No: 77

# Bir tenkide cevap

Yazan
**ÂKİL ÖNDER**
**Ankara sulh hâkimi**

Adliye ceridesinin 942 tarih ve 12 sayılı nüshasında çıkan bir makalemde; boşanma dâvası üzerine takdir olunan nafakanın devam edeceği kararda tasrih edilmemiş ise esas hakkında verilen hükmün tefhim ve tebliğini müteakip bu nafakanın kendiliğinden kalkması lâzım geldiği ve temyiz icra ve iflas dairesinin bunun hilâfına verdiği 7 / 2 / 938 tarih ve 615 / 717 sayılı kararın kanuna uygun olmadığı mütalâasında bulunmuştum. 942 tarih ve 8 sayılı adliye ceridesinde meslektaşlarımdan birinin bunun aksine bir yazısına tesadüf ettiğimden dolayı meseleyi daha iyi izah etmek ve muhterem meslekdaşımla okuyucularımı biraz daha tenvir etmek emelile bu makaleyi kaleme almak mecburiyetinde kaldım. Meslekdaşım bu yazısında boşanma dâvası üzerine takdir olunan nafakanın hukuk usulü muhakemeleri kanununun 101 inci maddesinde yazılı ihtiyatı tetbirler nevinden olduğunu kabul ediyor fakat bu nevi nafakanın mezkûr kanunun 112 inci maddesi hükmüne tâbi tutulmaması iktiza ettiğini söylüyor. Çünkü kendilerinin fikrine göre ihtiyatî tedbirleri iki zümreye ayırmak lâzımdır. Bunlardan birincisi dâvanın mevzuu hakkında ve hükmün icrasını temin maksadile veya dâvanın mevzuundan ayrı olmakla beraber yine hükmün icrasının teminini istihdaf eden bir husus hakkında ittihaz olunan ihtiyatî tetbirlerdir. Birinci zümredeki ihtiyati tedbirlerin hukuk usulü muhakemeleri kanununun 112 inci maddesi hükmüne tâbi olduğunu kabul ve bunu misaller göstererek izah ediyor ikinci zümredeki ihtiyati tedbirlerin usulün mezkur maddesi hükmüne tâbi olamıyacağı izahsız bırakılmakla bereber yalnız şu mülâhazayı ileri sürüyorlar. Boşanma dâvası üzerine hükmedilen tedbir nafakasının esas hakkındaki hükmün tefhim veya tebliğini müteakip kalkacağını farzedersek hukuk usulü muhakemeleri kanununun

500 üncü maddesine tevfikan ve sulh hâkimi tarafından karar altına alınmış olan nafakanın da kalkacağını da kabul etmek icap eder. Bundan da sulh hâkimi tarafından verilen nihai kararların asliye mahkemesince ref edilmesi gibi kanunî bir mahzur tahaddüs eder.

Boşanma veya ayrılık dâvası üzerine medeni kanunun 137 inci maddesine göre karar altına alınmış olan nafakanın ihtiyatî tetbir nevinden olduğunda ittifak ettiğimizden bu nevi nafakanın ihtiyatî tedbir olup olmadığını münakaşa etmiyeceğim. Esasen bu nafakanın ihtiyatî tedbir cümlesinden bulunduğu hukuk usulü muhakemeleri kanunu ile medenî kanun hükümlerinden sarahaten anlamak mümkündür. Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 101 inci maddesinde hâkim iki taraftan birinin talebile dâvanın ikamesinden evvel veya sonra aşağıda gösterilen hal ve şekillerde ihtiyatî tadbirler ittihazına karar verebilir) dendikden sonra maddedeki hal ve şekiller dört bent içinde tadat olunmuştur. «haller» şunlardır.

1 — Ortada ayni münazaalı menkul ve gayrimenkul mal bulunması;

2 — Münazaalı şeyin muhafazasına lüzum görülmesi;

3 — Kanunî medenide musarrah muayyen hallerin vücud u;

4 — Ayrılık veya boşanma dâvası açılması halidir.

Alınacak tedbirlerin eşkâli.

1 — Aynı münazaalı menkul ve geyrimenkulü haciz veya yed'i adle tevdi etmek.

2 — Muhafazasına lüzum görülen şeyin saklanması için münasip görülecek tedbir.

3 — Nafaka alınmak.

4 — Ayrılık veya boşanma dâvası üzerine; kadın için mesken tedariki, karıya ne miktar muavenette bulunulacağı, çocukların kimin yanında muhafaza edileceği; kocanın karıyı temsil salahiyeti, malların muhafazası veya karı malları hakkında kocadan teminat istemesi gibi tedbirlerdir.

Burada bahis mevzuu olan dördüncü bentteki tedbirdir. Bu noktayı münakaşa etmezden evvel meslektaşımın tedbirler hakkında yaptığı tasnifin doğru olup olmadığını tetkik edelim:

İhtiyadi tedbir, muvakkat mahiyette bir karardır. Bir hak sahibinin hakkına vusul için usulü muhakemenin mutat merasimine ri-

ayet olunduğu takdirde bazan telâfisi nakabil zararlar husulü mümkündür. Zaman olurki bir dakikalık teehhür en büyük adaletsizliği intaç eder. Bunun önüne geçilmesi için hak sahibinin hakkına erişmesini mümkün kılacak muvakkat tedbirlerin ittihazı salâhiyettar makamlardan istenir. Bu makamların ittihaz edeceği tetbirler itiyadi tedbirlerdir. Görülüyorki ihtiyadi tedbirler daima dâvanın mevzuu ile alakadardır. Binaenaleyh dâvanın mevzuu ile ilgisi olmayan bir ihtiyadi tedbir tasavvuru mümkün değildir. Hükmün icrasını temin maksadile davanın mevzuundan ayrı bir ihtiyadi tedbir tasavvur edemedim. Hükmün icrasını temin gayesiyle ihtiyadi tedbir ittihaz olunmaz belki mevcut ihtiyadi tedbirin devamına karar verilir. Meselâ ayni münazaalı olup ihtiyadi tedbir yolu ile yedi adle tevdi kılınan menkul bir malın hükmün icrasını temin maksadile katileşmesine kadar yedi adilde ipkasına karar verilir. Yoksa mücerret hükmün icrasını temin maksadile ihtiyadi tedbir ittihaz olunamaz. Bunun gibi dâvanın mevzuundan ayrı bir istek üzerine ihtiyadi tedbir kararı verilemez. Ezcümle ayni mün zaalı bir gayrimenkule ait dâvanın ruiyeti sırasında müddeaaleyh zimmetinde bey veşira akdinden mütevellit bir alacak hakkında tetbir ittihazı talep edilemiyeceği gibi.

Ayrılık veya boşanma dâvası üzerine ittihaz olunan muvakkat tedbirlerin (bunun içinde kadın ve çocuklar için karar altına alınmış bulunan nafakada vardır). Diğer ihtiyadi tedbirlerden ayrı bir tedbir olduğunu kanunun sarahat ve delâletinden istinbat etmeye imkân göremedim. Bu tedbirler ayni katagoriye dahil ayni vasfı hukukiyi haiz bulunmaktadırlar. Ayni zamanda bunları dâvanın mevzuundan ayrı bir istek addetmeyede imkân yoktur. Gerçi ilk bakışta boşanma veya ayrılık dâvasile nafaka talebi arasında medlûl ve mefhum itibarile fark vardır. Bunlar ayrı ayrı şeylerdir. Hatta nafaka dâvası sulh mahkemesinde müstekilen ikame olunabilir. Fakat meseleyi şumullü düşünecek olursak boşanma veya ayrılık dâvası üzerine nafakaya veya çocukların muhafazasına veya kadın için mesken temine matuf talepler boşanma veya ayrılık dâvasına merbut hadiselerdir. Vehleiulârda ayni münazaalı bir menkul hakkında açılan mülkiyet dâvasile bu munkûlün haciz veya yedi adle tevdii taleblerinin birbiriyle münasebeti olmadığı zannı hasıl olduğu gibi boşanma veya ayrılık dâvası üzerine kadının infak ve iaşesi ve iskânı veya çocukların muhafazası veyahut karı kocanın mali münasebetleri hakkında ittihazı istenen tetbirlerle bu dâvanın bir münasebeti olmadığı zannedilir. Fakat iş dar çerçiveden görülmeyerek geniş dü-

şünülecek olursa ayni münazaalı menkulun haciz veya yedi adle tevdii isteğile mülkiyet dâvası ve ayrılık ve boşanma dâvasile medeni kanunun 137 inci maddesindeki tedbirlerin ittihazı isteği arasındaki sıkı münasebet ve irtibat anlaşılır. Medeni kanunun işbu maddesindeki tedbirler esas boşanma davasile alakadar bulunmamış olsalardı müstakilen talep edilmelerinde bir mahzur mevcut olmazdı. Halbuki bu tedbirler boşanma ve ayrılık dâvasına okadar merbutturlar ki bunlar boşanma ve ayrılık davasının ikamesinden evvel istenemezler. Usulün 101 inci maddesinin 4 üncü bendinde bu tedbirlerin ancak ayrılık veya boşanma dâvasının ikamesinden sonra ittihaz olunabileceği tasrih edilmiştir. Bu noktada diğer ihtiyadi tedbirlerden ayrılmakla beraber onların manzumesi için de kalmışlardır.

Bundan başka boşanma veya ayrılık dâvası üzerine mahkemece ittihaz olunacak muvakkat tedbirler yalnız kadın ve çocukların iaşesine müsedair tedbirlerden ibaret değildir. Bu tedbirler içinde kadının iskânına çocukların karı ve koca veya bir müessese nezdinde muhfazasına ve karı kocanın malî münasebetlerine ve meselâ kocanın karıyı temsil salâhiyetinin refine veya kocanın karısına karşı tahakkuk edecek borçları için kocadan teminat alınmasına veya karının emvalini idaresi salâhiyetini ondan nez edebilecek ve bu servet için de esham veya tahvilât bulunuyorsa bunları mahkemeye tevdi husussun da kocayı icbar edecek tedbirlerde vardır. Meslektaşımın mütalâasını kabul edecek olursak bu tedbirlerin boşanma veya ayrılık hükmünün katileşmesine kadar devamlarını kabul etmek zarureti hasıl olacaktır. Bunlardan yalnız nafakanın devam eyleyeceğini kabul ederek diğerlerinin kalkacağı mütalâa edecek olursak kanunun şayni maddede zikrettiği ve aralarında hiç bir tefrik yapmadığı tedbirler arasında bir farkın husulüne meydan vermiş olacağız. Bu ise esasatı ilmiyeye ve vazi kanunun pirensibine muhalif bulunmaktadır. Buraya kadar vaki izahatımızda şunu tebaruz ettirmeye çalıştık. boşanma veya ayrılık dâvası üzerine kanunu medeninin 137 inci maddesine tevfikan ittihazı talep edilecek olan muvakkat tedbirler dâva mevzuundan ayrı bir (istek) değillerdir. Bunlar boşanma veya ayrılık dâvasına müteferridirler. Bu itibarla bunların dâvadan ayrı olarak ittihazı talep edilemediği gibi dâva ikâmesinden evvel de istenemezler. Bunlar dâvanın mevzuundan ayrı bir (istek) olsalardı boşanma veya ayrılık dâvası ikame edilmeksizin dahi talep ve ittihaz olunabilirlerdi. Esasen bütün ihtiyadi tedbirler esas dâvanın mevzuuna bağlıdır. Usulun 101 inci maddesinin 1,2,3 numaralı bentlerindeki tedbirler esas hakkında dâva açılmazdan evvel ittihaz olunabilir-

lersede yine muayyen müddet zarfında dâva açılmazsa kendiliğinden mürtefi olurlar. İhtiyadi tedbirler, tabiri, lafzı manada kendilerinde daimilik bulunmayan ve muayyen bir müddetle payidar olmaları lâzımgelen tedbirlerdir. Bu müddette esas hakkında karar verilinciye kadar geçecek zamandır. Bunlar muvakkat koruma tedbirleridir. Mülkiyeti kimin olduğu henüz sübut bulmamış bir malı aç ve ortada kalmış çocukları, koca evinde yaşaması mümkün olmıyan kadını himaye için alınan tedbirlerdir. Bu tedbirlerin muvakkat bulunduğu ve mahkemeden karar çıkıncaya kadar muteber bulunduğunu bu günkü şarihlerimiz de kabul etmektedirler. Mustafa Reşidin Hukuk Usulü Mahakemeleri Kanunu şerhi «sayfa 99 mnmaileyhin kanunu medenî şerhi sayfa 63, Rossel 418 – 420 bak».

Medenî Kanunun 137 inci maddesideki tedbirlerin ve bu meyanda karının infakına mütaallik tedbirlerin ihdiyatî tedbir olduğunu ve bunların boşanma veya ayrılık dâvasına merbut bulunduğunu kabul ettikten sonra bu tedbirlerin de hukuk usulü muhakemeleri kanununun 112 inci maddesine göre esas hakkında mahkeme tarafından verilen kararın tefhim veya tebliğ olunmasını mütaakip kalkacağını da kabul etmek iktiza eder. Hadiseyi bu görüş zaviyesinden mütalâa etmek mavakıa da muvafık düşer. Malumdurki boşanmaya mütedair ilâmlar katileştikten sonra, esas hakkındaki karar tarihinden itibaren hüküm ifade ederler. Bu hususta meslektaşım ile hemfikiriz. Ve temyiz içtihadı da bu merkezdedir. Bunun aksini kabul etmek mümkün değildir. Çünkü hukuk usulu mahakemeleri kanununun 443 üncü maddesi hükmünce aile hukukuna mütaallik hükümlerin iktisabı katiyet tarihlerine değil infazları talik edilmiş ve bu tarihe kadar hükümleri merfuk bulunmamış olduğundan katileştikten sonra karar tarihinden itibaren hüküm ifade etmeleri tabiidir. İmdi tetbir nafakasının hükmün tefhim veya tebliğini mütaakip kalkmadığını kabul edecek olursak hüküm tarihi ile ilamın katiyet kesbettiği tarih arasındaki müddet zarfında kocadan tahsil olunacak nafakanın mesnedi bulunmayacaktır. Dâva red olunduğu takdirde hâkim tedbir nafakasını tezyit veya tenkis eder. Ve aynen ipka ederek devamına karar vereceğinden bu vaziyette bulunan kadın için bir zarar vukuu melhuz değildir. Boşanmaya mütedair kararın temyizen bozulması halinde karı, dâvanın tekrar ruyetine başlanınca yine tedbir nafakası isteyebileceğinden bu takdirde dahi vukuu melhuz zararın önüne geçilmiş olur binaenaleyh medeni kanunun 137 inci maddesine tevfikan vukuu bulan talep üzerine ittihaz olunantedbir nafakasının esasa mütedair hükmün tefhim veya tebliğini mütaakip kalkması realiteye

uygundur. Esasen bu nevi tedbirler hakkında usul kanununda başkaca hükümde mevcut olmadığı için bunlarıda diğer tedbirlerin tabi olduğu hükümlere tabi tutmak ilme de muvafık düşer.

Hukuk usulu muhakemeleri kanununun 500 üncü ve medeni kanunun 161 inci maddesine tevfikan sulh mahkemeleri tarafından hükmolunan nafakalar mahiyet itibariyle bir tedbirden başka bir şey değildir. Usulun 500 üncü maddesinde; evlilik birliğinin siyaneti için kanunu medenide mevzuubahs tedbirlerin; iki tarafdan birinin talebi üzerine diğeri celp edildikden sonra sulh hâkimi tarafından ittihaz olunacağı yazılı bulunduğu gibi medeni kanunun 161 inci maddesinde de karı kocadan birisi; aile vazifelerini ihmal eder yahut digerini tehlikeye, hacalete veya zarara maruz bırakırsa müteessir olan tarafın hâkimin müdahalesini talep edebileceği ve hâkiminde kabahatlı olan tarafa vazifelerini ihtar edeceği ve bu ihtar semeresiz kalırsa birliğin manafiini siyaneten kanunda muayyen tedbirleri ittihaz edeceği tasrih olunmuştur. Görülüyorki usulun 500 üncü ve medeni kanunun 161 inci maddesine tevfikan hâkim tarafından ittihaz olunacak kararlar bir tedbirden başka bir şey değildir. Temyiz mahkemesi dahi bu suretle içtihadda bulunmuştur. Bunun içindirki bu tedbirlerin ittihazı en az masrafla ve daha çabuk ifa edebilecek sulh hâkiminden istenilebilir. Şimdi usulun 500 üncü ve kanunu medenin 160 ıncı maddesine göre hükmolunan nafakanın tedbir mahiyetinde bulunduğunu anladıkdan sonra boşanma veya ayrılık dâvasını mütaakip asliye mahkemesi hâkimi, talep üzerine bu nafakayı tezyit veya tenkis veya bu tedbire ilâveten başka tedbirler ittihaz edebilecek midir? bunu tetkik edelim; mademki; sulh hâkimi tarafından karar altına alınmış olan bu nafaka birliğin siyanetini temin maksadile ittihaz olunmuştur. Bir tedbirdir. Asliye mahkemesine boşanma veya ayrılık dâvası ikamesini mütaakip karı kocadan biri talep eder ve mahkemece bu talep muhik görülürse asliye hâkimi bu nafakayı tezyit veya tenkis edebilir. Meselâ bir sene evvel sulh mahkemesince lehine nafaka hükmedilmiş olan karı tarafından koca aleyhine açılan başanma dâvasının muhakemesi sırasında medeni kanunun 137 inci maddesine istinat olunarak mevcut nafakanın bu günkü ekonomik vayiyetlerin değişmesi hesabile kâfi gelmediği iddia olunarak tezyidi istenirse bu talebin asliye mahkemesince kabul olunmaması için haklı bir sebeb göremiyorum. Hâkim bu günün iktisadi şartlarını göz önüne alarak bu nafakayı tezyit eder. Veyahut karı tarafından sulh mahkemesince çocuklar hâkkında her hangi bir tedbir kararı ittihaz olunmadığı beyan edilerek bu hususta ted-

biren bir karar ittihazı istendiği takdirde asliye hâkimi mevcut tetbirlere ilâveten yeni tedbirler ittihaz eder veya muhakemenin hitamından evvel yine talep üzerine bu tedbiri değiştirebilir. Sulh hâkimi tarafından hükmedilmiş olan nafakayı tezyide salâhiyetli tanıdığımız asliye hâkiminin bu nafakayı tenkis salâhiyetini tanımamak hukuk prensiplerine muhalif olur.

Görülüyor ki muhterem meslektaşımın mütalâasının aksine olarak sulh hâkimi tarafından hükmedilmiş bulunan nafakanın boşanma veya ayrılık dâvası ikame ediltikden sonra bu dâvayı gören asliye mahkemesince değiştirilmesinde kanunî bir mahzur olmadığı gibi sulh hâkiminin kararlarının asliye mahkemesi tarafından kontrul gibi bir manada çıkmaz sulh hâkiminin takdir etmiş olduğu nafakayı asliye hâkimi değiştirmemiş ise bunu kendisine mal etmiş demektir. Bu itibarla sulh mahkemesi tarafından, müstakilen açılan dâva üzerine hukuk usulü muhakemeleri kanununun 500 üncü ve medenî kanunun 161 inci maddelerine tevfikan hükmolunan nafakalar dahi esas hakkındaki hükmün tefhim veya tebliğini mütaakip kalkar. Arkadaşımız bunu sulh hâkimi tarafından verilen nihai kararın asliye mahkemesince refi mahiyetinde telâkki ederek bunun vazife itibarile kabil olmadığını söylüyor medeni kanunumuz bazı hallerde sulh muhakemeleri tarafından verilen kararları asliye mahkemelerinin refi salâhiyetini kabul etmiştir. Bu hususta bir çok misaller gösterebiliriz. Fakat biz burada yalnız bir tenesini zikr ile iktifa edeceğiz. Medenî kanunun 404 üncü maddesinde ; temyiz kudretini haiz olan vesayet altındaki kimse ile herhangi bir alakadarın; vasinin tasarrufu aleyhinde sulh mahkemesine şikâyet edebileceği ve sulh mahkemesinin bu hususta vereceği karara karşı tebliğinden itibaren on gün zarfında mahkemeyi asliyeye itiraz edebileceği yazılıdır. Vasinin tasarrufu aleyhinde vaki şikâyet üzerine sulh hâkiminin vereceği karar şüphesiz nihai bir karardır. Fakat bu kararın itirazen asliye mahkemesince tetkiki vazii kanun tarafından tecviz olunmuştur. Buna binaen boşanma veya ayrılık dâvası üzerine sulh hâkimi tarafından evvelce ittihaz olunmuş bulunan bir tedbiri medenî kanunun 137 inci maddesi gereğince asıl salâhiyetli olan asliye hâkiminin tetkik edememesi için ciddi bir sebeb yoktur.

Hulâsa; evvelce vaki mütalâamız veçhile temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesinin mezkûr kararı mevzu kanun hükümlerine muhalif bulunmakla beraber muhterem meslektaşımın daire kararını musip gören yazısındaki mucip sebebler bizi tatmin edemediğinden düşüncelerine iştirakda kendimizi mazur telâkki ederiz.

371

No : 78

# Dâva Hakkı

Yazan

**Eyyüp Sabri Erman**
**Menemen Hukuk**
**Hâkimi**

Dâva hakkı; şahsiyeti teşkil eden hakların bir teminatıdır. Kanunen korumağa değer hakkının ihlâl edildiğini sanan her şahsi; nazım ve fert kuvvetinin üstünde bir kudret olan devlete baş vura rak haksızlığın önü alınmasını isteyebilir. Bu yönden dâva ; asıl hakka bağlıdır. Ancak hakka sahib ve malik bulunanlar dâva salâhiyetini haizdirler. Muhakeme usülüne ait kanunlar hukuki münasebet ve muamelelerden doğan her ihtilâf zımmında taraflara mahkemeye baş vurmak salâhiyeti tanıyarak dâva tabirine daha geniş bir mana atfederler. Fertler arasında ihtilâfı mucip hakkın vucudu, sahibi ancak mahkeme sonunda belireceğine göre çerçevenin bu kadar geniş tutulması zaruridir. Maamafi ; haklı olduğunu sanan her şahsa dâva sâlahiyeti tanımak bir takım suiistimallere yol açabilir. Kötü niyetli bazı kimseler bu salâhiyeti fena emellerine alet ederek hasımlarını gerek maddeten ve gerekse manen zarar ve sıkıntıya sokabilir. Eakat bir hakkın suiistimâl edilebilmesi ihtimali o hakkın bütün bütün kaldırılmasını değil belki fena kullanmanın önüne geçici müeyyideler konmasını istilzam eder. Nitekim; hukuk usülü muhakemeleri kanunu 421 ve müteakip maddelerinde : haksız yere dâva açan veyahut kötü niyet sahibi bulunan tarafın kanunî masraflardan başka diğerinin vekili ile arasında kararlaştırdığı vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmı ile mahkûm edilebileceği gibi kendisinden 100 liraya kadar para cezası da alınabileceğini bildirmek suretiyle bunu temin etmiştir.

H. U. M. K. nun 38 inci maddesi (dâvaya ehliyet) medenî kanun ile tayin edilmiş olduğunu bildirmektedir. Medenî kanunda bu hususta açık ve kati bir hüküm yoktur. Kimlerin dâva hakkından is-

tifade edebileceğini ve bu hakkı kullanabileceğini tesbit için medenî kanunun ilgili müteferrik maddelerini yekdiğeriyle karşılaştırmak, gerek lafzı ve gerekse ruhu ile belirtmek istediği mananın mevzuu ile alâka derecesini araştırmak lâzımdır. dâva hakkından faydalanmak ve bunu kullanabilmek yekdiğerinden tamamen farklı olduğundan tetkikatımızda aralarındaki bu ayrılığı mümkün mertebe tebaruz ettirerek medenî kanunda her birine tereddüp eden hükümleri ayrı ayrı inceleyeceğiz.

**DÂVA HAKKININ MAHİYETİ :**

Dâva salâhiyeti asıl hakkın korunması için tanınmış bir nevi teminattır. Bu itibarla koruduğu hakka bağlıdır. Bununla birlikte doğar, birlikte zail olur. Asıl hakkın başkalarına nakli ve parçalanması kabil ise dâva hakkında başkalarına nakil edilebilir, parçalanabilir. Medenî kanunnmuz dâva hakkını asıl hakkın korunması için bir teminat olarak telâkki etmektedir. Bu yönden hakkı mevcut olmayan dâva selâhiyetine de malik bulunmaması icap eder. Nitekim bir şeyin gasıbı aleyhinde ancak o şeyin maliki dâva açabilir. Bu şeye hakkı taallûk edenlerden gayrisi bu salâhiyeti haiz değildir. Ma lsahibi bu şeyi başkasına satmış olduğu takdirde dâva salâhiyeti de yeni malike intikal edeceğinden evvelki malikin mülkiyet sebebiyle hakkı dâvası münselip olur. Derhal şurasını kayt edelim ki ; kanun bazı istisna'i hallerde hak sahibi olmayan şahıslarda dâva hakkı tanımıştır. Ezcümle: medenî kanunun 71, 100, 113, 245, 504, 588 inci maddelerinde yazılı hükümlerde bunlardan bazıları gösterilmiştir. Bu maddelerde; cemiyetin gayesi ahlâk ve adaba mugayir bulunması, evlenmenin mutlak butlan ile batıl olması, evlenmeden evvel gebe kalan kadının çocuğunu koca tanımış olsa bile bu şahsın çocuğun babası olması ihtimali bulunmaması ilâh. gibi hallerde Cumhuriyet müddeiumumilerine, mahfuz hissesine tecavüz edilen mirasçı ihtara rağmen tenkis dâvası açmadığı takdirde iflâs masasına veya elinde borç ödemekte acze dair vesika bulunan alacaklılara dâva açmak hakkı verildiği gibi mirasçılardan birinde bulunan alacağını tahsil edemeyerek aciz vesikası olan alacaklıya bu mirasçı yerine geçerek terekenin taksimini istemek salâhiyeti verilmiştir.

Kumar ve bahisten doğan münasebetlerde olduğu gibi bazı haklar dâva salâhiyetile temin edilmemiştir. Kumar ve bahiste kazanan şahıs diğer tarafı borcunu yapmağa zorlamak için dâva açamaz. Fakat bu borc kendiliğinden eda edilirse verilen şeyin geri alınması mümkün değildir.

373

Bazan aynı şeye birden fazla şahsın hakkı taallûk edebilir. Bu haklar ya farklı hukukî muamelelerden doğar ve ayrı mahiyet arz eder. Malik ve müstecirin me'cura taalluk eden haklarında olduğu gibi: misalimizde ; malikin hakkı, hakkı mülkiyetten müstecirinkiise kira mukavelesinden doğmaktadır. Me'cur üçüncü şahsın tecavüzüne uğrayıp akdin maksadı dahilinde faydalanmak münselip olduğu takdirde malik hakkının tanınması için dâva açabileceği gibi müstecir de maliki böyle bir dâva açmağa zorlayabilmekle beraber müstakillen dâva salâhiyetini haizdir.

Ayni şeye taallûk eden müteaddit şahsın hakkı bazan ayni sebepten doğar ve ayni mahiyeti arz eder. Birlikte satın alınan malın müştereken tasarruf edilmesinde olduğu gibi. Müteaddit şahsa ait bu hak kabili inkisam ise; yâni her birine taalluk eden hak tesbit ve teşhis edilebiliyorsa bu şahıslardan her birinin ayrı ayrı ve yalnız kendisini ilgilendiren kısım için dâva açması lâzımdır. Hak gayri kabili inkisam olduğu takdirde şeriklerinden yalnız biri dahi hakkın tamamını talep ve dâva edebilir. Meselâ: Muayyen bir tablonun tersimini ayni mukavele ile müteaddit şahsa karşı taahhüt eden ressamı; borcunu yapmağa hak sahibi olan şahıslardan her biri zorlayabilir. Borçlar kanununun 69 uncu maddesi borcun parçalanması mümkün olmadığı ve hak sahipleri de birden ziyade bulunduğu takdirde bunlardan her birinin borcun tamamının yapılmasını isteyebileceğini açıkça zikretmektedir. Bu madde ayni zamanda; parçalanması mümkün olmayan hakkın birden fazla şahsa taallûk etmesi halinde göz önüne almış ve bu takdirde hak sahibine borçlulardan her hangi birine müracaatla alacağının tamamını dâva etmek salâhiyetini tanımıştır. Türk Temyiz mahkemesince takarrür ettirilen bir içtihadı burada zikretmek faideden hali değildir. Bu içtihada göre: terekeye dahil menkul mallar üzerinde mirasçılardan biri istihkak iddiasında bulunduğu takdirde münazaalı malların müstehlek veya aynen mevcut olup olmadığının tesbiti lâzımdır. Müstehlek olanların tahakkuk edecek kıymetlerinden ve mevcut olanları da satılarak esmanında dâvacının miras hissesine hükmedilmesi icap eder.

