# Adliye Ceridesi

T. C.
Adliye Vekilliği tarafından her ay
neşrolunur

*Otuzikinci sene*
*11 inci sayı*

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası
1941

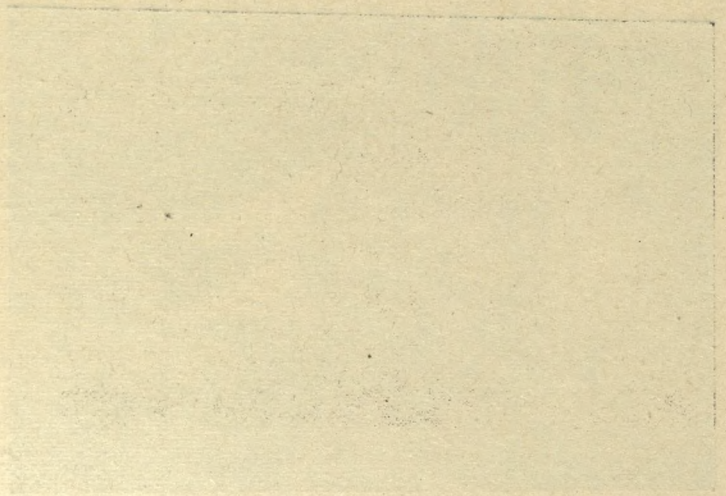
# İÇİNDEKİLER


| No. | | Sahife No |
|---|---|---|
| 41 | **Af salâhiyeti**.... ..... *(Yazan : Profesör Tahsin Adam)* | 849 |
| 42 | **Necip Ali Küçüka**..... ..... *(Yazan: Dr. Hikmet Belbez)* | 868 |
| 43 | **Temlik, Çevirme**..... *(Yazan: Dr. Ferid Ayiter Ticaret Vekâleti Hukuk Müşaviri)* | 871 |
| 44 | **Yeni Türk Ceza Kanunu üzerinde tetkikler** . *(Yazan: Burhan Köni)* | 896 |
| 45 | **Sulh Mahkemeleri tarafından verilen hacır kararları aleyhinde Medenî Kanunun 372 inci maddesine istinaden Asliye Mahkemesi nezdinde itiraz olunamaz, ancak temyiz yoluna gidilebilir**..... *(Yazan : Akil Önder Ankara Sulh Hâkimi)* | 904 |
| 46 | **Suçlu Antropolojisi ve geçirdiği tekâmül safhaları**..... *(Yazan: Nurullah Kunter Hukuk Doktoru İstanbul)* | 909 |
| 47 | **Devlet aleyhinde işlenen suçlar (Bu yazının baş tarafı 1941 Yılı Adliye Ceridesi sayı 7, sahife: 472)**..... *(Yazan: Ragıp Öğel Divanı Muhasebat Baş Murakıbı)* | 915 |
| 48 | **Yeni İsviçre Ceza Kanunu**..... ..... *(Yazan: IUR. Pulat Gözübüyük) Sultan Ahmed I. inci Sulh Ceza Mahkemesi Stajiyer Hâkimi İstanbul* | 935 |
| 49 | **Kanunların Teşkilâtı Esasiye Kanunlarına muhalif olup olmadığının bahsinde Amerikan sistemi. (Bu yazının baş tarafı 1941 Yılı Adliye Ceridesi sayı 10, sahife: 785)**..... *(Yazan: Dr. Ekrem Şahenk) Maliye Vekâleti Büdce ve Malî Kontrol Umum Müdürlüğü Kontrol Şubesi Müdürü)* | 941 |
| 50 | **Poliçede muhatabın kabulü**..... *(Yazan: Targan Hacim Çarıklı) Paris Hukuk Fakültesi Mezunu)* | 950 |
| 70 | **Para ve itibar mekanızmasının doğurduğu hukukî meseleler (Konferans No. 70)**..... *(Konferansı veren: Hazım Atıf Kuyucak) Zonguldak Meb'usu Profesör* | 958 |
| | **3780 Sayılı Millî Korunma Kanununa göre Resmî Gazetede neşrolunan kararnamelerin tarih ve No. larını havi liste**..... | 974 |



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

429



No. 41

# Af Salâhiyeti [1]

*Necib Ali Küçüka'ya*
*In memoriam*

Yazan: Prof. T. Adam

Esasiye hukukumuzda af salâhiyeti bahsi kadar metinleri fena kaleme alınmış, hükümleri ahenksiz veya mütenakız, parlemento teamülü en şaşırtıcı ve fikirlerin en muğlak bulunduğu bir bahsin mevcut olmadığını zan ediyoruz. Teşkilâtı Esasiye kanununun 26 ıncı maddesi meclisin vezaifi meyanında «umumî ve hususî af ilânı, cezaların tahfif ve tahvili, tahkikat ve mücazatı kanuniyenin tecili, mahkemelerden sadır olup kat'iyet kesbetmiş olan ilâm hükümlerin infazı» hususlarını da zikretmektedir. 42 inci madde (ferdî af) «Reisicümhur .... gibi şahsî sebeplerden dolayı muayyen efradın cezalarını iskat veya tahfif edebilir» diyerek Cümhurreisinin af salâhiyetini tanımaktadır. Ayrıca 54 üncü maddenin ikinci bendi mahkemelerin mukarreratını Türkiye Büyük Millet Meclisi ve İcra Vekilleri Hey'eti hiç bir veçhile tebdil ve tağyir ve tehir ve infazı ahkâmına mümanaat edemez» hükmünü koymaktadır. Böylece af salâhiyetinin statüsünde bazen birbirine muhalif bazen muhtelif yerlerde mükerreren yazılı beş unsur mevcuttur ki bunlar da: mahkeme kararlarının her türlü müdahalâttan âzade oluşu, Büyük Millet Meclisinin *umumî* ve *hususî af hakkı,* cezaları tecil, tahfif, tahvil hakkı, Cümhurreisinin *ferdî* af hakkı, Büyük Millet Meclisinin idam cezalarını infaz ettirmek hakkı, hususlarıdır. Bu karışık vaz'iyete vüzuh ve intizam verebilmek için biraz mukayeseli hukuk yapmayı ve bu hukukî müessesenin diğer memleketlerde halen bulunduğu vaz'iyetle geçmişteki vaz'iyetini tesbit etmeyi faydalı addediyoruz.

## I

## Af salâhiyetinin şumulü

*Menşeler* — Af salâhiyeti Roma Hukukunda da mevcuttu. Senato

[1] Mümtaz hukukçu ve devlet adamı Necib Ali Küçüka', af salâhiyeti hakkında bir tetkik yaparak bu sütunlarda neşretmeyi düşünmüş ve bu hususta bibliyoğrafik araştırmalara başlamıştı. Mesaisinin bu safhasında iken, beklenilmiyen ölümü bu fikrinin tahakkukuna mani oldu; bu sebeple hatırasını taziz için yapacağımız bir tetkikte aynı mevzuu ele alarak aynı sütunlarda neşretmenin muvafık olacağını düşündük.

ve Prens bir mahkûma *Absolutio* veya *İndulgentia* veyahut da *Restitutio in integrum* bahşederek onu affetmek hakkına malikti. Orta çağda, kanunun herkes için umumî ve yeknesak bir kaide olduğu teslim edilmekle beraber, istisnaî olarak, teşriî, icraî ve kazaî kuvvetleri elinde toplıyan Prensin, kanunun umumî kuvvet ve şumulü baki kalmak şartile, haklı bir sebep oldukça bir ferdi veya muayyen bir vak'ayı kanunun tatbikatından muaf tutabileceği de kabul ediliyordu. Prens bir mahkûmun cezasını affetmekle veya mahkeme tarafından verilmiş olan hükmü iptal etmekle «Justice retenue» denilen hakkını kullanıyordu; her türlü adaletin kaynağı olan Prensin, kendi mahkemelerinden birinin vermiş olduğu kararı değiştirmiye tamamen hakkı vardı. Zira mahkemeler bir mümessil vazifesini görüyorlardı ve temsil salâhiyeti, sebep göstermeksizin her zaman geri alınabilirdi. Bu suretle Fransız kralları muayyen bir suçun cezasını affetmek veya muayyen bir suça müteallik takibatı imkânsız bırakmak maksadile, affetmek istedikleri kimselere „afnameler" gönderdiler. Monarşik mutlakiyetin zevali ve Demokrasi prensiplerinden tefriki kuvvanın doğuşu ile, af salâhiyeti sahibini değiştirerek ikiye ayrıldı: Umumî af ve Hususî af.

İlk darbe İngiltereden geldi. III üncü EdWard zamanında vazedilen *Act of Settlement*, *İmpeachment* halinde, yani bir mahkeme vaziyetinde olan Lordlar kamarasında Avam kamarasından bir Nazır aleyhine ittihamlarda bulunulması halinde, (Teşkilâtı Esasiyemizin 42 inci maddesindeki ikinci bendin eski menşeleri *Act of Settlement*, de aranabilir) Kralın, af salâhiyetini kullanamıyacağını kararlaştırdı. *Bill of Rights*, badema umumî afların ancak Parlemento tarafından, İngiliz hukukunda *Bill of İndemnity* denilen vasıta ile, bahşolunabileceğini tesbit etti.

Fransada ihtilâl, af hakkını icraî kuvvetin kazaî kuvvetin salâhiyetine bir tecavüzü mahiyetinde telâkki ettiği gibi, cinayet davalarında jürinin müdahalesi bulunduğu mütalâasile de affın lüzumsuz olacağı kanaatile bunu kaldırdı. (1791 tarihli Fransız Ceza kanununun 52 inci maddesi). Fakat biraz sonra Konsüllük zamanında X uncu senenin 16 termidorları kararile af hakkı yeniden meydana çıktı. (Madde 86)

1814 ve 1830 kanunu esasileri mesele hakkında sükûtu muhafaza etmekle beraber, doktrin ve içtihadlara göre kralın af salâhiyeti vardı. 1848 kanunu esasisi hususî af selâhiyetini Devlet Reisine ve umumî af salâhiyetini de parlementoya vermek suretile makûl bir teklifi ihtiva ediyordu. İmparatorluğu ihya eden 25-30 Teşrinisani-

1852 tarihli kararnamenin Birinci maddesi «İmparator hususî af bahşetmek ve umumî af ilân etmek hakına malikdir» hükmünü koydu. Fakat İmparatorluğun sukutundan sonra 17 Haziran 1871 tarihli kanun ve 25 şubat 1875 tarihli esas teşkilât kanunu ile (Madde 3, fıkra 2 ) yukarki makul tefrik yine meydana çıktı.

***

İşte bugün Demokratik memleketlerin Teşkilâtı esasiyelerinde af hususunda mevcut müşterek esasları, bu tefrik teşkil etmektedir. Bu tefrikle hususî af salâhiyeti İcra kuvveti Reisine tevdi edilmiş halbuki umumî af salâhiyeti teşriî kuvvete bırakılmıştır.

Af meselesinde husule gelen bu ayrılığın sebebini iyice anlıyabilmek için hususî affı umumî aftan ayıran farklara nüfuz etmek lâzımdır:

1 — Umumî af, muayyen bir şahsı değil, fakat bazı ahvalde veya muayyen bir zamanda yapılmış olan kanuna muhalif hareketlerin şu veya bu nevilerini istihdaf eden umumî bir tedbirdir. Halbuki hususî af şu veya bu şahsı istihdaf eden ve cürmün mahiyetini değil mücrimin şahsiyetini nazarı itibara alınarak ittihaz edilen bir tedbirdir.

2 — Umumî af cezrî ve küllî neticeler tevlit eder. Halbukî hususî affın neticeleri kısmî ve mahduttur. Umumî affın neticeleri şu manada umumîdir ki hukukî netice ve tesirler de mahkûmiyetle beraber aynı zamanda zail olur. Mahkûmun adlî sicili yine eski halini alır. Umumî af verilen cezanın tamamen zail olması manasında umumidir. Halbuki hususî afta cezanın affı kısmî olabileceği gibi, cezanın tahvil ve tahfifinden de ibaret kalabilir. Bundan başka hususî af mahdut neticeler tevlit eder; çünkü ancak cezanın infazına mani olur, fakat mahkûmiyet bakidir ve aynı zamanda hukukî netice ve tesirler de mahkûmiyete bağlı olarak kalırlar. Affedilen şahsın adlî sicilli, mahkûmiyeti ve buna müteferri hukukî netice ve tesirleri muntazaman kayda devam eder.

Nihayet umumî af ile hususî af arasında mevcut son bir farkı da tebarüz ettirmek lâzımdır. Birincisi açılan âmme davalarını durdurur. ve ilânında henüz açılmamış olan âmme davaları artık açılamaz. Halbuki hususî af mutlaka mahkûmiyet kararından sonra müdahale eder. Çünkü tevlit ettiği netice bu cezanın yerine getirilmesini bertaraf etmekten ibaret olduğu için, ceza verilmemiş olsa idi ortada hususî af mevzuu kalmazdı.

Bu tahlilden sonra, umumî afla hususî affın neticeleri ve bu tefrikin mevcudiyeti sebepleri daha iyi anlaşılabilir. Filhakika kanunları vazeden parlementodur. Kanunların umumî ve mücerret oluşu, tatbiklerinde vatandaşlar için bir müsavat temin etmektedir. Umumî af ile bu müsavat vatandaşların büyük bir kısmı lehine ihlâl edilmiş olur. Halbuki hususî aftan, cezasının küllî ve bazen de kısmî olarak affı suretile küçük bir akalliyet, hatta ekseriyetle yalnız bir tek şahıs isfade etmektedir. Diğer taraftan umumî af ilân edilince hem kanunların tatbiki talik edilir ve hem de mahkeme kararları icra edilmez. Hususî afta kanunların hemen hemen ihlâl edilmedikleri söylenebilir. Çünkü cezanın infazından, hâkimin iradesine aykırı olarak affedilmiş olan şahıs, mahkûmiyete ve bunun hukukî netice ve tesirlerine katlanacak ve adliye sicili, kanunların tatbik edilip edilmediklerini gösterecekdir. Binaenaleyh vatandaşların kanun nazarında müsavatı prensibi, umumî afta, hususî aftan daha ziyada ihlâl ediliyor demektir.

Umumî af ilân etmek hakkı icra kuvveti reisine verilirse, mütemadi af kararlarile vazıı kanun tarafından konulan tekmil cezaî ahkâmı bertaraf etmek ve hatta hükümsüz bırakmak, kendisi için tamamen mümkün olacaktır. Halbuki böyle bir netice hususî af hakkının istimalile elde edilemez. İcra kuvveti reisinin elindeki umumî af salâhiyeti hem kanun önünde müsavat ve hem de kuvvetlerin muvazenesi prensipleri için bir tehdit teşkil eder. İşte bunun içindir ki modern demokrasi harekitinin doğuşu, hususî af salâhiyetinin İcra kuvveti reisine verilmesi, umumî af salâhiyetinin de teşrîî kuvvete tevdii suretinde tecelli eden tefrik ile baraber olmuştur. İki hukukî müessese arasındaki bu çok sarih tefrik şekle aid bir kriteryomun takibile hukukî istidlâllere yer verebilecek çok kıymetli avantajlar arzetmektedir. Böylece parlemento tarafından ilân edilen her affın bir umumî af olduğu bilindikçe, metinler meskût bulunsa dahi bunun hükümleri hukukî neticelere ve takibata da teşmil edilebilir. Aynı suretle, affı İcra Kuvveti bahşetmişse muamelenin mahiyeti derhal anlaşılır: Bu her halde hususî bir aftır.

*Mevzuatımız:* Af hakkında esas teşkilâta müteallik mevzuatımızın iki vasfı mümeyyizi vardır. Af nev'ilerinin çokluğu ve af etmek hususunun Büyük Millet Meclisinin elinde toplanmış olması af salâhiyetlerinin istimal tarzında ve mefhumlarında bir karışıklık meydana getirmektedir.

A) Af nevilerinin çokluğu: Filhakika ana kanunumuz altı nevi af nazarı itibara almaktadır.

1 — Hususî af — Bu af Büyük Millet Meclisi tarafından bahşedilmiş ve hukukî statüsü teşkilâtı Esasiye kanunu tarafından değil fakat ceza kanunu tarafından tayin edilmiştir. Türk Ceza K. nun 98 inci maddesine göre hususî af «havi olduğu sarahata göre cezayı ortadan kaldırır veya değiştirir ve daha ağır cezadan mübeddel olan cezaya kanunen ilâve edilmiş bulunmak şartile mahkûmun kanunî mahcuriyetini de ref'eder. Ancak kanun veya kararnamesinde hilâfı yazılı olmadıkça fer'i ve mütemmim cezalara tesir etmez».

2 — Umumî af — Aynı şekilde bu nevi afların da statüsü Ceza Kanunu ile tesbit edilmiştir. Mezkûr K. nun 97 inci maddesine göre «umumî af, hukuku âmme davasını ve hükmolunan cezaları bütün neticelerile birlikte ortadan kaldırır» hükmünü koymaktadır. Keza umumî af Büyük Millet Meclisi tarafından bahşedilir.

Mevzuatımızdaki umumî af ile hususî af mukayese edilirse her arasında ikisi dört fark gösterilebilir.

a) Umumî af demokratik memleketlerin teşkilâtı esasiyeye müteallik örfü adetlerine uygun olarak küllî bir şekilde hüküm tevlit eder [1]. Halbuki hususî af kısmî olabileceği gibi cezanın diğer bir ceza ile değiştirilmesine müteallik de olabilir. Hatta bazan küllide olmaktadır.

b) Umumî af kaldırılan cezanın netice ve tesirlerini de ihtiva etmek suretile cezrî şekilde nüfuzunu icra eder. Halbuki Hususî af ancak vazıı kanunun sarih bir surette bu cezrî hali kasteddiği zeman esaslı bir nufuz icra eder.

Bu iki nevi af arasında bunları bahşedecek salâhiyettar uzuvlara göre yapılmış bir tefrik Teşkilâtı esasiye kanunumuzda bulunmadığından dolayı, affa müteallik mevzuatın tefsiri başka usullere tâbidir. Filhakika ceza kanununun 98 inci maddesinin sondan bir evvelki fıkrasına göre: «Kanunun meskût bulunduğu hallerde af bahşedilmiş farzedilir».

Affın bünyesini teşrîî ve esas mevzuatımız bakımından tahlil etmek suretile bu noktayı daha iyi anlamış oluruz.

c) Mahkûm hususî af yolu ile serbest bırakılırsa, kanunda muhalif serahat olmadıkça, üç sene müddetle emniyeti umumiye nazareti altına alınır.

d) Umumî afta, hukuku âmme davaları ortadan kalkar halbuki hususî afta böyle bir vaz'iyet hasıl olmaz.

[1] Büyük Millet Meclisi tarafından 20 Nisan 1340 Tarihli teşkilâtı Esasiye kanununun kabulünden beri hiç bir umumî af kanunu bu isimle zikredilmemiştir. Son olarak "affı umumî kanunu„ ismi, teşkilâtı esasiye kanununun kabülünden dört gün evvel kabul edilen "affı umumî„ kanuna verilmiştir.

e) Hususî af muayyen şahıalara şamildir. Halbuki umumî af muayyen cezalara uğramış gayri muayyen kimselere şamildir.

***

3 — Cezların tahfif ve tahvili - Bu af şekli haddi zatında hiç bir hukukî mevcudiyete malik değildir ve her halde bir yazı hatası olarak kanunun metnine geçmistir. Filhakika bu af, Ceza K. nun 98 inci maddesile «cezayı azaltır veya değiştirir» şeklinde tarif edilmiş olan hususî affa tevafuk etmektedir. Teşkilâtı Esasiyenin gözden geçirilmesi mevzuu bahsolursa kanunun tekniği ve serahatı bakımından, bunun bertaraf edilmesi icabeder.

4 — Tahkikat ve mücezatı kanuniyenin tecili - Teşkilâtı Esasiye kanununda bu nevi affın statüsü hakkında kezalik bir malûmat yoktur. Ceza kanununda da bu hususta hiç bir şeye tesadüf edilmemektedir. Teşriî tecil yalnız mahkûmiyetlere değil fakat hukuku âmme davalarına da şamil olması itibarile umumî af ile bir benzerlik arzetmektedir. Ancak şartî mahiyeti göz önünde tutulmalıdır. Bu suretle bazı kabahatların affı ve bazı cürümlerin tahkikat ve cezalarının tecili hakkındaki 15 Mayıs 1929 tarihli ve 1441 numaralı kanunun 26 ıncı maddesi"... Diğer cürümlerden maznun veya gıyabında veyahut vicahında mahkûm olanların haklarındaki takibatın icrası ve hükmün infazı tecil edilmiştir demektedir». Buna benzer bir hüküm 10 kânunusani 1933 tarihli ve" Askerî şahıslar tarafından işlenip askerî mahkemelerce rüyet ve hükme rapt edilen veya henuz görülmekte olan suçların af ve teciline dair» 1741 numaralı kanunda da mevcuttur. Aynı suretle 9 Mayıs 1928 tarihli ve 1939 numaralı, «Şark mıntakasında muayyen vilâyet ve kazalarda ceraim takibatı ile cezaların tecili hakkındaki kanun» buna benzer bir hükmü ihtiva etmektedir.

Umumî af küllî neticeler tevlit etmesi dolayısile tecilden ayrılır. Filhakika umumî af cezayı azaltmaz fakat temamen ortadan kaldırır. Halbuki vazıı kanunun bir tecil kanununa kısmî neticeler tevlid ettirdiği bazan vakidir. Meselâ 15 Mayıs 1929 tarihli kanun «cezalarının üçte birini bitirenlerin geri kalan cezaları tecil edilmiştir..... hükmüne göre mahkûm olanların bakiyei cezaları tecil edilmiştir» hükmünü koymuştu.

Hususî af hukuku âmme davalarına temas etmemesi ve mahkûmiyetin netice ve tesirlerine şamil olmaması dolayisile tecilden ayrılır. Çünkü tecilide mahkûmiyet cezrî surette zail olduğu cihetle, hukukî tesir ve neticelerde mahkûmiyetle birlikte ortadan kalkar. 15 Mayis 1929 tarihli ve 1441 numaralı kanunun 8 inci maddesine göre: »

*Yukarıdaki müddetler içinde diğer bir cürüm işlemeyenlerin evvelki cürümleri işlenmemiş sayılır*». Aynı formül 9 Mayis 1928 tarih ve 1741 numaralı kanunun 7 inci maddelerinde de kullanılmıştır. Tecilin mahkûmiyet üzerine cezrî ve makable şamil hükümleri karşısında hukukî netice ve tesirlerinin aynı veçhile zail olacağı pek âlâ kabul edilebilir.

Bunula beraber bu görüş tarzına muhalif olarak 13 Mayis 1933 tarihli ve 2176 numaralı kanuna raslanmaktadır. Bu kanun tecilin hukukî netice ve tesirlere şumulü olmadığını zımnî ve fakat vazıh bir şekilde bildirmektedir. Filhakika mezkûr kanunun birinci maddesi şu şekildedir: «Rizede şapka hadiselerinden dolayı onar sene kürek cezasına mahkûm edilip 15 Mayis 1929 tarihli ve 1441 numaralı kanuna tevfikan cezaları tecil edilmiş olan Rizeli Hasan efendi oğulları Hulûsî ve Osman Zeki efendilerin mahkûmiyetleri bütün hukukî neticelerine de şamil olmak üzere af edilmiştir .» Bu mes'ele hakkında tanzim edilen 4 mayis 1933 tarihli Adliye Encümeni mazbatasında [1] daha kat'i bir vaz'iyet alınmıştır: «Bu mahkûmiyetin üç buçuk senesini İstanbul umumî hapishanesinde çekdikten sonra 1929 tarihinde neşredilen kanuna tevfikan cezaları tecil edilerek itlak olunmuşsada, af mahiyetinde olmayan bu tecilin mahkûm oldukları cezanın fer,i tesiratını izale etmediğinden bir meslek ve san'ata intisap eylemedikleri ve bu halin kendileri hakkında sefalet ve perişanlığı mucip olduğu cihetle.....» denilmektedir. Fikrimizce burada vazii kanun tarafından yapılmış bir yazı hatası mevcuttur. Filhakika tecilden istifade iki şarta bağlanmıştır: Mahkûmiyetin infazına müteallik infisahı şart, mahkûmiyete müteferri hukukî netice ve tesirlere müteallik taliki şart.. Binaenaleyh mahkûmiyetin icrası bakımından tecil âni bir tesir yapmakta, halbuki hukukî tesir ve neticeler için tesirini 10 sene sonra husule getirmektedir (Cürmün mürurı zeman müddetinin yarısı). Halbuki Hulûsi ve Osman Zeki'nin vaziyetleri 1939 senesine kadar beklemeye müsait bulunmadığından dolayı bu vaziyetlerine nihayet vermek maksadile vazii kanun bunlar için, mahkûmiyetin hukukî netice ve tesirlerine de şamil olacak bir af bahşetmiştir. Halbuki haddızatında vaziyet yukarıda zikredilen taliki şartın kaldırılmasından ibaretti.

Vazıı kanunun yaptığı tecil ile Ceza K. nun 89 - 95 inci maddelerinde zikredilen tecil arasında şu müşterek hususiyet vardırki, eğer — derpiş edilen müddet zarfında tecilden istifade edecek şahıs tekrar mahkûm olmazsa, her ikiside makable şamil bir hüküm tevlit ederler. Fakat iki noktada bu teciller bir birinden farklıdır.

1 — Vazıı kanunun yaptığı tecilde, «cürmün tekerrürü halinde

[1] T. B. M. M. zabıt ceridesi . 1933, sıra No: 155

hakların da Türk Ceza K. nun memnu fiillerle cezaların içtimaı hakkındaki hükümleri tatbik olunur» [1]. Halbuki Ceza kanunundaki tecilde «Her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur.»

2 — Vazıı kanunun tecilinde kat'iyet kesbetmesi için lâzım olan müddet, mevzubahis mahkûmiyeti intaç eden suçun müruru zemanına göre değişir. Halbuki ceza kanununun tecilinde müddetler değişmez. Filhakika yukarıda zikredilen kanunlarda, (1741, 1441, 1239 numaralı kanunlar): «tecil olunanlar dehaletleri tarihinden itibaren yaptıkları cürüm ve kabahatlar veya hükmün tâbi olduğu müruru zeman müddetinin yarısı içinde aynı neviden veya daha ağır bir cezayı müstelzim . . .» denilmektedir. Halbuki Ceza kanunun 95 inci maddesinde: «Kabahat ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden bir sene zarfında bir cürümden veya evvelce hükmü veren mahkemenin dairesinde diğer bir kabahattan dolayı hapis cezasına ve hapis ile mahkûm olan kimse dahi yine hüküm tarihinden itibaren beş sene zarfında hapis veya daha ağır bir cezaya mahkûm olmazsa . . .» [2] denilmektedir.

Bu mukayeseler delâletile, tahkikat ve mücazatı kanuniyenin tecili hususunun tıpkı bir «şartı umumî af» gibi telâkki edilebileceği söylenebilir. Ancak vazii kanun sarih bir hükümle tecile 15 Mayıs 1929 tarihli (numara 1441) kanunda olduğu gibi, kısmî neticeler tevlit ettirmek istediği haller bu telâkki tarzının istisnasını teşkil eder.

5 — Mahkemelerden sadır olup kat'iyet kesbetmiş olan idam hükümlerin infazı:

Bu nevi affın mevcudiyeti tarihî sebeblerle izah edilmektedir. Bir âmmeci bu affı şöyle izah etmektedir: «Vaktile idam hükümlerinin infazını padişah emrediyordu. Saltanatın ilgası üzerine bu salâhiyet hâkimiyetin yegâne mümessili olan Büyük Millet Meclisine hasredildi» [3]. Eğer bu affın mevcudiyeti ancak tarihi sebeplerle izah edilebiliyorsa bunun idamesi için hiç bir mantıkî delil ileri sürülemez. Çünki af hakkile bir ikilik teşkil etmektedir.

[1] 9 Mayıs 928 tarih ve 1339 numaralı kanunun 4 üncü maddesile 15 mayıs 1929 tarih ve 1441 numaralı kanunun 8 inci maddesi bu şekilde bir hüküm koymaktadır. 10 kânunu sani 1931 tarih ve 1741 numaralı kanunun 7 inci maddesi: "1632 numaralı Askerî ceza K. nun 43 üncü maddesindeki cürüm ve cezaların içtimaı hakkındaki hükümler tatbik olunur„ demektedir.

[2] Teşrii tecilin kayda değer ikinci bir hususiyeti daha vardır; 15 Mayıs 1929 tarih ve 1441 numaralı kanunun 7 inci maddesile 10 kânunu sani 1931 tarih ve 1741 numaralı kanunun 6 ıncı maddesi aynı hükmü ihtiva etmektedirler: "Tecilden istifade edenler hakkındaki takibat ve muhakemeleri icra olunur, mahkûm olurlarsa cezaları tecil edilir.„

[3] Osman Nuri Uman. *Ana Yasa Hukuku*, sahife 152.

«İdam hükümlerinin infazı hakkı» için bunun evvelâ formalite olduğu, saniyende lûzumsuz bir formalite olduğu söylenebilir.

İdam hükümlerinin infazı hakkı bir formalite mahiyetindedir. Bu mahiyet, hakkını kullanması için Büyük Millet Meclisine, hükûmetin gönderdiği tezkerelerin ifadesinden de anlaşılmaktadır. Filhakika Baş Vekâletin Büyük Millet Meclisi Riyasetine gönderdiği tezkerelerde şu ifade kullanılmaktadır: «..in ölüm cezasına çarpılması hakkında.... Ağır ceza mahkemesince verilen ve evvelce Temyiz ... dairesince tasdik edilmiş ve Teşkilatı Esasiye K. nun 26 ıncı maddesi mucibince *kanunî merasim temamlanmak üzere* Adliye Vekilliğinden ... tezkere ile gönderilmiş olan iki ilâm ve bu işe ait diğer evrak sunulmuştur».

Bu lûzumsuz bir formalitedir. Zira Büyük Millet Meclisi kat'iyet kesbetmiş olan bir hükmü değiştirmek isterse bunu sadece af salâhiyetini kullanarak yapabilir. Mahkûm tarafından çekilecek cezanın ne olacağını söylemeden, yalnız infazına mani olmak mes'eleyi bir çıkmaza sürüklemekten ibarettir. Halbuki mahkûmun cezasının ne olacağı ancak af salâhiyetinin kullanılması ile teayyun edebilir. (cezanın ağırlaştırılması, faraziyeye göre imkânsızdır).

Bu iddiaya karşı, bu luzumun Büyük millet meclisine af salâhiyetini kullanmak fırsatını vermekten ibaret bulunduğu, dermeyan edilebilir. Adliye Encümeni mazbatalarında kullanılan formül de bu noktai nazarı teyit eder bir mahiyettedir. Formül şudur: « . . . Mahkûm X . . hakkında hükmolunan bütün cezasının tahfif ve tahvilini müstelzim hiç bir sebep görülmediğinden Teşkilâtı Esasiye K. nun 26 ıncı maddesi mucibince mezkûr cezanın infazına karar verilmesi hususunun hey'eti umumiyeye arzına karar verildi» .Böyle bir teyidin iltizam edilmesine imkân yoktur. Çünkü, mahkûm, Hükûmet, Mebuslar, Büyük Millet Meclisinden her zeman bir af talebinde bulunmak imkânına malikdirler.

Şeyh Sait isyanı esnasında 4 Şubat 1341 tarih ve 117 numaralı bir kararla Büyük Millet Meclisi idam kararlarının infazı salâhiyetini isyan mıntıkasında bulunan İstiklâl mahkemelerine terketmişti. Daha sonraları 15 Mayıs 1940 tarih ve 3832 numaralı kanunla ilğa edilmiş bulunan 31 Mart 1341 tarih ve 595 numaralı kanun infaz selâhiyetini Divanı harplere vermişti. [1]. Bu kararların Teşkilâtı

[1] "Hali harpte yahut müsallâhen ve müçtemian isyan vuukunda şahsî harekat ve isyandaki idarî örfiye mıntakalarında müteşekkil bilumum divanı harplerden sadır olan idam kararları Ordu veya Kolordu veyahut Müstakil fırka veya Mevkii müstahkem Kumandanları tarafından badettasdik derhal infaz olunur„. 2884 sayılı kanunun 33 üncü maddesi diyorki: "İdam hükümlerinin Vali ve Kumandan tarafından tecile lüzum görülmediği takdirde infazı emrolunur. . . „

Esasiyeye uygun olup olmadıklarından şüphe edilebilir. Çünkü Büyük Millet Meclisi Teşkilâtı Esasiyeden neş'et eded salâhiyetleri ancak Teşkilâtı esasiyeye uygun bir usulle terkedebilir. Fazla olarakta 26 ıncı madde « . . . Kat'iyet kesbetmiş olan idam hükümlerinin infazı gibi vezaifi *bizzat kendisi* ( Büyük Millet Meclisi ) ifa eder» şeklinde oldukça, bu salâhiyet terki daha fazla bir uygunsuzluk arzetmektedir.

6 — Reisi Cumhurun ferdî af selâhiyeti. (Teşkilâtı Esasiye kanunu madde 42)

Ferdi affın hukukî mahiyeti ne Teşkilâtı Esasiyede ve nede ceza kanununda tasrih edilmemiştir. Diğer taraftan başka memleketlerin Teşkilâtı Esasiye kanunlarında böyle bir müesseseye tesadüf edilmez. 42 inci madde bu affın «Daimî malûliyet veya şeyhuhet gibi şahsî sebeplerden dolayı» bahşedildiğini bildirmektir. Halbuki tetkiki mizin «giriş» kısmında gördüğümüz vechile hususî af işlenen cürüm değilde mücrimin şahsı nazarı itibare alınarak bahşedilir. Büyük Millet Meclisi bir mahkûma hususî af bahşettiği zaman daima mahkûmun şahsî vaz'iyetini nazarı itibare alan bir görüş tarzile hareket etmektedir. Teşkilâtı Esasiye K. nun kabulünden beri Büyük Millet Meclisi tarafından bahşedilen tekmil hususî af hallerini zikretmek lüzumsuzdur. Mahkûmiyetin hukukî netice ve tesirleri dolayısile âmme hizmetlerinde vazife alamayark sefalete düşmüş bir mahkûmu affeden yukarıda zikrettiğimiz 13 Mayıs 1939 tarihli (numara 2176) K. nun verdiği misal kâfidir. Diğer taraftan Büyük Millet Meclisi çok def'a bir tek şahsı veya muayyen şahısları affetmiştir. Büyük Millet Meclisi tarafından bahşedilen aflar ekseriya ferdî aflardır. Binaenaley Cümhur Reisinin 42 inci maddeye göre bahşettiği ferdî afla Büyük Millet Meclisinin bahşettiği hususî af arasında hukukî bakımdan bir fark bulmak imkânsızdır. O halde bu 26 ıncı maddeye ne lüzum vardı?

Bu sual karşısında maatteessüf faraziyeler yapmak mecburiyetindeyiz ve bu faraziyeler arasında tercih ettiğimiz şudur:

42 inci madde Teşkilâtı Esasiye Kanunu vazıı tarafından, demokratik memleketlerin esas teşkilât teamülüne uygun olarak, icra kuvveti reisine hususî af salâhâhyeti vermek gayesile yazılmıştır. Bunun böyle olduğuna en muvafık delil Amarika Birleşik Devletleri Kanunu esasiyesi tarafından Reisi Cümhura tanınmış olan af salâhiyetidirki, *Act of settlement* dan intikâl etmiş bulunan ve nazarların parlamentoca mahkûm edilmelerine müteallik olan bir istisnayı ih-

tiva eder. [1]. Aynı istisnayı Teşkilâtı Esasiye Kanunumuzun 42 inci maddesinde de bulduğumuza göre bu maddenin aynı fikri ifade ettiği söylenebilir. Diğer taraftan icra kuvvetile teşriî kuvvetin Büyük Millet Meclisinin emrinde temerküz ettiren beşinci maddenin mantıkî neticesi olarak, gerek Teşriî kuvvetin haiz bulunduğu umumî af salâhiyetini ve gerek icraî kuvvetin haiz olduğu hususî af salâhiyetini Büyük Millet Meclisinin de haiz bulunduğunu kabul etmek zaruridir. İşte icraî kuvvete verilmiş olan hususî af salâhiyetine ferdî af ismi verilmek suretile tezadın bertaraf edilmesi ve Teşkilâtı Esasiye binasının inşasındaki bu noksanlığın gizlenmesi arzu edilmiştir.

***

B — Af salâhiyetinin münhasıran Teşriî Kuvvet elinde temerküzü.

„Ferdî af" denilen ve hukukî bakımdan izahı mümkün olmayan müesseseden sarfı nazar edilirse, şimdiye kadar umumî afların tahfifi ve tahvili, tahkikat ve mücazatı kanuniyenin tecili, idam hükümlerinin infazı, gibi diğer af nevilerinin Büyük Millet Meclisi tarafından bahşedildiğini görmüş bulunuyoruz. Aynı zamanda cezaların tahfif ve tahvilinin hususî af gibi mütalâa edildiğini, tahkikat ve mücazatı kanuniyenin tecilinin, bir «şartî umumî aftan» ibaret bulunduğunu ve idam hükümlerinin infazı selâhiyetinin de mevcudiyeti ancak tarihî sebeplerle izah edilebilen lüzumsuz bir müessese olduğunu da izah ettik.

Böylece büyük Millet Meclisi, umumî ve hususî, iki nevi af bahşetmek salâhiyetine malik bulunmaktadır. Bu iki nevi affın hukukî veçheleri bir birinden temamen farklıdır; ve diğer demokratik memleketlerde muhtelif uzuvlar tarafından ezcümle hususî af salâhiyeti icra kuvveti tafafından, umumî af salâhiyeti de teşriî kuvvet tarafında, istimal edilmektedir. Halbuki bizde her iki nevi af salâhiyeti de Teşriî Kuvvet tarafından istimal ediliyor. Bu temerküzün teknik bakımından çok ciddî sayılabilecek bazı mahzurları mevcuttur.

Büyük Millet Meclisi Millî Hakimiyeti istimal ettiği cihetle (Teşkilâtı Esasiye kanunu Madde 2 )hususî affa umumî af prensiplerini tatbik edebilir veya hususî affı umumî affın tahdidatına maruz bırakabilir. Bu suretle, tefrik edilemeleri mühim bir teknik zarurete tekabül eden her iki müessese bir birine karışmıştır. Bu karışıklıkta

[1] Filhakika 2 inci maddenin 2 inci seksiyonundaki birinci Clause: " He shall have power to grant reprieves and pardons foroffences against the United States, except — in case of impeachement„ demektedir.

Teşkilâtı Esasiyemizin 42 inci maddesinin ikinci fıkrası "Reisicümhur Büyük Millet Meclisi tarafından itham edilerek mahkûm olan vekiller hakkında bu salâhiyeti istimâl edemez.„ hükmünü koymaktadır.

Ceza kanununun da hissesi vardır. Çünkü 98 inci madde hususî affın da umumî af gibi neticeler tevlit edebileceğini derpiş etmektedir.

Bu hususta bazı misaller veriyoruz: Mülga Ayan Meclisi kâtiplerinden hattat Ebüssuut zade Suudu Mevlevî efendiye hususî bir af bahşeden (çünkü bir tek şahsa racidi ve affedilenin şahsî vaz'iyeti nazarı itibara alınmıştı) 10 Haziran 1929 tarihli kanun, aftan istifadeyi umumî afta olduğu gibi hukukî tesir ve neticelere de teşmil etmişti. Aynı hal tarzı Edirne emniyet müddürü Ahmed Demiri affeden 3510 numaralı kanunla yüzbaşı Yıldırım Ziya Belentepeyi affeden 3532 numaralı kanunda da görülür. 1928 de mülâzim Mehmed Zatî efendi ile Eskişehirde kasap Yakup Hoca oğlu Nuri efendi hakkında verilen af kararı da yine bu şekildedir. Bilmukabele 2330 numaralı af kanunu, iş bu kanunun mahkûmiyeti hukukî netice ve tesirlerine şamil olmayacağı hükmünü koymuştu. Filhakika bu kanunun 12 inci maddesi şu şekilde idi: «Bu kanunun birinci ve ikinci maddeleri hükümlerinden istifade edenlerin memriyetten muhakkaten ve müelleden veya bir san'at ve bir mesleğin icrasından menedilmek gibi kanunî tesir ve neticelere ve memurin ve hâkimler kanunlarile bunlara müzeyyel kanunlara vesair hususî hanunlara tevfikan yapılmış ve yapılacak olan tasfiye ve memuriyetten af ve iskat ve sair umum inzibatî muamelelere ve 347, 854 ve 1289 numaralı kanunlar mucibince Devlet hizmet ve müessesatında istihdam edilmelerine dair verilen kararlar bu kanunun ahkâmına şamil değildir.»

Büyük Millet Meclisi teamülündeki bu mübayenet, iki müessesenin bu bir birine karıştırılması, af kanunu tarafından tasrih edilmemiş noktalar hakkında karar vermeğe mecbur olan hâkimler tarafından, temamen meşru ad edilecek tefsir hatalarına yol açabilir. Bilmukabele bu müesseselerin her birinin kendi vasfına uygun bir teamülün tesüsü hâkimlere vazii kanunun fikirini tam ve sadakatle tatbik imkânını temin edecek ve her bir affın kendine mahsus neticelerini otamatik bir surette tevlit etmeğe yarayacaktır. Vazii kanunun iki müessesenin yeknesaklaştırılması yolunda, hukuken mümkün fakat teknik bakımdan şayanı arzu olmayan bir hareketi görülse bile, buna mukabil Teşkilatı Esasiye bakımından iki müessesenin mahiyetinden doğan bazı hadleri aşmak kendisi için imkânsızdır. Diğer taraftan Teşkilatı Esasiye K. nun 54 üncü maddesi «Muhakematını mukarreratını Büyük Millet Meclisi ve İcra Vekilleri Heyeti hiç bir vechile tebdil ve tağyir ve infazı ahkâmına mümaneat edemez» hükmünü koymaktadır. Bu hüküm de af selâhiyetinin istimaline tahditler vaz'etmektedirki bunu da af salâhiyetinin mahiyetini tetkik ederken göreceğiz.

## II

### Af Salâhiyetinin mahiyeti

Affın Hukukî mahiyetini tarif edebilmek için, affeden uzun vasfını tayin etmek lâzımdır. Af, umumî veya hususî olsun, affeden uzuv Büyük Millet meclisidir (Yukarıda izah edilen sebepler dolayısile ferdî aftan burada bahsetmeyeceğiz). Büyük Millet meclisi af ilân ettiği zaman hangi sıfatla hareket etmektedir su ali mevzuu bahistir. Temyiz mahkemesinin fevkinde bulunan bir üstün mahkeme, bir kazaî uzuv, sıfatile mi, yoksa bir siyasî uzuv (icraî veya teşriî) sıfatilemi vazife görmektedir?.

Büyük Millet Meclisi af salâhiyetinini istimal ettiği zaman her halde kazaî uzuv olarak hareket etmektedir; Çünkü, Teşkilâtı Esasiye kanununun 8 inci maddesine göre, hakkı kaza, millet namına, usul ve kanun dairesinde müstakil mahakim tarafından istimal olunur (aynı zamanda 6 ıncı maddenin mefhumu muhalifinden bu vaz'iyet istidlâl edilebilir).

Yalınız şekle ait sedepler değil, aynı zamanda muhtevaya ait sebepler de af muamelesinde kazaî bir muamelenin yokluğuna hükmettirmektedir. Şöyleki, kazaî muamele, kanunî hakikatin haiz oldu ğukuvvetile ihtilâflı bir hakkın tesbiti ve bu tesbitin icabettirdiği kararı vermek ameliyesidir. [1]. Halbuki af muamelesinde böyle bir ihtilâflı hak yoktur. Çünkü, mahkûm affedilmek hususunda bir hakkı olduğunu iddia edemez. Diğer taraftan, aşağıda gösterilecek vechile, Büyük Millet Meclisi affı ilân ederken, hukukî sebeplere değil, ahlâkî, siyasî, içtimaî ve insanî sebeplere dayanmaktadır.

Büyük Millet Meclisinin tarzı hareketindeki bu kazaî olmayan sıfat, umumî af ilânlarında daha fazla bir vuzuh ile görülmektedir. Umumî aftaki müceretlik ve umumiyet, mahkeme kararlarındaki hususilik ile bir tezat teşkil etmektedir. Hâkim daima müşahhas bir hal üzerinde karar verir; halbuki umumî af ilânında, muayyen bir vasfı haiz, adedi gayri muayyen fiiller mevzubahis olmaktadır.

Binaenaleyh Büyük Millet Meclisi af ilân ettiği zaman, siyasî bir uzuv olarak ve böyle bir uzvun tâbi olduğu amillerin tahtı tesirinde hareket etmektedir.

Büyük Millet Meclisi af salâhiyetini istimal ederken tamamile serbest midir? Bu suale cevap verebilmek için mes'eleyi ikiye bölmek lâzımdır.

---

[1] Burada kazaî muamelenin maddî mahiyeti hakkındaki uzun doktrin münakaşalarını bertaraf ediyoruz.

Af lehindeki sebeplerin meşruiyet veya uygunluğunu takdir etmekte şüphesiz Büyük Millet Meclisi serbestir. Milletin hâkimiyet hakkını istimal ederken Büyük Millet Meclisi affı icabettiren sebepleri serbestce ve mutlak bir surette tesbit etmek salâhiyetini haizdir.

Fakat bu salâhiyet üç taraftan tahdide tâbidir: 1 — Meclis sebepsiz veya sebep göstermeden bir af kararı veremez. Daima bir sebep göstermek mecburiyetindedir. (Tabiatile bu sebebi takdir hususunda hiç bir kayda tâbi değildir). 2 — Bu sebepler kazaî bir uzuum nazarı dikkata alacağı sebepler olamaz; 3 — Meclis af bahşederken af müessesesinin gayelerinden birini istihdaf etmek mecburiyetindedir.

1 — Büyük Millet Meclisi af ederken, bu hareketinin sebeplerini göstermek mecburiyetindedir. Çünkü Meclis esbabı mucibesiz kanun yapamaz. Sebep göstermek, dahili nizamnamenin 66 ve 67 inci maddelerinde ifadesini bulmuş esasiye hukukunun örfi kaidelerinden biridir. Bu kaide yalnız meclisin teamülünde değil aynı zamanda Esas teşkilât K. nun 51 inci maddesinde de zımnen tanınmaktadır.[1].

Binaenaleyh, Adliye Encümeninin 9/6/1936 tarihli (karar numara 44, esas No. 5/40) [2] mazbatasındaki mütalâasına iştirâk edemiyeceğiz. Bu mütalaâda deniliyorki: « . . . Samsun sıtma mücadelesi memurlarından Abdüssamedin cezasının affı hakkında Büyük Millet Meclisine vaki müracaatı üzerine hadiseyi tetkik eden adliye, arzuhal ve sıhat ve içtimai muavenet encümenlerince mahkeme kararlarında bir hatayı adlî olmadığı tesbit ve karar altına alınmış ve ancak arzuhal encümenince Büyük Meclisin hukuku hükümranisine istinaden müstedinin affı yoluna gidilmesi mazbata ile temenni edilmiş ve Abdüssamedin affı hakkındaki Arzuhal Encümeninin bu temennisini umumî heyetce tasvip edilerek evrak . . .)

2 — İkinci had Büyük Millet Meclisinin af salâhiyetinin mahiyetinden neş'et etmektedir. Büyük Millet Meclisi af salâhiyetini istimal ederken kazaî olmayan bir kuvvet olarak hareket ettiğini görmüştür.

Binaenaleyh kazaî uzuvların nazarı dikkata almakla mükellef oldukları sebepler burada nazarı dikkata alınamazlar. *Hususiyle Meclis, mücrimiyet mes'elesini veya mahkûmiyetin haklı olup olmadığını tetkikten kat'iyetle içtinap etmelidir.*

Bu münasebetle teşriî kuvvetin af yolu ile, adlî hataları (temyiz yolları kapanmış olduğu zaman) düzeltebilip düzeltemiyeceği mevzuu bahis olabilir.

---

[1] Eğer Şûrayı Devlete verilecek kanun lâyihaları esbabı mucibesiz olursa, Şûrayı Devlet mütalâa dermeyan etmek imkânsızlığı ile karşılaşır ve böyle bir vaz'iyet te Teşkilâtı Esasiye K. nun hilâfına olur. Binaenaleyh, af kararlarını muhtevi kanunlarının esbabı mucibeleri meclisce bilinerek çıkmış olması lâzımdır.

*[2] Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi*, 1937, Cilt 19, S. sayısı 226 ya ek

Bu mes'elenin cevabı takip edilen gayeye tâbidir. Adlî hata hakkında yapılacak murakebenin gayesi kazaî ve adlî makinanın daha iyi işlemesini temin ise, cevap menfi olacaktır. İstihdaf edilen gaye, böyle bir adlî hatadan dolayı memleket adliyesinin itibarını kayıp etmesine mani olmak ise, cevap müsbet olacaktır. Farkı iyice göz önünde tutmak lâzımdır; Büyük Millet Meclisinin adlî hatalar üzerindeki murakabesi mahkemelerin iyi çalışmalarını, masumların kurtulmasını temin etmek değil, fakat adliye aleyhine efkârı umumiyede menfi bir fikrin uyanmasına mani olmaktır. *Böyle bir tehlikenin varit olması için hatanın, bariz, gayri kabili münakaşa, azim ve tamiri imkânsız olması lâzımdır.* Ancak bu vasıfları haiz hatalardır ki böyle bir tehlikeyi doğurabilir ve teşrîî kuvvet te, siyasî bir uzuv olmasından dolayı, böyle bir hal karşısında müdahele edebilir.

