yazmağa ve cevap almağa dair olan müsaadeden mahrum etmek veya bu müsaadeyi tahdit etmek;

5. Kitap okumaya dair olan müsaadeden azamî dört hafta müddetle mahrum etmek veya bu müsaadeyi tahdit etmek;

6. Açık havaya çıkmaya dair olan müsaadenin azamî dört hafta müddetle tahdidi veya bu müsaadeden azamî bir hafta müddetle mahrumiyet.

Medde 184 — Mahpus bulunan ve hükümleri kesbi katiyet eden Festungshaft mahkûmları henüz muayyen müesseseye nakl edilmezden evvel haklarında 166-183 üncü madde ahkâmı tatbik olunur.

IV. Hafif hapis — Haft [1]

Madde: 185 (Diğer mahpuslardan tecrid) — I. Hafif hapis mahpusları diğer mahpuslardan ayrı bulundurulur.

II. 186, 193 üncü maddelerde başka türlü hüküm bulunmadıkca hafif hapis cezasının infaz şekli, hapis cezasının infaz şekline tevafuk eder.

Madde: 186 — Bazı talî maddelerin tedarikine müsaade edilebilir.

Madde: 187 — Mahpusların kendi yataklarını kullanmalarına ve kendi elbise ve çamaşırlarını giyinmelerine müsaade edilebilir.

Madde: 188 — Talep üzerine bizzat iaşeye müsaade edilir.

Madde: 189 — Tütün içilmesine müsaade edilebilir.

Madde: 190 (Para) — Mahpusların yanlarında para bulundurabilmelerine müsaade edilebilir.

[1] Alman ceza kanununnu 18 inci maddesinde tasrih edilen Haft cezası bir günden altı haftaya kadardır. Bu ceza en basit hürriyeti tahdit cezasıdır.

953

Madde: 191 — Mahpuslar 110 uncu maddenin 2 inci fıkrası dairesinde bizzat kitap ve mecmua tedarik edebilecekleri gibi kendi paralarile günlük gazete satın alabilirler.

Madde: 192 (Meşguliyet) — Mahpuslar asayiş ve nizama muğayir olmayacak şekilde her nevi işle meşgul olabilir. Ve bu hususta lüzumlu olan mevadı bizzat tedarik edebilirler. Kumar ve para ile oynanan oyunlar yasaktır.

Madde: 193 (Teşdit) — Arrest cezasının teşdidine dair olan 143 üncü maddenin 2 inci fıkra hükmü, hafif hapis cezasına mahkûm olan mahpuslar hakkında tatbik edilmez. Buna mukabil mahpuslar 185 - 192 inci maddelerde yazılı hak ve imtiyazlardan istifade ettirilmezler.

Madde: 194 — I. Ceza kanununun 361 inci madde 3-8 numaralarında yazılı (Teşdit edilmiş hafif hapis) hafif hapis cezasına mahkûm olan mahpuslar diğer mahpuslardan tecrid edilir.

II. Teşdit edilmiş hafif hapis cezasının infazında 186 - 193 madde hükümleri cari değildir.

V. Askerî Arrest

Madde: 195 — Ceza müesseselerinde infaz edilen askerî Arrest cezasının infazında askerî ceza kanununun ve askerî infazı ceza hükümlerinin bu hususa müteallik olan hükümleri tatbik olunur.

Kısım — 9

I. Çocuklar, ehliyeti cezaiyeyi haiz olmayanlar ve aklen zaif olanlar hakkında hususî hükümler.

Madde: 196 (İnfazı cezanın gayesi) — 18 yaşını ikmal etmemiş mahpus çocuklar hakkındaki infazı ceza çocuğun terbiyesine matuftur.

Madde: 197 (Yaşlılardan tecrid) —I. Çocuklar diğer mahpuslardan tamamile ayrı olarak hapis edilir. Sıhhî vaziyetleri dolayısile 5 inci maddenin 2 inci fıkrasında yazılı müesseselere nakledilen çocuklar hakkında bu hüküm cari değildir.

II. Bir ay veya bir ayı mütecaviz hürriyeti tahdit cezaları, ayrı, hususile çocuklara mahsus müessese veya dairelerde infaz olunur.

III. Hususî bir müessese veya dairede cezasını çekmekte olan çocuk muhafaza memurluğunun (Aufsichtsbehörde) müsaadesile yirmi bir yaşını ikmal edinceye kadar o müessese veya dairede bırakılabilir.

Madde: 198 (Memurlar) — Çocuklara ve cezaî rüştlerini ikmal etmeyenlere mahsus olan müessese müdürleri merkezce tayin olu-

954

nur. Keza muallimler merkez tarafından tayin olunur. Memurların tayininde, şahsî hususiyetlerine, çocuklar ve cezaî rüşdlerini ikmal etmeyen kimseler üzerinde yapacakları muamelelerine bilhassa dikkat olunur.

Madde: 199 — Bu madde 14 mayıs 934 tarihinde kaldırılmıştır.

Madde: 200 (Vesikaların gönderilmesi)— Mahkeme, çocuğun mahkûmiyetine dair olan kararın bir suretini yahut dosyasını veya kararın hülâsasını ceza müessesine gönderir.

Madde: 201 (Hücre hapsi veya tecrid = Zellenhaft) -- Çocuğun hücre hapsine veya Zellenhaft'a konulacağını müdür (Vorsteher) tayin eder.

Zellenhaft'a bırakılması müessese doktorunun muvafakatile olur.

Madde: 202 (Tütün ve içki) — Çocuğun tütün içmesine ve alkollü içki kullanmasına müsaade edilmez.

Madde: 203 (Sanat öğretmek) — Uzun müddetli hürriyeti tahdit cezasına mahkûm çocuklara cezalarını çektikleri sırada el sanatı veya buna benzer bir sanat öğretilir.

Çocuklara mahsus iş atölyesi kurulurken orada çalışacak memurlarla mahpusların seçiminde bilhassa dikkat olunur.

Madde: 204 (Dışarıda çalıştırma) — Mümkün olduğu nisbette çocuklar daha ziyade dışarıda çalıştırılır. Bilhassa bahçevanlık ve ziraat işlerinde çalıştırılır.

İşler haftanın muayyen günlerine taksim edilmiş olsa bile ayrıca haftada bir gün çocuklar çalıştırılmazlar.

Madde: 205 — Çocuk günde sekiz saatten fazla çalıştırılamaz. Günde en aşağı iki defa uzun istirahat müddeti verilir.

Madde: 206 — Çocuğa tahsis edilecek iş diğer mahkûmlara tahsis olunan işten daha kolaydır.

Madde: 207 — I. Çocukların günlük istirahat müddeti en aşağı 4 saattır. Bu müddetin iki saatı açık havada hareketle geçirilir.

II. Açık havadaki hareketler beden terbiyesini istilzam eder.

III. Çocuk hapishanelerinde beden terbiyesi dersi ihdas olunur.

Madde: 208 — Tedris umumî mekteplerdeki tedrisin aynıdır. Musiki ve el işleri de öğretilir.

Madde: 209 (Ziyaret) — Çocuklar usulen 4 haftada bir ziyaretci kabul edebilirler. Müdür ziyaret kabulüne ayrıca müsaade edebilir. 113 üncü madde hükmü bakidir.

Madde: 210 (Muhabere)—I. Çocuklar usulen iki haftada bir mektup yazabilirler. Müdür ayrıca mektup yazmağa müsaade edebilir. 119 uncu madde hükmü bakidir,

II. Çocuğun terbiye ve ıslahına engel teşkil edeceği muhtemel

görülen yazılar çocuğa verilmez ve harice gönderilmez.

Madde: 211 (Hususî müesseselerde infazı ceza)—I. 18 yaşında olan ve fakat cezaî rüştlerini ikmal etmeyen kimselerin (Minderjährig) mahkûm oldukları hapis cezası eğer altı aydan noksan ise ceza, bu gibilere mahsus olan müessese veya dairelerde çektirilir.

II. Beş sene içinde hürriyeti tahdit cezasını müstelzim muteaddit suç işleyen yahut aşağı haddi bir sene olan hürriyeti tahdit cezasına mahkûm olupta infaz edilen (Minderjährig)'lerin işledikleri yeni suçtan dolayı mahkûm oldukları cezanın bunlara mahsus müessese veya dairelerde çektirilmesinin muvafık olup olmayacağını cezanın infazına memur makam tayin eder.

Madde: 212–205 ve 206 ıncı madde hükümleri müstesna olmak üzere çocuklar hakkındaki cezanın infazına taallûk eden hükümler 18 yaşından fazla olan ve fakat cezaî rüştlerini doldurmayan kimseler (Minderjährig) hakkında caridir.

II. Aklen zaif olanlar

Madde: 213—I. Mahkûm olupta şuurlarındaki noksanlık dolayısile mahkûm oldukları cezanın infazı mümkün olmayan kimseler, müessese doktorunun raporile bunlara mahsus müessese veya dairelere sevk olunurlar.

II. Hususî müessese veya dairede veya umumî timarhanede müşahede altına alınmaları icap eden akıl hastaları mezkûr müesseselere sevk olunurlar.

Madde: 214—I. Hususî müessese veya daireye veya umumî timarhaneye sevkleri icap eden akıl hastaları veya şuurlarında noksan bulunan kimseler ancak salâhiyetli akıl ve sinir mutahassısı tarafından muayene edildikten sonra sevk olunurlar.

II. Müessese dahilinde yapılacak ehemmiyetli taksimlerde bilhassa (Hafträum)'ın taksiminde müessese doktorunun rey ve mütalâası alınır. Müesseselerin veya dairelerin yeniden tesisinde bir akıl ve sinir mütehassısı bulundurulur.

Madde: 215–I. Hususî müessese veya dairelere sevk olunmayan aklen malûl kimseler hakkında tatbik edilmekte olan bazı muamele ve nizamların tatbikinden, aklî haletleri sebebile müessese doktorunun raporuna istinaden sarfınazar edilebilir.

II. Muhafaza tedbirleri ve inzıbatî cezalar müessese doktorunun muvafakatile tatbik olunur.

956

Kısım — 10

İzin ve tahliye

Madde: 216—I. İnfazı cezaye memur makam, teftiş ve nezaret makamı, mahkeme yahut af hükümlerinin icrasına salâhiyettar olan daire tarafından tesbit edilen hallerde ceza müddetini ikmal eden mahpus tahliye edilir.

II. Tahliye tarihi mahpusin defterine yahut kabul defterine kayit olunur.

Madde: 217 (Elbise) — Mahpuslar tahliye edilirken mevsime, modaya ve sıhhatın icap ettirdiği hallere uygun olarak telbis olunurlar. Mahpusların kendi elbise ve çamaşırları matlûp ihtiyacı karşılayamadığı takdirde lüzumlu olanlarını müessese temin eder.

Madde: 218—I. Seyahat ve iaşe masrafları temin olunur. Mahpusların müessese dahilinde çalışmak surelile kazandığı para veya kendi parası seyahat ve iaşe masrafları için kâfi gelmediği takdirde bu hususat Devletce temin olunur.

II. Seyahat masrafları yerine mahpusun gideceği yere kadar olan seyahat bileti satın alınarak mahpusa verilir.

Madde: 219 (Vesika)—I. Tahliye edilen mahpusa cezasını çektiğine dair bir vesika verilir.

II. İhbar vesikası ve günlük ihtiyaçların icap ettirdiği diğer bazı vesikalar mahpusun bulunmuş olduğu müessesenin salâhiyetli makamından temin olunur.

II. Ceza müessesesine giren ve tahliye edilen mahpus ikametgâhini değiştirmiş sayılmaz.

Madde: 220 — Zabıta nezareti altında bulundurulması icap eden mahpuslar tahliye edilmeden evvel keyfiyetten eyalet zabıtası vakti zamanında haberdar edilir.

Madde: 221 — Eyalet zabıta makamına teslim edilmesi icap eden mahpuslar tahliye edilmezden evvel keyfiyetten eyalet zabıtası vaktı zamanında haberdar edilir.

Madde: 222 — Bir ecnebî tahliye edilmezden evvel zabıtaya vaktı zamanında malûmat verilir.

Madde: 223 — Himaye edilmesi icap eden kimseler veyahut küçükler, tahliye edilmezden evvel haklarında icap eden tedbirlerin alınması için keyfiyetten salâhiyetli makamlara vaktı zamanında malûmat verilir.

Madde: 224 — Tahliyeleri icap eden tehlikeli akıl hastaları zabitaya teslim edilir.

957

Kısım — 11

Tahliye edilen mahpusların himayesi

Madde: 225 — Tahliyesini müteakip mahpusa mesken temini ve uygun bir iş bulunması veyahut kendisinin bir vazifeye yerleştirilmesi cezanın infazı sırasında düşünülüp tahti temine alınmalıdır. Mahpus müesseseye kabul olunur olunmaz mezkûr maksadın temini için, yaşama tarzı hakkında malûmat edinilir ve icap ederse akraba ve taallûkatile, eskiden çalışmış ise çalıştığı müessese ajanlarile ve kendisini yakından tanıyan diğer kimselerle temasa geçilir. Ayni zamanda iş veren daire ve müesseselerle daimî temas halinde bulundurulur.

Madde: 226 — I. Tahliye eilen mahpusları himaye etmek için kurulmuş olan cemiyet ve kulüplerle daimî temas halinde bulunulur ve lüzumu halinde mezkûr kulüp ve cemiyetlere yardım edilir. Nizam ve asayişe muhalif olmadıkça bu gibi cemiyet ve kulüp mümessillerinin mahpuslarla temasta bulunmalarına müsaade edilir.

II. Uzun müddetli hürriyeti tahdit cezasına mahkûm olan yahut mahkûmiyeti sebebile çalıştığı vazife veya işi terk etmek mecburiyetinde bulunan mahpusların vaziyeti hakkında, cezanın infazı sırasında ve tahliyeden evvel himaye cemiyetlerine ve kulüplerine, umumî iş müesseselerine malûmat verilir. Mahpusun bu gibi teşekküllerin veya şahısların himayesine mazhar olabilmesi hali kolaylaştırılır.

Madde: 227 — Mahpuslar hayatlarını sigorta ettirebilirler.

Madde: 228 — Tahliye edilen mahpusun himayesi Fürsorger'(mürebbi, hami)ın esaslı vazifeleri meyanındadır. Bununla beraber müdür, muallim ve diğer memurlar tahliye edilen mahpusun mukadderat ve istikbalile ciddî şekilde meşgul olurlar.

Madde; 229 (Rücklage'nin tediyesi) — Rücklage parası tahliye edilen mahpusa defaten tediye edilir. Ancak mahpusun rızasile yahut fena şekilde kullanılma tehlikesi mevcut olan ahvalde rızası hilâfına bu paranın muayyen bir miktarı tediye edilir veya emniyetli bir şahsa yahut bir cemiyete veya makama teslim olunur.

Kısım — 12

Son hükümler

Madde: 230 - I 2, 42, 44, 95 fıkra 2 ve 87 inci maddelerde yazılı esasatı derhal tatbik etmeğe müessesenin teşkilâtı müsait olmadığı

takdirde yeni yapılacak müesseseler mezkûr hususata göre inşa edilir.

II. (Schlafkojen)'ler yeniden inşa edilmez. Mevcut olanları mümkün olduğu takdirde bertaraf edilir.

III. 87 inci madde hükümlerine tevafuk etmeyen hücreler kısa müddetle hürriyeti tahdit cezasına mahkûm olan mahpuslara tahsis olunur.

Madde: 231 (İstatistik) — Yıllık istatistik adliye vekilinin tensip ettiği tarzda tutulur.

Madde: 232 — Her eyalet hükümeti, infazı cezanın tatbikatına bilhassa dahilî talimatnamenin mühim esaslarına dair adliye vekâletine ve diğer eyalet hükûmetlerine malûmat verir.

*
* *

Madde sırasile nizamname muhteviyatı

	Madde
Kısım 1 — Ceza müeseseleri:	
I. Ceza müesseselerinin nevileri	1 — 7
II. Müessese memurları	8 — 15
III. Teftiş ve nezaret makamları	16
IV. Bu hükümler 1934 yılında kaldırılmıştır	17 — 23
Kısım 2 — Mahpusların kabulü	24 — 37
Kısım 3 — Hapsin nevileri	38 — 47
Kısım 4 — Mahpuslara yapılan muamele :	
I. Umumî hükümler	48 — 54
II. Yatacak yer, elbise, iaşe	55 — 61
III. İş	62 — 85
IV. Sıhhî ihtimam, doğum ve ölüm vakaları	86 — 104
V. Mahpusların ruhî ve ahlakî duygularının inkişafı	105 — 111
VI. Mahpusların hariçle olan münasebetleri	112 — 125
Kısım 5 — Mahpuslara yapılan muamele	126 — 129
Kısım 6 — Muayyen devrelere taksim edilmek suretile tatbik edilen infazı ceza	130 — 131
Kısım 7 — Muhafaza tedbirleri, inzıbatî ceza, şikayet hakkı:	
I. Muhafaza tedbirleri	132 — 136
II. İnzıbatî ceza	137 — 146

959

	Madde
III. Şikayet hakkı	147 — 153
Kısım 8 — Hürriyeti tahdit cezasının bazı kısımları hakkında hususî hükümler:	
I. Ağır hapis cezası mahkûmlarına mahsus müessese	154 — 159
II. Hapis	160 — 165
III. Festungshaft	166 — 184
IV. Hafif hapis	185 — 194
V. Askerî Arrest	195
Kısım 9— Çocuklar, ehliyeti cezaiyeyi haiz olmayanlar ve aklen zaif olanlar hakkında hususî hükümler:	
I. Çocuklar ve ehliyeti cezaiyeyi haiz olmayan kimseler	196 — 212
II. Aklen zaif olanlar	213 — 215
Kısım 10— İzin ve Tahliye	216 — 224
Kısım 11— Tahliye edilen mahpusların himayesi	225 — 229
Kısım 12—Son hükümler	230 — 231

960

No: 44

Beynelmilel Muahedelerde Kuyudu İhtiraziye

I

Türkçeye Çeviren:
Tarik E. YENİSEY.

Yazan: L. A. Podesta COSTA
Buenos - Aires üniversitesi
profesörlerinden

1 — Diplomatik lisanda, «kaydı ihtirazî» tabiri bir kaç mana ifade eder. Bir Devletin, herhangi bir muahedeyi «*tasdik edilmesi kaydı*» ile imza etmiş olması, işbu muahedenin meriyete girmesinin tasdik keyfiyetine vabeste bulunduğunu gösterir. Hakemlik bahsinde de, bazı ihtirazî kayıtlar dermeyanı mümkündür. Şerefi millî, tamamiyeti mülkiye, istiklâl gibi hususatta, Devletler mafevk hiç bir merci kabul etmek istemezler. Bazı ahvalde de kaydı ihtirazî tabiri, muahedenin akdi veya meriyete vaz'ı esnasında, veyahut tasdiki sırasında, âkit Devletlerin dermeyan ettikleri muhtelif takyidatı ifade eder.

Kaydı ihtirazinin bu kadar geniş manada anlaşılması, hukuk bakımından bir noksanlık teşkil eder. Kaydı ihtirazîden maksat, muahede ile tekabbül olunan bir vecibenin şümulünü tahdit etmek, yahut muayyen bir siyaseti veya dahilî mevzuat ahkâmını vikaye eylemektir. Kaydı ihtirazî, umumiyetle, bazı kavaidin ancak muayyen hudutlar dahilinde tekabbülünü ifade etmektedir. Nadiren olmakla beraber, bunun aksi de vakidir: Kaydı ihtirazî, muahedenin derpiş ettiği hududdan ilerisi için serbestii hareket temini gayesine müteveccih olabilir. (Uyuşturucu maddeler hakkında Cenevre'de imza edilen 13 temmuz 1931 tarihli muahedeye Siam ve Meksika hükûmetlerinin vaz ettikleri ihtirazî kayıtlar gibi).

Bazı defalar muahedelere, âkit tarafların rızasiyle, tahdidî mahiyette ahkâm vazedilebilir. Müzakeratın hitamında, muahedeyi imza ederken, âkit taraflardan birinin bir ihtirazî kayd dermeyan ettiği

961

de vakidir. Bilûmum âkitlerin rızasiyle bir muahedeye konan takyidat, muahedenin sıhhatına halel iras etmeyeceği tabiîdir. Müzakeratın kapanmasından sonra dermeyan edilen ihtirazî kayd, muahedenin heyeti mecmuasına yeni bir eleman ilâve etmesi hasebile, nazik bir hukukî mesele teşkil eder.

Kaydı ihtirazî, bir hukuku Düvel elemanı değilse de, Devletler beynindeki uzlaşmaların teşekkülüne dahil bulunan bir elemandır. Gayesi her ne olursa olsun, kaydı ihtirazî bir taraflı bir teklif mahiyetini haizdir ve diğer âkit taraf bunu kabul ettiği taktirde, diğer ahkâm misillû muahedeye dahil olur.

*
* *

2 — Taallûk ettiği husus her ne olursa olsun, ihtirazî kayd, ahdî bir hükmün hukukî şümul veya mahiyetini tadile matuf bulunmaktadır.

Bu itibarla, kaydı ihtirazî mutlak veya nisbîdir; bir hükmün tamamını veya bir kısmını ibtal ettiği taktirde: mutlak, muahedenin hukukî manasını tadil eylediği taktirde ise: nisbîdir. Esas itibarile bu iki şekil arasında bir fark olmamakla beraber, ikincisi, birincisine nisbeten muahedenin muhteviyatına daha ziyade icrai tesir etmektedir. Muahedenin hukukî manasını tadil eden kaydı ihtirazî, ortada kaydı ihtirazî mevcud olup olmadığının tayini hususunda, bazı tereddüdü daî olabilir.