Ayni şahsa ait bir hakkın inkisemı da mevzubahis olabilir. Malikin mülkiyeti altındaki gayri menkulü parçalara ayırarak satması gibi. Bu hal de mülkiyet hakkına bağlı bulunan dâva hakkında inkisama uğramış, yeni malikler temellük ettikleri parçalar nisbetinde dâva salâhiyetini iktisap etmiş olurlar.

Ayni şeyin birer cüz'ü üzerinde hak sahibi muhtelif şahısların

gerek yekdiğeriyle ve gerekse haklarının taallûk ettiği şey ile aralarında mevcut münasebet üzerinde biraz fazlaca durmak istiyoruz. Temyiz Mahkemesi Heyeti Umumiyesi 31/1/1940 Tarih 14/148 sayılı Kararıyle; müşterek mülkün tasarruf ve mülkiyeti hakkında açılacak dâvalarda şeriklerden biri diğerini temsile salâhiyetli olmadığından yalnız kendi hissesi hakkında dâva hakkına malik olduğuna içtihat etmiştir. Bu kararın esbabı mucibesi üzerinde yaptığımız incelemede; mülteki iştirakin mahiyetini anlamak kabil olmadı. Fakat irsen intikâl etmiş bir gayri menkulde mirasçılardan yalnız birinin müracaatı üzerine gayri menkulün tamamına vaki müdahalenin men'ine müteallik olmak üzere Mahkememizce verilen bir karar temyiz mahkemesi dairesi hususiyesince bozulmuş olduğundan Türk Temyiz Mahkesinin bu hususlaki içtihatlarını incelemeğe değer mahiyette buluyoruz. Bir gayri menkule birden ziyade şahsın malikiyeti; müşterek mülkiyet, iştirak halinde mülkiyet olmak üzere iki şekilde tecelli edebilir. Bu iki şekil mülkiyet arasındaki ince farkın tebaruz ettirilmesi lâzımdır. Müşterek mülkiyette şeriklerde her birinin hissesi o şey in muayyen bir kısmına taallûk eder. Hissedarlardan her biri kendi hissesi hakkında malik hak ve sıfatlarını haizdir. Bu hisseyi bizzat temlik veya terhin edebildiği gibi alacaklıları da haciz ettirebilir. İştirak halinde mülkiyette vaziyet tamamile başkadır. Şeriklerin hisseleri taayyün etmemiştir. Her bir hissedarın hakkı o şeyin tamamına saridir. Yani o şeyin en küçük bir cüz'ü üzerinde bile bütün hissedarların hakkı vardır. Bu kabil mülkiyet Kanun ve mukavele ile ve muayyen hallerde teessüs eder. Terekeye dahil mallar üzerindeki mirasçıların, aile şirketi emvalinde şirkete, karı koca arasındaki mal ortaklığı usulünde ortaklığa dahil mallar üzerinde alâkalıların mülkiyetleri iştirak halinde mülkiyete birer nümunedir. Bu kabil mülkiyette şerikler mülkün şayi cüz'ü üzerinde tasarruf icra edemez. Kendi hissesini müstakilen satamaz, terhin edemez.

Kanaatimize göre: iştirak halinde mülkiyet ile tasarruf edilen mallarda; hissedarlardan her birinin o şey'in tamamını dâva etmeğe hak ve salâhiyeti vardır.

Esas hakkın başkasına devir ve nakli mümkün olmadığı takdirde dâvada devredilemez. Ezcümle; babalığa hüküm ile çocuğun iktisap edeceği şahsî hakların başkasına devri mümkün olmadığından dâva salâhiyetini haiz bulunan çocuk ve bunu doğuran kadın dâva hakkını ahara devredemezler.

375

**DÂVA HAKKINI İKTİSAP VE FAYDALANMAK :**

Dâva salâhiyetini; hakkın korunması için tanınmış bir nev i teminat olarak tarif etmiş ve asıl bakka bağlı olduğunu bildirmiştik. Dâva hakkını müstakillen tetkik ettiğimiz takdirde; bunun da diğer şahsî, malî, aynî ilâh, haklar gibi medenî haklar meyanına girdiğini görürüz, binaenaleyh; doğumu ve iktisabı ayni hükümlere tâbidir. Medenî kanunun 8, 27 ve ilğili diger maddeleri çerçevesi dahilinde incelenmesi icap eder.

Hakkın sujesi şahıslardır. Esasen Haklara sahip, borçlarla mükellef tutulabilmek kudret ve salâhiyeti olarak tarif edilen şahsiyetin vasıflarını incelediğimiz zaman hakikî ve hükmî şahıslar dışında kalan şeylerin ezcümle hayvanat ve cemadatın haklara sahip olamayacağını anlarız. Bunlar ancak hakka mevzu teşkil edebilirler. Bizatihi bir hak sahibi bulunmıyan bir hayvan veya bir şey namına dâva açmak veya açılmış bir dâvada bunları hasım tutmak asla tasavvur edilemez.

Hakikî şahıslar doğumlariyle mędenî hakları ve ezcümle dâva hakkını iktisap ve ondan istifade ederler. Esasen herhangi bir hakka sahip olmanın en tabiî bir neticesi olarak bu hakkın ihlâli halinde dâva salâhiyetinin tanınması zarureti aşikârdır. Bu itibarla yaş, cins, mezhep, milliyet ilâh. farkları aranmaksızın her hak sahibinin buna merbut olarak dâva salâhiyeti de vardır. Yalnız her hükümetin mevzuatı; Devletler arasındaki ahdî ve teamülî münasebetlerden mülhem olarak ecnebilere bu hakkı verirken az çok bir takım kayıtlar koymak zorunda kalmışlardır.

Medenî kanunumuzun 8. inci maddesinin son fıkrası şahsiyetin doğum ile başladığına mütaallik hükme istisnai bir vaziyet eklemiştir. Bilâhara tam ve sağ doğmak şartiyle çocuğa; ana rahmine düştüğü andan itibaren medenî haklardan istifade etmek hakkı tanınmıştır. Çocuk sağ olarak doğduğu andan itibaren şahsiyetini iktisap eder. Fakat; medenî haklardan istifade edebilmesi mâkabline yani ana rahminde bulunduğu zamana dahi teşmil edilmiştir. Meselâ: Tereke açıldığı zaman ölenin karısı henüz gebe ise; bilâhara sağ doğmak şartile cenin de mirasçıdır. Terekede hak sahibidir. Malların taksimi çocuğun doğumuna kadar tehir edilir. Ceninin hukukunu korumak için her türlü tedbirler alınır. Cenin bir şartı taliki ile yani sağ olarak doğmak şartile hakka sahip kılındığından mirasta tenkis, istihkak ilâh. gibi dâvaların şartın tahakkukundan sonra açılması lâzımdır.

376

Medenî kanunumuzun 295, 296, 298 inci maddeleriyle evlilik haricinde ana rahmine düşen çocuk; henüz doğmadan evvel bazı şahıslara babalığa hüküm dâvası açmak salâhiyeti tanıyarak bu kaideye başka bir istisna daha ilâve etmiştir.

Şahsiyet; ölümle zeval bulur. Ölenin patrı muvanına dahil hak ve borçları ve buna bağlı dâva hakları mirasçılarına intikal eder. Yalnız şahsiyete sıkı surette bağlı bazı haklar mirasçılara geçmeyip şahısla birlikte zail olurlar. Meselâ: Nişandan mütevellit mânevi tazminat istemek hakkı şahşa sıkı surette bağlı haklardan bulunduğundan mirasçılara intikal etmez. Mirasçılar böyle bir dâvayı yeniden açmak salâhiyetine malik değildirler. Ancak ölenin hayatta iken açtığı dâvayı takip edebilirler.

## DÂVA HAKKININ KULLANILABİLMESİ :

Şahsiyetin başlangıcı dâva hakkının iktisabı için kâfidir. Fakat bu hakkın kullanılması bir takım kayıt ve şarta bağlıdır. Bu şartları medenî kanunun 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16 ve ilgili diğer maddeleri çerçevesi içinde inceleyeceğiz. Medenî hakların ve bu meyanda dâva hakkının kullanılabilmesi için hakikî şahısların haiz bulunmaları lâzımgelen şartları şu suretle hulâsa edebiliriz:

**1 — Reşid olmak** : Medenî kanunumuza göre rüşd 18 yaşını ikmalile başlar. Yaradılışları icabı insanların aklî melekâtı, bedenî kuvvetleri gibi zamanla ve yavaş yavaş gelişir, olgunlaşır. Yeni doğan veya henüz küçük bir yaşta bulunan bir çocuk yaptıklarının mahiyetini ve neticesini bilmez, kestiremez. İnsanlardaki bu fıtrî tekâmül göz önünde tutularak ötedenberi medenî hakların kullanılması için muayyen bir had tayin edilegelmiştir. Eski kanunlar aklî ve bedenî kuvvetlerin bülûğ ile tekâmülünü tamamladığını göz önünde tutarak bulûğ hadisesini rüşd için başlangıç saymışlardır. Mecelle bu esası; erkek ve kızlarda bülûğa ermenin en erken ve en geç başlaması zamanını tesbit etmek suretile kabul etmişti. bülûğ en erken kızlarda dokuz erkeklerde oniki ve en geç her ikisinde de onbeş yaşında başlayabilirdi.

Eyiyi fenayı yani temyiz kudretini kazanmak mücerret medenî hakları kullanmak için yetişmez. Çocuğun sosyal alanda ve olaylar üzerinde az çok bilgi ve melek ekazanması da lâzımdır. Bilhassa hayatın, hukukî muamele ve fiillerin fazlalaştığı, anlaşılması güç ve karışık bir hale geldiği bu zamanda temyiz kudretini kazandıktan

sonra dahi çocuğa olgunlaşabilmesi için bir müddet daha zaman ve fırsat verilmesi icap eder. Aklî ve bedenî kuvvetlerin olgunlaşması, haricî âlemdeki olaylar hakkında edinilecek meleke ve bilgi şahsın yaradılışına göre değişir. Sinni rüşdü her şahsa göre ayrı ayrı tayin etmek muamelelerin karışması neticesini doğuracağından bu hususta sabit bir had tayini zaruridir. Her milletin kanun yapıcıları ülkesi içinde yaşayan ferdlerin ırkî vasıflarını, bunların olgunlaşmasında büyük tesirler gösteren muhiti, sosyal bünyeyi ilâh. göz önünde tutarak rüşd için muayyen bir yaş kabul etmişlerdir. İsviçre medenî kanununda rüşd yaşı yirmi, Alman ve Fransız kanunlarında ise 21 dir. Sinni rüşdü bitirmek medenî kanun nazarında temyiz kudretine ve olgunlaşmağa bir delil ve karinedir. Böyle bir şahsın temyiz kudretini haiz olmadığı iddia edildiği takdirde isbat külfeti bunu iddia eden şahsa tereddüp eder.

Doğuşunda kusur ve gerilik neticesi bazı şahısların rüşd için muayyen yaşı buldukları halde temyiz kudretini iktisap etmedikleri vakidir. Bu istisnai bir vaziyet olup kanunda mevzubahs edilmiş ve bu kabil eşhasın hukukunun korunması için hususî hükümler konulmuştur. Medenî kanunun 369 uncu maddesi mucibince anormal bir bünye ve teşekküle malik bu gibi şahıslar sinni rüştünü ikmal etmeden hacredilip üzerlerindeki velâyet uzatılabileceği gibi vesâyet altına da alınabilirler.

Bazı küçükler pek erken olgunlaşır ve medeni hakları kullanmıya liyakat gösterebilirler. Bu hali göz önünde tutan kanun yapıcı kazaî rüşd müessesesini kabul etmiştir. Medenî kanunumuzun 12 inci maddesine göre on beş yaşını bitiren küçük kendi rızası ve ana babasının muvaffakiyetle Asliye mahkemesince medeni hakları — kullanmağa mezun sayılabilir. Meselâ : Babasının ölümü halinde ötedenberi buna ait ticarethanede çalışarak ehliyetini ispat etmiş ve bu ticarethaneyi başlı başına idare edebilecek derecede liyakat göstermiş çocuğun reşid sayılmasındaki zaruret aşikârdır.

Medenî kanunumuz evlenme gibi en mühim bir akdı yapan şahsın halinide göz önüne alarak (Evlenmenin kişiyi reşid kılacağını zikre mecburiyet duymuştur. Bizde evlenme çağı ; kızlar için on beş erkekler için on yedi yaşın bitirilmesiyle başladığına göre bu yaşları doldurup evlenmiş olan erkek ve kadınlar medenî hakları kullanmağa ehildirler.

**2 — Mümeyyiz olmak :** Temyiz kudreti ; bir şahsın eyiyi kötüden ayırabilmesi, fiil ve muamelelerinin sonunu kestirebilmesidir.

378

Yani ; fiillerinde sevki tabiî ve alışkanlık yerine şuur ve idareyi hâkim kılmasıdır. Mecellede : (Bey'in salip, şıranın calibi mülkiyet olduğunu fehmü idrak etmek evsaf ve kabiliyetidir.) şeklinde tarif edilmekte idi. Medenî kanun 13 üncü maddesiyle temyiz kudretini menfi surette tarif ediyor. Bu maddeye göre ; yaşının küçüklüğü sebebiyle veyahut akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya sarhoşluk ve bunlara benzer sebeplerden biriyle makul surette hareket etmek iktidarından mahrum olmayan her şahıs mümeyyizidir.

Yukarıda da bir nebze bahsettiğimiz gibi insanların kuvayi akliye ve bedeniyeleri tedricen gelişir ve olgunlaşır. Henüz pek küçük yaştaki çocuklarda temyiz kudreti yoktur. Bu kudretin inkişafı çocuğun Fıtraten haiz bulunduğu vasıflara tâbidir. Bazı çocuklar pek erken ve meselâ altı yedi yaşında temyiz kudretini kazandığı halde bazıları dokuz yaşına girmesine rağmen mümeyyiz değildir. Şunuda kayt edelimki ; çocuğun temyiz kudreti her hâdiseye göre değişir. Çocuk kendisince anlaşılması daha kolay ve sık sık karşılaştığı bir hâdisede temyiz kudretini haiz bulunmasına rağmen daha karışık diğer bir hâdisede bu kudretten mahrum olabilir. Kanunumuz temyiz kudretinin hangi yaşta başladığını kat'i olarak tayin etmemiş, takdirini hâkimlere bırakmıştır. Alman kanunu çocuklarda temyiz kudreti için yedi yaşını sabit bir hak olarak kabul etmektedir.

Bir şahıs bizatihi malik bulunduğu temyiz kudretini bazı sebeplerle daimî veya geçici bir zaman için gaip edebilir. Sarhoşluk, akıl ve iradeye tesir eder derecede humma nöbetleri, pek şiddetli infial hallerinde olduğu gibi. Böyle bir sebeple temyiz kudretini gaip ettiğini iddia eden şahıs bu iddiasını isbat etmek mecburiyetindedir. Zira : reşit olan şahıslarda asıl olan temyiz kudretinin varlığıdır. Fakat temyiz kudretinden mahrumiyet sebebiyle hacredilmiş bir reşide asıl olan temyiz kudretinin fıkdanı olduğundan ; mahcurun hacır devam ettiği müddet içinde temyiz kudretini haiz olarak yaptığı bir muamele ihtilâfı mucip oldukta ; bu muamelenin mahcurun anı ifakatında yapıldığını isbat etmek muamelenin sıhhatını iddia eden şahşa tereddüp eder.

Medenî hakları kullanabilmek için reşid ve mümeyyiz olmak kâfidir başka bir vasfın vücuduna lüzum yoktur. Reşid ve mümeyyiz bulunan her hakikî şahıs medenî haklar cümlesinden bulnan dâva hakkını kullanmak salâhiyetini de maliktir. İhtilâfı mucip olan hakkını dâva veya aleyhinde açılan dâvaları takip edebilir. Kanun istisnaî bazı hallerde reşid olmayan şahıslarada dâva açmak sa-

329

lâhiyetini vermektedir. Bu ciheti daha iyi anlayabilmek için her şeyden evvel (medenî hakları kullanma ehliyetsizliğine) mütaallik hükümleri incelememiz faideli olur. Medenî kanunumuz 14 üncü maddesinde mümeyyiz olmayanlar ile küçükleri ve mahcurları medenî hakları kullanmaktan men etmektedir. Bu hükmü ; mütaakip 15 ve 16 ıncı maddeler hükümlerile karşılaştırarak mutalâa edeceğiz. Bu takdirde ehliyetsizliği ikiye ayırmamız lâzımdır.

**1 — Tabii ehliyetsizlik :** Temyiz kudretini haiz bulunmayan küçüklerin ve mahcurların hukukî vaziyetlerini gösterir. Bu gibi şahısların tasarrufları hiç bir hüküm ifade etmez. Hattâ haksız fiille rinden doğan zararlardan bile mes'ul değildirler. Yalnız ; hakkaniyet icap ettiği takdirde borçlar kanununun 54 üncü maddesine göre sebebiyet verdikleri zararın tamamını veya bir kısmını tazmine mecbur edilebilirler. Mümeyyiz olmayan bu şahısların ehliyetsizlikleri mutlak mahiyette bulunduğundan dâva açmak veya aleyhlerine açılan dâvaları takip etmek iktidarına da malik değildirler. Ezcümle deliler mümeyyiz olmayan, küçükler bu arada sayılabilir.

**2 — Kanunî ehliyetsizlik :** Bu gibi şahışlar esas itibarile temyiz kudretine maliktirler. Eyiyi, kötüyü, yaptıkları hareketlerin neye vardığını bilir ve kestirebilirler. Fakat ; yaşlarının küçüklüğü veya israf, ayyaşlık, fenahal, fena idare ilâh. Gibi sebeplerden biriyle hacır altında bulunmaları itibariyle kanun nazarında ehliyetsiz sayılmışlardır. Tecrübesizlikleri veya iradeleri zayıf bulunması, iradelerini selb edici bazı maddeleri kullanmağı itiyat edinmeleri ilâh gibi seberlerle iltizami tasarruflarında haklarını lâyıkıyle koruyabilecekleri şüpheli görüldüğünden kendilerine bir mümessil tefrik edilmek suretiyle himaye edilmeleri düşünülmüştür. Bu gibi şahısların ehliyetsizlikleri mutlak olmayup mahdutdur. Bazı tasarruflarında kanunî mümessillerinin rızalarını almaları mecburi isede ; ivazsız iktisapta ve münhasıran şahsa bağlı hakları kullanmakta bu rızaya muhtaç değildirler. Haksız fiillerden doğan zararlardan mes'ul olurlar.

Temyiz kudretini haiz küçük ve mahçur kanunî mümessilinin rizasını almaksızın kullanmağa ehil oldukları haklar zimmında bizzat dâva açmak veya açılan dâvaları takip etmek salâhiyetini haizdirler. Ezcümle: ismi gasp edildiği, hayat ve sıhhatına karşı haksız bir tecavüzde bulunulduğu takdirde bu haksızlığın giderilmesi için bizzat mahkemeye müracaat edebilecekleri gibi ahvali şahsiyeye mütaallik nüfus sicilinin düzeltilmesini de isteyebilirler. Babalığa hüküm dâvası

382

açabilirler. Nafaka veya nişanın bozulmasından dolayı manevî tazminat iddiasında bulunabilirler.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Umum Heyetinin 13/12/933 tarih 40 sayılı kararında temyiz kudretini haiz bulunan küçük; şahsa merbut hakları kullanırken kanunî mümessilinin rizasını almak mecburiyetinde bulunmadığından dâvaya ehliyeti de kabul edilmek lâzım olduğu bildirilerek kanunun gayet açık olan bu hükmü tekrarlanmıştır.

Mümeyyiz bulunan küçük ve mahçurlar kanunî mümessillerinin iznini almaksızın iltizam edemedikleri tasarruflardan dolayı bizzat dâva açmak hakkını haiz değildirler. Kendilerini temsilen kanunî mümessilleri dâva açabilir.

Dâvacının kanunî ehliyetsizliği dâvayı açtıktan sonra anlaşıldığı takdirde ne gibi bir muamele yapılması icabeder? Fikrimize göre; böyle bir şahıs velev mümessilinin riza ve muvafatı inzimam etmiş olsa bile; dâvayı bizzat takip etmek salâhiyetine malik değildir. Muhakemenin behemehal kanunî mümessil huzuriyle görülmesi lâzımdır. Fakat; mümeyyiz bulunan küçük ve mahçurların; mümessillerinin rizasını almadan yaptıkları muameleler batıl olmayup (mevkuf) dır. Yani kanunî mümessil diğer âkit tarafından gösterilen müddet içinde küçüğün yaptığı akte muciz olduğuna dair rizasını ihzar ederse muamele bütün hukukî neticelerini doğurur. Binaenaleyh salâhiyet Hilâfı açılmış böyle bir dâvada; kanunî mümessil dâvayı devam ettirmeği himayesi altındaki şahıs için faideli bularak bunun namına bizzat iltihak etmek arzusunu izhar eder ve o zamana kadar yapılan muameleleri kabul ederse açılan dâva iptal edilmiyerek hükme bağlanması lâzımdır.

Bir alacak dâvası bir kaç celse görüldükten sonra dâvacının bu dâvayı açmak salâhiyeti olmadığı anlaşıldığını farzedelim. Mahçurun açtığı bu dâvanın; Kanunî mümessilin iltihakiyle sıhhat bulup bulmayacağı bir çok noktadan ehemmiyetlidir. Dâvayı keenlemyekûn sayarsak; bu dâvanın açılmasiyle mururu zamanın kesilmesi, muayyen bir müddete ve şekle tâbi ise bu müddet ve şekle riayet edilmiş olması ilâh gibi tahassül eden bir çok müktesep hakları da ibtal etmiş oluruz. Bunun aksi de varittir. Mahcur dâvayı kendi hukukunu korur tarzda açamamış veya takip edememiş olabilir. Binaenaleyh; kanunî mümessile bu hususta hakkı hıyar verilmesi, ancak müciz

olmadığı ve iltihak etmediği takdirde dâvanın keenlemyekûn sayılması adalete daha muvâfık olur.

Ehliyetsizlik dâva açıldıktan sonra arız olmuş, meselâ taraflardan biri delirmiş olursa; H. U. M. K. nun 42. inci maddesi hükmüne tevfikan kendisine bir vasi veya kayyum tâyin edilinciye kadar muhakemenin tâliki icap eder.

Kanunî temsil hususunda velilerin salâhiyetleri mutlaktır. Küçük namına dâva açıp açmamak için hiç bir makamdan izin almağa mecburiyetleri yoktur. Vasilerin hukukî vasiyetleri tamamen başkadır. Vasi medenî kanunun 405 inci maddesi mucibince: (hemen yapılması lâzım gelen muvakkat tetbirler müstesna olmak üzere husumet sulh, tahkim ve konkurdato akti) için sulh hâkiminin iznini almağa mecburdur. Kanun hemen yapılması lâzım gelen muvakkat tetbirlerden bahsediyor. Bunu kanaatımızca yalnız ihtilâflı şeyin muhafazası için alınacak ihtiyatî tetbirler, delillerin tesbiti gibi hâdiselere hasretmemeli, daha şumullü manâ vererek mururu zamanı kesmek zaruretiyle derhal açılması lâzım gelen dâvalara da teşmil etmelidir. Umumî kaide olarak, vesayet altındaki şahıs ivazsız iktisap ve şahsa sıkı surette bağlı haklar dışında kalan tasarruflariyle ilzam edilemezse de; medenî kanunumuz 396 ıncı maddesiyle bu kaideye bir istisna koymuştur. Vesayet altındaki kimseye sulh mahkemesince bir meslek veya sanatla uğraşmağa sarahaten veya zımnen izin verilmiş ise; bu şahıs bu sanat ve mesleğin zaruriyatından olan her tasarrufu yapabilir. Bu kabil tasarruflarından dolayı dâva açabilmek veya aleyhine açılan dâvayı takip edebilmek salâhiyetini haizdir.

Küçük veya mahçur ile kanunî mümessili arasındaki münasebet üzerinde dururken; mevzu ile fazla ilgisi olmamakla beraber bir noktaya ilişmeden geçemiyeceğiz. Kanunî mümessillerin açacakları dâva; temsil ettikleri şahıslara muzaftır. Neticede leh veya aleyhte verilecek hüküm ile doğrudan doğruya bir alâkaları yoktur. Ancak salâhiyetlerini fena kullandıkları, kusurlariyle bir zarar husule getirdikleri taktirde tazmin ile mükellef tutulabilirler. Velâyet altındaki küçükler, mahçurlar ve velileri ile küçüğün haksız fiilile zarara uğrayan üçüncü şahıslar arasındaki münasebet bir fark arzeder. Küçük ve mahçur ev reisinin nezaret ve murakabesi altındadır. Medenî kanunun 320 inci maddesi mucibince ev reisi; riyaseti altındaki küçüğün, mahçurun yahut dimağ hastalığı, akıl zayıflığı ile malûl olan kimsenin yaptığı zarardan mutat veçhile ahvalin icap ettirdiği dikkatle bunlara nezaret ettiğini ispat etmedikçe malen meul-

382

dur. Binaenaleyh bu gibi şahısların haksız fiilleriyle doğacak zararlardan dolayı tazminat dâvası bizzat bunlar namına kanunî mümessilleri aleyhine açılabileceği gibi şahsen mesul bulunan ev reisi aleyhinde de açılması mümkündür.

Hakikî Şahısların dâvaya ehliyeti bahsını bitirmeden evvel medenî hakları kullanmaktan kısmen mahrum sayılan şahısların hukukî vaziyetlerini tetkik etmekte faideli olur. Bazı şahıslar vardır ki hacir altına alınmaları mümkün değildir. Fakat bazı sebeplerle Medenî hakları istimal salâhiyetinden kısmen mahrum edilmeleri menfaatları iktizasıdır. Mahkeme bu vaziyetteki şahıslara bir müşavir tâyin eder. Kendine müşavir tâyin edilen şahış medenî kanunun 379. uncu maddesinde yazılı işlerin yapılmasında müşavirin reyini almağa mecburdur. Bu maddenin bir numaralı bendiyle; (Husumet ve sulh) hususunda da müşavirin reyini almak mecburî kılınmıştır. Binaenaleyh mahdut ehliyet sahibi şahıslar ancak müşavirin reyi inzimam ettikten sonra bizzat dâva açıp takip edebilirler. Mahkeme bu iznin alındığını tetkik ile mükelleftir. Bu şahısların şahsa sıkı surette merbut haklardan doğan dâvalarda böyle bir izne ihtiyaçları olmadığını bildirmeği izahtan vareste görüyoruz.

Dâva açmak veya aleyhine dâva açılmak isteyen ve istenilen şahıs kanunî ehliyeti haiz olmaz, kanunî mümessili de bulunmazsa derhal alâkalı vesayet makamına müracaatla vasi veya kayyum tâyin ettirilmesi icap eder.

Netice olarak şunu söyleyelim ki; medenî hakları kullanmağa ehil olan şahıs husumete de ehildir. Dâva açabilir. Aleyhine açılan dâvaları takip edebilir. Medenî hakları istimale ehil olmayan gayri mümeyyizlerin dâva salâhiyetleri mefkût ve mümeyyizlerin ise mahduttur. Kanunen ehliyetsiz sayılan mümeyyizler şahsa bağlı haklardan doğan ihtilâflarda dâva hakkına maliktirler. Dâvaya ehliyeti olmayan şahsın tevkile de salâhiyeti yoktur. Bizzat açmak ve takip etmek salâhiyetini haiz bulunmadığı bir dâvayı Avukat marifetiyle takip ettiremez.

**HÜKMÎ ŞAHISLARIN DÂVAYA EHLİYETLERİ:**

Hakikî Şahısların yaradılışları icabı kendilerine has bazı hak ve borçlar müstesna olmak üzere Hükmî şahıslar da aynen hakikî şahıslar gibi medenî haklardan istifade ve onları kullanmak salâhiyetini haizdir. Medenî kanunun 46. ıncı maddesi: hükmü şahısların cins, yaş, hısımlık gibi yaradılışları icabı olarak insana has bulunanlar-

383

dan maada bütün hakları iktisap ve vecibeleri iltizam edebilecekleri açıkça zikretmektedir.