Büyük Millet Meclisinin müdahelesini istilzam ettirecek adlî hataların vasıfları Meclise arzedilmiş bir kaç misalin tetkikile daha iyi anlaşılmış olacaktır:

— Elâziz jandarma efradından Diyarbakırlı Süleyman oğlu Ahmedin, harekâtı isyaniye esnasında firar ettiğinden dolayı şark istiklâl mahkemesi tarafındadn 50 değnek darp ve tecdidi kayıtla Trakyada hizmet etmesine karar verilmişti; halbuki Süleyman oğlu Ahmed gönüllü olduğundan kanunen kendisine tecdidi kayıt cezası verilemezdi. Bu hatayı tashih maksadile, Büyük Millet Meclisi tecdidi kayıt cezasını af etmiştir. [1]

— Sarhoş olduğu halde havaya silâh atmak ve jandarmalara teşhiri silâh ve söğmek maddelerinden dolayı eski ceza K. nun 113 üncü maddesine tevfikan yedi ay hapsine ve cürmün ikaı esnasında 18 yaşını bitirmediğinden aynı K. nun 40 ıncı maddesi mucibince cezanın rubunun tenzilile beş ay yedi gün hapsine dair Eskişehir asliye mahkemesinden sadır olan kararı gıyabi yeni kanunun tatbikinden sonra itirazen tetkiki sırasında kanunun 55 inci maddesinin 3 üncü bendine tevfikan cezanın yarısının tenzili icabederken bu cihet nazarı itibara alınmayarak hükmün tasdik edildiği ve temyiz mahkemesince de bu kararın tasdik edildiği anlaşılan Eskişehirin yeni mahallesinden kasap Yakup Hoca oğlu Nuri efendi hakkındaki adlî hatanın islâhı zımnında mahkûmun yukarda yazılı beş ay yedi gün hapis cezasının Türk Ceza K. nun mezkûr 55 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına tevfikan başkaca tenzili icabeden 33 gün hapsin affına Büyük Millet Meclisi karar vermiştir. [2]

[1] *Büyük Millet Msclisi zabıt ceridesi* sene 1928 silt 5, Sıra No. 10
[2] *Büyük Millet Meclisi zabıt ceridesi*, 1928 cilt 5 sıra No. 12

— Katle teşebbüsü tam cürmünde fer'an zîmethal maddesinden .....iki buçuk sene hapse mahkûm muallim Şeyh efendi oğlu Mehmed Behçetin hini ikaı cürmünde 21 yaşını ikmâl etmemiş olmasına mebni, Türk Ceza K. nun 56 ıncı maddesi mucibince mahkûmiyet cezasının altıda biri af olunmuştur. [1]

— Ödemiş ağır ceza mahkemesince cerh ile vefata sebebiyet vermek keyfiyetinden eski ceza K. nun 47 ve 174 üncü maddelerine tevfikan üç sene kalebent cezasına mahkûm edilen Hacı Ali oğlu Mustafa hakkındaki hühkmün makemei temyizce tasdiki esnasında cezanın hini infazında Türk Ceza K. nun 588 inci maddesi nazarı dikkata alınmak kaydı ilâve edilerek bu suretle esnayı infazda kalebentliğin sürgüne tahvil ve halbuki eski kanunu cezanın 39 uncu maddesi mucibince bir günlük mevkufiyet beş gön sürgüne muadil olup mahkûmun lehine olan bu hükmün yeni kanunu cezanın 2 inci maddesi mucibince Mustafa hakkında da tatbiki ve bu suretle hükmün tasdikine kadar mevkufiyet ile geçen her gün beş gün hesabı ile müddeti ceaziyeden tenzili muktazi iken tetkikatı temyiziye esnasında bu cihetin zuhul edildiği anlaşılmış ve buna nazaran merkumun tarihi tevkifi itibarile müddeti ikmal etmiş ve şimdiye kadar tahliye edilmesi muktazi bulunmuş iken hükmün kesbi katiyet etmesi dolayısile buna imkân kalmadığından, merhumun bakiyei müddeti cezaiyesinin affı Hey'eti Umumiyenin 9 Mayıs 1927 tarihinde münakit 65 inci inikatının birinci celsesinde tekarrur etmiştir. [2]

***

3 — Büyük Millet Meclisi af salâhiyetini istimal ederken bu hukukî müessesenin gayesi yolunda yürümesi icabeder. Af müessesesinin gayesi, en güzel şekilde Vattel (*Le Droit des Gens*, 375 inci paragraf) tarafından tarif edilmiştir: «Hukûmetin mahiyeti, kanunları icra ile mükellef olan uzvun zaruret hasıl olunca ve kimseye de zarar vermiyorsa ve Devletin menfaatı da aynı şeyi istilzam ettirirse icraya mani olmak salâhiyetini haiz olmasını icabettirir. Bundan dolayıdır ki afetmek bir hâkimiyet salâhiyetidir. Fakat Hukûmdar hareketinde, şiddetinde ve musamahasında, yalnız cem'iyetin yüksek men'faatını göz önünde tutacaktır».

Bu tarif affın, mahkûmun menfaatını değil cem'iyetin menfaatını nazarı dikkate alarak bahşedilmesi lûzumunu tebarüz ettirmektedir.

Af müessesinin gayesi üç noktaya irca edilebilir:

[1] 4 Şubat 1938 tarihli ve 1201 numaralı kanun

[2] Karar numarası 311, *Kavanin Mecmuası*, cilt 5 sahife 20

a) Âmme hizmeti ve Devletin menfaatı bir makûmun affedilmesini icab ettirir. 28/6/1938 tarihli ve 3510 numaralı kanun böyle bir mülâhaza ile bir ay hapis ve üç ay memuriyetten mahrumiyet cezasına mahkûm edilmiş olan Edirne emniyet müdürü Ahmed'in cezasını affetmiştir. Adliye Encümeninin bu mes'ele hakkında hazırladığı mazbatada (24/4/938, numara 60) esbabı mucibe olarak şunlar söylenmektedir:» Demir'in, yüksek tahsil görmüş ilmî, meslekî müktesebatını Viyana'da tahsil ile genişletmiş ve mesleğinin amelî sahasında temayüz etmiş, genç, faal, metin irade ve seciyeli güzide bir zabıta âmiri olduğunu ve mahkûmiyetinin infazı halinde bu gencin şahıs ve istikbali bakımından doğacak zararlardan maada *zabıta mesleğinin de böylece çalışkan ve mütemayiz bir uzuvdan mahrum kalacağı ve buna karşı ceza tatbikinden maksud olan gayenin de elde edilemiyeceği anlaşılmış ve bu itibarla affa lâyık olunduğuna* encümenimizce ittifakla karar verilmiştir».

b) Ahlâklaştırıcı gaye. Yüksek ahlâkî kiymeti ifade eden veya büyük içtimaî ve siyasî ehemmiyeti haiz olan tavrı haraketleri teşvik gayesile, böyle bir tavrı harakete sahib kimseler mahkûm olurlarsa, affedilebilirler.

Bu vadide 29/6/1938 tarih ve 3532 numaralı kanun, altı ay ve yirmi gün hapis ve ordudan ihraç cezasına çarpılan yüzbaşı Yıldırım Belentepe'nin cezasını *yaptığı hizmetlere mukbil* [1], hukukî neticelere de şamil olmak üzere affetmiştir.

Keza, 24 Nisan 1940 tarihli kanun, Erzincan zelzelesi esnasında felâkete uğrayanların kurtulmasında fevkalâde hizmetleri görülen ve fırsat mevcut olduğu halde hiç bir kaçma teşebbüsünde bulunmayan 243 mahkûmun mahkûmiyet müddetini beşte dördünü ve hukuku âmme ve tazminat kabilinden olan para cezalarını afetmiştir.

c)Efkârı umumiyenin üzerinde çok hassas olduğu fakat ne hâkimin nede kanunun nazarı dikkata alamayacağı bazı şerait tahtında mahkûm afedilebilir. Fransada idama mahkûm edilmiş kadınların asılmaması bu kabildendir. Bir kadının velevki katil olsun, asılmamasına tahammül edemiyecek olan efkârı umumiyeyi rencide etmemek için, haylı zamandan beri, Fransız Devlet Reisleri idam cezasına uğramış kadınların cezasını müebbet hapis cezasına tahvil etmektedirler.

Yine bu mülâhaza iledirki 2176 numaralı kanunla Rizeli Hasan efendi

[1] Bak 28/4/1938 ve 569 numaralı mazbata, *Türkiye Büyük Millet Meclisi zabıt Ceridesi* sene 1938 cilt 26

oğlu Hulûsi ve Osman Zeki efendilerin cezalarını, Büyük. Millet Meclisi tecil etmiştir. Bu mes'eleye ait Adliye encümeni mazbatasında deniliyorki: „mahkûmiyetleri memuriyet ifa etmelerine mani olduğundan mahkûmlar büyük bir sefalete düşmüşlerdir" (1). Buradaki affın efkârı umumiyenin tarif edilen hissine tercüman olduğunu zan etmiyoruz. Oldukça umumî bir hisse dayanmadan, bazı kimselerin acımak hissini ifade eden affı hukukî temelden mahrumdur.

Af müessesesinin gayesile telif edilemeyen hususî aflar esas Teşkilât K.nun 69 uncu maddesindeki musavatı ihlâl etmek tehlikesini gösterirler.

Umumî affa gelince, bu, siyasî mücadelelerden sonra hasıl olan dahilî yatıştırma ihtiyacını tatmin, vicdanlara ferahlık vermek ve ruhları teskin etmek için ilân edilmektedir. Bu hususta misal olarak İstiklâl Mahkemeleri kararile mahkûm edilmiş olanlarla, Lozan sulh muahedesinde zikredilen yüz ellilikleri af eden 3527 numaralı ve 29/6/1938 tarihli kanun gösterilebilir.

Medenî (ıivique) bir harekete sevk, vatantaşları, Devlete karşı olan vazifelerinde teşvik maksadile mazide, bu vazifelere karşı gösterilmiş ihmalden mütevellit mahkûmiyet ve takibat affedilebilir.

Bu vadide [2], 14/1/1938 tarih ve 3323 numaralı kanun Tunceli vilâyeti *halkından olupda her ne sebeble olursa olsun şimdiye* kadar gizli kalanlarla doğum, ölüm, evlenme, boşanma ve gayip vak'alarını yazdırmamış olanlar hakkındaki 2576 sayılı kanun hükümlerine göre sayılması lâzım gelen cezaları afetmiştir (Birinci madde). Keza vilâyet halkından olan, doğumlarında saklı yoklama kaçağı ve bakayanın askerlik işlerinden dolayı görecekleri cezaları affedilmiştir (İkinci madde). Kanun neşri tarihinden 1 ikinci kânun 1940 tarihine kadar muteberdır (beşinci madde) ve bu mühlet zarfında yukarda yazılı işlerden dolayı tahkikat yapılamıyaçağına mezkûr kanun karar vermiştir.

*
* *

*Usul meselesi:* Hususî af için takip edilen usul hakkında bir mülâhazada bulunmak istiyoruz. Af teklifi, hükûmetten, meb'uslardan veya mahkûmdan gelebilir. İlk iki halde, Adliyeyi alâkadar eden bir kanun teklif veya projesi olduğu için, Adliye Encümeni mazbatasını takdim eder. Fakat mahkûm bizzat kendi affını talep ederse, o ze-

[1] *Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi*, 1933, cilt 15 sira No: 155

[2] Aynı maksadla vaz'edilmiş 15 Mayis 1929 tarih ve 1441 numaralı, 12 inci kânun 1931 tarih ve1741 numaralı, 26 Birinci Teşrin 1933 tarih ve 2330 numaralı af kanunlari.

man mes'ele Adliye encümenine arzedilmeden evvel, Dahilî Nizamnamenin 54 üncü maddesine göre mahkûmun talebi arzuhal encümenine gönderilir ve bu encümen „. . icabederse bir kanun teklifi ile keyfiyeti heyeti umumiyeye arzeder."

Af arzuhalleri hakkında arzuhal encümenin bir karar vermeğe salâhiyettar olması bizce kabili tenkit görülmektedir. Çünkü arzuhal encümeninin salâhiyeti, Dahili Nizamnamenin 52 inci maddesine göre Teşkilâtı Esasiye kanununun 82 inci maddesi mucibince, Türklerin gerek şahıslarına, gerek âmmeye müteallik olarak kanunlara ve nizamnamelere muhalif gördükleri hususlarda bir hakkın ihkak veya ihmâl edilmesi zımnında gönderilen arzuhalleri tetkik etmektir.

Halbuki, affı istenen mahkûmiyet ne kanun veya nizamnamelere muhalif bir harekettir, nede hakların ihkak edilmemesini tezammun eder. Zaten mahkûmun af hususunda bir müktesip hakkı yoktur.

Binaenaleyh af talebinin arzuhal encümeninden geçmemesi lâzımdır. Diğer tarafdan af arzuhallerinin arzuhal encümeninden geçmesinde başka bir mahzur vardır. Dahili Nizamnamenin 54 üncü maddesine göre arzuhal encümeni lâyık görmezse mes'leyi Hey'eti Umumiyeye arzetmeyebilir (son fıkranın mefhumu muhalifinden) ve bu halde Büyük Millet Meclisi af salâhiyetini istimal etmek imkânından mahrum bırakılmış olur. Böyle bir vaziyet ise, esas teşkilât kanununa muhaliftir. Halbuki, af talebi hakkında yalınız adliye encümeninin fikri alınırsa (talebin hükûmet veya meb'uslar tarafından vâki olması halindeki gibi) Meclis, esas teşkilât K.nun 26 ıncı maddesindeki yazılı salâhiyetini istimal etmek imkânlarını kayıp etmemiş olur.

No: 42

# Necip Ali Küçüka

Yazan Dr. Hikmet Belbez

Necip Ali Küçüka'nın ölümile Adliye Ceridesi kıymetli yazıcılarından birini kaybetmiş bulunuyor.Kendisi siyaset ve matbuat hayatındaki aşkın faâliyetlerine rağmen hukuk ilmile olan alâka ve rabıtasını hiç bir zaman kaybetmemiş, bilakis yapmakda olduğu incelemelerle, hususile âmme hukuku sahasındaki bilgi ve ihtisasını genişletmeğe ve derinleştirmeğe çalışmıştır.

Bir insanın karekter ve şahsiyeti onda gizli bulunan kabiliyetlerin, bunların inkişaf ettiği zaman ve muhitin, gördügü tahsil ve terbiyenin ve bir de hayatta edindiği tecrübelerin mahsulüdür. Bu hakikatı Necip Alinin şahsında bir kere daha gerçekleşmiş buluyoruz. Kendisi 1892 senesinde Denizlide doğmuş, iptidaî ve idadî tahsillerini de Denizlide yaptıktan sonra hukuk okumak üzere istandula gitmiştir. Fakat daha hukukun son sınıfında iken tahsilini yarıda bırakarak genç bir ihtiyat zabiti olarak umumî harbe iştirâk etmiştir. Çocukluğunun ve ilk gençliğinin Abdulhamidin en koyu istibdat devrine raslaması, henuz hayata atılmadan genç yaşta bir subay olarak uzun ve meşakkatlı bir harbe iştirâk etmiş bulunması, müstakbel bütün hayatı üzerinde müessir ve onda hak ve hüriyet mefhumlarının canlanmasına ve kuvvetlenmesine âmil olmuştur. Netekim mütarekeyi müteakip Denizliye dönmüş, fakat İzmirin işgali üzerine alevlenen Millî mücadele hareketlerine derhal katılamakta bir ân tereddüt göstermemiş, az sonra da, belki de murahhasların en genci olarak Sıvas kongrasına gönderilmiştir. Burada Atatürkü tanımış olması onun hayatında bir dönöm noktası teşkil eder: Kendisi ölümüne kadar samimî bir kemalist, idealist bir inkilapcı olarak kalmıştır.

Bir aralık hüviyetini gizlemek suretile İstanbula giderek hukukun son sınıf imtihanlarını veren Necip Ali'yi istiklâl harbinde yine ihtiyat zabiti olarak buluyoruz. Muhtelif muharebelerde çarpışmış ve mücadelenin sonuna kadar Orduda kalmıştır.

Sistemli bir şekilde siyasî hayatı Büyük Millet Meclisinin ikinci devresine Denizliden meb'us secilmesile başlar. Mecliste daima faâ-

liyetli bir varlık göstermiş, kâtiplik ve idare âmirliklerinde bulunmuş, encümenlerde mazbata muharrirliği yapmış, parti idare hey'etinde çalışmış, bir aralık Millî Müdafaa Vekâleti siyasî müsteşarlığını da deruhte etmiştir. Uzun müddet Parlamentolar birliği Türk gurubu reisliğinde bulunmuş ve bu sıfatla bir çok beynelmelel Parlamentolar toplantılarına iştirâk etmiştir.

Adliye ile doğrudan doğruya olan münasebeti kısa olmakla beraber ehemmiyetlidir. Meb'us seçilmeden önce Denizli bidayet mahkemesi azalığında bulunmuş, bundan sonra sıra ile Sarıköy, Salihli ve Eşme Müddei umumiliklerine de tayin olunmuştur. İzmir sui kastı münasebetile Büyük Millet Meclisi tarafından teşkil edilen İstiklâl Mahkemesine Müdde umumi olarak seçilmesi üzerine bu ehemmiyetli vazifede millî menfaatlarla ferdî hak ve hüriyet mefhumlarını telif hususunda büyük bir dirayet göstermiştir.

Necip Ali Küçüka'nın müteaddit gazete ve mecmualarda çıkmış siyasî ve içtimaî yazıları, hukukî etütleri, bunlardan başka «Kadın hukuku» ve «Çocuk hukuku» adlı iki de kitabı vardır. Yukarda da işaret ettiğimiz gibi hukukî etütlerinin hemen hepsi Âmme hukukuna aittir ve çoğu Adliye Ceridesinde intişar etmiştir. Türk Hukuk Kurumu için Ankara halkevinde verdiği «Evrensel Âmme Hukuku» mevzulu konferansı kurum tarafından ayrı bir broşür halinde neşredilmekle beraber Adliye Ceridesinde de çıkmıştır. [1] Necip Ali bu konferansında şahısların ve camianın hukukunu korumak için beynelminel bir amme hukuku ihdası ve devletleri alâkadar eden her türlü davaların ve ihtilâflı noktaların bütün devletlerin üstündeki bir teşekkül tarafından halli meseleleri hususunda Avrupa ve bütün dünyada çalkalanmakta olan yeni fikir ceryanlarını izaha çalışıyor: Milletler cemiyeti bünyesindeki eksiklik ve tatbikattaki usul noksanlığı yüzünden bu vazifeyi yapmağa muvaffak olamamıştır. Bunu ancak milletler cemiyetinden üstün beynelmilel bir organ başarabilir. Bu organ Milletler tarafından teşrîî bir usul ile intihap edilmiş bir müessese olacak, siyasî olmaktan ziyade hukukî bir hüviyeti bulunacaktır ve bundan çıkacak kararlar herkes tarafından mûta olacaktır. Ancak bu suretledirki beynelminel sulh korunmuş, beynelmilel müşterek medeniyetin yükselmesi imkânları temin edilmiş olacaktır. Beşeriyetin bu günkü medeniyet seviyesi karşısında ve bu kadar hazırlanmış bir zemin üstünde bunda muvaffak olunamaması için hiç bir sebep bulunmadığına müellif de inanmış olmakla beraber Avrupa içtimaî vicdanının bu fikirleri kabul ve telekki etmekten çok uzakta bulunduğunu itiraf mecburiyetinde de kalıyor.

İngilterede Krallık makamının en muhterem bir müessese olmakla beraber İngiltereyi idare edenin Kral değil Başvekil olduğu malûm-

[1] Adliye Ceridesi, sene 1937, sayı 11, sahife 985.

dur. Necib Alinin «İngilterede Başvekil»[2] adlı etütünü okuyanlar bu kadar ehemmiyetli bir mevki işgal edecek olan bir şahsın nasıl yetiştiğini, nasıl tayin olunduğunu, Kral ve kabinesile olan münasebetlerini ögrenecekler, İngilterede parlamento hayat ve faâliyeti hakkında esaslı bir fikir sahibi olacaklardır.

«Meb'usların teşrîî masuniyeti» [3] ni tahlil ve teşrih ederken Necip Ali'nin bitaraf bir hukukçu kalamayıp kanaatlarında onun siyasî cephesinin galip gelmiş olduğu görünüyor.

Kitaplarına gelince: Bunların isimleri bile kendisinin başkalarının hakkını müdafaa etmek, zaifleri korumak hususuudaki yüksek kalpliliğini göstermesi itibarile dikkate değer. «Kadın hukuku» [4] adlı kitabında, kadın hukukan erkekle temamen müsavi olmalıdır tezini güdüyor, bilhassa erkeğe tanılan bütün siyasî hakların Türk kadınına da tanınması için mücadele ediyor. Kitabını yazdıktan bir kaç sene sonra Büyük Millet Meclisinde yanında kadın meb'uslar da gördüğü zaman duymuş olacağı iftiharlı zevki tasavvur etmek kolaydır. Türk kadınına bu kadar geniş siyasî haklar tanınmasında kendisinin ehemmiyetli bir rolü olmuştur.

«Çocuk Hukuku» [5] adlı kitabında, bir devletin hayat ve varlığını koruması bakımından en esaslı bir mesele olan çocuk meselesi hakkında başka devletlerde mevcut esasları kısaca izah etmekle beraber bizim mevzuatımızda çocuklara dair hükümler hakkında toplu izahat da veriyor. Bu kadar ehemmiyetli bir mevzuu tahlil ederken, Memleketimizde mevcut olmayışını büyük bir noksan saydığımız resmî vesayet müessesesi ve işlerinden de bahs etmiş olsaydı, kitabının kiymeti bir derece daha artmış olacaktı.

Herkese karşı nazik, her görüş ve telekkiye karşı müsamahakâr tabiatı, çalışmak ve öğrenmek hususundaki ihtirası, başkalarına öğretmek ve yardım etmek isteği ile herkesin saygı ve sevgisini kazanmıştı. Fransızcayı ve son zamanlarda da İngilizceyi kendi cehtü gayretile oğrenmiş olduğunu bilhassa tebarüz ettirmek isterim. Necip Ali Küçüka, Adliye vekâleti hesabına Türk Hukuk Kurumu tarafından hazırlanmakta olan büyük Türk Hukuk Kamusu için de «Demohrasi», «Hilâfet ve Saltanatın ilgası», «Kadın Hukuku»,«Parlamento ve Parlamento Hukuku» ve «Partiler» mevzularını yazacaktı. Ânsız ölümü her bakımdan acı bir kayıptır. Hatırası daima saygı ve takdirle anılacaktır.

---

[2] 1940 senesi Adliye Ceridesinin 1, 2 ve 3 numaralı nüshalarına ilâve forma halinde intişar etmiştir.

[3]Adliye Ceridesi, sene 1941, sayı, sayfa.

[4] Ankara Hakimiyeti Milliye Matbaası, 1931.

[5] İstanbul, Ahmet İhsan Matbaası, 1936

No: 43

## Hususî hukuka aid tedkikler:

### Temlik, çevirme

*(Zuwendung)*

**von Tuhr'un "temlik„'e aid tedkık ve tahlilleri [1]**

Yazan: Dr. Ferid Ayiter

«Temlik» (çevirme) mefhumu muhtelif mamelekler (mallar) arasında cereyan eden iktisâdî mübadelenin hukukî ifadesi olduğuna göre bu hususda yapılacak tedkıklerin evvel emirde «mamelek» mefhumunun hukukî bünyesini ve mahiyetini tayinle başlaması icab eder.

### Mamelek mefhumu

von Tuhr'a nazaran [2] bir hak sahibinin haiz olduğu hakların

[1] Bu tedkık ve tahlillerde von Tuhr'un gerek Alman ve gerek İsviçre medenî hukuku için büyük bir ehemmiyeti haiz olan «Alman Medenî Kanununun Umumî Hükümleri» (Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts) adlı eseri (bu eser "I„ işaretile gösterilmiştir) ve ayni mevzua müteallik "Medenî Hukuk, Umumî Hükümler„ (Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil) adlı muhtasar eseri (bu eser "II„ işaretile gösterilmişdir) ile İsviçre borçlar hukukunun umumî hükümlerine müteallik "Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts„ adlı eseri (bu eser "III„ işaretile gösterilmişdir) nazarı itibara alınmışdır. "I„ ve "III„ işaretlerinden sonra gelen rakkamlar cildin sayısını bildirir. Alman Medenî Kanunu "AMK„, İsviçre Medenî Kanunu "İMK„ ve İsviçre Borçlar Kanunu "İBK„ harflarile kısaltılmışdır. Bu harflerden sonra gelen rakkamlar maddeleri, bu rakkamları takib eden romen rakkamları fıkraları ve romen rakkamlarından veya maddeleri gösteren rakkamlardan onra gelen rakkamlar fıkraların yahud bir fıkradan ibaret olan maddelerin cümlelersini ifade eder.

[2] von Tuhr'un şahsiyetini, hukuk ilminde işgal etdiği mevkıi ve ilmî mesaî tarzını İstanbul Üniversitesi ordinarius Profesörlerinden Andreas B. Schwarz'ın Zürih hukukcular cemiyetinde vermiş olduğu "Andreas von Tuhr„ adlı kıymetli konferansından öğrenmekdeyiz. Avrupa medenî hukuk ilmî tarihine aid mühim ve esaslı tedkıkler neşr etmiş olan Profesör Schwarz'ın ince bir ruh tahlilini ve şahsiyete derin bir nüfuzunu gösteren bu konferansı von Tuhr'u ve eserlerini anlamak hususunda büyük birehemmiyeti haizdir. Bu konferansın müellif tarafından yeni neşriyat nazarı itibara alınarak gözden geçirilmiş ve almancesini itman eden türkçe metni İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cild 5, 1939, sahife 63 ve müteakıb, de neşr edilmişdir.

heyeti mecmuası, bu hak sahibinin, hukuk nizamınce tanınmış, «hukuk çevresi» (Rechtskreis) ve «iktidar sahası» (Machtsphäre)'dir [3]. Bu hukuk çevresi içinde daha dar bir çevre vardır. Hususî hukuk cihetinden en mühim ve en dikkate değer bir vaziyet arz eden ve

[3] von Tuhr'un ferde tanıdığı bu hukukî faaliyet sahası ve bu faaliyetle hukukun tekevvününde âmil olma salâhiyeti Pandekt hukuk ilminde ekseriyetle kabul edilmiş hukuk telâkkisine dayanmakdadır. Savigny bu fikri şu suretle ifade etmekdedir: "Hakikî hayatda bizi her tarafdan ihata eden ve bize nüfuz eyleyen hukuk vaziyetini tedkik edersek, evvel emirde, ferdin haiz olduğu iktidar gözümüze çarpar. Bu sahada ferdin iradesi hükümran olur ve bu hükümranlık muvafakatımızla vukubulur. Bu iktidara bir şahsın hakkı namını veririz. Bu hak burada bir salâhiyet manasına gelir. Bazıları buna sübjektif manada hak namını veriyorlar„ (System des heutigen römischen Rechts, cild I, 1840, sahife 7 ). Windscheid salâhiyet manasına gelen (sübjektif manada) hukukun (sübjektif hakkın) "hukuk nizamı tarafından tevcih edilmiş irade iktidarı veya irade hükümranlığı„ olduğunu söylüyor. Bu tarif, Windscheid'a göre, hukukun şu iki manasına şamildir: 1. Hukuk nizamı (objektif manada hukuk) müşahhas (konkre) bir hadiseyi ele alarak muayyen bir hattı hareketde bulunulmasını (bir şey yapılmasını veya yapılmamasını) emreder ve bu emri, kimin lehine olarak vermişse, onun serbest tasarrufuna bırakır. Bu kimse kendisine bahşedilen bu salâhiyetden isterse istifade eder ve bu salâhiyetini kullanmasına mümanaat edenler olursa bu hususda hukuk nizamının verdiği vasıtalara müracaat edebilir. Hukuk nizamının emretdiği hususun yerine getirilmesinde ferdin iradesi esasdır. Zira hukuk nizamı, kendi iradesini ferdin iradesi yapmış ve hukuk ferdin hukuku olmuşdur. 2. Bir de hukuk hak sahibinin iradesile bir tutulur ve «1» numarada zikredilen "hukuk„ un meydana gelmesinde, zeval bulmasında ve tebeddüle uğramasında âmil addedilir (Lehrbuch des Pandektenrechts, Kipp tarafından neşredilmiş dokuzuncu tabı, cild 1, 1906, sahife 155 ve müteakib). Regelsberger de hukukun ve hukuk nizamının kâh tanzim eden kuvveti ve kâh tanzim edileni ifade etdiğini, hukuku vazeden ve bizzat mevzuat olan hukukî hükümlerin insanların hattı hareketini tanzim etdiğini, cemiyet ve onun uzuvları olan ferdlerin muhtelif hayatî menfaatlerinin tatmin edilmesi maksadile insanlar ve eşya üzerinde sağlam bir kuvvetin teessüs etmesi lâzımgeldiğini, objektif hukukun ne gibi şartlar altında bu kuvvetin makbul ve meşru olacağını ve himaye edileceğini tayin eylediğini ve neticede hukukan tanınmış ve himaye edilmiş iktidar sahaları (Machtsphäre) husule geldiğini, bu suretle taayyün eden menfaat ve iktidar çevrelerinin (Interessen - und Machtkreise) "sübjektif hakları„ vücuda getirdiğini ve hukukun mahiyeti kuvvet (Macht) ve iktidar (Mächtigkeit) olduğunu ve hukukun, meşru bir menfaatın tatminine yarayan iktidar (Macht)'dan ibaret bulunduğunu beyan ediyor (Pandekten, cild 1, 1893, sahife 57 ve müteakib, 74 ve müteakib). Bu tarifde irade ve iktidar mefhumlarile beraber menfaat mefhumuna da ehemmiyet verilmekdedir. Zira sübjektif hakkın bir «irade iktidarı» (Willensmacht) olarak tarif edilmesine Ihering itiraz etmiş ve hukuk mefhumunun, biri cevherini (substantiel) ve diğeri şeklini (formel) teşkil etmek üzere menfaat ve onun himayesinden mürekkeb iki rüknü bulunduğunu beyan ile hakları "hukukan himeye edilen menfaatler„ diye tarif eylemişdir (Geist des römischen Rechts, cild 3, kısım 1, beşinci tabı, 1906, sahife 339). «Hukuk irade için değil, irade hukuk içindir„ (aynı eser, sahife 331). Pandekt hukukunun sübjektif hak tariflerinde tesadüf edilen bu "irade — menfaat„ münakaşası alman medenî hukuk ilmine de intikal etmişdir. Netekim von Tuhr şübjektif hakkı "irade hükümralığı„ (Willensherrschaft) diye tarif etmekde ve Ihering'in,

haklar ihtiva eyleyen bu çevreye «mamelek» (Vermögen) denilir [4] [5]. Bu suretle mamelek (mal) mefhumu bir tasnife esas olarak alındığı takdirde, aile hukukuna dahil haklar ile şahsa aid haklar ma-

"menfaat„ mefhumuna fazla ehemmiyt vermiş olmasını tenkid eylemekdedir (I, 1, Sahife 56 ve müteakib). Mesele, kanaatımızce, hukukun irade veya menfaat esasına istinad etmesinde değildir. Hukukun mahiyetini başka sahalarda aramak ve bu hususda icab ederse şimdiye kadar kabul ve ihtiyar edilmiş görüş tarzlarını bir tarafa bırakmak lâzımgelir. Pandekt hukuk ilminin tutduğu yolda devam etmek ve bu ilmin münakaşalarını medenî hukuk ilmine nakleylemek, Pandekt hukuk ilminde bir dereceye kadar mana ifade eden "mefhumculuğu„ medenî hukuk ilmi için de varid görmek olur. Halbuki, Savigny'nin müessiri, muhalifi ve zamanının yüksek ilmî şahsiyetlerinden olan Kierulff'un izah etdiği vechile. Roma hukukunun Almanyada kanun olarak alınan metinlerinden hukukî tatbikat için hüküm çıkarmak maksadile bu metinlerin muhteviyatını mefhumlara ifrağ etmekde bir zaruret vardı. Amelî gaye ile vücuda getirilen bu mefhumlar âlemşumul mahiyetde telâkki edilmekde ve yaşayan hukukla birtutulmakda idi. Kierulff bu umumî mahiyetdeki mefhumlarla o zaman mevcud olmayan medenî kanunun boşluğunu doldurmak istiyor (Theorie des gemeinen Civilrechts, cild 1, 1839, Medhal, sahife XXIII ve müteakib). Kanunun kaynağını "tarihî mekteb„ gibi romantik "halkın ruhu„ mefhumuna irca etmeyen Kierulff, asıl kanun kaynağının Devletin iradesi olduğunu kabul etmekle, hukukun sosyolojik varlığını ilk defa ileriye sürmüşdür. Hukuk yaşayan ve varlığını bu suretle gösteren şeydir. "Yaşayan hukuk„ yalnız amelî olan ve yazılı bulunması icab etmeyen hukukdur. Bu hukuk, varlığını fiiliyatla gösteren kuvvetdir. Hukuk, Devletin tanıması ve himayesile hukuk olur ve Devleti, mahkeme uzvu temsil eder. Devlete ve ferde aid iradenin müşahhas bir suretde birleşmesile hukuk meydana gelir. Hukukun "haleldar olmadığı„ vaziyetile, haleldar edilmesi üzerine Devlet tarafından tanınması için mahkemeye müracaatda kendini gösteren "asıl hukuk„ arasında fark olduğunu Kierulff beyan ediyor (aynı eser, sahife 5, 154 ve müteakib). Hukukun sosyolojik şeniyetine müteakiben işaret edenlerden biri de Ihering'dir. Bidayetde, hukukcaluğu, yalnız metinlerle iştigal etmesi halinde, «ednâ» ve, bu metinlerden mefhumlar vücuda getirmesi takdirinde, "a'lâ„ olmak üzere ikiye ayıran ve ilmî mesaiyi bir nevi "tarihi tabiî„ şeklinde hukukun tabiatdaki cisimlere benzeyen cisimlerini tahlil ve tedkike, yani mevhum (fiktif) bir varlığa istinad etdirmek isteyen Ihering, bu indî hareketine rağmen, doğru olarak, hukukun insanlar tarafından vücuda getirilmiş sunî bir eser olmayıb, insanların bunu mevcud bulduklarını, hukukun bir milletin kanunlarında yazılı hükümlerden ibaret olmayıb, gizli (latent) hukuk hükümlerinin mecud olduğunu söylüyor, fiilî hukuk âleminden, hayat münasebetlerinde mündemic hukuk müesseselerinden, muayyen bir zamanın menfaat ve ihtiyaclarından hukuk müesseselerinin vücud bulduğundan, hukukun en birinci varlık vasfı kuvveden fiile çıkmak olduğundan, bir milletin hakikî tarihî vaziyeti bilinmeden kanunlarının anlaşılmıyacağından, zira hukukî mevzuatın hikmeti vücudnu yalnız hayatın izah etdiğinden, bu mevzuatın bir makinenin plânına benzediğinden ve makinenin ne olduğu işlemesile anlaşıldığından bahsediyor. Bununla beraber Ihering, metinlerin hukuku tevsik etdiğini ve asıl hukuku teşkil eylediğini kabul etmekle, umumiyetle müdafaa edilen hukuk telâkkisinden kurtulamıyor (Geist des römischen Rechts, cild 1, altıncı tabı, 1907, sahife 26, 29 ve müteakib, 35 ve müteakib, 42 ve 49 ve müteakib). Mamfaaih bu eserin devamında (cild 2, kısım 2, beşinci tabı, 1898, sahife 322), yukarıda kaydedilen fikirleri hülâsa ederken, kuvveden fiile çıkmak hukukun esası olduğnu, kanunun zahirî hukukdan ibaret

vasfı «para kıymetini haiz olmak» dır. Bu suretle mübadele, kullanma ve intifa kabil olur. Binaenaleyh «devredilebilmek» mamelek hukunun esaslı bir vasfıdır. Fakat devri kabil olmayan haklar da istimal suretile sahibine yarayabileceğinden mamelek hukukuna dahildir. Ancak

raber hukukun mahiyetini ve bünyesini anlamak ve anlatmak maksadile bu mefhumlara müracaat edilmesi doğru değildir. Hukukun şeniyeti cemiyet hayatında mevcud muhtelif "vaziyetler„ arasında kendine mahsus bir mevkı işgal eden "hukukî vaziyetler„ dir. Hukukun "institüsyonel„mahiyeti bu hukukî vaziyetlerdedir. Bu hukukî vaziyetlerle hukuk nizamı, yani hukuka tekaddüm eden nizam safhası arasında bir mütekabil irtibat vardır. Bu hukukî vaziyetler pek çok incelikler arz eder. Hukukî vaziyetlerin bu hususiyetleri, hukuk ilminin bir sistem haline getirilmiş mefhumlarına tekabül edecek derecede zengindir. Ihering'in yapdığı gibi, hukuku tabiatla mukayese etmek, hukuk ilmi için bir „tarihi tabiî„ usulünü kabul eylemek, hukukî mefhumları birer cisim haline getirmek ve bu cisimlerin meydana gelişini, tebeddüle tabi oluşunu ve zeval buluşunu eser ve müessir rabıtasile izah etmek istemek nasıl tamamile mevhumeye (fiktion) müstenit ve yanlış ise, bundan bir az farklı olarak „irade" ve "menfaat„ mefhumlarile hukukî müesseseleri izah etmek de hukukun ontolojik varlığıyle o derece gayri kabili telifdir. Hukuku, tekevvün unsurları olan, hukukî vaziyetlere irca eylemekle bir çok fuzulî münakaşalar mahalsiz kalacak ve bütün meseleler sunî hal çarelerine lûzum kalmadan hal edilmiş olacakdır. Ihering'in bize anlatmak istediği hukukun üçüncü şahıslara inikâsları ve pasif tarafı yahud mevzu cihetinden mütalâa edilen mevcudiyeti, sonra hukukda gaye ve menfaat muhtelif hukukî vaziyetlerin müşahede ve ifadesinden ibâretdir. Bu noktadan, sübjektif hak ve objektif hukukun münasebeti münakaşasını da, sübjektif hakkın objektif hakka "institüsyonel„ tekaddüm etdiği şeklinde hal etmek icab eder. Zira hukukun nizam safhası, mevcud içtimâî "institüsyon„ lardan, yani henüz„hukukî veziyet„ halini iktisab etmemiş„içtimâî vaziyetler„ den mülhem olarak„hukukî hadise„ tiplerini, yani hukukî neticeleri tayin ve tanzim eder. von Tuhr'un doğru olarak kayd etdiği vechile hukukun tarihî oluşu ve tarihî tekevvünü hukuk müesseselerinin tanzim ve teşkilinde âmil olmakdadır. Fakat bu tarihî nufuz, kanun vazıının indî kararına tabi olmaksızın kendini gösterir ve yeni hukuk müesseseleri üzerinde âmil olur. Ihering'in dediği gibi, "hukukî inşa„ nın da kendine mahsus kanunları (Gesetze der juristischen Construction) vardır (Unsere Aufgabe, yani "vazifemiz„ namı altında mecmuasına yazdığı mukaddime, Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, cild 1, 1881, mekalenin tarihi 1857, sahife 9). Buna Ihering "sistemin kendi mantığı„ namını da veriyor. von Tuhr şu ifadesile hukukun "objektif vaziyeti„ ni anlatmakdadır: "Sübjektif hakların tipleri ve bunların yekdigerine karşı tahdid edilmesi, kısmen mahiyeti eşyaya göre olur (mevzuun mahiyetine göre ferdin, hükümranlığını ne suretle kullanacağı bir dereceye kadar taayyün eder) ve kısmen hukuk telâkkimizin tarihî tekâmülüne istinad eyler. Bilhassa münferid salâhiyetlerin, sübjektif haklar dediğimiz yeknasak kalıblarda birleşdirilmesi, ekseriya hukukî kaidelerimizin ve hukuk ilmindeki ictihadlarımızın tarihî mebâdisine râci olmaktadır. Bu suretle meselâ rehin hakkını alacağın yanında hususî aynî hak olarak telâkki etmemiz ve borçlunun mameleğine dahil olub olmadığını nazarı itibara almaksızın diğer alacaklılara tercihan alacaklının muayyen mevadda müracaat ve müdahale etmesine imkân veren ve alacakdan husule gelen bir keyfiyet olarak kabul eylememiz mantıkî bir zaruretin mahsulü olmayıb, hukukî bir düşünüş tarzının devamı neticesidir„ (I, 1, sahife 61). von Tuhr bu

bir şey yapmak veya iktisab etmek için yapılan masraf, bir nevi sarfiyat kıymeti olarak bu şeye izafe edilemez. Zira bir şeyin kıymeti o şeyden yapılan intifa ile taayyün eder. Miras tarikile intikal kabiliyeti de mamelek hukukunun bir vasfıdır. Bunun istisnaları varse de, ekseriya

---

ifadesile "mantıkan başka türlü de olabileceğini„ anlatmakda ise de, hukukun o b j e k t i f — s o s y a l âmillerini, belki istemiyerek, iyi ifade etmekdedir. Hukukî tekevvünün ruh ve manası, sûrî (formel) manıkle değil, gaye ve maksad mantığı (teleoleji) ile anlaşılır. Bundan dolayı "hukukî vaziyetler„ tabiî ilimlerde olduğu gibi, "illiyet„ 'le, yani eser ve müessirle izah edilemez. Hukuk ilminin vazifesi, bundan dolayı, "izah etmek„ değil, hukukî neticeleri, mefhumlardan mürekkeb bir sistem haline ifrag edib, bu hukukî neticelerin tealluk etdiği "hukukî vaziyetler„'i, o b j e k t i f — s o s y a l v a r l ı k l a r ı n d a, ihata ve ifade eylemekdir. Bugün hukuk ilminde görülen "mefhumculuk„ 'le bu "mefhumlar sistemi„ yekdigerinden tamamile ayrıdır. Zikr edilen "mefhumculuk„ Ihering'in, ilmî hayatında görülen ilk devresinde, müdafaa etdiği ve bilâhara, ilmî hayatının ikinci devresinde, tezyif eylediği, bir nevi hukukî cisimler haline getirilmiş hukukî mefhumları hukuk ilminin esası olarak telâkkı etmekde ve bir tecrid neticesinde elde edilen bir mefhumun, haddi zatında objektif, yani ictimaî hayatın bir mahsulü mahiyetinde olan "hukukî vaziyetler„ 'e tevafuk etmemesi takdirinde türlü türlü telif çarelerine müracaat eylemekdedir. Bu suretle hukukî vazivetlerin şeniyetinden uzak sunî bir hukuk âlemi vucuda getiriliyor. Burada hukukî vaziyetlerin muhtelif kısımlarını ve onların teferruatını izah etmeye mevzuumuz fazla müsait değildir, Yalnız şurasını kayd edelim. "Hukukî vaziyet„ (Rechtslage, Rechtszustand, situation juridique) tabirlerini hukuk müellifleri kullanıyorlar ise de, bu tabirler daha ziyade ya sübjektif manada, yani hak sahibinin şahsına matuf olarak veya asıl ehemmiyet bir hakkın mevzuuna verilerek istimal edilmekde ve bu mefhum altında bir takım "yarı haklar„ ve "hukuka benzeyen vaziyetler„, hiç bir sistematik rabıta gözetilmeksizin, bir araya toplanmakdadır. Biz bütün hukuku o b j e k t i f h u k u k î v a z i y e t l e r s i s t e m i n e irca ediyoruz. Diğer hukuk müelliflerinin kullandıkları hukukî vaziyetleri ise "bilkuvve hak„ (virtüel hak) namı altında objektif hukukî vaziyetlerin bir nev'i olmak üzere nazarı itibara alıyoruz. Binder'in "muayyen bir hukukî hâdiseye merbut ve muhteviyatı muhtelif şahsî vasıf„ olmak üzere tarif etdiği ve sübjektif hakla hiç bir alâkası olmadığını beyan eylediği "hukukî vaz'iyet„, "objektif mahiyetde hukukî münasebet„ (Vermögensrechte und Gegenstand, Archiv für bürgerliches Recht, cild 34, 1910, sahife 233 ve müteakıb) objektif hukukî vaz'iyetlerin "bilkuvve hak„ kısmına dahildir. Binder medenî hukukun umumî hükümlerini "hukukî vaz'iyet„ mefhumuna istinad etdiriyor, şahsiyeti veya hukukî ehliyeti, şahsî hakları, cemiyet azalığını ve ekseri sübjektif haklarla sübjektif miras hakkını hukukî vaziyet olarak, yani muayyen hak sahibinin iradesine aid hususlar şeklinde değil de, şahsın muayyen (konkre) hale gelmiş ve objektif hukuka istinad eden vasıfları olmak üzere telâkki eyliyor (System der Rechtsphilosophie, 1937, sahife 37, haşiye 17). "Objektif hukukun ferdî irade ile kuvveden fiile çıkması sübjektif hakkı teşkil eder„ (Die Bedeutung der Rechtsplosophie für die Erneuerung des Privatrechts, Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts, 1938, sahife 18). Sübjektif hak, hususî hukukda hak sahibinin müşahhas vaziyetidir, ve bir objektif hukuk müessesesinin, tenevvüü ve tekâmül kabiliyeti içinde, müşahhas hale gelmiş hukukî hükümlerden mürekkeb muhteviyatını sübjektif hak ihata eder (aynı eser, sahife 29). Binder'in "bilfiil haklar„ (ak-

devri kabil olmayan haklara tevarüs edilemez. Mamelek, hukukî manasile, bir hak sahibine aid olan hakların yekûnudur. Beklenen vaziyetler (muntazır haller), mehle ve şarta veya «hukukî şart» a (condicio iuris) bağlı haklar da mamelek hukukuna dahildir. Mame-

tuelle Rechte) ve "bilkuvve haklar„ (Potentielle Rechte) suretinde yapdığı tasnif, bizim objektif hukukî vaziyetler diye ifade etmek istediğimiz ve hak sahibine aid muayyen hukukî vasıflara inhisar etdirmediğimiz esasa daha yakındır. Netekim Binder bilfiil haklarda hak sahibinin mevcudiyetine lüzum olduğunu ve bilkuvve hakların, duran ve bekliyen haklar olmak itibarile, hak sahibi olmaksızın düşünülebileceğini kaydeyliyor ve bu suretle her iki objektif hukukî vaziyetin unsurları meyanında hak sahibinin bulunub bulunmadığını gösteriyor (Das Problem der juristischen persönlichkeit, 1907, sahife 139). "Bilkuvve hukuk„ mefhumu, bilhassa kanunî mevzuatın sakit olduğu hallerde "hukuk yaratıcılığı„ denilen ilmî ve kazaî hareketin kaynağıdır. İslâm hukukunda buna "ind-Allah hak„ deniliyor ve içtihad buna istinad etdiriliyor. "Temlik„ veya daha doğrusu "çevirme„ (Zuwendung) mefhumuna aid bu tedkiklerimize intikaadî bir mukaddime ve bir rehber olmak üzere burada telhis etmek istediğimiz fikirleri daha iyi anlatmak için Zitelmann'ın "sübjektif hak„ tarifini zikr edelim. Sübjektif hak, "objektif hukuk hükümlerile bir şahsın diğer bir şahsa veya her kese karşı haiz olduğu ayrıca müsaid hukukî vaziyetidir. Ancak bu vaziyetin Devletden gördüğü himayenin tatbik edilmesi, objektif hukuk nizamı tarafından o zikredilen ilk şahsın iradesine bırakılması şartıdır„ (Internationales Privatrecht, cild 1, sahife 21; Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, 1900, sahife 21). Zitelmann bu mefhumun unsurlarını şu suretle tefrik ediyor: a. Muhteviyatı ("ayrıca müsaid hukukî vaziyet„), b. himaye şekli, c. hak sahibi ("bir şahsın hukukî vaziyeti„). Bu tarifde "hukukî vaziyet„ yalnız lâfızda kalmakda ve hakikî hukuk şeniyeti ifade edilememekdedir. Bir kerre umumî bir "sübjektif hak„ vaziyeti yokdur. Binaenaleyh bu mefhum tamamile mücerred mahiyetdedir. Kanunların ihtiva etdiği hükümler "hak sahibi„ cebhesinden mütalâa edilirse, "sübjektif hak„ şeklinde ifade edebilecek muhtelif hukukî vaziyetlerin mevcud olduğu görülür. Bu hükümler ve vaziyetlerden tecrid suretile elde edilen ayrı sübjektif hak mafhumları, tam manasile "objektif„ olmakdan ziyade, hak sahibinin muayyen hukukî vaziyetine göre değişdiğinden "sübjektif„ bir mahiyet arz eder. Umumî bir mefhum olarak vucuda getirilen "sübjektif hak„ mefhumu ikinci bir tecridin mahsulüdür. Sübjektif haklarda âmir olan bir irade varsa, o da, hukuk nizamının iradesinden ibaretdir (Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878). Diğer tarafdan Zitelmann'ın zikredilen tarifinde olduğu gibi hukukî vaziyetlerle objektif hukukun birtutulması doğru olmaz. Hukukî vaziyetler kanunî mevzuatı, yani tip hadiseleri ve onların hukukî neticelerini ihtiva etmekle beraber, bu mevzuatdan ibaret değildir. Bu sebeble Binder'in sübjektif hakları muayyen bir hadisenin muayyen bir suretde hukukî hükümlere mevzu teşkil etmesi suretinde telâkkı eylemesi, muayyen bir cebheden nazarı itibara alınmış muayyen "objektif hukuk„'dan başka birşeyi ifade etmemek şartile, doğrudur (Prozess und Recht, 1927, sahife 364 ve müteakib). Fakat Binder de hukuku hukukî mevzuatdan tefrik etmek lûzumunu takdir edememiş olduğundan, hukukî vaziyetleri yarı hukuk gibi düşünmekde ve ancak muayyen müsbet hükümlere tevafuk etmesi halinde bu vaziyetlere hukuk namı verilebileceğini kabul eylemekdedir (aynı eser, sahife 365). Halbuki hukukî şeniyet yakından tedkik edilirse, bunun doğru olmadığı ve şimdiye kanar "objehtif hukukî münasebet„ şeklinde muayyen yarı hukukî vazi-

leğin mevzuuna faideli olan ve fakat bir sübjektif hakka istinad veya tekabül etmeyen, iktisadî hayata aid hadiseler ve münasebetler, mameleğin mütemmim cüzülerini teşkiletmez.