*
* *

3 — Muayyen bir hüküm hakkında, âkit taraflardan biri her hangi bir tefsir yapabilir. Bu tefsirin, bir kaydı ihtirazî teşkil edip etmeyeceğini tayin etmek iktiza eder.

Prensip olarak denilebilir ki, tefsir, ahdî vecaibin mahiyetini, hiç bir suretle tadil etmiyor ise, esas itibarile bir kaydı ihtirazî mevzuubahs değildir; taallûk ettiği hükmün hukukî şümul ve manasını değiştirdiği taktirde, kaydı ihtirazî mevcuddur. Fiiliyatta, bu iki kriterden hangisinin kabili tatbik olduğunu tayin etmek—bilhassa muahede metni, yazılışı itibarile, tefsire müsait ise—tabiatile pek müşküldür.

Yapılan kaydı ihtirazî, muahedenin tamamen tatbikine mani teşkil etmediği takdirde, şüphe yok ki esas itibarile bir kaydı ihtirazî mevcud değildir. Buna mukabil, görünüşte hiç bir şey ifade etme-

962

yen bazı formüller vardır ki, esasında bir kaydı ihtirazî teşkil ederler. Birleşik Amerika Devletlerinin, bazı muahedelere vazettikleri, Monreo doktrinini zımnen alâkadar eden hüküm mucibince, Amerikan hükûmeti, muahedeyi, Monreo doktrinini ihlâl etmemesi şartile, tatbik etmeyi kabul eylemektedir; ve malûm olduğu üzere, mezkûr doktrinin tarif, tefsir ve tatbiki, her halü kârda, Vaşington hükûmetine raci bulunduğu cihetle, muahedenin tatbiki bu suretle akitlerden birinin arzusuna bağlı bulunuyor, demektir. Böyle bir vaziyette, muahede ile tekabbül olunan vecibenin mahiyeti tabiatile tâdil edilmiş olur. Binaenaleyh, mevzuubahs formülün burada bir kaydı ihtirazî teşkil edeceği şüphesizdir.

Birleşik Amerika hükûmeti, bazı Muahedeleri imza ederken, muahedeyi imza etmiş olmasının, kendisinin tanımamış olduğu ayni muahedeye dahil bulunan herhangi bir rejim hükûmetine karşı bir vecibe tekabbülünü tazammun etmediğini kaydeylemektedir. İşbu formül, vecibenin mahiyetini tadil etmesi hasebile, bir kaydı ihtirazî teşkil eder; zira, bu suretle, âkit Devletlerden bir veya birkaçı Amerika hükûmetine karşı, muahede mucibince ifaya mecbur oldukları vecibelerden berî kalmaktadırlar.

Zikrettiğimiz misallar, muahedenin veya bir hükmünün tefsiri hakkındaki formüllerin, her hale göre, tebeddül etmekte olduklarını göstermektedir. Denebilir ki, bunlardan bazıları, muahedenin kısmen veya tamamen hükümsüz kalmasını bile mucib olabilir.

Demek oluyor ki, bir kaydı ihtirazînin mevcud olup olmadığını tayin edebilmek için, ileri sürülen formülün muahedenin esas ve mahiyetini tadil edip etmediğini, her defasında, tesbit eylemek mecburiyeti vardır. Tereddüt halinde, kaydı ihtirazî mevcud olduğunu kabul etmek iktiza eder. Zira, âkit Devletin maksadı, yaptığı beyanata hukukî bir mahiyet izafe eylemek yani bir kaydı ihtirazî vazetmek değilse, işbu beyanatına ahdî bir formül şekli vermesinin manası yoktur.

*
* *

4 — Bazı ahvalde de, bir Devlet muahedeyi imza veya tasdik ederken, işbu muahedenin ancak diğer Devletlerin tasdikinden sonra veya herhangi bir hâdisenin vukuu üzerine, kendisi hakkında muteber olacağını beyan eder. Bu beyanat bir kaydı ihtirazî teşkil etmez; zira, muahede ahkâmının mahiyeti bu suretle tadil edilmiş değildir; yalnız, muahedenin meriyete vaz'ı, muayyen şeraite talik edilmiş olur. İşbu şerait yerine getirildikten sonra muahede tamamen tatbik edilir.

*
* *

963

5 — Hülâsa olarak denilebilirki, kaydı ihtirazî, âkit taraflardan birinin talebi üzerine, muahedenin imzası veya tasdiki ânında, muahedeye ilâve olunan ve mevzuubahs tarafın diğer âkideyn veya bazıları ile olan münasebatında, muahede ahkâmından birinin mana ve şümulünü tadil veya tahdit eyleyen müzeyyel hükümdür.

***

II

6 — XIX uncu asrın ikinci nısfından itibaren ve bilhassa bir çok taraflı muahedeler aktından beri, ihtirazî kayıtlar muhtelif muahedelerde yer bulmuşlardır. Âkit taraflar muhtelif olduğu takdirde bunlar beyninde esas meselelerde menfaat ve noktai nazar birliği mevcud olsa dahi — muahedenin her maddesinin muhteviyatı veya tahriri hakkında ittifak temin eylemek ekseriya müşkül olur. Herhangi bir mesele hakkında hali ihtilâfda bulunan Devletlerin, muahede haricinde bırakılmaktansa, mahdut bir şekilde olsa dahi, iştirakların temini tercih edilmektedir. En mühim meseleler üzerinde ittifak hasıl olduktan sonra, nisbeten ehemmiyetsiz noktalar hakkında ihtilâf mevcud olmasında pek de mahzur yoktur.

Maalesef, ihtirazî kayıtler, gerek miktar ve gerek mahiyetleri itibarile, suiistimal edilmişlerdir. Tecrübe, ihtirazî kayıtların, akdedilen muahedenin ehemmiyetiyle mütensip olduğunu göstermektedir. İhtirazî kayıtların dermeyanı, nihayet muahedenin akti anına kadar caizdir; muahedenin tasdiki sırasında, yani müzakeratın hitamından ve muahedenin murahhaslar tarafından imza edilmesinden sonra kaydı ihtirazî serd etmek doğru değildir; zira, bu takdirde, muahede metninin yeniden tetkiki icap etmektedir. Bazı ahvalde, dermeyan olunan ihtirazî kayıtlar, muahedenin imzasını kıymetsiz bırakmaktadır. Bazen de, ihtirazî kayıtların miktar ve şümulü, muahedenin esasını geniş mikyasta tadil eylemektedir.

***

7 — Son zamanlarda, ihtirazî kayıtlar hakkında bir çok kritikler yapılmış, ihtirazî kayıtların, âkitlerden bazıları lehine imtiyazlı bir vaziyet ihdas etmek suretile, muahedenin müvazene ve kıymetini haleldar etmekte oldukları iddia edilmiştir.

İhtirazî kayıtların miktarı çok ve mahiyetleri mütenevvî olduğu takdirde, tarafeyn noktai nazarlarının itilâfı tabiatile pek müşkül

964

olur. İhtirazî kayıtlar örfü âdetle kabul edilmiş bulunan kavaidi haleldar eder mahiyette iseler, hukuku Düvelin tekâmülü sahasında bir irtica sebebi teşkil ederler. Diğer taraftan, muahedenin tasdiki sırasında yapılan kaydı ihtiraziler, âkitler beynindeki münasebatda hükümran olması lâzım gelen dürüstî mefhumunu ihlâl eder mahiyettedirler; zira taraflardan biri, muahedeyi imza ettikten sonra, kaydı ihtirazî dermeyan etmesi suretile, diğer âkitlere karşı hukukî yeni bir vaziyet almış olmaktadır.

Gerek doktrin, gerekse tatbikat bakımından tamamen doğru olan bu kritikler, bu hususta yapılagelen suiistimale karşı birer reaksyon teşkil etmektedirler. Meşru metalibi vikaye maksadile yapılan ihtirazî kayıtların, bazı istisnaî ahvalde, kabulü caizdir. Lâkin, burada da muahedenin esasına halel iras olunmaması iktiza eder. Yapılan kaydı ihtirazî, muahedenin ana veya esaslı ahkâmına taallûk etmelidir. Kaydı ihtirazî dermeyan etmemiş olan âkitler, muahededen mütevellid bilûmum vecaibi ifaya mecbur bulundukları halde, kaydı ihtirazî serd eden tarafın, bu suretle, daha mümtaz bir vaziyete girmiş olmaması lâzım gelir. Ve zaten, böyle bir halde, muahede ile gözetilen esas gayeden inhiraf edilmiş olur.

Kaydı ihtirazî, istisnaî ahvalde kabul edilebilen bir prosede olmalıdır. Beynelmilel muahedat akdinde bir teamül şeklini alması doğru olmaz.

*
* *

III

8 — İki taraflı muahedelerde olduğu gibi, bir kaç Devlet beynide münakit muahedelerde de kaydı ihtirazî dermeyanı mümkündür.

İki taraflı muahedelerde, imza ânında serd edilen kaydı ihtirazî, diğer taraf bunu kabul ettiği takdirde, hukukî bakımdan bir hususiyet arz etmemektedir. Ve hattâ, böyle bir halde, muahedenin esas ve mahiyeti tadile uğramadığı cihetle, bir kaydı ihtirazî mevzuubahs olmadığı bile iddia edilebilir. Lâkin, iki taraflı muahedenin tasdiki sırasında dermeyan olunan kuyudu ihtiraziye dolayısile muahedenin muteberliği mevzuubahs olabilir. İleride de göreceğimiz vechile, bir çok taraflı muahedelerde yapılan kaydı ihtiraziler, bir çok nazik hukukî meselelere meydan vermektedirler.

*
* *

965

9 — «İş Bürosu»'na taallûk eden beynelmilel muahedelerde kuyudu ihtiraziye dermeyanı mümkün değildir. Zira, bu muahedeler, gerek tanzimleri ve gerek âkit ve tatbikleri bakımlarından, esas muahedelerde bulunmayan hurusî bir mahiyeti hukukiyeyi haizdirler.

Polonya ve Hindistan, 1920 ve 1921 senelerinde, 1919 tarihli Vaşington muahadelerini kaydı ihtiraziyle tasdik etmek istemişler, lâkin Beynelmilel İş Bürosu, ihtirazî kayıtların kabul edilmeyeceğini, zira alâkadar diğer Devletlerin muvafakat veya ademî muvafakatlarını, bu kabil muahedelerde tasdikname taatisi olmadığı cihetle, bildirmelerine imkân bulunmadığını ve zaten kaydı ihtirazî yapan tarafın ancak hükûmetin mütalâasını bildirmekte olduğunu, halbuki bu nevi anlaşmalar hükûmet ve amele mümessilleri beyninde husule gelen itilâfın bir neticesini ifade ettiğini ifade eylemiştir. Beynelmilel İş Bürosu ile mektup taatisini müteakib, mezkûr iki Devlet kaydı ihtirazî yapmaktan sarfı nazar etmişler ve vaki muhaberat, büroya dahil Devletlere de ayrıca bildirilmiştir.

Beynelmilel İş Bürosu, 1927 senesinde, bir çok taraflı muahedelerde kuyudu ihtiraziye dermeyanı meselesini tetkik etmekte olan milletler meclisi konseyine bir memorandum göndererek, büroyu alâkadar eden hususat hakkında akdedilecek beynelmilel mukavelelere ihtirazî kayıt dercine imkân bulunmadığını tasrih etmiştir.

Diğer taraftan, Beynelmilel İş Teşkilâtı nizamnamesinin 19 uncu Maddesi (Versay muahedesi madde 405), umumî mahiyette olan mukavele projelerinin tanzimi sırasında «konferansın, ıklim, sınaî teşkilât ve bazı hususiyetler dolayısile sanayi şeraiti başka olan Devletlerin vaziyetlerini nazarı itibare almasını ve binnetice mezkûr Devletlerin ihtiyacına tetabuk edecek tadilâtı tavsiye eylemesini» âmir bulunmaktadır. Yani, bu hususta akdedilen mukavelât ahkâmına bazı takyidat vaz'ı mümkün ise de, bunun mukavelenin imzasından sonra değil, müzakerat sırasında yapılması lâzım gelmektedir.

***

10 — Mana veya muhteviyatını nazarı itibare alarak, kuyudu ihtirazîye beyninde bir tasnif yapmak mümkündür. Bu tasnif, ihtirazî kaytların bir cihetten ne gibi esbaba müstenid bulunduklarını göstərebileceği gibi, diğer cihetten de bunların objektif bir surette hangi temayülleri ifade etmekte olduklarını izah eder. Lâkin pek mütenevvi elemanlara müstenid bulunan bu sistem, yapılan tasnifin natamam olması hasebile, kuyudu ihtiraziye dolayısile zuhur eden gelen meseleleri tenvire hâdim olamaz.

966

Bu meseleler, evvelemirde, ihtirazî kaydın muteber olması için ne gibi hukukî şeraite tâbi bulunması lâzım geldiği ve saniyen, kaydı ihtirazîden mütevellid hukukî netaicin nelerden ibaret bulunduğu meseleleridir. Bu her iki mesele de, kaydı ihtirazînin dermeyanını icab ettiren sebeplerden herhangi birine tâbi değildir.

Bahsettiğimiz birinci mesele — ileride de izah edeceğimiz vechile — kaydı ihtirazînin serd olunduğu zamana, yani yeni ahdî bir eleman olarak zuhur ettiği zamana bağlıdır. Bu bakımdan, kuyudu ihtiraziyeyi şu şekilde tasnif edebiliriz:

a) Muahedenin müştereken imzası esnasında yapılan kuyudu ihtiraziye;

b) Muahedenin tasdiki ânında yapılan kuyudu ihtiraziye;

C) Muahedeye iltihak sırasında yapılan kuyudu ihtiraziye.

Yine ayni bakımdan, lâkin muahedeleri üçüncü Devletlerin iltihakkına açık bulunduğunu farz ederek, ihtirazî kayıtları, muahedelerin bazı ihtirazî kayıtlara müsait bulunup bulunmamasına göre, «evvelce tahmin edilen» ve «tahmin edilmeyen» ihtirazî kaydlar olarak ikiye ayırabiliriz.

İhtirazî kayıtlardan doğan hukukî neticelerin nelerden ibaret bulunduğu meselesine gelince, burada ihtirazî kayıtları, muahede ile kabul edilen vecibelerin mana ve şümulünü tahdit veya tevsi ettiğine göre de iki kısma ayırabiliriz. Mezkûr kuyudu ihtiraziye, filvaki, bir ihtiyaca tetabuk etmekte değildir: Devlet, muahede ahkâmı mucibince, bazı vecibeler tekabbul etmiştir; bu vecibeleri tevsi etmek istediği takdirde, bunu mevzuatı dahiliyesi ile temin edebilir. Bu hal, Muahedede mevcud ahkâmın icrasına, beynelmilel bakımdan, bir mani teşkil etmez. Maamafih, bu kabil kuyudu ihtiraziyeye tatbikatta nadiren tesadüf olunmaktadır.

***

IV

11 — Muahede akdine salâhiyettar bulunan, yani Devletin münasebatı hariciyesini idare eden makam, kuydu ihtiraziye serdine de salâhiyettar olan makamdır. Herhangi bir ihtirazî kayd, ahdî bir vecibenin mahiyetini tadile matuf olup, haddi zatında muahede aktine mümasil bir hüküm ifade eder.

Bazı defalar, şu veya bu âkit Devletin parlâmentosu veya Amerikada olduğu gibi, Âyan meclisinin herhangi bir muahedeyi

967

kuyudu ihtiraziye ile tasdik ettiğini duyarız. Yani, daha doğrusu, Devletin teşriî organları, burada mevzuubahs Muahedeyi şarta muallak olarak tasdik etmişlerdir. Bilâhare, kuvai icraiye, bu noktai nazarı tasvib ettiği takdirde, Devletin haricî hâkimiyetinin organı bulunması sıfatile, muahedeye dercini istediği kaydı ihtiraziyeyi diger âkit Devletlere bildirir.

***

12 — Kaydı ihtirazî herhangi bir zamanda yapılırsa yapılsın, bunun resmî şekilde icrası lâzımdır. Bu itibarla, kaydı ihtirazînin tahriren ve diplomatik usul dairesinde yapılması icab eder: Kaydı ihtirazî muahedenin müştereken imzası ânında yapılmışsa, bunun, alâkadar mürahhasın imzası yanına derci veya ayrı bir protokola yazılması lâzım gelir; imzadan sonra vaki olduğu takdirde, tasdiknameye ilâvesi usuldendir.

Beynelmilel bir konferans müzkeratı esnasında, yalnız şifahen bildirilen bir kaydı ihtirazî, ancak bir ihbar mahiyetini haizdir. Şüphe yokki, şifahen yapılan böyle bir kaydı ihtirazî, müzakeratın inkişafı üzerinde icrai tesir eder ve, alâkadar mürahhaslığın bu baptaki hattı hareketini tayin etmesi hesabile, haizi ehemmiyettir. Ancak, mürahhaslar beyninde kat'î bir anlaşma temin edilip muahede imza olunmadıkça, kaydı ihtiraziyi yapan tarafın bundan sarfı nazar etmesi melhuzdur. Tarafeynce tesbit olunan hak ve vecibeler, muahede metninde saraheten yazılı bulunan hak ve vecibelerdir. Bunun haricinde, müzakerat esnasında ileri sürülen fikir ve mütalâaların bir kıymeti yoktur. Diplomatik bir içtimada serd olunan mülâhazat, hiç şüphe yok ki, muayyen bir haleti fikriyeyi gösterir; lâkin bunlar muahedede gerek madde gerekse kuyudu ihtiraziye şeklinde yer almadıkca, âkit taraflar için bir hüküm ifade etmezler. Ve yine, parlâmentoda, muahedenin tasdiki sırasında yapılan beyanat, kaydı ihtirazî şeklinde diğer âkit tarafa resmen bildirilmedikce, muahedeye tesir icra etmez.

Bir çok taraflı muahedelerde, imza esnasında yapılan ihtirazî kayıtların, müzakerat sırasında bildirilmesi ve yukarıda izah ettiğimiz vechile, alâkadar mürahhassın imzası yanına veya ayrı bir protokola derc olunması en muvafık şekildir. Müzakerat esnasında hiç bahs edilmeyip, imza ânında dermeyan olunan kuyudu ihtiraziye, diplomatik usule uygun değildir. Diğer âkit tarafların, böyle bir vaziyet karşısında, muahedeyi imza veya tasdik etmekten sarfı nazar etmeleri pek muhtemeldir.

***

968

13 — Umumiyetle, muahedenin müştereken imzası sırasında yapılan kaydı ihtirazî tasdiknameye aynen derc olunmaktadır. Lâkin, buna mutlaka lüzum yoktur. Devletin bir kaydı ihtirazî dermeyan etmek arzusu sureti kat'iyede tebeyyün ettiği ve bundan alâkadar diğer Devletler resmen haberdar edildikleri takdirde, kaydı ihtirazî hükümünü icra eder. Kaydı ihtiraziden sarfı nazar edilmesi, yine aynı usul dairesinde yapılır.

*
* *

V

14 — Kaydı ihtirazînin muteberliği hakkında yukarıda izah ettiğimiz şekle ait şartlarlardan başka, bir de esasına müteallik bir şart vardır ki, o da, kaydı ihtirazinin diğer âkit Devlet tarafından kabulüdür.

Bir az evvel anlattığımız vechile, kaydi ihtirazî, muahedenin hukukî mana ve şümulünü tadil etmekte ve bu sebeple, ahdî bir hüküm mahiyetini iktisab eylemektedir. Bu itibarla, âkit Devletlerden yalnız birisinin arzusu ile muahedeye ithaline imkân yoktur. Diğer tarafın rızası olmadıkca, kaydı ihtirazî o taraf için bir vecibe teşkil edemez. Kaydı ihtirazî, Devlet makamatı tarafından alınan bir hâkimiyet kararı olmayıp, muahade akti sırasında veya bilâhere, taraflardan birinin muahedeye ithal etmek istediği hususî bir hükümdür. Müzakere sırasında, her mürahhas, diğer tarafa herhangi bir formül veya kaydı ihtirazî teklif etmek hakkını haizdir. Lâkin bu hak kat'î olmayıp, diğer tarafın bu teklifleri kabul edip etmemek hakkı ile mukayyettir.

Kaydı ihtirazî, diğer âkit tarafa yapılan yeni bir teklif mahiyetini haizdir. Mezkûr taraf, bunu kabul ettiği takdirde, yeni bir hüküm muahedeye ilâve olunmuş, demektir; kabul etmediği takdirde, bu suretle husule gelen ihtilaf dolayısile, muahede münakit sayılamaz; kaydı ihtirazîyi yapan Devlet, bu vaziyet üzerine, teklifini geri çekerse, mesele kalmaz. Hülâsa, kaydı ihtirazînin muteber olabilmesi, diğer tarafın muvafakatına vabestedir.

İki taraflı muahedeler hakkında gayri kabili münakaşa olan işbu kaide, bir çok taraflı muahedelerde mutlak olarak caridir. Her muahede, hak ve vecibeler beyninde temin olunan bir nevi müvazene mecmuu, mütekabil feragat neticesinde husule gelen hukukî bir kül teşkil eder. Taraflardan biri, diğer tarafın mukabil tavizatına karşı, müddeiyatından bazılarından feragat etmiştir. Âkitlerin miktarı yük-

seldikce, mevcud menfaatlar beyninde bir ahenk temini için, mütekabil tavizat ve feragat lüzumu kendisini daha ziyade hisettirir. Bu sebepledirki, bir çok taraflı muahedeler, her âkit Devlet «desiderata»'larını tamamen tatmin etmekten çok defa pek uzak kalır. Âkit Devletler, husule gelen ahengi bozmamak için, böyle bir feragata katlanmak lüzumunu duymaktadırlar.