Hükmî şahıs kendisini terkip eden ferdlerden ayrı ve müstakil bir varlığa maliktir. Bu itibarla bir küme, bir gurup halinde birleşmiş şahıslar ve âdi şirketlerle hükmî şahısları yekdiğerine karıştırmamak lâzımdır. Usulüne göre teşekkül etmiş bir cemiyet bir anonim Şirket ile köy ve vilâyet hususî idaresi birer hükmî şahsiyet olup bunlardan birinciler mukavele ile ikinciler kanun ile teşekkül ve teessüs etmiştir.

Hükmî şahsiyetin hukukî mahiyetini hukukçular muhtelif şekilde izaha çalışmışlardır. (Mefruz şahsiyet nazariyesi) taraftarlarının fikirlerine göre: hükmî şahıslar sırf kanunun icad ettiği varlıklardır. Zira; kanun bir insanı hak sahibi sayınca; Ona yeniden bir şahsiyet vermiş olmayup belki mevcut olan şahsiyetini tasdik ve teyit etmekle iktifa etmiştir. Fakat; hükmî şahısların irade ve şuurları yoktur. Kanun bunlara; haiz olmadıkları bu vasıfların bulunduğunu farz etmekle yeni bir sıfat bahşetmiş oluyor. Binaenaleyh: hükmü şahıslar ancak kanunun sarahaten tanıdığı haklardan istifade edebilirler.

(Hak sahibi bulunmaya hukuku nefsiye) nazariyesi taraftarları ise: hükmî şahsı; muayyen bir maksada tahsis edilen mallardan ibaret sayarlar. Medenî kanunumuz İsviçre ve Almanyada ekseriyet kazanmış olan diğer bir nazariyeyi yeni (Hakikî şahsiyet) nazariyesini kabul etmiştir. Bu nazariyeye göre: hükmî şahıslar kanun yapıcıların eseri icadı değildir. Aynen Hakikî şahıslar gibi doğarlar. Doğuşlariyle bizatihi bir mevcudiyeti haizdirler. Kanun yapıcı bunlara yeni bir sıfat bahşetmez bizatihi haiz bulundukları sıfatı kabul ve teyit etmekle iktifa eder. İnsanlarla hükmî şahıslar arasında fark yalnız insanların yaradılışları icabı kendilerine has olan hak ve vecibelere munhasır kalır.

Genel Ve Özel Menfaatları Korumak gibi bazı Yüksek Gayelerle muhtelif devlet kanunları hükmî şahısların doğumunu farklı usullere bağlamışlardır. Ruhsat ve imtiyaz usulünü kabul eden bazı kanunlar; hükmî şahsın doğumunu hükümetin Müsadesine tâbi tutmuştur. Hükümetçe müsade edilmiyen cemiyet ve şirkete müstakil bir varlık tanımamıştır. Diğer bazıları; her şeyden evvel esas nizamnamelerinin muayyen makamlarca tetkik edilip tesçil edilmesi şartını koyarak (Tesçil usulünü) ihdas etmiş, diğer bir takım kanunlar ise: hükmî şahısların doğuşunu bütün bütün serbest bırakmıştır. Cemi-

yetler kanunu ve medenî kanunumuz ihtiva ettikleri Hükümlerde tesçil ve serbesti usullerine ayni zamanda yer vermiştir.

Medenî kanunumuzun Hükmî şahısların şahsiyet iktisabına müteallik 45 ve 53 üncü maddeleri hükümleri yekdiğeriyle taarruz eder gibi görüldüğünden bu nokta üzerinde biraz durmak istiyoruz. 45 inci maddede; başlı başına mevcudiyeti haiz olmak üzere teşekkül eden cemiyet ve şirketlerle kendilerine has bir mevcudiyeti ve muayyen bir gayesi bulunan muesseseler; sicillerine kayıtlarını yaptırmakla şahsiyet iktisap edecekleri yazılıdır. 53 üncü madde ise: siyasî, dinî, ilmî, bedîî, hayrî cemiyetler ile eğlence ve idman cemiyetleri ve asıl gayesi iktisadi olmayan diğer cemiyetler nizamnamelerinde cemiyet olarak teşekkül arzularını izhar etmekle şahsiyet iktisap edeceğini bildirmektedir. Bu iki hükmü; 14/7/938 tarihinde neşredilen 3512 sayılı cemiyetler kanunu hükümleriyle karşılaştırarak tetkik etmek faideli olur. Mevzubahis kanunun dördüncü maddesi mucibince: kazanç paylaşmaktan başka bir maksatla vücude gelen cemiyetler; mahallin en büyük mülkiye âmirine ana nizamnamesinden iki nushası birleşik olarak verilecek bir beyanname ile teşekkül eder. yalnız siyasî cemiyetlerle birden ziyade vilâyetler de faaliyet gösterecek cemiyetlerin ana nizamnameleri dahiliye vekâletine varilmelidir. Bu şekilde kurulan cemiyetlerin faaliyete geçebilmesi ana nizamnamesinin verildiği mülkiye makamlarınca tescil edildiğine dair bir vesika alınmasına bağlıdır. Yekdiğerini tamamlayan ve açıklandıran bu hükümlerden çıkardığımız netice: iktisadî bir gaye gütmeksizin kurulan hükmî şahıslar ana nizamnamelerinden iki nüshasını bağlayarak muayyen makama verecekleri beyanname ile şahsiyet kazanırlar. Ancak faaliyete geçebilmeleri yâni haklarını kullanabilmeleri için tescil edilmeleri şarttır. İktisadî gaye güden hükmî şahıslar ise: ancak tescil edildikten sonradırki şahsiyetlerini iktisap edebilirler. Kazanç paylaşmak maksadiyle kurulan hükmî şahısların yâni şirketlerin nevileri ve doğuş şekilleri ticaret kanununda mufassalan izah edilmiştir.

Hükmî şahısların maddî ve hakikî bir varlıkları olmadığından iradeleri uzuvları vasıtasiyle izhar edilir. Medenî kanunun 46 – 48 inci maddelerinde gösterildiği gibi uzuvlar mümessil vaziyeti hukukiyesinde olmayup hükmî şahsın âdeta eli, kolu, başı, ilâh mesabesindedir. Binaenaleyh: esas nizamnamesine göre hükmî şahsiyete ait hakları kullanmağa, bunun namına dâva açmağa salâhiyetli uzuvlar avukatlık kanunu hükümleri mücibince vekil sıfatını haiz bulunmasalar bile mahkemelerde isbati vücut edebilirler. Meselâ: hükmî

385

şahsiyeti haiz bir tüccarî şirketin muamelelerini tedvire memur uzvu avukat olmasa bile şirketi ilgilendiren dâvaları mahkemede takip edebilir. Fakat bu şahsı; şirket hukukunu tedvire memur bir uzuv değil de bir mümessil olarak farzedersek muhakemeye girebilmesi için kendisinde avukatlık sıfat ve salâhiyetlerinin aranması iktiza eder. Netekim: cemiyet ve şirketlerin hukuk müşavirlerinin şirket namına dâva takip edebilmeleri için bu şart elzemdir.

Medenî hakları iktisap ve ondan faydalanmak hakkını haiz bulunan hükmî şahıslar husumete de ehildirler. Bu hak hükmî şahsiyetin doğumu ile kazanılır. Ancak bu hakların kullanılabilmesi bu husus için lüzumlu uzuvlara malikiyet ile mümkündür. H. U. M. K. nun 39 uncu maddesi mucibince ehliyeti haiz hükmî şahıslar ancak kanunî uzuvları vasıtasiyle ve nizamnamelerine göre icap eden mezuniyeti istihsal ederek dâva açabilirler. Dâva salâhiyetli uzuvlarca açılmamış veya nizamnamede dâva açmak için izin alınması meşrut bulunmasına rağman bu şart yerine getirilmemiş olduğu takdirde; hâkim dâvayı derhal ret etmez. Noksanların tamamlanması için bir müddet tâyin eder. Ve hatta müstacel işlerde dâvanın muvakkaten devamına dahi karar verebilir. Tâyin edilen müddet içinde şartlar yerine getirilmelidir. Aksi takdirde açılan dâva ve o ana kadar yapılan muameleler hükümsüz sayılır.

Uzuvların yaptıkları muameleler hükmî şahsa racidir. yâni bu muameleler âdeta hükmî şahıs tarafından yapılmış gibidir. Uzuvların şahsan irtikâp ettikleri kusurlardan dahi hükmî şahıs mesuldur. Fakat bu mesuliyet ayni zamanda uzuvların bizzat mes'ul tutulmamalarına mâni değildir.

Gerek cemiyet ve tesisler ve gerekse şirketlerin gayeleri ahlâk ve kanuna aykırı ise; o teşekkül şahsiyet iktisap edemez. Ölü doğar. Kanunen şahsiyet kazanması kabil olmıyan veyahut henüz doğmamiş olan teşekküller ise âdi şirket hükmündedir. Meşru bir maksatla teşekkül eden hükmî şahıslar bilâhara kanuna, ahlâk ve âdaba aykırı gaye takibine başladıkları takdirde şahsiyetleri kendiliğinden zail olmaz müddeiumumilik makamının veya alâkadarların isteği üzerine mahkemece feshine karar verilmesi lâzımdır.

Hükmî şahıs müstakil bir varlıkdır. Haiz bulunduğu hak ve borçlar kendisini teşkil eden ferdlere değil bunların üstünde bulunan müstakil varlığa aittir. Binaenaleyh: hükmî şahsa ait işlerde; bunu teşkil eden ferdler (eğer ayni zamanda temsil ve idare salâhiyeti verilmemiş ise) kendilerinde iştirak hisselerini ileri sürerek hükmî şahıs namına dâva açamazlar.

38

Gerek şahsiyet iktisap etmemiş cemiyet, tesis ve şirketler ve gerekse her hagni bir maksatla bir gurup, bir zümre halinde toplanmış olan ferdler müstakil bir varlık teşkil etmediklerinden bir kül halinde hareket edemezler. İçlerinden yalnız biri veya muayyen bazıları velev grubun bütününü ilgilendiren müşterek bir menfaat için bile olsa heyeti umumiye namına hareket edemezler. Dâva açmak veya açılan dâvayı takip etmek salâhiyetleri yoktur. Gurup veya zümreye dahil her ferdin ayrı ayrı dâva açması veya bütün namına hareket edecek şahsa vekâlet verilmesi icap eder. Yalnız Heyeti Umumiye adına hareket etmek salâhiyeti verilen bu şahıs dâvaya vekâlet edebilmek sıfatını haiz değilse Mahkemeye kabul edilemez. Böyle bir gurup aleyhine dâva açmak icap ettiği takdirde her birinin ayrı ayrı dâvaya ithal edilmesi zaruridir. Meselâ: bir mahalle halkı; mahallelerini ilgilendiren müşterek bir iş için birlikte dâva açmak istedikleri veya aleyhine dâva açmak zarureti hasıl olduğu takdirde hepsinin ayrı ayrı dâvaya dahil olmaları veya ithal edilmeleri icap eder.

Hükmî şahıslar ancak kendilerine kanunen tanınmış hakların temini için dâvaya salâhiyetlidir. Kendilerini teşkil eden fertlerin şahsî menfaatları için dâva açamazlar.

382

No : 79

# Mahkeme İçtihatları Arasında

## (Mülkiyeti muhafaza mukavelesi ile hayat sigortasına mütaallik iki temyiz kararı hakkında)

Yazan

**Dr. K. Fikret ARIK**

Mülkiyeti muhafaza mukavelesi gibi bugünkü iktisadî hayatta pek önemli bir rol oynayan bir müessese hakkında Medenî Kanunun 688 ile 689 ve Borçlar Kanununun 222 ve 223 üncü maddelerinde mevzu, pek kısa ve bir haylı müphem hükümler, tatbikatın her gün ortaya koyduğu bir çok meselelere tamamile cevab vermekten uzaktırlar [I] . Bu yazımızda tahlil etmek fırsatını bulacağımız İstanbul asliye 7 . inci hukuk mahkemesinin bir kararı ile Temyiz mahkemesi 4 üncü hukuk mahkemesinin bozma kararı, Mülkiyeti muhafaza kaydına ait mütaaddit noktalar hakkında mahkemelerimizin görüşünü belirtmesi bakımından dikkate şayandırlar. Gerçekten, gerek mahallî mahkemenin ve gerek temyiz mahkemesinin kararlarında aşağıdaki konulara temas edildiğini görüyoruz:

1 — Mülkiyeti muhafaza şartı ile ve M. K. nun 689 ncu maddesi dairesinde yapılan bir satış akdi müşterinin mucirine ne zaman dermeyan edilebilir ?

2 — Müşterinin alacaklısı olup mülkiyeti muhafaza kaydı ile satılan mala haciz koyduran mucir, satış bedeline mahsuben ödenmiş bulunan meblâğlardan eskime tazminatı ile münasip bir ücretin tenzilinden sonra mütebaki bedel üzerinde haczin idamesini isteyebilir mi?

---

[I] B . K . 222 nin tenkidi için bakınız : *Von Tuhr :* İsviçre borçlar kanunu içinde bir gezinti *( Prof. S. Ş. Ansay* tercümesi : Ad. Cer. 1936 sah. 1042 ). Kanunumuzda M . M. mukavelelerinin tescili hakkında etraflı bir nizamname bulunmamasından ötürü tenkitler için, bak : *Dr . G. Gültekin,* İst. Hukuk Fak. Mec. 1935 Sah. 446 ve sonrakiler; *Dr. K. F. ARIK:* Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, Ad. Cer. 942 sayı 9

3288

3 — Haciz koyduran alacaklı, mülkiyeti muhafaza akdının bazı şartlarının batıl olduğunu iddia edebilir mi? Nihayet, mülkiyeti M. kaydı ile yapılan satış akdinde müşterinin alacaklısı tarafından konulan haczin kaldırılması için, vâdesi hulul etmiş taksitlerden dolayı satıcının alıcısını takip etmediği sabit olduğu takdirde, haciz isteyen alacaklının geriye kalan taksitleri ödemek suretile icraî takibi devam hakkı var mıdır ?

Bu meseleleri gözden geçirmeden önce bahse mevzu dâva ve bu dâvaya müteferri kararları görelim [2] :

**Dâva** : B. Vakıflar müdürlüğünün kira alacağından dolayı diğer müddeaaleyh borçlu Anastasın mağazasında bulunan bin lira kıymetinde Firijider makinesi ile dondurma dolabına haciz vaz ve satışa çıkarmış isede mezkûr mallar M. M. şartı ile müvekkili tarafından satılmış ve bedeli ödenmemiş ve keyfiyet ihbarname ile mağaza sahibine bildirilmiş olduğundan bahsile haczin fekki ile haciz edilen malların müvekkiline teslimine ve muhakeme masrafları ile vekâlet ücretlerinin müddeaaleyhlere yükletilmesine karar verilmesini müddei vekili istemiş, müddeaaleyhlerden vakıflar vekili vermiş olduğu cevab layıhasında, M. M. şartı ile yapıldığı iddia olunan satışın müekkiline tebliğ edilmemiş olduğunu ve aynı zamanda taksitle yapılmış olduğundan mebiin geri alındığı takdirde tediye edilen taksitlerden malın eskime payı tenzil edilip mütebakı kısmının geriye iadesi icab edeceğine binaen malın tamamına şâmil istihkak iddiasının reddi lâzım geldiğini dermeyan eylemiş ve diğer müddeaaleyh Anastas dahi esnayı muhakemede dâvacı Burla biraderlerden noter senedi ile satın aldığı buz dolabının bedeline karşı şimdiye kadar altı yüz lira ödemiş olup ahvali hazıra dolayısile bakiye borcunu tediye edememiş ise de dâvacının ticarî vaziveti bildiği için kendisini müsamaha ile karşıladığını ve satılan dolabın halen elinde olup icra dairesince kapatılmış bir vaziyette bulunduğunu ve senet mucibince dolabın bedeli tamamen ödeninceye kadar mülkiyet hakkı satıcı olan dâvacıya aid bulunduğunu söylemiştir.

KARAR : Mahcuz malların bedeli ödeninceye kadar M. M. şartı ile müddei tarafından Anastasa satılmış ve noterlikçe de bu suretle tescil defterine kayıt edilmiş olduğu ve henüz bir kısım borcun ödenmemiş bulunduğu ve müddei tarafından noter marifetile Vakıflar müdürlüğüne ihbarnamenin kanunî şekilde tebliğ edildiği anlaşıl-

[2] Bu kararların teferruatı için, bak ; İst. Barosu Mec. Temmuz 1942. Sah. 473.

mış olduğundan müddeaaleyh müdüriyetin iltifata şayan görülmeyen müdafaasının reddi ile müddeaaleyhlerden Anastas elinde bulunan ve mülkiyeti dâvacıya ait olan dolap üzerine diğer müddeaaleyh Vakıflar müdürlüğü tarafından koydurulan haczin kaldırılması ve dâvacı tarafından mebiin kendisine teslimi istenilmiş ise de diğer müddeaaleyh Anastasa atfedilmiş bir kusur ve satış şartına muhalefeti iddia edilmemiş bulunmasına göre bu hususta şimdilik bir karar vermeğe mahal olmadığına karar verildiğini mutazammındır.

**Temyiz eden:** Müddeaaleyh Vakıflar Müdürlüğü vekili.

TEMYİZ KARARI:

Hükmün mucip sebeplerine göre öteki itirazlar yerinde değilse de müddei şirket tarafından mülkiyeti muhafaza şartı ile ve bin lira bedel ile Anastasa satılmış olan firijider bedelinin 650 lirasının ödendiği ve vâdesi geçtiği halde mütebakisinin tahsiline teşebbüs edilmediği anlaşılmış ve müddeaaleyh evkaf idaresi vekili vâdesi geldiği halde idareyi izrar için müddei ile borçlunun uyuşarak mütebaki taksitleri takip yahut mülkiyetin iadesi talep edilmemiş olmakla beraber müddei şirketin bakiye alacağı olan 300 lirayı Vakıflar idaresinin tediye edeceğini beyan ve mahcuzun satılmasını talep etmiş ve Vakıflar idaresi tarafından mütebaki borcun şirkete verildiği veya edası taahhüt edildiği takdirde istihkak dâvasının reddi muktazi bulunmuş iken zühûl edilmiş olmakla hükmün bozulmasına . . . ittifakla karar verildi.

Şimdi, gerek mahallî mahkeme, gerek Temyiz mahkemesinin kararlarının dikkati câlip bulunan ve daha önce işaret edilen noktalarını sırası ile gözden geçirelim:

I — Mahallî mahkemeye göre M. M. şartı ile yapılan bir satış akdi – tabiî, salâhiyetli noter tarafından tasdik ve tescil edilmiş olmak şartı ile — ***müşterinin alacaklısına ihbar edildiği takdirde onun hakkında lüzum ifade eder.***

Bu görüş bazı iltibaslara yer verecek mahiyettedir. Filhakika, bu mütalâaya göre eğer müşterinin alacaklısı bulunan mucir, mülkiyeti muhafaza kaydından haberdar edilmese idi, bu kayıt kendisine karşı dermeyan edilmezdi gibi bir mâna çıkıyor. Bu, varit değildir, meseleyi biraz daha yakından inceleyelim: mülkiyeti muhafaza mukavelesinin müşterinin ikametgâhı noteri tarafından tasdik ve tescili

350

bu kaydın üçüncü şahıslar ve meselâ müşterinin muciri tarafından bilindiğine dair bir karine teşkil edemez [1].

Şu halde, esas itibarile, mülkiyeti muhafaza kaydi ile bir mal satın almış kimse ile muameleye girişen üçüncü şahıslar — meselâ müşterinin muciri — mülkiyeti muhafaza eden eşyayı müstecire ait sanmakta haklıdır. Nitekim, İsviçre ***federal mahkemesinin*** bir kararına göre [2] mucir ödenmemiş bulunan kira bedelleri için bu gibi eşya üzerinde ***hapis hakkını*** kullanabilir. (ancak, B. K. 268 — 1 hük müne göre, müstecire ait olmadığını mucirin bildiği veya bilmesi icap ettiği eşya üzerinde üçüncü şahsın hakları mucirin hapis hakkından da mahfuzdur). Fakat, müşterinin alacaklısının mülkiyeti muhafaza edilen eşyayı ***haciz*** ettirdiği esnada alacaklının bu eşyanın başkasına aidiyetini bilmemesi, bu alacaklıya karşı mülkiyeti muhafaza hakkının dermeyan edilmesine asla bir mâni teşkil etmez: Mülkiyeti muhafaza ile malı satan kimse, bedel tamamen ödeninceye kadar şeyin maliki kalır. O halde, müşterinin alacaklısı, mülkiyeti muhafaza kaydının mevcudiyetini bilsin bilmesin, yapılan hacze karşı istihkak iddiasında bulunabilir. Başka deyimle, mülkiyeti muhafaza mukavelesi, müşterinin alacaklısı hüsnü niyetli olsun (Yani mülkiyeti muhafaza kaydının mevcudiyetini bilmese dahi), ona karşı lüzûm ifade eder; satıcı mülkiyeti muhafaza kaydına dayanarak istihkak iddia edebilir.

2 — Mahallî mahkeme, müşterinin alacaklısını satış bedeline mahsuben ödemiş bulunan meblağlardan eskime tazminatı ile münasip bir ücretin tazmininden sonra artan mütebaki bedelin müşteriye iadesini ve bu bedel üzerinde haczin devamını isteyemeceği mütalâasında, bulunuyor gibidir. Çünkü, bu mahkemeye göre, müşterinin alacaklısı mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan satışda taraflardan değildir.

Mahallî mahkemenin bu hükmü, esas itibarile, yerindedir. Yalnız bu kararın mucip sebepleri kâfi derecede açık ve kanaat verici görünmeyor. Filhakika, bu mucip sebeplere göre, ***müşterinin*** akitte taraflardan olmasına binaen ödediği taksitleri eskim tazeminatı münasip bir ücret tenzilinden sonra isteyebilceği hissi hasıl olmaktadır. Halbuki, bu varit değildir. Kanaatimizce, mevzu bahis ***hâdisede*** şöyle düşünmek lâzımdır:

[1] *Rossel ve Mentha:* Cilt 2, Sah. 406, *Wieland* (Hukuk işleri umum müdürü *B. İ. Hakkı Karafakı* tercümesi, Sah. 362), *Leemann.* İsviçre M. K., aynî haklar şerhi, madde 715; *Curti*, madde 715 şerhi no: 2

[2] Journal des tribunaux, Sah. 228.

381

*Hâdisede*, taksitleri vermekte gecikmesine rağmen, satıcı ile alıcı arasındaki münasebet bakidir. Başka tabirle, satıcı, taksitlerini muayyen zamanda ödenmemesine rağmen, mülkiyeti muhafaza kaydından doğan fesih hakkını ve istihkak iddiasını yahut taksitin edasını dahi ileri sürmemekte, binaenaleyh satış akdi mevcut ve mahfuz kalmaktadır. Netekim, mahallî mahkeme, (dâvacı tarafından mebiin kendisine teslimi hakkındaki talebi, müşteriye atfedilmiş bir kusur ve bey şartına muhalifeti halen iddia edilmemiş bulunması) mucip sebebile reddetmiştir. Demek ki mevzubahs hadisede satıcı sadace her hangi bir malik gibi, mülkiyetine vaki müdahalenin men'ini, yani haczin kaldırımasını istemekle iktifa etmiştir. Satış akdi baki kalmasına göre, müşterinin ödediği meblâğlardan eskime tazminatı ile münasip bir ücretin tenzilinden sonra mütebaki bedeli istemeğe salâhiyeti yoktur. Müşteriye ait olmayan bir hak ve salâhiyet müşterinin alacaklılarına, evleviyetle, ait olamaz.

Eğer müşteri, taksiti tediyeden dolayı satıcı tarafından usulen mütemerrit hale ifrağ edilse ve satıcı, M. M. kaydından mütevellit hakkını kullanarak şeyi istihkak iddiası ile talep etse idi [1] c zaman müşterinin alacaklısı durumunda bulunan mücrimin koydurduğu haciz, müşterinin ödemiş olduğu taksitin iadesini talep hakkına intikal ederdi.

3. — Yine, mahallî mahkemenin kanaatınca, müşterinin alacaklısı, mülkiyeti muhafaza kaydı ile vaki satışın bazı şartlarının batıl ol-

[1] Bu münasebetle ilâve edelim ki, B. K. 222, aslı gibi yanlış anlaşılmalara yer verecek kadar kötü yazılmıştır. *Von Tuhr*, mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan satışlarda taksitlerin ödenmesi halinde satıcının haiz olduğu hakkı pek güzel izah etmiştir: (... 226 bizde 222 okunduğu vakit, bayiin üç türlü intihap hakkı olduğu görülür. Taksidin edasını talep yahut mülkiyeti muhafaza kaydını dermeyan yahut fesih. Bayi hakkında taksitlerin ifasını talebden başka daha iki yol açık bulunduğu hakkındaki intiba on. 227 (bizde 223) ile teyit edilmiştir. Bu madde birinci fıkrasında mülkiyeti muhafaza hükümlerinden ve ikinci fıkrasında feshin hükümlerinden bahsolunmuştur. Fakat okuyucu, B. K. 227 — I (223 — I) in matuf olduğu medenî kanun 716 (639) yı tetkik ederse, mülkiyetin muhafazasında tarafların borçlar hukuku noktasından münasebetin rücu halindeki gibi olduğunun hayretle görür. Bir az düşünüldüğü zaman işbu göze çarpan ahengin başlıca âmili hukuk hayatında 226 (bizde 222) nin dediği gibi ya mülkiyeti muhafaza veya fesh hakkının mevcut olmasından değil de bilakis ancak mülkiyeti muhafaza ile beraber veya mülkiyeti muhafazasız fesh hakkı bulunduğundan ileri geldiği anlaşılır. Rücu hakkı olmaksızın mülkiyeti muhafaza manasız bir şey olurdu. Böyle bir vaziyette bayi, mebiin semeni tediye olunmadıkça malik olarak kalacak, fakat müşteri hâlâ baki olan bey'e istinatla mebii tutmağa haklı olacağından mülkiyetini dermeyan edemiyecektir. *V. Tuhr* tercüme: eden prof. *S. Ş. Ansay* ad. cer. 1936. s. 1042.

duğunu dermeyan edemez. Çünkü bu alacaklı, mukavelede taraflardan değildir.

Hadisemizde, alıcı ile satıcı arasında yapılan taksitle satış mukavelesinde, borç ödenmediği takdirde tediye edilmiş bütün taksitler geçen zamana ait kiraya sayılacağına dair bir kayıt yazılıdır. Dâvada, müddeaaleyhlerden müşterinin alacaklısı, bu kaydın M. K. 689 ve BK. 19 ve 20 hükümlerine aykırı olup batıl olduğunu iddia etmiştir. Mahallî mahkeme, bu iddiayı, ***müşterinin alacaklısı, mukavelenin taraflarından olmadığı için reddetmiştir.***

Fikrimizce mahallî mahkemenin bu iddia ile meşğul olmaması doğrudur. Lâkin, bu ret kararının mucip sebebi üzerinde biraz durmak icabediyor: mülkiyeti muhafazadan mütevellit fesih hakkı ve istihkak iddiası istimal edildiği zaman, müşterinin, ödemiş olduğu taksitleri, münasip bir eskime ve kira ücreti tenzil edildikten sonra geri istemeğe hakkı vardır. Ancak, bu takdirde mukavelenin yukarıya iktibas ettiğimiz kaydının batıl olup olmadığını tahkik icap eder. Halbuki hadise de satıcı ile alıcı arasında satış akdi mahfuz bulunduğundan bu cihetin tahkikine lüzum yoktu.

Fakat, buna mukabil, mahallî mahkemenin gösterdiği mucip sebep mutlak olarak kabul edilemez. Çünkü, satış akdi fesih edilmiş olsa idi, âkitte taraflardan olmamasına rağmen, müşterinin alacaklısı mukavelenin mezkûr kaydının butlanını iddia edebilirdi. Zira, bahse mevzu olan M. K. 689 hükümlerine aykırılıktan doğan mutlak bir butlan iddiası yalnız âkitler tarafından değil, her alâkadar tarafından dermeyan edilebilir. [1]

4 — Temyiz mahkemesinin 4 üncü hukuk mahkemesi mahallî mahkemenin verdiği kararı yalnız bir noktadan bozmuştur: mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan satış aktinde, müşterinin alacaklısı tarafından konulan haczin kaldırılması için vâdesi hulul etmiş taksitlerden dolayı satıcının alıcısını takip etmediği tetkik edildiği taktirde haciz isteyen alacaklının geriye kalan taksitleri ödemesi veya ödemeyi taahhüt eylemesi halinde istihkak iddiasının reddi lâzım gelirken bu cihetin zuhul edilmesi.