yetlere inhisar etdirilen şen'î görüşün, tam hukukî tezahürlere de teşmil olunması icab eylediği anlaşılır. Bu objektif hukukî vaziyetler sistemi, Duguit'nin "hukuk kaideleri„ sistemile karışdırılmamalıdır. Huhuk tatbikatla tekevvün etdiğinden, yani hukukî vaziyetlerin, onlara tealûk eden hukukî neticelerle, nizam safhasından hukuk haline intikalleri demek olduğundan, hukukun ictimaî hayatle sıkı bir irtibatı vardır. Bundan dolayi hukuk millîdir ve her milletin kendine mahsus hukukî tekâmülü vardır. Bu millî hukuk tekâmüllerinde bir milletin diğer bir millete aid mevzuatı kısmen veya tamamen alması hukuk tarihlerinde görülen ve "resepsiyon„ denilen hadiseyi teşkil eder. İrfan ve medeniyete aid diğer safhalarda vakı olan karşılıklı alıb vermenin hukuk sahasında da tezahüründen ibaret bulunan bu "resepsiyon„ hadisesi yalınız mevzuata inhisar eder ve başka bir milletin hukuku "resepsiyon„'a mevzu teşkil edemez. Zira bu suretle alınacak hukuk, tatbik edileceği cemiyetin "institüsyonel„ tekâmül ve "fonksiyon„' unda o cemiyetin kendi hukuku haline gelir. (Bu hususda tafsilât için "Rezeption und Recht„ yani "hukuk ve başka milletlere aid mevzuatın alınması„ adlı tedkikımıze bakınız.) Eğer bir "hukuk çevresi„'nden bahs etmek icab ediyorse, "objektif hukukî vaziyetler çevresi„ veya bu manada olmak üzere kısaca "hukuk çevresi„ demek doğru olur. Fakat bu çevre insanlara hukukan tanımış bir faaliyet sahasını degil, hukukî vaziyetlerin meriyet sahasını ifade eder (Husseri, Rechtskraft und Rechtsgeltung, cild 1, Genesis und Gerenzen der Rechtsgeltung, 1925, sahife 5, 47 ve müteakıb, ve 147,"hukukî çevre„ tabirini kısmen objektif manada kullanıyorse de, ferdî irade telâkkisinden kurtulamadığından, isabetli görüşlerine rağmen, bu mefhumu tamamile sübjektif bir faaliyet sahası haline getiriyor; Rechtssubjekt und Rechtspersen, Archiv für die zivilistische Praxis, cild 7, 1927, sahife 133, 178, haşiye 68, 179 ve müteakıb; Recht und Welt, Festschrift Edmund Husserl zum 70. Geburtstag gewidmet, 1929, sahife 122 und 126; Der Rechtsgegenstand, 1933, sahife 9). Objektif hukukî vaziyetlerin mevcudiyetini Savigny, Ihering, Bekker ve Hölder fark etmişler ve bunu ya " hukukî münasebet „ mefhumile veya sair suretle ifade eylemişlerdir. Savigny'nin yukarıda ( haşiye 3 de ) zikretdiğimiz sübjektif hak tarifi dikkatle okunursa "hakıkî hayatda insanı her taraftan ihata eden ve insana nüfuz eyliyen bir hukuk halinden ve vaziyetinden (Rechtszustand)„ bahsetdiği görülür. Bu objektif varlığı olduğu gibi anlatacak yerde ferdin iradesi ve iktidarı şeklinde tahlil ve izah etmek istemek, buna pek çokları da iştirak etmiş olsa, bir telâkkı tarzı olmakdan ileri gidemez ve sübjektif mahiyetde kalır. Fakat bu telâkkı tarzı hukukî varlığın objektif varlığına tam tevafuk etmediğinden bilinen fuzulî ihtilâflara mahal vermişdir. Yine bir nevi psikoloji ile hukukî iradenin mahiyetini tahlil etmek hususunda, bu gün bile tarafdarları olan ( Baumgarten ve Manigk bunun birer misalidir), bir cereyanın vucud bulması ( Zitelmann'ın irade nazariyesi ) , zikredilen telâkkı tarzının sübjektif mahiyeti unutularak hukukun objektif varlığına tevafuk etdiği zannından tevellüd etmekdedir. Fakat hakıkat âlemini teşkil eden maddî ve manevî varlıkları, objektif ve ontolojik mahiyetleri içinde, daha iyi görüb anlamağa başladığımız bu zemanda, idealist filozofi ve romantik hayat telâkkısinin mahsulü olan hukuk nazariyelerinin doğru olub olmadığını tedkik etmek ve hukuk şeniyetini tam olarak göstermek vazifesile mükellef bulunuyoruz. " Tarihî mekteb „ , içinde bulun-

Bunlar yalnız mameleğe aid menfaatlar olarak nazarı itibare alınır. Mamelek, ona sahib olan kimse ile bir kül halini alır. Bu kül, mameleğe bir şeyin inzimamı yahud iflâs gibi mameleğin seyri üzerinde

---

duğu romantik devrin tesiri altında, hakıkatı tamamile ifade edememişdir. Meselâ Savigny sübjektif hakkı tarif etdikden sonra meselenin daha büyük esaslara istinad etdiğini, bu esasın " hukukî münasebet„ e raci olduğunu, her bir hakkın hukukî münasebetlerden mücerred bir suretde elde edilmiş birer cebhe ve tezahürden ibaret bulunduğunu ve bir teazzuv mahiyetinde olan hukukî münasebetin, unsurları arasındaki mütekabil irtibatlar dolayisile, kendi bünyesi üzerinde âmil olan neticeler husule getirdiğini kaydetdiği halde (System des heutigen römischen Rechts, cild 1, 1840 sahife, 8 ve müteakıb ),bahis mevzuu unsurları aklen bulunmuş şeylere benzetmekle, bunları sübjektif bir hale getirmekdedir. Ihering'in yukarıda nakl etdiğimiz fikirlerine burada şunu ilâve eyleyeceğiz. Ihering de hukukun insanı, mevcudiyetinin her tarafından ihata etdiğini ve insanın hukuk tarafından kendisine verilmiş mevkıı müdafaa etmesı, hukukan nefsini müdafaa eylemesi demek olduğunu beyan ediyor (Der Zweck im Recht, beşinci tabı, cild 1, 1916, sahife 56 ). Bekker hukukun " objektif hukuk „ dan müstakil objektif varlığını açık bir suretde ifade etmekdedir. Hukukî münasebetin iki manaya geldiğini, biri "objektif hukuk „'un neticeler atfetdiği hal ve hareketi ve digeri bu hukukî neticelerin kendisini anlatdığını ve ikinci manada hukukî münasebetlere sübjektif olan ve olmiyan hakların dahil olduğunu beyan ile ( System des heutigen Pandektenrechts, cild 1, 1886, sahife 45 ve müteakıb) sübjektif haklara objektif hukukdan evvel mevcud olan münasebetlerin de idhali lâzım geldiğini ve bu münasebetlerin milletin umumî iradesine tevfikan vakı olduğunun, yani hukukî bulunduğunun objektif hukuk tarafından yalnız tasdik edildigini, bu sübjektif hakların objektif hukuk tarafından vaz edilmemiş bulunduğunu ve ortada verilmiş bir irade iktidarının bulunmadığını Bekker tasrih eyliyor ( aynı eser, cild 1, sahife 47, haşiye c, sahife 61, haşiye c ). Objektif hukukî vüziyetleri en isabetli bir suretde Hölder ifade etmişdir. Höldere göre "nasıl bir ferd hukuk birliğinin bir uzvu ise, bu ferdin içinde bulunduğu hukukî münasebetler de cemiyetin bütün ferdlerini ihata eden umumî hukuk münasebetlerinin mütemmim cüzüleridir. Bir cemiyetin hukuku olarak bu cemiyetde hukuk diye mevcud hükûmlerin heyeti mecmuasını tavsif etdiğimize göre muayyen bir cemiyetde muayyen bir zemanda kukuk diye bulunan müşahhas hükümlerin muhteviyatı ancak ayni zemanda mevcud ve bu hükümlere tekabül eden fiilî münasebetlerle hukukî münasebet vasfını ve mahiyetini iktisab eder. Hukukî munasebetleri bu fiilî münasebetler vucuda getirir. Bu hukukî münasebetlerin yukarıda zikredilen hukukî hükümlere göre teessüs etmiş olması da bu mücerred hukukî hükümlerin müşahhas hukukî münasebetlere tekaddüm etmis olmasını ifade etmez. Netekim cemiyetin mevcudiyeti de ferdî mevcudiyete tekaddüm eylemez. Hukukî hükümler kısmen kanun ve kısmen örf ve adetle, yani kısmen hükûmet uzuvlarının tasarrufu ile ve kısmen cemiyete mensub olan ferdlerin fiilî hattı harketile vucud bulur. Hukuk birliğine mensub ferdlerin örf ve âdeti tesis eden hattı hareketi ise, daima muayyen münasebetlere matuf olur. Buna mukabil kanunların mevzuu umumiyetle mücerred hükümlerdir. Fakat kanunların mevcudiyeti muayyen hukukî münasebetlere racidir ve bu hukukî hükümler ve hukukî münasebetler kanun vaz eden veya kanun vazina iştirak eden kimselere bu kanunları vaz etmeye selâhiyet verir. Bu suretle hukukî hükümler ve hukukî münasebetler yekdiğerine mütekabilen bağlı olduğundan hukukî hükümler hukukî münasebetlerin mevcudiyet şartlarını tayin etmekle beraber ayni

büyük müdahaleler husule getiren hâdiselerin vukuunda, ayniyetini muhafaza eder ve devam eyler. Bu sebeble, mamelek elden çıkarılamaz, yani

zemanda kendi mevcubiyetleri de bu muayyen hukukî münasebetlere istinad eyler. Bu hukukî münasebetler de ya ayni cemiyetin mensubları sıfatile bir hukuk birliğine dahil olan bütün ferdlerin arasında mevcud irtibat veya hukuk birliği içinde muayyen kimselere aid bulunan hususî mevki ve vaziyetdir."(Über objektives und subjektives Recht, 1893, sahife 18 ve müteakib). Hukukî münasebetlerin müşahhas objektif hukukî mahiyeti olduğunu, bunun nazarı itibara alınması ve sübjektif hakkın bu hukukî münasebetlere ircaı lâzım geldiğini Puntschart da beyan etmişdir (Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts, 1883, sahife 57). Fakat zikr etdiği misallerde hukukî vaziyetin objektif mahiyeti objektif hukukdan husule gelen neticelerle karıştırılmakdadır. Ihering'in menfaat nazariyesini tenkıd eden, hukukun himayeyi ve menfaatin ise himaye edilen şeyi, himayenin mevzuunu ifade etdiğini söyleyen ve bu suretle hukukî hükümlerle bu hükümlerin muhteviyatı olan içtimaî ve iktisâdî vakıaları yekdiğerinden ayırarak Kelsen'in surî hukuk nazariyesine yol açan Thon bu hususda yapdığı tahliller neticesinde hukukî hükümle himaye edilen vaziyetden ve bu vaziyetin hukukî himaye neticesinde himayeye mazhar olan kimsenin hakkını vücuda getirdiğinden, yani hukukî himayeye mevzu teşkil eden bir vaziyetin bu himayeden evvel mevcud olduğundan bahsediyor (Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, sahife 229). Bu himayenin alâkadar hak sahibine verdiği imkân ve ihtimali (Aussicht) Thon sübjektif hakkın mahiyeti olarak telâkkî etmekdedir. Zira hukuk nizamı, yani hukuk Thon'a göre emirler ihtiva eder. Bu emirler hem halka ve hem adlî teşkilâta hitab eyler. Binaenaleyh bu emre itaat edilmemesi halinde hak sahibinin, bu itaatsizliğin tevlid etdiği hukukî neticenin tatbikı hususunda, adlî makamlara karşı mütalebe hakkı hususle gelir. Thon'un bu doğru müşahedelerinden Binder hukukî vazife mefhumunun olmadığı niticesine varmışdır (Rechtsnorm und Rechtsnflicht, 1912, sahife 45 ve müteakib. Vuku bulan itirazlar karşısında Binder, bilâhare, hukukî vazifenin ahlâkî vazifeden ibaret olduğunu kabul etmiş ve hukukun meriyetini ahlâkî müdrikemize irca eylemişdir, System der Rechtsphilosophie, 1937, sahife 23, haşiye 22. Lisanımızda "mükellefiyet„ kelimesi (almance "Haftung„ mukabili) hakka tekabül eden ve vazife kelimesi ile de ifade edilen menfî ciheti en muvafık bir suretde göstermekdedir. İslâm hukuku teklif ve mükellefiyet esasına istinad eder. Bundan dolayi islâm hukukunda sübjektif hak mefhumu olmadığı beyan edilmişdir (Mustafa Şeref, İslâm Mecmuası, yıl 1, 1329, sahife 80 ve müteakib). Şariin, yani Cenabı Hakkın iktiza, tahyir veya vaz' tarikile mükelleflerin fiillerine teallûk eden hitabının eserine hüküm denilir. İktiza vucub veya hürmeti ve tahyir ibahayi ihtiva eder. Bir şeyin diğer bir şeye taallûku dolayisile ilzam eden hüküm vaz'îdir. Vucub bir emir ve hürmet bir nehydir. Şu halde islâm hukukunda hükümlerin emir ihtiva etmesi (Imperativen) esasdır. Almance "Muss„ tabiri "vucub„ ile, "Soll„ tabiri "lüzum„ ile, "Kann„ tabiri "cevaz„ ile, "Darf„ tabiri "ibaha„ ile ve "Nichtdürfen„ tabiri "hürmet„ ile ifade edilebilir. Bunlar esas itibarile "iktiza„ ve "tahyir„ kategorilerine dahildir. Mükellefiyetin ehliyet şartlarından "zimmet„ de daha ziyade "Geschäftsfähigkeit„'a tekabül eder). Thon doğru olarak hak sahiblerinin hukuka, yani hukukî vaziyetlere göre hareketlerini hukukî hükümlerin muhteviyatı olarak kabul eyliyor (ayni eser,

sahife 273 ve müteakıb). Objektif hukukî vaziyetlerin mahiyetini, daha ziyade sosyolojik görüşe alışmış olan, fransız hukuk âlimlerinden Duguit, Hauriou, Gény ve Le Fur isabetli tedkiklerile aydınlatmışlardır. Duguit evvelâ içtimaî mahiyetde kaideler ("norm„ lar) mevcud olduğunu, cemiyetin muvazenesi bu suretle husule geldiğini, bu kaidelerin tatbikatda ferdî mahiyet arz etdiğini, iktisâdî, ahlâkî ve hukukî olmak üzere üç türlü "norm„ bulunduğunu, bu "norm„ 'ların müeyyide itibarile yekdiğerinden farklı olduğunu, hukukî "norm„ 'un Devlet mefhumuna tekaddüm ve onu tahdid etdiğini, objektif hukukun kaynağı ferdî vicdanlar olduğunu, toplu bir cemiyet vicdanı olmadığını ve hakıkatda ferdî vicdanların yekûnundan başka bir şey bulunmadığını söylüyor ve bu suretle tarihî mektebden ve sosyolojik telâkkiden ayrılıyor (Droit Constitutionnel, üçüncü tabı, cild 1, sahife 11, 16 ve müteakıb, 26 ve müteakıb, 57). Objektif hukuk ferd için bir hukukî vaziyet husule getirir (ayni eser, sahife 123). Sübjektif hakla bir alâkası olmayan bu vaziyet ferdlerin objektif hukuka tabi olmalarını icab etdirir. Hukukî muamelelerde iradenin doğrudan doğruya gayesi objektif hukukun neticesini husule getirmek değildir. İrade buna dolayisile müteveccihdir (ayni eser, sahife 230). Şahıs, hak sahibi, objektif hukuk vaziyetlerinin hamili, unsurudur, yani şahıs bu suretle objektif hukuka tabi olur. Hak sahibi hakikî şahısdır (ayni eser, sahife 228, 254 ve 319). Duguit kaide muamele, şart muamele ve sübjektif muamele olmak üzere bir tasnif yapıyor. Kaide muamele objektif hukukun mevcudiyetini tasdik eder, şart muamele bir ferde teallûk eden objektif hukuku gösterir ve sübjektif muamele yeni bir hukukî vaziyeti tayin eyler (ayni eser, sahife 221). Hukukî "norm„ 'ların vucud bulmasını Duguit ictimaî faide ve adalete icra etmekdedir. Bu fazlasile objektif telâkkiyi yukarıda zikr etdiğimiz müfrit sübjektif telâkkinin (bilhassa Windscheid) bir aksülameli olarak tavsif eden Hauriou hukukun ve hukukî vaziyetlerin mahiyetini ilk defa izah etmişdir. Cemiyet ile ferd arasında vakı olan anlaşmanın mahsulü olarak "ictimaî madde„ (matière sociale) meydana gelir ve bu ictimaî madde cins, ırk, dil ve itibardan terekkûb eden bir ictimaî saha (espace sociale) içinde bulunur (La science sociale traditionnelle, 1896, birinci fasıl, kısım 1, sahife 1 — 24 ve la matière sociale, fasıl 1, sahife 261 293; Gény, Science et Technique en droit privé positif, cild 2, ikinci tabı, 1927, sahife 102). Bundan başka Hauriou "positif„, "métaphysique„ veya "étatique„ ve "réligieux„ (yani müsbet, müteal ve dinî) olmak üzere üç türlü "ictimaî nesc„ (tissu social) mevcud olduğunu kabul ediyor. Bu nescin maddesi ictimaî münasebetlerdir. Bu ictimaî münasebetler ya iktidar denilen kendine mahsus bir kuvvetle ve bir teşkilâtla veya bir nevi bünye ile birleşerek zikr edilen nescleri vucuda getiriyor (ayni eser, la matière sociale, fasıl 2, kısım 2 ve 3, sahife 301 — 360; Gény, ayni eser, sahife 102). Devlet ve hukûmeti husule getiren siyasî vahdeti (unité politique) bu ictimaî nesicden tefrik etmelidir (ayni eser, la matière sociale, fasıl 2, kısım 1, sahife 295 — 300 ve fasıl 3, sahife 361 — 406; Gény, ayni de eser, sahife 103). Bu ictimaî taazzuvun bir nevi ifadesi "institution„ dur (Principes droit poblic, 1910, fasıl 3, sahife 123—175; Gény, aynı eser, sahife 104). Kendi varlığını kendi kendine muhafaza eder gibi görünen hukukî vaziyetler yakından tedkik edilirse bunların hakıkatda gayri muayyen adedde bir takım ferdlerin ruhunda tahteşşurî bir suretde mevcud olan fikirlere bağlı olduğu anlaşılacağını Hauriou söylüyor. Tahteşşuur fikirler hafızamızın çerçevelerinde, bizim için, filhal şuurlu iradeler olmaksızın, yaşayan fikirlerdir. Bunlar bize gelen, tarafımızdan toplanan ve bilâhare gözümzzden kaybolan fikirlerdir. Mamafih bu fikirler yaşamakda ve haberimiz olmadan hükümlerimiz ve fikirlerimiz üzerinde âmil olmakdadır. Bu suretle, sübjektif olan şey şuurlu iradelerimizle ve objektif olan şey tahtaşşuur fikirlerimizle mevcu-

diyetini muhafaza etmekdedir. Hukukcuların öteden beri kabul etdikleri sübjektif ve objektif ikilik bu esaslara racidir. Derken mufrit sübjektivism ve objektivisim mücadelesi oluyor. Fakat sübjektif hukuk telâkkisi, hukukî vazyetlerin devamını, sakat olan hukukî şahsiyet mefhumile müdafaa etmek isterken buna haklı olarak hücum eden objektif hukuk telâkkisi de hukukî kaideyi, ictimâî "institution„ ların devam unsuru yapmakla kalmayıb tekevvün unsuru haline getirmek isitiyor. Bütün mesele cemiyetde yaratıcı kuvvetin nerede bulunduğundadır. Hukuk kaideleri mi "institution„'ları,"institution„'lar mı hukuk kaidelerini vücuda getiriyor? Birinci şıkkın kabulü takdirinde yaratıcı kuvvet ictimâî muhite izafe edilmiş olur. Fakat hakıkatda ictimâî muhit faal değil, pasifdir, beğendiğini takviye eder ve beğenmediğini bırakır. "Initiative„ ferdîdir. Her iki telâkkı tarzının hatası da faal olan, yani bir fiil ve amel ifade eden hususu aksülamel olarak alması ve devam keyfiyetini ibda ile karışdırmasıdır. İbda edici kuvvetler sübjektif unsurlarıdır ve bir fiil ve amel ifade eden bunlardır. Objektif unsurlar olan hukuk kaidesi, ictimâî muhit ve âmme intizamı aksülamel, devam ve ittisalden başka bir şey değildir. Binaenaleyh Devletin teşekkülünü tarihe bırakan sübjektivistlerle hukuk kaidelerinin tekevvününü tarihe bırakan objektivistler ilmî vazifelerini ifa etmekde aciz göstermişlerdir ve her ikisinin de reddi lâzım gelir. "Institution„ nazariyesinin ana hatları şudur: "Institution„ bir iş veya teşebbüs fikridir ve bu fikir bir ictimâî muhitde hukukan kuvveden fiile çıkar. Bu maksadla bir kuvvet teşekkül eder ve uzuvlar elde eyler. Diğer tarafdan bu fikrin kuvveden fiile çıkmasında alâkası olan ictimâî grupun azası arasında, bahis mevzuu kuvvetin uzuvları tarafından sevk ve idare edilen ve muayyen usullerle taayyün eyleyen, müşterek tezahürler vuku bulur. Bu teşkilâtlanan kuvvetin ve grup azası tarafından yapılan iştirak tezahürlerinin yukarıda bahsedilen ve bir iş veya teşebbüse taallûk eden fikrin çerçevesine dahil olub olmamasına göre iki türlü "institution„ vardır. Birincisine şahıs "institution„'ları ve ikincisine şey "institution„' ları denilir. "Institution„'lar hukukan vücuda gelir, yaşar ve nihayet bulur (La théorie de l'institution et de la fondation, Aux sources du droit, Cahiers de la nouvelle journée, sayı 23, 1933, sahife 90 ve müteakıb). Gény teknik bir manada hukukî vaziyetden bahs etmemekle beraber bunun şe'nî veya tabiî, tarihî, aklî ve ideal muutaalâlara raci olduğunu, yani bu dört unsurdan vucuda geldiğini söylüyör (Science et Technique en droit privé positif, cild 2, ikinci tâbı, 1927, sahife 371 ve müteakıb). Burada Gény'nin Montesquieu'den zikr etdiği geniş manada kanunun tarifi objektif hukukî vaziyetleri ne kadar isabetli bir suretde ifade etmekdedir: "Mahiyeti eşyadan tahassul eden zarurî münasebetler„ (De l'esprit des lois, birinci kitab, fasıl 1; Gény, ayni eser, sahife 375, haşiye 1). Gény neticede müsbet hukuku, yani tanzim edilişi bir kaç umdeye ve bilhassa adalet fikrine irca etdiğinden bu da hukukî tekevvünde iradeye yer vermek demekdir. Le Fur insanın hukukî fealiyetini üç vakıaya, yani tabiî, tarihî ve beşerî vakıalara irca etmekde ve Gény'nin dördüncü muutaasını almamakdadır. İnsanın hukukî faaliyetlerini esas olarak nazarı itibara almakla Le Fur iradeye istinad etmekde ve hukuku "akıl„ (raison) mefhumuna irca eylemekdedir (La théorie du droit naturel depuis leXVIIe siècle et la doctrine moderne, Recueil des cours de l'Academie de droit international, cild 18, 1928, sahife 377 ve müteakıb). Bonnard umumî ve gayri şahsî yahud objektif ve husususî, ferdî yahud sübjektif hukukî vaziyetlerden bahs ediyor ve bu iki vaziyete tekabül eden nizamların mevcudiyetini kabul eyliyor. (Ayni fikiri Jèze de müdafaa ediyor, Les princines généraux du droit administratif, cild 1,1923, tab 1,

fasıl 3; Du Pasquier. Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 1937, sahife 97). Sübjektif hukukî vaziyetlerin de objektif hukukî vaziyetler gibi „umumî„ hukuk nizamına irca edilmesine ve ayrıca „hususî„ hukuk nizamı olub olmadığının aranılmamasına itiraz eden Bonnard hususî objektif hukuk kaidelerinin objektif hukuk nizamı haricinde mevcud olduğunu ve hukukî muamelelerin bu hususî nizamı ihtiva etdiğini kabul ediyor. Ferdî iradenin hukuk kaide vaz etmesini bu vaz edilen kaidelerde mevcud "intentional„ bir objektif kıymete atf etmekde, yani sübjektif fiilin bu objektif kıymetden ilham alarak hareket etdiğini iddia eylemekdedir (L'origine de l'ordonnancement juridique, Mélanges Maurice Hauriou, 1929, sahife 36 ve müteakib). Buraya kadar hülâsa etdiğimiz ilmî vaziyetden de anlaşılacağı vechile henüz mesele hal edilmemiş ve her müellif meselenin esasına yaklaşmış ise de ictimâî hadiselerin inceliği ve yekdigerine girift bir vaziyet arz etmesi dolayısile hukukun bu esasını tam bir suretde ifade edememişdir. Evvelâ hukukî vaziyetlerin Devlet tarafından vaz edilen hukukun eseri olmadığı, hukukî vaziyetlerin daha evvel mevcud olduğu ve mevzu hükümlerin bu hukukî vaziyetlerin tasdikini ve muhafazasını ifade eylediği bilinmelidir. Ferdî iradenin mevkıı, ictimâî hukuk vaziyetinde bir unsur olmakdır. Müsbet hukukun ihtiva etdiği hukukî neticeleri kuvveden fiile çıkarmak hususunda âmil olmak suretinde ferdî iradenin hukuk nizamında bir mevkıi haiz olduğunu söylemek, yani hukukî muameleyi, hak sahibinin iradesini izhar etmesile birtutmak doğru değildir. Bu düşünce tarzı hukukî vaziyetlerin şe'niyetini irâdî ve illî telâkkilerle ifade etmenin ilmî olacağı zannından tevellüd etmişdir. Tabiî, psikolojik, ahlâkî ve müsbet usuller ve nazariyeler bu içinden çıkılamıyan vaziyetin mahsülüdür. Filozofide tabiatın ihatası ve ifadesi maksadile kabul edilmiş tefrikler ve kategoriler hukuka tatbik edilmek istenilirken hukukun bilhassa ictimâî varlığı ve tekevvünü düşünülmek icab ederdi. Hukukda gayenin ehemmiyeti gösterilmek ve gâî bir mantıkla (teleoloji) hukuk mefhumlarını tahlil ve tasnif etmekle iş bitmez. Bu suretle hareket çürük hale gelmiş bir binayi yeniden inşa edecek yerde tamirle idarei maslahat emek demek olur. Onun için Kohler ve Binder bile süfjektif görüşden kurtulamamışlar ve hukukî vaziyetleri henüz sübjektif hak derecesine gelmemiş sübjektif bekleme hâlleri şeklinde anlamışlardır. Ferdî iradenin objektif hukukî vaziyetde bir unsnr mevkıi olabilir. Hukukî hükümler ve hukukî neticeler kül halinde objektif hukukî vaziyetlere matufdur. Fakat ferdî iradeyi hukukî neticenin esası imiş gibi müstakil olarak nazarı itibara almak yanlış bir görüş olur. Ferdin iradesine bir âmil mevkıı vermek hukuk ilminin kendi spekülasyonu mahsulü olduğuna göre hukuk ilmi kendisini bir hukuk kaynağı haline getirmişdir. Halbuki hukukun şeniyeti ve hakıkatı tamamile beşka olduğundan ilmin vazifesi sunî bir hukuk kaynağı vucuda getirmek değil, asıl hakıkî vaziyeti göstermek ve ona göre sistemi vucuda getirmekdir. Hukukun cevheri objektif hukukî vaziyetlerin kuvveden fiile çıkması ve Devletin idaresinin bu kuvveden fiile çıkma keyfiyetinde bir unsur olması hakıkatı eski telâkkı yerine ikame edilmelidir. Bu meyanda hukukun millî mahiyeti göz önünde bulundurulmak ve hukukun tekevvününde millî görüşlere tevfikan fark olabileceği kabul edilmek lâzımdır. Milletlerin ictimaî hayatlarının tanzimi kendi ruhî ve ictimâî olgunluklarının mahsulü olduğundan bazı milletler hukuk ve Devleti bir emir ve irade kaynağı olark telâkkı edebilirler. Hukukun kıstası zecir olduğu telâkkısi bu zikr edilen görüş ve yaşayış tarzının mahsulüdür. Fakat ictimâî hayatın kendi olgunluğunu muhafaza ve idameye matuf hukuk ve Devlet telâkkısinde hukukun yukarıdan verilmiş bir emir olarak düşünülmesine

ne kadar imkân yoksa hukuku zecr ile bir tutmak da akla o kadar uzak gelir. Hukuk zecirden mahrum olunce hukuk oluşunu neden kaybetsin, sualine (Nelson, Ethik, sahife 159) cevaben Binder bu telâkkının bir nevi yüksek hukuk tarzı demek olan ahlâkî noktai nazardan ibaret olduğunu ve hukukun mahiyetini izaha kâfî gelmeyeceğini kayd ediyorse de (System der Rechtsphilosophie, 1937, sahife 24, haşiye 22), kanaatımızce, milletlerin muhtelif kademede hukuk telâkkıleri vardır ve zecir henüz yükselmemiş bir hukuk telâkkısinde hukukun kıstasını teşkil eder. Zira bu seviyede yalnız kuvvete serfuru edilir. Fakat kuvvete serfuru etmek yalnız yükselmemiş hukuk telâkkısinin mahsulü değildir. Bazı milletler ictimâî hayatda yükseldikleri halde ruhî varlıklarının hususiyeti dolayısile zecirsiz hukuk tasavvur edemezler. Fakat hukukî vaziyetlerin sevkı tabiî şeklinde idrak edilmesi ekseriyeti teşkil etmekdedir. Hukukî vaziyetler, ihtilâf ve münaza a zuhurunda, hukukî hükümler ve hukukî neticelerle muhafaza edilir. Belki de yeni ictimâî ihtiyaclar ve menfaatler dolayısile hukukî vaziyetler ihtilâflar şeklinde tebeddülât geçirir ve ihtilâfı hal eden kararla tekevvün eden hukuk bu tebeddülü ifade eyler. Daima noksanları olan yazılı hukuk yani mevzuatla hakıkî hukuk, yani hukukî vaziyetler ve onlara matuf hüküm ve hukukî neticelerin farkı buradadır. Brodmann alman borclar hukukunun umumî hükümlerinin hukuk ilmi tarafından vucuda getirilmiş olduğunu, yani Pandekt hukukunun eseri bulunduğunu söylüyor (Was ist Recht und wo ist es?, 1935, sahife 46). Fakat Pandekt hukuku bu hükümleri ve esasları, yukarıda gördüğümüz gibi, bilerek veya bilmeyerek, hukukî vaziyetlerden aldığı ilhamla kabul etmişdir. Netekim bu hakıkatı Pandekt hukuk âlimleri ve en başda Savigny sarih bir suretde ifade ediyorlar. "Bütün hukuk umumiyetle örf ve âdet denilen ve fakat bu nam altında ifade edilmesi tamamile doğru olmayan bir suretde, yani evvelâ ahlâkî teamül ve halkın imanı şeklinde ve sonra "jurisprudence„ ile, yani her yerde derunî, sakin bir tarzda tesirini gösteren kuvvetlerle ve kanun vazıının müdahalesi olmaksızın tekevvün eder (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, üçüncü taba göre yeni tabı, 1892, sahife 8 ve müteakıb). Bazı kanun hükümleri ictimâî hayatda tatbikat bulamiyorse bu da o ictimâî hayatın objektif hukukî vaziyetlerine tevafuk etmemesinden ileri gelir. Kanunların örf ve âdetle tadil edilmesinin esası budur. Yoksa yazılı olan ve olmayan hukuk diye hukuk vahdetini ikiye ayırmak doğru değildir ve bu taksim hakıkatı ifade etmek mecburiyetinden tevellüd etmişdir. Binaenaleyh hukukun, yani mevzuatın yaşaması için hayata, yani hukukî vaziyetlere tevafuk etmesi lâzımdır. Âmme menfaatinin ferdî menfaatlara tekaddüm etmesi de aynı esasa racidir. Hukuk ilminin vazifesi hukukî şen'iyeti ifade etmek olduğundan daima mevzuata tekaddüm etmesi bundan ileri gelir. Bu mânada hukuk ilmine müsbet hukukun kaynağı denilebilir. Eğer sümer ve babil hukukunun mevzuatı bulunmuş, fakat bu milletlerde hukuk ilminin mevcudiyetine aid bir eser bulunmamışsa, bundan bu milletlerde kukuk ilmi olmadığı neticesine vasıl olmak doğru değildir. Netekim bu milletlerin matematik meselelerini hal etdikleri bulunan eserlerden anlaşıldığı halde matematik ilimleri olub olmadığında tereddüd etmek doğru değildir. Ne kadar amelî tarzlarla olsa bu milletlerin yine bir hukuk ve matematik ilmine sahib olduklarını kabul etmek icab eder. Bulunan hukuk âbidelerinde yalnız emirler olması ve hukuk müesseselerinin tarif edilmemesi, yani hukukî mefhumların olmaması hukuk ilminin mevcud olmadığına bir delil teşkil etmez. Zira mevzuatda yalnız hukukî neticeler bulunur. Roma hukukunun "ita ius esto„ emrinin "işte cemiyetin kabul etdiği hukuk, yani riayet edilmesi lâzımgelen hukukî vaziyet budur„ manasını ifade etdiği aşikârdır. Mevzuatın emirlerini şarta bağlı bir hüküm ve kazi-

467

satılmaz ve devr edilmez. Eger bazı hallerde bir„elden çıkarma" (Veräusserung), yani devir vakı oluyorsa, bu, muayyen bir zemanda mameleğe aid olan hakların devri demekdir. Mameleğin bir kül teşkil etmesi, sahibinin ölümünden sonra da devam eder ve kül halinde

ye olarak telâkkı etmek hukuk ilminin aldığı sübjektif ve voluntarist istikametin mahsulüdür. Bu sebeble hukuk ilminin almancede "Rechtswissenschaft„ kelimesinden ziyade "Wissen ums Recht„ kelimelerile daha doğru ifade edildiğini Brodmann haklı olarak kaydediyor (aynı eser, sahife 47). Merî hukuk tâbiri de merî hukuk vaziyetlerine taallûk eden hükümler demek iken hükümlerin mer'iyeti ve hukukî vaziyetleri vücuda getirme şeklinde anlaşılmışdır. Halbukî hukukun manevî varlığının ifadesi olan mer'iyeti tıbkı matematikde olduğu gibi $2 \times 2 = 4$ etmesine benzer. Burada mer'iyet $2 \times 2$ ye racidir. Zira $1 + 4$ ve $2 + 2$ de aynı neticeyi husule getirir. Binaenaleyh mer'î olan, hukukî neticeler, yahud yalnız hukukî neticeler değil, bu hukukî neticelerin raci olduğu hukukî vaziyetlerdir. Hukuk ilminin "kara cümlesi„, "a'mâli erbaası„ mahiyetinde olan"Subsumption„ yani hukukî hâdise tipinin unsurlarını hayat hâdiselerinde bulunca tip hâdisenin hukukî neticesini hayat hâdisesine tatbik etmenin hakıkî ve ilmî ifadesi de budur. Zira yalnız "Subsumption„dan bahs etmekle hukuk ilminin vazifesi ifa edilmiş olmaz. Neden tip hâdiselerin unsurları hayat hâdiselerinin unsurlarına tevafuk ediyor? Bu sualin cevabı tiplerin hayat hâdiselerinden alınmış olmasıdır. Şu halde bu tiplerin seçilmesi kanun vazının ihtiyarına mı bırakılmışdır? Halbuki aynı tiplerin muhtelif milletlerde yekdiğerinden haberi olmaksızın mevcud olduğunu görüyor ve bundan da insanların tabiî hukuku olduğu, insan aklının her tarafda aynı eseri vücuda getirdiği ve müsbet mevzuatın fevkında bir objektif sistemin mevcud bulunduğu gibi fikirleri vakıt vakıt ileri sürüyoruz. Fakat hakıkat daha basitdir. İçtimaî vaziyetlerin bir kısmını teşkil eden hukukî vaziyetler her tarafda az çok aynı şekilde tekevvün ediyor. Bu da cemiyet hayatının muayyen kademelerde az çok aynı tezahüratı göstermesinden ileri geliyor. Tip hâdiseler kanun vazının ihtiyarile değil, hukukî vaziyetlerin icabile, yani hukukî neticelerin hukukî vaziyetlere matuf olması hasebile vücud buluyor. Zaten tabiî hukuk telâkkısinde tabiat mefhumu aynı zemanda beşerin tabiatını ve içtimaî varlığını ve husesiyetini ifade etmekdedir. Hukukun içtimaî tekevvününü görmüş ve anlamış olan ve bu tekevvünde aklı yegâne âmil telâkki etmiyen tabiî hukukcular bundan dolayı hukukla müsbet mevzuatın bir tutulmasına itiraz etmişler ve hukukun tekevvününde iradenin yeri olmıyacağını kabul eylemişlerdir. Tabiat hukuku yerine tabiî hukuk tâbirini kullanmak inceliğini gösteren Leibniz "bir hukukun ve hatta sıkı bir hukukun (Jus strictum) Devletler teşekkül etmeden mevcud„ olduğunu kabul ediyor (Hartmann, Leibniz, 1890, sahife 102, haşiye 2). Yaşıyan hukuk, hukukî vaziyetlerin kendisidir. Malûm olduğu üzere içinde bulunduğumuz şeyi en az his eder ve biliriz. Bu en yakın hakikatı bulmak için ne kadar uzaklarda dolaşılmış ve daima işin sathında kalınmış ve bir türlü içine nüfuz edilememişdir. Hukuku bir kab ve şekil haline ifrağ etmek bu anlamamazlığın en iyi bir misalidir. "Sırf hukukî„ denilmek istenilen bu surî görüş tarzı hayatın gayri muntazam, karışık bir kütle halinde düşünülmesinden ve buna aklen bir intizam verilerek ilimlerin husule geldiğinin kabul edilmesinden ileri gelmektedir. Halbuki hayat başdan başa bir nizam ve intizam âlemidir. Bunu Leibniz mukadder ve daimî ahenk diye ne isabetli tavsif etmişdir. Hayatda hiç bir şey bir kara kuvvetin eseri değildir. "Hayat nizamla kaimdir„ esası bütün filozofi sistemlerine esas teşkil edecek bir hakıkatdır. Bu büyük hayat nizamı bir çok iç içe veya kade-

mirasçılara intikal eyler. Bu mamelek, mirasçının mameleğile karışdıkdan sonra ferdiyetini kaybeder. Mameleği vücuda getiren haklara „aktif" denilir. Bu aktiflere mukabil mameleğin „pasif" kısmı borçlardır. Bunlar mameleğin „mevcudu" 'ndan düşülecek kalemlerdir. Mamelek, aktif-

me kademe nizamlardan terekküb eder. Hukuk da bu nizamlardan birini vücuda getirir. (Bu "nizam„ hukukun, "nizam„ diye tavsif etdiğimiz, "bilkuvve oluş safhası„ ile karıştırılmamalıdır.) Hakikî müsbet görüş budur. Brodmann doğru olarak hukukun içtimaî âmillerle tekevvün etdiğini kaydediyor (aynı eser, sahife 69). Halbuki tabiî hukukun mahiyetini yanlış anlıyan Manigck orta çağ müesseselerinin bağlarını tabiat hukuku cereyanının ortadan kaldırdığını ve ferdî hukuk havasını bu hukuk telâkkisinin vücuda getirmiş olduğunu beyan ediyor (Wie stehen wir heute zum Naturrecht, sahife 24; Brodmann, aynı eser, sahife 69). Tabiî hukuk devri büyük ictimaî inkılâbın hukuk sahasında bir tezahüründen ibaretdir. Bunu hukuk filozofisi noktasından hukukî vaziyetlerde vukua gelen tebeddülün ifadesi olarak kabul etmek en doğru hareket olur. Hukukî şeniyetin bu suretle meydana çıkarılmasına mukabil, onun irade, menfaat ve vazife gibi mefhumlara irca edilmesi ne kadar sönük kalır. Birer içtimaî unsur şeklinde bu mefhumların da hukukun şeniyetinde yeri ve zemanı vardır. Fakat hukuk onlardan ibaret değildir. Bunun aksini iddia etmek, içtimaî nizamların sırrını anlamamakdır. Bizi bu hakikatları görmek için, ilmî ve amelî mesaide müracaat etdiğimiz hukukun i'mâli usulü kâfi derecede ikaz etmek lâzımgelirdi. Hukukun şeniyetini daha ziyade his ederek ve bunu mantıkî delillerle takviye ederek hakıkatı bulmıya çalışıyor ve bulmuş olmak kanaatine vasıl oluyoruz. İlmî meselelerin hallinde de bizi sevk eden o şeniyetci tahteşşuurumuzdur. Bundan dolayı en eski hukukcular da bu günün ilmî usul münakaşalarından uzak kaldıkları halde haklı neticeler elde etmişlerdir. Dogmatik mesainin muvaffakiyet sırrı hukukun şeniyetini idrakde aranılmalıdır. Zira kanunlar, Savigny'nin dediği gibi, hukukî müesseselerin müteazzıv mahiyetini mücerred şekillerile tamamen ifade etmek kabiliyetini haiz değildir (System des heutigen römischen Rechts, cild 1, 1840, sahife 44). Bu hakıkatı gören Savigny her halde tarihî mektebin kendisinden sonra aldığı şekilden mes'ul değildir. Brodmann, aynı eser, sahife 73, Savigny'yi bu hususda haklı olarak müdafaa ediyor ve siyasî cereyanların tesir ve modasına kapılarak Savigny'ye karşı yürütülen tenkıdler tamamile yersizdir (Brand, Rechtsgedanke und politische Wirklichkeit in der Geschichte der deutschen Rechtsanschauung, Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie, cild 6, 1940, sahife 124 ve müteakıb, 129 ve müteakıb, buna en yeni bir misaldir). Bir Devletde mer'î hukuk hükümlerinin hey'eti umumiyesini hukukla bir tutmak doğru değildir. Bu hükümler bütün ictimaî hayatın, içinde bulunduğu muayyen ve müşahhas hukuk yaşayışında, bu hukuk telâkkisini muhafaza ve tanzim eder. Biz bu hukuk yaşayışını objektif hukukî vaziyetlerle ifade ediyoruz. Bu ilmî görüş bütün hukukî ilim meselelerinin hallinde daima göz önünde bulundurulmalıdır. Hukukî vaziyet mefhumu, hukuk ilminde ve bu şumul ve ehemmiyetile henüz ihata edilmemiş olduğundan bunu ifade eden almance ve fransızce bir tâbir yokdur. Teknik ve fakat sübjektif mânada almance "Rechtslage„ kelimesi vardır. "Rechtsstellung„, "Rechtsbestand„ ve "Rechtszustand„ tâbirleri hukukî vayiyetlere temas etmekdedir. Fransızce "situation de droit„ ve bunun iki kısmı olarak "situation juridique objective„ ve "situation juridique subjective„ tâbirleri muayyen teknik mânada Duguit tarafından kullanılmışdır. (Droit Constitutionnel, cild 1, üçüncü tabı, 1927, sahife 204 ve müteakıb). Fransızce "position juridique„ tâbiri de hukukî vaziyete temas etmekdedir. Kohler ve von

lerin artması veya pasiflerin azalmasile tezayüd, ve aktiflerin azalmasile veya pasiflerin artmasile tenakus eder. Aktifleri azaltan veya tadile uğratan hukukî muameleler tasarruflardır. Bir mamelek sahibi taahhüde girişmekle mameleğine dokunmuş olmaz. Fakat bu suretle ileride

---

Tuhr tarafından kullanılan manada "Rechtslage,, mukabili olarak Betti "situazione giuridica,, tâbirini kullanıyor (Diritto romano, cild 1, 1935, sahife 70, haşiye 3). Hauriou "situation juridique,, tâbirini kullanmakla beraber asıl "institution,, tâbirini vazetmiştir. İnstitüsyonel mânada olmak ve hukukî hükümlerle bir tutulmamak üzere Santi Romano "Ordinamento giuridico,, (hukukî nizam) mefhumunu kullanmakdadır (L'ordinamento giuridice, 1918, sahife 17; Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, sahife 24 ve haşiye). Hukukun institüsyonel telâkkisinin ehemmiyetini takdir eden Schmitt bu telâkkının "normatif,, ve "decisionist,, hukuk telâkkileri yerine kaim olduğunu göstermiş ve "institution,, mefhumunu "konkrete Ordnung und Gestaltung,, tâbirile almanceye nakletmişdir (aynı eser, sahife 8). Bu hukuk telâkkisi bugün Almanyada umumiyetle kabul edilmişdir. "Müşahhas nizam ve intizam,, veya "müşahhas nizam ve tanzim,, suretinde ifade edilen bu mefhumun şu mânalara geldiği kaydediliyor: 1. Fiilen içinde yaşanılan, daima kuvveden fiile çıkan ve binaenaleyh, yalnız bir emir ve icabın hilâfına olarak, doğrudan doğruya mevcud bulunan nizam; 2. hayatın taazzuvuna benzer bir suretde ve "yapılmış,, nizam hilâfına olarak kendiliğinden "neşvünema,, bulan ve tekemmül arzeden nizam ve 3. muayyen bir suretde teşekkül etmiş müşahhas bir hayat birliğine aid olan ve gayri muayyen mikdarda bir çok şahıslar için vazedilmiş bulunmıyan nizam (Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, 1938, sahife, 29). Hukukun mahiyetine en çok yaklaşan bu telâkkı görüldüğü veçhile Hauriou tarafından ileri sürülmüş "institution,, mefhumuna raci olmakdadır. Fakat yeni hukuk telâkkisi, bu esasa istinad etmekle beraber, red etmek istediği "sübjektif hak,, ve "hak sahibi,, mefhumları yerine, ferdin bir hukuk birliği mahiyetini iktisab eden millet birliğinde kendisine mükellefiyetler tahmil eden bir "hukukî mevkı,,'i olacağını kabul ediyor. Bu "hukukî mevkı,, bir mükellefiyet demek olduğundan "hak,, mefhumu yerine "mükellefiyet,, ikame edilmiş oluyor (Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, 1935, sahife 18 ve müteakib; Gemeinschaft und Rechtsstelluug, Deutsche Rechtswissenschaft mecmuası, cild 1, 1936, sahife 31 ve müteakib; Siebert, Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung, aynı mecmua, cild 1, 1936, sahife 23 ve müteakib. Binder alman hukuk ilminde vukua gelen bu harekete haklı olarak itiraz etmiş ve şahsın hukukî mevkıını müdafaa eylemişdir, System der Rechtsphilosophie, 1937, sahife 10, haşiye 7; Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für die Erneuerung des Privatrechts, Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts, 1938, sahife 22 ve müteakib. Tafsilât için Ferid Ayiter, Sübjektif hak, Adliye Ceridesi, 29 uncu sene, sahife 294 ve müteakib, e bakınız). Hukuku bir vazife haline getirmek Kelsen tarafından da ileri sürülmüş bir fikirdir. Kelsen buna esas olmak üzere hukukî münasebetin iki hak sahibi arasında bir münasebet teşkil etmediğini, ferd ile hukuk nizamı arasında mevcud olduğunu ve bir izafetden ibaret bulunduğunu söylüyor (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, birinci tabı, 1911, sahife 705). Kelsen'in mektebine mensub zevatdan Merkl'in "hukukî hal,, (Rechtszustand) mefhumunu da kısaca kayd edelim. Merkl bu tabiri bir nevi bekleme vaziyeti, hukukî ümid ve intizar manasında kullanıyor (Verwaltungsrecht, 1928, sahife 182). Bu tabir fransız medenî hukukunda kullanılan "faculté,, mefhumuna yakındır. Merkl bu

mefhuma muvazi olmak ve "mükelefiyet„ "vazife„ (Pflicht) mefhumuna ilk kamede teşkil etmek üzeze "Pflichtigkeit„ tabirini kullanıyor (ayni eser, sahife 183). Bunu lisanımızda "mükellefiyete namzedlik„ ile ifade edebiliriz. Fakat bu mefhumlar hukukun "institüsyonel„ mahiyetini göstermekden çok uzakdır. Zira hukukun mahiyeti "hukukî kaziye„ (Rechtssatz) mefhumuna istinad etdirilmek istenilmektedir. von Tuhr hukukî kaziyelerin fonksiyonel dinamismini anlamak ve bir meselenin muhtelif kanunî tanzim ihtimalleri hususunda bir fikir edinmek için mukayeseli hukuku zikr ediyor (Zeitschrift für schweizerisches Recht, cild 66, sahife 350; Schwarz, Andreas von Tuhr, sahife 41 ve haşiye 73). Hukukî kaziyeler hukukun kendisi olmadığından yalnız bunların mukayesesile milletlerin hukuku mukayese edilmiş olmaz. Mukayeseli hukukun mevzuu milletlerin içinde bulundukları objektif hukuk vaziyetleridir. Bu mukayesede millî hukuk sistemleri mefhumlarının zahirî manalarına değil, kendi hususî manalarına dikkat etmek lâzımdır. Meselâ milkiyet mefhumu Avrupa hukuk sistemlerinde, roma hukukunun esaslarına tevfikan, aynî haklara tealluk etdiği halde islâm hukukunda alacak ve intifa hakkı da milkiyete mevzu teşkil etmekdedir (Leonhard'ın alacak üzerinde milkiyet noktai nazarı kabule mazhar olmamışdır, Allgemeines Schuldrecht des BGB, cild 1, 1929, sahife 60 ve müteakib). İnglizce "property„ kelimesi milkiyet manasına geldiği gibi mameleği de ifade eder. Bu manada islâm hukukunda milk kelimesi de kullanılmakdadır. "Property„ daha umumî manada insanın şahsî bütün vasıflarının heyeti mecmuası demekdir. Bu manada islâm hukukunun "zimmet„ mefhumuna yaklaşmakdadır. Bir mefhumun zahiren benzemesine mukabil kelimelerin hakikî manalarını nazarı itibara almak ne kadar mühim olduğuna "navire„ kelimesinin fransız ve belçika hukukunda tatbikat ve ilmî mesai neticesinde aldığı muhtelif manalar misal olarak zikr edilebilir. Bu izahatdan da anlaşıldığı veçhile hukukun fonksiyonel dinamismini göstermek için hukukî kaziyelerin, yani hukukî hükümlerin tedkik ve mukayesesi hiç bir veçhile kâfi değildir. 4) von Tuhr'un bu mamelek mefhumu roma hukukunun "familia pecuniaque„ mefhumuna kadar irca edilebilir. Bidayetde "mancipatio„ vasiyetnamesi formülünde görülen "familia pecuniaque„ (Gai institutiones, II, § 104) tabirinin ne manaya geldiği romanistler arasında ihtilâflıdır. XII levhadan V incisinin ihtiva etdiği "3. Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto„ (Bruns, Fontes iuris romani antiqui, I, Leges et negotia, Gradenwitz tarafından yedinci tabı, 1909, sahife 23) hükmünün "paterfamilias uti legassit super familia pecuniaque tutelave suae rei, ita ius esto„, yani "aile reisi malların veya kendisine aid olanların himayesi için "calatis comitii„ vasiyetnamesile tasarrufda bulunduğu takdirde, bu tasarruf hukukan muteberdir„ suretinde itiman edilmesi lâzım geldiği, bir az zorlanmış bir izah ile, beyan edilmişdir (Beseler, Zeitschrift der Savigny—Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, cild 54, 1934, sahife 322 ve müteakib). Eski roma miras hukukuna aid tedkikinde Wlassak (Studien zum altrömischen Erb - und Vermächtnisrecht, 1, 1933) ve ona iştirak eden Siber (Zeitschrift der Savigny—Stiftung für Rechtsgesehichte, romanistische Abteilung, cild 54, 1934, sahife 410 ve müteakib) "familia„ve "pecunia„nın bidayetde ayrı ayrı mefhumlar olduğunu, "familia„ nın insanlardan mürekkeb aile topluluğunun müşterek milkiyetine dahil ve ziraata yarayan ev, çiftlik, bahçe, ev esirleri, büyük baş hayvanlar, ziraat aletleri ve mahsullerini ifade etdiğini, "pecunia„ nın ise aile reisinin şahsî milkıyetine dahil malları ihtiva eylediğini, "familia„ile "pecunia„arasındaki bu münasebetin "res mancipi„ ve "res nec mancipi„ arasındaki münasebetle alâkalı bulunduğunu beyan ediyorlar. Fakat Wlassak tarafından delil olarak zikredilen Cicero metni (Topica, 6, 29) „pecunia"mefhumunda„hereditas„ yani miras tarikiyle iktisab edilen bir mameleğin dahil

olduğunu ve„pecunia"nın mamelek cinsine mensubiyeti ifade etdiğini anlatıyor. Bunun ise Wlassak'ın telâkkısile bir alâkası yokdur (Beseler, ayni yer, sahife 323 ve haşiye I; Costa, Cicerene giureconsulte, yeni tabı, cild 1, 1927, sahife 97 ve haşiye 2, sahife 211 ve müteakıb ,e de bakınız. Wlasak'ın telâkkisini Kunkel de tenkıd ediyor, Römisches Recht, 1935, sahife 63, haşiye 4, sahife 64, haşiye 7. Bonfante, Histoire de droit romain, cild 1, 1928, sahife 203 ve müteakıb, familia pecuniaque'nin bidayetde bütün ibtidâî mameleğin unsurlarını ifade etdiğini kayd ediyor. İmperatorluk devrinin ilk asrına aid hususî hukuku "mamelek„(Vermögen) mefhumu altında muvaffakıyetle bir araya toplamış olan Pernice, Labeo, cild 1, 1873, sahife 310 ve müteakıb,"familia pecuniaque "tabirinin mameleğin en eski ve en geniş bir ifadesi olduğunu kayd ediyor, ayni eser, sahife 323 ve 324, haşiye 3 ve 4). Romalılar mamelek mefhumunu müstakıl ve mücerred bir suretde ihata edememişler ve kıymet ifade eden hukukî vaziyet ve münasebetlerin heyeti mecmuasını bu mefhum altında toplamamışlardır. Bu hukukî vaziyet ve münasebetlerin bir sahib ve hamili oldukça, bu kimsenin iktidarı altında olan ve hukukan tanınmış bulunan malların kıymeti romalıları alâkadar etmekdedir. Bu kıymetlerden borçlara tekabül edenlerinin tenzilini kabul etdikleri, "bona intelleguntur cuiusque, quae deducte aere aliene supersunt„ (D. 50, 16, 39, 1), yani bir kimsenin malları, borçlar tenzil edildikden sonra bakiye kalan kısımdır, cümlesinden anlaşılmakdadır (Pernice, ayni eser, sahife 314 ve müteakıb,e bakınız). Romalıların heasb defterlerinde görülen aktif ve pasif kalemlerin birden ifadesi için"patrimonium„tabirinin kullanılmadığı, gerek bu kelimenin ve gerek "bona„ nın yalnız aktif kısmı gösterdiği ve"universitas iuris„, yani kül halinde hukukî mal varlığı mefhumunun miras hukukunda kullanıldığı anlaşılıyor (Monier, Manuel élémentaire de droit romain, ikinci tabı, cild 1, 1938, sahife 450 ve müteakıb,e ve "Uti leğassit„ cümlesile "familia pecuniaque„ mefhumu için Leifer, Suus heres und älteres Libralestament, Festschrift Paul Koschaker, cild 2, 1939, sahife 227 ve müteakıb ve en yeni olarak Wieacker, Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung, Über die Anfänge des römischen Testaments, Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber, cild 1, 1941, sahife 1 ve müteakıb'e de bakınız). Mamelek mefhumunun hususî hukuk ilminde mevkıi için aşağıda haşiye 6 ya bakınız.