Diğer tarafdan, bir Devlet, herhangi bir muahedeye iltihak ederken kaydı ihtirazî dermeyan etmekle, diğer âkit Devletlere nisbeten daha mümtaz bir mevki ihraz etmiş olmaktadir; zira, bu Devletler, aralarında itilâf zemini temin için bir çok cihetten feragat yapmak mecburiyetinde kalmışlar, bilâhare iltihak eden Devlet ise, vaziyeti iyi tarttıkdan sonra, menâfiine mugayir olan ahkâmı red, olmayanı kabul etmiştir. Diğer âkit Devletlerin rızası olmaksızın, bu suretle bir muahedeye iltihak etmek mümkün olsaydı, bu Devletlerin menafii geniş mikyasta haleldar olundu; zira, iltihak eden Devletin diğerlerine tavizat vermeksizin, şahsî müddeiyatını olduğu gibi muhafaza etmekle, muahede müvazenesini ihlal edeceği ve diğer taraftan, mevcud hükümlerin mana ve şümulünü tahdit etmek suretile muahedenin hukukî birliğini tağyir eyleyeceği şüphesizdir.

*
* *

15 — Muahedenin hukukî mana ve şümulünü herhangi bir suretle tadil etmeyen bir kaydı ihtirazî mevzuubahs olduğu takdirde, diğer tarafın buna muvafakatı şart değildir.

*
* *

16 — Ekseriya, iki taraflı muahedelerde yapılan kuyudu ihtirazıyenin diğer tarafca kabulü, ya tasdiknamelerin taadtisine müteallik vesikada, veya hususî bir protokolde, veyahut, bu hususta taati edilen notalarda kaydedilir. İki taraflı muahedelerde, kaydı hitirazî her ne zaman yapılmış olursa olsun, diğer taraf bunu kabul edip etmediğini bildirmek imkânını her vakıt haizdir. Kabul etmediği taktirde, muahede tabiatile münakit sayılamaz.

Lâkin, bir çok taraflı muahedelerde, vaziyet ayni değildir.

Diğer âkit Devletler huzurunda yapılan kaydı ihtirazî, şüphesiz ki müşkülâta meydan vermez. Kaydı ihtirazî, imza esnesında muahedenin sonuna veya ayrı bir protokolada derc ediledilir. Bu gibi ahvalde, diğer âkitler Muahedeyi bilâ itiraz imza ederlerse, me-

970

sele yoktur. Bu takdirde, vaki olan kaydı ihtirazîyi kabul etmiş addolunurlar.

Kuyudu ihtiraziye ihtiva eden tasdikname tevdii halinde, muahedeyi yedinde bulunduran Devletin, diğer âkitleri keyfiyetten haberdar etmesi lâzımdır.

Bazı ahvalde, hususî bir protokol tanzim edilerek, vaki olan kuyudu ihtiraziyenin diğer âkit Devletler tarafından kabul edilmiş olduğu tasrih olunmaktadır. Bu prosedür yeni bir diplomatik müzakerenin açılmasını ve bir nevi hususî bir muahede aktini istilzam etmektedir.

Bazan da, âkitlerden bir kaçının tasdiknamelerini tevdi etmelerini müteakip, geri kalanlardan her biri için ayrı muamele yapılmakta ve her defasında keyfiyet diğer âkitlere bildirilmektedir. İlk tasdiknamenin tevdiinde, o vakta kadar yapılmış olan kuyudu ihtiraziye ile bunların diğer taraflarca saraheten veya zımnen kubul edilip edilmemiş oldukları tasrih edilmektedir. Lâkin, bilâhare Muahedeye iltihak eden Devletler tarafından yapılan kuyudu ihtiraziyenin, muahedeyi akdetmiş olan Devletler tarafından kabulü müşkülati daî bulunmaktadır. Buna meydan vermemek için, bilâhare vaki olan her kaydı ihtirazî hakkında, bilûmum âkitlerin mütalâası istihsal olunmakta ve muvafakatları hususî bir vasika ile tesbit edilmektedir. Oldukca zahmeti icab ettiren böyle bir prosedür kabul edilmediği takdirde, sonradan yapılan kuyudu ihtiraziyeyi ilk âkitlerin sükütla karşılamalarının ne suretle tefsir edileceği meselesi mevzuubahis olabilir. 1907 tarihli Lâhey muahedelerine ilâve olunan kuyudu ihtiraziye, bazı âkitler tarafından zımnen kabul edilmiş ve diğer bazılarının da itiraz etmemeleri, muvafakat ettikleri şeklinde tefsir olunmuştur.

Bu prosedür, bir çok taraflı muahedelerin ekserisine de kabili tatbiktir. Bu kabil muahedelerde, ekseriya, her tasdiknamenin tevdiinde kuyudu ihtiraziye dermeyan olunmakta ve yedinde muahedenin aslını muhafaza eden Devlet, diğer âkitlere bunları sırasile bildirmektedir. Bu suretle, muahedeyi tasdik etmiş olan Devlet, yeni bir vaziyet muvacehesinde bulunmaktadır. Bu hal ise, bütün muahedenin esasına icrai tesir etmekten hâli kalmamaktadır. Kuyudu ihtiraziyenin derc ve kabulü hakkında, beynelmilel sahada sarih bir usul mevcud olmadığı cihetle, muahedelerin aktinden sonra bu kabil müşkülâta maalesef tesadüf edilegelmekledir. Devletler, arzularına göre, kaydı ihtirazîleri, muahedenin müzakeresi sırasında, veya evvelce hiç bir suretle mevzuubahs etmeden, imzası ânında, veyahut, tasdiki esnasında dermeyan etmektedirler. Ve bunun neticesinde, kuyu-

971

du ihtiraziyenin diğer Devletlerce şekli kabulü de değişmektedir; bazen, Devletler muvafakatlarını sarahaten bildirmekte, bazen de bilâ itiraz muahedeyi imza veya tasdik etmeleri, muvafakatlarına bir delil addedilmektedir.

*
* *

Bu hususiaki prosedürün tanzimi için, ilk hareket 1908 senesinde başlamıştır.

1864 Tarihli Cenevre Muahedesi prensiplerinin deniz harbine tatbikine mütedair olan Lâhey Muahedesi 29 temmuz 1899 tarihinde imzalanmış ve aynı senenin 31 kânunu evveline kadar konferansa iştirâk eden Devletlerin imzasına açık bulundurulmuştur. Muahedeyi imza edeceği sırada, İngiltere Hükûmeti, Muahedeyi yedinde bulunduran Holanda Hükûmtine, 10 uncu madde hakkında bir kaydı ihtirazî dermeyan etmek mecburiyetinde olduğunu bildirmiştir. Holanda Hükûmeti 29 temmuz tarihinden, yani Muahedenin aktinden evvel yapılan ve diğer âkitlere resmen bildirilmiş olan kuyudu ihtiraziyenin nazarı itibare alınabileceğini dermeyen ederek, mevzuubahs kaydı ihtiraziyi kabul edemeyeceğini beyan etmiş ve maamafih keyfiyetten diğer âkitleri haberdar edeceğini bildirmiştir. Diğer âkit Devletler, İngiltere tarafından yapılan yeni kaydı ihtiraziyi kabul ettikleri cihetle, muahedeyi İngiliz hükûmeti o suretle imza etmiştir.

Bir kaç sene sonra, Milletler Cemiyeti mekanizması bu meseleye bir suretihal bulmuştur.

19 Şubat 1925 tarihinde Cenevre'de imza edilen afyon mukavelesi, aynı senenin 30 Eylûl tarihine kadar diğer Devletlerin imzasına açık bulundurulmuştur. Avusturya hükûmeti mukaveleyi son gün imza etmiş ve aynı zamanda bazı kuyudu ihtirazîye serdetmiştir. Keyfiyetten diğer âkit hükûmetler haberdar edilmişlerdir. İngiltere Hükûmeti, Milletler Cemiyeti Kâtibi Umumisine müracaat ederek bu hususiaki mütalâasını bildirmiştir: İngiltere Hükûmeti Avusturya tarafından yapılan kuyudu ihtiraziyenin, uyuşturucu maddeler kaçakcılığının kontrolünü temin maksadile tanzim olunan sistemden mütevellid bazı vecibelerin ademi kabulünü ifade etmekte olduğunu ve, diğer tarafdan, diğer âkitlerin muvafakatı olmaksızın alınmış olan böyle bir kararın, mühim bir prensip meselesi teşkil ettiğini beyan etmiştir. Bu itibarla, İngiltere Hükûmeti, meselenin Konsey'e havale edilmesini ve prensip meselesinin de Hukuku Düvel'in tedricen tedvini işile meşgul bulunan mütehassıslar Komitesinde tetkikini teklif etmiştir. Avusturya Hükûmeti, yaptığı kaydı ihtirazilerin huku-

kaı muteber olmaları için, diğer âkitler tarafından tasvib edilmeleri lâzım geldiğini teslim etmiştir. İngiliz teklifi, hukukî bakımdan, meseleye enteresan bir inkişaf imkânı vermiştir.

Mevzuubahs mütehassıslar Komitesi, 15 Haziran 1927 tarihinde, M. Fromageot, Diena ve Mac—Nair'den müteşekkil tâli Komite tarafından «umumî mukavelelerde kuyudu ihtiraziye serdi» meselesi hakkında tanzim olunan raporu Konsey'e tevdi eylemiştir. İşbu raporda, komüte, bir konferansın hitamından sonra, konferans müzakeratına iştirâk etmemiş olan bir Devlet tarafından muahedenin kaydı ihtirazî ile imza edilmesi, muahedeye «iltihak» teşkil ettiğini kayd ettikten sonra, şu suretle mütalâasını bildiriyordu: «Mevzuubahs şekilde muahedeyi imza eden Devlet, muahedeyi aktetmiş olan Devletler meyanına geçmektedir. Yani, o Devletlerin kabul etmiş oldukları şeraiti, kendisi de kabul etmektedir. Lâkin muahedede tadilât yapmasına imkân yoktur, zira evvelce muahedeyi aktetmiş olan Devletlerin bu kabil tadilâta muvafakatları istihsal edilmiş değildir. Muahedenin müzakeresi sırasında, Devletlerden biri tarafından kaydı ihtirazî dermeyan olunduğu vakidir; lâkin bunun muteber olabilmesi için müzakerede bulunan diğer Devletlerce kabul edilmesi lâzımdır. Bu suretle yepılan kaydı ihtirazî, muahedenin diğer ahkâmı misillû muteber olur. «Rapor'un bir kısmından da şöyle denilmektedir. «Muahedede, müzakerata iştirâk etmemiş olan Devletlerin de muahedeye iltihak edebilecekleri hakkında bir kayd mevcud ise, bu iltihak, ancak âkitlerce tesbit edilen metin hakkında vaki olabilir. Muahedenin her hangi bir maddesi hakkında yapılan kaydı ihtirazinin muteber olabilmesi için, bunun diğer âkitler tarafından kabul edilmesi zarurîdir. Aksi taktirde, kaydı ihtirazinin hiç bir kıymeti yoktur.»

Vaki olan itirazlar üzerine, Avusturya hükûmeti, ileri sürdüğü kaydı ihtirazilerden sarfı nazar ettiğini 27-Mayıs-1926 tarihli notası ile bildirmiştir. Lâkin, prensip meselesinin ehemmiyetine binaen, Milletler Cemiyeti Konseyi, 17-Temmuz-1927 tarihinde, mevzuubahs raporun Cemiyet âzalarına tebliğine ve teknik meselelere dair istikbalde vuku bulacak konferanslarda, âkit Devletlere nazaran, muahedenin esasına halel iras etmeyecek mahiyette olan bazı kuyudu ihtiraziyenin dermeyanı mümkün görüldüğü ahvalde, 1923 tarihli Gümrük konferansında takib olunan usulün kabulünü tasviye etmeye karar vermiştir. 1923 tarihli Gümrük konferansında verilmiş olan karar şudur: Konferans esnasında serdolunan kuyudu ihtiraziye, her hangi bir itirazı mucib olmamış iseler, hususî bir Protokal'a dercolunurlar; diğer Devletler tarafından, iltihakları sırasında, muahedenin şu veya bu maddesi hakkında ileri sürülen ihtirazî kayıtlar,

973

Milletler Cemiyeti Konseyinin tasvibine iktiran ettiği taktirde, kabul edilirler.

Böyle bir cereyanın uyanmasından evvel, 1909 tarihli Londra deniz deklarasyonu ile 1919 Milletler Cemiyeti misakı gibi, bazı büyük beynelmilel muahedelerde kuyudu ihtiraziye dermeyan edilemeyeceğine dair ahkâm vazolunmuş idi; 1927 senesinden itibaren, Milletler Cemiyeti himayesi altında aktedilen siyasî ve hukukî mahiyette bir çok muahedelere, ancak muahedede musarrah bulunan kuyudu ihtiraziyenin kabul edilebileceğine dair tahdidi hükümler konmuştur. Bu suretle, muahedede tâdat edilmiş olan kuyudu ihtiraziyeden başkasının dermeyanına imkân bırakılmadığı gibi, böyle bir kaydı ihtirazî ileri sürüldüğü taktirde, âkit Devletlerin muvafakatları peşinen istihsal edilmiş olunduğuna göre, muahedeye dahil bulunan Devletlerin hukukî vaziyetleri de tayin edilmiş olmaktadır.

1928 Senesinde Havana'da toplanmış olan altıncı Beynelmilel Amerika Konferansı da, Hukuku Düvel'in tedvini işile meşgul bulunduğu sıralarda, kaydı ihtirazinin muteber olabilmesi için diğer tarafın rızasının istihsal edilmiş olması lâzım geldiğine dair bir hüküm kabul etmiştir; diğer taraf muvafakatını, sarahaten değil de, sureti hareketi ile izhar etmiş ise, kaydı ihtirazî zimnen kabul edilmiş sayılmaktadır. Bütün bunlar, 1927-28 senelerinde, kuyudu ihtiraziyenin suiistimal edilmesine karşı, en mühim siyasî ve hukukî muhitlerde bir reaksiyon mevcud olduğunu ve ihtirazî kayıtların mümkün mertebe tahdidine çalışıldığını göstermektedir.

Avusturya meselesinde, Milletler Cemiyeti Konseyinin hattı hareketi, az zamanda semeresini göstermekten hali kalmamıştır. 17 Haziran-1927 tarihli karar, yalnız teknik mahiyette olan muahedeleri nazarı itibare almakta ve Konsey'i kaydı ihtirazî kabul edip etmemekte serbest bırakmaktadır. Bu formül, yalnız teknik mahiyette olan muahedeleri alâkadar edip, umumiyetle daha mühim olan diğer muahedelere şamil olmaması itibarile, tabiatile nâtamam sayılmakta ve, diğer taraftan, mesele ile alâkadar bulunan âkit Devletlere, müşkülâtın bertaraf edilmesi işini tahmil etmediği cihetle, hukukî bakımdan, tenkide müsait bir formül addolunmaktadır. Lâkin, 17-Haziran tarihli karar ile tesbit edilmiş olan haizi ehemmiyet bir nokta varsa, o da, kuyudu ihtiraziye dahil olmak üzere, muahedeler akti hususunda bir ana prensipin esas tutulması ve her hangi bir ahdî hükmün tarafeynce kabul edilmiş bulunması lüzumunun vazedilmiş olmasıdır.

Az zaman sonra, Milletler Cemiyeti, âkit Devletlerle bilistişare, Cenevre'de tanzim olunan muahedeler hakkında dermeyan olunan

974

kuyudu ihtiraziyenin diğer alâkadarlara ne suretle tebliğ edileceğine dair bir prosedür tesbitine çalışmıştır. 1927 senesi nihayetinde başlayan bu hareket, zamanla inkişaf ederek, üç merhale geçirmiştir.

İlk önce, ithalât ve ihracat hakkındaki takyidatın feshine dair olan Cenevrede münakit 8 T. sani 1927 tarihli mukavele ile, âkit Devletler mümessillerinin, istişare etmek üzere, içtima etmeden kararlaştırılmıştır.

Bilâhare, âkitlerin yeniden içtimaını icabettirdiği cihetle pek pratik görülmeyen bu usul yerine, Milletler Cemiyeti Kâtibi Umumisi vasıtasile yapılmak üzere, tahrirî istişare usulü kabul edilmiştir: Bu usule göre, muahedeyi tasdik veya muahedeye iltihak eden bütün Devletler, itirazlarını bildirmeye davet olunmakta ve vaki olan ihtirazî kayıtlara, altı ay zarfında itiraz etmedikleri taktirde, bunları kabul etmiş sayılmaktadırlar. Bu zımnî kabul usulü, iktisadî istatistikler mukavelesi (Cenevre 14-Kânunuevvel-1928, madde 17) ve kalpazanlığın tenkiline müteallik mukavele (Cenevre, 20 Nisan-1929, madde 22) hakkında tatbik edilmiştir. Bu usul diğerine mürecceahtır: Zira, âkit taraflardan her birine, arzu ettiği taktirde, kuyudu ihtiraziye muhalefetini birdirmesine imkâm vermekte ve, diğer taraftan da, her hangi bir Devletin uzun müddet muvafakatını birdirmemesi neticesinde vaki olabilecek tereddüdü izale eylemektedir.

Nihayet, terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki 16 teşrinisani 1937 tarihli Cenevre mukavelesine (madde 23) daha güzel bir formül derc olunmuştur. Bu formül, yukarıda bahsettiğimiz formülün başlıca hususiyetlerini ihtiva etmektedir: bir taraftan, kaydı ihtirazî dolayısile âkitler ararsında istişare lûzumu vazolunmuş, diğer tarafdan da, altı ay zarfında bir itiraz serd etmeyen Devletin, zımnen muvafakat etmiş addolunacağı kaydı ilâve edilmiştir. Bundan mâada, bu formülde pek enteresan olan iki yenilik göze çarpmaktadır.

1) — Kaydı ihtirazî mukavelenin meriyete girdiği tarihten itibaren üç sene zarfında dermeyan edilmiş ise, muahedeyi **imza etmiş olan** bütün Devletler istişareye davet olunmaktadırlar;

2) — Kaydı ihtirazî bu mühletin hitamından sonra serd edildiği ahvalde ise, yalnız **muahedeyi tasdik veya muahedeye iltihak etmiş olan** yani asıl âkit Devletler istişareye çağırılmaktadırlar. Bu yeni formül, muahedenin asıl âkitleri ile muahedeyi yalnız imza etmiş olan Devletlere istişare imkânı vermektedir. Ayni zamanda, muahedeyi uzun müddet tasdik etmemek suretile, muahede ile alâkasının zayıflamış olduğunu göstermiş olan bir âkidin, üçüncü bir Devletin muahedeye iltihakına mani olmak için, haksız bir (veto) ver-

475

mesini imkânsız kılmaktadır. Ve nihayet, 1937 senesinde kabul edilen mevzuubahs formül, muayyen müddet zarfında itiraz vaki olduğu taktirde, Milletler Cemiyeti kâtibi umumisinin keyfiyetten, kaydı ihtirazî yapmak isteyen Devleti haberdar ederek, mukaveleyi ne suretle tasdik edeceğini bildirmesini isteyeceğini âmir bulunmaktadır.

Hülâsa olarak denilebilirki, Milletler Cemiyeti, son senelerde, bir çok taraflı muahedelerde yapılan kaydı ihtirazilerin hukukî vaziyetini tayin etmek imkânını veren yeni bir metod tanzim eylemiştir. Bu hususta, ilk zamanlarda görülen ademi sarahat yavaş yavaş zail olmaktadır. Bu itibarla, istikbalde akdedilecek, bir çok taraflı muahedelere, hususî bir hüküm vazedilmesi pek muvafık olur.

VI

18 — Kaydı ihtirazînin hukukî kıymeti ve âkit taraflar için vacibülicra bir hüküm mahiyetini alması, yukarıda tetkik ettiğimiz şekle ve esasa müteallik şartları alâkadar eden şu iki notanın yerine getirilmiş olmasına vabestedir:

a) Âkitlerden biri tarafından kaydı ihtirazînin bildirilmiş olması;

b) Bunun, diğer tarfca kabulü.

Kaydı ihtirazî — herhangi bir ahdî hüküm gibi — bir teklif ile bu teklifin kabulünden husule gelen bir anlaşmadır. Teklif hakkında hiç bir müşkülât mevcud değildir: bunun usulü dairesinde yapılması kâfidir. Lâkin, muahedelerin esasına müteallik bir şart olan «kabul», yukarıda da gördüğümüz vechile, ayni vuzuh ve sarahetle tezahür etmemektedir.

*
* *

19 — İki taraflı muahedelerde, aşağıdaki şekiller dairesinde kabul edilmiş olan kaydı ihtirazî, hukuken muteber addolunur:

1) Kaydı ihtirazînin kabul edilmiş olduğu, tasdikname veya hususî bir protokol ile veyahut nota taatisi suretile, saraheten bildirilmiş ise;

2) Diğer taraf muahedeyi tasdik etmek suretile, kaydı ihtirazîyi zımnen kabul etmiş ise.

*
* *

20 — Bir çok taraflı muahedelerde, muahedenin bir maddesi ile takip olunacak prosedür tayin edilmiş olduğu taktirde, o şekil dai-

976

resinde yapılan «kabul» muteberdir. Lâkin böyle bir madde mevcud olmadığı ahvalde — 1927 senesinden evvel akdedilen muahedelerin ekserisinde olduğu gibi — ihtilâf zuhuru pek muhtemeldir.

Bir çok taraflı muahedelerde serd olunan kuyudu ihtiraziyenin hukukî kıymetini tesbite çalışırken, bu iki ihtimalı göz önünde bulundurmak iktiza eder. Lâkin, evvelemirde, bir çok taraflı muahedelerde mevzuubahs olan diğer bazı hukukî meseleleri halletmek lâzımdır. Bu meseleler:

1) Kaydı ihtirazînin diğer alâkadar taraflara tebliği lüzumuna;

2) İşbu alâkadar tarafların tayinine;

3) Bunların hangi şekiller dairesinde muvafakatlarını bildireceklerine, taallûk etmektedir.