Temyiz mahkemesinin bu kararı çok dikkate şayandır: filhakika, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satılan bir mal, bedeli tamamen ödeninceye kadar satıcının malı olarak kalmakta, bu sebebden

[1] Von Tuhr : sahife 201 not 25

393

müşterinin alacaklıları tarafından konulan haciz satıcının istihkak iddiası ile refedilmektedir. Halbuki, bazan taksitlerin mühim bir kısmı ödenmiş olur ve malın müşteriye intikal etmesi için ancak cüz'î bir taksitin tediyesi lâzım gelir. Böyle hallerde, müşteriye bir eyilik olmak üzere veya bir menfaat mukabilinde satıcının son taksitleri takip etmemesi ve böylece malın müşterinin alacaklıları tarafından haciz edilmesine mâni olması pek mümkündür. Bu taktirde, ***müşterinin alacaklısının müşteri yerine son taksiti vererek onun malı iktisap hakkını haciz ettirebilmesi caiz midir ? Temyiz mahkemesi bu suale müsbet cevap vermektedir*** Hak. ve nasafet hislerine uygun olan bu karar kanuna da uygundur. Filhakika, B. K. 68, esas itibarile üçüncü şahıs tarafından vaki edayı kabul etmekte olmasına göre, müşterinin alacaklısının geriye kalan taksitleri satıcıya vererek müşterinin şeyin mülkiyetini iktisap hakkını haciz ettirmeleri mümkündür. İlâve edelim ki, İsviçrede Federal mahkemenin 31/3/1911 tarihli tamiminde mülkiyeti muhafaza kaydı ile satılan bir mal müşterinin alacaklıları tarafından haczedildiği takdirde, satıcının mülkiyeti muhafaza kaydı rehin hakkı gibi kabul edilmştir. Bu tamimde kabul edilen esasa göre, müşterinin alacaklıları tarafından mülkiyeti muhafaza kaydı ile müşterinin uhdesinde bulunan malın haczi veya paraya çevrilmesi esnasında, bu mal müşterinin kayıtsız ve şartsız malı imiş gibi hareket edilir. Fakat, satıcının mülkiyet hakkı, ödenmemiş taksitler için mal üzerinde bir rehin hakkına inkilâp eder. [1]

II — ***Başkası lehine akdedilen hayat sigortasında tazminat veya iştira bedeli müteveffa sigortalarının ve alacaklısının hakları.***

***Dâva :*** Karı ve Çoçuk lehine akdedilen bir hayat siğortası mevcuttur. Siğortalının ölümü üzerine menfaatlar ( meşrutun leh ) karı ve çocuk mirası reddetmiştir. Müteveffanın alacaklısı siğorta tazminatına haciz koydurmuştur. Menfaattar bulunan karı ve çocuk siğorta tazminatının terekeye dahil olmadığından ve iştira kiymetinin, müteveffanın vakti ile siğorta şirketinden bir miktar borç para alması dolayısile bahse mevzu edilmiyeceğinden, bu haczin fekkini talep etmiştir.

Temyiz mahkemesi bu hadise hakkında verdiği kararda ezcümle şunları söylemektedir:

«Mirası reddetmiş olan müddeilerin (karı ve çocuk) hakkı yalnız

[1] Dr. K. F. ARIK : Mülkiyeti muhafaza mukavelesi. Ad. Cer, 1942 sayı 9, sahife 1063

tazminat bedeline taalluk edecegine ve müteveffanın sağlığında sigorta şirketinden istikraz etmiş olması alacaklı müddealeyh tarafından iştira kıymetinin haczine mani olmayacağına göre müddeilerin bu cihetlere taalluk eden temyiz itirazları varit olmadığı gibi müveffa tarafından müddeilerin lehine tesis edilmiş olan hayat sıgortası tazminatının müteveffanın borcundan dolayı haciz edilmesi kanunen caiz olmayacağı cihetle müddeialeyin bu noktaya dokunan temyiz itirazları da yerinde görülemediginden ....» [1]

Temyiz mahkemesinin bu kararı nazariyat ve tatbikat bakımından önemli olan iki meseleye temas etmektir:

1 — Başkası lehine akdedilen ***sigorta tazminatı*** müteveffa sigortalarının borçlarından dolayı haciz edilebilir mi? Bu meselenin halli başkası lehine akdedilen sigorta tazminatının hukukî mahiyeti, yâni bu tazminatın sigortalının terekesine dahil olup olmadığı hakkında verilecek cevaba bağlıdır.

2 — Müteveffa sigortalarının alacaklıları, başkası lehine akdilen sigortalının ***iştira kıymeti*** üzerinde haklarını istifa edebilirler mi? Bu meselenin halli iştira kıymetinin, ***sigortalının alacaklıları*** müvacehesinde, terekeye dahil bir kıymet sayılıp sayılmamasına tâbidir. Temas edilen bu mühim meselelerde temyiz mahkemesinin vardığı neticeleri lâyıkı ile anlayabilmek için bazı esaslı mefhumlar üzerinde kısaca durmakta faide vardır :

**A) Hayat sigortası** : hayat sigortası öyle bir mukaveledir ki bununla sigortacı denilen bir şahıs, prim veya (Mise) denilen muayyen bir eda mukabilinde sigorta edilen bir şahsın devamı hayatı ile ilgili bir şart veya vadenin vuku veya hululünde sigorta bedeli denilen bir meblağı menfaaddar denilen bir şahsa ödemeği sgiortalı denilen şahsa taahhüt eder.

Hayat sigortalarının en çok yayılan şekilleri şunlardır :

a — ölüm sigortaları: bu çeşit sigortalarda, sigorta mevzuunu teşkil eden bedel, sigorta edilenin ölümü halinde tediye edilir.

b — Yaşama sikortası: bu çeşit sikortalarda sigortacı muayyen bir müddet hitamında, sigortalı hali hayatta bulunduğu takdirde menfaatlara toplu bir meblağ veya muayyen zamanlarda bir irat ödemeği taahhüt eder.

*[1] Temyiz mahkemesi, 4. Hukuk Dairesi,* 19/4/934 tarihli karar

395

c — Muhtelit sigorta: bu çeşit sigortalarda, sigortacı muayyen tarihte sigortalı berhayat olduğu takdirde ona, eğer daha önce ölmüş ise mirasçılarına veya sigortalı tarafından menfeattar olarak gösterilen kimseye tediye eylemeyi taahhüt eyler.

*B) İştira kıymeti ne demektir ?*

Bir sigorta şirketi ile mukavele yapan muayyen yaşta bulunan kimselerden bir yıl zarfında vefat edeceklerin miktarı ve vefat edecek kimselere (varislerine veya tayin edecegi menfeattara) ödenecek sigorta bedeli aşağı yukarı malum bulunduguna göre, o yıl ödenmesi gereken sigorta bedelleri mecmuunun muayyen yaştaki sigortalılar adedine taksimi, o yıl zarfında her sigortalının ödemek mecburiyetinde bulunduğu prim miktarını verir.

Bu prim miktarının, esas itibarile, her yıl artması lâzımdır. Çünkü, her yıl aynı yaşta bulunan sigortalılar grubunda ölenlerin sayısı, binnetice sigotalının ödeyeceği bedel artar. Ancak, daha pratik olduğu için sigortalılardan her yıl sâbit ve vasatî bir prim istenir. Bu sâbit prim ilk yıllar zarfında hakikaten ödenmesi icabeden primlerden çok iken bir miktar sonra o miktara müsavi olur, daha sonra o miktarın altına düşer. Demek oluyor ki, yıllık prim, hattı zatında, iki kısımdan müteşekkildir:

**a) Tehlike primi:** aynı yaşta bulunan sigortalılardan, primin ödeneceği yıl ölenlere ödenecek sigorta bedellerini karşılamağa yarar.

**b) İhtiyat primi veya akçesi:** son yılların tehlike primi ile sâbit ve vasatî prim arasındaki farkı kapatmak için alınan miktardır. İhtiyat primi her sigortalının hesabında matluba geçirilir, ihtiyat primler mecmuuna (*ferdî riyazî ihtiyat akçesi*), bütün sigortalıların ferdî, riyazî ihtiyatlarının mecmuuna da (*umumî riyazî ihtiyat*) denir.

Sigorta şirketinin umumî masraflarına tekabül eden bir miktar tenzil edilmek şartı ile sigortalının sigortacıdan rücu anında talep edebileceği riyazî ihtiyat akçesine iştira kiymeti denir. İştira kiymetinin tâyini hakkında bakınız: Ticaret kanunu 993/ son fıkra. Ancak, bu maddede gösterilen miktar âmir hükümlerden olmadığından iştira kiymetleri taraflarca rızaen tâyin olunabilir.

**c — Başkası lehine aktedilen sigorta aktinin hukukî mahiyeti:** bugün doktirinde başkası lehine aktedilen sigorta, *başkası lehine şartın* bir çeşidi olarak mütalâa edilmektedir. [1]

[1] Arsebük: borçlar hukuku, sah. 507

356

Menfaattar tayini ile başkası lehine mukavele arasında mevcut münasebet pek sıktır. Denebilir ki, başkası lehine mukavele mefhumunun kanunlar tarafından kabul edilmesine, tatbikatta başkası lehine hayat sigortalarının son derece yayılması sebep olmuştur. Keza mahkeme içtihatları, âkitlerin bir âkitle üçüncü şahsa doğrudan doğruya müstakil ve geri alınması gayrı mümkün bir alacak hakkı kazandırabilmek salâhiyetini haiz oldukları noktai nazarını, hayat sigortalarında menfaatlar tâyini münasebetile kabul etti. Bu görüşe (ihdas nazariyesi, Kreationstheorie) denilir. Bak : Alman medenî kanunu 328; İsviçre B. K. 112/2; Türk B. K. 111/2.

Şuhalde, başkası lehine akdedilen hayat sigortasında, bazı şartlar altında, menfaattar sigorta bedeli üzerinde müstakil, yâni sigortalının mamelek veya terekesinden hariç bir hakkı haizdir.

İncelediğimiz temyiz kararının anlaşılabilmesini temine yarayan şu kısa izahlardan sonra yüksek mahkememizin bu kararda vardığı neticeleri tetkik edebiliriz :

1 — Başkası lehine akdedilen sigorta tazminatı, müteveffa sigortalının borçlarından dolayı haciz edilebilir mi?

Temyiz mahkemesi bu soruya, haklı olarak hayır cevabını veriyor. Bunun sebebi, esbabı mucibede zikredilmemesine rağmen, açıktır:

Müteveffa sigortalı tarafından hali hayatında karısı ve çocuğu lehine akdedilen sigorta, üçüncü şahıs lehine bir mukaveledir. Şu halde karı ve çocuk sigorta tazminatı üzerinde doğrudan doğruya, ayni sigortalının şahsından ve mamelekinden müstakil bir hakka maliktirler.

Sigorta tazminatını talep hakkı doğrudan doğruya onların mameleklerinden doğmuştur. (İlâve edelim ki, hali hayatında sigortalı başka bir menfaattar tayin etmek veya sigorta hakkından rücu suretile onların bu hakkına son verebilir. Lâkin sigortalının ölümü ile menfaattarların sigorta bedeli üzerindeki hakkı katî, geri alınmaz bir mahiyet iktisap eder.

Sigorta tazminatı, müteveffanın mamelek ve terekesinden tamamen ayrı ve doğrudan doğruya menfaatara ait bir hak olmasına göre mirası red etmelerine rağmen menfaattarlar bu tazminatı tamamen istifa edebileceklerdir. Yine aynı sebepten, mütevaffanın alacakları mirası redden menfaatlara karşı bu menfaattarlara ait olan be-

del üzerine haciz koyduramazlar. Menfaattar ve sigorta tazminatının müteveffa sigortalının borcu ile ve terekesi ile hiç bir alâkası yoktur.

2. — Müteveffa sigortalının alacaklıları (yani, hâdisede müteveffanın alacaklıları) başkası lehine akdedilen sigorta bedelinin iştira kıymeti üzerine haciz koydurarak hakkını istifa edebilir mi?

Temyiz mahkemesi bu ceveba müsbet cevap vermektedir. Şu halde; yüksek mahkememize göre iştira kıymeti mutlak surette, yani mütevaffa sigortalının alacaklıları müvacehesinde dahi, terekeye dahil bir kıymet teşkil etmektedir. Tetkik ettiğimiz yüksek mahkememizin kanaatına destek teşkil eden mucip sebepler kararda gösterilmiş değildir. Ancak; medenî kanunumuzun tasarruf nisabını tâyinine mütedair faslında 456 ıncı madde ile tenkis dâvası faslında münderiç 509 uncu maddeye istinat ettiğini zannediyoruz. 456 ıncı maddeye göre: (müteveffa tarafından vefatı halinde tediye edilmek üzere kendi namına ve üçüncü şahıs namına akte dilen veya kendi namına akdedilipte hayatta vakı veya ölüme bağlı bir tasarrufla bir üçüncü şahıs lehine devir yahut müteveffanın hayatında ivazsız ahara temlik olunan sigortalar ancak vefat anındaki iştira kıymetleri ile terekeye dahil olur.)

Biz bu maddeye istinat ederek müteveffa sigortalının alacaklılarının başkası lehine akdedilen sigortanın iştira kıymetini haczettirebileceğini şüphe ile karşılıyoruz. Çünkü:

1 — 456 ve 509 uncu maddeler hayat sigortasının menfaatları ile ancak ve yalnız ***mahfuz hisseli mirasçılar*** arasındaki münasebeti tanzime matuftur. Hususî bir vaziyeti tanzim için sevkedilen bir hükmü menfaattarlar ile mütevaffanın alacaklıları arasındaki münasebetlere teşmil etmek ne dereceye kadar doğrudur. Bilmiyoruz filhakika konun vazıı sırf müteveffanın mahfuz hisseli mirasçılarını menfaattar karşısında himaye etmek için mezkûr maddeler karşısında kabul etmişti.

2 — Müteveffanın ölümünden sonra artık ortada iştira kıymeti denilen bir mevcudiyet kalmaz. Çünkü sigortalının ölümü ile sigortayı iştira etmek imkânı ortadan kalkmıştır. Başka tabirle, sigortalının ölümünden sonra sigortacının tek bir borcu vardır: Sigorta tazminatını ödemek. Bu tazminattan ayrı veya onunla birlikte iştira bedeli namında bir varlık mevcut değildir. ***Kanun vazıı yalnız mahfuz hisseli mirasçıları himaye için*** tasarruf nisabının hesabında sigortalının ölümü anındaki iştira bedelinin menfaattarlardan alınıp icabın-

398

da terekeye ithal edileceğini ve gerekirse, bu bedelin tenkis edileceğini kabul etmiştir. İşte hepsi bu kadar... yoksa her halükârda menfaattarların aldıkları tazminattan iştira bedelini terekeye terk edeceklerine dair bir kayıt yoktur.

3 — Esasen, müteveffa sigortalının alacaklılarını himaye için mahfuz hisseli mirascılara mütaallık hükümleri tatbika lüzum da yoktur. Çünkü ; sigortalının alacaklıları müteveffanın hileli bir şekilde kendilerini izrar etmesine karşı tamamen silâhsız kalmış değildirler. Kanun bu hususta kendilerine başka bir vasıta vermiştir. Bu vasıta iptal dâvasıdır. [1]

Filhakika, icra ve iflâs kanunun madde 277 ve sonraki hükümlerine göre — bu maddelerin şartları mevcut ise — menfaattar aleyhine ***iptal dâvası açmak kabildir.*** Bu münasebetle, şurasını da işaret edelimki, menfaattar tayini, ivazsız bir tasarruf muamelesi teşkil ettiği zaman ibtal dâvasına mevzu teşkil eder ; [2]

Keza, menfaattar tayini ***zahiren***, ivazlı bir muameleye dayandığı takdirde dahi iptal dâvası açılabilir. Meselâ, sigortalı 5000 liralık bir arsaya mukabil iştira kıymeti 10000, sigorta bedeli 50000 lira olan bir sigorta için menfaattar tayin ederse menfaattar aleyhine ibtal dâvası açmak kabildir. Açılacak olan ibtal dâvasında esas olacak kıymet sigorta bedeli midir yoksa iştira kıymeti mi? Jaeger, [3] sigorta bedelinin bütün kıymeti ile ibtal dâvasına dahil olaçağını söyliyor. Fakar menfaattar tayini diriler arasında bir muamele olmasına ve sigortalının yaşadığı müddetçe sigortanın filî kıymeti iştira kıymetinden ibaret olmasına göre menfaattar tâyini sigortalının alacaklılarını veya iflâs masasını ancak bir kıymet nisbetinde zarara sokmuştur diye düşünmek daha doğru olur. Şu halde, iptal dâvasında esas tutulacak kıymet iştira kıymetidir. [4]

---

[1] André Rossel: Assurances en cas de décés et droit successoral, thése, Lausanne, sah. 95

[2] Jaeger : İcra ve iflâs şerhi, madde 286 No. 3

[3] İcra ve iflâs şerhi madde, 286 No.

[4] Von Tuhr, sah. 641

389

No: 80

## İsviçre

# Küçükler Ceza Mahkemesi

Yazan

**Dr. İur. A. Pulat Gözübüyük**

Ceza hukukundaki yeni cereyanlar ve doktrinler küçük suçluların umumî ceza usulünden farklı bir usule göre ve umumî mahkemelerden ayrı bir mahkemede muhakeme edilmesinin zaruri olduğunu açık ve kesin bir şekilde anlatmakta, meseleyi sistemleştirmektedirler. İsviçre ceza hukuku edebiyatında keyfiyet en kıymetli bilginler tarafından ihtimamla incelenmiştir. Hususile Federal Ceza kanununun kabul ve 1942 yılı ikinci kânunun 1 inci gününde yürürlüğe girmesinden beri gerek küçüklerin cezai mesuliyeti, gerekse onlara tatbik edilecek ceza usulü, muhakeme olunacakları mahkemeler federal bir önem kazanmış bulunmaktadır. Bu sebeble mesele bütün İsviçre bilginlerinin dikkatini üzerine çekmiştir. Bu ilmi incelemelerden mülhem olaraktırki kantonlar ayrı ayrı kanunlar yaparak federal ceza kanununun küçükler hakkındaki hükümlerini en eyi surette tatbik gayesini gerçekleştirmişlerdir. İşte biz burada, İsviçredeki bu ilmi ceryanın son gelişmesini göreceğiz.

Bir memlekette küçüklerin her türlü tehlikelere karşı korunması, o yurdu yapan ve yaratan neslin netice yoluyla bütün ulusal varlığın korunması demektir. Zararlı unsurlar kötülük derecelerile mütenasip olarak bulundukları muhit için birer tehlike teşkil ederler. Bu tehlikeli ve zararlı hallerle olduğu kadar bu hallerin sebeblerile de esaslı surette mücadele cemiyetin yaşaması için zaruridir. Bu mücadele sistemli bir şekilde, ilmî prensiplere dayanılarak yapıldığı nisbette ve yapıldıkça faydalı ve verimli olur. Yaşayış şartlarına göre gereken düzene sahip olmıyan cemiyetler görünüşte devamlı bir hayatiyete malik olsalar bile, beliren sarsıntı maddi ve manevi öl-

çüsüne göre bir gün çökeceklerdir. Suçlar kadar bilhassa suç sebeblerini ortadan kaldırmak modern ceza siyasetinin en esaslı gayesidir. Bu gayeye nasıl ve ne suretle ulaşabileceğini Kriminoloji denilen suç ilmi inceler.

İşaret edelimki, bir cemiyette suçları azaltma, suç işlemi ile mücadelede değil yalnız büyükleri, aynı zamanda ve hususile küçükleri suça iten temayüllerin sebeblerini ortadan kaldırmak gerektir. Bu bakımdan küçük suçluların mesuliyet sistemi ve onlar hakkında alınacak tedbiler veya tatbik edilecek cezalar modern ceza hukukunun ortaya attığı yeni prensiplere göre düzenlenmek zorundadır.

İçtimaî, ruhî ve fizyolojik yönlerden hususî bir tabiata malik küçüklerin cezaî mesuliyeti bu hususî yaradılışlarına uyan ayrı bir sisteme dayandırılmak şartile istenilen düzene ulaşılmış olur. Bu nokta bilhassa incelenecek önemli ayrı bir konudur. Küçükler, küçük suçlular başka bir âlemdirler. [1].

Bu sebeble küçüklerin kötü fiilleri büyüklerinkinden başka bir surette muamele edilmeli, incelenmelidir. Bunlar hakkında alınacak tedbirler veya tatbik edilecek cezalar hususî mahiyettedirler. Kanun yaşlarına göre çarptırılacakları cezalarla birlikte veya icabında bu cezalar yerine Terbiyeyi, korumayı veyahut yardımı gaye alan tedbirler koymaktadır. Vaut kantonu küçükler ceza usulü kanununun 14, Cenevre kantonu çocuk mahkemesi kanununun 2 inci maddeleri bu noktaya ilişmiş ve «kanunun tatbikinde küçüğün terbiyesi esastır» formülünü koymuştur.

Salâhiyetli makamın üzerinde duracağı en önemli mesele şudur: Küçüğü korumıya, ıslâha has en eyi tedbir, başka deyimle, onu zararsızlandıracak hiç olmazsa cemiyet için faydalı kılacak en eyi çare nedir? [2] Bu hususta alınacak karar yalnızca küçük tarafından işlenmiş olan maddi fiiline değil, küçük veya çocuğun şahsiyetine maddî—manevî durumuna ve ailesinin haline bağlı bulunacaktır. Şüphesiz, bütün bu noktalar, halli makul esaslar, ihtisas, bilgi ve ayrı sistem isteyen meselelerdir.

Küçük suçluların maddî ve manevî bakımdan gelişmeleri göz önünde tutularak «önleme», «terbiye» «yardım» fikirlerinin hâkim ol-

[1] — E. Claparede, Psychologie de l'enfant, Geneve, 1916, p. 400. sv. Urtin, Les Probleme de l'Enfance coupable, Rv. intr. de droit pénal, 1916. no. 1. J. Jolly, Rapport sur les causes de la Criminalité de l'Enfance, Revue penitentiare, 1904.

[2] Gillard, Protection de l'enfance abandonnée et de la jeunesse exploitée, 1908 p. 80.

duğu ayrı bir hukuk yaratılmış, hususî bir adlî teşkilât ve ayrı bir usul ortaya konulmuştur. [1]

## II

Küçük suçlular ceza mahkemesinin tarihi Amerika Birleşik Devletlerinde başlar. 1889 da Birleşik Devletlerde ilk çocuk mahkemesi kurulmuştur. Bu mahkemeyi teşkil eden kanun, hâkime kanunda gösterilen cezaları kaldırmak ve haklarında terbiye, koruma tedbirleri almak salâhiyetini vermektedir.

İngilterede 21 ilk kânun 1908 tarihli çocuk kanunu (Children act) 1932 ve 1933 tarihinde bütünlenmiş küçükler hukukunu teşkil etmektedir.

Kara avrupa devletlerinden Belçikada çocukların himayesine dair 15 mayıs 1912 tarihli kanun, Fransada 22 temuz 1912 tarihli çocuklar ve küçükler mahkemesi ve nezaret altında serbesti kanunu (22 şubat 1921 26 mart 1927 tarihli kanunlarla bütünlünmiştir), almanyada 9 temuz 1922 tarihli (Jugendwohlefhrts) ve 16 şubat 1923 tarihli (Jugendgerichts gesetz) kanunlar, Avusturyada 18 temmuz 1928 tarihli genç suçlular kanunu ve İtalyada 20 temmuz 1934 tarihli kanun bu konuda sayılabilirler. [2].

## III

İsviçrede 1. son kânun 1942 de yürürlüğe giren yeni İsviçre ceza kanunundan evvel bir çok kantonlarda küçük suçlulara ait hususî hükümleri ihtiva eden yeni bir hukuk ortaya konulmuş bulunuyordu. Ancak bu yeni teşriî hareket çok değerli bilginler tarafından hazırlanmış olan İsviçre ceza kanunu taslaklarından geniş ölçüde mülhem bulunmakta idi [3].

---

[1] Troyano, Juridictions spéciales pour les mineures et mise en liberté surveillée, Genève, 1912,p. 164.

[2] S. D. N. L'Organisation des tribunaux pour enfants et les expériences faites a ce Jour, Genéve, 1931,V.IV.

P. de Casabianca, Lesnouveaux Tribunaux kour Enfenst en Italie, 1934, p. 467 Paul Kahn, Les institutions légales de l'enfence en angleterre, 1918. (Revue pénitentiare, 1918, p, 555 et sv).

[3] Bu çeşitli taslaklar hakkında bilgi için bakınız:

Adliye ceridesi, 1941 yılı, sayı, 11 «yeni İsviçre ceza kanunu„ adlı yazımız.

Her kanton küçük suçlular üzerine ayrı ayrı kanunlar neşretmişlerdir: Ezcümle, St—Gall kantonunda 27 şubat 1912 tarihli kanun, Cenevre katonunda çocuk mahkemesini kuran 4 ilk teşrin 1913 tarihli kanun. Olup, 1925, 1935, 1936 ve 1937 senelerinde bazı hükümleri değiştirilmiş ve nihayet 7 ilk kânun 1940 tarihli (Çocuk ceza mahkemesi kanunu) neşredilmiştir. Adı geçen bu kanunun 28 inci maddesine göre evvelce neşredilen kanunların 7 ilk kânun 1940 tarihli kanuna zıt olan hükümleri kadırılmıştır.

Neuchâtel kantonunda 31 mayıs 1917 tarihli «Küçükler tarafından işlenen suçların cezalandırılması» adlı kanun, Zürich kantonunda 4 mayıs 1919 tarihli (Strafprozessordnung) kanun ki 7 nisan 1935 de tadil edilmiştir.

İsviçre konfederasyonu başşehri olan Berne kantonunda 11 mayis 1930 tarihli «Küçük suçlulara tatbik edilecek rejim» adlı kanun ve İsviçre ceza kanununun Bern kantonuna kabulü hakkında 3 temmuz 1940 tarihli kanunun 4 üncü bölümü (Titre IV), bu aradadırlar. [1].

Diğer yandan, 17 ikinci teşrin 1931 tarihli Vaud (Lozan) kantonu ceza kanunu 100—109 uncu maddelerini küçük suçlulara ayırmış, önce onların mesuliyetini ve sonra haklarında alınacak tedbirleri sıralamış, küçük suçluların muhakemesinin ayrı bir usule bağlanacağını söylemiştir. Fakat yeni İsviçre ceza kanununun 1942 sayılı ilk ayı başında yürürlüğe girmesi göz önünde tutularak 3 birinci kânun 1940 tarihli (Vaud kantonu küçükler ceza muhakemeleri usulü kanunu) nu neşredilmiştir. [2]. Zira İsviçre ceza kanununun 400,401 inci maddelerine göre kantonlar ceza kanunları kaldırılmiş ve kanton ceza kanunları (muayyen hususlara münhasır) nın tanzım edeceği haller gösterilmiştir. Kantonların ceza hukuku alanında ki yeni salâhiyetleri göz önünde tutularak (kendilerine bırakılan teşriî salâhiyet çerçevesi içinde) yeni ceza kanunları neşredilmiştir.

Ezcümle her kantonda neşredilen «İsviçre ceza kanununun kabulü kanunu» gibi.

Meselâ, Loi genoise sur l'introduction du code pénal suisse.

## IV

Küçükler ceza mahkemesinin bugüne kadar işleyişi tatbikat

[1] Oscar Hardy—André Martın, Code Pénal Suisse, Lausanne, 1942, P. 302, P. Logoz, Commentaire du code Pénal suisse, Paris.

[2] Bu kanun tarafımızdan dilimize çevrilmiştir. Adliye ceridesi, 1942 yılı sayı,7.

403

yönünden onun bir çok faydalarını takdir imkânını vermiştir. Bu noktayı buracıkta sistemli bir surette incelemeye maddî imkân görülmemiştir. Ancak bu yeni ve hususî kazanın karakteristik bazı vasıflarını şematik olarak hulâsa etmek istiyoruz. Konuyu sınırlamak, çerçevelemek bu vasıfları bilirtmek için zarurî bir şart teşkil etmektedir.

A — Bu hususî kazanın ilk göze çarpan vasfı muhakemede «*çabukluk*" temin etmesidir. Gazette de Lausanne nın neşrettigi bir yazıya göre, 1942 yılı son kânun ayında Lozan çocuk mahkemesine 40 iş gelmiş ve 22 si aynı ayda neticelendirilmiştir. Bu çabukluk, bilhassa, bütün merasimden muaf bulunan muhakeme usulünün basitliginden ve ezcümle tahkikat ile karar arasında ikiliğin ortadan kaldırılmasından doğmaktadır.