[5] Lisanımızda "mal„ kelimesi ayni zamanda fransızce „biens„ ve alamance „Sachen„ ve „Gegenstand„ manasına gelmekde ise de, asıl „mamelek„ mukabili olarak kullanılması, kanunlarımızda „mamelek„ tabirinin bulunmasına rağmen, ilmen doğru bir hareket olur. Eski hukukumuzda „mal„ şu suretle tarif ediliyordu: „Tab'ı insânî mâil olub da vaktı hâcet için iddihar olunabilen şeydir ki menkule ve gayri menkule şamildir„ (Mecelle, Madde 126). Bu tarif eski hususî hukuk ilmimizde noksan görülerek tenkid edilmiş (Seyyid, Milk, mal ve bey'in mahiyeti hukukıyeleri, Darülfunun Hukuk Fakültesi Mecmuası, sene 1, sahife 133 ve müteakıb) ve Mecellenin tadili lâyihasında mezkûr madde „mal, anda münafese ve bezl cari olan şeydir„ şeklinde değişdirilmişdir. Bu tarif kütübü hanefiyeden Dür el - müntekaa' da „aynün yecrî fih-ittenâfisü vel ibtizalü„ diye yazılı olan tarifden alınmışdır. Lâyihanın mucib sebeblerinde bu tadil izah edilirken „126 ıncı maddenin tadili malın tarifine düyun ile menafiin idhali maksadına mebnidir. Çünki fî zemanına gerek düyunun ve gerek menafiin mal ad olunması lûzumu mütehakkık görüldü" ve "mezhebi hanefide mal olmayan deynin mezhebi şâfiî ve mâlikî ve hanbelîde mal olduğu anlaşıldığı gibi . . . şâfiî ve mâlikî ve hanbelî mezheblerinde menafiin mal ve mazmun olduğu münfehim olmakla bu hususda mezhebi şâfiî ihtiyar olundu„ (iki muhalif re'yile) denilmektedir (Darülfunun Hukuk Fakultesi Mecmuası, sene 2, sahife 55 ve müteakıb). Burada maldan maksad

aktifin azalmasına vesile verilmiş olabilir. Mamelek üzerinde bir hak tesisi kabil değildir. Muayyen intifa hakları ve bir kimsenin, mameleğile mesul olması halinde alacaklıların alacaklarını mamelekden tahsil etmeleri, mamelek üzerinde vukua gelmiş gibi görünürse de, hakıkatda, mameleği vücuda getiren münferid haklar bu intifaa ve alacaklıların müracaatına mevzu teşkil etmekdedir [7].

---

«ayn„ dır. Mesele ayna tealluk eden hukuk hükümlerinin deyn, yani alacağa ve menfaata tatbik edilmesidir. Lâyihada ilmî eserlerden nakl edilen metinlerin delaletile mal mefhumuna „deyin„ ve „menfaat„ 'ın dahil olub olmaması hususunda hanefi, malikî, şâfiî ve hanbelî mezheblerinin telâkkıleri gösteriliyor. Hanefî mezhebine göre yazılmış olan Mecma' ul - enher'in kitab-ül-eymân, yani yemin bahsinde „halefe ennehû lâ mâle lehû ve lehû deynün alâ müflisin ev meleyin ey ganiyyin lâ yahnisü lien -ned-deyni leyse bimâlin urfen ve innemâ hüve vasfün biz-zimmeti ve ind-el-eimmetis-selâseti yahnisü„ yani bir kimse aslâ mali olmadığına yemin edib halbuki müflis veya zenginde alacağı bulunsa hanis olur (yalan yere yemin etmiş olur).Çünki deyn (alacak) örfen mal olmayıb zimmetle kaim vasıfdan ibaretdir.Üç imama göre hanis olur, denilmekdedir. „Deyn„ 'in yani alacağın mal ad edilmemesi sebebi dikkate değer bir suretde izah edilmekdedir. Zira zimmetle kaim bir vasıf (ve innemâ hüve vasfün biz-zimmeti) denilmekle bu gün kabul etdiğimiz hukuk telâkkısinde olduğu gibi borc münasebeti (vinculum iuris) ile aynî hak münasebeti (ius in re) yekdiğerinden tefrik edilmişdir. Mâlikî, şâfiî ve hanbelî mezheblerinde „deyn„ maldan ad edilmekle bir kimse aslâ malı olmadığına yemin etdiği ve bir kimsede müeccel veya muaccel alacağı bulunduğu takdirde yalan yere yemin etmiş olur (men halefe lâ mâle lehû yahnisü likülli nev'in ... ve deynin hâlin ve kezâ müeccelin fi-l-esahhi„ (şafiî mezhebine göre yazılmış Minhac'ın kitab-ül-eymân' ından; Darülfunun Hukuk Fakültesi Mecmuası, sene 2, 1341/1925, sayife 55). Mecellinin 125 inci maddesinde tarif edilen „milk„ mefhumu da bu gün kullandığımız mamelek mefhumuna temas etmekdedir. Bu tarife de „duyûn„, yani alacak hakları mal olarak tasarruf mevzuu yapılmak için idhal edilmişdir. Bu suretle mameleğe yalnız "aktifler„ idhal edilmiş ve «pasifler„'in, mameleği yalnız ilzam edeceği kabul olunmuş demekdir. Mamelek mefhumunun tayininde mirasın hukukî vaziyeti de nazarı itibara alındığından islâm hukukunda mirasın mirascılara ne suretle intikal etdiğine bakarsak, bunun arz etdiği hususiyet içinde, borcların yalnız mameleği ilzam etdiği noktai nazarını teyid eylediğini görürüz. İslam hukukunda miras mirascılara kül halinde intikal etmez. Terike, yani murisin malları ve borcları ve sair hukukî vaziyetleri bir nevi hukukî varlık olarak müstakillen vefatında husule gelen mükellefiyetlere karşılık teşkil eder. Bu mükellefiyetler meyanında murisin borcları da vardır. Bir nevi tasfiye masası halinde olan terikeden murisin borcları tediye edilir. Bu tediye neticesinde bakî kalan aktifler mirascılara intikal eder. Bu sebeble mirasın doğrudan doğruya reddi islâm hukukunda yokdur. Çünki mesuliyet terike ile mahduddur. Şu halde islâm hukukunda "hereditas iacens„ yokdur. Murisin mameleği, vefatdan husule gelen mükellefiyetler ifa edilinceye kadar, devam eder ve murisin bunun üzerinde hakkının devamı kabul edilmektedir.

[6] Mamelek mefhumunun hususî hukuk ilminde işgal etdiği mühim mevkıi ve bu mefhumuu tekâmülünü gösteren bu haşiye müstakıl bir tedkık mahiyetini aldığından ayrıca neşredilecekdir.

[7] I, 1, sahife 312 ve müteakib.

## Çevirme (Zuwendung) mefhum [8]

İki muhtelif mamelek arasında vukua gelen kıymet hareketlerine hukukî muameleler vasıta olur [8a]. Bu cebheden hukukî muamelelerin bir çoğu «temlik», yani «mal çevrilmesi» mefhumu altında bir-araya toplanabilir (8b). Bu çevirmeler hukukî muamelelerden gayri bir suretle de yapılabilir. Tabiî bu sebeble çevirmelerin hukukî muameleler sahasından haric tutulması icabetmez [9]. Bilakis milkiyetin nakli gibi en mühim hukukî muameleler «çevirme» mahiyetindedir [9a]. Şu halde çevirme mefhumu altında, bir kimsenin (bunakısaca A denilecekdir) diğer bir kımseye (B'ye) bir mamelek menfaatı (mal menfaatı) bahşetmesine vasıta olan her bir hukukî muamele anlaşılmak lâzimdir [10]. B'nin elde edeceği menfaat şu iki suretle olabilir.

a. B'nin mameleği, çevirmeden evvelki zemana nisbetle, daha artmış olur. (Bu menfaat, tazminat bahsinde kullanılan „lucrum

[8] "Çevirme„ tabirinin kullanılması hususunda bazi kıymetli hukukcularımızla vakı olan görüşmelerimizde ileri sürdüğümüz sebebleri burada kısaca kayd edelim: "Temlik„ tabiri, islâm hukukunun "milkiyet„ mefhumunu aynî haklara hasretmeyib borc münasebetlerine de teşmil etmesi hasebile islâm hukukuna göre daha umumî bir manada olmak üzere "çevirme„ mukabili olarak kullanılabilir. Fakat yeni hukukumuzda borc münasebeti ile aynî hak münasibetinin tefrik edilmiş olması hasebile milkiyetin devri manasına olmak üzere "temlik„ 'in aynî hak münasebetlerine hasrı doğru olur. Bu sebeble alacağın devrine "temlik„ demek doğru değildir. "Çevirme„' ler yalnız aynî haklar sahasında vukua gelmediğinden temliki de ihtiva etmek üzere "çevirme„ ve "mal çevirmesi„ tabirlerinin kullanılmasını daha muvafık buluyoruz. Bu tabirin ivazsız temlikleri de ifade edib edemiyeceğine gelince, mal çevrilmesi tabiri lisanımızda daha ziyade ivazlı temlikler için kullanılıyorsa da, biz bu tabiri bir tasnif mefhum olarak vaz etdiğimizden ivassız temlikleri de ifade etmek üzere kullanmamızda ilmen hiç bir mahzur yokdur. Mal çevrilmesinin hibe suretile de yapıldığı düşünülürse bu tabirin hukuk hayatına da tevafuk etdiği anlaşılır.

[8a] Hukukî muamelelerin objektif hukukî vaziyetler sisteminde daha doğru ifadesi, bunu von Tuhr'un kulladığı kelimelerle beyan etmek istersek, iki muhtelif mamelek arasında vukua gelen kıymet hareketlerinin hukukî muamele vaziyetini husule getirdiğidir.

[8b] "Zuwendung„ (temlik, çevirme) tabiri AMK'nun bir çok yerlerinde zikredilmekdedir, meselâ madde 48, 516 ve 1624 de. AMK'nun çok kerre ivazsız temliklerden (yani çevirmelerden) bahs etmesinden de anlaşıldığı vechile, ivazsızlık temlik (çevirme) mefhumunun bir rüknü değildir. Planck, AMK şerhi, Madde 2315, şerh numarası 3a, bu fikre muhalif olarak temlik edenin teberru mahksadile hareket etmesini temlikin bir rüknünü teşkil etdiğini beyan eylemekdedir (I, 3, sahife 49, haşiye 1).

[9] I, 3, sahife 49, haşiye 2.

[9a] Burada "temlik„ kelimesinin kullanılması ne kadar yersiz olur.

[10] "Zuwendung„ (çevirme) tabiri bu umumî manada olmak üzere İBK 62 ve 239 da kullanılmışdır. İMK 557 ve 626 da yalnız ivazsız temlikler nazarı itibara alınmışdır. Bir teahhüdün ifası için yapılan temlikler (çevirmeler) "eda„ (Leistung) mefhumuna dakil olur (III, 1, sahife 176, haşiye 2).

emergens», yani menfaatın artması [11] tabiri ile ifade edilebilir). Bu «mal artması» ya mameleğe yeni hakların inzimamı suretile veya B'nin mameleğinde mevcud olan hakların, A'nın faaliyetile, daha yüksek bir kıymet iktisab etmesile yahud B'nin mameleğini ilzam eden bir mükellefiyetin zail olmasile husule gelir.

b. B'nin mameleğinin maruz kaldığı eksilme tehlikesi A tarafından önlenir («damnum cessans», yani zararın kesilmesi) [12]. Bu da ya B'ye, bir alacağının tahsil edilememesi ihtimaline karşı, teminat verilmek veya B'nin bir masrafa ve bilhassa bir mükellefiyete girmesine mahal bırakılmamak yahud bir «aktif»'in kıymetini izale veya tenkis edecek bir hâdiseye mani olmak suretlerile vukubulur.

Bir «mal menfaatı» (mameleğe aid menfaat) mahiyetini arzedecek suretde bir kimsenin diğer bir kimseye bir şey vermesi, meselâ bir vekâlet verilmesi [13] yahud ahara devri caiz olmayan tiyatro bileti [14] gibi mamelek için kıymet ifade etmeyen bir hakka veyahud zevkle alâkalı bir istifadeye imkân verilmesi, temlik demek değildir. A'nın B'ye bir bardak şarab ikram etmesi, şarabın içilmeden evvel B'nin milkiyetine intikal eylemesi kabul olunsa bile, B'nin, mameleğinden yapması muhtemel bir masrafa mahal verdirmediği mikdar için temlik mahiyetinde telâkki edilebilir. Zira ikram edilen şarabın mamelek kıymeti, yani mübadele kıymeti olmayıb yalnız bir lezzet kıymeti vardır [15] [16].

---

[11] Bunun tazminat bahsinde zıddı "damnum emergens„ , yani zararın artması dır (III, 1, sahife 176, haşiye 3).

12) Bunun tazminat bahsinde zıddı "lucrum cessans„ yani menfatın kesilmesidir ( von Tuhr, aynı yer) .

13) Sübjektif hakkı objektif hukuk tarafından hak sahibine verilmiş bir kuvvet ve iktidar selâhiyeti olarak kabul eden von Tuhr, hususî hukukda bu kuvvet ve iktidar salâhiyetini bir sistem halinde tertib ve tasnif ediyor ve temsil selâhiyetinin bu sistemde hususî bir mevkii olduğunu kaydeyliyor (I, 1, sahife 159 ve müteakıb, sahife 165). Bu kuvvet ve iktidar salâhiyetlerinin esası selâhiyeti haiz olan kimse (G) ile bu salahiyetin muhatabı bulunan kimse (D) arasındaki bir hukukî münasebetdir. Kuvvet ve iktidar salâhiyetinin hukukî gayesi D'nin veya G'nin yahud üçüncü bir şahsın menfaatlarına yaramak veyahud bütün bu menfaatları mezcetmek olub olmadığı, zikredilen hukukî münasebetden istintac edilir. Verilen salâhiyetler, mümessil mahiyetinde olan D'nin menfaatlerına yaradığı takdirde, G'nin mameleğinde bir artma husule gelmez ve bu menfaatların devrl ve terhini kabil değildir (aynı yer, sahife 167 ve haşiye 29).

14) Devri kabil olmayan tiyatro bileti, bir mamelek parçesi değildir. Bu bileti satın alan kimsenin, bilet için verdiği bedel nisbetinde, mameleğini eksiltmiş ve buna mukabil, mameleğe taallûku olmayan ve bir musikî zevkini tatmine yarayan, bir hakkı iktisab eylemiş olduğu şübhesizdir. Bu bilet, mameleğin bir cüz'ünü teşkil etmediği balde, zarar ve ziyan istenilmesine mevzu olabilir. Mameleğe aid zararlar, yalnız mamlek haklarının halelâar olması halinde husule gelmekle kalmayıb, "mal kıymeti„ olan hukukî nimetlerin (Rechtsgüter) arızaya uğratılması ve mameleğin mevcudiyet ve tekâmülüne müdahaleler yapılması ve bilhassa beklenilen bir kâr ve kazancın bozulmasına sebebiyet verilmesi hallerinde de husuel gelir, AMK 252 (I, 1, sahife 315, 320 ve haşiye 33. a).

15) I, 3, sahife 50, haşiye 6.

479

16) Adliye Ceridesi, 32 inci sene, 9 uncu sayı, 1941, sahife 669 ve müteakıb, de çıkmış olan makalemizde görülen tabı hataları ve bazı noksanlar aşağıda tashih edilmiştir:

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Sahife | 670 | satır | 19/20 | "yerrine„ kelimesi | "yerine„ | olacakdır. |
| „ | 671 | „ | 9 | "Pandekt hakukuna„ yerine | "Pandekt hukukuna„ | olacakdır, |
| „ | „ | „ | 17 | "Bu sebeble "causa„ | „ | "Bundan dolayı "causa„ (illet)„ olacakdır. |
| „ | „ | „ | 18 | "( lacak tesis etme„ | „ | "(alacak tesis etme„ „ |
| „ | „ | „ | 31 | "Privatreet„ | „ | "Privatrecht„ „ |
| „ | 672 | „ | 14 | "i letlerin„ | „ | "illetlerin„ „ |
| „ | 673 | „ | 1 | "engeren Sinne„)„ | „ | "engeren Sinne)„ „ |
| „ | 673 | „ | 6 | "(Milkiyetin devrinde, "treditio„da„ | „ | "("traditio„da, yani milkiyetin devrinde„ „ |
| „ | „ | „ | 23 | "bir tabinin„ | „ | "bir tabibin„ „ |
| „ | „ | „ | 41 | "mevcud "iura in re aliena„ nın„ | „ | "mevcud aynî hakların ("iura in re aliena„)„ „ |
| „ | 675 | „ | 32 | " "dos„ da„ | „ | " "dos„ , yani cihazda„ „ |
| „ | 676 | „ | 34 | "grupunun„ | „ | "gruplarının„ „ |
| „ | 677 | „ | 3 | "husule getirdeği„ | „ | "husule getirdiği„ „ |
| „ | „ | „ | 4 | "hukukî muamulelerin„ | „ | "hukukî muamelelerin„ „ |
| „ | „ | „ | 27 | "veya bi leşme | „ | "veya birleşme„ „ |
| „ | „ | „ | 34/35 | "fiilî (reel) muameleler„ | „ | "fiilî (reel) muameleler, yani hukukî fiiller haricinde kalan tabiî fiiller„ „ |
| „ | „ | „ | 36 | "fiilî (reel) muameleleri rin„ | den sonra | "yani tabiî fillerin„ kelimeleri gelecekdir. |
| „ | „ | „ | „ | "fiilî (reel) harekete„ | „ „ | "yani tabiî fiile„ kelimeleri gelecekdir. |
| „ | „ | „ | 38 | "fiilî hareketlerden„ | „ „ | "(tabiî fillerden)„ kelimeleri gelecekdir. |
| „ | 678 | „ | 1 | " "condictio indebiti„ „ | „ „ | "(borç olmayan bir şey ifa edilmesine)„ kelimeleri gelecekdir. |
| „ | „ | „ | „ | "condictio causa data causa non secuta„ ya„ | „ „ | "(bir tarafın edada bulunmasına mukabil diğer tarafın buna karşı edada bulunmamış olması)„ cümlesi gelecekdir. |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| „ | 679 | „ | 30/31 | "condictio sine iusta causa„ dan ziyade "condictio sine causa„ dan„ dan sonra | "(muhik illet olmaksızın yapılan iktisabdan ziyade illetsiz iktisabdan dolayı istirdaddan)„ kelimeleri gelecekdir. |
| „ | „ | „ | 36 | "1, 3 de "iusta causa„ tabirini kullanıyor„ yerine | "1, 3 de„ iktisab edilen veya geri verilen bir şeyin istirdadı taleb edilmesi, yalnız iktisabın veya geri vermenin muhik illete («iusta causa„) müstenid olması halinde kabil olduğunu söyliyor„ cümlesi gelecekdir. |
| Sahife | 680 | satır | 2 | "borç "traditio„ (milkiyetin devri)„ yerine | "borç, "traditio„ (milkiyetin devri),» olacakdır. |
| „ | „ | „ | 29/30 | "temliken isbetle„ „ | "temlike nisbetle„ olacakdır. |
| „ | 681 | „ | 15 | "veya yoksa„ „ | "veya hiç yoksa„ „ |
| „ | „ | „ | 35 | "Temlikin muhatabı„ „ | "Temlikin muhatabı,» „ |
| „ | 682 | „ | 30 | "muamelelerin muhteviyatından„ dan sonra | "mahiyeti„ kelimesi gelecekdir. |
| „ | „ | „ | 33/34 | "muamelenin„ den sanra | "mahiyeti„ kelimesi „ |
| „ | 683 | „ | 14 | "Rehim„ yerine | "Rehin„ olacakdır. „ |

No: 44

# Yeni Türk Ceza Kanunu Üzerinde Tetkikler

## I

Yazan : Burhan KÖNİ

Yeni Türk ceza Kanunu projesi Adliye ceridesinin geçen dokuzuncu sayısında intişar etmiş bulunmakdadır. Proje, istinad ettiği prensipler itibarile ve bilhassa «manevî mes'uliyet»prensipine kıymet vermekte devam etmiş olması bakımından, meri' kanundan pek farklı olmamakla beraber, tekniği ve bu güne kadar gerek nazarî gerek amelî sahada tezahür eden noksanları ikmal ve islâh etmiş olması itibarile daha mükemmeldir. «Yeni Türk ceza Kanunu projesi üzerinde tetkikler» başlığı altında neşrini düşündüğümüz yazılarımızla, okuyucularımıza projedeki yenilikleri izah etmek, mer'i kanunun ikmal veya islâhı bakımından konulan yeni hükümleri mevcut hükümlerle mukayese etmek ve icap eden yerlerde misaller vermek suretile bunları canlandırmak isteyoruz. Gayemize varmak için tetkiklerimizi aşağıdaki sıraya göre yapmayı muvafık bulduk :

I — Kanunumuzun tadilindeki sebepler
II — Projenin tekniği
III — Projenin esaslı vasıfları
IV — Projenin her babının aşağıdaki sıraya göre tetkiki :
1 — Ceza Kanununun tatbiki
2 — Suç
3 — Suçlu
4 — Suçdan zarar gören şahıs ( şikayet hakkı )
5 — Cezalar ve emniyet tedbirleri
6 — Cezaların tatbik, tahvil ve infazı
7 — Suçun ve cezanın ortadan kalkması
8 — Hukukî müeyyideler

Kanaatimizce bu sıra daha mantıkî ve daha tabiidir. Kanun hükümlerindeki sıranın hadiselerin cereyanındaki tabiî sıraya uyması lâzımdır.

Filhakika ilk haber alınan suçdur. Tahrirî olsun şifahî olsun,

doğrudan doğruya veya dolayısile olsun, vaki olan ihbarlar bize evvela suçun işlendiğini haber verir. Ancak suç tespit olunduktan sonradırki suçlu mevzuubahis olur. Suçun hakikî faili aranır, suç ile suçlunun maddî hareketi arasında illiyet rabıtası mevcut olup almadığına, failin cezaî ehliyeti bulunup bulunmadığına yani malûliyet dolayısile irade ve ihtiyarı münselip midir? Küçükmü dür? sağırdilsiz midir? sarhoş mudur? bakılır. Cezaî ehliyeti varsa mes'ul mudur? diğer bir ifade ile fiilinin cezaî neticeleri kendisine tahmil edilebilir mi? bu cihet tetkik edilir ve nihayet hakkında kanunen icap eden ceza tatbik ve infaz olunur.

Yeni Türk ceza kanunu projesinin mufassal bir şerhini yapmak iddiasında değiliz. Gayemiz projeyi kısaca tetkik ve tahlil etmek ve proje hakkında umumî bir fikir edinilmesini temin eylemektir. Sayın okuyucularımıza bu hususta müfit olabilirsek emeklerimizin en büyük mükâfatı olacatır.

## II

### *Kanunumuzun tadilindeki sebepler*

Umumu harbe takaddüm eden ve bilhassa onu takip eden seneler zarfında bir çok memleketler ceza Kanunlarını tadil yoluna girmişler ve bu hususta büyük gayretler sarfetmişlerdir. Almanya, Arjantin, Avusturya, Çekoslavakya, Çin, Fransa, İsviçre, İtalya, Küba, Peru, Polonya, Romanya ve Rusyayı bu memleketler arasında sayabiliriz. Bu memleketlerdeki yenileme hareketleri, müşküllerle karşılaşmış, münakaşa ve hatta ilmî mücadelelere sebebiyet vermiş olmakla beraber, halen birçok yeni ceza Kanunları tatbikat sahasına intikal etmiş bulunmaktadır. Biz bütün bu tadil hareketlerine saik olan müşterek sebebleri tetkik etmeği ve netice olarak Kanunumuzun tadilindeki amilleri izah eylemeği muvafık buluyoruz.

Hukuk, cemiyet halinde yaşayan insanların birbirlerile olan münasebetlerini tanzim eden kaidelerin hey'eti mecmuası olduğuna göre, mevzu bir şekil almadan, diğer tabirle kanun olarak ifade edilmeden evvel bir ihtiyac olarak tezahür eder.

Filhakika, insanın yaşaması için vücudunu teşkil eden uzuvlar arasındaki faaliyetlerde intizam ne kadar lâzımsa, cemiyetin yaşayabilmesi, inkişaf ve terakki edebilmesi için onu teşkil eden ferdler arasındaki münasebetlerde intizam da, o kadar zaruridir. Hadise bu zaviyeden tetkik edilecek olursa, ceza hukukunun aslî gayesinin ictimaî hayatın bakası için lüzumlu olan sükûn ve intizamın muhafazası ve dolayısile bu intizamın ihlâl edilmesine mani olarak cemi-



479

yetin müdafaası olduğu görülür. Binaenaleyh, içtimaî münasebetlerle beraber doğân mevzubahis kaidelerin bu münasebetlerle birlikte inkişaf etmeleri ve bu münasebetleri tanzim edebilmek için icabında tadil ve islâh edilmeleri tabiidir. Filhakika, bir Kanun meriyete girmeği müteakip, hâkimler, avukatlar, ve bilumum hukukcular tarafından tetkik, tefsir ve tatbik olunur. Kanunlar, umumiyetle geçen zamana ait tecrübelerin mahsulü olduğuna ve kanun vazıı ictimaî münasebetlerin ilerideki değişmelerini önceden tamamen kestiremiyeceğine göre, içtimaî hayatın inkişaf ve terakkisindeki sür'at bakımından mer'iyete girmelerinden kısa veya uzunn bir zaman geçtikten sonra bir çok noksanlar veya aksaklıklar gösterirler. Bu daima vaki olan bir keyfiyettir. Bu itibarla arzuya şayan olan, bir kanunun mutlaka tadil edilmeden uzun zaman mer'iyette kalması olmayıp, sistemi ve insicamı ihlâl edilmemek şartile, sıksık değişme bahsına olsa dahi, ictimaî münasebetleri tanzime ve binnetice cemiyetin intizam ve sükûnunu temine elverişli bulunmasıdır.

Son yirmi otuz senelik devre zarfında, ceza kanunlarının tadiline amil olan sebeplerin tetkiki, bu tadillerin müşterek saiklerinin üçe irca edilebileceğini göstermektedir.

## Birinci sebep

Son yarım asırlık devre zarfında ceza hukuku sahasında nazarı dikkati celbeden en mühim hadise, esas ve mahiyetlerini aşağıda izah edeceğimiz eski klasik mekteple yeni pozitivist mektebin mücadelesi olmuştur. Filhakika temelleri, İtalyan hukukcularından «Cesare Beccaria» (Cezare Bekkaria) nın cürümler ve cezalar adlı eseri ile atılan klasik mektep, daha ziyade felsefî esaslara dayanır. Bu mektebin prensiplerini şöylece hülâsa edebiliriz: Suç basit ve tabiî bir hadise değildir. Bilâkis kanun ile fiil arasında bir münasebet ve kanun hükümlerine riayet etmemek suretile husule gelen adaletsizliktir. İrade ve ihtiyarını selbedecek derecede aklî malûliyete uğramış olanlar hariç olmak üzere, her insan serbest bir iradeye maliktir ve bu serbest iradenin mahsulü olan suçundan dolayı da manen mesuldur. Eğer insanlara «evet» veya „hayır" kudretini tanımayacak olursak suçun bir hukukî vakıa, bir adaletsizlik olduğunu kabul etmek imkânı kalmaz.

Bu mektebe göre cezanın esası da yine adalet mefhumuna dayanır. Suçun işlenmesile husule gelen adaletsizliğin giderilmesi, diğer tabirle adaletin yerine gelmesi, mukabili olan cezanın verilmesile kabildir. Binaenaleyh Klasik mektebin kabul ettiği „manevî mesuliyet" prensipinin diğer bir neticesi de cezanın, suçun kemiyet, keyfiyet ve

derecesi ile mütenasip olmasıdır. Görülüyorki Klasik mektep suçluyu nazara almamakta, onu, bünyesi, uzvî teşekkülâtı ve içinde yaşadığı tabiî ve ictimaî muhit bakımından tetkik etmemektedir. Netice itibarile, klasik mektebin halline çalışdığı yegâne mes'ele bir insanın işlediği fiilden dolayı ne dereceye kadar manen mesûl olduğunu tayin etmek ve bu mesuliyetile mütenasip olarak onu cezalandırmaktır. Klasiklere göre ceza hukukunun gayesi tenkil ve tenkilin yegâne vasıtası da cezadır. Carrara [1] (karrara) ve Pessina [2] gibi büyük cezacıların kalemile en yüksek mertebesini bulmuş olan klasik mektebin en mükemmel ifadesi, pozitivist mektebe ait izler taşımakla beraber, kanunumuzun mehazı olan eski İtalyan ceza kanunudur. Klasik mekteb artık son sözünü söylediği bir sıralardadır ki, yine İtalyada Lombroso [3] (lombrozo), Ferri [4] ve Garofalo. [5] pozitivist mektebi kumuşlardır. Bu mektebin hususiyeti, tecrübe ve müşahede usulünü ceza hukukunda da tatbik etmek ve bu suretle suçların hakikî amillerini araştırmak olmuştur.

Bu mektep de dolayısile felsefî zeminde yürümüş demektir. Çünkü pozitivistler, hadiselere dayanarak insanlarda serbest bir iradenin mevcut olmadığını isbata çalışmak suretile işe başlamışlardır. Ancak, gayelerine, fennî yollardan yürüyerek varmışlardır.

Pozitivistler suçu suçludan ayrı olarak mücerret bir tarzda tetetmezler. Tetkiklerinin esas mevzuunu suçlu teşkil eder. Onlara göre suç hukukî bir mefhum addedilemez. Suç, şahsî, tabiî ve içtimaî amillerin tesiri altında işlenen ictimaî ve tabiî bir fiildir ve bu fiilin bir insandan sadır olduğunu hiç bir zaman unutmamak icap eder. Suçlu ise, iradesi bu amillerle tahdid edilmiş olarak hareket eden anormal bir insandır. Onda serbet bir irade mevzuu bahsolamaz. Binaenaleyh suçluda „manevi mes'uliyet " aramak beyhudedir. Bundan başka, suçluları „mes'ul" ve «gayrı mes'ul» diye ikiye ayırmağa ve küçükler veya aklen malûl olanlar gibi «gayrı mes'ul"leri adeta ceza hukukunun dışında bırakmağa imkân yoktur. Çünkü her insanın, cemiyet içinde yaşamış olması ve cemiyetin kendisine bahşettiği menfaatlerden, himayeden, teminattan istifade etmiş bulunması itibarile, kendi fiil ve hareketlerinden cemiyete karşı daima mes'ul olması icap eder. (İctimaî mes'uliyet,)

[1] Carrara, "programma del corso di diritto criminale„ (8 cilt)

[2] Pessina. E., "Manuale di diritto penale italiano„ (3 cilt)

[3] Lambroso.C, L'uomo delinquente„ (2 cilt)

[4] Ferri. E, "Sociologira ceriminale„ (2cilt)

[5] Garofalo, "Criminologia„ (1cilt)

Diğer taraftan suçlular «anormal» insanlardır. Bu gibiler cemiyete muzirdirler. Zararlı olduklarını suç işlemek suretile izhar eden kimseler ise müşterek hayat için tehlike teşkil ederler (tehlikeli hal)

Görülüyor ki pozitivist mektep bu suretle klasik mektebin (mesuliyet) mefhumu yerine (tehlikeli hal) mefhumunu ikame etmiş oluyor.

Bu böyle olunca ceza hukukunda gaye, suçun kemiyeti, keyfiyeti ve vahamet derecesi ile mütenasip bir ceza tatbik ederek (tenkili) tahakkuk ettirmek olmayıp, suçlunun tehlikeli halile mütenasip bir tedbiri (Emniyet tedbirleri) bu hal geçinceye kadar tatbik ederek (müddetsiz hüküm) (önlemeyi) temin etmektir.

Şu halde, bu mektebe göre ceza hukukunun gayesi (önleme) ve (önlemenin) yegâne vasıtası (emniyet tedbirleri) dir.

Pozitivist mektebin tam ifadesini (Ferri) nin 1921 tarihli projesinde bulabiliriz.

Mahiyetlerini kısaca izaha çalışdığımız bu iki mektebin mücadelesi, ceza hukuku için çok feyizli olmuştur. Filhakika pozitivist mektebin bütün iddia ve tavsiyeleri bu gün için kabul edilmiş olmamakla beraber bu yeni cereyanın tesiri altında ve bilhassa tanınmış cezacılardan «Liszt» «Prins» ve «Von Hamel» in 1889 da tesis ettikleri «Beynelmilel ceza hukuku birliği» nin faaliyeti neticesinde, bir çok memleketler:

1 — Suçlunun şahsiyetini de nazarı itibara alan hükümler koymak,

2 — Suçla mücadelede kifayetsizliği görülen «cezaları" "emniyet tedbirleri" ile itmam etmek,

3 — «Şahsileştirme" esasını kabul etmek, ve,

4 — Cezanın yalnız bir eza, bir tenkil vasıtası olmayıp bir islâh vasıtası da olduğunu tebarûz ettirmek suretile kanunlarını tadil etmişler veya tadil yoluna girmişlerdir.

## İKİNCİ SEBEP

Yukarıda da izah ettiğimiz gibi kanunlar geçen zamana ait tecrübelerin mahsülüdürler. Kanun vazıı memleketin ictimaî hayatında vukua gelecek müstakbel tahavvül ve inkişafların hepsini nazara alarak değişmez kanunlar vücuda getiremez. Bir kanunun mer'iyete girmesinden uzun veya kısa bir zaman geçtikten sora bunun, memleketin ictimaî hayatını lâyıkı veçhile takip ve tatmin edemediği görülür. Mesela Memleketin telâkkisine göre cezalandırılması lâzım gelen bir fiil kanunun şümulü dışında kalabilir veya iki fiil arasında tabi oldukları cezalar bakımından nisbetsizlikler görülebilir. Yahut memleketin siyasî, ictimaî veya iktsadî hayatında vukua vu-

gelen inkılaplardan sonra bazı cezaların teşdidi veya bazı fiillerin cezalandırılması lâzım gelebilir. Veyahut kanunun dayandığı prensiplerde değişiklik yapılması zaruri görülebilir. İşte nazariyat ile tatbikatın müşterek mesaisi neticesinde meydana çıkan bu gibi aksaklıkların ve boşlukların giderilmesi için bir çok memleketler kanunlarını ya tadil veya islah etmişler veya yenilemişlerdir.

## ÜÇÜNCÜ SEBEP

Bilhassa umumî harbi takip eden seneler zarfında, ahlâkî, ictimaî, iktisadî, siyasî amillerin ve diğer umumî veya hususî bir çok sebeplerin, ferdlerin ahlâk ve pisikolojisinde, ictimaî veya iktisadî hayat şartlarında husule getirdiği derin tahavvüller neticesinde, suçluluk o kadar artmıştır ki; bu vaziyet karşısında, her şeyin fevkinde tutulması lâzımgelen cemiyetin sükûn, intizam ve bakasının müdafaa ve muhafazası için son zamanlara kadar suçla mücadelede yegâne vasıta sayılan „tenkil" sisteminin „önleme" sistemi ile takviyesi zarureti hasıl olmuştur.

Filhakika cezanın, bilhassa suç işlemeyenlere hitap eden ve kalplerde doğurduğu korku, telkin ettiği ibretle bunların suç işlemelerine mani olan „Umumî önleme„ hassası çok kuvvetlidir. Suçların tekerrürüne rağmen mevcudiyetleri ancak bununla izah edilebilir. Suçluyu islâh etmek ve yeni bir suç işlemesine mani olmak hususundaki hususî „önleme„ hassası ise nisbeten zaiftir. Bu sebepledir ki hazırlanan yeni kanunlarda «cezalar» «emniyet tedbirleri» ile takviye edilmiş bulunmaktadır.

İzaha çalıştığımız şu sebepler ceza kanunumuzun tadilinde de mevzuubahistir. Filhakika eski İtalyan ceza kanunu 1889 da meriyete girdiğine göre, kanunumuzun yaşı yarım asrı mütecavizdir. İçinde eski Fransız kanunundan alınma hükümler bulunduğu da nazara alınırsa, eskilik büsbütün bariz bir şekil alır. Bu kadar eski bir kanunla bu günkü yeni ihtiyaçların karşılanmasına imkâni tasavvur edilebilir mi? Bundan başka, Sayın Adliye Vekilimizin B. M. Meclisinde de izah ettikleri gibi ceza kanunları, bilhassa bunların, umumî hükümleri beynelmileldir. Bütün milletler, suçla mücadelede elele vermek zaruretini hissetmiş bulunuyorlar. Siyasî suç faillerinin mütekabilen iadesi hususuna Devletlerin verdikleri ehemmiyet, devletler arasında adlî sicil varakalarının teatisi, sulhun muhafazası hususuna, dahilî ceza kanunlarının ne dereceye kadar yardım edebilecekleri hakkındaki incelemeler, hep ceza hukukunun beynelmilel mahiyetini belirten şeylerdir. Kaldı ki «Beynelmilel ceza hukuku» bu gün bir çok fakültelerin proğramlarında müstakillen yer almaktadır. Hatta profesör «Quintilino Saldana» (Cemiyetin Uluslararası müdafaası) (La defense sociale universelle) adlı eserinde, beynelmilel bir ceza mahkemesi tesisi fikrini ileri sürmektedir. Bütün bu mütalâalardan çıkaracağımız netice şudur: Mademki ceza kanunları beynelmilel ma-

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA 487

hiyettedirler, müterakki bir memleket ,umumî olarak ceza hukuku sahasında husule gelen yeniliklere karşı bigâne kalamaz. Bu itibarla saydığımız bütün bu sebepleri nazara alan Adliye Vekilimiz, oldukca eski ve hükümlerinde insicam kalmamış bir kanunu yeni baştan ıslaha karar vermek suretile memleket adliyesine unutulmaz bir hizmette bulunmuş oluyorlar.

***

## III

# Yeni Türk Ceza Kanunu projesinin umumî kısmının tekniği

Projenin tekniği hakkında malûmat verilebilmesi için her şeyden evvel onun muhtevasının toplu olarak gözönünde bulunması faydalı olur:

Birinci Kitap (Esaslar) [m: 1 — 183]

- Bap — I Ceza Kanununun tatbiki [m: 1 — 15]
- Bap — II Cezalar [m: 16 — 36]
  - Fasıl - I Cezaların nev'ileri [m: 16 - 18]
  - Fasıl - II Aslî cezalar [m: 19 - 26]
  - Fasıl - III Fer'i cezalar [m: 27 - 36]
- Bap — III Cezaî ehliyet ve mes'ulivet [m: 37 — 64]
  - Fasıl - I Cezaî ehliyet [m: 37 - 50]
  - Fasıl - II Mes'uliyet [m: 5.
- Bap — IV Emniyet tedbirleri [m: 65 — 78]
  - Fasıl - I Umumî hükümler [m: 65 - 68]
  - Fasıl - II Emniyet tedbirlerinin nev'ileri [m: 69 - 78]
- Bap — V Suç [m: 79 — 110]
  - Fasıl - I Suçların taksimi. Teşebbüs [m: 79 - 80]
  - Fasıl - II Suçun ahvali [m: 81 - 92]
  - Fasıl - III Suçların içtimaı [m: 93 - 106]
  - Fasıl - IV Tekerrür [m: 107 - 110]
- Bap — VI İştirâk [m: 111 — 119]
- Bap — VII Cezaların tatbik, tahvil ve infazı [m: 120 — 130]
  - Fasıl - I Cezaların tatbik ve tahvili [m: 120 - 128]
  - Fasıl - II Cezaların infazı [m: 129 , 130]
- B — VIII Suçun ve cezanın ortadan kalkması [m: 131 — 162]
  - Fasıl - I Suçun ortadan kalkması [m: 131 - 149]
  - Fasıl - II Cezanın ortadan kalkması m: 150 - 159
  - Fasıl - III Müşterek hükümler [m: 160 - 162]
- Bap — IX Şikâyet hakkı [m: 163 — 170]
- Bap — X Hukuki müeyyideler [m: 171 — 183]

Mer'i kanunla projenin umumî kısımları mukayese edilecek olursa, mer'i kanunun 124 maddesine mukabil projenin 183 maddeden müteşekkil olduğu görülür. Projenin umumî kısmı bize tamamının yine üç kitapdan ibaret olacağını gösteriyor:

a) Birinci kitap: esaslar
b) İkinci kitap: cürümler
c) Üçüncü kitap: kabahatler

Yetmiş dokuzuncu maddesinden anlaşılacağı veçhile, proje, Alman-Fransız sistemini (cinayet, cünha, kabahat) gine kabul etmemiş ve mer'i kanundaki sisteme sadık kalarak suçları „cürüm" ve „kabahat„ olmak üzere ikiye taksimi ihtiyar etmiştir. Şu kadarki; mer'i kanundaki boşluğu doldurarak bu taksimi emin ve sarih bir kıstasa bağlamak istemiştir. Filhakika, cürüm ve kabahatlerin mahiyetlerindeki fark baki kalmakla beraber, mezkûr maddeye göre suçların kanunî taksiminde kıstas olarak, her biri hakkında kanunun tayin etmiş olduğu cezaların nevileri ele alınmıştır. Bu suretle mukabilinde hafif hapis veya hafif para cezası tayin edilmiş bir fiil kabahat, ölüm, müebbet hapis, hapis, sürgün ve ağır para cezası tayin edilmiş fiiller ise cürüm addedilecektir.

Proje, kanun tekniği bakımından mer'i kanundan çok üstündür. Her ikisi de onar baptan müteşekkil olmakla beraber, projedeki sıra vakıalara daha yakın ve daha mantikidir. Kanunumuzda oraya buraya serpilmiş bir vaziyette olan ve adeta yerlerini bulamamış gibi duran hükümler projede daha ilmî bir görüşle bir araya toplanmış ve gruplanmışlardır. Projede „Emniyet tedbirleri„ ile „Hukukî müeyyidelere„ tahsis olunan baplar mer'i kanuna göre yeni ve çok şümüllüdür.

Bu suretle kanunumuzun tadilindeki sebeplerle «yeni Türk Ceza Kanunu projesinin» tekniğini izah etmiş oluyoruz. Bunu takiben projenin esaslı vasıflarını tahkik edeceğiz ve müteakiben her babı ayrı ayrı gözden geçireceğiz.

---

489

# No : 45

*Sulh Mahkemeleri tarafından verilen hacir kararları aleyhinde Medeni Kanunun 372. inci Maddesine istinaden Asliye Mahkemesi nezdinde itiraz olunamaz. Ancak Temyiz yoluna gidilebilir. Trabzon Asliye Hukuk Mahkemesinin buna muhalif olarak verdiği kararın Temyiz Mahkemesince tastikinde isabet yoktur.*

Yazan: Ankara Sulh Hâkimi Akil Önder

Akıl hastalığı yahut Akıl zayıflığı sebebile işlerini görmekten aciz veya daimi muavenet ve tekayyüde muhtaç olan veya başkasının emniyetini tehdit eden reşit bir kimse Medeni Kanunun 355 inci maddesine göre sulh Hâkimi tarafından hacir altına alınmakla beraber kendisine bir Vasi dahi naspolunur. Hâkim Kasırın aklî vaziyeti hakkında ehli hibrenin raporunu aldıktan ve kasırın istimai faideli bulunduğu raporda tasrih edilmiş ise onuda dinledikten sonra onu hacır altına alır. Ayni zamanda şahsına tekayyüd ve mallarını idare ve medeni tasarruflarda mumaileyhi temsil etmek üzere ona bir vasi tayin eyler. Görülüyorki burada Sulh hakiminin kararî iki hususu ihtiva etmektedir. Bunlarda biri Akıl hastalığı veya zafiyeti ile malül olan reşidin hacir altına alınması, diğeride, ona bir vasi tayini keyfiyetidir.