*
* *

21 — Kaydı ihtirazî yeni bir teklif teşkil ettiği cihetle, kabul edip etmediğini bildirmesi için, bunun diğer tarafa resmen tebliği icap etmektedir.

Evvelce ihbar edilerek, muahedenin müştereken imzası sırasında serd olunan kaydı ihtirazî, bu suretle, gerek iki ve gerek bir çok taraflı muahedelerde olsun, diğer taraflara resmen bildirilmiş addolunur. Lâkin kaydı ihtirazî muahedenin imzasından sonra dermeyan edilmiş ise, vaziyet ayni değildir: iki taraflı muahedelerde, kaydı ihtirazîyi yapan Devletin, keyfiyetten diğer Devleti resmen haberdar etmesi, bir çok taraflı muahedelerde de, tasdiknameler kendisine tevdi olunan organın bütün alâkadarlara kaydı ihtirazîyi bildirmesi lâzımdır.

Diğer âkit tarafa tebliğ olunmayan ihtirazî kaydın hiç bir kıymeti yoktur. Böyle bir kaydı ihtirazî, bir teklif mahiyetinde bile sayılamaz.

*
* *

22 — Kaydı ihtirazînin, muahedeyi **imza etmiş olan** bütün Devletlere mi, yoksa, yalnız muahedeyi tasdik etmiş veya kaydı ihtirazî yapıldığı sırada muahedeye iltihak etmiş bulunan, yani, **tam manasile, âkit Devletlere** mi tebliği icap eder ?

Muahedeyi henüz tasdik etmemiş olan bir Devletin, herhangi bir kaydı ihtirazîyi tasdik etmiş bulunan diğer âkitler muvafakat ettikleri halde, kendisinin itiraz eylemesine imkân yoktur. Tasdik etmemekle, muahedeyle pek alâkadar olmadığını gösteren böyle bir Devlet, muahedenin meriyete girmesini arzu eden Devletler menafii aleyhine hareket etmiş olur. Yukarıda izah ettiğimiz formüller, böyle bir ihtimali bertaraf etmeye matuf bulunmaktadırlar. Bu formüller, 1928 senesinden beri Milletler Cemiyeti himayesi altında tanzim olunan muahedelerde yer bulmuşlardır. Bunların ihtiva ettikleri ahkâm mucibince, muahedeyi tasdik etmiş veya muahedeye sureti kat'iyede iltihak eylemiş olan Devletlere, kaydı ihtirazî bildirilir. Cenevre'de 16 teşrinisani 1937 tarihinde imza edilen terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki mukavele dolayısile bilâhare kabul edilen bir hüküm mucibince de, kaydı ihtirazî, muahedenin meriyete girdiği tarihden itibaren üç sene mürur ettiği halde muahedeyi tasdik etmemiş olan Devletler hariç olmak üzere, muahedeye vazi-ülimza bulunan bütün Devletlere bildirilir. Lâkin — bir çok taraflı muahedelerin ekserisinde olduğu gibi — böyle bir hüküm mevcud olmadığı takdirde, muahedeyi imza etmiş olan Devletlerin cümlesine kaydı ihtirazîyi bildirmek zarureti vardır. Şüphe yok ki, muahedeyi uzun müddet tasdik etmemiş olan Devlet, işbu muahedede yapılan tadilât hakkında beyani fikir etmek için lâzım gelen manevî ve hattâ siyasî otoritesini kaybeder. Lâkin, muahedeyi tasdik etmemiş olması, hukukunun sukutunu icab ettirmez. Muahedenin muayyen mühlet içinde tasdik edilmemesi muahededen müteveliid hukukun sukutunu icab ettireceği muahedede musarrah değil ise, manevî ve siyasî bakımdan o Devletin bulunduğu meşkûk vaziyet, muahedeyi bilâhare tasdik ederek, sureti kat'iyede «âkit Devletler» meyanına geçmesi için bir mani teşkil etmemesi lâzım gelir. İki taraflı muahedelerde, kaydı ihtirazî ancak diğer tarafa bildirilir. Bu Devletin muahedeyi henüz tasdik etmemiş olması, vaziyeti değiştirmez. Böyle olduğuna göre, bir çok taraflı muahedelerde, neden ancak muahedeyi tasdik etmiş olan Devletlere kaydı ihtirazînin tebliği icab ettiği suali hatıra gelmektedir. İki taraflı muahedelerde, muahedeyi yalnız imza etmiş olan Devlet, kaydı ihtirazîyi kabul veya red'etmek hakkını haiz olsun da, ayni kaide bir çok taraflı muahedelerde neden tatbik edilmesin?

Demek oluyor ki, — aksi tasrih edilmiş bulunmadıkça — kaydı ihtirazînin muahedeyi **imza etmiş olan** bütün Devletlere bildirilmesi lâzımdır. Kaydı ihtirazînin yapıldığı sıralarda muahedeye iltihak etmiş olan Devletlere dahi keyfiyetin iş'ari icab eder; zira bu

Devletlerin de, hukukî vaziyetleri vaziülimza Devletlerin vaziyetine müşabihtir.

*
* *

Bu meseleyi bu suretle hallettikten sonra, ayni ehemmiyeti haiz olan diğer bir meseleye geçelim: Kaydi ihtirazînin müteber olabilmesi için, muahedeyi imza etmiş olan bütün âkitlerin muvafakati şartmıdır ? Daha sarih olmak için, şöyle diyelim: A, B, C ve D bir muahede imza etmişler, muahedeye bilâhare iltihak eden N bir kaydı ihtirazî dermeyan eylemiştir. Bu kaydı ihtirazîyi A, B ve C kabul eylemişler, D red etmiştir. Bu vaziyete nazaran, kaydı ihtirazîsinden sarfı nazar etmediği taktirde, N muahede haricinde mi kalacaktır, yoksa A, B, C ve D beyninde kaydı ihtirazîsiz bir muahede ve A ile N, B ile N ve C ile N arasında mevzuubahs kaydı ihtirazîyi ihtiva eden diğer bir muahedenin mevcud olduğuna mı hükmedeceğiz ?

Bu cihetin, atide akdedilecek muahedelerde saraheten tayin edilmesi şayanı temennidir. Böyle bir hüküm ihtivaeden bazı muahedelerde, kaydı ihtirazînin muteber olabilmesi için, **bilûmum** âkitlerin muvafakatının istihsal edilmiş olması lüzumu tasrih olunmuştur. Maamafih, istisnaî bir halde, âkitlerin, muahedenin hususî mahiyetine, binaen başka bir kaide kabul etmeleri de mümkündür.

Bugün cari olan usule göre, âkidlerin cümlesinin rızası lâzım gelmektedir. Herhangi bir muahede, hukukî bir kül, âkitlerin kabul ettikleri muhtelif hak ve vecibeler beyninde bir ahenk teşkil etmekte ve muahede ahkâmının müvazenesi bu suretle temin olunmaktadır. Kuyudu ihtiraziyenin kabulü ile, bu rejimin bir dereceye kadar tadile uğrayacağı şüphesizdir.

*
* *

Bir çok taraflı muahede de, âkit Devletler, herhangi bir kaydı ihtirazînin muahedeye ithaline sarahaten veya zımnen muvafakat edebilirler.

Muvafakatın sarih sayılabilmesi için, tasdiknameye veya hususî bir protokola lâzım gelen kaydın yapılması iktiza eder. Bu şekil nadiren tatbik edilmektedir; zira, âkitlerin cümlesinin ayni günde tasdiknamelerini tevdi eylemeleri lâzımdır.

Kaydı ihtirazîden resmen haberdar edildikten sonra, muahedeyi tasdik veya, ayni şartlar dahilinde, muahedeye iltihak etmiş olan Devlet, zımnen muvafakatını vermiş sayılır.

979

Lâkin, muahedeyi tasdik veya muahedeye iltihak etmiş olupda, kaydı ihtirazînin resmen tebliği üzerine leh veya aleyhde hiç bir mütalâa serd etmeyen Devletin vaziyeti hukukiyesi nedir ? Muahedeyi yalnız imza etmiş bulunan ve fakat kaydı ihtirazî hakkında fikrini bildirmemiş olan Devletin vaziyeti nedir ? Hiç şüphe yok ki, kaydı ihtirazîyi sükûtla karşılayan ve mevzuubahs kaydı ihtirazî aleyhinde hareket etmeyen asıl âkit Devlet, (yani muahedeyi tasdik veya muahedeye iltihak etmiş olan Devlet) muvafakat etmiş sayılır. Bu hususta yapılan tebligatta, muayyen mühlet zarfında itiraz vaki olmadığı takdirde, muvafakatın istihsal edilmiş olduğuna hükmedileceği musarrah ise, tabiatile mesele yoktur. Muahedeyi yalnız imza etmiş bulunan Devletler için de, vaziyet aynıdır.

Maamafih bazı ahvalde, bu tahminlerin tamamen haricinde kalan vaziyetler hudus etmektedir. Bu itibarla, bahsettiğimiz mesele hakkında kat'î bir kriter kabul etmeye imkân yoktur. Her muahede ayrı olarak tetkik edilmeli ve âkitlerin muvafakatlarını ne suretle bildirmeleri lâzım geldiği tesbit olunmalıdır. Lâkin, ekseri ahvalde, kaydı ihtirazînin sükûtla karşılanması, muvafakat edildiğine delâlet temektedir. Kaydı ihtirazîyi kabul etmek istemeyen Devletlerin, itiraz edecekleri tabiîdir. İtiraz vaki olmadığı takdirde, muvafakat ettiklerine hükmetmek pek de yanlış bir düşünüş olmaz. Maamafih tatbikatta makul görünen bu düşünüş tarzı, meseleyi prensip bakımından mütalâa edince, bizi tatmin etmemektedir. Ve bu sebeplerdirki, istikbalde aktedilecek muahedelere, bu hususta sarih hükümler derc etmek muvafık olur.

***

24 — Son zamanlarda akdedilen bazı muahedelere kuyudu ihtiraziye hakkında vazedilmiş olan ahkâmın şu suretle tasnifi mümkündür:

1) Herhangi bir kaydı ihtirazînin dercini derpiş etmeyen ahkâm;

2) Her türlü kuyudu ihtiraziyenin kabulünü derpiş eden ahkâm;

3) Muayyen kuyudu ihtiraziyenin kabul edilebileceğini tasrih eden ahkâm;

4) Vaki olan bir kaydı ihtirazînin diğer âkitlerin, muayyen mühlet zarfında itirazını mucib olmadığı takdirde, muteber addedileceğini musarah bulunan ahkâm.

Bu ahkâmın her biri, kuyudu ihtiraziyenin, her defasında, ne suretle serd ve kabul edileceğini sarahaten tayin etmektedir. Ve bu hükümlerin ekserisi, beynelmilel muahedatın hukukî rejiminin tan-

980

zimi ihtiyacını icabında karşılamaktadır.

Zikrettiğimiz formüllerden hangisinin daha muvafık olduğunu tayin etmek, oldukca nazik bir iştir. Birinci formül, fazla kat'î olması hasebile, nadiren tatbik edilmektedir. İkincisi, bütün kuyudu ihtiraziyenin kabulünü derpiş ettiğinden, muahedelere her türlü ihtirazî kayıtların dercine imkân vermesi dolayısiyle; mahzurludur. Üçüncü ve dördüncü formüller, diğerlerine nisbeten, daha şayanı tavsiyedirler: Ne fazla kat'î ve ne de fazla müsamahakâr olmadıkları gibi, âkitlerin makul addettikleri kaydı ihtirazilerin dercine imkân vermekte ve Devletlerin hukukî vaziyetlerini sarahaten tesbit eylemektedirler. Üçüncü formül, daha ziyade teknik mahiyette olan muahedelere, dördüncüsü ise, haiz olduğu «souplesse»e binaen, bilhassa siyasî muahedelere kabili tatbiktir.

*
* *

25 — Bir çok taraflı muahedelerin ekserisinde, kuyudu ihtiraziyenin derc ve kabulü hakkında hususî bir hüküm mevcud değildir. Yukarıda da gördüğümüz gibi, kaydı ihtirazî usulü daidesinde ve tahriren yapılmalı ve diğer âkit Devletlere resmen bildirilmelidir. Yine izah ettiğimiz vechile, kuyudu ihtiraziyenin kabulü ya sarahaten veya zımnen yapılır. Şimdi, bu hususta hangi kaidelerin tatbiki lâzım geldiğini tesbite çalışalım. Bu itibarla, ihtirazî kayıtları, dermeyan edildikleri zamanı nazarı itibare alarak, ayrı ayrı tetkik etmek muvafık olur.

*
* *

26 — Kaydı ihtirazî, muahedenin müştereken imzası anında serdedildiği ahvalde, diğer alâkadar Devletler yeni vaziyeti mütalâa eylemek ve icab ederse, muahedeyi imza etmemek imkânını haizdirler. Binaenaleyh, muahedeyi bilâitiraz imza eden Devletlerin, kaydı itiraziyi zımnen kabul ettiklerine hükmeylemek doğru olur.

Bu taktirde, kaydı ihtirazî Muahede metnine dahil olmuş addedilir. Bundan şu neticeleri istihrac edebiliriz:

I) Vaziülimza bulunan Tarafların veya Muahedeye bilâhara iltihak etmiş olan Devletlerin Muahedeyi tasdik etmeleri, Muahede ile birlikte kaydı ihtirazîyi de kabul ettiklerine delalet eder;

2) Kaydı ihtirazîyi serd eden Devletin, Muahedeyi tasdik ederken kaydı ihtirazîyi tekrar etmesine lüzum yoktur.;

981

3) Muahedenin tastike tâbi tutulmayacağı Muahedede musarrah ise, yapılan kaydı ihtirazî (ipso facto) Muahede hükmü mahiyetini iktisab eder.

Muahedeyi imza etmiş bulunan Devletlerden biri kaydı ihtirazîyi reddettiği takdirde, kaydı ihtirazîyi yapan Devletin, bundan sarfı nazar etmedikce akitler meyanına geçmesine imkân yoktur.

*
* *

27 — Muayyen bir zaman için veya ilânihaye imzaya açık bulundurulan bir Muahede tasavvur edelim. Böyle bir Muahedeyi kaydı ihtirazî ile imza eden üçüncü bir Devletin vaziyeti, imza tastike muallak ise, muahedeye iltihak eden Devletin vaziyetine müşabihtir.

Muahedeyi tanzim eden Devletlerin, muahedeyi imzaya açık bulundurmakla, muahedeyi olduğu şekilde, yani bilakaydü şart, imza eden Devletleri de kendileri gibi muahedeyi ilk imza etmiş bulunan Devletler meyanına ithal etmek istedikleri şüphesizdir. Lâkin, ekseriya vaziyet öyle değildir. Hakikatı halde, üçüncü bir Devlet muahedeyi imza ettiği sırada, muahedeyi evvelce imza etmiş bulunan bir grup Devlet mevcuddur ve aradan hayli zaman geçmiştir. Ve bu uçüncü Devlet, muahedeyi imza ederken kuyudu ihtirazîye serd ettiği taktirde, bu grupa dahil âkitlerin vaziyeti muahedenin müştereken imzası sırasındaki vaziyete nisbeten, tabiatile başkadır. mütalâalarını bildirmeleri için, bu Devletlerin ihtirazî kayıtlardan resmen haberdar edilmeleri icab eder.

Bilahire «tasdikedilmesi kaydile» muahedeyi imza eden üçüncü Devletin, muahedeye iltihak eden Devletler misillû, muahedeyi olduğu şekilde kabul etmesi lâzımdır. Aksi taktirde, muahedeyi ilk imza eden Devletler gibi, muahedenin müştereken imzası sırasında yapılan bir kaydı ihtirazîye muhalefet etmek hakkını haiz olması iktiza eder ki, buna da imkân yoktur.

Üçüncü bir Devlet tarafından serd olunan kuyudu ihtirazîyenin kabulünü, «tasdik edilmesi kaydile» muahedeyi imza etmiş olan âkitlerin muvafakatına vabeste kılmak da doğru olmaz. muahedeyi «tasdik edilmesi kaydile» sonradan imza eden Devletlerin vaziyeti üçüncü bir Devlet tarafından evvelce yapılan kuyudu ihtiraziyeden malûmattar olmaları hasebile, muahedeye bilâhire iltihak eden Devletlerin vaziyetine müşabihtir.

Binaenaleyh, «tasdik edilmesi kaydile» muahedeyi imza eden Devletler tarafından dermeyan olunan kuyudu ihtiraziyenin hukukî

987

veçhesi, muahedeye iltihak sırasında yapılan kuyudu ihtiraziyeninkinin aynidir.

*
* *

28 — Tasdik esnasında ileri sürülen kaydı ihtirazî, muahedeyi imza veya tasdik veyahut muahedeye iltihak etmiş bulunan Devletlerin muvafakatını istihsal eylemiş ise, muteberdir.

Kaydı ihtirazînin muahedeye derci, asıl âkitler ile muahedeyi yalnız imza etmiş bulunan Devletlerin menafiini tabiatile haleldar eder. Bu vaziyete nazaran, feragat yapmak, bu Devletlere değil, bilanare muahedeye iştirak etmek isteyen Devlete raci olması gerektir. Yaptığı kaydı ihtirazî diğer taraflarca kabul edilmediği taktırde, bu Devletin ya kaydı ihtiraziden sarfı nazar etmesi veya muahedeye girmekten vaz geçmesi lâzım gelir.

Kaydı ihtirazî resmen kendilerine tebliğ edildikten sonra, âkitler muvafakatlarını ya sarahaten veya zimnen bildirebilirler. Kaydı ihtirazînin yapıldığı tarihden sonra Muahedeyi tasdik eden veya uzun bir müddet itiraz etmeyen taraf, zimnen muvafakat etmiş sayılır.

Âkitler tarafından kabul edilen kaydı ihtirazî, muahedeye, diğer ahkâm misillû, ithal olunur. Ve bu suretle itmam edilen muahededir ki, bilâhere muahedeye iltihak etmek isteyen üçüncü Devletlerle, kaydı ihtirazîyi yapmış olan Devlet beyninde ki münasebatta cari olur. İltihak eden bu üçüncü Devletler mevzuubahs kaydı ihtiraziyi kabul etmiş sayılırlar; itiraz ettikleri taktirde, muahedeye dahil olmaktan sarfı nazar etmeleri iktiza eder.

*
* *

29 — Üçüncü Devletlerin imzasına açık bulundurulan bir muahedenin tasdiki sırasında, bir Devletin kaydı ihtirazî serd etmesi ne gibi bir vaziyeti hukukiye ihdas eder? Bu gibi ahvalde, muahedenin tasdiki ânında vaki olan kaydı ihtirazînin muteberliği hakkında kabul edilen kaidenin tebdili için bir sebep yoktur: böyle bir ihtirazî kayıt, tasdik tarihinde, muahedeyi imza veya tasdik etmiş bulunan âkitlerin cümlesinin muvafakatını istihsal ettiği taktirde, muteber sayılır.

Bazı Devletlerin, Muahedeyi, «tasdik edilmesi kaydile» muayyen bir müddet zarfında imza etmiş olmaları, bu Devletlere, kendilerinin Muahedeyi imza etmelerinden evvel, diğer bir Devlet tarafından yapılmış olan kuyudu ihtiraziye'ye muhalefet hakkı vermez. «Tasdik

983

edilmesi kaydile» prosedürünü mütalâa ederken, imza sırasında vaki olan kuyudu ihtiraziye hakkında yukarıda umumî mahiyette olarak izah ettiğimiz sebepler burada da kabili dermeyandır. Muahedeye iltihaka davet olunan Devletler, Muahedeyi imza etmedikce Muahedeye yabancı addolunurlar, ve bunların sureti hareketi daha evvel iltihak eden Devletler için bir mâmi teşkil etmez.

*
* *

30 — Muahedeye iltihak sırasında yapılan kuyudu ihtiraziye ile tasdik ânında vaki olan kuyudu ihtiraziye beyninde bir çok müşabehetler mevcudur. Her ikisi de, Muahedenin müştereken imzasından sonra dermeyan edilirler. Tasdik esnasında yapılan kaydı ihtirazî hakkında olduğu gibi, iltihak tarihinden Muahedeyi imza veya tasdik etmiş veya Muahedeye iltihak eylemiş bulunan bilûmum Devletlerin de, iltihak sırasında serd olunan kaydı ihtirazîden haberdar edilmeleri iktiza eder.

*
* *

VII

31 — Muahedeye derc olunan her hangi bir kaydı ihtirazî, ekseriyetle tahdidî ve pek nadiren tevsiî mahiyette bir hüküm teşkil eder. Muahede metni, kaydı ihtirazînin kabulü sebebile, maddeten her hangi bir tâdile uğramış değildir. Yalnız, Muahedeye yeni bir hükün ilâve olunmuştur; şu kadar var ki, bu hükme ne şekil verilirse verilsin, Muahedenin bazı ahkâmının mâna ve şumulünün bu suretle değişmiş olduğu muhakkaktir.

*
* *

32 — İki taraflı Muahedelerde, kaydı ihtirazîden mütevellid netayici hukukiyenin tayini basittir: kabul edildiği andan itibaren, kaydı ihtirazî yeni bir hüküm olarak Muahedeye girer; kabul edilmediği taktirde ise, iki taraf beyninde ittifak olmaması hasebile, Muahedenin aktine tabiatile imkân kalmaz.

*
* *

33 — Bir çok taraflı Muahedelerde, kaydı ihtirazîden doğan neticeler daha mütenevvidir.