B — Şu halde ikinci mühim vasfı «*basit*» olmasıdır.

Mahkeme başkanı yahut delege hâkim tahkikatı yapar. Salâhiyetine giren bütün meselelerde başkan (veya delege hâkim) aralıksız olarak tahkikattan karara geçebilir. Tahkikatın böylece başkan veya delege hâkim tarafından yapılması işlerin duruşmada incelenmesini son derece kolaylaştırmakta ve adâlette gaye olan çabukluğu, eyiligi temin etmektedir.

Bundan ötürü, karar duruşmasında, tahkikatla tesbit edilen hususları yeniden veya baştan incelemiye lüzüm kalmamaktadır. Sorgu hakimi gibi hareket ederek tahkikatı yapan mahkeme başkanı (delege hâkim) önünde yeter açıklıkla ifade veren şahitlerin mahkemede yeniden dinlenmesinden kaçınabilmektedir. Bu nokta muhakemenin çok kısa bir zamanda sonuç vermesine son derece müessir olmaktadır. Şurası da bellidir ki, işte ilgisi olanların çabukça neticeye kavuşmaları da esaslı bir kazanç olarak alınmalıdır. Çünkü, müeyyide kusuru derhal takip ederse degere sahip olur; yâni kusur doğar doğmaz müeyyide onu hemen yakalamalıdır. Bu keyfiyet bilhassa suçlu çocuklar hakkında ceza ve tedbirlerin tatbik — infazı bakımından çok önemlidir. Zira suç işlenir işlenmez, sıcağı sıcağına müeyyide tatbik edilmez tedbir alınmazsa müeyyide veya tedbirin konulmasına esas olan gayeden uzaklaşılmış olur. Cemiyetin menfaatı adı geçen amaca en kısa yoldan ulaşmak suretile suçu önlemek, vuku bulabilecek tehlikeleri ortadan kaldırmak, korunmaktır.

İsviçirenin her kantonunda neşredilen bütün kanunlarda küçüklerin suçsal fiillerinden dolayı haklarındaki takiplerin hemen başlanması hususu tekrar tekrar emredilmiş bulunmaktadır. Ezcümle, Va-

ud kantonu küçükler ceza usulü kanunun 13 üncü maddesinde: ***Bir çocuk veya küçüğün re'sen takip edilebilen bir suç işlediğine muttali olan her adlî makam keyfiyetten küçükler ceza mahkemesi başkanını hemen haberdar eder»***.

Yine aynı gayeyi sağlamak için adı geçen kanunun 12 inci maddesi: «Bir çocuk veya bir hüçük büyüklerle beraber bir ceza takibine uğrarsa hakkındaki takip ayrılır ve küçükler ceza mahkemesine tevdi olunur". demektedir. Görülüyorki küçük hakkında bir ceza takibi gerektiği her halde bu takibin derhal yapılması prensip olarak kabul edilmiş, bunun içinde merasimden uzak bir usul konulmuştur.

Küçük suçlular hakkında tahkikat yapılırken bazı huzuslar için ne suretle tahkikata devam ounacağı açık bir kaide, bir hüküm ile belli edilmiyen bütün müphem ve şüpheli hallerde hâkim nasıl haraket edecektir? Evvelâ umumî ceza usulüne baş vuracak, bulacağı bir kaideyi kıyas yoluyla küçükler ceza muhakemesine tatbik edecektir. Fakat umumî ceza usulünde de aranılan meseleyi halle yarar bir hüküm bulunmazsa ne olacaktır?

Bu takdirde Başkan takibi lâzım gelen usulü tâyin edecektir, adı geçen kanunun 5 inci maddesi. Bu maddenin gayesi de usulde basitliği sağlamaya dönmüştür. Bu 5 inci madde şöyle demektedir: « ***Küçüklerin muhakeme usulüne bu kanunun hususî bir hükmü ve nede başka kanunlara atıfla*** belirtmediği bütün hallerde, mahkeme başkanı tarafından tesbit olunur». [1]

Bu suretle usulî her türlü müşküller doğruca başkan tarafından ortadan kaldırılmış olacaktır. Aynı bakımdan adı gecen kanun 6,10, 15,22,25,27,42,45,57,66,69,78 inci maddelerinde çeşitli usulî muameleüzerine umumî ceza usulü kanununa (code de procédure pénale fédérale) ve ceza kanununa atıflar yapmıştır.

C — Muhakeme ayrı ve ***hususî bir salonda*** yapılır.

Küçük suçluların ruhî hallerinin mahiyeti göz önünde tutularak ayrı bir salonda sorguya çekilmeleri, muhakeme edilmeleri zarureti kabul edilmiştir. Küçüklere, daha bulundukları çagda (suç işledikleri zaman), suç sanığı sifatile sorguya çekildiğ, kendisinin kötü fiiline ceza verileceği, veya serbestisini sınırlıyan tedbirler alınacağı şuurunu vermek bir takım mahzurlar doğuracaktır. Gaye onun islâhı, terbiyesi, kötü temayüllerden korunması olduğundan suç mefhumu

[1] Loi bernoise sur l'introduction du code Pénal suisse, madde, 36—62. 3 juin 1940.

ve bunun kafasında yaratacağı telkinlerden uzak tutulması çok önemlidir. Bu keyfiyet ise küçük suçlunun mahkeme salonlarından ayrı yerlerde sorğuya çekilmesi, hakkıdaki tahkikatın hususî yerlerde yapılması suretile sağlanır. Vaud K. C. U. K. nun 4 üncü maddesinde: «Başkan ve mahkeme Lozan dışında duruşma yapabilirler fakat Umumî Mahkeme salonlarından birinde yapamazlar» denmektedir. Aynı hüküm Nöşatel kantonu isviçre ceza kanununun kabulü kanunu (Loi neuchâteloise concernant l'intronuction du code pénal suisse du 20 novembre 1940) 13 ve sonraki maddelerinde vardır. Bu nokta Cenevre kantonu çocuk ceza mahkemesi kanununda da göz önünde tutulmuştur. Diğer kantonlar kanunlarında da keyfiyet belirtilmiştir. [1].

Küçüğü veya çocuğu ürkütmeden, korkutmadan, her hangi bir şekilde tazyik altında bırakmadan sorğuya çekmek ve hangi şartlar içinde suçu işlediğini ortaya çıkarmak lâzımdır. Küçüğü umumî mahkeme salonuna çıkardığımız takdirde istenilen bilgi asla elde edilemiyecektir. Doğru bir netice alınamayınca çocuk hakkında gereken gerçek tedbir tatbik edilmiyecek, yanlış davranılmış olacaktır. Bütün bu mahzurlardan kaçına bilmek için küçüğü baskısız, korkusuz bir hava içinde incelemek gerektir.

D — Küçük suçlulara tatbikını emredeceği tedbir veya ceza konusunda mahkeme kanunun koyduğu gayeyi gözetmek mecburiyetindedir. Kanuna göre, küçük suçlulara tatbik edilecek rejimin gayesi bunların «*terbiyesi*» ve «*korunması*» dır. Haklarında bir cezanın tatbiki veya bir tedbirin alınmasında onların menfaatları göz önünde tutulur. Mahkeme kararile verdiği ceza veya koyduğu tedbirde (emniyet tedbiri) kanunda emredilen «terbiye» ve «koruma» esaslarını göz önünde tutmak mecburiyetindedir. Bu esasların ölçüsünüde küçüğün «menfaati» tayin edecektir.

Mahkeme değil yalnız fiili aynı zamanda suçlunun içinde bulunduğu her türlü şartları, karakterini ve gelişmesini inceliyecek ve bu suretle elde edeceği sonuca göre küçük suçluyu terbiye — koruma maksadına ulaştıracak olan emniyet tedbirlerini veya cezaları karar altına alacaktır. Derhal işaret edelim ki bu hususu aydınlatan mahkeme içtihadı da son zamanlarda ortaya konulmuş bulunuyor. İlmî içtihadların yaratıcısı olan ***İsviçre Federal mahkemesi 15 Mayıs 1942*** tarihli bir kararında küçükler hakkında alınan emniyet tedbirlerinin

[1] Loi sur la chambre pénale de l'enfance du 7 décembre 1940. Loi bernoise sur l'introduction, madde, 60.

ne maksatla alındığını açık bir ifade ile anlatmaktadır. Bu kararda «*Cezayı müstelzim bir fiili işlemiş olan küçükler kakkında alınan tedbirlerde gaye ceza değil ve fakat münhasıran Terbiye* ve *Koruma* dır» [1].

Bu kararile yüksek mahkeme bu tedbirlerin nasıl bir maksat altında verildiğini kesin olarak söylemektedir.

Suçlunun içinde bulunduğu şartlar incelenecektir, çünkü yalnız başına kusur hiç bir hususî muhtevaya malik olmayabilir. Çok kere kusur karakterdeki bazı eksiklikler, terbiyedeki bazı aksaklıklar veya diğer bir takım sebeplerin bir sonucu olur. Bundan dolayıdırki kusuru araştırırken onun ne gibi sebplerle birlikte doğduğunu incelemek, araştırmak zarureti vardır. Bu arada ailesinin hali de bakıma alınacaktır [2]. Böylece küçük suçlunun ceza kanunundaki katagorilerden hangisine girdiği tesbit olunacak ve hakkında kanunun bu katagoriye tatbikini emir veya takdire bıraktığı tedbirler mahkemenin bir kararile alınacaktır. Bu hususta hâkime çok geniş bir takdir salâhiyeti tanınmıştır.

E — Mahkeme muayyen rejime bağlanan küçük suçlunun umumî durum ve gelişimini her an takip eder.

Suçlu için alınan tedbirlerin ne ölçüde müsbet sonuç verdiği, bu tedbirlerin devamında fayda olup olmadığı, yerlerine başka tedbirler alınıp alınmamasına lüzum olup olmadıgı hususlarını mahkeme iyice inceliyecektir. Gerekkiyorsa, emredilen tedbirlerin devamına veya durdurulmasına karar verilir. Elde edilen sonuçlara göre mahkeme şu veya bu mahiyette bir karar alır. Aynı suretle, gerekiyorsa mahkeme infaz edilmekte olan kararını yeniden inceledikten sonra konulan bir tedbir yerine daha uygun bulduğu diğer bir tedbiri emredebilir. Vaud.k. küçükler c.u. kanununun 56 ıncı maddesi bu noktaya ilişmiştir. Bu maddeye göre «*Mahkeme, başkan veya delege hâkim birincisi bir tevbih veya okul hapsi olmamak şartile, evvelce emretmiş oldukları tedbirden biri yerine diğerini herzaman koyabilirler*". Gö-

[1] Bu karar için: Journal des Tribunaux, le 30 juin 1942, p. 378; Ro. .68. 1.

[2] Bu hususu Vaud. k. k. c. u. k. 22 inci maddesinin atfettiği İsviçre ceza kanununun 83 — 90, 373 üncü maddeleri emrediyor. 83 üncü maddeye göre: "Çocuk veya küçük hakkında alınacak karar zaruri kılarsa salâhiyettar makam çocuğun hareket tarzı, terbiyesi ve durumu üzerinde bilgiler toprar, diğer yandan bu makam çocuğun maddî ve zihnî durumu hakkında ehlihibre mütalâasını veya raporlarını ister. Salâhiyetli makam ayni suretle çocuğun muayyen bir müddetle göz altına alınmasını emredebilir„. Code pénal Suisse, art. 83.

'ülüyorki böyle bir sistemin bükülgenliği (souplesse) sayesinde mah-
kemenin kararları daima küçüğün durumu ve gelişimine uydurulmuş
olacaktır. Her zaman değişen duruma ve gelişime uyan tedbiri al-
nak suretile gayeye ulaşmak imkânı bulunacaktır. Bu gaye, evvel-
ede görüldügü gibi küçügün korunması, ıslahıdır.

Adı geçen 56 ıncı maddenin 2 inci fıkrası diğer bir hüküm koy-
maktadır. Bu fıkraya göre: «Mahkeme küçüğü dinledikten, tahkikatı
yaptıktan, kanton küçükler ofisinin mutalâasını aldıktan sonra yeni
kararını verir». Bu kararda küçük suçlunun kendisine tatbik edile-
cek tedbirler yönünden, kanundaki üç katagoriden hangisine( isviçre
ceza kanununda ayrılan) girdiği tesbit edilecektir.

Suçun işleniş tarzı araz teşkil etmesi bakımından önemledir.
Arazlar emniyet tedbirlerinin nevini tayin ederler. Yâni, tesbit edi-
len arazlara göre emniyet tedbiri alınır. Yapılan tahkikattan elde
edilen neticelere göre, küçük, ya manevî bir tehlike içindedir, ya-
hut içinde bulunduğu durum hususî bir tedaviyi gerektirmekte, ve-
yahut çocuk normaldir, yaşına göre hahkında bir müeyyide alınması
lâzımdır.

Ağır olmıyan hallerde, mahkeme başkanı şu tedbirlerden birinin
alınmasını kâfi görebilir:

1 — Tevbih,

2 — Okul hapsi,

3 — Kendi öz ailesi yanına bırakılan küçüğün terbiyesine neza-
ret,

4 — Göz altına alma,

İsviçre ceza kanunu, madde, 87, Küçükler.C.M.U. kanunu, madde, 31.
Cenevre çocuk ceza mahkemesi kanunu, madde, 1. Ceza kanununun
kabülüne dair Berne kanunu, madde, 30. İsviçre ceza kanununun
tatbikine dair Fribourg kanunu (7 şubat 1940 tarihli kanun) madde, 21.

Ağır hallerde başkan işi mahkemeye sunar ve mahkeme suçun
işleniş şartlarına göre suç sanığı hakkında:

1 — Güvenilir bir aile yanına konulma,

2 — Terbiye – ıslah müessesesine yerleştirme,

3 — Hususî bir tedavi yapılma,

408

4 — Ceza müessesesine gönderme,

5 — şartla salıverme,

6 — Para cezası ve para cezasının çalışmıya veya hapse çevrilmesi [1],

7 — Bir günden bir yıla kadar hapse çarptırma,

8 — Tecil,

9 — Müddetli deneme ile hükmün taliki ve patronaj (himaye usulü) kararını verebilir. Bu keyfiyet isviçre ceza kanununun 97 ve Vaud küçükler ceza usulü kanununun 47 inci maddelerinde belirtilmektedir.

Yukarda 9 uncu bentde patronajdan bahsediliyor. Patronaj veya himaye maddî veya manevî yollarla büyük veya küçük suçluların ıslahını amaç alan teşkilâtlardır. Himaye bir yandan maddî ve manevî yardım, diğer yandan gözetme (surveillance) vazifelerini yapar. Himaye teşkilâtları resmî veya hususî mahiyette olabilir. Himayenin mahiyeti ve vazifeleri isviçre ceza kanununun 47 inci maddesinde belirtilmiştir.

Bütün bu meseleler küçük suçluların mesuliyeti konusunu ilgilendirdiğinden burada ayrı ayrı incelenmemiştir.

## V

Buraya kadar isviçre küçükler ceza mahkemesinin kuruluşuna esas olan ilmî prensipleri, gelişen yeni fikirleri ve bu mahkemenin mahiyetinin neden ibaret olduğu hakkında mümkün olduğu kadar mücmel bir fikir verilmek istenilmiştir. Başka bir yazı ile yapılacak mukayeseli bir inceleme bu konuyu daha çok aydınlatmıya yarıyacaktır.

Türkiyemiz gibi henüz meselenin lâyık olduğu kadar önem kazanmadığı bir yerde bu türlü incelemeler çeşitli yönlerden yapılmalıdır. Bugün modern Türkiyede suçlu küçükler hukukunu son cereyanlara göre sistemleştirmek bir zarurettir. Hiç bir hukukî müessesemiz demode kalamaz. Daima en ileriye ve en iyiye ulaşmak isteyen genç ve dinç rejimimiz bu eksikliği en kısa bir zamanda telâfi edecektir. Çünkü, mesele her şeyden evvel hayatî bir öneme maliktir. Temenni edelim ki bu iş pek yakın bir fırsatta ele alınmış olsun.

[1] Umumiyetle suçluların ve bu arada küçük suçluların çalıştırılması üzerine değerli arkadaşımız Dr. Nurullah Kunter'in „Le travail pénal.. „adlı tezinde esaslı bilgi vardır, sahife, 61.

No: 81

# Mevzuatımıza Göre, Zina Tekevvün Şartları ve Hükümleri

## I

### Başlarken

Yazan
**Hakkı Haker**
**Çorlu C. M. U. si**

Aile içtimaî hayatın mahsulüdür. Yer yüzündeki insan topluluklarının vücude getirdiği en mühim teşekküllerden biri de; hiç şüphesiz, aile ismini verdiğimiz birliklerdir.

Aileyi; içtimaî, fıtrî şartların bir icabı olarak kabul ettiğimiz içindirki, bunu aynı zamanda, içtimaî birliğin hukukî bir tezahürü olarak göstermek imkânını da buluyoruz.

Beşer tarihinin tekâmül seyri takip edilecek olursa aile, cemiyet hayatının hücrei asliyesini teşkil eder. İçtimaî şartlar vasatında sosyal her hadise gibi o da içtimaî şartların icap ettirdiği tekâmül safhalarından geçerek tahavvüllere maruz kalmıştır.

Hukukî bir müessese olan ailenin, müşterek, tipik bir karekterini tesbit ederken, hiç şüphesiz, ailenin sükûn ve intizamını haleldar eden fiil ve hareketlere karşı alınmış olan himaye tedbirlerini mevzu bahis etmek icap eder.

Bu fiil ve hareketlerin ağır neticeleri karşısında; her cemiyet kendi bünyesine uygun tedbirlere mevzuatında yer vererek, aileyi siyanet ve himaye etmiştir. Aile, evlenme akdinin vuku ve vücudu ile teşekkül eder. Evlenme akdinin, eşlere tahmil ettiği vecibenin en mühimlerinden biri şüphesiz ki «sadakat ve eşlerin bir birine

hasrü nefs etmesi» dir. Eşlerden biri tarafından, bu vecibe ihlâl edildiği takdirde, ailenin intizamı bozulur.

Bu itibarladır ki; beşer tarihinin mebdeinden beri, zinanın cezaî ve medenî bir suç olarak kabul edildiğini görüyoruz.

Eşlere tahmil olunan vecibenin bir diğeri de, «ailenin namus ve haysiyetini vikaye ve muhafaza» mecburiyetidir.

Aile hukukunda, vecibeleri tevlit eden âmil şüphesiz ki akittir. Zinanın saklı kalmasında eşlerin menfaatı bulunduğunda, hiç birimizin şüphesi yoktur. O halde; bir aktin tahmil ettiği vecibelere riayetsizlik şeklinde tecelli eden bu kabil gayri meşru hareketleri, nihayet o vecibeyi tevlit eden akit hükümlerini ihlâl eden bir fiil olarak kabul etmek, imkân dahilindedir.

İşte, bu tez ve ceza dâvalarının faidesiz bir tehditten ibaret kalmasına mani olmak — İsbatında maruz kalınan müşkilât — Düşüncesile, zinanın bir suç olarak kabul edilmesine aleyhtar olan müelliflerin eserlerine tesadüf ediyoruz. [1]

Ayni zamanda, yukarıda mevzu bahis ettiğimiz tezi müdafaa eden müellifler, zina dâvalarının, diğer dâvalara nisbetle kıyas kabul etmiyecek şekilde az bulunması yüzünden, bunun suç olarak kabulü halinde, içtimaî bir faydanın melhuz bulunmadığını da tezlerinin bir diğer delili olarak ileri sürmektedirler.

Mamafi; tarihi ve hukukî tetkikler zinanın ilk çağlarda bile cezaî ve medenî bir suç olarak kabul edildiğini ve yeni mevzuatta bu fiile cezalar tertip edilmiş olduğunu göstermektedir.

Zina dâvalarının, diğer dâvalara nispeten miktarının az olmasına gelince; bu suçun mahiyeti itibarile; gizli kalmasında tarafların menfaattar bulunması, ispatında maruz kalınan müşkilâtı birer âmil olarak göstermek lâzımdır.

Dediğimiz gibi; aile insan cemiyetlerinin aslî hücresidir. Bu hücrenin her türlü tesirattan masun kalması, onun ve cemiyetin idamesi için bir şarttır.

[1] a) Majno Ceza Kanununun şerhi Cilt: 3. S, 196

b) 1/1/942 tarihinde yürürlüğe giren Federal İsviçre Ceza Kanununun 214 üncü maddesi zinayı suç olarak kabul etmiştir. (Bu kanun 1937 senesi sonlarında neşrolunmuş ve 3/Temmuz/1938 tarihinde yapılan Referamdom ile İsviçre halkının tasvibine iktiran etmiştir). Bu kanunun neşrinden evvel, Genève Kantonunda zina suç olarak kabul edilmemiş idi.

Cemiyetin bünyesinde frengi gibi tezahürler gösteren bu gayrî meşru fiil ve hareketlerin ceza tehdidine maruz kalmasında kanaatımızca içtimaî menfaat ve zaruretler vardır.

Aynı zamanda, eşlerin menfaatı ve ailenin cemiyet hayatındaki mühim mevkii de nazara alınarak bu suçtan mutazarrır olan eşin ancak, şikâyeti üzerine âmme dâvasının tahrik olunabilmesi esasına, bütün Dünya mevzuatında yer verilmiştir.

Bu itibarla bu prensip, zinanın suç olarak kabulüne muarız olanların serdetmiş oldukları mahzurları bertaraf etmeğe kâfi bir âmil olduğuna şüphe edilmese gerektir.

## II

## Tarihçe

Tarihî tetkikler zinanın eski devirlerde yaşayan milletler tarafından da suç olarak kabul edildiğini ve buna ağır cezalar verildiğini gösteriyor.

*I — Dinler :*

a) Tevrat (Ahtı atik) da «zina etmeyesin» [1] ve aynı zamanda «bir ademin zevcesi ile her kim zina ederse — komşusunun zevcesi ile - zani ve zaniye mutlaka katlonulacatır» [2] hükmüne tesadüf olunuyor.

Tevrat da, diğer dinlerde tesadüf ettiğimiz recmin kabul edildiğine dair sarih bir kayda tesadüf edilmemektedir. Yalnız evlenmezden evvel — babasının evinde iken — bikrini izâle ettiren kızlar için istisnaen recim cezasının kabul edildiği ***görülmektedir*** [3].

[1] Huruç : 20 Bend : 14

[2] „ : 20 Bend : 10

II inci Bend de "ve bir adem pederinin zevcesi ile yatarak pederinin üryanlığını açmış olursa mutlaka ikisi de katlonulacaktır. Kanları kendi üzerinde olacaktır.„

12 inci Bendde „ve bir adem kendi gelini ile yatar ise mutlaka ikisi de katlonulacak. Habaset ettikleri için kanları kendi üzerlerinde olacaktır"

[3] Tesniye 13, 20, 21 ve 24 üncü bentler.

„Bir kimse bir kadınla tezevvüç ettikten sonra onun bakire olmadığını iddia ede-

b) İncil (Ahdı cedit) de «zina etmeyesin» hükmüne tesadüf olunuyor [1]. Bu kitaptan aldığımız örnekler tetkik edilecek olursa, zinaya çok geniş bir mâna verildiği sarahatan *anlaşılmaktadır* [2].

c) Kur'anda, zinayı tecrim ve tahrim eden hükümler sevk olunmuştur. İslâmiyet, diğer edyanda olduğu gibi zinaya geniş bir hudut çizmiştir. Nikâhlı olmayanlar arasında vuku bulan gayri meşru mukareneti zina mahiyetinde telâkki etmiştir. Bu sebeple Kur'anda «zinaya yaklaşmayınız o pek fena ve kötü bir yoldur» [3] hükmü sevk olunmuştur.

Bir Hadis de «Ey maşerinas zinadan tevakki ediniz çünkü anda altı haslet vardır. Üçü Dünyada, üçü âhirettedir. Dünyadakiler bahayı giderir, fakru irâs eder, ömrü kısaltır, Âhirette de sıtkı, hesabın kötülüğünü ve nâra hulûlü mucip olur,» [4].

Aynı zamanda, «mümin olanların zinadan tevakki etmeleri farz olunduğu gibi zâni ve zâniye nikâhından içtinâp etmeleri ve yekdiğerini evlilerin bu töhmetlerden korumaları lâzımdır» denilmiştir [5].

---

rek bu iddiası, kızın babası bekâret nişanesini irae etmek suretile ispat edemediği takdirde; keyfiyet sahih olur ve kızda bekâret nişanesi bulunmadı ise, kızı Pederi hanesinin kapusuna çıkarsın ve Pederi hanesinde zina etmekle islailde habaseti irtikâp etmiş olduğundan şehrinin ademleri anı taşlarla recim etsinler de ölsün böylece kötülüğü aranızdan def edesin".

[1] Luka : 18 Bend 20

[2] Meta : 19 Bend 9

„Her kim zevcesini zinadan gayri bir sebeple tatlik edip gayrisini tezevvüç eder ise zina eder ve her kimki tatlik olunanı tezevvüç ederse zina eder".

Meta : 5, 28, 29 ve 30 uncu bendler. „Fakat ben size derimki her kim nisâdan birine şehvetle bakarsa kalbinde anın ile zina etmiş olur. İmdi sağ gözün sürçmene sebep olursa anı çıkarıp kendinden def et. Zira âzadan birinin zayi olması bütün cesedini cehenneme atılmasından sana hayırlıdır.

Eğer sağ elin senin sürçmene sebep olursa anı kesip kendinden def et. Zira âzadan birinin zayi olması bütün cese- dinin cehenneme atılmasından sana hayırlıdır."

[3] Sûrei İsra : 32

Avrâm Galanti — Üç sami vazii kanun s. 48 — 50

[4] Merhum Mehmet Hamdi Yazır — Hak dini Kur'an dili Cilt : 4. S: 3471

[5] Merhum Mehmet Hamdi Yazır — Hak Dini — Kur'an Dili C : s : 3478



48

Nur Sûresinin nüzûlünden evvel «zina eden kadınların vefat edinceye veyahut cenabı hak bir yol açıncaya kadar evlerinde hapis ve zina eden erkeklerin ise Hâkimlerin rey ve takdirine bağlı ceza ile tâzir olunmaları» hususunda sevk olunmuş emir mevcuttur. Yalnız sûrede, bu haddin, en az ve en çok miktarı gösterilerek tayin olunmamıştır [1].

Nur sûresinin nüzûlünden sonra; «zâni ve zâniyelerden her birine yüz değnek vurunuz. Allahın dininde bunlara bir acıyacağınız tutmasın Allaha ve âhiret gününe gerçekten inanıyorsanız hem müminlerden bir taife bunların azaplarına şahit olsun» [2] hükmü telâkki olunmuştur.

İslâmiyet diğer dinlerden farklı olarak haddin miktar ve nev'ini tayin ederken, daha hafif cezalar tertip etmek suretile mülâyim davranmış ve aynı zamanda bu suçun subutu için şahadet nisabını dörde iblâğ etmiştir. Dört şahidin şahadeti veya alâkadarın dört kerre ikrarı olmadıkça subutuna hükmetmek kabil değildir. [3]

Bu suretle «dört şahidin şahadeti veya alâkadarın dört kere ikrarı ile sabit veya subutuna hüküm lâyık olan kadın ve erkeğin her birini yüz celde [4] vurunuz» emrini hatırlamak lâzımdır.

İslâm hukukunda, kısas için şahadet nisabı iki şahidi adil kabul edildiği halde, zinada bu nisabın dörde çıkarılması, suçsuz olan bir kimsenin zina gibi aile şerefini muhil ağır bir töhmetten vikaye olunmasını temin için olsa gerektir.

Bunun için «ittihamlarını ispat edemiyenlere 80 celde vurunuz

[1] Aynı eser Cilt : 4 S : 3471

[2] Aynı eser Cilt : 4 S : 3466

[3] Aynı eser Cilt: 4 S: 3466

[4] Aynı eser Cilt: 4 S: 3463 ve bundan sonraki sahifeler.

Celi, cilde vurmaktır. Vurmaktan maksat bir zecrü terdip olduğuna göre, cildi çürütmiyecek ve tehlikeye sebeb olmıyacak şekilde hafife yakın bir mutedil Celddir. bu suretle işin bir işkence ve itlâf ile alâkası olmadığı zahirdir. Bunun için;

1 — Değnek düz ve budaksız olmalı ve çöp gibi ince veya iri olmamalıdır.