Bizim burada tetkik edeceğimiz hem hacır ve hemde vasi tayini hükümlerini ihtiva eden Sulh Hâkiminin kararı aleyhinde alâkadarlar kanun yollarına müracaat etmek isdedikleri takdirde bu müracaatlarını itiraz yolule Asliye Mahkemesinemi yoksa Temyiz Mahkemesinemi yapacakları hakkındadır. Hukuk Usulû Mahkemeleri Kanununun 427. inci maddesine göre Asliye mahkemelerinden verilen nihai kararlarla 2500 ikibin beşyüz Kuruşa kadar alacak davaları müstesna olmak üzere Sulh mahkemelerinden sadır olan nihai kararlar kabili temyizdir. Bununla beraber Medeni Kanunun 372. inci maddesinde : Sulh mahkemesi tarafından vasi tayin olunan kimsenin tayini, kendisine tebliğ edildiği günden itibaren 10 gün içinde mazeretlerini beyan ile itizar edebileceği ve bundan başka her alâkadarın muttali olduğu günden itibaren 10 gün içinda tayinin kanuna muhalif

olduğundan bahsile itiraz edebileceği yazılıdır. Mezkûr madde hükümleri mucibince Sulh hakimi tarafından ayni hükümle ittihaz edilen hacır ve vasi tayini karar aleyhinde alâkadar kanun yoluna müracaat etmek istediği takdirde mezkûr madde muvacehesinde müracaat edeceği mercii tayin etmek lâzımdır. Bu ciheti hâlletmek için Medeni Kanunun 372. İnci maddesini ve bu madde ile alâkadar diğer mevaddı kanuniyeyi incelemek lâzımdır. Medeni Kanunun 365 ve müteakib maddeleri hükümlerinden hacir kararının Sulh mahkemeleri tarafından verileceği anlaşılmaktadır. Vazıı kanun hacir kararını vermek salâhiyetini sulh mahkemesine tevdi eylediği halde hacrın ref'i salâhiyetini asliye mahkemesine vermiştir. Bunun böyle olduğu Madeni Kanunun 416. ıncı maddesinde açıkca gösterilmiştir. Mamafi hacrın ref'i hususunda Asliye mahkemesinin selâbiyeti mutlak değildir. Bu mahkeme hacır kararını ancak hacir sebeblerinin zail olduğu ahvalde ref'edilebilir. Bu itibarla akıl zayıflığından veya akıl hastalığından dolayı hacr edilmiş olan bir kimsenin malûliyetinin zevâl bulduğu ehli vukuf raporule teeyyüt etmiş olmalıdır. Madde : 418.

İmdi sulh mahkemesi tarafından hacir altına alınarak kendisine bir vasi tayin edilmiş olan kimse, mahkemenin bu kararına kanaat etmediği takdirde Hukuk Ulusû mahkemeleri kanununun 427. inci maddesine istinaden Temyizyolunamı yoksa Medeni kanunun 372. inci maddesi mucibince itiraz yolile veya Medeni Kanun 416. ıncı maddesi gereğince dava yolu ile Asliye mahkemesine gidecektir. Fikrimizi söylemeden önce Temyiz Mahkemesinin bu hususiaki 20/12/940 tarih ve esas 1592 ,karar /4157 sayılı kararını gözden geçirelim.

Hadise şudur:

F. Trabzon Sulh Hukuk mahkemesine müracaatla validesi N. nin aklî melekâtında teşevvüş bulunduğundan bahsile hacir altına alınarak kendisinin mezbureye vasi tayin edilmesini taleb eylemesi üzerine yapılan muhakeme neticesinde N. nin hacrine ve F. nin mahcura vasi tayinine karar verildiği ve N. Sulh mahkemesinin bu kararı aleyhinde asliye mahkemesi nezdinde itiraz ederek kendisi hiç bir surette vesayete muhtaç olmadığı halde F. nin müracaatı üzerine Sulh mahkemesince vesayet altına alınmış olduğundan sulh mahkemesinin bu hususiaki 16/11/939 tarih ve 335 sayılı kararının kaldırılmasını istemiş ve icra kılınan tetkikat sonunda şahitlerin şahadetine ve rapor münderecatına ve mahkemede sorulan suallere N. nin verdiği cevablara nazaran mezburenin hacrini mucib sebep mevcut bulunmamış olduğundan F. nin müracaatı üzerine sulh mahkemesince verilen vasi tayini hakkındaki hükmün ref'ine karar verilmiştir. Bu

karar F. tarafından Temyiz olunması üzerine Temyiz Mahkemesi 2. inci Hukuk Dairesince: « Hükmün müstenit olduğu mufassal esbabı mucibeye ve Medeni Kanunun 372. inci maddesinin ikinci fıkrasının itlakına nazaran, hacir sebebine itiraz dahi asliye mahkemesince hâlledilecek mevaddan olmasına mebni Temyiz itirazları varit görülmediğinden reddine ve hükmün tastikine . . . . İlâh . . » esbabı mucibesile asliye mahkemesinin kararı tastik edilmiştir.

Temyiz Mahkemesi 2. inci Hukuk dairesi Trabzon Sulh mahkemesinin vermiş olduğu hacir ve vasi tayini hakkındaki kararının ref'ine dair asliye mahkemesi tararfından verilmiş olan hükmü tastik etmekle bize sulh mahkemeleri tarafından verilen hacir kararları aleyhinde asliye mahkemesine itiraz ve bu itiraz üzerine asliye mahkemesinin, Sulh mahkemesinin kararını ref'edebileceğini anlatmak istemiştir.

Temyiz Mahkemesi İkinci Sulh Hukuk dairesinin kararında isabet bulunup bulunmadığını anlamak için istinat ettiği Medeni Kanunun 372. inci maddesini tahlil edelim.

Bu maddede aynen şöyle denmektedir: Tayini kendisine tebliğ edildiği günden itibaren 10 gün içinde vasi, kanuni mazeretlerini beyanla itizar edebilir.

Bundan başka, her alâkadar, muttali olduğu günden itibaren 10 gün içinde tayinin kanuna muğayir olduğundan bahisle itiraz edebilir.

Sulh Mahkemesi itizarı veya itirazı kabul ederse yeniden bir vasi tayin eder. Kabul etmediği halde bir karar vermek üzere keyfiyeti raporla asliye mahkemesine gönderir.

İşbu maddenin birinci fıkrasına nazaran vasi tayin olunan kimse tayin keyfiyetinin kendisine tebliğ edildiği günden itibaren 10 gün içinde kanuni mazeretlerini beyanla itizar edebilir. Kanuni mazeretlerin neden ibaret bulunduğu Medeni Kanunun 367. inci maddesinde tahdiden tadat olunmuştur. Bu madddeye göre:

1 — 60 yaşını bitirmiş olanların,

2 — Malüliyetinden dolayı vesayeti güçlükle yapacak olanların,

3 — Dörtten fazla çocuk velisi bulunanların,

4 — Uhdesinde iki vesayet bulunan veya işi aşkın bir vesayet olanların,

5 — Meb'uslar, Vekiller ve Temyiz Reis ve Azalarının itizar hakları vardır. Bunlar için kanunun kabul ettiği itizar müddeti tayinin tebliğ tarihinden itibaren 10 gündür.

372. inci maddenin ikinci fıkrası itirazdan bahsetmektedir. Bu fıkra mucibince itiraza salâhiyetli yalınız vasi değildir. Kanun her

alâkadar için itiraz hakkı tanımıştır. Alâkadar tabirinden anlayacağımız mana, Kasırla maddi ve manevi menfaatı olan kimselerdir. Meselâ : Mahcurun yakın kan veya sıhri hısımları, müzahiri hatta alacaklıları bile bu alâkadar tabirinin şumulü dahilidedir.

Bunlar neye itiraz edebilirler?

Maddenin ikinci fıkrası bunu bize izah eder.

Her alâkadar tayin keyfiyetine ıttıla gününden itibaren 10 gün içinde itiraz edebilecektir. İstitraden şunu söyleyelimki vasiye itizar için kararın tebliği şart kılındığı halde itiraz için alâkadarların karara ıttılaı kâfi görülmüştür. Binaealeyh mahcurun yakın hısımları, ve hatta alacaklısı tayin keyfiyetine ıttıla peyda eyledikleri tarihden itibaren 10 gün zarfında itiraz haklarını kullanmak mecburiyetindedirler.

Şimdi itirazın şumûl derecesini izah edelim : Maddenin 2. inci fıkrasında, tayinin kanuna muğayereti halinde itiraz edilebileceği yazılıdır. Acaba bu muğayeret nelerdir.

Medeni Kanunun 364. üncü maddesinde söyle deniyor : Muhik sebebler olmadıkca, Sulh mahkemesi vasiliğe kasırın yakın kan veya sıhri hısımlarından bu vazifeye ehlolan birini yahut karısını veya kocasını tercihan tayin eder. Alâkadarların şahsi münasebetleri ve ikametgâhlarının yakınlığı gözetilir. 365. inci maddesindede, muhik sebebler mani olmadıkça sulh mahkemesi vasiliği baba veya ananın yahut kasırın gösterdiği kimseyi tayin eder denmektedir.

Şuhalde muhik sebebler mevcut değilken sulh mahkemesi kasıra yakın kan veya sıhri hısımlarından birini veya bu hısımlar meyanından ehlolanı tayin etmemiş bulunursa bu tayin keyfiyeti kanuna muğayirdir. Yahut muhik sebebler mani değilken sulh mahkemesi vasiliğe baba veya ananın veyahut kasırın gösterdiği kimseyi tayin etmemiş ise bu tayin keyfiyetide kanuna muğayirdir. Vasiliğe tayin olunan kimsenin dürüst olmayıp kasırın malını ısraf etmesi muhakkak olan bir kimse ise menfaatı haleldar olan kasırın alacaklısı bu kimsenin tayinine itirazda bulunabilir. Çünki mahcurun mallarını telef etmesi yakinen bilinen bir adamın vasi tayin olunmasıda kanuna muğayirdir.

Gelelim itizar veya itiraz vukuunda yapılacak muameleye:

Vasi itizarını, alâkadar itirazını doğrudan doğruya kararı veren sulh mahkemesine yapacaklardır. Yoksa bunlar asliye mahkemesine gidemezler. Sulh mahkemesi vasinin gösterdiği itizar sebeblerini ve alâkadarların itirazını tetkik ettikten sonra bunları varit görürse yeniden bir vasi tayin eder. Varid görmediği takdirde bir karar vermek üzere keyfiyeti bir raporla asliye mahkemesine gönderir. Demek oluyorki gerek vasi gerek alâkadar sulh mahkemesinin kararı aleyhindeki itizar ve itirazlarını asliye mahkemesine değil sulh

mahkemesine bildireceklerdir. Sulh mehkemeside itizar veya itirazı tetkik ederek kabûl ederse iş asliye mahkemesine intikâl etmeyecektir. Kabûl etmediği takdirde sebeblerini bir rapora dercederek bu hususta bir karar vermek üzere keyfiyeti Asliye mahkemesine gönderecektir.

İmdi yukarıdaki izahatımızı göz önünde tutarak Trabzon Asliye Hukuk Mahkemesinin verdiği ref'i hacir kararile Temyiz mahkemesinin bu kararı tastikinde ne derece isabet olduğunu tetkik edelim:

Sulh mahkemesi tarafından N. hacir altına alınırkan ona birde vasi tayin edilmiştir. tabiri diğerle sulh mahkemesinin kararı iki hükmü ihtiva etmektedir. Bunlardan biri hacir diğeride vasi tayini keyfiyetidir. Yukarıdaki izahatımızdan anlaşılacağı veçhile Medenî Kanunun 372. inci maddesinin ikinci fıkrası ile alâkadara ancak vası tayini keyfiyetine itiraz hakkı verilmiştir. Hacir hükmü aleyhinde itiraz olunabileceğine dair mevzuatımızda bir sarahat yoktur. Filhakika Hacrin ref'i salâhiyeti asliye mahkemelerine aittir. Fakat asliye mahkemeleri bu salâhiyetlerini ancak hacir sebeblerinin zevâl bulduğu iddiasile kasırın veya alâkadarın açacakları dava üzerine kullanabilirler yoksa sulh mahkemesinin hacir kararını itiraz yolula tetkik edemezler. Sulh mahkemelerinin bu nev'i kararları ancak kabili temyiz olup alehlerine başka hiçbir kanun yoluna müracaat olunamaz. Binaenaleyh Trabzon asliye mahkemesinin mezkûr mahal sulh mahkemesi tarafından verilmiş olan hacir kararını bu bakımdan tetkik edemeyeceği gibi 372 inci maddenin 3. üncü fıkrasının ıtlakına nazaran itirazın evvelemirde sulh mahkesine dermeyan edilmesi lâzım gelirken N. nin bu kanunî lüzuma riayet etmemesi hasebile talebini reddetmesi icabederdi.

**Bu itibarla:**

1 — Sulh mahkemesinin hacir kararı aleyhinde doğrudan doğruya asliye mahkemesi nezdinde itiraz olunamıyacağı,

2 — Vasi tayininde kanuna muhalefet edildiğinden bahsile yapılacak itirazın evvelemirde kararı veren mahkemeye dermeyan edilmesi lâzım geldiği,

3 — Sulh mahkemesinin raporu bulunmadığı,

4 — Asliye mahkemelerince hacrin ref'ine ancak haciar sebeblerinin zevali halinde mahcurun veya alâkadarın müstekilen açacağı dava üzerine karar verileceği nazara alınmaksızın Trabzon asliye Hukuk mahkemesi tarafından müttehaz mezkûr kararın, Medenî Kanunun 372. inci maddesinin ikinci fıkrasına vazıı kanunun maksadı haricinde mana verilerek Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesince tastikinde isabet bulunamamıştır.

No: 46

# Suçlu Antropolojisi ve Geçirdiği Tekâmül Safhaları

Yazan: Dr. Nurullah Kunter

Suçlu antropolojisi [1] nisbeten yeni bir ilimdir. Bir zamanlar gülünç bir mevkie düşürülmek istenilen ve hatta mevcudiyeti bile inkâr edilen bu ilim bugün tekrar inkişaf etmekte ve İtalyan bünyeci (constitutionalistique) mektebi sayesinde daha ileri bir safhaya girmiş bulunmaktadır.

Ne İstanbul Üniversitesinde ne de Ankara Hukuk Fakültesinde henüz bir suçlu antropolojisi kürsüsü yoktur. Avrupa ve Amerikada yalnız bazı Üniversiteler bir ileri hamle yaparak suçlu antropolojisini müstakil bir ilim olarak kabul etmiş ve ona bir kürsü tahsis etmişlerdir. Bu yolda en ileri giden İtalya olmuştur. Birinci Beynelmilel Kriminoloji Kongresinde (1938) İtalyan hükümeti, o vakte kadar Roma, Torino, Milâno gibi bir iki üniversiteye inhisar eden bu dersin bütün italyan üniversitelerine teşmil edileceğini, takdir ve tasvip alkışları arasında kongreye tebşir etmişti.

Aşağıdaki satırları yazmakla, memleketimizde pek mahdut bir şekilde tanınan bu ilmin mevzuu ve geçirdiği tekâmül safhaları hakkında okuyucularımıza faydalı olmağa çalıştık.

SUÇLU ANTROPOLOJİSİNİN MEVZUU

Her nevi insan cemiyetinde iki sınıf insan vardır.

I — Normal dediğimiz, içtimaî disipline uyabilenler.

II — Antisosyal dediğimiz, içtimaî disipline anormal şahsiyetleri icabı güçlükle uyanlar.

I — Normal insanlar.

Normal insanlar, insanlara has olan egoist temayüllerine rağmen talim ve terbiye edilebilmek ve içtimaî hayata uyabilmek kabiliyetini haiz kimselerdir. Bu kabiliyet, pek tabiî olarak, ferdden ferde değişir.

---

[1] (Anthropologie ciriminelle) in cezaî antropoloji şeklinde tercümesini doğru bulmuyoruz. Burada mevzuu bahsolan ceza değil, suç ve suçludur.

Normal insanların da suç işledikleri vâkidir. Bunların suçluluğuna, Roma Üniversitesinde suçlu antropolojisi profesörü di Tullio *tesadüfî suçluluk* adını vermektedir. Fakat bu, her tesadüfî suçlunun işlediği suçun tesadüfî suçluluk olması demek değildir. Yani tesadüfî suçluların hepsinin normal insanlar olması icap etmez. Zira müellif tesadüfî suçluluk ismini, anormal kimselerin işledikleri hakikî suçluluğun mukabili olarak kullanmakta ve bu tesadüfî suçların failleri olarak gösterilen normal suçlular, pozitivist mektebin bugün artık takerrür etmiş olan suçlu tasnifindeki tesadüfî suçlulara temamen uymamaktadır. Pozitivist mektebe göre her suçlu az veya çok fakat her halde, hiç olmazsa suçu işlediği anda, anormaldır. Tesadüfî suçları işleyenlerin bazılarınca normal telâkki edilmesinin sebebi bunlarda gayritabiiliğin fazla olmaması ve cemiyeti terkip eden insanların ekseriyetinden pek az farklı olmalarıdır. Yoksa tesadüfî suçlularda anormaldır. Suça teşvik eden aynı haricî şartlar altında kaldığı halde suç işlemeyen insanlar da bulunduğuna göre tesadüfî suçlular da antropolojik bir zemin mevcut demektir. Hakikî suçlulukta suça sebep olan hadise bir tesadüf değil bir vesiledir. Evvelce mevcut cürmî bir sevki tabiinin harekete geçmesi vesilesi. Tesadüfî suçlulukta ise tesadüf, suçluluk tohumlarını mukavemet azlığı dolayısı ile müsait bir zemine atmakta ve suçlu sevki tabiiyi aynı zamanda yaratıp harekete geçirmektedir. Lombrozo tesadüfî suçluları ikiye ayırmış, büyük bir ekseriyetine (criminaloïde) yani (suçluya benzeyenler) demiştir. Bununla, bunların da ruhî ve uzvî bünyelerinde bir anormallik olduğuna işaret etmek istiyordu. Diğer kısım suçlulara da (pseudo – criminel) (suçlu gibi gözükenler, sahte, yalancı suçlular) demiştir ki bunlar hakikaten suçlu olmayıp normal insanlardır. Ya istemiyerek, dikkatsizlik, acemilik yüzünden suç işlerler, yahut da yalnız kanun nazarında suç teşkil eden ve hakikî bir redaet göstermeyen fiilleri ika ederler. Siyasî suçlar, düello gibi.

İşte Dr. di Tullio'nun tesadüfî sucluluğun faili olarak gösterdiği insanlar, bütün tesadüfî suçlular değil, fakat onların yalnız bir kısmı, suç işlediği için suçlu gibi gözüken pseudo – criminel'lerdir.

Normal insanların tesadüfen işledikleri suçların önüne geçmek için başvurulan çareler şunlardır: Kanunların korkutma tesiri, her türlü içtimaî yardım müesseseleri, kütlenin talim ve terbiyesi, maddî, ruhî ve terbiyevî seviye ve şartların yükseltilmesi, kütlede kanunlara ve otoriteye riayet itiyadının meydana getirilmesi.

II — Anti sosyal insanlar.

Bu zümreyi teşkil edenlerin içtimaî hayata uyma kabiliyetleri, psikofizik bünyeleri icabı, azdır. Ferdden ferde değişmek üzere az

veya çok antisosyal temayüller gösterirler. Bunlar muhitin ve diğer dahilî ve haricî amillerin tesiri altında çok kere mukavemet edemeyip suç işlerler. Bunlarda görülen suçluluk *hakikî suçluluk* olup tesadüfî suçluluktan biolojik esası itibarile ayrılır.

İşte suçlu antropolojisi; böyle hususî anormal bünyeleri icabı olarak içtimaî hayatın menfaat ve icaplarına muhalif, antisosyal ve hatta suçlu (delinquenziale) bir tavru harekete az veya çok vahim bir istidat gösteren ferdleri tetkik eden ve bu antisosyal tavru hareketlerle mücadele için sebeplerini araştırarak onların inkişafına ve nihayet bir suç şeklinde tezahür etmelerine mani olmağa çalışan bir ilimdir[2].

Bir yandan kanunlar himaye eden, korkutan ve cezalandıran bir vazife görür ve bütün vatandaşlara bilâtefrik hitap ederken, suçlu antropolojisi yalnız psiko — fizik anormallikleri dolayısı ile talim ve terbiyeye daha az müsait bir bünye arzeden ferdleri tetkik eder, cürmî temayülleri önlemek ve azaltmak ve hatta kabil olduğu kadar kökünü kazımak için çalışır. Ve bu suretle içtimaî kaide ve kanunların daha fazla uygun ve müessir olmasına yardım eder.

Diğer taraftan Ferri suçlu antropolojisinin mevzuunu şu üç sualle tayin etmişti: 1) Suçlu normal mıdır, anormal mıdır? 2) Anormal ise bunun sebepleri nelerdir? 3) Bu anormallikler irsî midir, değilmidir? Tashihi kabil midir, değilmidir?

Tesadüfî suçlulukla mücadelede kanunların hakkı ile tatbiki ve kütlenin maddî ve manevî ve cemiyetin iktisadî şartlarının iyileştirilmesi nasıl mavaffakiyetin anahtarı ise, hakikî suçluluk ile mücadelede de milletlerinin ve bütün insaniyetin manevî refahını temin etmenin sırrı suçlu antropolojisinin gösterdiği yolda yürümektir.

## Suçlu Antropolojisinin tekâmül Safhaları

Nisbeten yeni bir ilim olan suçlu antropolojisi aşağıdaki safhalardan geçerek bügünkü şeklini almıştır:

1) İptidaî safha.— Buna di Tullio tecrübî ve hadsî safha adını vermektedir. Suçlunun bünyesi hakkında ve bilahare Lombrozo'nun inkişaf ettirdiği «ruhî tereddinin temelinde daima fizik bir tereddî vardır» fikri etrafında ileri sürülen nazariveler ilk safhayı teşkil eder. Zaman itibarile en uzun olan bu devre Eflatun ve Aristonun fizionomik müşahedelerinden başlar, XIX. asrın başlarında Lavater'in, Gall ve Spurzheim'ın fizionomi ve frenoloji hakkında, daha sonraları

[2] DI TULLIO: *Manuale di antropologia e psicologia criminale applicata alla pedagogia emendative, alla polizia ed al diritto penale e penitenzi ario.* Roma, 1931.

bilhassa Fıransada Félix Voisin ve Lauvergne'in, Amarikada Samson, Almanyada Attomyr ve Casper'in ve İngilterede Thomson ve Maudsley'in suçlu bünyeleri hakkındaki şayanı dikkat ve fakat terkip ve vahdetten mahrum tetkiklerini ihtiva eder.

2) İlmî safha.— Suçluluğun tetkikinde tecrübî ve hadsî usul yerine ilmî usulün kullanılması ile ikinci safhaya geçilmiştir. İlmî metodu ilk defa kullanan ve suçlu antropolojisine ilmî bir veçhe veren Lombrozo olmuştur. Lombrozo suçluluk ve delilik arasındaki yakınlığa işaret etmiş ve suçluluğun atavik bünyesini tetkik eylemiştir. Lombrozo'nun fikirlerini şu üç noktada hülasa edebiliriz: a) Suçlu, ipdidaî insanın şeklî (morphologique) ve uzvî (fonctionnel) karakterlerini haizdir. Binaenaleh zarurî olarak suça hazır (prédisposé) bir vaziyyettedir. İşte anadan doğma suçlu mefhumu buradan gelmektedir. b) Suçluluk ile dejenerelik arasında sıkı bir münasebet vardır. c) Suçluluk epilepsinin bir nevidir.

Bütün münakaşalara ve hatta şahsî polemiklere rağmen bu esas noktalar, biolojik ilimlerin terakkisi icabı olarak kısmen değiştirilmiş ve kısmen de tamamlanmış ve tekemmül ettirilmiş bir halde bügünkü suçlu antropolojisinin temellerini teşkil etmektedirler. Bu itibarla Lombrozo pek haklı olarak suçlu antropolojisisnin banisi olarak gösterilmektedir. Filhakika, Lombrozo ilk defa olarak ilmî usulu kullandı, ve bugün biololik bir hakikat olarak hâlâ ayakta duran suçlu tipi ile anadan doğma suçlu tipini ilk defa olarak tayin ve tespit etti. Suçluluğun şeklî, uzvî ve ruhî karakterlerini muvaffakıyetle çizdi. Suçluluğun en ağır ve en vahim şekilleri arasında epileptik şeklinin tabiatını izah etti. Suçluluğa karşı korunma ve suçluluğun tedavisi çarelerini gösterdi. Beccaria «adaleti tanı» demişti. Lombrozo «suçluyu tanı» dedi.

3) Lombrozo aleyhtarı safha. — İlmî kıymeti olmayan nazariyelere dayanan iddialar veya felsefî fikirler ileri sürülerek Lombrozo'nun elde ettiği neticeler, bioloğlar için kıymeti olmayan münakaşalarla tenkid edeilmek istenildi. Bu münakaşalarda billhassa «Lombrozo morfolojik anomalilere fazla ehemmiyet verdi, onlardan saçma neticeler çıkardı. İnsanın tekâmülünü tanımadı. İçtimaî mhitin ehemmiyetini ihmal etti» denildi. Bu fikirler tesiri altında XIX. asrın son senelerinde içtimaî amiller daha üstün tutuldu.

Lombrozo'ya karşı ileri sürülen en mühim itiraz şu idi: Şeklî gayritabiiliklere fazla ehemmiyet vermesi. Şöyle denilyordu: „Bu morfolojik anomaliler yalınz suçlu adama münhasır değildir, Cürmî temayülü olmayan delilerde, nöropatlarda ve hatta normal imsanlarda bile bulunabilir. Morfolojik tereddi izlerine rağmen bu insanlar pekâlâ büyük adamlar olabilirler."

Bütün bu iddialar Lombrozo nazariyetlerinin yanlış anlaşılmasından veya hiç anlaşılmamasından ileri gelmektedir. Eğer Lombrozo tetkiklerinde şeklî gayritabiiliklere fazla ehemmiyet verdise, diğer taraftan uzvî, ruhî ve içtimaî unsurları da ihmal etmemiştir. Görüşündeki bu vahdettir ki ona suçluluğun sebebî (étiologique) kriteryomlarını buldurmuş ve iktisabî veya irsî muhtelif amilleri tanıma imkânını vermişiir. Bu amiller muhtelif uzuvlara ve bilhassa cümlei asabiyenin yüksek merkezlerine tesir ederek bir tkâmül vakfesi veya bir uzvî iğtişaş husule getirirler. Bunlar da yüksek ruhî kuvvetlerin ya temamen kaybolmasına veya azalmasına sebep olurlar. Meselâ iradesizlik ve hissizlik veya irade ve his zayıflığı muhtelif amillerin uzviyete tesirlerinin bir neticesidir.

4) Muhtelit safha. — Biolojik ve sosyal nazariyelere müsavi kıymet verilmeğe başlandığından itibaren her iki tarafın iddialarını tevhit eden muhtelit bir safhaya girilmiş bulunmaktadır. Lombrozo-' nun fikirleri esas itibarile kabul edilmiştir. Biolojik sahada Lombrozo'nun halefleri Ottolenghi ile Carrara olmakla beraber suçlu antropolojisinin bahsini beynelmilel cezaî adalet sahasında tanıtıp yayanlar bilhassa Ferri ve Garofalo olmuşlardır. Tecrübî ve istidlalî bir metoda dayanan italyan kriminolojik mektebi klasik ceza adaletine yeni bir hamle, suçlulukla mücadeleye yeni bir kuvvet ve daha geniş, daha müessir ve daha insanî ufuklar verdi.

5) Bünyevî safha (fase costituzionalistica). — Suçlu antropolojisinin bu son safhasında artık suçlu bünyesi tek bir mevzu olarak ele alınmaktadır. Artık biolojik ve sosyolojik amillerden doğrudan doğruya suçlunun bünyesine geçilmiştir. Zaten Lombrozo ve talebeleri de morfolojik tetkiklerini yaparken hep bu suçlu bünye ve şahsiyetini tanımayı istihdaf ediyorlardı.

Fakat bünye (constitution) kelimesine verilen mana üzerinde tamamen anlaşmak kabil olmamıştır. Bazı alimler bu kelimeyi mizaç (tempérément) kelimesinin zıddı olarak kabul etmekte, birincisine morfolojik ve statik bir kıymet, diğerine dinamik ve uzvî (fonetionnel) bir mana atfetmektedirler. Di Tullio ve daha bir çokları da birine *ruhî bünye* diğerine *uzvî bünye* deyebileceğiz bu iki kelime arasında bir zıddıyet mevcut olmadığını söylemekte ve bu ikili görüşü modern ve tek cebheli morfo—psiko—fizik temayüllere muhalif bulmaktadırlar. Bu sonunculara göre bünye daha geniş bir manayı haizdir ve şahsiyetin irsî veya aslî karakterlerinden müteşekkil kısmıdır. Dr. Pende bünye kelimesini, muhtelif manalara geldiğinden, kullanmak istemez, onun yerine ferdiyeti ikame eder. Di Tullio *suçlu bünyesi* diye ter-

cüme edebileceğimiz (costituzione delinquenziale) ile anormal bünyenin morfolojik, fizik ve psikolojik aslî karakterlerini gösteren ferdiyetini kasdeder.

Hülâsa, hakikî suçluluğun esaslı âmili suçlu bünyesidir. Suçu doğuran anti sosyal mahiyetteki anormal temayüller biolojik ve sosyolojik amillerin tesirile meydana gelen işte böyle anormal bir bünyeye istinad eder. Bu bünyenin ruhî, uzvî ve şeklî muhtelif karakterlerini, yakın ve uzak, vasıtalı ve vasıtasız sebeplerini daima ve daha iyi olarak araştırmak, tesbit etmek yarının suçlu antropolojisine düşen bir vazifedir.

No: 47

# Ceza kanununa göre memur, zimmet, irtikâp

**" Bu yazının baş tarafı 1941 yılı adliye ceridesi sayı 7 sahife 472 de „**

Yazan : Ragıb Öğel

Bu son kaideyi kanunumuzun 280 inci maddesi (cürmün vukuu esnasında vazife ifası halinde bulunmaması) ifadesile beyan etmiş bulunmakdadır.

280 inci maddede bu sıfatların zevalinden bahsedilmiş olup bu zevalin esbabı izah edilmemişdir. Bu zeval mahkûmiyet neticesi memuriyetten memnuniyetten veya ihraç, tekaüde sevk gibi bir sebep, den ileri gelebilir. İşden meni veya vekâlet emrine alınmanın vazife veya hizmet görürlük vasfına halel vermiyecegi tabiidir.

Zeval ölümden ileri gelmiş ise yene 280 inci madde hükmü cari olur. Zir kanun, zevalin eşkâlini tasrih etmemişdir. Meselâ, suç amme vazife veya hizmeti ifa eden tarafından işlenmiş ise ölümü ile ceza takibatı durur. Fakat, suç amme vazife veya hizmeti ifa eden aleyhine işlenmiş ise mağdurun hayatta bulunup bulunmamasına göre kaide tatbik yeri bulur. Meselâ 266 ıncı maddeye göre ölmüş bir memura hakaret edilmez. Lâkin bir kimse ölü bir memurun hatırasına karşı mukaddemki vazifesine izafeten hakarette bulunur ise fail hakkında 488 inci maddenin tatbikinde cezanın ağırlaştırılması icap eder. Zira vazife veya hizmetin ifası sebebile işlenmiş suçdan dolayı mağdurun bizzat şikâyette bulunmasına mahal yokdur. Yakınları vardır.

280 inci maddenin tatbiki için fiilin daima vazife veya hizmete teâlluk etmesi lâzımdır. Binaenaleyh, suçun işlenmesi sırasında memurluk veya amme hizmeti ifa edilerek sıfatlarının mevcut bulunması iktiza ettigi gibi (meselâ memurun tekaüde sevkindan sonra zimmetin meydana çıkması gibi) bu sıfatların zevalinden sonra suçun meydana çıkması halindede tatbik yeri bulur.

Suçun vazife veya hizmet sebebile vukuu zarurı olmayıp suçun sebebi ile vazife arasında her hangi bir münasebetin mevcudiyeti

kafidir. Bu münasebet evelce yaptığı vazife veya hizmet dolayisile suç işliyecek vaziyette bulunan bir kimsenin vazife veya memuriyetten ayrıldıkdan sonra suç işlemesi halinde de mevcut olabilir. Meselâ: memuriyet esrarının ifşası gibi.

Suç amme vazifesi veya hizmeti ifa edenler aleyhine işlendiği zaman, suçun sebebile resmi faaliyet arasında suçun haksız bir hücum teşkil ettiği veya vazife ve hizmete karşı bir aksülamel olduğu sabit olan ahvalde de bu münasebet mevcuttur.

Amme vazife veya hizmeti ifa edenler, İster Türkiye dahilinde, ister yabancı memleketlerde bulunsun, ceza kanunu noktasından fark yokdur. Netekim bu vazife veya hizmetler kanunî müsade dahilinde yabancılar tarafından ifası halinde de bu yabancı hakkında cari olur.

279 uncu maddenin ilk kısmına ait ikinci bendine dahil vaziyetlerde öyleleri vardırki, bunu yapanlar amme vazifesi ifa eder telakki olunduğu halde, yapılmaması memurluk dolayısile teşdit sebebi de olamaz. Meselâ şehadet böyledir. Şehadetten imtina eden kimseye memur gibi ceza verilemez ve cezası da teşdit olunamaz.

ZİMMET :

Türk ceza kanununun 2275 numaralı kanunla tadil edilen 202. inci maddesinde zimmet cürmü tasvir edilmekdedir.

Bu cürüm amme vazifesi ifa eden veya amme hizmeti gören memur veya müstahdem ile muvakkat dahi olsa, bu vazife veya hizmeti yapan kimseler tarafından irtikap olunabilir. Lakin bu sıfatları haiz olmıyan fertler suça iştirak ederler ise, haklarında memur gibi muamele yapılır.

Bu suç bilhassa, 1050 numaralı muhasei umumiye kanununun 9 uncu maddesinde beyan olunan muhasipler ile 12 inci maddesinde tadat edilen muhasip mutetleri tarafındanda işlenebilir.

Aynile, 21 inci maddede tasrih olunduğu üzere muhasip sıfat ve salâhiyeti olmaksızın, emvali umumiyeyi herhangi bir suretle kabız ve tediye edenler tarafından da işlemesi mümkündür.

Şurasını unutmamak lâzımdırki, işlenen filin mahiyetine göre, kanunumuzda ayrıca hususi bir ceza tayin edilmemiş ise hakkında zimmet hükümlerinin tatbiki lazım gelir. Meselâ, zabıtvem usadere olunan eşyayı muhafazaya memur edilen kimse, bu vazifesi itibarıyla memur sayılmak lazım gelmekle beraber hakkında 276 ıncı maddenin tatbiki ıktiza eder.

Fiile ceza verilmesindeki maksat, amme menfeatı icabı devlet idaresinin normal şekilde vazife görmesini temin eylemekdir. Çünkü, amme vazife veya hizmetini ifa edenlere tevdi olunan malların emniyetini temin eylemek lazımdır. Buradaki menfeat, sırf emvale de

matuf degildir. Ahlak da mevzubahisdir. Zira, devlet hizmetinde bulunanların iffet ve istikameti milli terbiyenin ve ahlaki tarakkinin en bariz alâmetidir.

Üzerinde suç işlenecek şeyler: Amme vazife veya hizmeti ifa edenlerin, vazife veya hizmet icabı, kendilerine tevdi olunan veya vazife ve hizmet sebebile muhafazası altında bulunan para ve diger mallardır.

Para mefhumuna yalnız sikke ve nakıt evrak dahil olmayıp 331 inci maddede tadat edilen sair amme itibarına müstenit senetler de dahildir.

Mal tabirine ise mahiyeten nakli kabil olan veya nakledilebilir hale konabilen her şey girer. Elektrik kuvveti ile sair iktisadi bir kıymeti olan kuvvetler de buraya dahil midir? Hırsızlık cürmüne müteallik 491 inci maddemize tekabül eden İtalyan ceza kanununun 624 üncü maddesinin ikinci fıkrasında (ceza kanunu tatbikatında elektirik kuvveti ile iktisadi kıymeti haiz olan sair kuvvetler de menkul maldan sayılır.) denilmiş isede, bizim maddemizde de böyle bir sarahat yokdur.

Gayrimenkul şeyleri ele geçirmek mümkün degildir. Lakin bunların semeresi üzerinde zimmet fiili işlenebilir.

Malların degeri: İktisadi mahiyetine göre malların bir kiymeti olmak lazımdır. kiymeti yoksa menfaat da olmayacağından suça mevzu olmaz. Bu deyer, insan tarafından maldan umulan faydadır. Lakin bu kıymet sırf iktisadi bir kıymet olarak nazara alınmamalıdır. muayyen bir şahsa veya herkese göre makul suretde temin edeceği fayda göz önünde tutulmalıdır. bu sebeple, meselâ bir demir yol memurunun veya biletcisinin eline geçirdiği bileti başkasına satması zimmete geçirme hadisesini teşkil eder.

Bunun gibi, istimalden sakıt devlet eşyası veya posta ile gönderilen kıymetsiz nümuneler, devlet tarafından şeklen kıymetsiz tanınmış olmasına rağmen suça vücut verirler.

Malların nevileri: zimmete keçirme cürümüne müsait malların nevileri hakkında maddede bir tefrik yapılmamışdır. 202 inci maddede mezkûr mal tabiri 491 inci maddede de tekrar edilmiş olmağla sırkat mevzuu olan mallar zimmet mevzuunu da teşkil etmekdedir.

Lakin, 275 inci maddenin ikinci fıkrasında beyan olunduğu üzere memur, memuriyeti iktizası elinde bulundurduğu cürümü teşkil eden ecsam ve eşyayı veya evrak ve vesikaları zimmetine geçirirse zimmet sayılmamak doğru olur.

Resmi daire eşyası: Daire hizmetlerine ait eşyanın zimmet cür-

müne mevzu teşkil edip etmeyecegi noktası münakaşa götürür. Zira, denebilirki, dairede eşya ve malzeme memura tevdi edilmemiş, ve memurda o eşyayı muhafaza ile mükellef bulunmamışdır. Lâkin, muhasebei umumiye kanununun 14 üncü maddesi mucibince devairde bulunan bütün eşya ve malzeme ayniyat muhasebe memurlarına tevdi kılınmış olmağla eşya ve malzemeden bunlar mesul olsalar da eşya ve malzeme bir dairenin istimaline tahsis edilince istimal edenlere tevdi kılınmış demek olacağından memurların bunları zimmete geçirmelerin de mesul olmalari icab eder.

Devairin daimi surette mobilyasını kullananlar bu eşyaya tasarruf etmiş bu eşyanın zilyedi bulunmuş olduklarından bu mobilya dahi zimmete mevzu eşya meyanına girer.

Para veya malın munhasıran devlete ait olmasımı lâzımdır; yoksa vazife veya hizmet icabı devaire ait olmamağla beraber, vazife veya hizmet icabı memurun eli altında bulunan para ve mallar da bumevzua dahil midir? İtalyan ceza kanununda devlet dairelerine ait olan şeyler zimmet suçuna mevzu addedilmiş ve devaire ait olmadığı halde memurun vazife veya hizmet icabı eli altında bulunan şeyleri zimmetine geçirmesi Malvarsation namı ile ayrıca 3 – 5 senelik hapis cezasını mucip memnu fiil sayılmışdır. Kanunumuz da böyle bir tefrik yapılmamış olmağla her iki hali de ihata eylemişdir.

Burada kununun farzettiğ hal, amme vazife veya hizmeti ifa eden memur vazife veya hizmeti hasebile zimmete elverişli şeylerin tasarrufu altına konmasıdır. Eger farz olunan du vaziyet yoksa, fiil zimmet olmayıp meselâ hırsızlık olur. Şuhalde zimmet suçunun tahakkuku için amme vazife veya hizmeti ifa eden kimsenin kedisine tevdi edilmesi neticesi olarak tasarrufu altında bulunan şeyleri alması veya mal edinmesi lazım ve kâfidir. Binaenaleyh, almak veya mal-edinmek fiilinin, bunlara malik olmak gayesi ile veya bu şeyleri istimal veya intifa maksadı ile işlenmesinde fark yokdur. Mesela, bir muhasip çek defterinden bir yaprak koparark bunu doldursa, bedelini çekmek imkânı oldukça, hem sahtekârlık hemde zimmte geçirme suçlarını işlemiş olur. Hatta doldurulmamış bir çek dahi istimal veya intifa edilmekden müstekilen, zimmete salih bir şey olmakla zimmet fiiline sebebiyet verir.

Tevdi: amme vazife veya hizmeti ifaeden kimseye şeyin vazife veya hizmet icâbı tevdi edilmiş olması lazımdır. Binaenaleyh, tevdi, eden tarafından serbest irade ile bilerek yapılmış olmak lazımdır. Hata veya tehdit ile mayup bir irade ile tevdi vaki olmuş ise, vazife veya hizmet icabı tevdi halinden çıkar. Belki irtikâba müteallik bir fiil halini alır.

Tevdi edilen şeyler, ya aynı itibarile veya muadilleri ile tebdili mümkün kıymet yani mıkdar üzerinden tevdi olunabilir.

Muayyen veya gayrı muayyen şeyin tevdii: Tevdi gayrımuayyen bir şeye tealluk ettiği gibi muayyen bir şeye de tealluk edebilir. Muayyen bir şeye tealluk ederse şüpheye mahal vermez. Lakin gayrımuayyen ise, zimmet bu gayrı muayyen mıktarın hepsinde veya bir kısmında vukubulur.

Bir şeyin zarfını tevdi etmekle mazrufu da tevdi edilmiş olacağı gibi, bir şeyin başlıca parçasının tevdii de ferinin tevdiini tazammun eder.

Kıymetli mektuplar: Posta memur veya müvezzii, vazife veya hizmet icabı elinde bulunan mektubun içinde bulunan kıymeti alırsa, mektup vazife icabı tevdi edilmiş olduğundan hem zimmet suçu, hem de sırların mauniyetine ait suçlardan biri işlenmiş olur. Bu da içtimaa sebebiyet verir.

Kıymetsiz mektup: Mektuplar kıymetsiz olduğu takdirde dahî zimmetvardır. Zira bu cürüm paradan gayrı şeyler üzerinde de işlenebileceğinden, veya mektupda henüz iptal edilememiş pul bulunmak suretile kıymeti haiz olabileceğinde, veya gönderen ve gönderilen için daima nisbi kıymetihaiz olabileceğinden ve nihayet fayda istihsali de meşrut olmadığından zimmet fiilinin işlenebileceği şeylerden madutdur.

Posta nizamına muhalif mektuplar: Taahhüdlü veya adi mektubun içinde posta nızamı hilafına konmuş olan parayı almak dahi bu suça mevzu olur. Zira mektubun nızama muhalif olması tevdii ihlal etmez. Memur bu hususda nizamname hükmünü tatbik ile mükellefdir.

Mektuba pul yapıştırılmamış veya noksan ilsak edilmiş ise bunlar iade edilmeyip posta idaresinin milkiyetine geçeceginden memurun alması halinde suç işlenmiş olur.

Pullar: Pasta memurunun zarfa ilsak edilip de henüz iptal edilmemiş bulunan pulu söküp alması ile de zimmet suçu vücut bulur. Bu pul yerine kullanılmış diğer bir pulun yapıştırılıp yapıştırılmamasının ehemmiyeti yokdur. Zira burada tevdi olunan esas şey mektup olup bunun tevdii ile feri olan pul da tevdi edilmiş olur.

İptal edilmiş pulların kolleksiyon dolayısı ile kıymeti olur veya olabilirse bunların mal edinilmesi de suçu tevlit eder.

Vazife veya hizmet sebep veya icabı: Objektif olarak tevdi sebebi vazife veya hizmetden ileri gelmelidir. Mamafih, tevdiin vazife veya hizmetin zaruri neticesi olması da lazım gelmez. Çünkü ihtiyari su-

retde de tevdi mümkündür. Burada mühim olan cihet, vazife veya hizmeti gören kimsenin tevdiatı kabule usulü dairesinde salâhiyetli veya mezun kılınmış olmasıdır.

İdari veya kazai bir kararla bir amme vazife veya hizmeti gören memura salâhiyetine dahil olmıyan bir hizmet tahmil olunabilir. Mesela bir notere kanunen müsade edilen hallerde para tevdi olunabildiği gibi mahkeme kararıyla da bir şey tevdi olunabilir. Bu tevdi sebebile zimmete geçiren noter mesul olur. Lakin şurası da unutulmamalıdırki, bu kazai veya idari kararın muteber ve meşru olması da zaruridir. Mezun bulunmayan mafevk tarafından işin sadece havalesi veya gayrı kanuni tarzda tahmili kafi degildir.

Örf ve adet: Devairin bazı vazifeleri kanuna istinat etmiyerek örf ve adet ile teessüs etmişdir. Mevzuatımıza göre böyle teessüs eden örf ve adet muteberdir. şuhalde tevdii, sarahaten kanuna muhalif veya şeklen bozuk olmadıkca örf ve adete göre yapılan tevdi muteberdir.

Memurun Kabulü: Tevdie saik olan sebep memurun hilesine müstenit ise fiilde irtikâp vardır. Mesela memurun bir kimsenin iyi niyetinden istifade ederek onu tevdie imale ederek vediayı cebine atması gibi.

Başkasının hatasından istifade ile kabul: Mememurun sebebiyet vermediği bir hata neticesi olarak bir mal memurun eline geçerse irtikâp suçu tahaddüs eder. Mesela, telgraf memuru telgrafı ibraz edenin hatasından istifade ederek icap eden mıkdardan fazla ücret tahsil edip de fazlayı idareye teslim etmiyerek kendisinin alması gibi. Bu fiilden aşağıda ayrıca bahsedilecektir.

İgfal veya icbar suretile almak: Tevdi igfal veya icbara müstenit ise yine irtikâp suçu meydana gelir. Meselâ telgraf memurunun 209, 210 uncu maddelerdeki tarzda salâhiyetli olduğu mikdardan fazla ücret alması gibi.

Tasarruf: zimmet cürmünün tahakkuku için amme vazife veya hizmeti gören kimsenin vazife veya hizmet sebebile para ve menkulleri elinde bulundurması, tasarruf etmesi lâzımdır. Lâkin filhal maddeten tasarruf zaruri değildir. Para ve mal maddeten elinde bulunabileceği gibi muhafazası altında da bulunabilir. Veya bunları istimal veya idare etmektedir. Veyahut da bunların üzerinde her hangi bir salâhiyeti olabilir. Memurun kendi fiil veya muamelesi neticesi olarak o şeyin maddeten eline geçmesi de mümkün olabilir (Meselâ emir vererek bir şeyi eline geçirebilecek hale getirebilecek bir makamda bulunmak gibi)

Zimmet cürmünün maddî unsurları vazife veya hizmet sebebile

memurun elinde bulunan şeylerin ketmedilmesi veya mal edinilmesidir. Ketmetme veya maledinmenin vazife başında iken ikaı da şart değildir İzin vesaire gibi bir sebeple vazife başında bulunmadığı zaman, vazife v. ya hizmeti sebebile işlenmesi de mümkündür.

Teşebbüs hali hariç, her halde para veya şeyin fiilen ketmi veya mal edinilmesi lâzımdır. Eğer ketim veya mal edinme yoksa. fiil ya idarî bir yolsuzluk veya diğer bir suç vücuda getirir.

İstimal için zimmete geçirme: Memuriyeti hasebile elinde bulunan şeyin münhasıran istimali zimmet suçuna sebebiyet vermez. Meselâ, gemi, otomobil, yazı makinesi gibi şeyleri sırf kendi ihtiyaç veya hevesini tatmin için kendi malı gibi kullanmak tesahup ve intifa etmek zimmet teşkil etmez. Ancak sarf ve istihlak ettiği kısımdan dolayı inzibatî bir müeyyedeye tâbi veya tazminle mükellef olur.

Ketim veya tesahubun uzun veya kısa bir zaman imtidat etmesinde fark yoktur. İade tahfif sebebi olabilir.

Mal edinme: Para veya malın kendi veya başkası menfaatına olarak tesahup edilmesi demekdir Lâkin tesahubun ihtimal veya imkân dairesinde değil fiilen tahakkuku lâzımdır. Tesahup hem maddî bir hakimiyet tazammun eden bir veya müteaddit fiilden, hemde sarih veya zimni surette şeyi kendisinin malı gibi tutmak isteğinden anlaşılabilir. buradaki istek fiilin hem maddî hem de ruhî unsurdur. Çünkü, tesahup zevahirden anlaşılamaz. Ona refaket eden idarenin tezahurundan istidlal olunur. Binaenaleyh, memurun para veya şeyi mal edindiğinin anlaşılması suç için kâfidir. Müteakip hadiselere, para veya malın sonradan istimal şeklini araşdırmağa mahal yokdur. Tevdi edilen şeyin mal edinilmiş olduğu tahakkuk edince artık o şeyin memur tarafından satılması, istihlak veya tahribi nazara alınmaz.

Ketmetmek: Sandık açığı, açık verme dediğimiz haldir. Mesul olduğu şeyin alınmasıdır. Her vakit değilsede esas itibariyle böyledir. Zira ketim ile hem borçlu olduğu mıkdardan mesul olmamağı istemek, veya kasden mesul olmayacak vaziyete çıkmak hem de mesul olduğu şeye başka bir istimal yeri bulmak veya başkasının istimaline tahsis etmekdir. Meselâ tahsildarın tahsilatını vezneye yatırmıyarak kısmen veya tamamen birisine ikraz etmesi gibi.

Destinasyonun tagyiri: Para veya mal memurun bizzat eline geçmeksizin dahi işlenebilir. Hatta memur şeyin umumî destinasyonunu değiştirmeyip de hususî destinasyonunu tagyir etmekle de tehaddüs edebilir. Meselâ posta memuru, kendine tevdi olunan resimli kartların üzerindeki adresi değiştirip tanıdıklarından birinin adresini yazarak göndermesi gibi. Memurun mektubun destinasyonunu değiş-

tirmeksizin içindeki kartları veya üzerindeki pulları alması da böyledir.

Âmme menfaatı için istimal olunacak şeyin yolsuz olarak istimal mahallinin tebdili: Âmme menfaatına istimal olunacak para veya şeyin kendi veya başkasının maddî veya manevî menfaatını temin için destinasyonunun tebdili zimmet suçuna meydan verir. Meselâ bir nazırı muayyen bir hizmete sarfetmek üzere bizzat aldığı devlet parasını kendi menfaatının temini için tahsis olundğu hizmetten gayri bir yere harcanması gibi.

Fiilin kanuna muhalefeti: Zimmet olmak için fiilin kanuna mugayir olması icap eder. Burada kanunsuzluk ketim ve tesahupdedir.

Örf ve âdetin kanunsuzluğu izale etmesi: Bazan örf ve âdet fiilin objektif kanunsuzluğunu izale eder. Burada maksat suçun müeyyidesini hükümsüz bırakmak değil,

Suçun unsurlarından birini kaldı rarak fiilin ketim ve mal edenme mahiyetini değişdirmekdir. Meselâ, daire kâğıtlarını kendi mektuplarında istimal gibi. Burada kıymet veya zarar unsuru mevcut olmakla beraber, devairce buna müsamaha ile bakılmak mutatdır. Bu gibi ahvalde hâkim zimmetin mevzuuna bakarak veya vukuf ehline müracaat ederek müsamaha hududunun aşılıp aşılmadığını araşdırır.