Her hangi bir Devlet, kaydı ihtirazîyi ileri sürmekle, sureti hus-

usiyede ancka kendisini alâkadar eden bir vaziyet ihdas etmektedir; kaydı ihtirazînin kabulü üzerine, diğer âkitlerle o Devlet arasında Muahede ile husule gelmiş olan rabıta tabiatile tahavvüle uğramıştır. Kaydı ihtirazîyi yapan Devletle, kaydı ihtirazî kabul eden Devletlerin her biri beyninde yeni bir hukukî rabıta doğmuştur. Lâkin, kaydı ihtirazîyi kabul eden Devletlerin kendi aralarında olan münasebat, kaydı ihtirazî dolayısile, tebeddül etmiş değildir.

Bu prensibden çikan netice şudur: kaydı ihtirazînin diğer alâkadarlar tarafından kabulü, hususî bir vaziyeti hukukiye ihdas etmekte ve bu vaziyet, kaydı ihtirazîyi yapan Devletin diğerlerile ayrı ayrı olan münasebatına icrai tesir etmektedir. Fakat, kabul olunan kaydı ihtirazî, diğer âkitlerin kendi aralarında Muahede ile tesbit olunan rabıtayı hiç bir suretle ihlal etmemektedir. Demek oluyor ki, kaydı ihtirazînin kabulü üzerine, bir birine mümasil ve fakat hukukî şümulü başka iki Muahede meydana gelmektedir. N tarafından serd olunan ve A, B ve C tarafından kabul edilen kaydı ihtirazî, N ile A, N ile B ve N ile C arasında hususî bir rabıtai hukukiye'ye meydan vermekte, fakat A ile B, A ile C ve B ile C beynindeki hukukî münasebat olduğu gibi kalmaktadir.

*
* *

34 — Yukarıda izah ettiğimiz bu kaidenin, Muahedeye bir veya birkaç kuyudu ihtiraziyenin ithali dolayısile, Muahedenin parçalanmasını mucib olacağını iddia edecek değiliz. Şüphesiz ki, Muahedenin hukukî birliği, bir dereceye kadar, sarsılmış olur; lâkin, buna rağmen, ortada, menfaat birliği hasebile, muayyen şerait etrafında toplanmış Devletler mevcuddur.

*
* *

35 — Kaydı ihtirazî dermeyan eden Devletin, kaydı ihtiraziden neşet edecek olan avantajlardan müstefit olması tabiîdir. Kaydı ihtirazîyi kabul etmiş olan Devlet de, bilmukabele, ayni avantajları istemek hakkını haizdir. Âkit taraflardan biri, yaptığı kaydı ihtirazî dolayısile, bazı vecibelerden fariğ olmuş ise, diğer tarafın da, buna muvafakat etmekle, vaziyetten ayni suretle müstefid olması icab eder. Aksi takdirde, taraflar arasında müsavatsızlık olur ki, hukuk bakımından buna cevaz verilmez.

Mevzuubahsettiğimiz mütekabiliyet kaidesi, bir çok muahedelere sarahaten derc edilmişdir.

985

Kaydı ihtirazî tevsiî mahiyette ise, mütekabiliyet kaidesinin tatbiki zarurî değildir. Burada, Devlet, muahede ile tesbit edilen mükellefiyetlerden daha vâsi mükellefiyetler tekabbül etmektedir. Hakikatta, Devlet, millî kanunları ile bu mükellefiyetleri evvelce tayin etmiştir. Bu itibarla, yaptığı kaydı ihtirazî neticesinde, kendisine fazla bir vecibe teveccüh etmemektedir. Böyle bir kaydı ihtirazî dermeyan eden Devlet, diğer âkitlerden ayni şekilde hareket etmelerini talep edemez; zira, o takdirde, muahede ahkâmının tamamen tâdili lâzım gelir. Diğer âkitler, tevsiî mahiyette olan kaydı ihtiraziyi kabulde tabiatile müşkülât göstermezler; çünkü muahedenin esası her hangi bir suretle tâdile uğramış değildir. Böyle olmasaydı, bu Devletlerin, kaydi ihtiraziyi yapan Devletin muahedeye dahil olmasına mümaanat edeceklerinde şüphe yoktur.

*
* *

36 — Mütekabiliyet kaidesi mutlak değildir; iki istisnası vardır:

a) Kaydı ihtirazinin ihtiva ettiği hüküm, mahiyeti itibarile, ancak bir tarafı alâkadar edebilir. Meselâ, müstemlekelere müteallik bulunan ve muahedenin müstemleke, manda ve sairede tatbikini derpiş etmeyen kuyudu ihtiraziye hakkında, bu nevi topraklara sahip bulunmayan Devletler lehine olmak üzere, mütekabiliyet kaidesi cari değildir;

b) Muayyen ahvalde, âkitlerden birinin muahededе musarrah şu veya bu mükellefiyetten âzade tutulacağı, diğer âkitler beyninde kararlaştırılabir. Ve bu şekilde muahedeye, bir taraflı olmak üzere, bir kaydı ihtirazî derc edilir.

*
* *

37 — Yaptığı kaydi ihtirazî dolayısile muayyen bir mükellefiyetten muaf tutulan Devlet, diğer her hangi bir âkit Devletten bu mükellefiyetin ifasını tabiatile isteyemez. Bu hususta temin olunan muafiyet, mükellefiyetten mütevellid hakların da sukutunu icab ettirir.

Diğer âkit Devletler, mevzuubahs mükellefiyetle birbirlerile bağlı bulunmakta ve fakat kaydı ihtiraziyi yapmış olan Devlete karşı bu mükellefiyetten âzade sayılmaktadırlar.

*
* *

986

38 — Miller'e nazaran, kabul edilmiş olan kaydı ihtiraziden, diğer alâkadar Devletler de istifade edebilirler. Bu itibarle, muahedenin müştereken imzası sırasında yapılan kaydı ihtirazinin, diğer bir Devlet tarafından, muahedeyi tasdik veya muahedeye iltihak ettiği esnada, kabulüne cevaz vardır, Miller, bu düşünüşünü, her hangi bir âkit Devletin, diğerlerine nisbeten daha ağır şerait altına girmesinin doğru olmayacağı esasına istinad ettirmektedir.

Muahede akteden bir Devletin, menafiine uygun gördüğü kuyudu ihtiraziyeyi dermeyan etmesi ve bunları diğer Devletlerin red veya kabul eylemeleri tabiîdir. Diğer taraftan, kaydı ihtiraziyi yapan Devletin bu suretle kendisine temin ettiği muafiyeti, «kuyudu ihtiraziyenin mütekabiliyeti» prensipine binaen, aynen diğer âkitlere de tanıması iktiza eder, Lâkin, her hangi bir âkit tarafından muahedeye ithal olunan bir kaydı ihtirazî dolayısile, bir Devletin, işbu kaydı ihtiraziyi kabul etmiş olan diğer Devletlere karşı, kaydı ihtiraziyi yapan Devlet derecesinde bağlı bulunacağı iddia edilemez. Kabul edilen kaydı ihtirazî, bilûmum âkit Devletler beyninde muahede ile teessüs eden münasebatı tâdil etmiş ise, böyle bir iddia caiz olabilir. Lâkin yukarıda da izah ettiğimiz vechile, kaydı ihtirazî, ancak bunu teklif etmiş olan Devlet hakkında caridir; diğer âkitler beyninde kurulan hukukî münasebat aynen bâkidir.

Kaydı ihtirazinin kabulü üzerine, âkitlerden biri, kaydı ihtiraziyi yapan Devlete nazaran, daha ağır şerait altına girmiş ise, bundan ancak kendi mes'uldür. Muahedeye iltihak eden bir Devletin, âkitlerce, vaziyet hususiyesine binaen, muayyen bir Devlet hakkında kabul edilmiş olan bir hükümden istifadesine imkân yoktur. Mevzuubahs Devlet hakkında kabul edilmiş olan hüküm bir istisnadır; bundan diğer âkitlerin istifadesi caiz değildir. Şüphesiz ki, kabul olunduğu andan itibaren, kaydı ihtirazî muahedeye, diğer ahkâm misillû, dahil olur ve muahede ancak bu şekildedir ki üçüncü Devletlere arz olunur. Şu kadar varki, diğer âkitlerin buna rıza göstermeleri şarttır.

*
* *

39 — Dermeyan edilmiş olan kaydı ihtirazî bilûmum âkitler tarafından kabul olunmuş ise, bilâhare muahedeye iltihak eden Devletin, kaydı ihtiraziyî serdeylemiş olan âkide karşı bu kaydı ihtiraziyle bağlı bulunacağı tabiîdir. Muahedeye iltihak edecek olan Devlet, iltihak esnasında kaydı ihtirazinin mahiyetini ve bunu hangi Devletin ser deylemiş olduğunu bildiği cihetle, kendisi de vaziyetini ona göre

987

tayin eder. Kaydı ihtirazî âkitlerin ve bilâhare muahedeye iltihak etmiş olan Devletlerin cümlesi tarafından kabul edildiği mâlûm ise, kaydı ihtirazinin, hususî netayici hukukiye tevlid etse dahi, muahede metnine ithal olunduğu şüphesizdir. Muahedeye bilâhare iltihak etmek isteyen Devlet, ortada mevcud olan muahedeyi kabul etmeye mecbur olmadığı gibi, kaydı ihtiraziyi redetmekte de muhtardır. O Devlet için kaydı ihtirazî mahzuru dai ise, muahedeye iltihaktan sarfı nazar eder. Lâkin, muahedeye dahil olmak istediği taktirde, diğer âkitler tarafından kabul edilmiş olan kaydı ihtiraziyi kendisi de kabul etmeye mecburdur. Aksi taktirde, kaydı ihtiraziyi yapmış ve kabul ettirmiş olan Devletin vaziyeti hukukiyesi tadile uğramış olur.

*
* *

VIII

40 — Kuyudu ihtiraziyenin geri alınması, bazı defalar, muahedenin bir maddesi ile derpiş edilir. Bu gibi ahvalde, kaydı ihtiraziyi yapmış olan Devlet, keyfiyetten resmen diğer âkitleri haberdar eder. Kaydı ihtirazinin geri alınması meselesini, bir muahedenin tâdili üzerine, tanzim olunan yeni metinde kaydı ihtirazinin yer bulmaması meselesiyle karıştırmamalıdır. Bu son muamele, kaydı ihtirazinin geri alınmış olduğunu ifade etmez. Muahedenin tadili yeni bir muahedenin doğmasını intac eder ve tabiatile bu yeni muahedeye kuyudu ihtiraziyenin derci ayrı bir meseledir. Mamafih, tatbikatta, bu sureţle tanzim olan yeni muahedeye eski muahede de mevcud kuyudu ihtiraziyenin ithalini, Devletler ekseriya taleb etmektedirler.

*
* *

41 — Bir Devlet, evvelce serdetmiş olduğu kuyudu ihtiraziyeyi, — bu hususta muahedede sarahat mevcud olmadığı ahvalde — geri almak hakkını haiz midir? Kaydı ihtirazî diğer Devletlerce kabul edilmemiş ise, böyle bir hakka tabiatile sahiptir: zira, burada, ancak bir teklif mevzuubahstir, ve bu teklifi yapan, bundan her vakit sarfı nazar edebilir.

Prensip olarak doğru görünen bu kaide, bir çok taraflı muahedelere pek de kabili tatbik değildir. Kaydı ihtirazî, âkitlerden birinin itirazını mucib olmuş ise, kaydı ihtiraziyi dermeyan eden Devletin

988

bundan sarfı nazar edebileceği şüphesizdir. Ancak, kaydı ihtirazî bütün âkitler tarafından kabul edilmiş ise, vaziyet nedir?

Kaydı ihtirazinin, tasdiknamenin tevdiinden evvel veya sonra veyahut tevdii sırasında geri alınmış olması, meselenin veçhesini değiştirmez. Âkit Devletlerin vaziyeti hukukiyesi bunun hangi zamanda yapıldığı keyfiyeti ile alâkadar değildir. Nazarı itibare alınması lâzım gelen cihet, kaydı ihtiraziyi kabul etmiş olan Devletlerin kaydı ihtirazî ile olan alâkalarıdır.

Meseleyi tamamen doktrin bakımından mütalâa ettiğimiz takdirde, kaydı ihtirazinin, ahdî bir hüküm mahiyetinde olması hasebile, diğer tarafların muvafakatı olmaksızın tadili cihetine gidilemeyeceğine karar vermek lâzım gelir. Fakat, meseleyi daha yakınen tetkik edersek görürüz ki, az çok her defasında, kaydı ihtirazî muahedenin muhteviyat ve şümulünü daha ziyade tahdide matuf bir hüküm teşkil etmektedir. Muahede ahkâmını bu suretle tahdide muvaffak olan Devlet, bilâhare kaydı ihtiraziden sarfı nazar etmek suretile, muahedeye ibtidaî şeklini vermek istediği taktirde, buna bir mani tasavvur edilemez. Tahdidî mahiyette olan bir kaydı ihtirazinin ortadan kalkması, diğer âkit tarafın menfaatı icabıdır ve bunun muhafazası için bu Devletin ısrar etmeyeceği şüphesizdir. Muahedenin şümul ve muhteviyatını tevsi edecek mahiyette olan kaydı ihtiraziye gelince, bunu, ancak ileri sürmüş olan devlet tatbik edeceği cihetle, arzu ettiği taktirde geri almak hakkı o Devlet için her zaman mevcuddur.

999

No: 45

Hâkimi Münferit veya Müctemi Hâkimli Mahkeme

Çekoslovakya: Prag şehri Dördüncü Şarl Üniversitesi serbest agrejelerinden ve Prag şehri Ceza mahkemesinde Hâkim ve Hukuk Doktorlarından Vlamidir Solnar tarafından Bükreş Ceza ittihadı kongresine takdim edilmiş olan

RAPOR

Çeviren
Şakir Ziya KARAÇAY

Münferit hâkimli mahkeme veya müctemi hâkimli mahkeme, mevzuu, ceza tatbikatında meslekî noktayı nazardan veyahut iktisadî bakımdan mütalâa olunabilir bir mevzudur. Ve bahis mezuu olan bu sistemlerden birinin diğerine nisbetle çok daha fazla memura ihtiyaç mesettirdiğide bir hakikat halindedir. Bu suretle daha külfetli olan şekil - halli bir taraftan kabul ve teamül eylerken, devletin bu vadide istihdam edeceği memurları ve bu memurların ifa edecekleri daha az acele ve o nisbette de mühim olmıyan vezaifi bu tetkikimiz sırasında, ihmal etmeden gözden geçirmemiz lâzım gelir.

Bu ikinci suale, daima müsbet bir şekilde cevap verebilmek, şüpheli bir keyfiyettir. Bu suretle kendini en ziyade lüzumlu göstermekte olan sureti tesviyeyi peşinen kabul ederken, hâdis olan sistemlerden en muvafık bulunacak olanın, prensipin daha fazla müfid olacağı vakıalardan tefrik edilmek suretiyle, dikkat nazarına alınması muvafık olacaktır.

Biz burada, her iki sistemin, yani müctemi hâkimli mahkemeler sistemi ile, münferit hâkimli mahkemeler sistemini, imkânın bahş ettiği nisbet dairesinde nazarı tetkikten geçireceğiz:

Umumiyetle, mevaddı cezaiyede müctemi hâkimli mahkeme usulü, münferit hâkimli mahkeme usulüne müreccah bir halde telâkki edilmektedir. Mühim sayılabilecek ihtirazî kayıdler ile dermeyan edilmiş bulunan muhalif bir noktayı nazar, ekalliyette kalmış vaziyettedir. İlk sistem, yani müctemi hâkimli mahkemeler sistemine

1000

bakılacak olursa, bu adlî usulün mevaddı cezaiyede değil, hattâ mevadı hukukiyede bile kıymet ifade etmekte bulunduğu müşahede edilecektir. Tatbikatı cezaiyede, beşer şerefi ve beşerî hürriyet mefhumu mevzuubahs olduğu için, bu usul ve sistemlerin ehemmiyetleri müddekikin nazarında büsbütün mütezayit bir halde tecelli etme klâzım gelir.

Bir çok hâkimler, — *Denildiğine göre* — hakikatı görmekte ve delilleri tartıp muhakeme etmek hususunda fazla bir iktdara sahip bnlunmaktadırlar. Bunlar, meseleye bir çok taraftan atfı nazar etmektedirler. Bu hâkimlerin hüküm ve mütalâaları, bizzarur, daha değerli ve daha emniyetbahş mahiyettedir. Zira, bu kudretli hâkimlerin hâdisedeki görüş tarzları hem daha âfakî hemde daha bitarafane olduğu gibi, bunların ısdar ettikleri kararlarda, alelhusus müctemi bir heyet halinde tevzii adâlette bulunuyorlarsa, tarafkirlik ve tesadüfen hâdis olabilecek idrâk noksanlıkları, meslektaş ve refikleri tarafından itmam ve tashih edilmektedir. Bittabiî eğer hâkimler yekdiğerlerini mesaî sahasında itmam edebilirlerse, meselenin daha derin ve şümullü tetkik edilebilmesine imkân mevcut demektir. Bu itibarla, burada dermeyan edebileceğimiz noktayı nazar, şudurki, müctemi hâkimli mahkemeler usulü, yalnız vakıaya kemas hallerden mahdut bulunmayıp, hukukun tam manasile tatbiki işini de kolaylaştırmakta ve eğer malûmat sahibi bir çok hâkimlerin münakaşaları, müctemi hâkimli mahkemelerde vaki olacak olursa, bu hal binnetice mütalâaların olduğu kadar efkârın, tenevvür etmesi neticesini de vermiş bulunacaktır.

Netice itibarile, — *Bilhassa göz önünde tutulması lâzım gelen cihet* — ceza miktarının tayini işinde, eğer bir çok hâkim müzakere ve münakaşaya iştirâk etmek suretiyle karar veriliyorsa, bu ceza hadleri gayet adilâne bir surette tetevvü edecektir. Unutmamalıdırki bu muvafakiyetli neticeye âmil olan noktalardan biri, hâkimlerin şahsî görüşleri, ve meslektaşlarının fikir ve mütalâalarına müdahele neticesinde vaki olan salahtan başka bir şey değildir. İşte bu suretledirki, müctemi hâkimli mahkemeler sistemi, daha emin kararlar verilmesine müntehi olmakta ve hâkimlerin mütehallî bulundukları kudretlerin, müfrit bir surette tecelli etmesine hail bulunmakta ve ancak bu suretledirki, şahsî hürriyet siyanet edilebilmektedir.

Bunun diğer sebeplerden biride şudur: âranın müsavatı takdirinde, maznuna verilecek ceza, maznunun lehinde olan cezadır. Eğer bir çok hâkimler mevcut delillerin sıhhatına iştirâk edecek olurlar ise, ilk kararda müşahede edilmekte bulunan vakıaların tekrar gözden geçirilmesi hususu, daha az âcil bir keyfiyet halindedir.

1001

Mafevk mahkemece tekrar tetkik edilmesi zarureti hasıl olan ciddî müşkülât eğer müteaddit hâkimler marifetile tetkik edilmiş bulunursa, bu tetkike itimad edilmesi mümkündür, zira mafevk mahkeme hâkimlerin huzurunda münakaşa edilmiş bulunan delâile istinaden karar vermeyip, elde mevcut balunan yazılı dosyalara nazaran itavı hüküm eder.

Müctemi hâkimli mahkemelerde görünen ve arz etmiş bulunduğumuz faideler ayni zamanda, münferid hâkimli mahkemelerin kusurlarımıda bize anlatır. Yalnız hatırlamalıdırki, münferid hâkimli mahkemeler usulüde kendi sahasında müdafaa edilmiş bir sistem halindedir. Bu usul taraftarlarının fikir ve kanatlerine nazaran, müctemi hâkimli mahkemeler nezdinde, hâkimin şahsî mesuliyyet hissi zaiflemektedir. Yine bunlara bakılacak olursa, müctemi tarzî muhakematta bir hâkimin diğer hâkimi tutmaktan başka bir iş gördüğüde yoktur. Halbuki şahsan mes'ul bir mevkide olan münferid hâkim, iyi düşünmüş olacağı kararını, sağlam bir esasa istinad ettirmek mecburiyet ve mevkiinde olduğu gibi ayni zamanda rüfekasının mürakabasına asla güvenemeyecektir. Eğer buna rağmen, enfüsî karar ve kanât hatalarına maruz bulunması itibariyle, bu hâkimin kararının daha az sağlam olabileceği düşünülebilirse, kararın mafevk bir mahkemece mürakabesini kolaylaştırmak lâzım gelir.

Münferit hâkimli mahkemeler taraftarlarına, nazaran, müctemi hâkimli mahkemeler sisteminin taraftar ve müdafileri, kendi sistemlerine çok ideal bir bakışla bakarlar. Ve yine bunlara nazaran, *müctemi hâkimli mahkemede, kararı isdar ve ita eden mahkemenin bizzat Reisidir. Çünkü yazılı dosyalar sayesinde en çok malûmata sahip bulunan kendisidir, halbuki bazan diğer muavin hâkimler veya âzalar, hattâ kendi muvacehelerinde ve huzurlarında tekemmül etmiş davalara bile pek fazla atfı dikkat etmezler. Âzaların mevcudiyetleri, az pratik olan bir süsdür ve faideli olmaktan ziyade zararlıdır, zira hakikat vadisinde müctemi hâkimli mahkeme bir zavahirden başka bir şey değildir.*

Bu suretle tatbik sahasında mevcut bulunan müctemi hâkimli mahkeme usulü, aslında ne müctemian verilmiş kararları nede rüchanları ifade etmezler. — Eğer hâkimler, bu usulde zevahiri kurtarmış olurlarsa, ve bu takdirde müctemi hâkimli mahkemede, şayed mahkemenin Reisi Refiklerinin mürakabasına hattâ «itimad» hak ve vazifesiyle mükellef olsa bile, münferid hâkimli mahkemenin faide ve rüchan sebebine dahi malik değildir.