2 — Vuran kimse, vururken deyneği nihayet umuzu hizasına kadar kaldırmalı ve umuzundan arkasına aşırtmamalı.

3 — Çıplak bedene vurulmamalı fakat kürk gibi kalın elbise varsa bunlar çıkarılmalı.

4 — Beden, karın, ot yeri gibi nazik ve tehlikeli azaya vurulmamalı.

5 — Darbeler bir uzva hasredilmeyip vurulması caiz diğer muhtelif azalara lâyıkı veçhile tefrik olunmalı.

414

ve bunların hem de ilelebet şahadetini kabul etmeyiniz» [1] emrini hatırlamak ve bu emrin bir müeyyidesi olarak kabul etmek lâzımdır.

*II — Eski Kanunlar:*

a) Mısırlılarda ;

Gayri meşru münasebette bulunan erkeğin tenasül uzvu, kadının burnu kesilerek cezalandırılırdı.

b) Hintlilerde ;

Mevcut içtimaî sınıflara göre tatbik olunan cezanın nev'i değişir idi. Zina eden şudra ise idam olunur. Brahmen ise başı tıraş ettirilir idi.

c) Yunanistanda ;

Likürg kanunundan sonra tatbik edilmiş olan Dragon kanunları zanilere idam cezası tertip etmiştir. Solon kanunu ise evli olmıyan bir kadın ile cinsi münasebette bulunanlar hakkında para cezası tayin etmiştir. Kadın evli olduğu takdirde, kocası zaniyi derhal katledebileceği gibi kadının kıllarını yolmak sureti ile cezalandırmağa ve cihazını zapt ederek esir gibi satmak hususunda kendisine bir dava hakkı bahş olunmuştur.[2]

ç) Geldanilerde ;

Burada Hamurabi kanunundan bahsetmek lâzımdır. «Milâttan 1900 sene evvel vaz olunmuş olan bu kanun eski sümer kanun ve adaletlerinin bir araya toplanmasından teşekkül etmiştir. Zaten babil medeniyeti her bakımdan Sümer medeniyetinden çıkmıştır. Sümerlerin III. üncü Ur sülâlesinden Dungi zamanında tetvin olunan kanunlar, Hamurabi kanununun en yakın esas ve aslını teşkil eder» [3]

Milâttan evvel sekizinci asırda kurulmuş olan Gök Türk İmparatorluğunda suçlar ağır ve hafif olmak üzere, iki kısma ayrılmış ve ağır cürümler arasına «başkasının zevcesi ile gayri meşru münasebette bulunmak» suçu da ithal olunmuştur. [4] Bu kısa izahattan

[1] Aynı eser Cilt : 4 S : 3479 ve 3482

[2] Pr. Vehbi 932 — 933 senesine ait ceza hukuk notları.

[3] T. T. K. Tarihi : I. S. 96

[4] Aynı eser S. 47

sonra Hamurabi kanunu tetkik edilecek olursa, bu kanun «zina eden kadın, suç halinde yakalandığı takdirde zani ve zaniye bağlanarak suya atılmasını» âmir bulunuyor. Ancak «koca eşini, kıral tebaasını af» edebilir. [1]

Zina ile ittiham olunan kadın suç halinde yakalanmadığı takdirde, eş yemin ederek ailesi nezdine avdet edebilir [2].

Bu Kanun, aynı zamanda evli bir kadını zina ile ittiham eden kimseler kakkında da ceza tertip etmiştir. [3] ayrıca kocanın muhilli namus muamelelerinden dolayı müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesi halinde, eş, kocasının evini terk edebilir ve getirdiği cihazı da beraber götürebilirdi. [4]

d) Türklerde ;

1 — Cengiz yasası, bu kanun zanilere idam cezası tertip etmiştir. aynı zamanda zinayı irtikâb ederken bu vaziyeti görenler bu fiilin mürtekiplerini öldürebilirlerdi. Ancak Kaydo kabilesinde kız ve kadınları gelen müsafirlere ikram maksadı ile yatırmak adet olduğu için, bu kabile mensupları tarafından Cengize yapılan istirham üze-

[1] Avram Galanti — Hamurabi kanunu

129 uncu maddede "şayet bir kimsenin karısı başka bir erkek ile hem fraş olarak tutulur ise onları bağlamalı ve suya atmalı. Şayet karının sahibi (isterse) karısını yaşata bilir ve Kral teb'asını yaşatabilir„

[2] Hamurabi kanununun madde 131 ve 132

"Şayet bir kimsenin karısı kocasından şikâyet eder ise bu kendisi (karı) başka bir erkek ile hem fraş olarak (bir halde) yakalanmaz ise o, (karı) allâhın ismini zikrederek bunu beyan etmeli ve evine (karı) gitmeli„

"Şayet bir kimsenin karısı hakkında, başka bir adem için parmak dik tutulur ise ve kendisi (sütün: 6) başka bir erkek ile hem fraş olarak yakalanmaz ise kendi kocası için nehre dalmalı (atlamalı)„

(Zinasından şüphe edilen kadın, nehirde su tecrübesine kendisini tutmalıdır).

[3] Aynı eser madde: 127

"Şayet bir kimse bir mabet hizmetçi kızına yahut bir ademin karısına karşı baş parmağını dik tutarsa (fahişe olduğunu iğma ederse) fakat (onu) ispat etmez ise o kimseyi hakimler huzuruna çıkarmalı ve anlını yarmalar ile damgalamalı.„

[4] Aynı eser madde: 142

"Şayet bir karıya karşı kocası suçlu ise, o (karı) bana tekarrüb etmiyecek der ise sonra kendisine atfolunacak kabahatler hakkında karar verilir ise, şayet o (karı) kendini gözeterek cürüm irtikâb etmemiş ve kocası kapu dışarı etmiş ise ve o (karı) pek çok zelil kalırsa bu kadının kabahatı yoktur. O (karı) hediyesini almalı ve babasının evine gitmeli.„

rine, bu âdetin devamına müsaade olunmuştur. [1]

2 — Fatih kanunnamesi ve kanunnamei süleymani.

Bu kanunlar Hüseyin Namık Orhun tarafından idare olunan «Türk hukuk tarihi» mecmuasında neşrolunmuştur. [2]

Kanunnamei Süleymani, Fatih kanunname sine nazaran daha açık bir üstûpla kaleme alınmıştır, her iki kanunda erkeğin zinasına ait cezayı tayin eden birinci maddesi ile kadının zinasına temas eden üçüncü maddenin Kanunnamei Süleymaniden aynen iktibas edilmesi faydalı görülmüştür. [3]

Esasen her iki kanunun, 12 maddeden ibaret bulunan birinci fasılları zinaya tahsis edilmiştir.

İslâmiyetten evvel arap kabileleri arasında tesadüf olunan Recim hâdiselerine ait misalleri Türk tarihinde ender olarak göstermek kabildir. Ancak; Avcı Mehmedin saltanatına tesadüf eden 1091 tarihinde bir yahudi ile zina eden bir kadının recmine ait misali burada zikretmek mümkündür. [4]

3 — 1274 tarihli ceza kanununun 201 inci maddesi "Bir hatun bir şahsı ahar ile rizaen icra eylediği fiili şeniden dolayı aleyhinde takibat icrası beyinlerinde zevciyet kaim olduğu halde veyahut talâk vukuundan dört ay nihayetine kadar zevcinin ve zevci olmadığı tak-

[1] Mustafa Rahmi Timur ve tevzukâtı S: 106

[2] Türk hukuk tarihi mecmuası bayazıt kütüphanesi numara 3650—3655.

[3] I.inci Madde «bir müsliman zina kılsa şer ile sabit olsa zina kılan evli olsa bin akçeye daha ziyadeye gücü yeterse 300 akçe cerime alına ve evsatulhal olup 600 akçeye malik olsa 200 akçe cerime alına ve andan aşağı 400 akçeye gücü yetse 100 akçe cerime alına ve andan aşağı halli olursa 50 akçe cerime alına ve gayetle fakir olursa 40 akçe cerime alına„

3. üncü made «eğer evli müslime zina kılsa şer ile sabit olsa ganiye olsa erkanlığın (erginlik demektir. dul kadınların evlenmemiş erkeklere vardığı vakit verdiği paraya denir) temameni vere orta halli ve fakire olsa ana göre erkanlığı gibi cerime vere „

[4] Silâhtar fındıklılı mehmet ağa tarihi C. S: 137. Vak'ayı recim der meydanı esb " . . . . . avret ile yahudiyi meydanı siyasete götürdüler. Yahudiye müsliman ol kurtulur cennete gidersin demekle şerefi islâm ile müşerref olduktan sonra tunc ejderha dibinde boynu vuruldu ve avret dahi hafrolunan çukura beline değin gömülüp bana bu hususta iftiradır cürmüm ve kabahatim yoktur şehzadelerin başı için kıyma beni azat eyle deyu feryadı figan edegördü. İptida kardaşı ve akabince etrafında mahalakallah ruzumahşerden nişan verir seyirci taş düşürüp keşkettiler ve andan sonra kaldırıp defnettiler.„

417

dirde velisinin şikâyetine muallâk olup" subutu halinde «hatun üç aydan iki seneye ve şeriki cürmü olan şahıs evli olduğu takdirde üç aydan iki seneye kadar ve evli olmadığı takdirde bir aydan bir seneye kadar hapis olunur, bundan başka kendisinden beş osmanlı altınından yüz osmanlı altınına kadar» cezayı nakdi alınır. Bu kanunda, subut delili olarak, «fiili mezkûru icra halinde veya bir müslimanın hariminde bulunmaklıktan veyahut kendi tarafından yazılmış olan mekâtip ve evraktan dahi istimbat" olunur hükmüne tesadüf olunuyor. Aynı zamanda, zevcesi ile birlikte sakin olduğu hanede diğer bir hatun ile zina fiili kabihini icra etmiş olduğu karısının şikâyeti üzerine sabit olan koca hakkında da aynı cezaların tertip olunacağını âmir bulunuyor. [1]

Aynı zamanda ; 25/Teşrinevvel/1332 tarihli Hukuku aile Kararnamesinin 24 üncü maddesinde « Zina sebebi ile tefrik olunan kadını tekrar tezevvüç memnudur » [2] ve 132 inci maddesinde « Zevceynden birinin fiili zinayı irtikâbı halinde » eşin hâkime müracaatle mufarekat talebinde » bulunabileceği kabul olunmuştur. [3]

Hukuku Aile Kararnamesinin neşrinden evvel ve sonra ( Kanunu Medeninin mevkii mer'iyete girdiği 4 /Teşrinevvel/1926 tarihine kadar ) boşama, istisnaî haller hariç tutulmak kaydile münhasıran Kocaya tanınmış bir salâhiyet olarak mütalâa etmek lâzımdır. [4]

Kanunu Medeninin neşrinden evvel, Karı Kocasının Zinasına istinat ederek eşi aleyhine boşanma talebinde bulunmak salâhiyetini haiz olmadığı cihetle Kanunu Medenimizin Türk Kadınına bu hususta bahşettiği dâva hakkını bir inkılâp hükmü olarak tavsif etmek kabildir.

## III

## Zinanın Tarifi

Karının Kocasından başka bir erkek veya Kocanın Karısından

[1] 28/Zilhicce/1274 tarihli Ceza Kanunnamei Hümmayunun 201 inci maddesinin son fıkrası.

[2] Bu Madde, Yalnız Museviler hakkında "nikâhı Memnu olanlara mütedair„ Babısaninin ikinci faslındadır.

[3] Bu Madde, İsevilerin müfarakatine dair babısanidedir.

[4] Zevcin cünun, cüzam, bars ve emsali hallerle musap olduğu takdirde, Zevcenin feshi nikâha talebe selâhiyeti hakkında iradei seniye. 18/Cemazeyülevvel/1334 10/Mart/1332

başka bir kadın ile münasebeti cinsiyede bulunması şeklinde tarif olunan Zinayı gerek Kanunu Medenimiz ve gerek Ceza Kanunmuz tarif etmemiştir.

Ceza Hukuku Bakımından,

Zina « Evli olan bir Erkek veya Kadının — Eşlerden Birinin — Cinsen mügayiri olan diğer bir Erkek veya Kadın ile münasebeti cinsiyede bulunmak suretile ailevî rabıtanın kasten ihlâl olunması» dır.

Medeni Hukuk Bakımından,

Zina « Zevceyinden birinin cinsen gayri olan diğer bir şahıs ile birlikte beytutet etmesi » veyahut « evli bir Kadın veya Erkeğin cinsen mugayiri olan bir Kadın veya Erkek ile mukareneti Cinsiyede bulunması » dır. [1]

# IV

## Zinanın Şartları

*1 — Evlilik halinin bulunması. [2]*

Karının kocasından başka bir Erkek veya Kocanın karısından başka bir Kadın ile münasebeti Cinsiyede bulunması halinde, Zina eden ile bu vaziyetten mağdur olan eş arasında — Kanunu Medeninin 3 üncü Babında yazılı hükümlere uygun olarak akıt ve icra olunmuş — sahih ve muteber bir evlenmenin mevcudiyetini aramak lâzımdır.

Zina eden taraflardan birinin nişanlı olması halinde, Zina suçu tekevvün etmez. Zira, nişanlanmadaki sadakatsizliğin Zina gibi sayılması Hukukan Nişanlanmanın evlenme gibi kabul edilmemesindendir.

---

[30] Ahteri de "Zina, Haram olan Kimseye Cima etmek„ Kamusta "Gayri meşru mücameat„ tarzında tarif olunmuştur.

[1] Pr. Ebulülâmardin — Medenî Hukuk dersleri (Aile Hukuku)

Diğer bir tarifi de "Muhtelif Cinse mensup iki Şahsın bunlardan birinin hiç olmazsa diğer bir şahıs ile evli olduğu halde mukareneti cinsiyeleri ile icra olunan fiil„ tarzındadır.

Curti et Forrer Medenî Hukuk şerhi C. I. S : 227

[2] Bu şart, ceza ve medeni hukuk bakımından, zinanın tahakkukunda vücudu meşrut müşterek şartlardan biridir.

Bunun içindir ki, Söz kesme ve nişanlılık halinde taraflardan biri, başka birisi ile münasebeti Cinsiyede bulunduğu takdirde ceza tahdidine mâruz Zina suçunun tekevvününü derpiş etmek imkânsızdır.

Diğer bir deyişle, Zina eden eşin evli olması ve şeriki Cürmü ile kendi arasında her türlü Zevciyet rabıtasının bulunmaması lâzımdır.

Kanunu Medenimizin sureti mer'iyet ve şekli tatbiki hakkındaki 864 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinde « Yeni Kanunun Mer'iyetinden evvel eski Kanuna tevfikan akit edilmiş evlenmelerin yeni Kanun nazarında sahih olduğu » kabul ve teyit olunmuştur. Bu sebeble, Kanunu Medeninin Mer'iyete girdiği 4/Teşrinevvel/926 tarihinden evvel eski Kanun Hükümlerine tevfikanaktedilmiş olan evlenmeleri sahih ve muteber addetmek lâzımdır. Bu itibarla ; eski Kanun Hükümlerine tevfikan aralarında Zevciyet rabıtası bulunan eşlerden birinin Zinası halinde, evlilik vaziyetinin kabulünde tereddüt edilmelidir.

Taraflardan biri evliliğin kanunen sahih ve muteber olmadığını iddia ettiği takdirde, evvel emirde bu cihetin tetkik ve karara raptı lâzımdır.

Ceza mahkemaleri, temyiz mahkemesi 4. üncü ceza dairesinin 12/3/936 tarih ve 8812/2060 sayılı kararına nazaran» Karı Koca arasında ki nikâhın sıhhat ve butlanını tetkik ve tesbite salâhiyetli olmadıkları cihetle bu hususun halli hukuk mahkemelerine mevdu mesailden bulunduğu içtihat edilmiştir». [1]

---

[1] 1 — "Dinlenen şahitler, suçlunun müştekinin karısı olduğunu beyan ve suçlularda bunu mukir ve muterif bulunmalarına ve nikâhın esasatı sabıka cari olduğu zamanda aktolunduğu kabul ve beyan edilmiş olmasına binaen şu deliller ve tesaduk muvacehesinde mahkemenin esasen nikâhın subutuna dair bir karar ittihazına mecburiyeti olmamakla beraber esasatı sadıka dairesinde icra edilip mevzuatı hazıraya göre makbul olan bir nikâhın subutu hakkında verilen mezkûr karar lâğıv kabilinden olduğundan bozma sebebi addolunamaz„

Ceza U. Heyetinin 3/7/933 gün ve 162/ 161 sayılı karar.

2 —" Zina dâvasında vucudu iddia oulunan nikâhın ispat olunmaması dâvanın reddini müstelzimdir„ 4. üncü ceza dairesinin 13 / 2 / 929 gün ve 1312 sayılı kararı.

3 – "Kanunu medenin mer' iyetinden sonra vukubulan evlilik behemehal memu-

Zina dâvasının rüyeti esnasında taraflardan biri kanunu medeninin 112 inci maddesinde yazılı mutlak butlan sebeblerinden birini dermeyan eylediği takdirde, kanunun 113 üncü maddesine istinaden bu iddianın tetkik ve halli zina dâvası için bir meselei müstehire teşkil edebilir.

Butlan iddiasının subutuna karar verildiği takdirde, neticenin makabiline teşmili ile, eşin hukuken serbesti zamanına tesadüf eden bir devrede, bu fiilin irtikâb edilmiş bulunması dolayısı ile cezai mesuliyetin bertaraf olunması düşünülebilirse de, kanunu medenimizin 124 üncü maddesinin ikinci fıkrasında «evlenme mutlan butlak ile malûl olsa bile hâkimin kararına kadar sahih bir evlenmenin bütün hükümlerini haizdir» denilmesine nazaran, ceza dâvasının tetkik ve rüyeti ile — sabit olduğu takdirde — taraflara ceza tayin edilmesi icap eder.

Ayni dâvanın rüyeti sırasında, taraflardan biri yine ayni kanunun 115, 116, 117 ve 118 inci maddelerinde yazılı fesih sebeblerine istinaden, eşler arasındaki evlenmenin sahih ve muteber bulunmadığını iddia edebilir.

---

ru mahsusu huzurunda olması ve evlenme defterine mukayyet bulunması kanunun sarahati icabatındandır»

T. 2. inci Hukuk Dairesi 29/9/938 gün 1142/3299 S. K.

4 — "Eski ahkâma göre, evliliğin subutu için aktın tafsilen tahakkukuna lüzum ^oktu r. Tarafların Karı Koca olarak yaşadıklarına dair olan şahadet medarı hüküm olabilir„

T. 2. inci Hukuk Dairesi 12/4/938 gün 4991/1198 Sayılı K.

5 — « Medeni kanunun 109 uncu maddesi mücibince evlenmenin vücudunda evleneceklerin memur huzurunda riza ve muvafakatleri ve memurun evlenmenin kanunen aktedilmiş olduğunun beyanı kâfidir. mezkûr kanunun 123 üncü maddesinde yazılı olduğu üzere, bu dairede aktedilmiş olan evlenmenin kanuni şekillere riayet edilmemesinden dolayı feshine dahi cevaz yoktur„

T. 2. inci Hukuk Dairesi 9/7/940 gün 982 / 2727 Sayılı. K.

6 — « Zinada, suçun vukuundan sonra Boşanmanın dâvaya tesiri yoktur ve fiilin temadisine göre mürurı zaman mevzu bahis olamaz„.

4.üncü Ceza Dairesinin 25 / 10 / 933 gün ve 8537 Sayılı Kararı.

7 — « Umumhanelerde, herkese para mukabilinkde kendini arz eden bir kadın ile münasebette bulunan kimselerin 440 ıncı maddeye tevfikan Cezalandırılmasına imkân yoktur» .

4 , üncü Ceza Dairesinin 11 6/ 935 gün ve 3929 Sayılı Kararı,

8 — " Gayri meşru münasebette bulunmak maksadı ile meskene girmek, Mesken masuniyeti ihlal suçunu teşkil eder.

18 Şubat/942 gün 21/4 Sayılı Tevhidi içtihat Kararı.

Bu iddia ait olduğu mahkemece varit ve sabit görüldüğü takdirde, evlenme nisbi butlan ile muallel olur. İttihaz olunan karar hükmün katileştiği tarihten itibaren lüzum ve hüküm ifade edebileceğine nazaran ; fesih kararından evvel işlenen Zinaya ait iddianın subutu halinde tarafların mesuliyetini teemmül etmek icap eder.

Kanunu medenimizin 138 inci maddesinde «Hâkim, kanunun kabul ettiği boşanma sebeblerinden birini varit ve sabit gördüğü zaman eşlerin boşanmalarına veya ayrı yaşamalarına» karar vermek salâhiyetini haizdir. Hâkimin, hükmü ile tayin olunan ve kanunen bir seneden üç seneye kadar devam eden bu ayrılık zamanında, eşlerden biri Zinayı irtikâp ettiği takdirde ceza kanununun 442 inci maddesinin tatbik olunması lâzımdır. Zira ; ayrılık kararının verilmiş olması, evlilik rabıtasının bertaraf olunmasını icap ettirmez.

Kanunumuz terk halini, ayrılık gibi mütalâa etmiş ve haksız olarak eşini terk ederek Zina suçunu yapana, mevzuubahis 442 inci m addeye tevfikan, ceza tertip edilmiştir. [1]

Fiili ile, ayrılık kararının verilmesine sebebiyet veren taraf, eşinin Zinasından dolayı, onun aleyhine dâva açmak salâhiyetini haizmidir ?

Majno'ya göre, bu vaziyette bulunan eşin şikâyet ve dâvaya hakkı yoktur. Çünkü «kabahatli olan tarafın diğeri aleyhine kanundan

[1] 1 — "Maznun ile dâvacı ayrı ayrı yaşadıklarına göre, 440 ıncı maddenin atbikı yolsuzdur.„

T. 2. inci ceza D. 20/8/927 gün ve 2558 sayılı kararı.

2 — "Fiilin müddei ile maznunun bir birini terk ettiği sırada vuku bulduğu şuhut tarafından bildirilmesine göre, 442 inci maddenin nazara alınmaması yolsuzdur.„

T. 4 üncü ceza D. 10/2/929 gün ve 1174 sayılı K.

3 — "Suçun işlendiği sırada, kadın kocasının hanesini bırakıp Şadanın nezdine gitmiş ve bu suretle terk keyfiyeti zevce tarafından vuku bulmuş olmasına nazaran, ceza kanununun 442 inci maddesi hâdisede kabili tatbik değildir.„

C. U. Heyetinin 1/4/942 gün ve 16/22 sayılı kararı.

4 — «Terk vukuu halinde cezanın 442 inci madde mucibince tenzil edilebilmesi için zina suçunu yapanın terkte haklı olması icap eder.„

T. 4 üncü ceza dairesinin 15/1/936 gün ve 322 sayılı K.

5 — «Zina suçunda terkin haklı olup olmadığı araştırılmaksızın 442 inci maddenin tatbikı ve sureti kabule göre 80 inci maddenin tatbik edilmemesi.„

T. 4üncü ceza dairesinin 13/2/940 gün ve 7290/1168 S. K.

himaye görmesini» caiz bulmuyor. O halde, bir tarafın, yapmış olduğu fiil yüzünden, ayrılık kararı sadır olduğu takdirde, ceza kanununun 442 inci maddesinin tatbik edilmesi lâzımdır.

Eşlerden her ikisi de kabahatli bulunduğu takdirde, bu maddenin tatbik olunmayacağı anlaşılmaktadır. [1]

442 inci maddenin tatbik edilebilmesi için, terk halinin veya ayrılık kararının şikâyet ve dâvanın vukuundan evvel cereyan veya sebk etmiş olması lâzımdır.

1/1/942 tarihinde meriyete giren İsviçre ceza kanununun 214 üncü madddesinde,

a) Eşlerden birinin zina suçunu irtikâb etmesi yüzünden evlilik rabıtasının boşanma veya ayrılık kararı ile fesih ve inhlâli teemmül ve hükmedildiği takdirde, ancak bu suçu irtikâb eden eş ile suç ortağına ceza tertip etmiştir.

b) Zina suçunun işlendiği zaman, eşlerin birlikte yaşamaları nihayet bulduğu veya müşteki olan eş de zina ettiği veyahut kanunu medeninin 138, 139 ve 140 ıncı maddelerinde yazılı fiillerden birini işlediği, sabit olduğu takdirde, hâkim suçluların cezadan muaf tutulmasına karar verebilir.

İtalya Adliye Nazırı Pr. Alfred Roceoya izafeten bu isimle anılan ve 19/6/1930 tarihinde neşir ve 1/7/937 tarihinde meriyete giren İtalyan ceza kanununun 561 inci maddesinde : karı, kocası tarafından fuhşe teşvik ve tahrik edildiği, karının bu fiilinden kocanın istifade ettiği — Souteneur — veyahut eşlerden biri, diğer eşin şikâyet olunan fiilinin vukuundan itibaren, geriye doğru beş sene zarfında ayni suçu işlediği, ispat olunduğu takdirde, o kanunun 559 ve 560 ıncı maddelerinde yazılı cezaların tertibi cihetine gidilmez.

Burada, kanun vazı, aleyhine zina suçu işlenmiş olan karı veya kocaya maruz kaldığı hicap ve hareketten «vesilei kanun ile telâfii hak ve haysiyet salâhiyetini ve ancak onu istimale lâyık ve müstahak olanlara vermiştir» [2]

Aynı madde, terk ve ayrılık zamanında, mezkûr kanunun 559 ve 560 ıncı maddelerinde yazılı Adultére ve Concubinağe suçlarının irtikâbı halinde, eşin cezadan muaf tutulmasını da derpiş etmiştir.

[1] Majno — ceza kanunu şerhi C. 3. S. 204. N. 1546

[2] Aynı eser C. 3. S. 206. N. 1549

Kanunumuzun 442 inci maddesine nazaran; İtalyan Ceza Kanununun 561 inci ve İsviçre Ceza Kanununun 214 üncü maddeleri, cezadan muafiyet ve cezanın tahfifini müstelzim sebebleri daha geniş bir çerçeve dahilinde kabul etmiş bulunuyor.

*2 — Cinsî Münasibet (Cima) in maddeten vukuu. [1]* Cinsî münasebetin vukuu için, Zinayı yapan şahıslara ait tenasül uzuvlarının bir birine tedahül ve tetabuk etmesi Lâzımdır. Diğer bir deyişle, kadip — penis — in mehbil — Vagine — e duhulü şartmıdır? yoksa kadibin mehbile teması kâfimidir? bu nokta ihtilâflıdır. Müelliflerin bir kısmı, temasın kâfi bulunduğunda ittifak etmişlerdir.

Cinsen mugayir olan iki şahsa ait tenasül uzuvlarının bir birine tetabuk ve tedavül ile tabii mukarenet [2] hali tecelli eylediğine nazaran; Lutilik — Sodomie — Şerci Cima — Coit anal — dilini Kadının fercine sokarak istiha [3], kadibi diğer bir şahsın ağzına sokarak istimna [4] ve sevicilik [5] gibi gayri tabii mukarenetler ile öpüşme, kucaklaşma gibi sarkıntılık mahiyetinde olan fiil ve hareketleri [6] şartımızın haricinde bulunduğunu düşünmek lâzımdır.

Bununla beraber, bu fiilî hareketler münasebeti cinsiyenin herzaman vukuuna delâlet edebileceğine nazaran, yukarıda yazılı bulunan mütalâanın tersini müdafaa eden müelliflere de tesadüf olunmaktadır.

*3 — Koca tarafından yapılan zina suçlarında — Concubinage — mevzu bahis olan bir diğer şart da;*

a) Evli olmıyan bir kadını,

b) Karısı ile ikamet etmekte olduğu evde veya herkesce bilinecek bir yerde,

c) Karı koca gibi tutmak,

---

[1] Bu Şart da müşterektir.

[2] Coit normal — Coit Original

[3] Cunnilingus

[4] Fellatio

[5] Tribadisme — Saphisme

[6] Tenha bir mahalde, evli bir kadın ile öpüşürken yakalanan bir şahıs hakkında, zinasından dolayı takibat yapılması kararının kocası tarafından verilen dilekçe üzerine, "Cımaın maddeten vukuu„ tesbit edilmediğinden dolayı ademi takip kararı verilmiş ve bu karar derecattan geçerek katileşmiştir.

Hallerinin mevcudiyetini aramak lâzımdır. Şu halde; koca, evinde bulunan bir hizmetçi veya mürebbiye ile münasebeti cinsiyede bulunması halinde, bu münasebetin daimî ve açık olmaması sebebi ile cürmüyet mevzu bahis olamaz.