Böyle hallerde ceza kanununun veya diğer kanunların örf ve adete muhalif olmasına ehemmiyet verilmez. Çünkü kanun ve nizamlara böyle abes ve boş mevzular için hüküm konulmaz: Bundan başka umumi mahiyetdeki emir ve nehilerden böyle ehemmiyetsiz mal edinmelerinde zimmet sayılmak istenildiği manası istihraç olunmak lâzımdır. Aksi halde memur ve müstahdemlerin büyük bir kısmı zimmetle suçlu hale gelirler.

Tevdiin hesap vermek mecburiyeti olmaksızın yapılmış olması: Hesap vermeğe mecbur tutulmadan tevdiat kabul etmek zimmetin kanunsuzluğunu izale edemez.

Meselâ, vekil tahsisatı mestûreden aldığı parayı kime ve ne sebeple verdiğinin hesabını vermekle mükelef değildir.

Lakin vekilin bu parayı cebine atdığı veya kendine tevdie sebep olan maksadın haricinde kendi veya başkasının menfaatına zimmete geçirmesi halinde de zimmet vardır.

Fiilin münhasıran ahlâka muğayir olması: Fiile kanunsuzluk vasfının verilmesine kâfi değildir. Memurun zimmettar olması için, ahlâkî bir vecibeye riayetsizliği değil, hukukî bir mükellefiyete riayetsizliği lâzımdır.

Bu sebeple memurun takdir ve ihtiyariyle sarfolunmak üzere, verilen paranın suiistimali zimmet suçunu tevlit edemez.

Alacağın tevkifi : Memurun devletten alacağı olup da bu alacağını tevkif etmiş olursa bu fiilin zimmet olmaması için alacağın miktarı muayyen ve tahsili kabil bir hale gelmiş olması ve alacak miktarı kadar eline geçirmiş bulunması lâzımdır. Lâkin memur ayından mus'ul ise, kendine tevdi olunan şeye veya paraya tesahup etmekle zimmet hasıl olur. Çünkü burada alacak ile verecek arasında doğru bir mukayese yapmak mümkün değyildir. Daima devletin zarralı olacağı, menfaatının ihlâl edildiği mefruzdur.

Memurun bir şahısdan alacaklı olması : Ferd tarafından devlete ait olmak üzzere tevdi olunan paranın memur tarafından şahsî alacağına mahsuben alınması zimmet suçuna vücut verir. Ferdin devletden alacğı olupda memur bu parayı ferde verecek yerde ferdden olan şahsî alacağına mahsup etmesi ise zimmeti değil vazifeyi suiistimal suçunu ihtas eder.

Memurun kefilli olması : Memurun kefalet vermiş olması devlet menfaatı aleyhine işlediği zimmet suçunu bertarf edemez. Diğer şartları da varsa cezanın azalmasına sebep olur.

Zimmet cürmünün işlenmesi : Zimmet fiili maddî suçlardandır. Mutelselsel fiiller şeklinde de işlenebilir. Para veya malın kasten ketim edilmesi veya maledinilmesi anında işlenmiş olur. Fiilden muhakkak bir zarar hasıl olmuş bulunması şart değildir.

Zimmetin hırsızlıkla farkı : Hırzızlıkda mal veya para failin tasarrufunda değil iken çalmakla tasarrufuna geçer. Halbuki zimmetde para veya şey zaten meşru suretde failin tasarrufunda bulunmakdadır.

Bundan başka, zimmet, devlete karşı işlenmiş bir suç olup sirkat gibi mal aleyhinde işlenmiş bir suç değildir. Mamelekde zarar hasıl olsun olmasın devlete sadakat vazifesinin ihlalinden ibaretdir.

Bir şeyin aynen zimmete geçirilmesi halinde suçun işlenmesi anı, failin o şeyi kendi mülkü gibi saymak arzu ve iradesini gösteren bir fiili icra ettiği andır. Oşeyin sonradan istimalî veyaşey üzerinde muahharan yapılan muamelâtın ehemmiyeti yokdur. Failin zimmte geçirdiği şeyi kendi yerinden alıp götürmesine de lüzum yokdur. Şeyin üzerinde emin ve kati suretde hakimiyetinin müesses bulunması kâfidir.

Zarfın ele geçirilmesi mazrufun da ele geçirilmesini tazammun eder. Posta memurunun daireden çıkarmak üzere üstünde mektup saklamsı ile suçun işlenmesi tamam olur.

Bir şeyin mikdar itibarile ele geçirilmesi: Borçlu olduğu mikdarı zimmetine geçiren aynen değilse mikdaren mesuldur. Bir şeyin bir mikdarını ele geçirmek, o mikdarın noksan zuhuru ile tahakkuk eder.

309

Açığın müfettiş tarafından veya dairesinin kontrolu neticesinde meydana çıkarılmadan önce kapatılmasının ehemmiyeti yokdur.

Vezneye teslim için konulmuş olan miadın geçmiş bulunmsı suçun tahakkuku için kâfi değildir. Zira mücbir sebepler ile veya suç teşkiline müsait olmıyan diğer sebepler ile teehhür vaki olabilir. Lâkin geç yapılan teslim meşru mazerete istinat etmez ise, suçluluk mevcut olup ancak tahfif sebebi teşkil edebilir.

Memur miat gelmediği için vezneye teslim etmez ise teslim vecibesi tahakkuk etmediği için suç da teşekkül edemez. Lâkin vezneye teslimden kaçarsa, miadın hululünden itbaren suç tahakkuk etmiş, ve kaçınması da zimmete geçirme kasdının varlığına delil teşkil etmiş olur.

Memurun kaçındığı an ile vadenin inkızası arasında, memuru vazifesini ifadan menedecek bir takım hadiseler olabilir. Böyle hallerde ceza verilecek derecede bir teşebbüs hali de mevcut olamaz.

Teşebbüş: Zimmet fiilinin teşebbüş hali de mevcutdur. şupheli memurların sadakatini tahkik için posta idaresince bazan hakikî kıymet ihtiva eden mazruflar tevdi edilmekdedir.

İştirak: Zimmet fiiline her şeklinde iştirak vaki olabilir. Şerik memur olmasa bile aynı ceza ile tecziye olunur.

Ruhî unsur: Zimmette ruhî unsur kasıttır. Taksiri şekli, yani ihmal, tecrübesizlik, kanun ve nizamlara riayetsizlik sebebile vukua gelen açıklar veya ketimlere ceza verilemeyip failleri hakkında inzibatî ceza veva tazmin cihetine gidilir. Âmme vazife veya hizmeti ifa edenin taksiri başkasının kasta müstenit cürmünü teshil eylediği veya mümkün kıldığı takdirde bile tecziye olunamaz.

Failin gayesi veya fiili irtikâba sevkeden sebebler: Failin gayesi ister kendisinin ister başkasının menfaatını temin olsun fark yoktur. Fiili irtikâba sevkeden sebeplerde aranmaz. Lâkin mücbir sebepler, zaruret hali cezayı azaltmağa saik olur.

İade maksadının bulunması: Sonradan iade edilmek kasdının mevcudiyeti veya sonradan fiilen iade edilmiş bulunması suçu bertaraf edemez. Ancak fiilen iade tahfif sebebi olur. Lâkin iade sebebinin bidayette mevcudiyeti, kasdı taksire dahi tebdil edemez. Zira fiilin sebep ve neticesi istenmiştir. Taksir ise zarar neticesini istihdaf etmeyen yalnız nizam ve inzibata riayetsizlikden ibaret fiildir.

*
* *

İRTİKÂP:

Kanunumuzun 3038 numaralı kanunla muaddel 209 ve 210 uncu

maddelerinde irtikâbın biri icbar, diğeri ikna suretile iki ika şekli gösterilmekdedir. İtalyan kanununun 317 inci maddesinde bu fiilin her iki şekli bir arada gösterilerek her ikisi için 4 — 12 sene hapis ve 300 liretten aşağı olmamak üzere ağır para cezası verilmiştir.

İrtikâp fiili bir taraflı bir suçtur. Ve yalnız âmme vazifesi ifa edenler tarafından işlenebilir. Şu halde bu suç âmme hizmeti dediğimiz ve yukarda izah ettiğimiz bedenî veya amelî hizmet görenler tarafından (gerek devairce daimî surette âmme hizmetlerinde müstahdem olsun, gerek ücretli ücretsiz, daimî muvakkat, ihtiyarî veya mecburî bir tarzda âmme hizmeti görenler tarafından olsun)ika edilemez. Buna mukabil zimmet ve irtişa âmme hizmeti ifa edenler tarafından işlenebilir.

Âmme hizmeti ifa edenlerin irtikabın faili kabul edilmemesi sebebi, kanun vazıınca bunların fertler üzerinde cebir ve tazyik icra edemiyecekleri kanaatında bulunulmasındandır. İtalyan ceza kanunu layihasında bu hususda şu mütalea yürüdülmüştür. :(zimmet fiilinden farklı olarak irtikap fiilinde cezai mesuliyet amme hizmeti ile meşgul olanlara teşmil edilmemiştir. Zira, amme hizmetleri mahiyeten mütavazı ve ehemmiyetsiz şeylerdir. Bunları ifa edenler devletin daimî müstahdemleri dahi olsa, fert üzerinde zicrî muamelatta bulunmak imkânından mahrumdurlar. Ferdecebir icrasî ise irtikabın asli unsurudur. Bahşiş teamülü, ihtiyarî olmıyarak tatbik edilse bile, irtikap fiilini vücude getiren unsurla kıyası kabil degildir. Bu sebeble bahşiş almak olsa olsa inzibatî bir mesuliyete müncer olmak lâzımdır.)

Kanunumuzun maddesinde (memurlardan her kim) tabiri kullanılmıştır. İtalyan maddesinde ise (amme vazifesi gören) tabiri zikredilmiştir. Gerçi bizde bahşiş adeti mevcut degil isede, amme hizmetleri odacılık, kapıcılık, şöförlük, makinistlik, hademelik... gibi bedenî ve amelî hizmetler olduğundan, Türk kanun vazıınca da İtalyan vazınının mütalâasına iştirak edildiği fikrinde bulunmak akla mülâyim gelmektedir.

İrtikap, âmme vazifesi ifa edenler tarafından işlenebileceğinden bunların madun veya mafevk olmalarında bir fark olmayacağı tabiidir.

İrtikap mahiyetini haiz olan fiilde fail veya şeriklerinden biri âmme vazifesi ifa eden kimse değilse, o fiile irtikâp denmez. Olsa olsa dolandırıcılık veya başka bir suç olur. Şu halde fiilin seriklerinden biri âmme vazifesi ifa eden kimse ise fiil irtikâp şeklini alır. Meselâ belediye zabıta memurunun eşya ve erzaka tayin olunan fiyattan fazla para verdirmek için satıcı ile iştiraki gibi. İrtikâp suçu askerî ceza kanunda derpiş edilmemiş ise askerler tarafından irtikâbında ceza kanununun bu maddeleri hükümlerinin tatbiki icap eder.

507

Kanunun himaye ettigi şey, devlet idaresinin normal surette vazife ifasını ve nufuz ve haysietinin vikayesini teminden mütevellit menfaattır. hususile ferdin zararına olarak para ve sair menfaatlar temini suretile gayrimeşru menfaatler istihsali için vazifenin suiistimaline meydan vermemektedir.

Bir taraflı bir suç olan irtikâbın farik vasfı, haksız suretde tehdit veya ikna ile almak, koparmakdır. Veren veya vadeden fiilin magdurudnr. İrtişada ise suç iki taraflıdır. farik vasfı ise aktif vaziyetde bulunan mukabil tarafdan gayrımeşru menfaat kabul etmekdir. İrtikâpda kabul sebebi şiddet veya iknadır. ve suç haksız suretde mal edinme veya elde etmedir. Zimmetde ise tevdi sebebi meşru Ve suç meşru suretde tasaruf edilen para ve malın ketmedilmesi veya tesahup olunmasıdır. 210 uncu maddenin ikinci fıkrasındaki hususî şekilde ise tasarruf sebebi hataya müstenit olup irtiî kâpda olduğu gibi cebir veya ikna edeğildir.

Fiilin mağduru: eda ile mükellef bulunulmıyan para veya sair menfaatın sahibi bir adî şahıs olabileceği gibi devlet veya amme müessesesi de olabilir.

Kanun ibaresinde fiilin mağduru (bir kimse) tabiri ile ifade edilmiş olup bu kimsenin hakikî veya hükmî şahıslar olabileceğinde şüphe yokdur. Hatta mağdur memurun mafevki de olabilir. Zira Mafevk icbar edilemezsede ikna edilebilir. Memurun irtikâbına hedef olan kimsenin bazı suçların faili veya bazı suçlardan maznun bulunmasının ve yahut da memurun suiistimalinden faydalanmasının ehemmiyeti yokdur.

Suiistimal: İrtikâp umumî mahiyeti itibarile suiistimalin hususî bir tarzıdır. Memuriyet sıfatının veya memuriyete ait vazifenin suiistimali, irtikâp fiilinin esaslı şartı ve farik vasfıdır. Bir şeyi meşru suretde istimal hakkına malik olandırki, o şeyi suiistimal edebilir. Bu sebeple suiistimali yapan memuriyet sıfatının veya memuriyet vazifesinin sahibi, hamili olması icap eder. Şu halde esasen memur olan kimse irtikap fiilini kendisinin olmıyan bir vazifeyi gasbetmek suretile işliyemez.

Memuriyet sıfatının veya memuriyete ait bir vazifenin suiistimali suçun unsuru değildir. Kanun memurun haksız talepde bulunması tarzına bakmakdadır. Yapılması veya yapılmaması talebe vsile olan vazifeye muvafık veya muhalif muameleden müstakıl olarak, memurun mağduru vermeğe veya vadettirmeğe icbar veya ikna için memuriyet sıfat veya memuriyetine ait bir vazifeden istifade etmesi kâfidir. İrtişa hilafına, vazifeye mahsus bir muamele münasebetile işlenmesi de iktiza etmez.

Vazifeyi suiistimal, hem memuriyet sıfatına, hem de memuriyete ait vazifeye tealluk edebilir. Aynile, doğrudan doğruya kendi vazifesi dahilinde olmıyan ve fakat memuriyet sıfatı ile teshil edebileceği muameleler için bir kimseyi para veya sair menfaat itasina icbar veya ikna suretile de işlenebilir. (Bir müsaade almak için mafevk makam nezdinde teşepbüste bulunmak)

Memuriyet sıfatının suiistimali: Memura talep fırsat ve vesilesini veren Vazife muamelâtından müstakil olarak, haksız suretde para koparmak için, memurluk sıfatından istifade etmekdir. Bu sebeple mahiyeten meşru olsun olmasın her hangi bir muameleyi yapmış olduğu için veya yapmak için, veyahut da geç yapmak veya hiç yapmamak için istemekde fark yokdur. Maksadı elde etmek için memurluk sıfatından istifade ederek haksız yere talepde bulunmak kâfıdır.

Memuriyete ait vazifenin suiistimali: İrtikâp fiili, haksız suretde bir şey almak için kendi yapacağı vazifeden istifade etmek suretile de işlenebilir. Memur, mensup olduğu dairenin uzvu olarak salâhiyeti dairesinde bulunan vazifeleri icra eder. İşte bu vazifeleri meşru suretde ifa salâhiyetinde olan memur, bu vazifeyi suça vücut verecek tarzda icra yani suiistimal eder. Bu suiistimal, kanunen kendine çizilmiş olan hududu aşıp katiyen kendisine ait bulunmıyan bir işi yapmak şeklinde olabileceği gibi, takdir salâhiyetini istimal hakkına malik olduğu işlerde de kanunen muayyen gayelere aykırı tarzda kullanmak suretile de işlenebilir.

Suçun maddî unsuru: Suçu teşkil eden fiil, iki halde derpiş edilmişdir. Bunlardan biri icbar suretile irtikâp, diğeri de iğfal, ikna suretile irtikâpdır. Fiil memuriyet sıfatını veya memuriyete ait bir vazifeyi suiistimal suretile kendisine veya başkasına haksız suretde para veya menfaat temin veya vadına bir kimseyi icbar veya ikna suretile işlenir.

İta: Memur, bir kimsenin kendisine veya başkasına para veya diğer menfaat ita veya vadettirmek için, memuriyet sıfatını veya memuriyetine ait bir vazifeyi suiistimal etmesi lâzımdır. Memurun müracaat ettiği şahıs, zararın doğrudan doğruya uhdesine düşdüğü kimse olabileceği gibi, kısmen veya tamamen bunun nam ve hesabına haraket eden diğer bir şahıs da (mümessil, vekil) olabilir. Gayrımeşru surette almak veya tevkif etmek: Bir kimsenin memur tarafından sebebiyet verilmemiş olarak yapdığı hatadan istifade suretile kendi veya başkası için para veya sair bir şey kabul etmesi, fiilini kanunumuz (210/2) irtikâba müteallik fiiller arasında saymış

isede, aşağıda izah olunacağı üzere, İtalyan ceza kanununda bu fiil irtikâbdan çıkarılarak, zimmet addedilmişdir. Lâkin memur tarafından sebebiyet verilmesi neticesi olarak mağdur tarafından verilmiş veya tevkife muvafakat edilmiş ise fiil, ikna suretile irtikâbdır. Eğer memur mağduru bazı fenalıkla tehdit ederek haksız suretde alır veya tevkif ederse icbar suretile irtikâp fiili işlemiş olur. (Meselâ, mafevkin istihdam ettiği kimseye aylığını verir iken, razı olmazsa işden çıkaracağı beyanı ile verilmesi lâzımgelen mıkdardan az vererek tamamı için makbuz alması icbar suretile irtikâpdır.)

Vait: İrtikâp fiilinin tahakkuku için yalnız bir vadin kabulü de kâfidir.

Bu vait, doğrudan doğruya veya araya bir kimse konarak yapılabilir. Burada, vait, vadedeni taahhüdünü ifa ile mükellef kılan her hangi bir tarzda olabilir. Vadin şeklini tetkika mahal yokdur. Zira, kanuna muhalif bir akıt olduğundan esasen batıldır. Verilen senet, ve yapılan mukavele de böyledir.

Vait ve itanın matuf olduğu kimse: Vait ve itanın doğrudan doğruya memura veya bunu muvafakat veya işaretile üçüncü şahsa yapılmasında fark yokdur. Demekki, bir kimseyi memur doğrudan doğruya kendisine, veya bir üçüncü şahıs için kendisine, veya her ikisine veyahut da kendisi için bir üçüncü şahsa, veya üçüncü için üçüncüye veya her ikisine bir şey itaya veya vade icbar veya ikna edebilir. Bu sebeple üçüncü, şerik vaziyetini alabileceği gibi, suçun tamamen haricinde de kalabilir. Haberi olmamak gibi.

Vait ve itanın bir âmme müessesine matuf olması: İrtikâp edenin lehine hareket ettiği üçüncü şahıs, âdi şahıs veya âmme vazifesi ifa eden kimse (memur) olabilirse de memurun mensup olduğu devlet dairesi veya âmme müessesi olamaz. Zira, delet uzvu olarak, âmme vazifesi ifa eden kimse, hizmet ettiği müessesenin kendisi demekdir. Ancak üçüncü şahıslarla münasebetlerinde, bu müessesenin mümessili gibi görünürler. Şu halde bu müessese üçüncü şahıs olamaz. Binaenaleyh, gayretkeşlik dolayısı ile veya diğer bir sebeple, bir kimseyi devlete veya bir âmme müessesesine haksız suretde bir şey tediye veya vait ettirirse, ve haksız surette aldığı şeyi derhal idareye tevdi ettiği takdirde, irtikâpdan mesul olamazsa da vazifeyi suiistimal veya diğer bir sebepden mesul olur.

Vait ve itanın bir hukukî şahsa veya gayri muayyen kimseye matuf alması: Üçüncü şahıs, hususî hukukun hükmî bir şahsı, meselâ, bir cemiyet veya şirket, gayrı muayyen bir şahıs ise, hâkim tarafından âmme vazifesi ifa edenin gayesi gayrıahlâkî telâkki olunarak tahfif sebebi addedilebilirsede, fiil cezasız kalamaz.

Vait ve itanın mevzuu: Nelerin vait ve ita olunacağı hakkında kanun fıkrasında vuzuh yoktur. İtalyan kanununda para veya sair menfaat tabirleri zikredilmiştir.

Para mefhumu yukarda arzedilmişdir.

Menfaat mefhumu ise, memur için kukukî kıymeti haiz, bir fayda temin eden herhangi bir mal, memurun şahsı ve mameleki için herhangi bir avantajdır.

Bir şey hadiyesi, birşey mübadelesi, bir iskonto icrası, tediye vadesinin veya borç mühletinin temdidi, bir alacağın kapatılması, bir meskende bedelsiz veya yarı bedelle oturtulması, bedelsiz veya noksan bedelle erzak ve eşya itası, diğer tarafından bedeli verilmek üzere hayatının sigortalanması, mükâfat veya ikramiye kazandırılması, kendisine tahsisat bağlandırılması, bir işe koyulması, terfi edilmesi, izin verilmesi, ünvan ve rütbe ve nişan iktisap ettirilmesi gibi husrslar menfaat mefhumuna girerler.

Dostluk temini gibi faydalar bu tâbire dahil olamaz. Aynı ile bedîî veya cinsi haz temini de sözü edilen menfaat değildir. Lâkin bir fahişenin bir memura bedelsiz teslim olması menfaat mefhumuna girer. Zira, ödenecek bedel tasarruf edilmiştir.

Mevzubahis menfaatın mühim veya cüzi olmasında fark yokdur. Lâkin müsamaha ile bakılması mutat olan (bahsiş gibi) ufaktefek şeyleri bu meyanda saymamak lâzımdır.

Fiilin kanuna muhalefeti: Vait ve itanın haksız, yani memura veya daireye verilmesi mecburî bulunmaması icap eder.

Memurun alacağı: Vait ve ita memura olan hususî bir borcun mahsubu için ise irtikâp fiili mevcut olacağı gibi, memurun lehine vazifesini suiistimal ettiği üçüncü şahsın borcuna mahsuben ise yine irtikâp vardır. Çünkü, vazifeyi suiistimalden bir kazanç elde etmese bile bir fayda istihsal eyleyecekdir.

Mukabili ödenmek suretile hizmetten istifade: Memur vazifesini suiistimal mukabilinde ıvaz olarak bir kimsenin hizmetinden istifade eder yani bir kimseye bir iş yapdırırsa, irtikâp fiili tehaddüs eder. Memurun böyle bir hizmet isteyerek mukabilinde memuriyet sıfatını veya memuriyetine ait vazifesini suiistimal etmesi bu hizmetin verilen ıvazdan fazla bir menfaat temsil ettiğine delâlet eder. Zira böyle olmasa, memurun o işi hariçde bir ehline yapdırarak vazifesini suiistimal etmemesi icap ederdi.

İşte, maiyetindeki askerlerden kendi şahsî hizmetine memur olmıyanlara iş yapdıran subay ile, mevkuf ve mahpusları istihdam eden hapishane müdürlerinin fiilleri irtikabdır. Lakin, mukabilinde memur



311

tarafından bunlara verilen ıvaz, hariçden tutulacak herhangi bir ehline verilecek ıvaza muadil olmaması, veya hizmetinden istifade ettiği şahsın hususî maharet ve kabiliyetine verilen ıvazın hariçdeki ehlinden daha ucuza gelmesi icap eder. Mamafi, devairde mutat hale gelen müsamaha hududunun aşılmaması gerekdir. Hizmet mukabbilinde verilen bu ıvaz, doğrudan doğruya memurun uhdesine yüklenmese dahi, hal aynıdır. Meselâ, belediye reisi bir doğramacıya mobilya yapdırarak karşılığında onu belediye hizmetlerinden birine tayin etmesi gibi.

İdareye karşı olan borç: Dairelere karşı vait ve itada bulunulmuş ise, memurun icbar veya hataya sevk suretile haksız olarak tahsil ettiği fazla kısım için irtikâp vardır. Eğer memur her iki kısmı da eline geçirmiş ise zimmet ile irtikâp fiilleri içtima etmiş olur.

Vasıtalar: İrtikâbın iki şeklinde de kullanılan vasıtaların maksada elverişli ve müessir olup olmadılarını takdir munhasıran hâkime aittir.

Bir kimseyi para veya sair menfaat vakit ve itasına icbarda, memur doğrudan doğruya veya dolayisı ile herhangi bir idarî mahiyette müessir cebir vasıtası istimal eder. Veyahut idarî mahiyette açık veya kapalı bir tehditte bulunur. Burada mutlak bir cebir mevzubahis değildir. Şahsın daha ağır bir fenalıkdan sakınmak için memurun arzusuna ram olmağa mecbur bir vaziyette bulunması kâfidir. Cismanî cebir gibi doğrudan doğruya cebirde tazyik unsuru korku tesiridir.

İcbar şeklinde, şahsın borçlu olmadığı halde vait ve ita ettiğini bilmeside zaruridir.

Cürmün ikna şekline gelince, burada memurun memurluk sıfatından veya yapdığı vazifeden istifade ederek haksız surette istemesi, şahsî herhangi bir sebeple (şahsın kendine ait hakikî veya mutasavver bir menfaatı ileri sürerek veya zımnî telkin ile veya yalan söyleyerek veya sahtkârlık suretile veyahut kandırarak) bir şey vait veya itasina ikna eylemesidir. Meselâ demir yolu anbar memurunun hamule senedi üzerine verilmesi iktiza edenden fazla masraf irae ederek tahsil etmesi gibi.

Lakin, şahıs, memurun hal ve tavrı ile sebebiyet vermediği bir hataya düşerek vermiş ise hataya müstenit irtikâp fiili hasıl olur.

Aynı fiil, hem irtikâp hem dolandırıcılık teşkil edebilir. Lakin bu iakdirde hususî mahiyeti itibarile fiilde irtikâp evsafının nazara alınması icap eder.

İknada, verdiği veya vait etiiği şeye borçlu olduğuna kanaat etmesi zarurî değildir.

Burada hile talep ile şahsın kalbine kanaat veren bir tesir icra eylemekdedir.

Teşebbüs ferdde olupda memur kabul ile iktifa etmiş ise irtişa fiili tahaddüs eder.

Fiilin icrası: İrtikâp maddî bir suçtur. ihmal ile de işlenebilir. İşlenme anı mağdurun memur tarafından yapılan icbara veya iknaa mutavaatla memure veya üçüncü bir şahsa para veya sair menfaat verdiği veya vadettiği andır.

Failin şeye nihaî olarak tesahup etmesi, vadi tahakkuk ettirmesi, veya fiilden bir menfaat elde etmiş olması lâzım gelmez. Şuhalde bir zararın da hüsulü zarurî degildir.

Fiilin işlendiği andan sonra haksız olarak alınan şeyin iadesi fiilin mahiyetini değiştirmez.

Teşebbüs derecesi: Cürmün teşebbüs derecesi de mümkündür. meselâ maksada vusule muvaffak olmadan talepde bulunmuş olmak gibi

Ruhi unsur: İrtikâp fiilinde kasıt lâzımdır. Buradaki kasıt, borç olmayan şeyi bilerek ve istiyerek almaktan kabulden ibarettir. Sırf taksir ceza görmez. Buradaki kasıt umumî olup ayrıca hususî kasit aramağa mahal yokdur. Failde bir menfaat gayesinin mevcudiyeti lâzım isede bunun tahakkuku zarurî değildir.

***

Hatadan istifade ile irtikâp:

Kanunumuzun irtikâba müteallik faslında 219 uncu maddenin ikinci fıkrasında ( memurun kanunen alınması lâzım gelen bir şeyi diğerin hatasından bilistifade alması ) hali derpiş edilmektedir. Türk Ceza kanunu bu fiili irtikâp suçları arasında saymaktır. Lâkin İtalyan ceza kanunu bu fiili irtikâpdan çıkarmıştır. Zira failin para veya malı elde etmek için hiç bir faaliyati yoktur. Bu sebeble İtalyan kanun vazıı bu fiili irtikâpdan ayrı memnu bir fiil olarak nazara almış, ve kanunlarının 316 ıncı maddesine ( amme vazife veya hizmeti ifa edenler vazife veya hizmeti ifa ederken diğerin hatasından istifade ile haksız bir surette kendi veya başkası için para vesir menfaat alır veya tevkif ederse altı aydan 3 seneye kadar hapis ile birlikde 50 liretten 10000 lirete kadar ağır Para cezasına mahkûm olur)şeklinde bir hüküm koymuştur.

513

Tasvir olunan bu fiil Türk Ceza Kanununun 3038 numaralı kanunla muaddel 210 uncu maddesinin ikinci fıkrasında ifade edilmiş bulunmakdadır. Yalnız kanunumuzda fiilin tevkif suretile irtikâbı zikredilmemişdir. Esasen fiilin bu tarzda işlenmesi son İtalyan kanununa yeni olarak ithal edilmişdir. Bandan başka bu suçun üzrinde işleneceği madde fıkramızda Şey lafzı ile ifa de edilmiş olduğu halde İtalyan maddesinde para veya sair menfaat tabiri kullanılmışdır.

Bu suçun faiili bizim maddeye göre yalnız âmme vazifesi ifa edenler olduğu halde İtalyan kanununda failin hem âmme vazifesi, hemde âmme hizmeti ifa edenler olabileceği gösterilmişdir,

Cürümden mağdur olan bir fert olabileceği gibi, dairede alabilir. Zira maddede şeyin ferde aidiyeti ile daireye aidiyeti arasında fark gözetilmemişdir. Binaenaleyh, fert hataya düşebileceği gibi âmme vazifesi ifa edenin de hataya düşmesi mümkündür.

Seçun maddî unsuru para ve sair menkul şeylerdir. Maddemizdeki şey tabirine menfaat da dahil midir? İtalyan ceza kanununun yukarda zikrettimiz 316 ıncı maddesinde, hataya müstenit almak ve tevkif etmek halini zimmetin hususî bir şekli mahiyetinde müstakil bir fiil olarak nazara almış oldugundan İtalyan şarihince menfaatın zimmete mevzu olamıyacağı fikrinde bulunulmakdadır. Bizim kanunumuzda fiil irtikâp şeklinde görüldüğünden şey tabirine menfaatın da dahil olması düşünülebilir.

Burada kanunun farzettiği hal, zimmet fiilinde olduğu gibi, tevdiin serbest bir iradeye istinad etmiyerek hataen vukuudur.

Maddede ne üzerinde hata edebileceği hakkında sarahat yokdur. Yalnız âmme vazifesi görenin vazife ifa ederken, diğerin hatasından istifade ederek haksız bir surette bir şey alması veya tevkif etmesi zikredeliyor.Kanun bir tefrik yapmamış olunca hatanın eda vecibesine, veya edanın mikdarına, veyahut âmme vazifesi görenin edayı kabule ehil olup olmamasına tealluk edebileceğini kabul etmek lâzımdır.

Burada diğerin hatası vermekde olup kabul etmekde değildir. Şu halde memur, verilmesi icap eden mikdardan az bir şey vererek farkını kendi alır ve âhiz de hataen noksanı ile kabul ederse fiil zimmet şeklini alıp irtikâp olamaz.

Şeyin âmme vazifesi ifa edenin eline geçmesine sâik olan diğerin hatası ferde ait olabileceği gibi, daireye de talluk edebilir. Zira kanun bir tefrik yapmamışdır. Bu sebeple bir kimse hataen borçlu olduğu mıkdardan fazla verebileceği gibi bir memur dahi farkında olmıyarak teslimi lâzım gelen mikdardan fazlasını teslim edebilir.

Hata diğerin hatası olacağından, âmme vazifesi ifa edenin ha-

tası olmamak lâzımdır. Memur hesapda hata ederek lüzumundan fala bir para alıpda işi farkederek fazlayı eline geçirirse zimmet fiili tahassul edip hataya müstenit irtikâp suçu tehaddüs edemez. Zira burada ferdin hatası yoktur. Sadece hesaba bakmağı ihmal etmiştir.

Diğerin hatası, memurn hatası ile birleşir ise, memur işin farkına vrarak fazlayı iade edecek veya sahibi namına daireye tevdi edecek yerde cebine atarsa, fiil şeyi tevkif şeklini alarak irtikâp fiili vuku bulmuş olur.

Digerin hatası memur tarafından kasden tahrik edilmemiş olması da lâzımdır.

Eğer memur hataya sebebiyet vermiş ise, ikna suretile irtikâp suçu işlenmiş olabilir. Zira diğeri hataya düşürmek için üzerinde tesir edilmişdir.

Memurun sebebiyet vermediği diğerin hatası itanın sebebi ve fiilin işlenmesi vesilesidir. Memurun sebebiyet vermedği hatanın sebebi, bilmemezlik, yanlışlık olmasında fark yokdur,

Diğerin hatasının şeyin tamamına veya kısmına tealluk etmesinde de ehemmiyet yokdur.

Madde fıkrasında yalnız diğerin hatsından bilistifade ele geçirmek hali derpiş edilmiş olup ( Cas fortuit ) şeklinde tesadüfen memurun eline geçmesi hali nazara alınmamişdır. Bu iki hal ise birbirinden farklıdır. Çünkü hata,mayup da olsa bir iradenin mevcudiyetini tazammun eder. Tesadüf ise iradeden hariç bir sebepdir. 511 inci maddenin ikinci fıkrasında ( başkasına ait olupda bir hata veya tesadüf neticesi olarak eline geçen bir malda mülkiyet iddiasına kıyam etmek ) halından bahsedilmekdedir. Şuhalde tesadüf neticesi olarak eline geçen şeyi zimmete geçiren memur hakkında bu maddenin tatbiki icap eder.

Şayet amme vazifesi ifa eden, vazifesini yapar iken bulduğu defineyi mal edinir ise ( meselâ hafriyat icrasına memur iken ) zimmet suçu meydana gelip 511 inci maddede de mevzubahis suç hasıl olamaz.

Gaip olmuş bir şeyi vazife sebebile eline geçiren memurun bunu mal edinmesi hlinde zimmet suçu vücut bulmaz. Zira bu suç için memura tvdi de bulunmak lâzımdır. Gaip şeyin bulunması ise tevdi olamaz .

Bu sebeple fiil 511 inci maddeye temas eder.

Lâkin gaip edilen şey üçüncü şahıs tarafından bulunup da âmme vazifesi yapana tevdi olunması üzerine maledinilir ise zimmet tahakkuk eder. çünkü burada tevdi vardır.

Suçun maddî unsuru : Fiil amme vazifesi ifa edenin bu vazife veya hizmeti icra ederken diğerin hatasından istifade ile kendi veya başkası için bir şeyi alması veya tevkıf etmesi gibi iki şekildedir .

Tasvir edilen hataya müstenit fiilde dahi, istimal için zimmete geçirme hali tecziye olunamez.

Vazife veya hizmet ifası şartı : Bu şart fiile ceza verilmek için başlıca şartdır. Memurun vazifeyi ifa ederek şeye tasarruf etmesine lüzüm yokdur . Zira vazifeyi suiistimal için almak icbar ve iknaa müstenit irtikâp fiiline müntehi olur.

Eğer şey âmme vazifesinin ifa edilmediği zamanda hataen vrilmiş ise 511 inci maddeye temas eder .

Fiilin vazife icrasında işlenmesi lâzım olduğundan failde yalınız bu vasfın vücudü kafi değildir . Şuhalde memurun vazife icra ettiği sırada şeyin alınması veya tevkif edilmesi icap eder.

Şeyi almak : Diğerin hatasından istifde ederek kendi veya başkası için bir şeyi haksız surette veya borçdan fazla almak hali birinci şekildir .

Bu hale maddeten kabulden başka hataen veren kimseden olan alacagını verilecek şey ile mahsup hali de dahildir. Lâkin alınan şeyin zimmete geçirilmesi de iktiza eder. Binaenaleyh, memur haksız surette tahsil ettiği şeyi daireye teslim ederse irtikâp değil belki vazifeyi suiistimal fiili hasılolur.

Şeyi tevkif : Hatadan bilistifade almak fiilinin ikinci şekli de kendi veya başkası için tevkifdir. Fiilin tevkif suretile işlenmesi şekli eski italyan kanununda mevçut değil iken şimdiki kanunlarına yeniden ithal edilmişdir·

Bizim fıkramızda bulunan almak lafzı, tevkif suretile almak manasına da gelebilir.

Filin tevkif suretile icrası, âmme vazifesi ifa eden kimse, kendisine hataen verilen para ve sair şeyi hüsnüniyetle aldıkdan sonra hatayı farkederek, kendi veya başkası için zimmetine geçirmek suretile işlenmesinden ibarettir.

Buhal, memurun yapdığı tediyede, veya memur tarafından şeyin resmî makama eda ve tesliminde, alakadarların farkında olmadan borç mıkdarından az vermesi halinden ayrıdır. Çünkü, burada noksan olarak kabul. hatadan mütevellit değil, hesabın tetkikinde edilen ihmalden münbaisdır. Burada memura verilmekde hata edilmemiş olduğundan fiil zimmet mahiyetindedir.

Suçun icrası: suç âmme vazifesi icra eden tarafından haksız surette malikiyet niyetile şeye tesahup etmekle işlenir.

Hukukan teşebbüs hali de mevcuttur. Lâkin teşebbüsün vücudü için failin açık surette suçu işlemeğe elverişli muameleleri icra etmesi, ve ihtiyarı haricinde bir sebeple maksada erişmemiş olması lâzımdır.

Ruhî unsur : suçun tecziyesi için kasıt lâzımdır. Diğerin hatasına müsteniden yapılan kabulde ise kasıt sonradan teayyün eder. bu da hüsnüniyetle aldığı, kbul ettiği şeyi ele geçirmek kasdından ibarettir.

No: 48

# Ceza Hukukunda yeni cereyanlar
## Yeni İsviçre Ceza Kanunu

*1 — Kanunun tedvini*
*2 — Kanunun sistemi*

### 1. Kanunun tedvini

Dr. İur Pulat Gözübüyük

Ceza hukukunda çok mühim yer alan en son nazariyelerden mülhem olarak yep yeni kaide ve formülleri kanunlaştıran İsviçre ceza kanununun sistemi hakkında tahlilî bir inceleme yapmak yazımızın mevzuunu teşkil etmektedir.

Bu kanunun sistemini anlatmazdan evvel bu sisteme temel ve kaynak teşkil eden ilmî cereyanları, kanunun tedvini tarihini kısaca hülâsa etmek çok faydalıdır. Bundan ötürü biz evvela tedvin hareketleri tarihçesinden, sonra bu kanunun hukukî mahiyetinden, yapısından bahsedeceğiz.

İsviçrede son zamanlara kadar umumî yani bütün İsviçreye şamil bir tek ceza kanunu olmayıp her kanton (Canton) teşriî istiklâline dayanarak ceza hukukuna müteallik hükümler koymakta, kendi ceza kanununu kendisi yapmakta idi. Kantonların ceza kanunları yapma (teşriî istiklâl) salâhiyetini birleşik İsviçre (La confédération Suisse) esas teşkilât kanunu (La constitution Suisse) tahdit etmemekte idi, başka yönden ifade edersek, birleşik İsviçre esas teşkilâtı ceza hukuku sahasında kantonların teşriî istiklâllerini tahdit ederek, ayni sahadaki teşriî salâhiyeti birleşik devlete veren bir hükme malik değildi.

Bu sebeple kantonlar ceza kanunlarını tedvin ederek birleşik İsviçre için umumî ve millî bir kanun yapmak teşebbüsü her şeyden evvel birleşik esas teşkilât kanununun tadil edilerek bu teşriî salâhiyetin birleşik devlet (Confédération) teşriî organına verilmesini zarurî kılmakta idi. İşte bu gayeyi tahakkuk ettirmek maksadile-

517

dir ki 1898 de birleşik İsviçre esas teşkilât kanunu (La constitution Suisse) tadil edildi ve birleşik teşriî organ (L'assemblée fédérale) e bir umumî (fédéral) ceza kanunu yapmak salâhiyeti tanındı. [1]

Cezaları infaz edenler ceza hukukunun tedvin edilmemesinden doğan mahzurları görerek umumî ve millî bir hukuk yaratmak fikrini öne sürmüşlerdir. Bu tedvin hareketi çeşitli safhalar geçirmiş ve inkişafı çok canlı olmuştur.

1867 de *La société penitentiaire Suisse* adını taşıyan kurum ceza hukukunun tedvinini birleşik meclise sunulan bir dilekçe ile istemiş ve bu teşebbüsünü 1871, 1891, 1897 ve nihayet 1910 da tekrar etmiştir. 1869 da İsviçre hukukcular cemiyeti (La société Suisse des juristes) bu tedvin cereyanına iştirak ediyor, 1887 de ittifaka yakın olarak aldığı bir kararla bu cereyanı yeniden tasvip ve daha kuvvetlice takip ediyor. Alınan kararda : Kantonlar ceza kanunları arasındaki mevcut bugünkü fark devam ettikçe suça karşı müessir bir mücadelenin imkânsız olacağına kani olan İsviçre hukukcular cemiyeti ceza hukukunun tedvini için Birleşik hükûmetin (Le conseil fédéral) bu hususda hazırlık çalışmalarına başlamasını rica eder» denmekte idi. [2]

Hükûmet henuz tedkik etmeden evvel ceza hukukunun tedvini meselesi Meb'uslar meclisi (conseil national) ne sunuldu. Meb'uslardan Forrer 41 kişilik taraftarile 13 birinci Kânun 1887 de Meclise bir takrir verdi. Schaffhouse kantonunun büyük meclisi esas teşkilât kanununun bahşettiği salâhiyete istinaden 16 mayıs 1890 da ayni şekilde Birleşik meclise bir takrir verdi. Argovie kantonunun Büyük meclisi 27 mayıs 1890 da ayni suretle hareket etti. 2 birinci kânun 1892 de keza La société du Grütli denilen cemiyet birleşik meclise verdiği bir dilekçesinde : Mümkün olan en kısa bir zamanda İsviçre ceza kanununun mer'iyet mevkiine girmesini ve bu suretle halen mevcut indi muamelelere ve endişeye nihayet verilmesini» dileyor.

1889 da hükûmet o zaman Bern üniversitesinde Ceza profesörü olan Carl Stooss'ı ceza kanununun ilmî mahiyetteki hazırlık çalışmalarına memur etmişti. 1890 da Prof. C. Stooss evvelâ İsviçrede mer'iyet mevkiinde bulunan türlü kanunları bir kül halinde topladı ve sonra bunların metinlerinin ilmî, sistematik bir tedkikini iki cilt olarak neşretti : Die Grundzüge des schweizerischen strafrechtes, 1892 – 1893.

Pekaz sonra profesör Stooss «İsviçre ceza kanunu umumî kısım proje taslağını 15 ağustos 1893 de, mucip sebeblerile birlikte eylûl

[1] André Mercier, cours de droit criminel, P. 47

[2] — Poul Logoz commentaire du code Pénal Suisse, P. introdution, VI, VIII.

1893 de neşretti. 1 ağustos 1894 de mucip sebeblerile birlikte umumî ve hususî kısımları muhtevi tam bir projeyi vücuda getirdi; hepsi Fransızcaya Cenevre üniversitesi ceza profesörü Alfred Gautier tarafından tercüme edilmiştir. Bu proje Adliye bakanlığı (Le Département fédéral de justice et Police) tarafından teşkil edilen 19 mütehassıs âzâdan mürekkep bir komisyona tevdi olundu ve bu komisyon eylûl 1893 den birinci teşrin 1895 e kadar müteaddit içtimalar halinde toplanarak projeyi tedkik etti. Bu birinci komisyonun tedkikinden sonra proje Adliye bakanlığı tarafından 1896 da: Mütahassıslar komisyonu kararına göre İsviçre ceza kanunu projesi taslağı» unvanile neşredildi. Ayni şekilde komisyonun celse zabıtları iki cilt olarak neşrolundu.

Bu ilmî çalışmalar hükûmeti esas teşkilâtın tadilini yapmağa sevketti. 28 ikinci teşrin 1896 da federal meclise gönderdiği bir mesaj ile hükûmet medenî hukuk ve ceza hukukunun tedvini salâhiyetinin Birleşik devlete verilmesini istedi. [1]

Ceza hukukuna müteallik, hükumet esas teşkilat kanununun 64 üncü maddesine ilâve edilmek üzere bir ek fıkra projesini birleşik meclise (Assemblé fédérale) takdim etti. Bunun metni şudur: Birleşik devlet (Confédération) ceza hukukunu ilgilendiren sahalarda kanunlar yapmak salâhiyetini haizdir. Adâletin icrası, temyiz mahkemesinin (le Tribunal fédéral) salahiyetleri mahfuz olmak üzere, kantonlara aittir.

«Birleşik devlet ceza müeseseleri, iş ve ıslah evleri inşası suretile cezaların infazı hususunda yapılacak ıslahat için kantonlara tahsisat vermek salahiyetini haizdir. Birleşik devlet terk edilmiş veya ahlakan tehlikeli bir duruma maruz çocuğun himayesini gaye edinen ve böylece teşekkül eden müesseselere ayni şekilde tahsisat vermeye salâhiyetlidir».

13 ikinci teşrin 1898 de halk ve kantonlar tedvin prensipini (le principe de l'unification) kabul ettiler. Böylece yukarıda sözügeçen proje kanunlaştı. Esas teşkilat kanununun 1898 deki tadili birleşik devlete tam bir surette umumî ceza kanunları yapmak hakkını tanıtmıştır. İsviçre medenî kanununun tedvini hareketi (1900) ceza kanununun tedvinini geciktirmiştir. 1896 da ilk İsviçre ceza kanunu projesinin basıldığını söylemişdik. Bir çok tenkitlere maruz olan bu proje 1901 den 1903 e kadar mütehassıslardan mürekkeb küçük bir komisyonun tedkikine sunuldu. Haziran 1903 de ikinci bir basımı

[1] Paul Logoz Commentaire du code pénal Suisse, P. introduction, VI, VIII

yapılan bu proje profesör Emile Zürcher tarafından itmam edilmiştirki bu kanunun üçüncü kitabını teşkil etmektedir.

Adliye bakanlığı projeyi neşrederken kanun hakkına gerek mütehassıslar gerekse diğer bütün alâkadarlar tarafından yapılacak bütün tenkitleri incelemeğe amade bulunduğunu bildirmeştir. Bu suretle mütehassıslar komisyonu projenin 1907, 1908 basımını yaptı.

3 Temmuz 1909 da Adliye bakanlığı 1908 projesini almanca — İtalyanca — Fransızca olarak yeniden neşrettirdi. (1)

İkinci teşrin 1911 de Bakanlık 1908 projesini 29 azadan mürekkep istişarî büyük bir komisyonun tedkikine sunmaya karar verdi. Meşhur devlet adamı Edouard Müller'in başkanlığı altında ve profesörlerden Zürcher, Gautier, Almanca ve Fransızca metinler raportörleri, ile beraber sözü geçen komisyon 1912 den 1916 ya kadar 9 celse halinde çalışarak vazifesini başardı. Birinci Teşrin 1916 da hazırlanan proje bu ikinci komisyon tarafından şubat 1917 de neşredildi. Bu proje bir kere daha Müller ve ona yardım eden mütehassıslar (Stooss, Gautier, zürcher ve E. Hafter) tarafından yeniden gözden geçirildi.

422 Maddeden mürekkep İsviçre ceza kanunu projesi hükûmet tarafından Birleşik meclise 23 Temmuz 1918 de sunuldu. Meclisde layihanın münakaşası 1930 a kadar devam etti. Nihayet 21 birinci Kânun 1937 de İsviçre ceza kanunu layihası meclisce kabul edildi. Bu kanun 1 ikinci Kânun 1942 de meriyet mevkiine girecektir.

## II. Kanunun sistemi

Kanunun muhteviyatı üç kitaba ayrılmaktadır. Birinci kitap umumî hükümler, ikinci kitap hususî hükümleri ihtiva etmektedir. Üçüncü kitab ceza kanununun tatbik ve meriyet mevkiine girmesine müteallik mühim meseleleri halletmektedir.

Umumî hükûmleri ihtiva eden birinci kitab iki kısma ayrılmıştır: 1 inci kısım: Ağır cürümler ve cürümler (cinayet ve cürüm «Des crimes et des délits» madde, 1-110.

2 İnci kısım: Kabahatler dir. (Madde. 101-109).

Hükümet projesinde suçların ikili (cürüm ve kabahat) taksimini kabul etmişti, fakat fédéral meclis bu ikili taksim yerine, Fransız sisteminde olduğu gibi, üçlü (tripartite) taksimi, Ağır cürümler — Cürümler - Kabahatler, kabul etti. (Crimes, Dèlits et Contra - ventions). Bununla beraber bu tadil sırf şekle müteallikdir. (2).

[1] P. Logoz, comentaire du C. P. S.

[2] Dr. B. Neidhat, code pénal Surre, art. 9

Federal meclis bu suretle Ağır cürüm ve Cürüm arasında bir mahiyet, nature, farkı tesis etmek iddiasında bulunmamıştır. Ağır hapis cezasını müstelzim suçları ağır cürüm ve en ağır ceza olarak hapis cezasını müstelzim suçları Cürüm sayarken halk duyğusunu, adâlet mefhumunu, göz önünde tutmuştur· Bundan ötürü bu tefrik munhasıran şeklî bir karaktere sahibtir. Bunun için dirki teşebbüs, iştirak, tekerrür vesaireye müteallik umumî hükümler hem Ağır cürümlere hemde cürümlere tatbik olunabilir. Bu çeşitli katagorilere ayrılan suçlar, 1791 tarihli Fransız ceza kanununun üçlü sisteminden mülhem hakikatte kanunun cezalandırdığı ve hukuka aykırı, kusurlu bütün fiillerdir. Bu cezalar arasında yalnız kemiyet farkı yani ağırlık bakımından fark vardır.