Burada, çok bariz olan suiistimalâtı bir tarafa bırakabiliriz. Eğer hâkimler, - çok fazla müstacel işlerin intac ve celbedeceği meşgale

1002

hasebiyle - cereyanı muhakeme sırasında mahkemeye ait bulunmayan işlerle meşgul bulunmuş olsalar dahi ve hattâ kendi mevcudiyetleri zaid telâkki edilmiş olsa, elbette müctemi hâkimli mahkemeler usulünün hiç bir değer ve kiymeti olmazdı. Ve bu nevi bir usulü - adlî, kanuna karşı mevcut bulunan hörmet hissini yok edebilir, hattâ kanun, bu eşkâl muvacehesinde, bizzat hâkimler canibinden duçarı ihlâl ve tecavüz olmuş olurdu. Eğer müctemi hâkimli bir mahkeme, mücerred bir raportörün kanaatı ve noktayı nazarına istinaden kararını vermiş bulunur ve şayed hâkimlere cereyanı muhakeme sırasında arz edilen deliller derhal bütün mahkemeyi terkib teşkil eden âzaya a n î b i r i n t i b a nefh ve telkin etmezse, keza müctemi mahkemeler canibinden sadır olan kararların değer ve kiymetleri, daha dûn bir mertebede olduğunu kabul eylemek lâzım gelir.

Arz edilen işbu vaziyet muvacehesinde, - eğer mahkeme hâdiseye fazla bir itina yerinde bir ehemmiyet bahş ve sarf etmiyorsa, - raportör âza, bu eşkâl tahtında hâkimi münferid vaziyetini iktisab ediyor demektir. Şukadarki, kendisinde, münferid hâkimde meşhudumuz olan m e s u l i y e t hissi yoktur ve bir çok hâkimlerden teşekkül eden müctemia mahkemesinin haricî otoritesinin altında gizlenmiş olması doloyısiyle, tanzim etmiş bulunduğu raporda, doğruluk ve sıhhat bakımından eldede hiç bir teminat mevcut değildir. Hâkimi münferid usulünü kabul etmiş bulunan Devlet, daha az miktarda hâkim adediyle iktifa edebilmek imkânındadır ve bu vaziyetin bahş ettiği netayiçden en mühimmi şudurki; hâkimlerine daha iyi maaş verebilmek mevki ve kudretindedir. Hâkim adedi az olunca, güzide ve müstesana kabiliyetlerle mücehhez hukukçu anasırın intihab ve tayini, Devlet için kolaylaşmış olacaktır. Bu itibarla, bir sürü mahdut yaradılışta, ve hattâ aciz kimseleri h â k i m olarak intihab etmekten ise, yühsek vasıflı hâkimleri iş başına geçirmek ve memleketin adâlet mekanizmasını bunlara emanet ve tevdi eylemek elbette tercihe şayan bir keyfiyettir.

İtiraz etmelidirki, buraya kadar naklettiğimiz iki sistem taraftarlarının noktayı nazar ve mütalâaları, hakikaten bir çok doğru ve yerinde olan müşahedata istinad eylemektedir. Fakat birinin ve diğerinin hakikî kiymeti, tamamen şahsî ve hususî vaziyetlere merbut olan şeniyetlerdir. Şimdi, bu sistemlerden biri veya diğerinin hangi ahvâl dairesinde tavsiye veya red edilebileceği mevzuunu mütalâa edelim:

1003

Bu sistemlerden biri veya ötekisinin kiymetinin muhakeme edilen davanın mahiyeti ile hattâ, ayni hâdise ve davanın muhtelif safahatına nesibetle değişebileceğini bervechi peşin bir hakikat olarak kabul etmemiz lâzım gelir. Evvelemirde, şu cihet muhakkaktırki, müctemi hâkimli mahkeme usulü, belki bazı mühim kararların ittihazı müstesna olmak üzere, hiç bir zaman h a z ı r l ı k tahkikatı ve devresi için teklif edilmiş değildir. Zira, hazırlık tahkikatı, - Eğer bir hâkim vedaetiyle cereyan etmekte ise, - ekseriyetle enerjik, ve sür'atli tedbir ve kararlar alınmasını taleb eder ve bir hâkimin bu mevzuda bir çok hâkimleri istihlâf etmesi nefsi emre mutabık olur.

Burada, yani, h a z ı r l ı k s a f h a s ı n d a birden fazla hâkimin mevcudiyeti tahkikatı bir taraftan yavaşlatacağı gibi, hattâ nev'ima iğlâk dahi edebilir. Yapılmış olan hazırlık tahkikatının tekrar gözden geçirilmesi devresi, ilk safhanın aksine olarak, prensip itibarile bir çok hâkimlerin mevcudiyetini âmir bulunur. Zira, mafevk mahkemelerin kararlarına lâzım gelen bir otoritenin, mafevk mahkeme nezdinde tecellî edebilmesi için, bu mahakimin behemhal, müctemia şeklinde teşekkül etmesile kabildir.

Bu sistemin ilcaatile, yukarıda bahsimize mevzu teşkil eden, mafevk mahkemelerden sadır olan kararların muntazaman bir hâkimin tanzim etmekte bulunduğu rapora istinad etmekte bulunduğu ve hâkimlerin cereyanı muhakeme sırasında ve bu anlarda der'akap önlerine çıkan delillere kararlarını istinad ettirmemekte bulunduğu vadisindeki itiraz fikrime kalırsa, külliyen rededilmesi icab eden bir noktayı nazardır. Fakat yine kendi düşüncemize kalırsa, bir hâkimi münferidin ısdar edeceği kararlar, yahut reisi tarafından cayı kabul olacak münferid bir hâkimin tekliflerine, eğer kat'î mahiyeti ihtiva eden ilâmat mevzuubahs olmayıpta, mütevassıt vasıfta tedabir ortaya çıkacak olursa, buna iltifat etmek ve irae edilen bu tedabiri hüsnü kabul eylemek mümkündür.

Her iki adlî sistemin hakikî değer ve kıymetleri hakkında kat'î mahiytte bir karar verebilmek için, bizzat hâdisenin adlî, hukukî, ve ahlâkî neticelerine atfı dikkat eylemek ve fiilî memmuun muhtevi bulunduğu hukukî vasıfları nazarı dikkat ve tetkike almak iktiza eder.

Müctemi hâkimli mahkemeler sistemi taraftarlarının kanaatlarına ve noktaî nazarlarına bakılacak olursa, bunlar beşerî H ü r r i y e t i n ve insan ş e r e f i n i n tek bir şahsa emanet ve tevdi edilmesini tehlikeyi mucib bir iş olarak tasavvur ve kabul etmekte bulundukları müşahede olunur. İş bu tehlike, yine bu sistem taraf-

1004

tarlarının noktai nazarlarına göre, fiilin netayici bakımından celb ve davet edeceği ehemmiyet ve avakıbla mebsuten mütenasip bir şekilde tezayüd etmektedir. Biz, avakıbı nazarı mütalâamıza alırken, yalnız maznuna tahmil edilecek cezanın şiddet ve ehemmiyetine bakmıyacağız. Fiili — memnu bu gibi ahvalde, maznunun veya di ğer alâkalı eşhasın şeref ve haysiyetini tehlikeye sokabileceği gibi, hüküm edilmiş olan cezanın miktarı az bir ehemmiyet bile arzetse, vaziyet yine aynı olacaktır. Müctemi hâkimli mahkemeler usulünü, mühim vekayı ve davalara hasr ve kasr ederken, müctemi hâkimli mahkemelerde ictima ve iştirakî hükkâmın zahiri bir şey olduğu vadisindeki itirazat, bizzarur redde uğramış olacaktır. Zira, malûm üzere, mühim vasıflar ihraz eden bir hâdise ve dava, ihtîva ettiği anasır itibarile, müctemi hâkimli mahkemeyi teşkil eden bilcümle hâkimlerin gayri kabili inkâr bir surette, dikkatlerini kendi üzerine celbedecektir.

Bunun içindirki, objektif (Afakî) mahiyetleri ve ahlâkî avakıbı nokatı nazarından mühim ve ağır ef'ali memnuada, tek bir hâkim yerine müteaddit hâkimlerin itayı rey ve hükmetmeleri hususunda ısrar etmemiz lâzım gelecektir. (Bilfarz, matbuat vasıtasile vaki olan tecavüz hallerinde olduğu gibi).

Yine arz ve izah olunan bu esbabı, müteahhirenin ihtiva etmekte bulunduğu şerait hasebile, yalnız cezayı tayin ve tahdid eden bir çok hâkimlerin, tek bir hâkim yerine Jürinin müzakere ve münakaşalarına iştirâk etmesini teleb eylememiz, icab edecektir.

Ancak, bu derecede vehamet arzeden vakıa ve davaların muhakeme edilebilmeleri hususu, işbu eşkâl dairesinde daima kolay bir surette hâdis olacak işlerden değildir. Kendi fikrimiz ve kanaatımıza, nazaran, hukukî vasıflardan daha ziyade zatı — mes'elenin müteaddit hâkimler huzur ve muvacehesinde muhakeme edilmesi zarurî olan bir iştir. Çünkü tatbikat bakımından, ve hukukî tatbikatın mafevk mahkeme canibinden mürakabe edilebilmesi imkânına mukabil, fiili bir vaziyetin Bidayet mahkemesi nezdinde, mevcut delâile nisbeten — Eğer bu delâil kabul edilmiş olursa, — tetkik ve gözden geçirilmesi, zor olduğu gibi, hattâ bazan imkânsız bile olabilir. Filiyat bakımından, çok muğlak olan bir hâdisenin rüiyyeti, münferit hâkime daha az muvafık gelen bir haldir. Zira, fiili vaziyetin müşahede ve tesbiti şüphe arzeden bir iş halinde bulunacak olursa, bu nevi bir davanın müteaddit hâkimler canibinden mürakaba edilmesi şayanı temenni olan bir haldir.

Binaenaleyh ahlâkî ve hukukî neticeleri noktayı nazarından olduğu kadar, fiili vaziyetler noktasından muğlak ve girift hâdiselerin

1005

müctemi hâkimli mahkemeler huzurunda tetkik ve rüiyyet edilmesi ciddî faideler temin edebilir. Yukarıda zikiredilen prensiplere tevfikan, müctemi hâkimli mahkeme veya münferit hâkimli mahkemeler sisteminin tatbik edilmesi tedbir ve kararı, Devletin içinde bulunduğu hususî vaziyetlere, bilhassa malî istitaatına merbut olan bir keyfiyettir. Fakat bizim burada teklif etmek istediğimiz tedbir, her iki sistemin prensip itibarile m e z c i tedbiridir.

Çekoslovak hukukuna nazaran, münferid hâkimler Distrikler'de bulunan mahkemeler nezdinde icrayı kaza ederler. Halbuki, Bidayet ve İstinaf Mahkemeleri prensip itibarile üç hâkimden müteşekkil bulunmaktadır. Âli mahkeme [1] nin teşkilatı ise, beş hâkimliktir. Distrik mahkemeleri (M ü n f e r i d H â k i m l i m a h k e m e) ehemmiyetleri dûn olan ef'ali memnuayı muhakeme ederler. Bu vak'alar ise, meslekten bulunan üç hâkim ve on iki vatandaşın hazır bulunduğu A ğ ı r C e z a M a h k e m e l e r i 'inde rü'yet olunur. Matbuat vasıtasiyle vaki olan tecavüzler, muhtelit mahiyeti haiz bulunan mahkemelerde muhakeme olunur. Bu mahkemelerde meslekten bulunan üç hâkimle iki « E c h e v i n » vardır. Burada kaydetmemek gerektirki, bu mahkemeler nezdinde bulunan hâkim adetleri, 18 İlkkânun 1918 tarihli kanunla ve muvakkat kaydiyle tahdit ve tenzil edilmiş bulunmaktadır. Bu sebebin ilcasıyle halen, Bidayet mahkemeleri dört hâkim yerine üç hâkimden teşekkül eylemekte, İstinaf mahkemesi ve Temyiz mahkemesi (Âli mahkeme) yedi yerine beş âzadan mürekkep bulunmaktadır.

Vasat derecede vahameti haiz hâdiseleri muhakeme eden Bidayet mahkemeleri nezdinde bulunan hâkimi münferid ve bu hâkimin tâbi bulunduğu hâkimi münferid sistemi «*Pek az vahameti haiz bulunan hâdiseler, bundan evvel söylemiş bulunduğumuz üzere, Distrik mahkemeleri huzurunda rü'yet edilirler*». Çekoslovakya teşkilatı adliyesine, 4 Nisan 1920 tarihli kanunla idhal edilmiş olup, bu kanun bir çok tadilât geçirmiş ve daima m u v a k k a t kaydiyle temdit edilmiştir.

Bidayet mahkemesinin salâhiyetine tevdi edilmiş bulunan hâdise, tek bir hâkim marifetiyle muhakeme edilir ve bu hâkim aslında Bidayet mahkemesinin âzasındandır. Suçlunun, bu mahkemenin kaza dairesine tevdii, Cumhuriyet Müddeiumumisinin maznunu itham etmesinden ve onun bu mahkeme tarafından muhakeme edileceğini taleb etmesiyle vaki olur, maznuna tayin edilecek, yani hükmedilecek ceza haddi *altı ayı tecavüz etmeyecektir* ve bu ceza ayni za-

[1]. Rapor sahibinin, evvel ve ahır; memleketi, yani Çekosloyokya hakkında vermekte olduğu izahattan anlaşılacağı üzere; kullandığı Âli mahkeme tabirinden maksat ve gayesi, T e m y i z mahkemesidir. Mütercim

1006

manda bir para cezasiyle de fer'î olarak itmam edilebilir, veyahut icap ederse para cezasına lüzum da görülmiyebilir. Mahkemenin vereceği karara, eğer üç gün içinde bizzat suçlu veya müdafileri tarafından itiraz edilmezse, verilen hüküm kesbi kat'iyet eyler.

Bu mahkeme nezdinde muhakeme edilecek suçlu, şayed kendisine bir müdafi avukat intihab ve tayin etmemişse, bu takdirde kendisini müdafaa edecek zat,resen tayin olunur. Cumhuriyet Müddeiumumisi, yukarıda arz ettiğimiz talepnameyi serd ederken,fiilin mahiyetini tetkik etmekle mükellef olduğu gibi, vaziyetin istilzam ettireceği ahvale göre,en ufak nakdî kıymetleri de nazarı taammüle alır. Hâkimi münferit, icrayi kaza ederken, Bidayet mahkemeleri için mevzu bulunan kaidelere intibak eder. Münferit hâkim, bu vadide mahkemeye riyaset eden hâkimin vazife ve salâhiyetleri ile mücehhezdir. Ancak yukarıda söylediğimiz, bu hâkim ceza miktarını tayin edidip vermek salâhiyetini haiz bulunurken, kararlarında Cumhuriyet Müddeiumumisinin talepnamesinde tektif ettiği hadlerden daha fazlasını maznuna tahmil ve hüküm edemez.

Çakoslokyadaki bu adlî teşkilâttan beklenen gaye, harp sonunda miktarı tezayüt eden ceraimle meşbu ve müstağrak bir vaziyet içinde bulunan ve son derecede şümullü bir hal iktisap eden hâkim noksanından zaten işleri aşkın bir halde olan mahkemelerinin yüklerini hafifletmek olmuştur. Arz edilmiş bulunan bu teşkilâtı adliye muvaffakiyet temin etmiş ise de, bu muvaffakiyet her zaman ayni ölçü ve mikyas dahilinde tecelli etmemiştir.

Ezcümle 1925 senesinde, üç hâkimin teşkil,
eylediği Bidayet mahkemelerinde: ..... 16.981 Vaka
muhakeme edilmiş olmasına mukabil,
tek hâkimli bir mahkemede: ..... 14.292 Vaka
muhakeme edilmiş bulunmaktadır.

1926 senesinde, üç kâkim teşkil
ettiği Bidayet mahkemelerinde ..... 15.713 Vaka
muhakeme edilmiş olmasına mukabil,
tek hâkimli bir mahkemede ..... 14.869 Vaka
muhakeme edilmişdir,

Bu rakamların da gösterdiği veçhile, münferit hâkimli mahkemeler sistemi, günden güne işleri ve duruşma yekûnları tezayüd eden bir adlî sahada, kendisine tatbikat mevzuu bulmak yolundadır. Moravia ve Silezyada; Bidayet mahkemeleri nezdindeki münferid bir hâkim huzurunda, hal ve fasl edilen hâdisat, üç hâkimden mürekkeb mahkemeler canibinden rü'yet edilen hâdisattan daha fazla bulunmaktadır.

1007

Tatbikatın bize göstermekte bulunduğu netice ve emareler halkın münferit hâkimli mahkemeler teşekkülüne tam bir itimatla merbut bulunduğu hissini, bugün umumiyetle telkin etmektedir. Zira, kanunun maznuna bahş etmiş bulunduğu hakka istinaden, davanın müctemi hâkimli mahkeme huzurunda rü'iyet edilmesi, salâhiyeti Müddeiumuminin talepnamesine muhalif bir surette hiç bir vakıt alâkadarlarca istimal edilmemektedir. Bu cihet her halü-kârda, münferit hâkimin maznuna hükmünü ilhak edeceği hafif bir cezanın bu teşkilât sayesinde suçluya verilmesi, hâkimi münferid teşkilâtını maznuna daha cazip göstermekte bulunuyor. Bilhassa bu teşkilâtın diğer iyi tarafları, betahsis sür'atle karar vermek ciheti bu suretle nazarı teemmüle alınmış oluyor. Malûm olduğu üzere, bilhassa, maznun mevkuf binaenaleyh hapishanede bulunuyorsa, kendi işinin en kısa bir zamanda intac edilmesi bu sistem sayesinde kabili tahakkuk olduğundan, münferit hâkim müessesesi maznunun menaf'ii ile de kabili telif bulunmakta, ve bizzat suçlular tarafından istenmektedir.

Çekoslovak kanunu ile kabul edilmiş bulunan sistemin tenkid edilmesi icab eden tarafı, bu kanunun münhasiran suçun vahamatini kale alarak, meselenin münferit bir hâkime tevdi edilmesi için Cumhuriyet Müddeiumumisinin iddianamesindeki şartları, bervechipeşin tesbit etmesi keyfiyetinde hülâsa edilebilir.

Çek Cumhuriyet Müddiumumisi, hâdisenin münferit hâkimli mahkemeye tevdi edilmesi için, talepname serd edebilmesiyle mukayyed olmayıp, bu hususta bu makam serbest bir takdir hakkına malik bulunmaktadır. Ancak, mahkeme bu hususta mukayyed bir vaziyet içindedir. Yani, mahkeme bu hususta bir hâkimin salâhiyeti veya müteaddit hâkimlerin salâhiyetleri hakkında bir karar ita etmek salâhyetini haiz bulunmamaktadır.

Arz etmiş bulunduğumuz bu mahzura, Ceza muhakemeleri usulünün tevhid edilmiş bulunan kanun projesi bir çare olacaktır. Bu projeye nazaran (Madde 18), kanun muvcehesinde ve kanun hükümleri muktazasınca, eğer fiili memnun, aslî ceza olarak yalnız n a k d î bir cezayı isticlâb eder veya, hürriyeti bir seneyi mütecaviz bir müdetle tahdit eden bir cezayi mucip, yahut Cumhuriyet Müddeiumumisi bu hususta bir talepname serd ederek, maznunu ittiham altına alacak bulunur ve suçlu bir seneyi aşmayan bir ceza ile tecziye edilmemişde mevzuubahs olan fiil beş seneyi tecavüz etmeyen bir cezayi intac edecek bulunursa, hâkimi münferid bu hususta, celse ve muhakmeyi idare edecek ve bu bapta karar itasına salâhiyetli olacaktır.

1608

Ceza mahkemesi (Konsey mahkmesi), işin ehemmiyeti veya muğlak ve girift olmasından naşi, davanın müteaddid hâkimler huzurunda rüiyet edilmesi hususunda karar verebilir. Maznun, sekiz günlük bir mühlet ve müddet zarfında, ve iddianameyi eline aldıktan sonra, davanın münferit hâkimli bir mahkeme huzurunda rüiyet edilmesini isteyebilir (Madde 212).

Bu takdirde, münferit hâkim, cereyanı muhakemenin, ortaya atacağı neticelere nazaran, şayet, iddianamenin mevzuunu teşkil eden fiili memnua tayin edilecek cezayı gayri kâfi görürse, ademi salâhiyet kararı verir. Keza, — eğer Cumhuriyet Müddeiumumiliği teklif edecek olursa muhakeme esnasında hâdis olacak yeni ahval muvacehesinde, veya iddianamenin muhteviyatındaki ittiham noktaları, yeni vaziyetler dolayısiyle, tevessü edecek bulunursa, bu takdirde yine hâkimi münferit, evvelce kendisine tevdi edilmiş bulunan hâdise üzerinde, ademi salâhiyet kararı ita ve isdar edecektir. Münferit hâkim bu hususta, vereceği ademi salâhiyet kararına, hiç bir istinaf, temyiz ve itiraz yolu ile muhalefet olunamaz (Madde 300). Bu kanun projesi mer'î bulunan kanun muvacehesinde, münferit hâkimin salâhiyetini tabiatiyle tevsi eylemektedir.

Ve, ilk muhakeme esnasında müşahade olunan tetkikatı ayni zamanda kabul edileceğini tebyin etmesi itibarile, bu şekli halli ve bu kanunî usul, makbul ve mergubumuz olmak lâzım gelir.

Bahsimize mevzu olan Çek kanunundaki bu tebeddülât, mühim vaka ve davaların rü'îyet kararlarında ciddî şüpheler hâdis olabileceği ihtimali ile alâkadar olup, ayni zamanda, verilecek cezaya karşı, yapılacak temyiz ve itirazatın şimdiki kanuna nisbetle daha geniş bir mikyas dahilinde olmasını mümkün kılmaktadır (Madde 384 — 386).