Karının Zinası, gerek Kanunu Medenî ve gerek Ceza Kanunu bakımından aynı neticeyi tevlit ettiği halde, Kocanın Zinasını Medeni Kanun ve Ceza Hukuku bakımından ayrı ayrı tetkik etmek lâzımdır. Ceza Kanunumuzun 441 inci maddesinde yazılı şartların ancak tahakkuku halinde, Kocaya o maddede yazılı cezanın tertip olunacağı derpis edilmiş ise de, Medeni Kanunu bakımından, Kocanın işlediği zinanın tahakkukunda Ceza Kanunun 441 inci maddesinde yazılı şartların mevcudiyetini aramağa lüzum yortur. [1]

Kanun Vazıı, Kocanın Zinasını yakarıda yazılı şartların tahakkukuna tabi kılmak sureti ile iki cins arasında bir nevi müsavatsızlığın vukuuna saik olduğu düşünülebilir ise de, Kanunumuz bu hükmü ile, Nesebin sıhhatini temin, Aile Hayatının ahenk ve sükûnunu idame ve bu suretle Cemiyetin intizam ve ahlâkını himaye etmek istemiştir.

Diğer bir nokda da; Kocanın Zinasında bu suça şerik olan Kadın da evli olduğu takdirde, kendi eşine karşı sadakatsızlık göstermek suretile Zinayı irtikab etmiş ve Erkek de, Kadının işlediği bu suçun taraflarından birini teşkil eylediğine nazaran, — Şartların Tahakkuku halinde — her ikisi hakkında Ceza Kanunun 440 ıncı maddesine istinaden, Şikâyete salâhiyeti olan tarafın müraceatı halinde, âmme dâvasının açılması icap eder.

Diğer bir Deyişle; evli bir Karı veya Koca, evli olduğunu bilerek bir Karı veya Koca ile zinaları halinde, Zina eden karının Kocası ile yine bu suçu işleyen Kocanın Karısı ayrı ayrı şikâyette bulundukları takdirde, ilk bakışta iki suç mevzu bahis olur. Bu takdirde; suçlular, işledikleri bir fiil ile Kanunun muhtelif maddelerini def'atle ihlâl ettiklerinden dolayı Ceza Kanununun 79 uncu maddesi göz önünde tutularak Ceza tayinolunması lâzımdır [2].

[1] 27/Temmuz/1884 tarihli Kanun ile tadil olunan Fransız Kanunu Medenisiniu 230 cu maddesi "Bir Kadınla Karı Koca gibi yaşatan, Koca aleyhine Karısının Boşanma talebinde bulunabilmesi kabnl edilmiş bu madde ile Medeni hukuk sahasında Karı ile Kocanın Zinası arasında ki fark ortadan kaldırılmıştır"

[2] 1 — "Fiilin kabul olunan derece ve ve mahiyetine göre Hadisede suç unsurları bulunmadığının düşünülmemesi ve kadının Erkeğin evli olduğunu bilerek bu suça şerik olduğu hakkındaki Kat'i subut delillerinin gösterilmemesi"
4.cü Ceza dairesinin 3 I/939 gün ve 2/I Sayılı .K.

*4 — Evlilik rabıtasını ihlâl etmek kastının bulunması. [1]*

Ceza Kanunumuzun 440 ve 441 inci maddelerinde yazılı Zina suçunu yapan Karı ve Koca ile bunların evli olduğunu bilerek bu suça şerik olan Karı veya Erkeğin aile rabıtasını ihlâl etmek kastı ile Cimaı bil ihtiyar icra ve ika etmeleri lâzımdır. [2]

Binaenaleh ; Evli bir Kadının yabancı bir Erkek tarafından cinsî mukarenette bulunmağa icbar olunması halinde, Karının bu hareketi Zina mahiyetinde tecelli etmez. Ancak, Erkek için cebren ırza geçmek — Vi ol — suçu tekevvün eder. Gaip olan Kocasını veya karısını ölmüş zan ederek başkası ile gayri meşru münasebette bulunan Karı veya Koca ile evli olduğunu bilmiyerek bir Kadın veya erkek ile cinsi münasebette bulunan Kadın veya Erkeğin, bu Hareketlerini zina mahiyetinde kabule imkân yoktur.

*5 — Dâvanın Kanunun muayyen olan müddet zarfında ikame edilmiş olması* . Diğer bir tabirle Dâvaya salâhiyeti olan eş tarafından Ceza Dâvasının açılması için alâkadar makama şikâyetname verilmesi veya usulüne tevfikan muayyen olan müddet zarfında boşanma Dâvasının ikame edilmiş bulunması.

Bu Şartı Ceza Hukuku ve Medenî Hukuk bakımından ayrı ayrı tetkik etmek lâzımdır :

a ) Ceza Dâvası : ceza kanunumuzun 443 üncü maddesi mucibince, 440,441 ve 442 inci maddelerde yazılı suçlardan dolayı takibat icrası karı veya kocadan biri veya kanunî mümessili [3] tarafından şahsî dâva — yazılı şikâyete — ikamesine bağlıdır. Zina, ayni zamanda iki taraflı bir suç olması itibarile fail ve müşterek fail aley-

---

2 — "Karı Koca gibi yaşamak fiili mütemadi bir suç olduğuna göre, 80 ninci maddenin tatbikında isabet olunmadığı gibi, evli olan bir Kadın ile Zinadan dolayı Kadının kocası tarafından dâva ikame edilmedikçe takibat icra edilemeyeceğine nazaran, Kocanın fiiline iştirak eden Kadının evli olup olmadığının tahkik olunmaması yolsuzdur.

Ceza U. Hey'etinin 10/10/938 gün ve 170/184 sayılı K.

[1] Bu Şartta müşterekdir.

[2] Majno Ceza Kanununun Şerhi C. 3. S. 197. No. 1534

[3] "Sağır ve Dilsiz olup işlerini görmekten aciz bulunması itibarile, hacir olunarak bütün işleri vasisi tarafından görülmekte olması sebebi ile, aklî Meleke ve Muhakemesi yerinde olmayan müştekinin aile harimine vukubulan çirkin tecavüzün, mahiyetini tayin ve takdirden aczi tabii bulunduğu cihetle Karısının zinasından dolayı vasisi tarafından ikame olunan Dâvanın kabulü icap eder".

4. Ceza Dairesinin 5/4/938 gün ve 627/621 sayılı K.

426

hine alâkadar tarafından. Müştereken şikâyetname verilmiş bulunması icap eder. [1]

Müştekinin, şikâyet hakkını suçlulardan yalnız birisine hasretmesini kabul etmek imkânsızdır.

İtalyan ceza kanununun 559, 560 ve İsviçre ceza kanununun 214 üncü maddeleri zina suçundan dolayı dâva ikamesini alâkadarın şikâyetine bağlı kılmıştır.

Ceza kanununun 108 inci maddesinde takibi şahsî dâva ikame-

[1] 1 — a) "Müşterek fiillerde faili müşterek hakkında aynı ahkâmın tatbiki lâzimei Kanuniden bulunmasına binaen, Ceza Kanununun 442 inci maddesi hükmü Kocasının evini terketmiş olan Kadınının şeriki cürmüne de saridir.

b ) "Bir Kadın ayrı kimselerle Muhtelif zamanlarda işlediği zina suçları bir kasdı cürmünün ef'ali icraiyesinden olarak Kanunun bir maddesini def'adle ihlâl edilmesi mahiyetinde ve müteselsil suçlardan madut değildir. "

Ceza U. Heyetinin 5/5/1930 gün ve 260/149 sayılı. K.

2 — "Filî Zinada, Faili müşterek aleyhine Dâva olmadıkça yalnız Kadın hakkında takibat icrası Kanunen gayri caiz bulunmuş iken Muhakeme icra ve hüküm itası yolsuzdur."

Ceza Umumi Heyetinin 23/6/930 gün ve 61/77 S. Kararı

3 — a ) "Zina eden kadın ve erkek suçta hem fiil olmakla ayni muamele ve hükme tabi ve yalnız biri cezalandırılıp ta diğerinin mesul tutulmaması gayri caizdir.

b ) Şikâyet üzerine zinadan dolayı hakkında takibat icra kılınan kocalı kadında cebri tabii tasavvur edilemez.

c ) Cebren ırza geçmek ve İffete taaruz etmek fiillerinde nazarı itibare alınması iktiza eden derecei sin üzerine mürettep kavaidin, ceza tehdidine tabi tutulmasını istilzam eden sebeb ve illete nazaran, zinada tatbiki mevzubahis olamaz. „

C. U. Hayetinin 7/7/930 gün ve 203/110 sayılı K.

4 — "Zinadan dolayı Takibat icrası kadın ve erkeğe teşmil edilmek suretile âmme dâvasının tahrikine bağlıdır. Ferağat kabili inkisam olmadığından suçlulardan yalnız birisi hakkında ki ferağat diğerine de saridir.',

4. C. Dairesinin 11/6/935 gün ve 3961/3929 sayılı. K.

5 — "Zina suçlarından dolayı Hukuku âmme dâvasının tahriki, Erkek veya Kadın hakkında müştereken şikâyet vukuuna bağlıdır.'

C. U. Heyetinin 23/6/930 gün ve 81/7 sayılı. K.

6 — "Zina suçundan dolayı takibat icrasının cürümde şerik olanlar hakkında da dâva ikamesine bağlı olması ve her iki suçlu hakkında dâva ikamesi mümkün olduğu hallere münhasırdır. Suç ortağının vefatı dolayısile suçlulardan yalnız birisi hakkında açılan Dâva üzerine duruşma icra edilerek neticeye göre, işin karara bağlanması icap eder.

Ceza U. Heyetinin 7/12/936 gün ve 4/ — 172/172 Sayılı .K.

427

sine bağlı bulunan [1] suçlardan dolayı alâkadar kimselerin altı ay zarfında, C. Müddeiumumiliğine şikâyetname vermeleri lâzımdır. Bu itibarla zinanın vukuundan veya ittilâ peyda edildiği tarihten itibaren altı ay içinde alâkadar şahsın, salâhiyettar makama müracaat ederek, zina dâvasının açılmasını istemelidir. [2]

108 inci maddede yazılı altı aylık müddet, bir mürurı zaman olmayup dâvaya mübaşeret için tahakkuku meşrut bir sukutu dâva müddetidir. Bu müddet boşanma dâvasının ikamesile inkıtaa uğramaz.

İsviçre ceza kanununun 214 üncü maddesi ile bu müddet üç ay olarak kabul edilmiştir. Bu maddenin üçüncü fıkrasına göre, müddetin mebdei ayrılık veya boşanma kararının katileştiği tarihten itibaren hesablanır. [3]

Kanunumuzun kabul ettiği bu müddetin mebdei fiilin vukuuna ittilâ peyda ettiği tarihten itibaren başlar. Dâvaya salâhiyeti olan tarafın eşinden şüphe ettiği an, bu müddet için mebde olarak kabul edilemez. Zira — hak ve namusuna taarruz edildiğini zan eden tarafın, dâva hakkını gaip edeceği mülâhazası ile hiç bir vasıtai ispat bulamadan dâvaya icbar edilmesi — gayri hukuki bir hal teşkil eder. [4]

---

[1] C. U. M. K. 151 inci maddesine bakınız.

[2] 1 — "Karısının bir buçuk seneden beri başkası ile zina etmekte olduğunu söylemesine göre, dâvacının suça ittilâ tarihi ile dâva ikame tarihi arasında ceza kanununun 108 inci maddesinde yazılı müddetin geçip geçmediğinin araştırılmaması yolsuzdur„

4 . ceza dairesinin 25/10/938 gün ve 4856—8735. S. K.

2 — "Ceza kanununun 108 inci maddesinin takibi şikâyete bağlı fiiller hakkında tayin ettiği müddet mürurı zaman olmayup, mübaşeret için mevzu mehilden ibarettir.»

4. C. dairesinin 15/6/939 gün ve 10877—5528 sayılı K.

3 — "Türk ceza kanununun 108 inci maddesinde yazılı müddet dâva ikamesi için tayin edilmiş bir mehilden ibaret olup bu maddeye 103 üncü maddede olduğu gibi mütemadi suçlara ait istisnai bir hüküm konmamış ve şikâyetname müddeti için ittilâ tarihi mebde ittihaz edilmiş olduğundan zina suçlarında dâvacının suça muttali olduğu tarihten itibaren bu müddet içinde dâva ikame eylemesi şarttır. Bu müddetin mürurundan sonra şahsî dâva hakkı sakit olur.„

C. U. Heyetinin 10/10/938 gün ve 421/311 sayılı. K.

[3] "Ceza kanunumuzun mehazı olan 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun 356 ıncı maddesinde, bu müddet üç ay olarak kabul edilmiştir.„

[4] "Majno C. kanunu şerhi C. 3. S. 203. No. 1543.

428

b ) Hukuk Dâvâsı: Zina sebebine istinaden dâva ikâmesine salâhiyetli olan eş, kocanın ikametgâhı mahkemesine müracaat ederek boşanma dâvası açabilir.

Davaya hakkı olan taraf, eşinin zinasına muttali olduğu tarihten itibaren, altı ay ve fiilin vukuundan itibaren beş sene zarfında ait olduğu mahkemeye müracaat ederek dâva açmak mecburiyetindedir [1]. Kanunun kabul ettiği bu müddet bir müruru zaman müddeti olmayup bir sukutu dâva müddeti mahiyetindedir. Mahkeme esnasında, hâkim tarafından resen nazara alınır. [2] Zina dâvasının açılmış olması bu müddetin inkıtaa uğramasını icap ettirmez [3].

*6 — Feragat ve affın bulunmaması.*

Bu şartı da Ceza ve Medeni hukuk bakımından ayrı ayrı tetkik etmek lâzımdır.

a) Ceza Kanunumuzun 444 üncü maddesinde «davadan vaz geçmek hükümden sonra dahi makbuldür. Bu halde hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarfı nazar olunur» denilmiştir.

Busuretle dâvadan vaz geçmek umumî ve suç ortağını da şamildir [4].

---

[1] "Medeni kanunun 129 uncu maddesi mucibince boşanma sebebine ittilâ tarihinden itibaren altı ay geçmekle boşanma dâvası sâkıt olursa da, müddeaaleyh kocanın ahar bir kadın ile karı — koca gibi yaşadığı iddia ve ısbat edilmiş olmasına göre, hadisede sukutu dâva müddeti mevzu bahis değildir».

H. U. Hey'etinin 26/2/936 gün ve 52/7 sayılı .K,

[2] Borçlar kanunun 140 ıncı maddesine bakınız.

[3] Rossel C. I. S. 391. No: 377

[4] I — "Zina dâvalarında takibat yapılabilmesi kadın aleyhine şikâyetname verilmesi ile meşrut bulunduğu ve bir mazununn lehinde dâvadan vaz geçme halinde— kanunda yazılı olmıyan yerlerde— diğer maznunların da istifade edeceği Türk ceza kanununun 443 ve 99 uncu maddeleri hükümlerinden istimbat olunmasına ve aksi takdirde ferağatın kabili inkisam olduğu ve ayni cürümden fail bulunan iki taraftan yalnız birinin mahkûm edilmesini kabul etmek icap edeceğine nazaran, suç ortaklarının ikisi hakkında dâva ikamesi lüzumunu tazammun eden 4 üncü ceza dairesi içtihadının vazı kanunun maksadına daha elverişli görüldüğünden bu içtihadın kabulüne ekseriyetle karar verilmiştir „.

7/6/935 gün ve 77 — 20 sayılı T, İçtihat kararı.

2 —"Zina dâvalarında zaninin hüviyetinin malûm olmaması aleyhine zina dâva-



429

Şu halde; Dâvacının dâvasından vaz geçmesile cezayı takibatın düşmesi icap eder. [1]

Feragat zımni ve sarih olabilir. Zımni af ahval ve şeraitten bilhassa müşterek hayata muntazaman devam olunmasından istidlâl olunabilir. Karı kocadan birinin ölümü halinde, 444 üncü maddeye istinaden dâvanın sukutuna karar verilmesi icap eder. [2]

İsviçre ceza kanununun 214 üncü maddesinde; «mağdur olan eşin ölümü ceza dâvasını düşürür ve cezanın infazına nihayet verir» ve ayni zemanda «zinaya muvafakat veya zina eden eşin diğer eş tarafından affı halinde» şikâyetin mesmu olamıyacağı kayıt olunmuştur.

İtalyan ceza kanununun 563 üncü maddesinde ise «şikâyetten vaz geçme mutazarrır olan eşin vefatı, zina ile maznun olan eşe ait evlenme aktinin iptali halinde suçluluk» mürtefi olur. Bu hüküm Umumî ve şeriklere de saridir. Bu sebeblerin vukuu halinde ceza infaz edilmekte ise, infaza son verilerek neticeleri bertaraf edilir.

b) Kanunumuzun 129 uncu maddesinin son fıkrasında «af halinde dâva mesmu olmaz» hükmüne tesadüf olunmaktadır. Af Ceza dâvasında olduğu gibi zımni veya sarih olabilir. [3] eşinin Zinasına vakıf olduktan sonra müşterek hayata — Cinsi Münasebet — devam olunması zımni affa delâlet edebilir. [4] Ancak affın bulunmadığını

---

sı ikame olunan ve zinada bulunduğu sabit bulunan kadının cezadan kurtulmasını istilzam edemiyeceği cihetle tebliğnamede gösterildiği üzere hüviyeti taayyün ettiği takdirde dâvacı dâva açabileceğine göre, usulün 253 üncü maddesi veçhile takibatın tatiline karar verilmesi icap ederken 99 uncu maddeye tevfikan sukut kararı verilmesi.„

C. U. Hey'etinin 11/9/937 gün ve 128 — 184 sayılı K.

3— "Evvelki mahkûmiyetleri infaz edilmeğe başlandığı sırada, dâvacının dâvasından vaz geçmesi ile ceza ınkıtaa uğradıktan sonra, tekrar birleşmelerinin ikinci bir suç olup olmadığı düşünülmeksizin yazılı sebeplere istinaden beraat kararı verilmesi„

4. Ceza dairesinin 30.1.940 gün ve 1274 — 6780 sayılı K.

[1] Majno Ceza kanunu şerhi C. 3. S.207. No: 1550

[2] "Karı Kocadan birinin ölümü, Ferağatta olduğu gibi hükmün icrasından ve cezanın neticesinden sarfı nazar olunmasını icap ettirir.„

86 sayılı Adliye Ceridesinden alınmış bir mütalâadır.

[3] "Kurnazlıkla elde olunan af, Boşanma dâvasında def'an dermeyan olunamaz.„

[4] a) Pr. Samim Gönensay M. Hukuk Dersleri C. 2. Ks. 2. Sahife 72 ve 73.

b) Federal Mahkemenin bir kararına göre, Kocasının Zinasına muttali olup da itiraz etmemiş olan Karı Zinaya razı olmuş addedilmez.

Rossel Kanunu Medeni şerhi C. I. Sahife 393

İspat Müddeaaleyhe ait bir iş veya Hâkimin vazifesine taallûk eder.

Zinayı isbat ettikten sonra, Dâvacı Zinaya muvafakat veya Zaniyi af etmediğine dair delil ikame etmek mecburiyetinde değildir.

İsviçre Ceza Kanununun 214 ve İsviçre Kanunu Medenisinin 137 inci maddelerinde «Zinaya muvafakat halinde» Ceza ve Boşanma dâvalarının mesmu olamayacağına dair sarih hükümler vardır.

Bu Muvafakat veya Riza her zaman istirdat olunabilir. Rizanın ciddi bir surette verilmiş olması lâzımdır «ailevî bir kavga esnasında söylenen sözler muteber olmaz.» Çocuğu olmayan bir zevç Tıbbi bir Tavsiye neticesi olarak veya Gebelik ile izdirap verici bir hastalıktan şifayap olmak için diğer bir adamla münasebette bulunmasına müsaade etmesi gibi [1] vaziyetleri düşünmek lâzımdır.

Ne Ceza Kanunumuzda ve ne de Medenî kanunumuz da „Zinaya muvafakat» halinde dâvanın mesmu olmıyacağına dair bir kayıt yoktur. Yalnız Zinaya muvafakat halini, hukukan affa kıyas etmek mümkün müdür ? bu noktayı ayrı ayrı tetkik etmek lâzımdır :

aa) Ceza Kanunumuzda, — İsviçre Ceza Kanunun da olduğu gibi — Zinaya muvafakat halinde, dâvanın sukut edeceğine dair sarih bir kayıt yoktur. Bu itibarla Zinaya muvafakat halinin dâvadan vaz geçme şeklinde telâkkisine imkân bulunmadığı ve Ceza Kanununun 99 uncu maddesinin bu ciheti teyit ettiği fikrindeyiz.

bb) Medenî Kanunda «Zinaya muvafakat halinde» Boşanma dâvasının mesmu olmıyacağına dair bir hüküm sevk olunmamıştır. Ve «Muvafakat» kelimesinin Kanunumuzun metnine alınmayışını, bir tercüme hatasına atfetmek te kabil değildir. Bu itibarla; muvafakat halinde af gibi telâkki olunmaması icap eder. Mamafih Zinaya muvafakati af haline kıyas eden müelliflere de tesadüf olunmaktadır. [2]

[1] Curti et Forrer Cilt : I. Sahife 229 No. 14

[2] a) "Kanunumuza bu Fıkranın alınmaması fikrimizce böyle bir halde de dâvanın mesmu olmıyacağından naşidir„.

Samim Gönensay Medenî Hukuk Dersleri C. 2. Ks. I. S. 74

b) Pr. Ebülülâmardin Medenî Hukuk Takrirlerinde "Heyeti teşriiye tarafından Zinaya muvafakat fıkrasının Kanunumuzdan tay olunmasını, muvafakatın bir affı hükmü mahiyetinde kabul olunmadığı" şeklinde kabul veya izah buyurmuşlardır.

603

# V

## Fiilin İsabatı [1]

Zina ; Zatı fiil, işlenme tarzı itibarile daima gizli olarak irtikâp olunan iki taraflı bir suçtur. Zinanın isbatı için her türlü subut delillerinden istifade olunur. [2]

Bu itibarla, Zinanın subutuna yarar Kanunî deliller arasında Karinelere de kıymet vermek lâzımdır. Babalığın tâyinine dair bir hükmün veya ikrarın ademi mevcudiyeti halinde bile kuvvetli bir karine diğer bir tabir ile muvafık ve manidar bir takım hadiselerin isbat edilmesi maksadı temin edebilir.

Evlilik mevcut iken veya zevalinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Ancak, evlenme aktinin vukuundan 180 gün evvel veya evliliğin zevalinden 300 gün sonra, bir çocuğun doğmuş olması, her ne kadar cinsi münasebetin bir karinesi olarak kabul edilebilir ise de, Çocuğu doğuran eşin Zinasına bir delil teşkil edemez. Zira; O çocuk evlenme aktinin icrasından evvel veya zevalinden sonra, karının serbesti zamanında peyda olunduğunu kabul edebilmek mümkündür. (Kanunu Medenî Madde 241) işte taraflar arasında cereyan eden hadiselerin zikri ile bunlardan, mantıken ve bir kaide altında neticeler istihraç olunarak fiilin tesbitini temin etmek maksada uygun olur. [3]

---

[1] Bu Fasıl Ceza ve Medenî Hukuk Bakımından müştereken tetkik olunmuştur.

[2] 1 — "Suçluların Karı Koca olduklarına dair Otelciye yalan söyliyerek zaruret olmadığı halde iki yataklık bir oda içinde ikisi bir yatakta yattıklarına dair olan delillarin Zina fiilinin kati karineleri teşkil edip etmiyeceğinin düşünülmemesi".

4. Ceza Dairesinin 26/6/938 gün ve 1179 — 1143 S. K.

2 — "Bir ev içinde yabancı bir erkek ile Karısını Hal ve vaziyete göre zina suçunu irtikâp eylediğine şüphe birakmıyacak bir surette yakalayan Koca hakkında 462 inci maadde yerine 51 inci maddenin tatbiki yolsuzdur" C. U. Heyetinin 27/1/937 gün ve 2076—326 Sayılı . K.

3 — "Maznunların bir odada birleşmelerinin Zina kastına matuf olduğunun ne suretle anlaşıldığının tavzih ve irae edilmemesi yolsuzdur".

C. U. Heyetinin 15/7/930 gün ve 102—145 sayılı . K.

[3] Curti et Forrer Kanunu Medenî Şerhi C. I. S. 228. No. 3. deki misalleri okuyunuz.

Diğer bir noktada; Zinaya teşebbüs Ceza Kanunu bakımından o Kanunun 61 ve 62 inci maddeleri göz önünde tutularak 440,441,442 inci maddelere istinaden, faillerine ceza tertip edilebildiği halde [1] Medenî Hukuk bakımından bir boşanma sebebi olarak kabul edilmemesi lâzımdır.

Bu vaziyet, ancak Kanunu Medeninin 131 inci maddesindeki cürüm, haysiyetsizlik sebebi ile boşanma dâvasının ikamesine zemin teşkil edebilir.

Diğer bir noktada, Zinasından dolayı eşini af eden dâvacı, ayni sebebe istinaden bir daha boşanma dâvası açamaz. Ancak, bu vaziyet, aralarında şiddetli geçimsizliği tevlit etmiş ise; gayri muayyen sebebe istinaden boşanma dâvasının açılması kabildir.

# VI

## Zinanın Hükümleri

### *1 – Ceza Hukuku Bakımından (Ceza)*

a) Zina eden karı ve karının evli olduğunu bilerek bu fiile şerik olan kimse hakkında 440 ıncı Maddeye tevfikan üç aydan 30 aya kadar hapis cezası tayin olunur. [2]

İtalyan Ceza Kanunun 559 uncu maddesinde ise, Bir seneye kadar Hapis – Reclision – Cezası tayin olunmuştur. [3]

b) Kocanın Zinası ; – Concubinage – halinde koca ve karının evli olduğunu bilerek bu fiile şerik olan kadın hakkında C. K. nun 441 inci maddesine tevfikan üç aydan 30 aya kadar hapis cezası ta-

[1] „Suçluların Türk Ceza Kanununun 440 ve 61 inci Maddelerine tevfikan bir buçuk ay müddetle hapislerine dair olan Karar Temyiz 4. üncü Ceza Dairesinin 26/-10 39 " gün ve 10014 — 1940 sayılı Kararı ile tasdik olunmuştur. Burhan — Belge Zinaya nakız teşebbüs hakkında bir karar ve bir İçtihat. Hukukî Bilgiler Mecmuası Sene : 1940 Sayı. 12. S. 7324 — 7327.

[2] 1 — "Zina fiilinin mahiyeti itibarile temadi etmesi halleri nazara alınarak 80 inci maddenin tatbikı icab edip etmediğinin düşünülmemesi„ T. 4. Ceza Dairesinin 9/3/938 gün ve 7823 — 984 Sayılı. k.

2 — "Kadının ihaneti halinde mukarenetin taaddüdü sebebile Ceca Kanununun 80 inci maddesinin tatbikını icap ettiren müteselsil bir suç vücude gelir„.

C. U. Heyetinin 16/5/935 gün ve 305 — 300 Sayılı. k.

yin olunmuştur. Bu suç temadile teşekkül edeceğinden cinsî münasebetlerin taaddüdünden dolayı 80 inci maddenin tatbiki cihetine gidilmemesi lâzımdır. [1]

İtalyan Ceza Kanununun 560 ıncı maddesinde «iki seneye kadar hapis ve ayni zamanda 562 inci madde ile de fer'i cezalar vaz olunmuştur.»

İsviçre ceza kanunun 214 üncü maddesi, ise her iki halde en çok bir seneye kadar hapis veya para cezası tayin etmiştir. [2]

c) Zina suçunun işlendiği sırada karı koca birbirinden nikâh bâki olduğu halde, hâkimin hükmü ile ayrılmış veya biri diğerini terk etmiş ise her birinin cezası üç aya kadar hapistir. [3]

İtalyan ceza kanununun 561 inci maddesi terk ve ayrılık hallerinde zinayı yapan eşi cezadan muaf tutulmuştur.

---

3 — "Zaninin şahsına bağlı teşdit sebebinin Zaniyeye teşmil edilmesi yolsuldur,,

4. C. Dairesinin 15/11/938 gün ve 5429 — 5825 sayılı. K.

4 — "Zina eden kadının şerikine, kadına verilen cezadan fazla ceza tayini yolsuzdur. Sureti kabule göre, takdiri şiddet sebebi görüldüğü takdirde nihayet zina eden kadının suç ortağına ceza verilebileceği 440 ıncı maddenin 2 inci fıkrası hükmü emriuden ve bu suçun mahiyeti ve tekevvün şekli icabından bulunduğu gözetilmiyerek diğer suçluya fazla ceza verilmesi,,.