Ağır cürüm ve cürümlere müteallik umumî hühümler dört Bölüme ayrılmaktadır:

1. Ceza kanununun tatbiki (kanunsuz ceza olmaz, zaman ve mekân şartları, askerî ceza kanununa göre muhakeme edilmesi lâzım gelen şahıslar);

2. Cezalandırmanın şartları (mesuliyet, kusurluluk, icra dereceleri, iştirak, matbuat mesuliyeti, şahsî şikâyet .....)

3 Cezalar, emniyet tedbirleri ve diger tedbirler.

4. Küçük suçlular (14 yaşından 18 yaşına kadar, 18 den 20 yaşına kadar olanlar).

Birinci kitabın ikinci kısmının mevzuu kabahatlerdir.

Kabahatler hafif hapis yahut para cezasını veya münhasıran para cezasını müstelzim suçlardır.

İsviçre ceza kanununun sistemine göre ağır cürüm (crime) ve cürüm (délit) ile kabahatler arasında hukukî mahiyet (nature juridique) farkı bulunmayıp yalnız bu çeşitli suçların istilzam ettikleri cezaların ağırlığı bakımından fark vardır. Bu sebeble bazı haller müstesna olmak üzere, 102 inci madde ağır cürüm ve cürümlere ait umumî hükümlerin kabahatlerede tatbik olunabileceğini söylemektedir. C. P. S. art. 102 (İsviçre ceza kanunu mad 102).

Bundan ötürü ezcümle «kusursuz ceza olmaz» Prensipi kabahatlerede teşmil edilmiştir, madde. 18.

İkinci kitab :Ceza kanununun ikinci kitabı hususî hükümleri havi bulunmaktadır. (Livre II. Dispositions spéciales). Madde III — 332 bu kitaba tahsis edilmiştir. Bu ikinci kitab ağır cürüm cürüm ve kabahat gibi kanunun cezalandırdığı fiillerin „kanunsuz ceza olmaz prensipi mucibince" tahdidi bir kataloğudur.

[1] — Sise La division bipartite des infroction P. 19

521

Ferdin hukukî varlıkları (Des biens juridiques de l' individu) na, ammenin aleyhine, sıhhate, umumî sükûna yahut muhaberata karşı işlenen ağır cürümler yahut Devletin hukukî varlıkları aleyhine işlenen suçlar olmak üzere 19 bölüme ayrılmıştır. Bu suçlar sözü geçen hukukî varlıkları (kıymetleri) ihlal ederler veya onları tehlikeye koyarlar. Bugün meriyette olan diğer ceza kanunları gibi İsviçre ceza kanunu bu hallerin her birinde himaye edilecek varlığa göre suçları sınıflara ayırmaktadır. Kanunun bu kısmının sistemi tam manasile mütekâmil bir hukukî yapıya malik olup bir çok yeni suç grupları ihdas etmiş bulunmaktadır. İlmin ve tecrübenin ilerlemesi suçların tarifini veren hükümlerin konulmasında daha açık ve daha ilmî bir üslubun kullanılmasına imkân vermiştir. İmkân nisbetinde metnin basit ve açık, kolay anlaşılır, olmasına çalışılmış eski Casuistique den çekinilmiştir. Hâkime büyük bir selahiyet bırakılmış ve cezaları ferdileştirmesi imkânı verilmiştir.

III Üncü kitab ceza kanununun tatbik ve meriyet mevkiine girmesine mütaallık mühim meselelere hasredilmiştir. Madde 333 — 401. Bu sonuncu maddeye göre İsviçre C. K. 1, ikinci kânun 1942 de yürümeğe başlıyacaktır.

Kanaatımızca her bakımdan mükemmel bir sisteme sahip olan bu kanunun hususiyetlerinin tetkiki çok faydalı olacaktır.

Biz fırsat buldukca bu noktaları ayrı ayrı inceleyeceğiz ve tahliller yapacağız.

No: 49

# Kanunların teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olup olmadığının kontrolü bahsinde Amerikan sistemi

Dr. Ekrem Şahenk

*Birinci makalenin devamı*

3 — Mukavelelerden doğan hak ve mükellefiyetlerin ihlâl edilememesi prensibi.

Amerikan hâkiminin şahısları vazıı kanuna karşı himaye için kullandığı esaslardan üçüncüsü de bu prensiptir. Bu esas teşkilâtı esasiye kanununun 10 uncu seksiyonunun 1 inci maddesinde yazılıdır. Bu madde, devletleri mukavelelerin otoritelerini her hangi bir kanunla zayıflatmaktan menetmektedir. Bu üçüncü esasın tatbikinde ilk müşkilât imtiyaz mukaveleleri vesilesile doğmuştur. Amerikada mahkeme içtihatları arasında çok meşhur olan bir hadise 1819 da halledilmiştir. Bu hadise, Dortmouth kolleji vak'asıdır. Bu kollej Kral III. üncü George, dan bir imtiyaz (chate) almıştı. Bu imtiyaz mektebe bazı haklar veriyor ve buna mukabilde bazı mükellefiyetler tahmil ediyordu. Bu kollejin bulunduğu New – Hampshire devleti yaptığı bir kanunla İngiltere Kralı 3 üncü George tarafından bu müesseseye verilen imtiyazı muhtevi vesikayı tadil ediyordu. Mektep bu (charte) ın hakikî bir mukavele olduğunu beyan ederek mezkûr kanunun teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olduğunu mahkeme huzurunda iddia etti. Kollej, (charte), ın bir mukavele olduğunu ileri sürdükten sonra, bu mukavelenin teşkilâtı esasiye kanununun 10 uncu seksiyonunun birinci maddesi mucibince himaye edildiğini ve bu maddenin devletleri mukavelelerin tesirlerini zayıflatacak kanunları yapmaktan men ettiğini dermeyan etmişdir. Âli mahkeme kolleji iddiasında haklı bularak New — Hampshire devletinin Kral 3 üncü George,un verdiği mezkûr imtiyazın hükümlerini bir kanunla tadil edemiyeceğine karar vermiştir. Fakat az bir müddet sonra çok sarih olan böyle bir içtihadın bir çok mahzurları olabileceği anlaşıldı. Filhakika, amme hizmeti mevzuubahs olduğu zaman bir imtiyaz gayrı kabili tadil addedildiği takdirde bütün terakkilerin felce uğratılması tehlikesi doğar. Bu suretle imtiyaz sahibi kendisinin işletdiği teşebbüsün fevkinde olan her yeni teşebbüse karşı itiraz edebilecektir. Bilfarz havagazı imtiyaz sahibi elektrik tesisatının yapılmasına muha-

lefe tedebilecektir. Nihayet, imtiyaz noktasından 1819 da kabul edilen prensibin idamesinin içtimaî bir durgunluk ve hareketsizliğe müncer olacağı Amerikan içtihadı muhakimi tarafından takdir olunmuşdur.

Mukavele otoritesinin sıkı bir himayesinin aynı zamanda diğer sahalarda da vahim mahzurlar arzedeceği kabul olunuyordu. Bilfarz iş mukavelelerine vazıı kanunun müdahale etmemesi halinde mezkûr prensibin tevlit edeceği mahzurlar aşikârdır. Filhakika, böyle bir mukavelenin tarafları müsavi şartlar içinde değildirler. İş veren iktisadî kudreti sayesinde, iş arayana karşı kendi iradesini empoze etmekte ve iş arayan da zaruret karşısında iş verenin şartlarını kabul etmektedir.

Aynı müşkilât ticaret için dahi kendisini hissettirmektedir. Bilfarz aralarında anlaşmalar akdeden büyük kumpanyalar, karteller, trösler gibi. Bunların birleşmiş olan kuvvetleri müstehliklere karşı bir tehlike arzeder. Amerika hukuku, teşkilâtı esasiye kanununun vazıı kanunu mukavelelerin otoritesini zaiflatacak kanun yapmaktan meneden maddesinin yukarıda izah edilen şekilde tefsirinin tehlikeli olduğunu hissettiği andan itibaren bu hususiaki içtihat bir itidal arzetmeğe başlamıştır. Bu suretle birisi (entreprises concédées) imtiyazlı teşebbüslere diğeri de ferdi teşebbüslere ait olmak üzere iki türlü içtihat inkişaf etmiştir. Âli mahkeme bilhassa son kararlarında devlet angajemanları ile eşhası hususiyenin angajemanlarını birbirinden tefrik etmektedir.

İşte Amerikan hâkimleri yukarıda izah edilen vasıtalarla umumî hüriyetleri müdafaa etmek ve aynı zamanda ferdî hüriyetlerin himayesini içtimaî icaplara uydurmak çarelerini aramışlardır. Filhakika bu memleket hâkimleri ferdî hüriyetlerin himayesinde bu hüriyetlerin her gün artan içtimaî ihtiyaçlara uyması üzerinde durmuşlardır. Bunlar vazıı kanunun zabıta kuvveti prensibine müsteniden meşru olarak yapabileceği işlerle kendisi için memnu olan işler arasında yapılması ekseriya çok nazik olan, bir tefrik tesisine mecbur olmuşlardır. Ferdî hüriyetler sahasında zabıta kuvveti prensibinin tahdidine ait olan Amerika mahkemeleri içtihadının tetkiki bilhassa enteresandır. Amerikan hâkimleri zabıta kuvveti prensibini tanımağa mecbur kalmışlar fakat bu prensibin menbaını teşkil eden umumî menfaat ile ne anlaşılmak lâzımgeldiği hususunun tasrihine çalışmışlardır. 1869 senesinde; evrakı nakdiye meselesi münasebetile zabıta kuvveti prensibinin hudutlarını tayin etmek mecburiyetinde kalmışlardır. Şimallilerle cenuplular arasındaki dahilî muharebelerden mütevellit malî müşkilât dolayısile bazı devletler kâğıt para ihraç etmişlerdi.

Bu paraların kıymeti ehemmiyetli nisbette düşünce alacaklılardan bir kısmı evrakı nakdiyenin kabulünü red ederek madeni para istemeğe başlamışlardır. Bu vaziyete bir çare bulmak için yeni paraya bütün borçlar ve hatta emission kanununun kabulünden evvel akdedilmiş borçlar için dahi ibra kuvveti veren kanunlar yapılmıştır. Aleyhlerinde böyle bir kanuna müsteniden takibat yapılan bazı vatandaşlar kanunun teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olduğunu iddia etmişlerdir. Âli mahkeme bu hususta verdiği kararda, devletlerin para ihraç etmek hakları olduğunu, fakat bu selâhiyetin (The process of law) ile tahdit edilmiş bulunduğunu ve tarafların hüriyetinin devletlerin paraya ait olan kanunlarile ihlâl edildiğini beyan etmiştir. Bir müddet çok münakaşa edilen bu içtihat 1874 senesine kadar yani dahilî harbin doğurduğu iktisadî güçlükler ortadan kalkıncaya kadar kat'î şekilde tatbik edilmişdir.

Amerikada zabıta kuvveti prensibi mucibince yapılan kanunların meşru olabilmesi için başlıca dört şartı ihtiva etmesi lâzımdır:

1 — Kanunların umumî menfaata uygun olmaları lâzımdır;

2 — Kanunun mevzuu meşru olmalıdır;

3 — Kanun ferdlerin esaslı haklarını ihlâl etmemelidir;

4 — Zabıta kuvveti prensibi salâhiyeti tecavüz şeklinde istimal edilmemelidir.

Teşri i kuvvetin ferdlerin haklarına müdahale hudutlarını tayin etmek için Amerikan hâkimleri oldukca meraklı bir nazariyeyi ortaya atmışlardır. (balance of convenience) ismi verilen bu nazariyeye göre; halkın kanundan istihsal ettiği istifade ile ferdlerin haklarına yapılan müdahale derecesi arasında munsif bir münasebetin mevcudiyeti lâzımdır. Eğer halk tarafından istihsal edilen menfaat hafif ise, ancak hafif mükellefiyetler empoze edilebilir. Fakat halk mevzuattan büyük bir menfaat temin ettiği takdirde, mevzuatın da ferdlerin şahsî ve aynî hakları üzerinde ve mütekabil ölçüler dahilinde mükellefiyet tahmil etmesi tamamen meşrudur. Bu suretle Amerikan hâkimi bu nazariyeye müsteniden geniş bir salâhiyete malik bulunmaktadır. Hâkimin bu muvazene nazariyesine müsteniden kullandığı hakkı dakdir sulh ve harp zamanlarına göre değişmiştir. Harp esnasında, Amerikan hâkimi, lüzumlu inhiraflar müstesna olmak üzere, ferdlerin haklarına hürmet edilmesi hususundaki ananavi prensibi ve yazılı kanun tarafından alınan tedbirlerle bu tedbirlerin ihtiva ettiği menfaatler ve ferdi hukuka tahmil edilen mahrumiyet ve mükellefiyetler arasındaki muvazeneyi idame ettirmiştir. Fakat bununla beraber sulh zamanına nazaran daha ağır olan ve ferdleri izrar eden

teşrii tedbirler alınmıştır. Amerikan mahkemeleri bazı büyük sanayiin, şümendüferlerin devletçe idaresini ve telgraf hatlarının kontrolünü tesis eden kanunların meşruiyetini tanımışlardır. Kezalik imalâthaneler randemanının kontrolüne, gemilerin istimaline ve ihrak maddelerinin fiatlarının tesbitine taallûk eden kanunlarda bu meyanda sayılabilir.

***

Buraya kadar adî kanunların teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olup olmadığının kontrolü sisteminin Amerikadaki tatbikatının prensipleri izah edilmiştir. Bu prensipler ve bunlara müstenit tatbikat bir taraftan hâkimin haiz olduğu kuvvetin ehemmiyetini diğer taraftan da ferdî haklarla vazıı kanunun réglemantation salâhiyetinin hudutlarını tayin için hâkimin kullanabildiği vasıtaların takdirî oluşunu göstermektedir. Bu vaziyet tabiatile bir çok müşkilâta ve hoşnutsuzluğa sebebiyet vermektedir. Bu itibarla Amerikada kanunların teşkilâtı esasiye kanununa uygun olup olmadığının kontrolü sistemi ve bu kontrol salâhiyetinin hâkim tarafından istimali bir çok münakaşalar doğmasını intaç etmektedir. Bu münakaşalar ve efkârı umumiye ile müesseselerde mevcut aksülamellerden bahsetmezden evvel kontrol sisteminin nasıl işlediğini yani ferdlerin haklarını himaye bakımından kanunların teşkilâtı esasiye kanununa muhalip olup olmadığını tayin için takip edilen usulün ne olduğunu izah edeceğiz. Teşrii kuvvetin yaptığı adî kanunların teşkilâtı esasiye kanununa uygun olup olmadığının kontrolü yalnız Âli mahkemeye verilmiş bir salâhiyet değildir. Diğer hâkimlerde bu meseleleri tetkik hakkını haizdirler. Ancak, hâkimler bu hususta büyük bir ihtiyata riayet etmekte ve ekseriya karar vermek mesuliyetini Âli mahkemeye bırakmaktadırlar. Diğer taraftan, mühim meseleler mevzuubahs olduğu zaman davalarını gaybedenler malik bulundukları bütün müracaat yollarını istimal etmekte ve hadiseyi Âli mahkemenin huzuruna intikal ettirmek için kazaî müratebenin en yüksek kısmına kadar çıkmaktadır.

Davacılar teşkilâtı esasiye kanununun verdiği garantiden istifade etmek suretile müracaat için iki usule maliktir: Birinci şekil, davanın defi dolayısile kontrol sisteminin tatbikıdır. Bu usulde taraflardan biri diğeri aleyhine bazı kanunlara istinat ederek hâkimden kanunun tatbikını talebeyler. Diğer taraf kendi aleyhine istinat olunan kanunun teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olduğunu def'an dermeyan ederek bu sebeble mezkûr kanunun tatbik edilmemesini is-

ter. Ancak bu hususstaki davaların muvazaalı davalar olmaması lâzımdır. Hâkim açılan davanın ciddi bir dava olmayıp tarafların yalnız her hangi bir kanunun teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olduğu iddiasını ortaya atmak için yaptıkları bir muvazaadan ibaret olduğuna kanaat getirdiği takdirde bu hususstaki talebi reddetmesi icabeder.

Bununla beraber bir davanın muvazaalı olarak önüne gelmiş olup olmadığını takdir etmek hakim için oldukça müşkil bir iştir. Bu itibarla bu kaide daha fazla nazarî kalmaya mahkûm bir kaidedir.

İkinci usül, injontion usulüdür. Bu usül teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olan adî bir kanuna karşı direkt hareti temin etmekte ve salâhiyetli hâkimin kanunun tatbik edilmemesi için emir vermesine müncer olmaktadır. Binaenaleyh injonction usulü ile teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olan kanunlardan zarar gören ferdler tamamen bir müdafaa vaziyetinde kalmaktan çıkmaktadırlar. Bu usül nisbeten yeni bir tarihten itibaren hâkim tarafından müsait karşılanmıştır. Buna da hâkimin vazıı kanuna ve alâkalı şahsa karşı kendi kudretini göstermek fırsatını memnuniyetle bulmasının amil olduğu muhtemeldir.

Birinci usül mevcut iken ikinci usulün kullanılması sebebine gelince; filhakika birinci usül umumiyetle ferdi hüriyetlerin himayesi hususunda kâfi bir teminat teşkil eşmektedir. Fakat diger hallerde kifayetsizliğini de kabul etmek lâzımdır. Evvela, acele hallerde gayrı kâfidir. Filhakika, hukuk usulüne ait müddetler vahim neticeler doğurabilir. Diger taraftan teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olmakla beraber tatbik edilmeyip bir tarafta uyuyan kanunlar için de bu kifayetsizlik barizdir. Zira böyle kanunların birden bire tatbikine geçilmesi ferdler için bir zarar tevlit edebilir.

1798 tarihli 11 inci tadil ile ikinci usulün menedildiği neticesine varılmış isede 1891 senesinde âli mahkemenin mezkûr tadili daha azgeniş bir şekilde tefsir etmesi üzerine bu usul belki bir asırdan beri gaybetdiği ehemmiyetini tekrar iktisap etmiştir. Bu suretle bütün 19 uncu asır zarfında ve hiç olmazsa 1891 tarihine kadar istisnaî bir usul olarak kalan injonction usulü bu gün normal ve hatta suiistimal bile edilen bir usul olmuştur.

Adî bir kanunun teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olduğu hakkında verilen kararların neticelerine gelince;

Binnazariye hâkim teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olduğunu beyan ettiği kanunu ortadan kaldırmaz. yalnız muayyen bir hadisede

tatbikini bertaraf eder. Böyle bir neticenin sebeblerini Amerikada en geniş sahada tatbik edilen tefriki kuva prensibinde aramak lâzımdır. Bir hâkimin muayyen bir hadisede teşkilâtı esasiye kanununa muhalif addederek tatbik etmediği bir kanunu diger bir hâkim tatbik edebilir. Fakat tatbiktta,âli mahkeme tarafından teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olduğu beyan edilen bir kanun artık filen hayatını gaybetmiş demektir.

Amerikan kontrol sisteminin neticeleri;

Kanunların teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olup olmadığının kontrolü sisteminin amerikada aldığı inkişaf bilhassa 1910 senesinden beri büyük bir münakaşa mevzuu olmuştur. Bu tarihten itibaren bu mevzu üzerinde bir çok eserler ve makaleler neşredilmeğe başlanmıştır. Eserlerin isimleri çok manidardir. Bunlardan bazılarının taşıdıkları isimler şunlardır: hâkimlerin hükûmeti, «le gouvernement des juges», kazai oligarşimiz, çubbe aristokrasisi, hâkimlerle hükûmet. Bundan başka en yakın ve en geniş tenkit kontrol müessesesi mensubları tarafından yapılmıştır. Bunlar Holmes ve Brendeis isminde iki hâkimdir. Bu iki hâkim 1900 — 1933 seneleri arasında, teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olduğu beyanile âli mahkeme tarafından verilen kararlara ekseriya muhalefet etmişlerdir. Bu suretle bir çok âli mahkeme kararlarına muhalif kalmak suretile her defasında vazıı kanunu hakime karşı müdafaa eylemişlerdir. Her iki hâkim de hüriyetlerin tahdidinde umumî menfaatın icabettirdiği kadar ileri gitmek selâhiyetinin vazıı kanuna ait olduğunu kabul etmektedir. Bununla beraber bu iki hâkim, ekseriyet hâkimleri gibi her hangi bir şahıs aleyhinde tatbiki istenilen bir kanunun bu şahıs tarafından teşkilâtı esasiyeye muhalefeti iddia edildiği takdirde böyle bir iddianın tetkik ve rüiyetini kabul etmekde ve tanımakdadırlar. Ancak bunlar kontrol sisteminin müdafaasında digerlerinden daha az ileri gitmekte ve mümkün olduğu kadar kanun vazıının kararlarına riayet ederek halkın iradesinin ve efkârı umumiyenin nazarı itibara alınması hususunda israr etmektedirler.

Bilhassa hâkim Holmes mahkemelerin salâhiyetinin, hakkı ihdas değil izhar etmek olduğunu muhtelif vesilelerle beyan etmiştir. Yukarıda izah edildiği üzere (due process of law) ekseriyet hâkimleri tarafından adî kanunların teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olduklarını beyan etmek için kullanılan başlıca silâh olduğu halde, muhalefet hâkimleri bu mefhumu tahlil etmekte ve tahdide çalışmadadırlar. Bu prensibin menşeinde devletin cezalandırma salâhiyetinin hududutlarını tayin eden bir tahditten ibaret olduğunu hatırlattıktan son-

ra bunun istimalindeki süiistimalleri protesto etmektedirler. Diğer taraftan mezkûr prensibin individualiste bir sistem dahilinde hürriyet ve mülkiyetin himayesinde kullanılmaması lâzımgeldiğini beyan etmektedirler. Yine bu muhalif hâkimler içtimaî münasebetlerde hukukun kat'î olarak muayyen bir şekilde tesbitine imkân olmadığını ve bu itibarla hâkimlerde teşriî faaliyetin yeni inkişaflarını menetmek hakkının bulunmadığını tebarüz ettirmektedirler. Bundan başka «kanun yolu» prensibinin hiç bir sarih tarifi olmadığını beyan ederek yine bu prensibi tenkit etmektedirler. Adî kanunları teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olup olmadıklarının kontrolü sistemi üzerinde muhaliflerin ileri sürdükleri mahzurlar başlıca şunlardır:

I — Amerikan sisteminin tatbikinde âli mahkemenin rolü tahdididir. Yani mezkûr mahkemenin müdahalesi bir davanın mevcudiyetine bağlıdır. Davaların çok masraflı olması vatandaşların hepsinin bu yola müracaat edememelerini ihtaç etmektedir. Binaenaleyh bazıları mahkemeden karar istihsal edebilmekte ve bunu yapacak kudrette olmıyanlarda hiç bir şey yapamamaktadır. Diğer taraftan âli mahkeme adî kanunun teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olduğunu beyan etmekle iktifa eder. Elinde başkaca bir hareket vasıtası yoktur. Bu itibarla denilebilir ki âli mahkeme kontrol sisteminin tatbikinde bir nevi veto hakkına malik bulunmaktadır. Fakat, bu hak yukarıda işaret edildiği üzere her türlü icra vasıtalarından mahrumdur.

II — Bu kontrol sistemi hukukta bir kararsızlık doğurmaktadır. Kanunlar daima gayrı müstekar bir vaziyettedir. Çünki bunların her zaman hâkim tarafından alt üst edilmeleri ihtimali mevcuttur.

III — Mezkûr sistem teşrii mesainin normal seyrini bozmaktadır. Zira vazıı kanun, yapacağı kanunda bütün dikkatini kazai kuvvetin muhtemel bir müdahalesi üzerinde temerküz ettirmektedir. Bu nokta yapılacak herhangi bir islâhatın lüzumundan, faidelerinden ve kendisinden beklenilen verimli neticelerden evvel tetkik edilmektedir.

IV — Sistem halk arasında kanuna karşı hürmetsizlik hissini doğurmaktadır. Çünki adî kanunun herhangi bir sahada bir mania arzedebileceği ve fakat bu manianın ortadan kaldırılması için kullanılabilecek vasıtaların başında kazai yolun geldigi fikri yayılmaktadır.

V — Nihayet Amerikadaki kontrol sisteminin beşinci bir mahzuru olarak da, mezkûr sistemin anti — démocratique bir eleman teşkil etmesidir. Çünki teşrii kuvvetin temsil ettiği halk hakimiyeti hâkim tarafından tahdit edilmiş oluyor.

Konturol sisteminin yukarıda sayılan mahzurlarının ortadan kaldırılması için Amerikada muhtelif çareler aranmıştır.

Birinci vasıta, 1908 tarihinden itibaren muayyen devletlerde hâkimler için azil usulünün tesis edilmesidir. Hâkimlerin kanunlar üzerindeki fuzulî müdahalelerini önlemek için bazı Amerika devletleri bunları vazifelerinden azil suretile uzaklaştırmakla tehdit etmişlerdir. Azil müessesesini bilhassa şark ve merkez devletleri kabul etmişlerdir. Bunlardan Oregon devleti 1908 de, Kaliforniya 1911 de, Kolorado, Arizona, Nevada 1912 de ve Kansas 1914 de azil usulünü tesis etmişlerdir. Amerikada hâkimlerin azli müessesenin vaziyetini tamamen anlatmak için, bunların tayin usulleri hakkında kısaca izahat verme kicabetmektedir. Amerikada Hâkimler üç muhtelif şekilde tayin ve intihap edilmektedirler:

a — Hâkimler bazı devletler dahilinde icraî kuvvet reisleri (Gouverneur) tarafından tayin edilirler.

B — Hâkimlerin tayini bazı devletlerde teşrii kuvvet tarafından yapılır.

C — Nihayet üçüncü tayin şekli de halk tarafından yapılan intihaptır.

Bütün federal hâkimler (senat)'nın muvafakatile Amerika birleşik devletleri reisi tarafından tayin edilebilir.

Hâkimler birleşik Amerika devletini teşkil eden 48 devletten dördünde teşrii meclisler, sekizinde hükûmet reisleri 38 inde de halk tarafından tayin ve intihap olunmaktadır.

Bu üç sistemden her birinin faide ve mahzurlarına gelince; İstatisliklerin gösterdiğine nazaran, teşrii meclisler tarafından yapılan tayin sistemi en fazla kusurlu bir usul addedilmektedir. Filhakika, teşrii meclisler tarafından tayin usulü tabik edilen memleketlerde bu meclisler hâkimleri umumiyetle kendi azaları arasından seçmektedirler. Bu suretle meclisteki ekseriyet partisinin büyük bir rolü olmakta ve aynı zamanda namzetlerde aranması lâzımgelen ehliyet şartlarile meşgul olunmayarak tayin siyasî amillerin tesiri altında vukubulmaktadır. Teşrii meclislerin hakimleri intihap etmesinin diger mahzuru da, bu usulün tefriki kuva prensibine muhalif olmasındadır.

Hükûmet reislerinin hâkimleri seçmesi halk tarafından yapılan intihaptan daha ziyade tercihe şayan bulunmaktadır. Çünki bunlar vazifelerini ifaya muktedir hâkimleri seçmek hususunda halka nazaran tabiatiyle daha selâhiyattardırlar. Ancak ekseriya hükûmet reislerinin yaptıkları tayinlerde de siyasi dostluklar amil bulunmakta ve zaten iktidar mevkiine gelen parti bütün mevkilerden rakiplerini uzaklaştırarak yerine kendi mensublarını yerleştirmektedir.

Birleşik Amerikada ekseri devletler de tatbik edilen halk tarafından intihap şekli milletin bütün kuvvetleri temsil etmesi ve bütün kuvvetlerin menbaını teşkil eylemesi hususundaki esastan doğmaktadır. Binanaleyh hakimiyeti temsil eden millet teşrii ve icrai kuvveti istimal edenleri intihap hakkına malik olduğu kadar hâkimleri de intihap hakkına malik bulunmaktadır.

Bununla beraber halk tarafından intihap usulü de mahzurlardan arî değilir. Zira müntehiblerine hesap vermek mecburiyeti tabiatile hâkimlerin istiklâlini azaltmaktadır. Diger taraftan hâkimlerin kararları tamamen teknik olan hukuk meselelerine taalluk etmesi hasebile intihabı yapan halk kültesi namzetlerin selâhiyet sahibi olup olmadıklarını kolaylıkla takdir edemezler. Nihayet hâkimler her hangi bir davada halkın itirazlarını mucip olabilecek bir karar vermekten ihtiraz ederek meseleyi onun temennilerine uygun olarak halletmeğe çalışacaklardır. Bütün bu nazarî mahzurlarına rağmen hâkimlerin halk tarafından intihabı usulü fena neticeler tevlit etmiş değildir. Sebebini de kuvvetli olarak kökleşmiş olup siyasi saha ile adlî sahanın tefrikini idame ettiren ananelerin mevcudiyetinde lâzımdır. Bundan başka ekseri devletler dahilinde baro ve azaları muhtelif siyasi partileri teknik garantileri temin eden namzetleri seçmeğe sevketmek için büyük rol oynamaktadırlar.

*Sonu gelecek makalede.*

No: 50

# Poliçede muhatabın kabulü:

Yazan:

Targan Hacim Çarıklı
Paris Hukuk Fakültesi mezunu

Bir poliçenin kabulü muhatap tarafından kendisine ibraz edilen poliçeyi imzalamakla olur. Poliçede kabulün ehemmiyeti çok büyüktür. Kabul muhatabın borçlu olduğunu ifade ettiği gibi, karşılığı mevcut olmıyan poliçeler müstesna, karşılığın mevcudiyetini istilzam ettirir.

Kabul muhatap tarafından hamil ve birbirlerini takip eden hamillere karşı alınmış doğrudan doğruya bir tediye teahhüdünden başka bir şey değildir.

Poliçenin kabulünü tedkik ederken üzerinde durmamız icabeden üç nokta vardır:

1 — Kabulün tâbi bulunduğu şartlar.
2 — Kabulün hukukî hükümleri.
3 — Kabulün reddi.

## I

## Kabulün tâbi bulunduğu şartlar

Biliyoruz ki her hangi bir poliçe hamili elinde bulundurduğu senedi kabul için muhataba arz etmek hakkına maliktir. Ve poliçenin kabule ibrazı hamil için bir hak olup bir mecburiyet değildir.

Çünkü hamil poliçeyi kabule ibraz etmek mecburiyetinde değildir. Tediye günü tediyeyi yapmak için lâzım olan karşılık bulunduğu takdirde poliçe kabul edilmiş veya edilmemiş olsun tediye yapılacaktır.

Fakat bu umumî kaidenin bir çok istisnai halleri mevcuttur.

1 — Bazı ahvalde hamil poliçeyi kabul için muhataba arzetmek mecburiyetindedir. Bu mecburiyet keşidecinin poliçe üzerine muayyen bir tarihe kadar kabule arz edilmesi kaydını koymasile hasıl

olmaktadır. Bu kayıttan keşidecinin kastı muhatabın tediye yapmak veya yapmamak istemesini bilmek veyahut şüphe ettiği borcun mevcudiyetinden emin olmak olduğu gibi muhatap tediyeyi yapmadığı takdirde keşideci bizatihi tediye yapmak mecburiyetinde kalacağından zamanında vaziyetten haberdar olup lâzım olan tedbirleri almakta olabilir.

Bu sebepleri nazarı itibara alan Ticaret kanunu 547 inci maddesinde, «keşideci bir müddet tayin ederek veya etmiyerek poliçenin kabule arz edilmesini şart suretinde poliçeye derç edebilir» demektedir.

2 — Kabule ibrazın men'i:

Ticaret kanunu 547 inci maddesinin ikinci fıkrasında «keşideci bir poliçe ikametgâhlı poliçe kısmından olmadığı veya görüldükten bir müddet sonra tediyesi meşrut bulunmadığı halde berayı kabul ibrazı men edebilir» demektedir. Bu kabule poliçenin men'i şartı çok şüpheyi davet etmekte ise de bir çok faideleri de vardır. Meselâ poliçenin ihdası anında muhatap nezdinde karşılık mevcut değildir. Fakat tediye günü mevcut olacaktır. Veyahut da keşideci tediye günü lâzım olan parayı göndereceğinden emin olduğu gibi vade hitamında muhatabın alacaklısı bulunacağını da evvelden bilebilir. Eğer böyle bir karşılığa mukabil ihdas edilen poliçe hemen kabule arz edilmiş olsa ihtimal red edilebilir. Halbuki meselâ bir ay sonra keşidecinin tahmin ettiği karşılık vücut bulunca pek tabii poliçe kabul edilecektir.

Bundan maada gayet az bir meblâğı ihtiva eden bir poliçe için keşideci muhatabın iki defa rahatsız olmasını bertaraf etmek düşüncesile böyle bir şartı poliçe üzerine vaz etmek ihtiyacını duyabilir.

Bununla beraber ticaret kanunu hamile muhatabın tediyeyi yapıp yapmıyacağını kontrol edebilmek imkânını kaldırdığından kabule ibrazı men eden şartın istimalini 547 inci maddede tahdit etmiştir. 547 inci madde üzerine kabule ibrazı men eden şartın konulabileceği poliçenin ikametgâhlı poliçe kısmından olmamasını istemektedir. Binaenaleyh poliçe üzerinde yazılan adresin muhatabın bizzat ikametgâhı olması ve poliçenin tediyesinin üçüncü bir şahıs nezdinde yapılmaması lâzımdır.

Bundan maada yine ayni madde mucibince üzerinde meni kabul şartının bulunacağı poliçenin, «görüldükten bir müddet sonra tediyesi meşrut poliçelerden olmamasını istemektedir. Bu gayet tabiidir. Çünkü tediyenin yapılabilmesi için poliçenin kabule arz edilmesi lâzımdır. Halbuki böyle bir poliçeye arz edilememek şartı konulmakla poliçenin tediye imkânı tamamile ortadan kaldırılmıştır.

3 — Üçüncü şart poliçenin kabule ibrazını muayyen bir zamana tehir eden şarttır. Meselâ poliçe üzerine; bir aydan evvel kabule arz edilemez, ibaresi yazılmakla hamile bu muayyen vadenin hitamından evvel poliçeyi kabule arz imkânı ortadan kaldırılmıştır. Bu şart hiç bir şüpheyi mucip olmadığından hakkında diğer şartların aksine hiç bir kanunî tahdit yoktur.

*Kabulün şekli:* Ticaret kanunu 546 ıncı maddesinde «poliçe hululü vadeye kadar hamili veya alelâde bir zilyet tarafından muhatabın ikametgâhında onun kabulüne arz olunabilir.» demektedir. Binaenaleyh kabulün muhakkakki tediye gününden evvel vukua gelmesi lâzımdır. Görüldüğü anda tediyesi yapılacak veyahut görüldüğünden itibaren muayyen bir zaman zarfında tediye edilecek poliçeler altı ay zarfında kabule arz edilmelidirler. Fakat bu altı aylık kanunî vade poliçeye bir kayıt ilâvesile keşideci tarafından uzatılabilir. Keşideci bu vadeyi kısaltmak hakkına da maliktir.

Poliçeyi elinde tutan her hangi bir hamil poliçeyi kabule arz edebildiği gibi Ticaret kanununun 546 ıncı maddesi mucibince alelade bir zilyet dahi bu işi yapabilir.

Kabulde bahis mevzuu olan mes'ele poliçenin üzerine muhatabın imzasını koymasıdır. Poliçeyi muhataba imzalattırmak için hiç bir hususî ehliyet şartı yoktur. Binaenaleyh lâalettayin bir şahıs poliçeyi muhataba kabul için arz edebilir.

Poliçenin kabule arzı muhatabın ikametgâhında yapılacaktır. Binaenaleyh tediye için poliçede gösterilen tediye mahallinin nazarı itibare alınmıyarak kabul için poliçenin muhatabın ikametgâhına ibrazı lazımdır. Kabulde yalnız bir imza mes'elesi bahis mevzuu olduğundan tediye mahallinin para tedariki ve tediye kolaylıkları bakımından gösterdiği iktisadi ehemmiyet mevcut değildir.

Ticaret kanununun 549 uncu maddesinin ikinci fıkrası mucibince «muhatap poliçenin birinci ibrazının ertesi günü ikinci defa olarak ibrazını talep edebilir». Burada kanunun elde etmek istediği netice muhataba borçlu mevkiinde olup olmadığını tetkik için kâfi bir zaman vermektir.

Ticaret kanununun 550 inci maddesi mucibince «kabul edilmiştir» veya buna muadil diğer bir cümle ile ifade ve muhatab tarafından imza edilmekle olur.

Ve ayni maddenin ikinci fıkrası mucibince poliçenin yüz tarafına atılan muhatabın imzası kabul hükmündedir. Binaenaleyh görülüyorki kabulün iki şekli mevcuttur.

1 — Poliçenin lâalettayin bir yerine kabul edilmiştir veya mua-

dili bir cümle yazarak imzalamak suretile, elverirki muhatabın imzası diğer imza sahiplerinden tefrik edilsin.

2 — Poliçenin yüz tarafını imzalamakla:

Görülüyorki poliçe tamamile bir şekil hukukudur. İmza mahalli bile hukukî münasebeti tebarüz ettirmek bakımından mühim bir rol oynamaktadır.

*Kabulün tarihi*: Umumiyet itibarile kabul tarihinin poliçe üzerine konulması lâzım değildir. Yalnız bazı hususî hallerde istisnai olarak kabul tarihinin poliçe üzerinde bulunması icabeder.

Tarih bilhassa görüldüğünden itibaren muayyen bir vade hitamında tediye edilecek poliçeler için lâzımdır. Çünkü bu nev'i poliçelerde tediye günü ancak kabul tarihi nazarı itibare alınarak hesap edilerek tesbit edilebilecektir.

551 inci madde mucibince kabulün bilâkaydüşart olması lâzımdır. Binaenaleyh kabülü bir şarta tabi tutmak mümkün değildir. Ve şartlı bir kabul poliçenin reddi yerine kaim olmaktadır. Fakat ayni maddenin ikinci fıkrası mucibince kabul poliçenin havi olduğu meblâğın bir kısmına şamil olmak üzere tahdit edilebilir. Bu vaziyette muhatap poliçe üzerine meblâğın şukadarı için kabul edilmiştir. İbaresini yazarak poliçeyi imzalar ve poliçe kısmen kabul edilmiş demektir.

poliçenin kabulünü poliçeden ayrı bir akitle yapmak mümkün olup olmadığı suali de varittir. Muhatap bir mektupla hamile «bana ibraz ettiğiniz poliçeyi kabül ediyorum» diye yazsa acaba bu bir kabulmüdür?

Muhakkakki bu şekilde yapılacak bir kabulün bir çok mahzurları vardır. Meselâ hamiller kabulden haberdar olmıyabilirler.

Fakat bu mahzurlara rağmen ayrı bir akit ile yapılan kabulün faidesi de mevcuttur.

Meselâ bir Banka müşterilerinden birisine üzerine keşide edilecek bütün poliçeleri kabul ettiğine dair bir mektup verebilir. Bizim Ticaret kanunumuzun poliçe telakkisine göre, poliçe kendisine sebebiyet veren hukukî münasebetten tamamile ayrılmış ve müstekil bir varlığa sahip olduğundan poliçeyi alâkadar eden bütün kayıtların poliçe üzerinde bulunması lâzımsa da Ticaret kanununun 554 üncü maddesi ayrı bir akitle kabulün yapılabileceğini kabul etmektedir. «Mamafih muhatap bu kabulü hamile yahut poliçelere vaziülimza olanlardan birine tahriren ihbar ettikten sonra kabulü dairesinde mes'uldür».

Yalnız burada bahis mevzuu olan bir mes'ele vardır. Acaba

muhatap ayrı bir akit ile yaptığı kabulden kimlere karşı mes'uldür? acaba bu kabul poliçenin bütün hamilleri içinmidir yoksa muhatabın menfaatına imza verdiği şahıs için midir? ve kanun «kabulü dairesinde mes'uldür» kaydından neyi kast etmektedir. Zannımıza göre bu şekli kabul muhatap tarafından bütün poliçe hamillerine karşı alınmış bir taahhüt değil sadece muayyen bir şahsa karşı yapılmış bir tediye vadidir.

## II

## Kabulün hukukî hükümleri

Ticaret kanununun 553 üncü maddesi mucibince «poliçeyi kabul eden kimse hululü vadede onun tediyesini taahhüt etmiş olur»

Bu tediye taahhüdü nihai gayri kabil rücu ve şartsızdır. Kabulün üç mühim hukukî hükmü vardır.

1 — Kabul karşılığın mevcudiyetini farz ettirir.

2 — Poliçe ahkâmı mucibince kabul ile muhatap borçlu vaziyetine gelmiştir.

3 — Kabul muhatap ve hamiller arasında doğrudan doğruya yeni bir hukuki münasebet meydana getirirki binnetice muhatap keşideciye karşı ileri sürebileceği defi haklarını hamillere karşı istimal edemez.

1 — Kabul karşılığın mevcudiyetini farz ettirir. Muhatap poliçeyi sebepsiz imza etmez. Eğer muhatap kabul ile hamile karşı bir tediye taahhüdü veriyorsa muhakkakki keşideciye karşı borçludur. Ve bu borç poliçenin karşılığıdır.

Burada karşılığın mevcudiyetini farz ettiren karine muhatabın üçüncü şahıslar veyahut keşideci ile olan hukuki münasebetlerine göre ayni ehemmiyeti haiz değildir.

Muhatabın üçüncü şahıslar yani hamillerle olan münasebetlerinde bu karine bir karinei mutlakadır. Ve muhatap poliçeyi imza ederek kabul ettikden sonra hamillere karşı karşılığın mevcut olmadığını ısbat edemez. Mademki Poliçeyi imzalamıştır binaenaleyh tediyeyi yapmak mecburiyetindedir.

Halbuki muhatabın keşideci ile olan münasebetlerinde vaziyet tamamile başka bir mahiyet arz etmektedir. Filhakika kabul burada da karşılığın mevcudiyetinin bir karinesi ise de buradaki karine bir mutlak karine değil sadece bir Juris Tantum dır. Yeni muhatap keşideciye karşı ortada hukukî bir münasebet olmadan veya batıl bir sebebe istinaden poliçeyi kabul ettiğini binaenaleyh karşılığın mevcut olmadığını ısbata mezundur.

2 — Poliçe ahkâmı mucibince muhatap borçlu vaziyetindedir.

Muhatap bir satış bir komisyon bir kredi açılma gibi hukukî bir münasebet neticesinde keşideciye karşı borçlu vaziyetinde bulunabilir. Ve bu hukukî münasebet kendisine has kaideler mucibince doğmuş ve yaşamaktadır. Fakat muhatap poliçeyi imzaladığı anda eski borcun hukukî bünyesi tamamile tadil edilmiş ve bir yeni kambiyo borcu doğmuştur.

Binnetice poliçe şekil itibarile bir ticari senet olduğundan karşılığı teşkil eden borç borçlar hukukunun meşğul olduğu borçlardan birisi dahi olsa, muhatap ancak Ticaret mahkemeleri önünde takip edilebilir.

Bundan başka poliçe ahkâmı taahhüdün ifası bakımından çok kat'i hühümlere maliktir. Meselâ: vade hitamında muhakkak tediyenin yapılması lâzımdır. Tediye yapılmadığı takdirde hemen harekete geçerek rücu haklarını kullanmak mümkündür. Muhatap hiç bir şekilde munzam vade talep edemez. Ticaret kanunu 553 üncü maddesinde «tediyesini taahhüt etmiş olur» demekle bunları kast etmektedir.

3 — Kabul muhatap ile hamil arasında doğrudan doğruya yeni bir hukukî münasebet yaratmaktadır.

Hamil poliçede keşideciyi temsil etmekte değildir. Kabul muhatap için vadenin hululünde bir tediye taahhüdü doğurmakla muhatap ile hamil arasında yeni bir borç meydana getirmiştir. Bu meydana gelen yeni münasebetin hukukî neticeleri çok mühimdir. Muhatap keşideciye borcun batıl olduğunu, veyahut ta sukut ettiğini ileri sürerek tediyeyi yapmıyabilir. Fakat poliçeyi imzalamakla muhatap hamile karşı doğrudan doğruya bir taahhüde girmiş bulunduğundan hamile karşı keşideciye karşı ibraz edebileceği defi haklarını kullanmağa mezun değildir.

Şu halde bu prensip sayesinde eski borç yenilenmiş bulunmaktadır.

## III

## Kabulün reddi

Kabul hakkında son olarak mütalâa etmemiz icap eden mes'ele kabulün reddi veyahut gayri kabil olması meselesidir. Kendisine bir poliçe arz edilen muhatap poliçeyi red edebilir veyahut ta kabul edemeycek bir vaziyettedir. ( meselâ iflas vaziyeti)

Bu vaziyette hamil esasen poliçeyi kabule ibraz etmek mecburi-

537

yetinde olmadığından vadenin hitamına kadar hiç bir şey yapmadan bekleyebilir. Fakat hamil için poliçe kabul edilmediği takdirde hiç bir faaliyet göstermeden beklemek doğru bir hareket değildir. Poliçenin kabulü red edildiği takdirde hamilin ademi kabul protestosu yapması faidelidir. Ve bu Protestoya ademi kabul protestosu adı verilmektedir. Ve 570 inci madde mucibince «kabulden veya tediyeden istinkâf hususları ademi kabul veya ademi tediye protestosu denilen bir varakai resmiye ile isbat olunmak lâzımdır».

Şu halde protestonun resmi bir varaka üzerine yapılması lâzımdır. Ve protestonun tediye gününden evvel yani vade hitama ermeden yapılması icabeder. Eger hakkında protesto yapılan poliçe görülür görülmez tediye edilecek poliçeler cinsinden ise protestonun bir sene zarfında yapılması lâzımdır. Ve 570 inci madde mucibince «ademi kabul protestosunun keşidesi poliçenin berayi tediye ibrazından ve ademi tediye protestosu keşidesinden muafiyeti müstelzimdir».

Binaenaleyh ademi kabul protestosu, ademi tediye protestosunun verdiği rücu haklarını aynen vermektedir. Fakat hemen rücu hakkını istimal ile vadesi olan bir borç talep edilmiş olacağından aradaki faiz miktarının poliçe meblağından iskontosu icapeder.

Tavassut: Ademi kabul protestosunu bertaraf etmek için ticaret kanunu hususi bir kabul şeklinden bahs etmektedir. Mütevassıt poliçeye tamamile yabancı olan üçüncü bir şahıstır ve tavassut ameliyesile poliçeyi kabul etmiyen muhatabın yerine kaim olmağı talep etmektedir.

Başka birisinin yerine borçlu olmağı talep etmek tabii çok az tesadüf edilen bir hal ise de aşağıdaki iki halde kendisine tesadüf edilmektedir.

1 — Mutavassıt keşideci ile münasebeti olan bir adamdır. Ve keşideciye yardım ederek ademi kabul protestosunun tanzim edilmemesini talep etmektedir.

2 — Bazan da muhatap poliçeyi kayıtsız ve şartsız kabul edecek yerde bittavassut kabul eder. Ve bu şekil kabul şartsız kabul gibi karşılığın mevcudiyetini farz ettirmez.

Bittavassut kabul poliçe üzerine işaret edilmiş, ve mutavassıt gitmek için tavassutta bulunduğunu yazarak poliçeyi imzalamıştır. Eğer mutavassıt tavassutu kimin için yapdığını sarahaten işaret etmemişse tavassutun keşideci için olduğu farz edilir.

Filhakika ekseriyetle ademi kabul protestosu keşideciyi alâkadar etmektedir. Ve 581 inci maddenin dördüncü fıkrası mucibince tavassut eden kimse her kim için tavassut etmiş ise derhal tavas-

sutu ona ihbar eylemeğe mecburdur. Burada kanunun hedefi kendisi için tavassutta bulunulan adamın olmasıdır. Fakat bu haber verme keyfiyetine riayet edilmemesi tavassutun batıl olmasını mucip olmaz. İhbar yapılmadığı takdirde, ihmalden doğan zarar ve ziyanın borçlar hukuku bakımından tatmini icapeder.

Bittavassut kabulü hamil her zaman red etmek hakkına maliktir. Hamil için hiç bir zaman kendisine gösterilen mutavassıtı kabul etmek mecburiyeti yoktur. Mutavassıt lâalettayin hiç bir itibarı olmıyan bir adam olabilir. Ve böyle insanlar için başka birisi lehine tavassutta bulunmaktan kolay hiç bir şey yoktur.

Binaenalyh hamile tavassutu kabul etmek veya etmemek hakkını tanımak icabeder. Ve kanun 582 inci maddede hamile bu hakkı tanımaktadır. Ve ayni maddenin üçüncü fıkrasında hamil bittavassut kabul teklifini kabul edecek olursa poliçe bedelini zamin olanlar aleyhine vadeden evvel haiz olduğu müracaat hakkını kaybeder demektedir.

Bu müracaat hakkı her kese karşı kaybedilmiş değildir. Kaybedilen edilen mürcaat hakkı bittavassut kabulün lehine yapıldığı şahıs ve bu şahsın imzasını takip eden imza sahipleri içindir. Messlâ: Eğer bittavassut kabul keşideci için yapılmışsa, pek tabii olarak müracaat hakkı büsbütün kaybedilmiştir. Fakat bittavassut kabul cirantalardan birisi için yapılmışsa tabii keşideciye veyahut lehine bittavassut kabul yapılandan evvelki şahıslara müracaat etmek hakkı bakidir.

Bittavassut kabul eden şahıs aynen muhatap gibi mes'uldür.

---

# Para ve İtibar Mekanizmasının doğurduğu Hukukî Mes'eleler[1]

Konferansı veren :

Hazım Atıf Kuyucak
Zonguldak Meb'usu, Profesör

Dünya onyedi aydır yeni ve büyük bir harp içinde bulunuyor. Bu harbin muhtelif memleketlerin para ve itibar mekanizmaları üzerinde bırakmakta olduğu ve daha ilerde bırakacağı tesirleri düşünürken hatırlamak lâzımgelir ki yeni harp 1914 – 18 harbinin bulandırdığı para ve itibar işleri henüz durulmadan çıkmıştır.

Geçen harptenberi devam edegelen para buhranları ve muhtelif memleketlerin bunları önlemek üzere yaptığı tecrübeler bir takım hukukî mes'eleler ortaya koymuş bulunmaktadır. Bu hukukî mes'eleler 1914 harbinden evvel de bahis mevzuu edilir ve bir çok münakaşaları mucip olurlardı. Fakat vaz'iyet hiç bir zaman cihan harbinden sonraki kadar hâd bir şekil almamıştı. Bundan başka bu vaz'iyet zaman zaman düzeldiğinden çıkan hukukî mes'eleler de ehemmiyet ve müstaceliyetini, zâhiren olsun, kaybediyordu.