Her halde, işbu kanun projesi halen mer'î bulunan kanunun ıslahı yolunda kıymetli noktaları ve esasları fiilen ihtiva etmektedir; karar vermek salâhiyeti icabında müctemi hâkimli mahkemenin müteaddit hâkimlerine olduğu kadar, münferit bir hâkime de tevcih ve tefviz eylemekte; ayni zamanda maznunun bir hâkim huzurunda cereyan edebilecek davasını daha emin ve daha fazla *adlünasefete* uygun bir şekilde, tanzim ederek maznuna Ceza mahkemesi nezdinde bir *itiraz* imkânını bahsetmektedir. Hâdisenin tekrar gözden geçirilmesi imkânı şayed ortada bulunmayacak olursa, münferit hâkimin kendi salâhiyetsizliği hakkında vereceği karar, şüpheli evsaf arz edebilir. Bir hâkimin bizzat kendi salâhiyetsizliği hakkında vereceği kararlar, kolayca anlaşılması kabil olan, bir egoizmanın ilcasiyle,

1009

her vakıt kabili tahakkuk ve husul değildir. İşte, bu sebebin tesirile, Ceza mahkemesinin ısdar edeceği karar; belki daha ziyade muvafıkı maslahat olacaktır.

NOT

Beynelminel Ceza İttihadı, Bükreş Kongresine, Yugoslavya delegesi M.Metod Dolnec'in takdim ettiği rapor, fikirlerin develope edilmeleri noktai nazarından olduğu kadar, fransızca ifade tarzının azamî derecede zaif bulunması hesebile, mütercimi tasavvur edileceği kadar tercüme sırasında yormuş bulunmaktadır.

Müctemi hâkimli mahkemeler sistemi ile münferit hâkimli mahkemeler sistemi mevzuu üzerinde Bükreş Kongresine müteaddit milletler mürahhaslarının vermiş bulundukları raporlar arasında bu zatın yazısı muhtevası bakımından, bilhassa bir istisna teşkil etmektedir. Binaenaleh, kariin cümleler ve ibareler arasında tesadüf edeceğine şübhe etmediğim aksaklıklar üzerine dikkat nazarını bervechi peşin celb etmeyi lüzumlu bir iş olarak telâkki ederken, rapor sahibinin maksad ve fikirlerinin en geniş imkânlar dairesinde dilimize geçirilmeye uğraşılmış bulunduğunu burada tebarüz ettirmeyi bilhassa faideli görmekteyim.

MÜTERCİM

1010

Terhibi adaletin teşkilâtı mevzuunda hâkimi münferit veya müctemi hâkimli mahkemeler

Yugoslavyanın Ljubljana şehri üniversitesi Hukuk profesörlerinden Metod Dolnec tarafından Bükreş Ceza İttihadı Kongresine takdim edilen

apor

I. — Nazariyat sahasında, bir taraftan haricî hayat tarzları ile hilkatleri, beşerî cemiyeti tehdit ve bu cemiyet için tehlike ifade eden ve buna rağmen adaleti cezaiyenin normlarını, düstür ve kavaidini, ihlâl etmemiş bulunan kimseler ile diğer taraftan g a y r i i c t i m a î hilkatlerinden doğan kabili tecziye ef'alı memnuaya tasaddi eden suç erbabını yekdiğerinden tefrik etmek lâzım gelir. Birinciler için Devlet; emniyet teşkilâtında mevcut bulunan polisi vasıtasiyle, vikaye edici müdafaa tedbirlerine tevessül etmeli ve cezaî sahada cemiyetin müdafaasını temin eden adaleti cezaiyenin kadrosu, ikinci zümreyi, yani suçlular zümresini, kendi çevresinde toplamış bulunmalıdır.

Fakat, tatbikat sahasında her vakıt bu mütehalif noktayı nazarı muhafaza etmeğe kolayca imkân hasıl olamamaktadır. Öyle şahsiyetler vardır ki, bunlar, mazide güzeran eden safahatı hayatiylerinde, objektif manada m ü c r i m a n e bir hilkate mümessil olmuşlar, sonradan ise, bu hallerine rağmen *iadeyi hukuku memnua* eylemişlerdir. Yahut ta, yine bu zümreye mensub bulunan öyle şahsiyetler vardırki, bunlar hayatlarında bilfiil bir veya müteaddit ef'ali memnuanın mütecasir ve mürtekibi bulunmuşlar ve bizzat kendileri tarafından ika olunan ef'ali memnua: Ya hiç bir zaman bilinmemiş, takib edilmemiş veyahut, aksine olarak; ika ettikleri ceraim, malûm bulunmuş, hattâ fiil adlî takibata kadar bir yol almış fakat *hükme kâfi gelebilecek delâilin yokluğu* yüzünden, failler beraet etmişlerdir.

Bu itibarla ve yalnız bunun gibi bazı esbabın ilcasiyle, mevzu bulunan suale verilecek cevabın eğer mümkün olursa, müdafaa ve terhibi sahalarında yalnız tek bir cevap olması şayanı temenni bulunmaktadır.

(1011

II. — Ceza davaları mevzuunda, teşkilâtı adliyeye ait bulunan mevcut bütün suallerin muğlak bulunmaları keyfiyeti, ta..beşerin hilkatı zamanından beri mevcut bulunmaktadır, fakat yukarıda zikri geçen prensiplere müstenid usulü muhakemat, nazariyat itibariyle, tamamen tahdid edilmeden, bu şekilde cereyan edip gitmektedir.

Fiili memnuun, betahsis hususî cephe ve vaziyetler muvacehesinde hâkim olan ve fiili memnuun; keza karşısında yegâne vaziî kanun mevkiinde bulunan millet yine ef'ali memnuanın karşısında aynen itayı hüküm eden bir hâkim vasfındadır. Milletin suç muvacehesinde tebarüz etmekte bulunan bu hususiyeti malûm bulunacağı üzere, başka bir şekil tahtında ortaya ictimaî ve terhibî mahiyette olan müdafaa esasını atmıştır. Adaleti vicdaniyenin kanun mektubeleri şeklindeki cemiyette vaki olan tezahürleri, ve bu tezahürler ilcasiyle, tesbit edilmiş bir hal iktisab eden hususî şekli, ve halk mümessillerine—ilk anlarda, bizzat halkın da nazareti tahtında olarak— iktidarı adlinin tefviz ve tevdii, halk nezdinde tebellür etmeğe başlayan vicdanî tezahüratın ikinci safhasını teşkil etmekte bulunmuştur. Evvelce teşkilâtlandırılmış bulunan halk mümesillerinin, halkın mürakaba ve iştiraki olmadan mahkeme şekline inkılâbı keyfiyeti ise, muahharan vuku bulmuş bir taazzidir. Müteakib devrede, Devlet İdaresi; hâkimleri tayin hakkını eline almış ve hâkimleri halk mümessili olarak değil, fakat kendi memuru sıfatiyle tayin etmekte bulunmuş ve bu hâkimler ayni zamanda cemiyetin vaffî müdaafası hakkındaki mesaili, halletmek için tavzif edilmişlerdir. Bilfarz, «Übersiebmung» müessesesi ve; umumiyetle tehlikeler arz eden eşhas için, XIII üncü asırda ihdas edilmiş olan hominos damnosi mefhumunun tahakkuk ettirilebilmesi, bu gibi kimselere ve bu nam altında ıtlak edilmesini mucib olmuştur.

Umumiyetle; ve bir taraftan ceza kanunları tam bir şekilde tesbit edilmiş bir devreye intikal etmiş bulunurken, diğer taraftan muhtelif mahkemeler teşkilâtında meşhud olan ve hâkim vasıflarında tebarüz eden aşağı yukarı, fevzaî mahiyetteki tenevvüat, artık Fransa hİtilali Kebirinden sonra yavaş yavaş ortadan kalkmaktadır. Ve bundan sonra hukukçu - hâkimlerle, lâik [1] vasıflı hâkimlere, berveçhiâti zikrettiğim adlî vezaif tahmil edilecektir:

1 — Münferid Hâkim (Monokratik mahkeme);

2 —Müteaddit hukukçulardan teşekkül eden mecalisi udul (Yeknasak ve basit bir şekilde müteşekkil müctemi hâkimli mahkeme);

3 — Hukukçu hâkimlerden (Adlî Hâkim) ve lâik hâkimlerden müteşekkil (Muhtelit müctemi hâkimli mahkeme) heyetı udul Bu son tiplere dahil mahkemeler, iki munzam sınfa ayrılmaktadır:

a) Jüri. Burada lâik hâkimler maznunun suçlu olup olmadığı hususunda karar verirler ve yalnız; tayin edilmiş bulunan meslek hâkimleri umumiyetle verilecek ceza meselesini tayin ve hallederler.

[1] Rapor sahibin layik hâkim tabirinden kasdı, ileride daha etraflı bu surette göreceğimiz üzere, halk meyanından seçilen jüriler için alınan kimselerdir.

Mütercim

1013

b) Eşövenler mahkemesi (Schöffengerichte), bu mahkemeler nezdinde bulunan meslek hâkimleri ile, lâyik hâkimler bilâistisna, bu mahkemeye tevdi edilen bilcümle davaları müşterek bir surette hallederler ve müşterek bir şekilde dava mevzuu ile meşgul olurlar (İfade ve maksatlarında sade ve vazıh olabilmek gayesi ile, bu iki sistem arasında mevcut bulunan muhtelif an'anatı ve kombinezonların tafsilini bir tarafa bırakıyorum).

Son zamanlarda hâdis olan bir devre içinde, hâkimlerin tayini bahsinde iki cehphe ve noktayı nazar elealınmak suretile bu mevzua girilmektedir:

1—Tayin ve intihab edilecek hâkimler, münhasıran erkekmi olmalıdır ? Kadınlar hâkim olabilirlermi ?

2—Hâkimlerin tayin ve intihab edilmesi hakkı, millete raci bulunan bir hakmıdır, yoksa Devlet bu hususta salâhiyet sahibimidir ?

*
* *

III.—Ümuru âdaletin cereyanı, hâkimi münferit vasıtası ilemi, yahut müctemi hâkimli mahkemeler vedaetilemi cereyan edeceği hakkındaki suale cevap verebilmek için; evvelemirde hükkâmın yüksek vazife ve memuriyetlerinin icrasında kendilerine tahmil edilmiş bulunan vezaifi tetkik edip gözden geçirmek icab eder. İşbu vezaif ise, bervechiâtidir:

Hukuk noktai nazarından bir mahkeme canibinden ısdar edilen karar ve ilâm, vazîî kanunun maksadını mutabakatı tammı olmak icab ettiği gibi hukuku maddiyeye de tamamen uygun gelmesi, ve fiil noktai nazarıdan, hayatın bahş edeceği tecrübelerle muvazi ye mutabık olması lâzım gelir. Bundan başka, mahkemelere ve Devlete karşı mevcut bulunan hürmet hissiyle otoritenin devam edebilmesi için, mahkeme kararlarının azamî bir mikyas ve hudut dahilinde, bitaraflığı hakkında bu kararların teminat teşkil eylemesi icab eder.

Günlerimizde; umumiyetle, ceza kanununa ademi vukuf sebebiyle bir suçlunun ika ettiği fiili memnuu mazur gösteremeyeceği hakkındaki mevcut ana kaidenin asılsız bir mefhuma istinad etmekte bulunduğu şüphe göstermeyen bir düstur halindedir, zira bizzat hukukçular bile ceza esasatına lâyıkî vechile nüfuz edebilen ihtisasata sahip değildirler ve yine ceza esasatının büyük şümul dairesini lâyıkî vechile kavramamışlardır. Bunun hakkında elde mevcut bulunan delil, hâddizatında muhtelif mahkemelerin, ayni mevzu etrafında ve ayni mevad üzerinde verdikleri kararların, ekseriyetle birbirini tutmaması ile, izah edilebilir. Ancak, bu sahada bazı indî hâdise ve kararların lüzumu, bittabi bazı tahdidat dairesinde, aşikâr olan bir noktadır, çünkü diğer bir şekil düşünülecek olursa, cezaî tatbikat mevcut olamayacağı gibi, istilzam ettirdiği bazı gayelere de yaklaşılamaz. Ceza hukukunun tarihî te-

1013

kâmülâtı, bu hukukun cem'ettiği kaidelerin her zaman malûm bulunduğunun farz edilmiş olduğunu bize gösterir.

İşbu noktai nazar muvacehesinde, ceza davalarına, lâik hâkimlerin bakmasında bir mani bulunmadığı serd ve dermeyan olunabilir. Hattâ aksine olarak, hukukcu hâkimler, eğer daimî bir surette kanunun men'ettiği mevad bunlar tarafından tatbik edilmiş olursa, ve yine bunlara girift ve mudil mesailin halli, mevcut kanunlar dolayısiyle, mütemadi bir surette tevdi edilecek olursa, bu hâkimler, yani hukukçu hâkimler, gayrikabili ictinab bir surette uyuşukluğa düşecekler; pratik tecrübelerle şahısların hayatlarına istinad eden hayatın bütün mefhum ve manasını kaybedeceklerdir.

Devlet eğer hakikî, m i l l D e v l e t (Volksstaat) olmak ister ve mücerred bir surette, o t o r i t e r D e v l e t (Obrigkeitsstaat), olmak istemezse, milletin uyanık zihniyetine, hamle vermek ve bahş etmek hususunda azamî derecede ve büyük bir mikyas dairesinde, müşterek ve menfaattar olmak lâzım gelir.

Bütün bu noktalara vusul için, mevkileri muvacehesinde hâkimlerin vasıf ve derecelerinin ve kabiliyetleri ile hakikî değerlerinin nazarı dikkate alınması iktiza eder. Ancak, burada hâkim, adetlerine, temas eden aslî mevzu ve mesele henüz ele alınmış değildir.

Ceza davalarının temas edilip bahis mevzuu teşkil eden tekâmülâtından sonra, fikrimize göre, müctemi hâkimli mahkeme usulü lehinde karar vermek iktiza eder; ve bundan daha başka ve daha iyi olan bir sistem, hem lâik hem de hukukçu hâkimlerden teşekkül eden muhtelit mahkemelerin tesisine hasıl olan lüzumdur. Hukukçu hâkimlerle lâik hâkimlerin müctemi mahkemelerde vuku bulacak olan mesai iştirakleri, noktai nazarımıza göre, s u ç dediğimiz hâdisenin ictimai ve ruhî muhakemesinde, en fazla teminatbahş olacak, ayni zamanda da bu nevi ceza davaları arasına karışmaktan halî olmayan enkizisyon usullerine benzer metodlara karşı en iyi bir korunma tedbiri ve binaenaleyh kat'î mania teşkil edecektir.

Şimdilik, bu iki zümreye mensup hâkimlerin iştiraki mesailerine temas etmeyeceğiz. Maamafih bir çok ef'ali memnua hakkında, ve alelhusus fiili değil, faili tecziye etmenin lüzumlu bulunduğu hakkındaki prensibin son derece sıkı tatbik edilmesi cihetini nazrı teemmüle alacağız ve miktarı pek fazla olan küçük ceraimin ve ceraim eshabının, ceza kanunlarının ahkâmına tebaiyetle tecziye ve muhakeme edilebilmelerinin müctemi hâkimli mahkemeler, divanı Adaletler gibi büyük adlî teşekkülât ve cihazlar vesatetiyle Değil, küçük teşkilât sayesinde daha muvafık ve iyi bir şekilde tahakkukunun mümkün olabileceği noktasında israr edeceğiz.

Bu bapda şunu da bir kere daha ilâve idelimki, kendi görüşümüze göre, ufak ehemmiyeti haiz ceraimin tecziyesi ve ikinci derecede suçların muhakemesi için geniş ve büyük teşkilâtı adliyeye lüzum bulunmadığı gibi, hattâ tali derecede vekayi, tatbikatı adliye sırasında eğer münferit bir hâkimin salâhiyetine tevdi ve emanet

1016

edilirse, Devletin ve mahkemelerin âmme efkârına telkin etmekte bulunduğu oterite hissi ile keza Devletin ve mahkemelerin nüfuzları asla haleldar olmayacak ve imkânın bahşettiği nisbetler dairesinde istihsal edilmesi şayanı arzu bulunan bitaraflık; hem de en âlî şekilde, münferid hâkimli mahkemeler sayesinde tahakkuk edebilecektir. Burada tebyin ve tesbit etmemiz lâzım gelirki, bu eşkâl dairesinde vazife başına getirilen münferid hâkimlerin h u k u k ç u olmaları lâzım geldiği gibi, bu hükkâmın intihab ve tayinlerinde, hem şahsî meziyetleri, hem de vazifelerinin istiklâli bakımından şümullü teminata müstenit ve merbut olamaları icab eder.

Burada, Prens Dö Bismark'ın:

«Resmî mukarraratın adlü nasfet (Angemessenheit), ve doğruluk hislerini; bu mukarraratın müctemian ve müştereken alınmış bulunmaları dolayısile, tatmin etmemekte bulunduğunu, çünkü hesabın ve kazara hâdis olan vakayiin mantıkî hal şekillerini istihlâf etmekte, ayni zamanda mes'uliyeti ferdiyenin, müctemialar dolayısile kayb olmakta bulunduğu..» yolundaki sözünü derhatır etmememize müsaade olunsun.

Fakat Bismark'ın bu hükmünün muvacehsinde de, nazarı dikkatimizi der akap, hâkimi münferid nezdinde meşhudumuz olacak olan, ve müctemi hâkimli mahkemelerde bir hâkimin rüfekası tarafından vuku bulacak mürakabe imkânına mukabil, münferid hâkimli mahkemelerde bunun adimülimkân bulunduğu noktasına, tevcih etmemiz, keza tetkiklerinmizi ısdar edilen kararlarda mündemic olması behemhal lâzım gelen tesirin, ve bizatihi mahkûmiyet kararlarının tek bir insanın, yani tek bir hâkimin gözlerine dayanmaması icab ettiği noktasında teksif etmemiz lâzım gelecektir.

Müctemi hâkimli bir mahkemeyi terkib ve teşkil etmesi iktiza eden hâkim adedi mevzuuna gelince, fazla hâkim sayısının bizzat mahkemenin muttasıf bulunduğu mevki ve kiymeti attırabileceği hakkındaki noktayinazara iştirâk etmeyeceğiz. Müctemi hâkimli mahkemede mevzuubahs olan esas mürakabe gayesi olduğuna göre, fikrimize kalacak olursa, miktar ve sayısı ne olursa olsun, hattâ mahdut hâkim adetleriyle bile, müctemialarda mürakabe keyfiyetini kolay bir surette tahakkuk ettirmek kolay bir keyfiyettir.

Bu hususiaki noktayi nazarımızı telhis edelim:

Müctemi hâkimli mahkemeler vastasiyle tevzii adalete imkân vermek, esas prensip olmalıdır, Bilmukabele münferit hâkim usulü ahvalin tahammül ve müsaade eylediği i s t i s n a î mahiyeti haiz bir suret ve şekilden ileri geçmemelidir. Bu istisnaî vaziyet, yani münferit hâkimli mahkemeler, hangi ahval muvacehesinde, ne gibi şerait dairesinde ihdas edilebirler? Bu öyle hususî mahiyeti ihtiva eden bir sualdirki, evvelemirde her Devlet için, ayni modele uyularak cevap verilebilmesi, gayri kabildir.

Sonra, bu vaziyet her Devletin dahilî bünysi ve yapılışına ve

1015

vatandaşların birinci derecede olarak, kabiliyetlerine merbut ve betahsis an'aneleri ile de bağları olan bir keyfiyettir.

IV. — Terhibî mahiyeti haiz içtimaî korunma işi, sünai (Düalist) bir noktainazardan teemmül edilmek icab eder ve nazariyat itibariyle c e z a ve e m n i y e t tedbirlerine inkisam eder.

Son tedbir, yani emniyet tedbiri şu şekilde tassavur olunabilir:

a). İnfaz edilmiş bulunan cezanın yanı başında, içtimaî korunmanın bir devam ve imtidadı gibi, suçlu kimselerin vücude getirdikleri tehdit sebebiyle ve bu tehdit neticesinde hükmedilmiş bulunan mani tedbirler,

b) Ne kadar dakik bir surette gözden geçirilmiş olursa olsun, hükme kâfi delillerin yokluğu hasebiyle maznuna ceza tayin edilmemiş ise, müstakillen emniyet tedabirinin ittihazı.

Fakat bu takdirde, adlî cihazın ihtiva ettiği şartlar dairesinde cezayi veren ve tayin eden merci ile bu cezaya munzam bulunacak olan emniyet tedbirini ittihaz ve ita eden ve aslî cezayi bizzat tayin etmemiş bulunan merciler arasında bir tefrik yapmak lâzım gelecekmidir ? Suali varid olacaktır. Diğer bir tarzı ifade ile, izah etmeğe çalışalım: İki nev'e münkasem bulunan terhibî tedabir için tesis edilmesi zarurî bulunan mercileri; nasıl bir teşkilâta tâbi tutmak lâzım gelecektir ?

Her iki halde de — üçüncü bendde arz ettiğimiz vechile, — tam bir tefrik yapmak ve adlî düsturların mutlak tatbikatını temin etmek iktiza eder. Ancak, emniyet tedabiri hakkındaki düsturların şümulü, cezanın tayini babında mevcut bulunan ehemmiyeti istihlâf etmez. Bilâkis, ve hiç değilse, ilk merhalede emniyet ve cezaî mahiyette s ü n a î (Düaliste), prensiplere müstenid bulunan ve vicdanlara kök salmamış olduğu gibi, daha ziyade yabancı gibi gelen ceza kanunları (ihtiyatın telkin eylediği ahvale nisbetle) tatbikatının müctemi hâkimli mahkemelere tevdi edilmesini âmir bulunmaktadır. Bu noktaî nazarı serdederken, tabiatiyle münferit hâkimin işgal edebileceği dûn ehemmiyeti haiz istinaî mahiyette bulunan vaziyetleri, gözden kaçırmıyoruz.

Diğer sahada ve daha çok ehemmiyet arz eden bir yenilik, cemiyeti (gayri içtimaî) «Antisociaux» anasıra karşı koruyabilecek olan, tedbirler ve normlar olacaktır (Gayri içtimaî şahşiyetler, henüz suçlu mevkinde bulunan kimseler değildir). Bu gibi eşhas muvacehesinde, ittihaz edilmesi iktiza eden mani emniyet ve korunma tedabirinin fiiliyat sahasına geçirilmesini bir hey'ete (corpus) tevdi eylemek, hiç şüphesiz, daha muvafık olur. Bu heyetler, teşkilâtları bakımından, yalnız hukuk i l m i vadisinde değil, ayni zamanda ruhiyat ve «ilmi emraz ruh» sahasında ilmi temsil etmeleri iktiza eder. Tedabiri mania ve vafi mahiyette karar ısdarına salâhiyetli bulunan mercilerin, diğer anasırını, vazih ve açık bir şekilde ifade edebilmemiz için, meskût geçmemiz muvafık olacaktır.

Bununla beraber, bu raporumuzun mukkademesinde (bir numa-

1016

ralı bende müracaat), kayd ve işaret eylediğimiz müşahede ve tetkiklerimize geri dönmemize ve bazı şahıslara tatbik edilmesi lâzım gelen tedabiri mania mahiyetindeki tedbirler ile, diğer bazı eşhasa hükm ve tatbik edilmesi muvafık olacak cezaî mahiyetteki tedbirler arasında mevcut bulunan nazarî ayrılık ve tefrik cihetinin tatbikatta ortadan kalkmakta bulunduğu mevzuuna, temas etmemize müsaade olunsun. Bilhassa bu iki zümreye ayrılan şahısların aleyhine tahrik edilecek davanın, yekdiğerinin ayni olmamakla beraber, hiç değilse, birbirine benzemiyeceği neticesine varabiliriz.

Bu suretle en kısa bir zamanda, bitaraflığın en iyi teminatı teessüs edebilecek ve emniyet tedbirleri alınmak suretiyle, gerek Devletin gerekse mahkemeler hakkındaki hissi - hörmet bu suretle artmış olacaktır.

Buraya kadar söylediğimiz bilcümle hususat, bidayet vadisindeki usulü muhakemata raci bulunmakta idi. Mafevk ve yüksek derecede bulunan muhakematı hiç olmazsa, tefrik edilmesini taleb etmemiz lâzım gelirse, her şeyden akdem, mafevk mertebede bulunan mahkemelerin yapacakları vazifeleri kendi kendimize sorup tekrar etmemiz lâzım gelecektir. Eğer bu mahkemelerin aslî vazifesi, hiç değil muayyen bir noktada görülen vazifesi, davanın sıhhatı ve maddî esasatı hukukiyenin tatbikı diğer bir ifade tarzı ile izah eylemek iktiza ederse, bu mahkemeler şayed mantık kullanıp, ruhiyata atfı nazar etmeyecekler ise, buralarda lâik elemanlara ihtiyaç yok demektir. Fakat mafevk mahkemenin bizzat ihtiva eylediği ehemmiyyet, her halü-kârda, mutlaka ve tamamen müctemia sistemini talep eyler. Eğer bunun aksine olarak, mafevk mahkemenin vazifesi, topyekûn bir şekilde muğlâk hadisatı, istinafen hal ve muhakeme etmekse, bu takdirde, lâik hukukçu hâkimlerin mahkeme mesaisine iştirâki şarttır.

V. — Teşkilâtı muhâkimin talep ettiği gayelere en muvafık gelecek lâik anasır (jüri veya eşöven)'lerden mürekkep ve müteşekkil müctemi hâkimli mahkemelerden (fasıl III e müracaat) hangisinin daha muvafık geleceği hakkındaki suale, bu kadar şamil bulunan noktai nazar kadronun muvacehesinde, mufassal olabilecek bir cevap veremiyeceğiz. Fakat lâik hâkimler vadisindeki, şahsî uzun tecrübelerimize istinaden, şu cihetı aydınlatmak niyetindeyiz:

Lâik hâkimlerin, duruşma sırasında hukukçu hâkimlerin tesir ve nüfuzlarına kapılmamalarına, itina eylemek icab eder. Bunun için de, bunların kendi aralarında veya diğer müzakerat sahalarına çekilmeleri ve bu müzakerat sırasında hukukçu hâkimlerin, derakab tecelli edecek tesirlerine uzak bulunmaları lâzım gelir.

Bu bapta, her Devletin hususî şartlarının en büyük rolü oynadığı muhakkaktır ve Devletin içinde bulunduğu şartlar o Devletin malik olduğu lâik elemanlardan başlayarak, lâik hâkimleri icab eylediği şekilde tatmin, kaybe edecekleri vakit için kendilerini tatmin ve tanzim; keza mahkemenin kâin bulunduğu mahalle kadar gelecek olan bu hâkimlere verilmesi icap eden seyahat ve yol masraf-

1617

ları zımnında Devletin malik bulunduğu malı istitaâta kadar, imtidad eder.

Çünkü lâik hâkimlerin icrayi muhakeme ve kaza edebilmeleri, lüzumsuz bir yük olarak telâkki edilmediği müddetçe iyi olacaktır.

*
* *

VII. — Kadınların, teşkilâtı adliyeye kabul edilmeleri ayrı bir mevzu teşkil eder. Prensip itibariyle, bugün hiç kimse kadınların hâkimlik hususundaki kabiliyetlerine itiraz edemez; bilâkis bazı suçların nev'i için, kadınların erkeklere nisbeten daha kabiliyetli olduklarını telâkki eylemek lâzım gelir. Bununla beraber, kadınların hâkim olarak teşkilâtı adliyeye kabul edilmeleri keyfiyeti (kabule şayan olmaları mevzuu değil), diğer bir çok ahvale merbut bulunmaktadır. Bilfarz, kadınların medenî hukuku, bunların aile ve aile hayatı içindeki ictimaî vaziyetleri bu meyanda nazarı dikkate alınmak lâzım gelir. Bir tez olarak, bu ahval dairesinde, biz muhtelif Devletlerin meseleyi muhtelif şekillerde hal edebileceklerini, öne sürebiliriz.

Terhibî sahada ve ceza muhakemeleri usulü mevzuunda, hâkimlerin (müctemi hâkimli mahkemelerin âzaları, yahut münferit hâkimli mahkeme hâkimleri), Devlet otorite ve mercileri tarafındanmı, yoksa, bizzat millet tarafından mı intihab edilmeleri lâzım gelecektir?

Burada, mes'elenin üssülesasına temas edebilmek için, pek umumî bir surette konuşmamız lâzım gelecektir: Birleşik Amerika Devletleri ile, İsviçredeki ahval ve şeraiti, tenkid eden çok ciddî mahiyetteki muhtelif kanaatler, siyasî partilerin kadroları dahilinde, cereyan eden bilhassa hâkimleri intihab veya yerlerinde brakılmasını gaye ittihaz eden, münakaşalar muvacehesinde, iyi bir âdaletin cereyanı yolunda en iyi teminatın ve hiç olmazsa, hukukşinas hâkimlerin tayini keyfiyetininin münferid ve hâkimleri tanıyan müctemi mahkemelerin teklifi üzerine Devletin yüksek bir mercii tarafından vaki olmasını teklif edeceğiz ve bu kanaatle, Devletin bu yüksek mercii tarafından tayin vazifesiyle mükellef olacak otoriter makamın icra edeceği katinler, teşkilâtı esasiye kanunlarının, berveçhiâti teminat ve zımanında ihtiva edeceği, mütalâasında bulunacağız. İstiklâl, lâyenazillik, lâyetebedellik, münsaip ve kâfi derecede maaşlar, Enrico Ferri'nin «Cezaî ictimaiyat prensipleri» adlı kitabında, müessir bir mürakabaye tâbi tutulmayan adlî otoritenin, en nihayet gayri-kabili tahammül bir zulum müessesesi olacaktır. Şeklindeki sözleri, pek yerinde ve haklı sözlerdir.

Bu Devleti, ayni zamanda hukukî bir Devlet olacağı için, millî bir Devlette mevcut bulunacak lâik hâkimlerin bizzat halkın müdahelesiyle intihab edilmesi hususunda, şüphe caiz değildir. Fakat bu müdahalenin, Devletin esas bünye ve şekliyle hemahenk olması ve Devletin ana'aneleriyle, kabili telif bulunması, zarurî olacaktır.

1018

No: 46

Suçlu Çocuklar Meselesi

Yazan:
Perihan ELDENİZ

Bu makale ile, «yoldan çıkmış ve ve manen tehlikede» diye anılan ve içine suçlu çocuklarla beraber, himaye ve yardım edilmediği takdirde cürüm işlemek tehlikesine maruz olan çocuklar meselesinin halli yolunda bazı mütalâalar arz etmek istiyoruz.

Memleketimizde, 18 yaşından küçük olan mevkuf ve mahkûmların son iki senelik istatistikleri şu rakkamları vermektedir:

18 yaşından küçük olanlar	Mevkuf	Mahkûm
1.1.1937	557	369
1.2. "	563	294
1.2. "	445	283
1.4. "	450	229
1.5. "	470	256
1.6. "	439	238
1.7. "	412	202
1.8. "	471	207
1.9. "	513	210
1.10. "	521	191
1.11. "	510	197
1.12. "	543	216
1.1.1938	452	213
1.2. "	467	244
1.3. "	447	237
1.4. "	432	352
1.5. "	432	407
1.6. "	385	368
1.7. "	424	374
1.8. "	410	361
1.9. "	409	360
1.10. "	426	346
1.11. "	423	362
1.12. "	467	358

1019

Bu rakkamlara göre, 1937 yılında on sekiz yaşından küçük mevkufların sayısı Mart ayında 445 asgarî mevcutla Şubat ayında 563 azamî mevcut arasında mahkûm sayısı, İlk teşrinde 191 asgarî mevcutla İkinci kânun ayında 396 azamî mevcut arasında tahavvül etmişdir.

1938 senesi istatistikleri de küçük mevkufların Haziran ayında 385 asgarî mevcutla, Birinci kânunda 467 azamî mevcut arasında; küçük mahkûmlar sayısının İkinci kânunda 213 asgarî mevcutla, Mayıs ayında 407 azamî mecut arasında tahavvül ettiklerini kayd etmektedir.

Bu rakkamlar hayret edilecek kadar ufak rakkamlardır. Ancak, mühim bir kısım çocuk bu rakkamların dışında kalmakdadır: T.C. K.nun 54 üncü maddesinin 11.6.1936 tarihli tadilinden sonra Adliye Vekâletinin bir tamimi, cürmü işledikleri zaman 11 yaşını bitirip 15 yaşını doldurmamış çocukları cezanın çektirilmesine başlandığı zaman 18 yaşını bitirmemiş olmaları şartıyle, cezalarını 18 yaşını bitirdikleri zaman ve ceza, müruru zamana uğramadığı veya diğer sebeplerle düşmediği takdirde umumî ceza evlerinde çekmek üzere serbest bırakmışdır. Filhakika mezkûr tadile göre «şahsî hürriyeti bağlayıcı cezalar, para cezasından çevrilmiş olsa dahi, eğer suçlu cezanın çektirilmesine başlandığı zaman on sekiz yaşını bitirmemiş ise ceza bir ıslahhanede çektirilir.»

« Ceza bir ıslahhanede çekdirilir . » Hükmü ile tadilden evvelki « çocuklara mahsus yerlerde çekdirilir. » şekli arasında büyük bir fark vardır: tadilden evvel mezkûr çocukların ceza evlerinde kalabilmeleri mümkündü. Hapishaneler nizamnamesinin 90 ıncı Maddesi " On sekiz yaşını tekmil etmemiş olan çocuklar mevkuf bulundukları halde gece gündüz sair mahpsinden ayrı bir mahalde ikamet ettirilecekdir.» Şeklinde olduğundan bu çocuklar ceza evlerinde kendileri için mümkün mertebe tecrid edilen kısımlarda bulunduruluyorlardı. Tamimden sonra 11 ile 15 yaş arasındaki çocuklar tahliye edilmişlerdir. Bunlar arasında cezaları altı aydan itibaren başlayanlar bu gün 105 mevcutlu Edirne çocuk mahkûmlar ıslahhanesine gönderilmekdedir. Bu gün ceza evlerinde mevcut suçlu çocukları, cürmü işledikleri zaman 15 ile 18 arasında bulunanlarla, 11 ile 15 yaş arasında suç işleyip cezalarını 18 yaşına geldikden sonra çekenler teşkil etmekdedir. Bu suretle 15 ile 18 yaş arasında suç işleyen çocuklar cezalarını behemahal ve en ağır şerait içinde ceza evlerinde çekdikleri halde, 11 ile 15 yaş arasında suç işleyen çocukler ekser ahvalde ıslahhanesizlik yüzünden serbest dolaşmakda ve tetkik edilen istatistiklerin haricinde kalmakdadır.

1020

Bundan başka, ceza mesuliyet 11 yaşından itibaren başladığı halde, cürmü işledikleri zaman 11 yaşından ufak fakat tarik ve mümeyyiz olan çocukların dahi, işledikleri cürüm kanunen bir seneden ziyade veya daha ağır hapis cezasına istilzam ediyorsa, T. C. K. nun 53 üncü maddesi mucibince terbiye ve ıslah için devletin idare veya murakabesinde bulunan bir müesseseye gönderilebileceği halde bu şerait içinde bulunan çocuklar için de zarurî olarak ana baba veya vasiye ihtarla iktifa edilmekdedir.

Bu kısa izahat çocuk ıslah müesseselerine ne kadar muhtaç olduğumuzu ve ceza kanunumuzun bu müesseselerin kurulmasına ne kadar müsaid olduğunu göstermek içindir.

Küçük suçluların yaşama ve yetişdirilme şartlarına verilecek istikamet meselesi daima çocuk mahkemeleri mevzuu ile beraber münakaşa olunuyor.

Çacuk mahkemeleri ihdas edildiği zaman yalnız suçlu çocuklar meselesi değil, suç işlemek tehlikesine maruz çocuklar meselesi de hallolunacakdır. Filhakika mezkûr mahkemeler devletle, içtimaî yardım müesseseleri arasında nazım vazifesi görürler. Âdiğ mahkemeler sadece suçlularla meşgul olduğu halde, çocuk mahkemeleri, suçlu çocuklardan başka terk edilmiş veya yardıma muhtaç çocuklarla da meşgul olmakdadır. Hattâ, henüz suç işlenmemiş olan, fakat yaşama şartları ve fizik vaziyetleri itibariyle suç işlemeğe müstaid olan çocukları kurtarmak vasfı çocuk mahkemelerinin biraz vasfı olmak lâzımdır. Zira suçlu çocuklar umumiyetle manen tehlikede çocuklar arasından çıkarlar. Çocuk mahkemelerinin hedefi, çocuklar arasında cürmün, işlenmesinden evvel önüne geçmek; cürüm işlendiği takdirde, ilerde çocuğun çekirdekden yetişme bir suçlu olmasına meydan vermemek için, onu cemiyete yeniden intibak ettirmek hususuna vasıta olmakdır.

Fikrimizce, çocuk mahkemelerinin ve yardımcı müesseselerin kurulmasına başlangıç olmak üzere bir ilmi tedkik bürosu ihdas edilmek lâzımdır. Bu büro, dünya mevzuatında, çocukları ilgilendiren esasları, bütün teşkilât ve müesseseleri tedkik ve hattâ tercümeyle mükellef olmalıdır. Bu sahadaki mevzuat, on dokuzuncu asrın sonuna ve zamanımıza ait olduğundan tedkik güç olmayacakdır. ıslah müesseselerine gelince, bunların tedkikinden yalnız kurulacak olan yeni müesseseler değil, ilerde çocuk mahkemelerile iş birliği edecek bütün yardım teşekkülleride istifade edebilir. Böyle bir ilmî tedkik merkezî, tecrübeli ve yol gösterici bir adliyecinin nezareti altında, genç elemanlarla çalışırsa kendi bünyemiz için verimler elde edileceği şüphesizdir.

1021

Diğer taraftan, çocukları ıslah ve terbiye ederek, okutup sanat öğreterek istidatlarını keşf edecek ve hayata hazırlayacak ; müesseselerden ayrıldıktan sonra onlara iş bulacak ve himayede devam edecek müesseselerin personelini seçmek de ayrıca hususiyet ve ehemmiyeti büyük bir meseledir. Kendilerine tevdi edilecek çocuklara ders, iş, spor, oyun gösterecek ve hattâ boş saatlerinde de hocalık ve arkadaşlık edecek kimselerin yalnız alelâde bir tahsil devresi geçirmiş olanları, hattâ yüksek tahsil yapmış olmaları kâfi değildir, Personel, bu sahada muayyen tecrübe ve bilgiye sahip, sağlam ahlâk ve karakterde, mevzuubahs çocuklara yardım işini kendisine gaye ve meslek edinen gençler arasından titiz bir itina ile seçilmek lâzımdır. Kurulacak müesseselerin personelini hazırlamak üzere bir «İçtimaî yardım mektebi» tesisini de elzem görüyoruz. Hasta bakıcı olmak için nasıl muayyen derslerle tatbikat görmek, hattâ muayyen zihniyete sahip olmak lâzımsa, içtimaî hastalıklarla uğraşacak olanların da kendilerinden beklenen vazifenin verim ve mesuliyetini bilmeleri ve içinde çalışacakları muhite uygun usulü bulabilmeleri için bir içtimaî yardım mektebinden geçmek zarureti vardır. Böyle bir mektep, muhtelif hususî hayır teşekküllerinin verimlerini arttırmak hususuna da hizmet edebilir. Bundan başka müesseseler haricinde, yoldan çıkmış veya manen tehlikede çocukların bizzat kendileriyle, aile ve mektep muhitleriyle temasda bulunarak çocuk mahkemesine muntazam raporlar verecek, suçlu çocukların takibinde polise yardım edecek, fabrikalarda ve muhtelif yerlerde ıslah hanelerden çıkdıkdan sonra iş bulunmak suretiyle yerleşdirilen çocukları ziyaret ve murakabe edecek bütün memurları yetişdirebilir.

Bu iki esas hallolunursa çocuk mahkemeleri ve ıslah müesseseleri mevzuunda yep yeni yollar açılacağı şüphesizdir.

1022

Adliye Ceridesine abone kaydı ve sair kitapların sipariş şartları

I — Kitap almak isteyenler kitabın bedelini bulundukları yer mal sandığına yatıracaklar ve para karşılığına alacakları hasılatı müteferrika makbuzunu oturdukları yerin C. Müddeiumumiliğine teslim ile istedikleri kitabın adını ve açık adreslerini kayıt ettireceklerdir.

II — C. Müddeiumumiliği teslim aldığı makbuzu ve istenilen kitabın adı ile alıcının açık adresini Adliye Bakanlığına gönderecektir.

III — Kitaplar yine C. Müddeiumumiliği vasıtasile ayrıca posta ücreti talep edilmeksizin Bakanlık Neşriyat Müdürlüğünden alıcının göstermiş olduğu adrese gönderilecektir.

IV — 938 yılından evvelki yıllara ait Adliye Ceridesinin hiç mevcudu kalmamıştır. Bu münasebetle geçmiş yıllar için Adliye Ceridesine abone kaydı dileği kabul edilemez.

V — 938 ve müteakip yıllar içerisinde çıkacak olan Adliye Ceridesine abone kaydı için de birinci ve ikinci maddede yazılı şekil tatbik olunur.

VI — Yeni neşriyat Adliye Ceridesi kapağında muntazaman gösterilecektir.

1023

Adliye Ceridesi

Perakende satışı 30, yıllık abonesi 300 kuruştur.

Adliye Bakalığı tarafından bastırılıp mevcudu bulan kitapların isimleri bedelleri aşağıda, tedariki yolu da kapağın iiçinde gösterilmiştir.

	Kuruş
Ceza Muhakemeleri U. kanunu	125
„ „ „ „ kalem talimatı	50
Ceza Muhakemeleri „ „ alfabetik fihristi	75
Tadillerinden sonra Ceza M. U. Kanunu üzerinde bazı izahlar	50
Ceza Muhakemeleri usulü kanunu esbabı mucibesi	50
İngiliz ceza usuli	75
Meşhut suçlar kanunu	15
Şahitlik ve şahidin psikolojisi	30
Deniz ticareti kanunu	50
Kanunu medenî (eski harflerle)	100
„ „ tatbikatı kanunu	35
Yeni hâkimler kanunu	100
Hukuku esasiyede yeni temayüller	75
Ceza K. üzerinde bir inceleme	75
1 - 149 Adliye ceridesi fihristi	100
Bağlamlar kanunu şerhi (H.Oser)	150
Maliye ilmi	100

	Kuruş
Velâyet Vesayet talimatı	550
930-934 temyiz ticaret H. umumiyesi kararları	1550
935 yılı temyiz hukuk kararları	1225
935 yılı temyiz ceza kararları	1225
Orman işleri (Hususî kanunlar ve cezaları)	775
Cezalı kanunlar ve bunları tatbik eden mercîler üzerinde mülâhazalar	440
Devletler umumî Hukuku cilit 1	2230
„ „ „ „ 2	1150
Hukuk Mahkemesinde Hak Nasıl Müdafaa edilir.	60
Cinaî İlmibeşer	40
Varşova konferansı	75
936 Yılı Temyiz Kararları Ceza kısmı	1125
936 Yılı Temyiz Kararları Hukuk kısmı	1125
937 Yılı Temyiz kararları ceza kısmı	1125
937 Yılı Temyiz kararları Hukuk kısmı	1125
1928-1937 Tamimler mecmuası	175

1024