Para ve itibar mekanizmasının bilhassa 1914 harbinden sonra meydana çıkardığı hukukî mes'eleleri şu suretle hülâsa edebiliriz: (1) İstikbâle muzaf para tediyesi taahhüdlerinin ifasında ödenecek parada aranan en mühim vasıf nedir? Bu paranın kıymeti mi? İsmi mi? (2) Kıymeti kendi kendine değişen paralarla yapılan tediyeler nasafete uygun mudur? (3) Devletçe ismi muhafaza olunan fakat kıymeti değiştirilen paralarla yapılan tediyelerin esası ne olmalıdır? (4) Para kıymetinin iktisadî sebepler veya Devletçe doğrudan doğruya alınan tedbirler neticesinde değişmesinden doğacak riski karşılamak üzere mukavelelere konan şartlar muteber midir? (5) Bu şartların muteber olmadığına dair konulan kanunî hükümler bu paralarla mukavele yapan ecnebileri ne dereceye kadar bağlar?

Bu noktaların şimdiye kadar hukukî esaslara uygun ve iktisadî ihtiyaçları tamamiyle karşılıyacak bir şekilde hallolunduğu iddia edi

[1] Bu konferans 1/2/941 tarihinde Ankara Halkevinde verilmişdir.

lemez. Bugünkü harpten sonra çıkacak yeni meselelerle birlikte bu gibi esaslı noktaların da halli hem hukukcular hem de iktisatçılar için mühim bir zafer teşkil edecektir. Bu gün Hukuk İlmini Yayma Kurumunun bana verdiği fırsattan istifade ederek bu meselelerin nelerden ibaret olduğunu ana hatlariyle arzedeceğim. Maksat meselelerin mevcut olduğunu ve halle muhtaç bulunduğunu bir defa daha ilim arkadaşlarıma ve münevver gençliğe hatırlatmaktır.

Hukukî meselelere girişmeden evvel bütün münakaşaların mevzuunu teşkil eden para hakkında bir iki noktanın derhatır buyurulmasını rica edeceğim.

Paranın menşei hakkında tetkikat yapanların hemen müttefikan vardıkları netice şudur: İlk mübadeleler trampa şeklinde yani bir malın diğer bir mal mukabilinde verilmesi suretinde yapılıyordu. Fakat zamanla elinde her hangi bir mal bulunup bunu vererek diğer bir mal almak isteyen kimseler görmüşlerdir ki pazarda bazı malları hemen herkes talep etmektedir. Bu sebeple eğer ellerindeki mallar mukabilinde kendilerine lâzım olan şeyleri verenleri bulamayacak olurlarsa, kendi mallarını isteyen ve fakat mukabilinde herkesçe çok talep edilen bir malı verenle de mübadele yapmakta tereddüt etmemişlerdir. Çünkü bu harcı âlem malları vererek istedikleri malı almak imkânı daima mevcuttur. Meselâ pazara bir kuzu götürüp mukabilinde bir çarık almak isteyen köylünün belki çarık verip te kuzu almak isteyen birisini bulması çok güçtür. Fakat kuzu isteyip mukabilinde meselâ tuz verecek birisi vardır. Köylü bilir ki tuz herkese lâzım ve herkesçe aranan bir maddedir. Bu sebeple kuzuyu verir tuzu alır. Elinde çarık bulunan da bu defa çarığı kolayca tuz mukabilinde verir çünkü tuz hem lüzumlu bir maddedir hem de icabında tuz mukabilinde başka malları almak daha kolaydır.

İşte bu basit sebepten dolayı her memlekette ve hatta ilk zamanlarda her pazarda böyle herkesçe aranan ve her mal mukabilinde kolayca kabul edilen bir veya bir kaç madde meydana çıkmıştır. Tuz, buğday, bazı müzeyyenat eşyası, hayvan derisi ve saire gibi..... Zamanla bu maddeler halk arasında mübadele vasıtası rolünü oynamağa başlamış ve kıymetlerin ölçüsü de olmuştur. Bundan ne kasdedildiğini arzedeyim: Kıymet her hangi bir şeyin diğer bir şeyle mübadele nisbeti olarak kabul edilir. Bir tavuk mukabilinde iki kilo buğday elde edilebiliyorsa tavuğun kıymeti iki kilo buğday bir kilo buğdayın kıymeti de yarım tavuk diye ifade olunabilir. Zamanla meselâ buğday, arzettiğim şekilde, halk arasında bir mübadele vasıtası olarak yerleştiği zaman artık her malın diğer bir malla mübadele nisbeti değil belki her malın buğdayla mübadele nisbeti bahis mev-

zuu olur. Yani buğday *bir müşterek mahreç* vazifesini görür. İktisatçılar buğdayın gördüğü bu işe *kıymet ölçüsü vazifesi* diyorlar. Fakat şimdiden tasrih etmek isterim ki, her hangi bir maddenin meselâ buğdayın, tuzun ve nihayet altunun diğer maddelerin kıymet ölçüsü olmasiyle metrenin uzunluk ölçüsü ve kilonun ağırlık ölçüsü olması arasında çok mühim bir fark vardır. *Şurasını da kaydedelim ki* para hakkında, bilhassa hukukî mütalâlar yürütülürken, ihmal edilen teknik noktalardan en mühimmi de budur. Arzedeyim: Metre mücerret bir mefhumdur fakat mutlak bir uzunluğu ifade eder. Umumiyetle uzunluk da mutlak olarak ifade olunabilir. Ağırlık da böyledir. Lâkin kıymet böyle mutlak bir mefhum değil nisbî bir mefhumdur. Yani ağırlık arz câzibesinin her madde üzerindeki sâbit tesirinin bir ifadesi olduğu halde kiymet bir maddenin diğer maddeye karşı olan mübadele nisbetidir. Demek ki bir madde diğerinin ve diğer madde de berikinin kıymetini ifade eder, ve kıymet ölçüsü olarak vazife gören maddenin bizzat kıymeti değişebilir. Halbuki ne kilonun ağırlığı ve ne de metrenin uzunluğu değişmez.

Kıymetli madenlerin yani altının ve gümüşün nasıl olup ta nihayette hemen yeğâne mübadele vasıtası olduğu malûmdur. Evvelâ bunlar herkesçe istenilen ve nedret ifade eden maddelerdendir. Sonra dayanıklı olmaları, küçük parçalara ayrılabilmeleri bunların hemen yegâne mübadele vasıtası olarak yerleşmelerini temin etmiştir. Artık herkes istihsal ettiği maddeler mukabilinde ihtiyaç hissettiği şeyleri verenleri değil bu maddelere ihtiyacı olan ve elinde kıymetli madenler mevcut bulunanları aramağa başlamıştır. Çünkü malı mukabilinde eline kıymetli maden geçiren bunu vererek istediği yerde, istediği zaman, istediği şeyi almak imkânını bulmuştur.

Medeniyet iş bölümüne, iş bölümü de mübadeleye dayanır. Mübadeleyi kolaylaştıran vasıtalar iş bölümünü de artımışlardır. Mübadele vasıtası kullanılmayan bir para mal götüren muhakkak bu mal mukabilinde başka bir mal almağa mecburdur. Fakat malı mukabilinde *para* dediğimiz mübadele vasıtasından alan arzettiğim gibi istediği zaman mukabil kıymette bir mal alabilir. Bu, içtimaî düzen bakımından şu demektir: İstihsal ettiği bir malı başkasına verip mukabilinde bir mübadele vasıtası alan kimse hakikatte cemiyetin istikrar ve ınzıbatına güvenerek ilerde müsavi bir kıymet alacağı kanaatiyle muayyen bir kıymeti elinden çıkarmış demektir.

Bu nokta ilerdeki tetkikatımız bakımından çok dikkate şayandır. Çünkü tasarruf yani para biriktirme ve bunun bir memlekette temin ettiği sermaye terakümü ancak böyle kıymetleri iddihar etmeğe ya-

rayacak bir vasıta ile mümkün olmuştur denilse doğrudur. Sermaye teraküm ünün medeniyetin inkişafında oynadığı rol göz önünde tutulursa verilen kıymet mukabilinde istikbalde müsavi bir kıymet temin eden vasıtanın ehemmiyeti bir kat daha tebarüz eder.

Devletin para işlerine müdahalesi çok eskidir. Madenlerin para olarak hemen ilk kullanılışlarını takip etmiştir. İlk müdahale şekli sikke basılmasıdır. Burada müsaadenizle, ve hukukî meselelerle alâkası dolayısiyele sikkenin ne olduğunu tetkik edelim. Sikke bir kıymetli maden külçesinden başka bir şey değildir, Sikke olmadığı zamanlarda altın ve gümüş, para yerinde kullanılırdı. Fakat her muamelede verilen mıkdarların tartılması ve ayarlanması lâzımdır. Fakat herkesin itimadını kazanmış bazı kuyumcuların veya bangerlerin tartıp, ayarlayıp üzerlerine damgalarını vurdukları külçeler tartılmadan ve ayarlanmadan alınıp verilirdi. İşte Hükümdarın ve Devletin sikke basması bu emniyeti bir kat daha artıran bir harekettir. Yani Devlet sikke basmakla bu sikkede muayyen ağırlıkta ve muayyen ayarda kıymetli maden bulunduğunu tasdik etmiş olmaktadır.

Muhakkak ki her hangi bir yerde mal alabilmek bakımından meselâ 10 gram külçe altın yerine 10 gramlık bir altın sikke daha ziyade işe yarar çünkü külçeyi vermek için tartmak, ayarlamak lâzımdır. Halbuki sikkede devletin alâmetlerini görenler bunu ifade ettiği kıymet üzerinden bilâtereddüt alırlar. İşte bu sebepledir ki bazı Hükümdarlar kıymetli maden külçelerini daha kolay tedavül eder bir hale koymak yani sikke yapmak için yalnız hakikî masraflara tekabül eden bir para değil bir de tuğra hakkı namı altında muayyen bir ücret almışlardır. Ve bu suretle sikkeler ayni mikdarda külçelerden daha kıymetli olmuştur.

Sikkenin taammüm ettiği zamandaki vaziyet şu suretle hulâsa olunabilir: Lira,frank, florin, dolar gibi namlar altında tanınan sikkelerden her biri muayyen ağırlıkta ve muayyen ayarda kıymetli madeni ihtiva etmektedir. Devlet muayyen bir ismi taşıyan sikkenin, ifade ettiği kıymeti muhtevi bulunduğunu temin ederek bunun üzerine damgasını vurmaktadır. . . Şimdi itibar muamelesine gelebiliriz... İtibarı muhtelif müellifler nasıl tarif ederlerse etsinler mukakkak olan bir nokta vardır ki o da bu muamelede emniyet ve itimat unsullerının mevcut bulunmasıdır. İtibar muamelesinde bir hizmet veya servet, mukabili kıymet ilerde alınmak üzere, başkasına devrolunur veya verilir. Ortada para mevcut olmadan da itibar muameleleri cereyan edebilir.

Tohomluk buğdayı olmayan bir çiftçi komşusundan buğday alır.

547

Eğer hasat zamanında aynı cinsten ve aynı mıkdarda veya eğer komşu ile anlaşmışsa bir mıkdar iade eder. Koyunlarının kışın ihtiyacı olan otu başka birinden alan ve bunun mukabilinde baharda meselâ yüz kilo süt vermeği deruhte eden de bir itibar muamelesine girişmiştir. Ortaya para girdiği zaman itibar muamelelrinin ekserisi para vâhidi kıyasisi ile yapılır. Meselâ şimdi alınan buğdayın tekabül ettiği para yüz lira ise mahza altı ay sonra yüz üç lira vermek üzere buğday birisine devrolunur. Bu muamelede buğdayını altı ay sonra alacağı yüz üç lira mukabilinde devreden kimse her şeyden evvel müşterinin buğday bedelini vaktinde ödeyeceğine itimat etmiştir. Fakat aynı zamanda diğer mühim bir nokta daha vardır ki oda buğdayı devredenin altı ay sonra alacağı 103 lira ile yine aynı miktarda buğday veya aynı kıymette başka bir şey alabileceğine de emniyeti olmasıdır. Kendisine bu emniyeti veren de Devletin muayyen bir isim taktığı para üzerine koyduğu damgası ve bu suretle, temin olunan mıkdar ve ayarda madendir. Başka birisine bir sene müddetle 100 altın lira ikraz edenin yaptığı muamele de aynıdır. Yani bu zat de hem müstakrızın bu parayı ödeyeceğine hem de eline alacağı paranın verdiği para kadar bir kıymette bulunacağına itimat etmiş demektir.

Yalnız madenî paranın hâkim olduğu devirlerde bu madenî paralarla itibar muamelesine girişenler yani veresiye mal satan veya para ikraz edenler iki mühim risk ile karşılaşmakta idiler. Bunlardan birine sunî diğerine de tabiî deyebiliriz.

Muayyen bir isim altında tedavül eden sikkenin halk arasındaki alış verişlerde tanınmış olması bazı hükümdarlar için bir fırsat teşkil etmiş ve bunlar aynı isimdeki sikkenin ayarını yani içinde bulunan kıymetli maden nisbetini veyahut ta veznini değiştirerek tedavüle sevketmişlerdir. Bu suretle ellerinde bulunan muayyen mıkdarda sikkelerin adedini artırmak ve böylece icabeden iştira kuvvetini temin etmek imkânını bulmuşlardır. Tarih, tağşiş dediğimiz bu usulün yüzlerce belki binlerce misaliyle doludur. Meselâ 1360 milâdî senesinde basılan ilk altın frankta 3-877 gram altın vardı muhtelif zamaulardа frankın altın muhtevâsı indirilerek 1803 de 290 miligram olmuştu. Yani on üçte birine inmişti. Yine malûmdur ki İngiliz lirasında bidayette 355 gram gümüş vardı. On dördüncü asırda bu mıkdar 260 grama, on beşinci asırda 172 grama, onyedinci asır başında muhtelif tağşişlerden sonra 111 grama inmişti. Nihayet 1816 da 104 grama indirilmiş ve bu tarihten sonra mikyas yalnız altın İsterlin olarak kalmıştır. Bizdeki akçenin hikâyesi de aynı şekildedir: İlk

akçe 1328 milâdî senesinde 6 kratdı ve % 90 ayarında gümüşten terekküp ediyordu. Ondokuzuncu asrın başında vezni yarım krata yani on ikide birine inmişti.

Tağşişe karşı halkın müdafaa silâhı bir kaç türlü oluyordu. Ya mağşuş sikkeler eski kıymette kabul olunmayor yahut ta bu sikkelerle yapılan satışlar için fiatlar yükseltiliyor, tam ayarlı ve vezinli sikkeler ortadan kaldırılıyordu....Ve nihayet Venedik, Amsterdam ve Hamburg gibi yerlerde tam ayar ve vezinde sikkeleri kabul edip bunlar mukabilinde hesaplar açan bankalar teessüs etmişti. Hukukî bakımdan bu vaziyeti münakaşa edenler nominalist ve valörist denilebilecek iki zümreye ayrılmıştı. Nominalistler devletin ve hükümdarın paraya istediği kıymeti verebileceği ve bu sebeple sikkenin maden muhtevasının ehemmiyeti olmadığı kanaatını izhar ederek sağlam para ile yapılan taahhütlerin mağşuş para ile ödenebileceği fikrinde ısrar ediyor. Valöristler ise bilâkis muayyen mikdarda sikke istikraz eden kimsenin bunlara tekabül eden bir kıymet teslimi taahhüdüne girdiğini söyleyor ve eğer o isimdeki sikkenin vezni; ayarı değiştirilmek suretile kıymeti inmişse aynı adette sikke vermekle taahhüdün ifa olunamıyacağı kanaatinde bulunuyorlardı.

Madenî para devrinde ellerinde bu paraları bulunduran veya bu paralar üzerinden müstakbel taahhüdlere girişmiş olanlar için ikinci bir riks daha vardı ki bu da paranın muhtevi bulunduğu maden mikdarı değişmediği halde bu madenin piyasa kıymetinin değişmesi ve bu suretle de sikkenin iştira kuvvetinde bir değişiklik olmasıdır. Medenî memleketlerde sun'î tağşiş artık tatbik olunmadığı ve muhtelif paraların maden muhtevaları az çok müstakar kaldığını ondokuzuncu asırda dünyadaki fiat temevvüçlerinin başta gelen amili altın ve gümüş istihsalâtının değişmesi yüzünden kıymetlerinde tebeddüller olması ve mübadele ihtiyaçlarının da tahavvüller göstermesidir. Fiat tahavvülleri paranın iştira kuvvetini azaltıp çoğalttığından istikbale muzaf teahhüdlere girişenlere de tesir eder. Sırf altın veya gümüşün kıymetindeki değişmelerden husule gelen bu tahavvülleri bazı iktisatçılar bahis mevzuu ederek daha müstakar bir fiat seviyesi temin edebilmek için bazı plânlar ileri atmışlarsa da hukukçular gerek nominalist ve gerek valörist olsun aynı vezin ve ayarda sikke ile ödenen borcun aynı kıymeti ifade ettiği hususunda müttefik kalmışlardır.

Banknotun mahiyeti de hepimizce malûmdur. Bu bir itibar senedidir ve banka bunu getirene muayyen bir maden sikke ödemeği

teahhüd eder. Binaenaleyh banknot çıkaran bankalar bu senetleri ibraz edenlere madenî sikke vermekte devam ettiği müddetçe banknotların iştira kuvvetinde, sikkeye nisbetle bir değişiklik olamaz. Fakat banknot nakde tahavvül kabiliyetini kaybederse ve mecburî tedavüle tâbi tutulursa yani herkesin bunu istihkakına mukabil alması kanunen emrolunursa madenî sikke ile arasında tabiatiyle bir kıymet farkı tahassul eder ve madenî sikkeler ortadan kalkar.

1914 harbine takaddüm eden senelerde dünya para vaziyeti uzun keşmekeşlerden sonra azçok bir istikrara kavuşmuş bulunuyordu. Başta İngiltere ve Birleşik Amerika olmak üzere dünyanın belli başlı devletleri altın mikyasını kullanıyorlardı. O zamanki para vaziyetini şu suretle hülâsa edebiliriz:

Her memlekette para vahidi muayyen mikdarda altını ihtiva eden bir sikke idi. Meselâ memleketimizde altın lira 6. 625 gram safî altını ihtiva ediyordu. İngiliz lirasında 7.322 gram safî altın vardı. Dolarda 1.5 gram, frankta 290 miligram altın vardı. Tedavülde altın sikkeden başka, gümüş sikke veya banknot kullanılıyor fakat bunların hepsi aynı kıymette altın sikkeye kabili tahvil bulunuyordu. Böyle bir vaziyette, biraz evvel de işaret ettiğim gibi para kıymetinin değişmesinden dolayı hukukî bir mesele bahis mevzuu olmuyor. Hukukî meseleler daha ziyade ayni memlekette tedavül eden muhtelif paralarla ve ayrı, ayrı memleketlerin paralariyle yapılan tediyeler etrafında dönuyodu. Fakat hukukçuların bu nisbî sükûtuna rağmen para ile iştigal eden ikdisatçılar altın kıymetindeki, ve itibar mekanizmasındaki değişmelerin paranın iştira kuvvetini değiştirdiğini ve bu tebeddüllerin istikbale muzaf taahhütlere girişenlerden bazılarına zarar ve bazılarına kâr temin ettiğini ileri sürerek müstakar bir fiat seviyesi temin edecek bir para sisteminin planlarını bahis mevzuu ediyorlardı. Hatırlardadır ki meşhur Amerikan âlimlerinden Irving Fisher'in dolara daima müstakar bir kıymet izafe edeceğini iddia eylediği plan Amerikan Parlamentosuna sevkolunacak derecede ciddiyetle mütalâa olunmuştu.

İşte para işleri ve bu işlere müteallik düşünceler bu vaziyette iken Umumî Harp başladı...Umumî Harbin en mühim Para hâdisesi her memlekette altına gayrı kabili tahvil ve mecburî tedavüle tâbi kâğıt para çıkarılması olmuştur. Devletlerin harp dolayısiyle artan malî ihtiyaçlarını karşılamak üzere muhtelif mıkdarlarda çıkardıkları kâğıt paraların tesirleri herkesçe malûmdur: Altın ve gümüş sikkeler tedavülden kalkmıştır. Çünkü evrakı nakdiye kanunları ayni ismi taşıyan kâğıt para ile madenî parayı aynı kıymette ve aynı ibra

kuvvetini hâiz telâkki etmektedir. Altın ve gümüş bir metâ gibi alınır satılır bir hâle girmiş fiatlar yükselmiş ve kâğıt para vahidinin kıymeti düşmüştür. Bu düşüş İngiltere gibi bazı memleketlerde hafif, Fransa ve İtalyada biraz daha fazla, Rusya,Almanya ve Lehistan gibi memleketlerde ise sıfıra yakın derecede idi. Çünkü çıkarılan evrakı nakdiyenin karşılığını hükûmet bankasına evvelâ altın külçe olarak, sonra hazine bonosu olarak yatırdılar ve daha sonra da karşılıksız bir şekilde bıraktılar, bu cihetle kıymetleri sıfıra kadar tenezzül etti.

Harp bittikten ve sulh akdedildikten sonra da bu para keşmekeşleri devam etti ve ancak 1924 den itibaren her tarafta teminatlı mübadele vasıtasına doğru bir hareket uyandı. Stabilizasyon hareketi dediğimiz bu hareket neticesinde para kıymetleri iki ayrı usulde altına bağlanmak suretiyle tesbit olundu. Bunlardan birisi parayı eski kıymetine ircâ suretiyle altına bağlamaktır. Bunu ancak İngiltere yapabildi o da bin müşkülâtla . . .

Almanyada kıymeti düşen markın kıymeti yükseltilmemiş belki eskisinin trilyonda bir kıymetine mark ortadan kaldırılarak yerine yeniden bir mark ikame olunmuştu. Fransa, frangı harpten evvelki kıymetin beşte birine yakın bir kıymette altına bağladı. İtalyan lireti de eskisine nisbetle buna yakın bir seviyede altına bağlandı . . .

Harpten sonra altına avdet edilmesiyle altın sikkeler yeniden tedavüle çıkmış olmıyordu. Bilakis tedavülde banknot ve talî meskûkât bulunuyor . . . Yalnız Merkez Bankaları altını muayyen bir fiatla alıp satıyordu. Bu da tedavül eden her banknota muayyen bir mıkdarda altın kıymetini vermeğe yarıyodu.

Vaziyet bu suretle salâha doğru giderken 1929 da Amarikada başlayan iktisadî buhran avrupayı da sardığından para işleri tekrar altüst olmağa başladı. . . 1931 Eylülünde İngiltere bankası kabul olunan fiattan altın satmak usûlünü kaldırdı . . . Bu hareketi, her memlekette, muhtelif derecelerde kambiyo takyidâtı, haricî ticaret kontrolü ve saire gibi tedbirler takip etti . . . Nihayet 1933 de Amerikada hiç beklenilmeyen bir hâdise zuhur etti yeni intihap olunan Cumhurreisi Roosevelt'in idareyi eline alacağı günden bir gün evvel yani 1933 Martının üçünde 48 Devletten 37 sinde bankalar kapatılmış, memleketi büyük bir panik kaplamıştı. Roosvelt'in ilk işi bütün memlekette dört gün için bankaları kapamak oldu . . . Ve altın üzerine de ambargo konuldu. 12 Mayıs 1933 tarihli kanun Reisi Cümhura bir emirname ile altın doların ağırlığını yarıya kadar endirme salâhiyetini veriyordu. Yani Reisicümhur isterse bir doların ihtiva ettiği 1,504.6 miligram altını 752.3 miligrama indirebilecekti.

Hatırlarsınız ki bu sıralarda dünya iktisadî buhranına bir çare bulmak üzere Londurada bir para ve iktisat kongresı toplanıyordu. Fakat Amarikanın takip ettiği hattı hareket bu kongrenin muaffakiyetsizliğinde en mühim âmil oldu. Roosevelt evvelâ fiatları düzelteceğini sonra da kıymeti nesilden nesle değişmeyecek bir dolar tesbitine çalışacağınını söyleyordu. Nihayet 1934 sonunda altın ihtiyat kanunu çıktı ve dolar kıymetinin hiç bir zaman evvelkinin yüzde altmışından fazla olmaması kararlaştırıldı ve 31 kânunusanide Reisi cümhur doların altın muhtevâsını şu suretle tesbit etti: Dolar 888.6706 miligram altına müsavi olacktı.

Eskiden 1504.6 miligram olmasına nazaran devalüasyon % 40.94 idi. Aynı zamanda Hükûmet memlekette — katî ihtiyaçlar için lüzumlu olan mıkdarlar haricindeki — bütün altınlara da el koymuş ve bankalardaki altınlar yeni dolar muhtevâsına göre kıymetlendirilerek farkı Devlete intikal eylemişti.

Amarikanın bu hareketi niçin yaptığını tetkik uzun sürer . . . Harp yoktu. Paraya ihtiyaç yoktu.....Anlaşılabilen yegâne maksat memleket dahilindeki fiatları ve bilhassa zıraî madde fiatlarını yükseltmekti.....Sebep ve gâyesi ne olursa olsun Amerikan devalüasyonu yalnız kalmadı.....Fransa, Belçika, İtaya, İsviçre, Romanya, Çekoslovakya,.....devalüasyonda yani paralarının altın muhtevâlarını indirmekte müteakip senelerde Amerekanin isrine tabi oldular.

Bir fikir vermek üzere arzedeyim: 1803 de Fransız frangı 290.3225 miligram safî altını ihtiva ediyordu. Umumî harpten sonra 1928 de bu mıkdar 58.95miligrama yani beşte birine çok yakın bir mikdara indirilmişti. 1936 da 44-1 miligrama ve 1937 de 38.7 miligrama indirilmiştir...Yani harpten evvelki kıymetin % 86-67 sini kaybetmiştir. Belçıka frangı 1914 de 29.322 miligram safî altındı. 1926 da 41-842 miligram safî altın olarak stabilize edildi. 1935 de 30.1264 miligrama indirildi....

Diğer memleketlerde ve aynı şekilde ve mütahâlif nisbetlerde devalüasyonlar yaptılar....Tabiî takdir buyurursunuz ki eski devirlerde tedavüldeki sikkeleri toplamak ve eriterek içine fazla mikdarda kıymetsiz maden karıştırıp aynı isimle tekrar tedavüle çıkarmaktan ibaret bulunan tağşiş ameliyesiyle bu devalüasyon hareketleri arasında pek garip müşabehetler vardır.

Yeni harp başladığı zaman dünya para vaziyeti şöyle idi. 1914 deki şekilde ve manâda altın sikke dünyadan kalkmıştı....Hiç bir memleket dahilinde tedavül eden banknotlar mukabilinde eski altın verilmediği gibi altın ihracını kabul eden memleketler de bunu lisansa tâbi tutuyorlardı....

Şimdi sözlerimin başında sorduğum suallere gelebilirim. Birinci mesele: İstikbale muzaf para tediyesi taahhütlerinin ifasında ödenecek parada aranan en mühim vasıf nedir? Bu paranın kıymetimi? İsmimi?....Mevzuatın ve büyük bir ekseriyet teşkil eden mahkemelerin verdiği cevap en mühim vasfın isim olmasındadır..Bir çok hukukçular da evvelce arzettiğim nominalist nazariyesini takip ederek ismi aynı kalan paranın her hususta aynı olduğu kanaatini ızhar eylemektedir. Bu sebepledir ki gerek umumî harpten evvel altınla yapılan taahhütlerin harp esnasında veya daha sonra tediyesinde ve gerek son zamanlarda devalüasyon hareketlerinden evvelki taahhütlerin devalüe edilmiş para ile ödenmesinde umumiyetle bu noktai nazar galebe çalmıştır. Bazı memleketlerde ve bazı mahkemelerce reddolunmasına rağmen galip telâkkî edebileceğimiz bu noktai nazarın, tatbikî arzedeceğim gibi müstakbele mâtuf muamelelere karşı bir emniyetsizlik doğurmakta ve bu suretle umumî iktisadî bünye üzerinde müessir olmaktadır.

İkinci mesele kıymeti kendi kendine değişen paralarla tediyeler nasafete uygunmudur? Şurası muhakkaktır ki istikbale muzaf ve para ile ifa edilecek olan bir taahhüde girişen tarafın esas gayesi para kıymeti üzerinde bir spekülasyon yapmak değil belki, ya bir ikraz veya bir icar veyahud bir bey' akdine girişmektir. O halde bunlar için mefruz olan nokta tediye veya tesellüm edecekleri para vâhidlerinin tediye zamanında da aynı kıymeti hâiz olacağıdır. Binaenaleyh meselâ aldığı 2000 kilo yüne karşı 300 metre kumaş teslimini deruhte eden bir kimse metre uzadığı takdirde nasıl zararlı ve metre kısaldığı zamanda da nasıl kârlı çıkarsa yine 2000 kilo yüne mukabil 1500 lira verecek kimsenin de, liranın iştira kuvveti artarsa zararlı, eksilirse kârlı olacağı meydandadır. Bu sebeple denilebilir ki paranın kıymeti yani iştira kabiliyeti kendi kendine de bir tebeddül gösterse istikbale muzaf taahhütlerde bu tebeddülün nazarı dikkatte tutulması nasafete daha uygun gelir. Nasafet ve adâlet bakımından pek ileri görülen bu düşünce hukukî tatbikatta hiç bir suretle yer bulmuş değildir. Bilakis muaayyen ismi taşıyan bir para mahiyetini değiştirmedikçe mahkemelerce ve hukuk ulemasınca daima aynı ibra kuvvetini hâiz telakkî olunmuştur ve olunmaktadır.

Devletçe ismi muhafaza olunan ve fakat kıymeti değiştirilen paralarla yapılan tediyelerde esas ne olmalıdır?.... Bu mesele hem kâğıt para ile hem de devalüasyonla alâkalıdır. Fakat biz biraz daha geriye giderek tağşiş bahsına da rücû edebiliriz. Tağşiş dediğimiz hareket para vâhidi kıyasîsinin kıymetli maden muhtevâsını indirmekti.

Devalüasyon da budur.... Meselâ Fransa kralları nasıl altın frangın veznini indirdikleri halde buna frank demekte devam etmişler ve bu borçlarını bu yeni frankla ödemişlerse Fransa Cümhuriyeti Hükümeti de frangın altın muhtevâsını indirdiği halde yine buna frank demiş ve borçlarını bu frank üzerinden ödemiştir. Frank, mark veya başka bir isimle kâğıt para çıkarmakla da yapılan şey aynıdır. Şu farkla ki bu nevi parada altınla münasebet bahis mevzuu olmadığı halde isim aynı kalır ve bu para da evvelce tedavül eden madenî para derecesinde mecburî tedavüle tâbi bulunur. Bu üç halde de Devletin para işlerinde bidayette üzerine aldığı rolün değiştiği, başka şekiller aldığı ve başka gâyeler takip ettiği görülür. Devletin para işlerine ilk müdahalesi sikkelerde muayyen ağırlıkta ve muayyen ayarda kıymetli madenin mevcudiyetini tasdik etmekten ibaret iken sonradan malî ve iktisadî bir takım gâyeler takibi gibi mühim bir değişiklik göstermiştir. Tağşiş nasıl bir malî ihtiyaç neticesi ise kâğıt para ihracı ve devalüasyon da böyledir. Bu usullerle Devlet ya para temin etmek veya borçlarını daha kolaylıkla ödemek yollarını bulmaktadır.

Tağşişte ve kâğıt para ihracında tedavül deki para mıkdarı fiilen artar .....Devalüasyonda ise mevcut altınlar yeniden kıymetlendirilir ve bu fark Devlete intikal eder .....Amerika başta olmak üzere 1933 denberi devalüasyon yapan memleketler bu suretle milyonlar temin etmişlerdir. Binnetice para mıkdarı yine artar.

Amerikada başlayan ve Avrupada şiddetlenen devalüasyon hareketi için gösterilen zarurî sebeplerden biri de iktisadîdir. İddia olunuyor ki eğer Roosevelt doları devalüe etmeseydi Amerikada iktisadî vaziyet daha bozulacak ve belki bir ihtilâl çıkacakdı ve yine deniliyor ki Fransa, Belçika, İsviçre devalüasyon yapmasaydılar iktisaden mahvolacaklardı.....Bu sebepler varitmidir? değilmidir? Müşkülât hakikaten denildiği kadarmıydı? Ve bu müşkülâtın yegâne hal şekli devalüasyonmudur? Devalüasyonla mesele hallolundumu? gibi sualleri istikbalin iktisadî tetkikleri cevaplandıracaktır. Bizi burada alâkalndıran nokta her hangi bir sebeple olursa olsun Devletin kıymet ölçüsü sayılan para kıymetini indirmesinin doğurduğu neticelerdir.....Eski isimde ve yeni kıymette para çıkaran veya devalüasyon yapan memleketlerde ya kanunlar açıkça eski borçların da devalüe edilen para ile ödeneceğini tesbit etmiş, yahut ta bundan bahseylememiştir. Kanun eski borçların dahi yeni kıymetteki para ile ödeneceğini serahaten söylemişse mesele yoktur. Nitekim Amerikada dahil olduğu halde hemen bütün devalüasyon yapan memleketler kanunlarına bu hükmü koymuşlardır. Fakat Kanunlar bu hususta sâkit iseler borçlar hukuku bakımından şöyle bir mesele ortaya çı-

karılmaktadır: Para ile yapılan taahhüt birşeyin teslimî borcumudur yoksa bir kıymet borcumudur? Meselâ 1910 da bin frank istikraz edip 1930 da ödeyecek olan bir şirket frank denilen bir şeyden bin adedini teslim ile borcundan kurtulurmu yoksa 1910 da bin frangın ifade ettiği bir kıymeti mi iade ile mükelleftir. Bu hususta Alman hukukî içtihatları ve mevzuâtı iki safha geçirmiştir. Birinci safhada kıymeti düşmüş bir paranın boçlusu ancak bir halde teaahhüt ettiği mıkdardan fazla bir süpleman vermeğe mecburdu. O da borcu ödemede mütemerrit olduğu zamandan itibaren paranın kıymetinde bir sukut olmasıydı. Bu neticede mütemerrit borçlunun alacaklının bundan mütevallit zarar ve ziyanını ödeme mecburiyetinden doğmuştu. Almanyada enflasyonun başında mahkemeler bunu bile kabul etmeyorlardı, sonradan içtihatlarını değiştirdiler. Alman hukukunun bu hususiaki ikinci safhası yalnız temerrüt hâlinde değil parada katastrofik bir kıymet tenezzülü hâlinde de alacaklıya bir tazminat verilmesinin kabulü olmuştur. Bu içtihat 1925 de bir kanunla da tekid edilmiş ve bu kanun bazı nevi boçlara ne mıkdar ilâveler yapılacağını tesbit eylemiş diğer borçlarda yapılacak ilâveleri mahkemelere bırakmıştır. Alman içtihadı bu esası yalnız Alman parasiyle olanborçlara değıl ecnebi parasiyle olan borçlara da teşmil etmiştir. Meselâ İngiliz lirasının sukutundan sonra bu para ile tesbit olunan fiatlara bir ilâve yapılmasını Alman Temyiz Mahkemesi kabul eylemiştir. Alman hukukî içtihatlarına benzer içtihatlara Macaristan, Polonya, ve Danzig hukukunda da tesadüf olunur. Fransız, İngiliz, Amerikan, Belçika, Çekoslavakya, Danimarka hukukunda böyle ismi aynı olup ta kıymeti düşmüş olan bir para ile ödenecek borca hiç bir ilâve yapılması kabul olunmamaktadır, Diğer memleketlerde ise hukukî vazizet pek sarih değildir.

Şimdi dördüncü meseleye geçebiliriz. Üçüncüsüyle alâkalı olan bu mesele şudur: Para kıymetinin iktisadî sebeblerle veya Devletçe alınan tedbirler neticesinde değişmesinden doğacak riski karşılamak üzere mukavelelere konulan şartlar mutebermidir?

Evvelâ bu şartların nelerden terekküp edebileceğini tetkik edelim: Altın sikkenin tedavül ettiği ve taahhütlere esas teşkil eylediği zamanlarda istikbale muzaf para taahütlerindeki iktisadî risk altın kıymetinin piyasada inmesi veya çıkmasından doğabilirdi. Filhakika mütehassıslar yüzlerce malın fiatından terekküp eden müş'ir adetler hazırlamakta ve bu suretle altın paranın bile iştira kuvveti bakımından tahavvüller kaydettiğini göstermektedirler. Böyle bir risk için tedbir almak lüzumu mevcut olmakla beraber tatbikatta görülmemiştir.

Altın paranın tedavülde devamı veya bankunotların altına daima

551

kabili tahvil olduğu hallerde altın kıymetindeki tahavvüllere karşı tedbire lüzum görülmemekle beraber en ileri memleketlerde bile tesadüf olunan kâğıt para tecrübelerinden alınan dersler neticesinde para taahhütlerini altına bağlayacak bir formüle hemen daima ihtiyaç duyulmuştur. Bu da (Altın Kaydı) dediğimiz şarttır. Bu şart borcun meselâ şu ayar ve ağırlıkta altın sikke ile ödeneceği veya bu sikke kıymetine müsavi carî para verileceği şeklinde yazılır. Amerikada bu kayıd bilhassa ondokuzuncu asır ortalarında bu memlekette tedavüle çıkarılan kâğıt para zamanından beri pek taammüm etmişti. Fakat Amerika Birleşik Devletleri Hükûmeti biraz evvel arzettiğim sebeplerden dolayı memlekette altına el koyduğu ve ihracı menettiği zaman altın dolarla yapılacak tediyeler meselesi de bahis mevzuu oldu. Bu mesele hakkında 5 Haziran 1933 tarihinde kongre «Borçlunun altın veya muayyen bir sikke ile veya bu altın veya sikkeye tekabül edecek miktarda Amerika Birleşik Devletleri parasiyle ödeyeceğine dair olan her türlü şartların keenlem yekün» olacağına karar verdi ve bundan evvel yapılan ve bundan sonra yapılacak olan para taahhütlerinin, eda zamanında borçları ödeme kabiliyetini hâiz para ile edöneceğini tesbit etti. Bu, bütün mukavelâttan altın kaydının kaldırılması demekti ve bu suretle Devlet te dahil olduğu halde bütün borçluların borçları altın hesabiyle yarıya iniverdi. Kongrenin bu kararını kanunu esasiye muhalif görenlerin isteği üzerine mesele Yüksek Mahkemede tetkik olundu. Mahkeme 18 Şubat 1935 de 4 de karşı 5 reyle, kongre kararının hususî mukavelelere dair olan kısmının kanunu esasîye uygun olduğuna çünkü kongrenin para kıymetini tesbit etmeğe selâhiyetli bulunduğuna karar vermekle beraber Amerika Birleşik Devletleri tahvilâtındaki altın kaydının kaldırılmasiyle kongrenin salâhiyetini tecavüz ettiğini tebarüz ettirdi fakat alacaklının eski dolarla yeni dolar arasındaki farktan dolayı sırf kongre kararıyle zarar etmediğini ve doların iştira kuvvetinde büyük bir değişiklik olmadığını, binaenaleyh tazminata hak kazanmadığı mütalâasında bulundu. Şurasını kaydetmek te bir vazifedır ki Yüksek Mahkemenin yarıya yakın olan ekalliyet kararı çok kuvvetlidir. Deniliyor ki : «Kongrenin bu kararının tatbiki mülkiyet hukukunun ihlâli ve Devlet borçlarının tediyesinden imtinâı olacaktır... Altın kaydı yani bugünkü kıymette Amerikan altın sikkesiyle veya bugünkü vezin ve ayarda altın dolarla ödeme taahüdü gibi şartlar alacaklıyı para kıymetinin düşmesine ve borçluyu da yükselmesine karşı temin etmektedir.»

Bu mesele Alman hukukuna göre tetkik olundukta iki nevi altın kaydına tesadüf olunur «Altın Para Kaydı» ve altın kıymet kaydı. Altın para kaydı altın para ile ödeme taahhüdüdür. 1914 de takad-

düm eden bu gibi taahhüdler Almanyada bir kararname ile kaldırılmış olmakla beraber yeniden böyle bir kayd konulabileceği ve muteber olunacağı nazarî bakımdan iddia olunmaktadır. Altın kıymeti kaydı ise daima muteber olunmuştur. Çünkü böyle bir kayıdla muayyen bir kıymet taahhüdüne girişilmiş bulunmaktadır. Dolarla ve sterlinle yapılan mukavelelerdeki altın kayıtlarını, bu kayıtlar İngilterede ve Amerikada muteber olmasına rağmen Alman Temyiz Mahkemesi muteber telâkki etmiştir.

İngilterede mesele altın kaydı *bir tediye teşkil* veya *borcun ölçüsü* olduğuna göre tetkik olunmuştur. Tediye teşkil olunduğu hallerde reddedilmiş ve borcun şümulünü tasbit eden bir ölçü telâkki olunduğu zamanlar muteber addedilmiştir.

Bizde de bu mesele mahkemelerimizi hayli işgal eylemiştir. Evrakı nakdiyenin ihracından evvel altın lira üzerinden yapılan borçların sonradan ödenmesi meselesinde ozamanki Temyizi Umumî Hey'eti «Altın borçların evrakınakdiye ile ödenemiyeceğine karar vermiş fakat sonradan İstanbul İstinaf Hukuk Mahkemesi Başta olmak üzere bazı mahkemeler kâğıt paranın kanunen bilumun tediyet ve sarfiyat ve ahzu itâda nakid gibi tedavül ve kabulü mecburî bulunduğu» noktasına istinat ederek altının tedavül ettiği zamanda altınla tahakkuk eden borçların dahi kâğıt para ile ödenebileceği kararına varmışlardı.

Şurayı Devlet Hey'eti Umumiyesinin 1922 de hazırladığı bir mazbatada ise «Evrakı nakdiyenin mevcut olmadığı zamanda vaz'olunan altın şartı gümüş veya sair meskûkâtı medeniyeden ihtirâzen vazedilmiş olmasına ve evrakı nakdiye altın mukabilinde ve o suretle tedavül etmek üzere ihraç edilmiş bulunmasına mebni bu kabil düyunun aynı mikdarda evrakı nakdiye ile tesviye olunabileceği» mütalâası vardı.

Cümhuriyet devrinde harpten evvelki altın taahhütlerine müteallik bir kaç hüküm mahkemelerimizin umumiyet itibariyle altın kaydına riayeti kabul eylediklerini göstermektedir.

4 Kânunu evvel 1929 tarihli bir Tevhidi içtihat Kararında «Harpten evvel ihraç olunan ve altın olarak ödenmesi meşrut bulunan tahvillerin altın olarak ödeneceği» tesbit olunmuş hayat sigortasında ve emanet akdinde de altın kaydının umumiyet itibariyle muteber olduğu hakkında mahkemelerimizden hükümler sâdır olmuştur. Mamafih bu gibi mahkeme içtihatlarına istisna teşkil eden bir iki hüküm de vardır meselâ İstanbul Asliye Birinci Ticaret Dairesi altınla ödenmeleri meşrut tahvil kuponları hakkındaki bir talebi, ev-

rakı nakdiye kanunlarını intizâmı âmme hükümlerinden telâkki ederek, reddeylemiştir.

Kâğıt para kanunlarının neşrinden sonra yapılan mukavelelerde altın kaydının yani borcun ödenecek mıkdarının altının piyasa fiatına bağlanmasının muteber olamayacağına dair bizde kanunî bir hüküm yoktur. Yalınız bazı hukukçularımız böyle bir altın kaydını Türk evkrakı nakdiyesine karşı bir emniyetsizlik telâkki etmekte ve bu düşünceyi âmme nizamına aykırı görerek altın kaydının muteber olamayacagı kanaatini izhar eylemektedir.

Şimdi sözlerimin başında bahis mevzuu ettiğim son meseleyi arzedeyim: Altın şartı gibi, taahhütlerin kıymet mıkdarını sâbit tutacak şartların muteber olmadığına dair bir memlekette konulan kanunî hükümler bu memleket parasiyle mukavele yapan ecnebileri ne dereceye kadar takyid eder?.....Bu mesele bilhassa Amerikada altın kaydının refedilmesi ve doların altın muhtevâsının da yarıya yakın indirilmesi üzerine ortaya çıkmıştır. Dolarla ödenecek olan ve altına tâbi bulunan borçların Amerikada carî dolarla ödenmesi tabiî görülmekte ise de borçlu ve alacklı ecnebi olduğu veya borçlu Amerikan olsa bile alacaklı ecnebi bulunduğu ve borçda bir ecnebi memleketinde ödendiği hallerde eski kıymetten dolar üzerinden ödenmesi lâzımgeleceği iddia olunmaktadır. Devletler hususî hukukunu da alâkalandıran bu meselenin tafsilâtına girecek değilim yalınız şurasını kaydetmek isterim ki Amerika Yüksek Mahkemesinin bahis mevzuu ettiği nokta yani doların iştira kuvvetinin değişmemiş olmasi ecnebi memleketlerinde dolarla yapılacak tediyeler için doğru değildir. Çünkü eğer bir ecnebi eski altın dolarla ödenecek borcu yeni dolarla istifa edecek olursa yarıya yakın ziyan edecektir. Çünkü Amerikada doların iştira kuvveti dâhilen değişmemiş olabilir fakat kambiyoda eski dolarla yeni dolar arasında yarıya yakın bir fark vardır. Bu sebepledir ki ekseriyet, eğer ödenecek para Amerikada ödenecekse yeni dolar üzerinden, başka bir yerde ödenecekse eski dolar üzerinden verilmelidir gibi bir fikre temayül etmektedir.

Para ve itibar mekanizmasının doğurduğu hukukî meseleleri yalnız saymakla bu kadar zaman geçti..... Bunlardan birinin bile hal şeklini arza ictisar edecek değilim. Ancak bu gibi meselelerin yeniden canlanacağı bir devirde bulunduğumuz için istikbalde hal şekilleri düşünülürken göz önünde bulundurulması lüzumlu bazı noktaları hatırlamakla sözlerime nihayet vereceğim.

Malûmdur ki hukukî prensipler ve kanunlar realiteden ve ihtiyaçlardan doğar... Vakıalar ve ihtiyaçlar prensiplere ve kanunlara

uydurulamaz bu sebeple paraya müteallik akidler tefsir ve kanunlar tatbik olunurken kalıptan ziyade ruha, isimden ziyade mahiyet ve kıymete ehemmiyet verilmesi icabeder... Bunun için paranın hakikî mahiyeti, ikdisadî ve hatta içtimaî hayattaki rolu hem para kanunlarını hatırlayanlarca hem de tatbik edenlerce iyice anlaşılmalıdır. Şurası da muhakkaktır ki kilo ve metre gibi değişmeyen bir kıymet ölçüsü temin etmeğe de, sözlerimin başında arzettiğim sebeplerden dolayı, imkân yoktur. Fakat yine sâbit olmuştur ki bilhassa muayyen bir memleket dahilinde tatbik olunacak malı ve nakdi siyaset para vâhidinin iştira kuvvetini müstakar tutmakta âmil olabilir. İsveç, senelerce süren pilânlı para tatbikatiyle bunu ispat etmiş bulunmaktadır. Binaenaleyh denilebilir ki paranın kıymetçe tahavvülüne müsaade edip bunun ikdisadî, hukukî ve içtimaî neticeleriyle uğraşmaktansa fiat seviyesini oldukça müstakar tutacak tedbirler almak daha kolay ve baha makuldur. Bu tedbir bilhassa beynelmilel sahada alındığı takdirde daha müsmir olacağı şüphesizdir.

Gerek şimdi ve gerek sonradan para kıymetindeki tahavvüllere karşı hususî mukavelelere konulacak altın kaydının veya sair her hangi bir kaydın intizâmı âmmeye muhalif telâkki edilip edilemiyeceği noktası da dikkatle tetkik olunacak bir meseledir. Bir kelime ile, para işleri bu harbin sonunda hallolunacak mühim meselelerin başında gelmektedir ve bu işler ne yalnız hukukçular tarafından ne de yalnız iktisatçılar tarafından hallolunabilecek meselelerden değildir. Belki, müşterek gayret ve mütekabil anlaşmalar iledir ki istikbalin para meseleleri ve mübadele vasıtaları makul bir hal tarzı bulacaktır. Hukuk İlmine Yayma Kurumunun bu hususta da mühim hizmetlerde bulunmasını temenni ederim.

---

557

**3780 sayılı Millî korunma kanununa göre ittihaz ve resmî gazet ile neşredilen kararların ve adı geçen gazetenin tarih ve No. larını gösterir liste:**

| Kararnamenin Tarihi | No. su | Karar No. su | Resmî gazetenin tarihi | No. su |
|---|---|---|---|---|
| 17/9/1941 | 16604/2 | 196 | 22/9/941 | 4918 |
| 17/9/1941 | 16605/2 | 197 | » | » |
| 17/9/1941 | 16606/2 | 198 | » | » |
| 22/9/1941 | 16617/2 | 200 | 2/10/941 | 4927 |
| 27/9/1941 | 16623/2 | 195 | » | » |
| 27/9/1941 | 16624/2 | 199 | » | » |

## ABONE BEDELİ

| Adet | | Kuruş |
|---|---|---|
| 12 | Bir seneliği | 300 |

Perakende olarak beher numarası

| Kuruş |
|---|
| 30 |

---

# Adliye Ceridesine Abone Kaydı Şartları

**1 — Adliye Ceridesine abone olmak istiyenler, bulundukları yerin mal sandığına [ Adliye Ceridesi abone parası ] olarak [300] kuruş yatıracaklar ve alacakları makbuzu oturdukları yerin C. Müddeiumumiliğine] teslim ile hangi sene için abone olduklarını kaydettireceklerdir.**

**2 — C. Müddeiumumilikleri bu makbuzları ve hangi seneye abone olduklarını abonmanın açık adresile birlikte doğruca Adliye Vekilliği Neşriyat müdürlüğüne gönderecekler ve abone sahibine de bu muameleyi bildirecek bir numara kâğıdı verecekleridir.**

**3 — Abonmanların cerideleri bulundukları C. Müddeiumumilikleri makamı delâletile adreslerine gönderilir.**

359