4. C. Dairesinin 16/4/940 gün ve 3781 — 707 Sayılı. K.

[3] Ayni madde mucibince müteaddit Zina münasebetleri halinde ceza iki seneye kadar hapistir.

[1] 1 — "Nikâhsız karı koca gibi yaşama suçu temadi ile teşekkül edeceğinden cinsi münasebetlerin taaddüdünden dolayı 80 inci maddenin tatbiki yolsuzdur,,.

4. C. Dairesinin 18/4/935 gün ve 1736 — 2408 sayılı. K.

2 — "Karı koca gibi gaçinmek suçu mütemadidir. Müruru zaman noktasından Ceza Kanununun 103 üncü maddesine tâbidir.,,

4. C. Dairesinin 13/11/935 gün ve 6336 Sayılı. K.

[2] "Bu kanunun 36 ıncı maddesinde hilâfı yazılı olmadıkça hapis cezası üç günden üç seneye kadardır. 48 inci maddeye göre, para cezası bir cinstir ve âzami haddi 20 bir Franktır,,.

[3] 1 — "Maznun ile dâvacı ayrı ayrı yaşadıklarına göre, 440 ıncı maddenin tatbiki yolsuzdur,,

T. 2 inci C. dairerisin 10 2/929 gün ve 1162 sayılı. K.

2 — "Terk vukuu halinde cezanın 442 inci madde mucibince tenzil edilebilmesi için zina suçunu yapanın terkte haklı olması icap eder,,

4. C. Dairesinin 15/1/938 gün ve 332 sayılı. K.

İsviçre ceza kanununun 214 üncü maddesinde ise, zina suçunun işlendiği tarihte eşlerin beraber yaşaması nihayet bulduğu veya müş teki de zina ettiği veyahut kanunu medeninin 138, 139 ve 140 ıncı ıncı maddelerinde yazılı fiillerden birini işlediği sabit olduğu takdirde, hâkim suçluları cezadan muaf kılabilir.

İtalyan ceza kanunun 562 inci maddesinde yazılı fer'i cezaya gelince; kanunun 559 ve 560 ıncı maddelerinde yazılı zina suçlarından biri ile mahkûmiyet, zevciyet hakkının ziyaına sebeb olur. Hâkim ilâmında mutazarrır olan eş veya çocuklar lehinde medeni kanun mucibince, alınması icap eden muvakkat tedbirleri derhal ittihaz ve emredebilir.

Bu tedbirler derhal kabili icradır. Hükmün verildiği tarihten itibaren alâkadar kimselerin üç ay zarfında müracaatları sebketmediği takdirde, bu tedbirler ortadan kalkar.

*2 — Medeni Hukuk Bakımından «Boşanma ve Ayrılık»* [1]

Zina kabahatli bir boşanma veya ayrılık sebebidir. Zina, sahih bir evlenmenin karı ve kocanın sağlığında kanunî sebeplere istinaden izalesi şeklinde tarif olunan boşanmanın muayyen sebeplerinden biridir. Kanunu medeninini 138 inci maddesi mucibince, hâkim boşanma sebeblerinden birini varit ve sabit görüldüğü takdirde, eşlerin

[1] 1 — "Kanunu medeninin 150 inci maddesinin son fıkrası mucibinde boşanma veya ayrılığın fer'i hükümlerine dair taraflar arasında aktolunacak mukavelelerin muteber olması için dâva ve husumetten evvel hâkimin kabul ve taşdikine iktiranı meşruttur.„

T. H. Heyeti umumiyesinin: 26/5/937 gün 3/82 sayılı. K.

2 — "Ayrılık hükmünden sonra, yeni bir hâdise zuhuru şart olmayup ayrılık müddeti zarfında tarafların barışmamış olmaları boşanma için kâfidir„.

T. 2. inci Hukuk dairesinin 29/3/938 gün 3460/1365 S. K.

3 — "Boşanma dâvalarında kabahatin taraflardan hangisine daha ziyade kabili atıf ve isnat olduğunun takdiri hususunda haizi tesir olan cihetlerin tahkiki lâzımdır.„

T. 2. inci Hukuk dairesinin 30/5/938 gün 1146/1955 S. K.

4 — "ıkame olunan delillerin subutu müddeaya kâfi olup olmadığının takdiri mahkemeye aittir„

2. inci hukuk dairesinin 11/6/938 gün ve 4884/2888 S. K.

5 — "Boşanma dâvalarında hâkim tarafından arz ettikleri delilleri takdirde büyük bir serbestiye maliktir„.

Kanunu medeninin 148 inci maddesi mucibince velâyetin ana babadan her hangisine tevdii lâzım geldiğinin tayini mahkemeye mevdudur„.

T. 2. inci hukuk dairesinin 15/7/940 gün 2726/2817 sayılı. K. 435

boşanmasına veya—139 uncu maddeye istinaden bir seneden üç seneye kadar—ayrı yaşamalarına karar verebilir. [1] aynı zamanda;

aa) 140 ıncı maddeye göre, boşanma halinde kabahatli olan tarafın yeniden evlenmemesi için bir seneden az ve iki seneden fazla olmamak üzere, memnuiyet müddetini tayin ve tesbit eder.

bb) 143 üncü madde mucibince, Maddî ve manevî tazminatı, 144 üncü maddeye istinaden nafakayı takdir ve tayin edebilir. [2]

b) 148 inci madde mucibince, boşanma ve ayrılık hallerinde, hâkim ana, babayı dinledikten sonra, velâyet hakkının kullanılmasına, ana baba ile çocuklar arasındaki şahsî münasebetlere ait muktezi tedbirleri ittihaz eyler. [3]

Yeni Ceza Kanunu projesinin hazırlandığı sıralarda; yazımıza son verir iken,

1—İsviçre Ceza Kanununun 214 ve İtalyan Caza Kanununun 561 ci maddeterinde yazılı muafiyet sebeblerinin metnimize alınması ve bu meyanda zina ile maznun eşe ait evlenmenin iptal ve feshi halinde maznuniyetin mürtefi olması,

---

[1] Fransız kanunu medenisinin 298 inci maddesinde "zina sebebi ile boşanmalarına kabahatli olarak karar verilen eşin, aşıkı ile evlenmesi men edilmiştir„ (bu madde, 1904 senesinde neşrolunan kanunla kaldırılmıştır).

[2] 1—Tedbir olarak nafaka takdiri için ayrı yaşamakta haklı olmak kâfi olup boşanma dâvasının ikamesi için meşrut değildir„

2—"Boşanma ve ayrılık Dâvalarının ikamesinden sonra tedbir ittihazı Kanunu Medeninin 137 inci maddesi mucibince asliye mahkemesine ait vezaifdendir„

T. H. Hey'eti Umumiyesi 1/7/936 gün 2/22/26 Sayılı. K.

3—"Aralarında Boşanma dâvası açılmış olan taraflardan her biri ayrı yaşamakta haklıdır, Koca boşanma vukuuna kadar karısını infak ile mükelleftir„

T. 2. inci Hukuk Dairesinin 31/5/938 gün 645/1958 sayılı. K.

4—"Mahkemece ayrılık kararı verilmiş olmasına göre, talep veçhile tarafların vaziyeti tetkik edilerek zarurete düşeceği anlaşılan karıya kocanın münasip bir nafaka vermesi lâzımdır„

T. 2. inci Hukuk Dairesinin 7/11 935 gün 2569/2675 S. K.

[3] 1—"Boşanma halinde, küçüklere ait velâyetin ana ve babadan hangisi tarafından kullanılması çocuk için menfaatlı olacağının takdiri Hakime aittir„

T. 2. inci Hukuk Dairesinin 10/3/936 gün ve 2694/3644 S. K.

2—„ Ana Baba ile çocuklar arasındaki münasebetin tâyini için, ana babanın bizzat dinlenmesi lâzım değildir. Münasibinin tâyini taraflar ve çocuk için külfeti ve zahmeti dahi olmamalıdır„

T 2. inci Hukuk Dairesinin 3675/35 21/10/940 gün ve 8 S. K.

2—İlalyan Ceza Kanununun 562 ci maddesinde yazılı fer'i cezaların kabulü,

3—Teşekkül bakımından Kocanın zinası ile Karının zinası arasındaki fark — İsviçre Caza Kanununun 214 cü maddesinde yazılı olduğu gibi—da ortadan kaldırılarak iki cins arasında hasıl olan müsavatsızlığın bertaraf olunması,

Gibi tedbirlerin Kanunileştirilmesini adâlet icaplarına daha uygun buluyoruz.

437

No : 82

# Ceza kanunumuzun küçükler hakkındaki Cezaların infazına taallûk eden 54 ve 55 inci maddeleri hakkında

Yazan
**Salâhattin Hakalan**
**Demirci C. M. U. si**

Türk ceza kanununun 54 ve 55 inci maddeleri küçükler hakkındaki cezaların infazına dair bazı hükümler ihtiva etmektedir.

Küçükler hakkındaki cezaların infazında bilhassa uslandırıcı ve islâh edici gayenin galip bulunduğu tabiidir. Bu suretle her nasılsa bir suç işleyen küçüklerin ileride cemiyet için tehlikeli bir uzuv olmaktan çıkarak insaniyet için nafi bir hale getirilmeleri gayesi güdülür ve hatta kanunumuzun kabulüne göre bunlardan bir kısmı yani suç işlediği zaman henüz onbeş yaşını doldurmamış olanlar bu suçlarından dolayı mükerrir dahi sayılmazlar.

Kanunumuzun 54 üncü maddesinin son fıkrası suç işlediği zaman onbeş yaşını bitirmemiş olan küçüklerin cezalarının infazına başlandığı zaman henüz onsekiz yaşını bitirmemişlerse bu cezanın bir islâhhanede çektirileceğini kabul etmiş ve yüksek Adliye Vekâleti de küçüklere ait islâh evlerini tesisle kanunumuzun bu hükmünü nazariyat sahasından tatbikat alanına çıkarmış bulunmaktadır. Ancak memleketimizin her yerinde henüz bu şekilde islâh evleri tesis edilemediği için bu müesseselere ancak cezaları altı aydan fazla olan küçük suçlular alınmaktadır. Ve daha az bir ceza ile mahkûm olanların cezaları onsekiz yaşını ikmalden sonra umumî ceza evlerinde infaz edilmektedir. 4138

Şu vaziyete nazaran kanunumuz her halde on sekiz yaşından aşağı olan suçluların umumî cezaevlerine girmelerini kabul etmemektedir. Bu suretle küçüklerin umumî cezaevlerinde bulunarak büyük mahkûmların bilhassa mükerrirlerin yanında ahlâklarının

büsbütün bozulmasının önüne geçmek ve ayrıca islâh evinde okuma yazma ve muayyen sanat öğretmek suretile onları iş güç sahibi yaparak cemiyete nafî bir hale getirmek gayesi güdülmektedir. Ceza kanunumuzun 54 üncü maddesinin bu hükmü ve gayesi yanında 55 inci madde hükmünün mütenakıs bir vaziyet arzettiği kanaatindeyim. Filhakika 55 inci maddenin son fıkrasında «cezanın çekdirilmesine başlandığı zaman onsekiz yaşını bitirmemiş olanlar hakkında hürriyeti bağlayıcı cezalar para cezasından çevrilmiş olsa dahi, onlara mahsus ceza evlerinde veya büyüklere mahsus ceza evlerinin hususî kısımlarında çekdirilir . . .» denilmektedir. İnfaz sırasında 54 ve 55 inci maddeye giren suçluların her ikisi de henüz onsekiz yaşını doldurmamış bulunmalarına göre maddeler arasında farklı infaz sistemi doğuran yegâne sebep suçun onbeş yaşından evvel veya sonra işlenmiş olmasıdır. Yalnız bu farkı nazarı itibara alarak bir kısmını islâhhaneye göndermek bir kısmını hususî ceza evlerinde veya umumî ceza evlerinin hususî kısımlarında bulundurmak küçükleri uslandırmak ve cemiyete faideli bir hale getirme gayesine aykırı bir hareket teşkil eder. Memleketimizde 55 inci maddeye giren suçlular için henüz hususî ceza evi yoktur. Bunlara ait cezalar bizzarur umumî ceza evlerinde infaz edilmektedir. Hemen bütün kaza ceza evlerinin hepsi ve bir çok vilâyet ve ağır ceza merkezlerindeki ceza evlerinin ekserisi de bu suçlular için hususî kısımlar ayrılmasına müsait değildir. Müsait olduğu kabul edilse bile bu tefriki tam olarak tatbik etmek ve bu küçük suçluları temamen büyüklerle ihtilâttan men etmek imkânsızdır. Binaenaleyh 54 üncü madde hükmünde olduğu gibi 55 inci maddeye giren ve cezaları infaza başlandığı zaman henüz 18 yaşını bitirmeyen küçük mahkûmlarında cezaları altı aydan fazla olduğu takdirde islâhhaneye alınmaları ve daha az olduğu takdirde 18 yaşlarını ikmale kadar cezalarının infazının tehirini kabul etmek suretile her iki madde arasında infaz bakımından bir ahenk temin edilmesi lâzımdır.

---

439

No : 83

# İtalyan Hümanist Ceza Mektebi [1]

Çeviren
**Mustafa Kıray**
**Urfa Âza M.**

I — Son zamanlarda İtalyada (Hümanist Ceza Mektebi) namile yeni bir hukuk mektebi doğmuştur. İsminden de anlaşılacağı veçhile, bu mektebin iddiası hukuka geniş mıkyasda Ahlâkı iştirak ettirmektir. Halbuki modern hukukumuzun nazarî sistemlerile pratik telakkilerinin birleşdikleri hâkim nokta, cezailikle ahlâk telâkkisini birbirlerinden ayırmak, yani, hukuku ahlâkla birleştirmemektir. Bu esas hemen umumiyetle kanunlara da girmiştir. Ceza hukuku sahasında da cezailik ve ahlâk konsepsiyonları tâmamen ayrı şeyler olarak kabul edilmiştir. Diğer taraftan, hukukçular da ceza ve ahlâk arasında yakınlık ve birlik arayanların aleyhindedir. Çünkü, eğer ahlâk prensipleri cezaya girerse bundan şahsî hürriyyet pek fazla haleldar olur ; bittabi bu da bugünkü liberal hukuk sistemimize uygun düşemezdi. Mamafi, yeni Hümanist mektebin iddiaları böyle umumî ve sathi bazı fikir ve muhakeme ile çürütülebilecek kadar manâsız değildir.

II — Umumiyetle Ahlâkla Huhuku mukayese ettiğimiz zaman sadece müeyyide farkını müşahede ve bu iki sahanın biribirinden tamamile ayrı olduğunu kabul etmiştik. Filhakika Ahlâktan bahsederken, müeyyidesinin manevi olduğunu ve derunî bir mücazat olan nedamet şeklinde tezahür ettiğini tesbit ederek bunu, müeyyidesi maddi olan geniş manâda hukuktan tamamile ayırıyorduk. Şimdi, yeni italyan ceza Mektebinin ikazile anlıyoruz ki, müeyyide, vakıa birinde maddi, diğerinde manevidir ; fakat müeyyide her şeyden evvel bir sebep olmayup, doğrudan ve sadece bir neticedir ; ve mü-

[1] — Bu yazı, Catania Üniversitesi hukuku ceza profesörü Vincenzo Lanza'nın (İtalyada Ceza hukukunun yeni temayülleri) isimli eserinin telhisen tercümesi olmakla beraber, tarafımızdan tetkik ve Türk hukukuna tatbik edilmek suretile hazırlanmıştır.

440

eyyide şeklinde tezahür eden bu neticeye gelmeden evvel ceza sahasında umumî kaideler tanzim ederken ahlâk dahi büyük bir rol oynamaktadır .Netekim bugün dahi ahlâkın bu büyük rolünü cezada inkâr edemeyiz; fakat bu role biz ikinci derecede bir kıymet verirken Hümanistler onu ilk plâna almakta ve bunun sebebini, bir takım misaller ve mütalâalarla izar ve isbata çalışmaktadırlar.

III — Hukukla ahlâk arasında birlik iddia eden Hümanistler bunu tesbit için şuurumuzun verdiği çok basit bir müşahededen hareket ederler: her suç ceza kanununa mugayir olmadan evvel bizim ahlâki hislerimizi rencide eder; yani, ortada cezaî, hukukî bir gayrımeşruiyet olmadan evvel ahlâkî bir gayrumeşruiyet vardır. Başka söyleyişle, bir takım hırsızlık, adam öldürmek gibi hadiseleri vicdanımız, şuurumuz hukuki bir sui istimal olarak tanımadan evvel hissiyatımızın sui istimali olarak tanır. Şu halde burada vicdanımız bize hukukun büyük bir yaratıcısı olarak gözükmektedir. Binaenaleyh, cezai hadise; hukuki bir gayrımeşruiyet damgasını taşımadan evvel vicdanımızca ahlâki bir gayrımeşru hadisedir. Filhakika, hiç bir şey bizatihi iyi veya fena, doğru veya haksız olamaz; keza hiç bir şey kendi kendine ahlâki veya gayrı ahlâki de olamaz; yalnız şuurumuzdur ki insan hayatında geçen fiillere bu ahlâki ve gayrı ahlâkilik vasfını verir; kısaca vicdan, ahlâk dünyasını yaratırken adâlet ve hukuku da yaratır. Kanunların ifade ettiği meşruiyet ve gayrımeşruiyet hükümlerini alınız; bunlar, eğer ahlâki mutalar değilse, hangi maddi kıstas üzere serdedilmiştir?

Görülüyor ki, Hümanist mektebin fikirleri oldukça sağlam bir temel üzerine bina edilmiştir. Bununla beraber, bu telekkiler, netice itibarile, klasik düşünüşlerden çok da uzak değildir. Çünkü, bir defa ortada, kantin ahlâk telekkisi gibi en mücerred manâda ve beynelmilel ahlâk prensipleri yoktur. Zaman ve mekân daima ahlâk kaidelerini değiştirmiştir. Bu hususta miyar olabilecek esas nedir? Biz hangi ahlâkı beynelmilel bir hukuk kaidesi olarak kabul edeceğiz? işte bundan dolayı ne beynelmilel bir ahlâk, ne de beynelmilel bir ceza kanunu vardır.

Filhakika gerek ceza kanunları, gerek ahlâk telâkkileri mahallidir ve elbette her fiil, ceza kanununca suç telâkki edilmeden evvel vicdanımızca suç telâkki edilebilir. Eğer ahlâk telâkkileri zaman ve mekâna göre değişiyorsa, ceza kanunları da öyle değilmi? Hangi ceza kanunu asırlarca sürebilir? Hiç şüphesiz ve bilâkis ahlâk telâkkilerinin değişmesiledir ki ceza kanunları da mütemadiyen tadilât yapılmaktadır.

Hümanist mektebin bu fikirleri yeknazarda doğru ve haklı görülebilirse de, bir az incelersek mutedilden mübalâğalıya doğru gittiklerini tesbit edebiliriz. Bir kere, filozofik ve mücerred değil, en pratik ve beynelmilel manâda dahi bir ahlâk telekkisine rast gelemeyiz. Muayyen bir milletin ferdleri arasında da o kadar değişik ahlâk telekkileri vardır ki, bunların içinden hangisini tercih edersenız muhakkak karşınızdakinin hürriyetine müdahale etmiş olursunuz. Meselâ, sokakta tabancasını çekmiş, fakat boşaltmamış bir ferde karşı polisin müdahalesini lüzumsuz görenler olduğu gibi bu sükûtu çok manâsız bulanlar da vardır. Şimdi, mahza doğruyu gösteren vicdan, hangi ferdin vicdanıdır?

IV — Hümanist telâkkiye göre bir fiilin kanun tarafından suç sayılabilmesi için artık eskisi gibi tarihi nazariyelere, mantıki sistemlere müracaata lüzum yoktur; eğer vicdanımız bu fiillerin ahlâki hislerimizi incittiğini bildiriyorsa bu sebepden dolayı o fiiller ceza kanunu tarafından suç telâkki edilebilecektir. Aynı muhakeme silsilesini başka kelimelerle tekrar edelim: bir fiil hukuk bakımından haklı veya haksızdır; çünkü, böyle olmadan evvel o fiil bizim vicdanımızca ahlâki veya gayrı ahlâkidir. İşte, Hümanistler bu esas prensipten bütün sistemlerini çıkarmaktadır.

İlk nazarda mantıka oldukça yakın bulunduğunu müşahede ettiğimiz sistem, bilahara nazariyecilerinin müfrit bir determinismle iddialar serd etmeleri yüzünden bazen tenakuzlarla karşılaşmıştır. Mademki ahlâki hislerimizi, vicdanımızı inciten her hareket suç telâkki edilmektedir, o halde cezaen gayrımeşru olmayan hareketler de bu takdirde suç telakki edilebileceklerdir. Meselâ şahidi bulunduğumuz ağır bir hakaret hadisesinde vicdanımız fevkalâde münkesir olmuştur; binaenaleyh, hümanistlere göre ortada bir suç vardır; bittabi âmme vicdanı da rencide edilmiştir. Halbuki bize göre, yani müsbet hukuka ve bu günkü ceza kanunlarına göre taraflardan hiç biri müşteki değilse ortada her hangi bir suç mevzuubahis değildir. Kezalik, bir intihar hadisesi, ahlâki hislerimizi ihlâl ettiği için bir suç olarak telakki edilecektir; halbuki ceza kanunu hiç de intiharı bir suç olarak almamıştır.

Daha tipik ve daha pratik bir misal verebilmek için Türk Temyiz Mahkemesinin kararını hatırlatabiliriz: suçlunun, bir takım erkek ve kadınları evine toplayıp fuhuş yaptırdığından dolayı mahkemece fuhuşla mücadele nizamnamesinin 107 inci maddesi delâletile ceza kanununun 436 ıncı maddesine tevfikan ceza tayin edilmişti. Temyiz

mahkemesi, bunun suç olmadığını kasdederek, muhtelif sebeplerden dolayı bu kararı bozmuştur. Görülüyorki, Hümanisme göre, ahlâka mugayir olduğu şüphesiz bulunan bu fuhuş hadisesinde müsbet hukuk telakkisine göre her hangi bir suç görülmemiştir. Keza, açılması ahlâk telâkkilerine fevkalâde aykırı düşen umumî fuhuş mahalleri de ceza kanunumuzca menedilmiş değildir. Bunlardan başka, karı veya kocanın zinalarında taraflar dâva etmedikçe, maşeri vicdan rencide olmasına rağmen, kanunen takibat yapılmamaktadır.Bir çok hususî kanunlar da, bilâkis, ahlâkla hiç alâkası olmayan ve mayup dani sayılamayacak olan bir çok hadiselere ceza tertip eylemiştir. Meselâ inhisar kanunlarına muhalif hareketler, zürraın kendi malı olan ektiği tütününü içememesi, çakmak taşı ve çakmağın lâalettayin kullanılamaması, vesaire gibi...

Maamafih, Hümanistler kendilerine tevcih edilen kuvvetli hücumlar karşısında da müdafaalarını serdetmekten geri kalmazlar. İddialarına göre, en tipik suçlu olan katilin neden ceza gördüğünü hiç bir kriter isbat edememiştir; bu itibarla, intihar eden kimsenin ademi mesuliyetini meşru gösterecek bir kriterin bulunmaması da tabiidir. Yani, ceza kanunu neden adam öldürenin ceza göreceğini izah edememiştir; bu hususta saydığı sebeblerin fazlalığı bu tereddüdden doğmuştur. Hümanist mektep de, neden bir müntehirin cezalandırılacağı meselesile iştigalde aynı suretle mazurdur. Yine Hümanist mektebe göre, meşru müdafaa, mecburiyet hali, egoismin, intikam hilelerinin kısa ve basit, fakat çok şiddetli izahlarından başka bir şey değildir. Bunlar, ahlâka mugayir hadiselerdir ve Mektebe göre, ceza hukukumuzdan ademi mesuliyet sebebi olarak ihraç edilmeleri lâzımdır.

Hümanist mektep, bütün müdafaasına rağmen, yine bir takım noktaları izahsız bırakmıştır. Meselâ, bu mektep siyasî suçlar gibi bir takım fiilleri, ahlâkı alâkadar etmediği için suç saymamıştır. Bilâ kis bu gibi fiiller, ahlâkı alâkadar etmediği halde ceza kanunumuzca, haklı olarak gayrımeşru telâkki edilmiştir.

V — Yukarıki izahlarından da kısmen anlaşılacağı gibi Hümanist Mektep karicî, obicektif müşahedeler, yerine tefahhus hassasını ikame eder; fakat derhal ilâve eyler ki bu suretle insan rüzgâra kapılmış bir tüy, haricî tesirlerin bir oyuncağı, bir atom olarak da telâkki edilmemelidir. Bilâkis insan, kendi içini tetkik etmesile, cemiyet hayatının yardımcısı olarak gözükmektedir. Hepimizde samimi ve yenilmez bir kuvvet vardır ki, bizi, isteklerimiz sui istimal

edildiği zaman haberdar eder. Hakikaten ahlâki hislerimizin sui istimalini gösteren işaret bizde, gayri ahlâki hadiseler karşısında uyanan bir iğrenme şeklinde tezahür etmektedir. İşte bu hal, ahlâki bir hüküm teşkil eder. Bu his cemiyet hayatının esas kuvvetlerinden biridir ki, zihni beşerde bir rehber, bir tavru hareket kaidesi olarak yaşamaktadır. Bizim, içtimai hayatta, zihnen münferit olmadığımızı haber veren bu histir.

Hümanistlerin bu görüşleri isabetsiz değildir; filhakika, ahlâki hislerimizi yaralayan hadiseler karşısında vicdanımızın ani mahkûmiyet kararı veya ayıplama hükmü, ahlâki ve cezai sahaları birbirile çok samimi olarak bağlamıştır. Zaten bir ceza hadisesi önünde kendimizi tetkik edersek görürüz ki, ruhumuzda çok muhtelif bir takım isyan hareketleri uyanmaktadır. Terbiye sistemleri, suçtan kaçınmak arzularımız, her şeyden evvel, ahlâka en çok uyan hadiselerdir. Bizim ceza dedeğimiz şeyde tarihte ve bugün daima fertlerin tavur ve hareketleri hakkında ifade edilen bu ayıplama hükmünün en enerjik şeklinden başka bir şey değildir. Bir fiilide ahlâk sahasının hüviyeti kâmilen kaybolmuşsa cezailik de kaybolmuştur. Eğer ceza verilmişse suni bir cezailik yaratılıyor demektirki bu, yanlış bir şeydir; fakat, bunun aksi olarak, vicdanımızı iğrendiren bir çok hadiseler de ekseriya cezasız kalmaktadır. Hümanist ceza mektebi için vicdanımızın mutalaarı bir çok kitapların verdiği hakikatlerden daha çok şeyler öğretebilir; yeter ki, derinumuzun ifşa ettiği şeyleri iyice dinleyüp duyabilelim.

Hümanistlerin bu fikirleri, yukarıda da kısmen işaret ettiğimiz gibi, ahlâka haddinden fazla kıymet atfetmelerinden ileri gelmektedir. Bundan dolayı hümanistler, kendi tezlerini isbat yolunda modern hukukumuzun kabul ettiği bir çok prensipleri tenkit etmek istemişlerdir. İddialarına göre, ceza sistemimizde mühim bir mevki tutan meşru müdafaa nazariyesi de, nihayet, insan şüurunun, korku tesirile, icabettiği şekilde işleyememesinden doğmaktadır. Filhakika, korku tesiri ile ferite cezai bir fiili tekrarlamak ihtimali pek ziyade artmaktadır; Zira korku insan şuuruna hâkim olan büyük bir kuvvettir. Korku tesiri ile bizde, her zararlı hadise karşısında bir aksülâmel hasıl olur. Bundan dolay ıda vicdanımız, üzerine düşen vazifeyi göremez ve bir suç işler; fakat vicdanımızın rolünü görememesinden dolayı da suç ortadan kalkmaktadır. İşte, meşru müdafaa, korkulan bir fenalıktan tahaffuzun ifadesi olduğu içindir ki, bize cezalandırmak hakkını vermez; başka tâbirle, ortada hadisenin ahlâkî

cihetini mülâhaza edecek bir şuur kalmadığı içindir ki, suç mevzuubahis olamamaktadır. Maamafih, müfrit hümanistler bu türlü bir müdafaa doktrinini de reddederler; onlara göre vicdan, korkulan hadise karşısında yıldırım hızı ile kaybolamaz. Binaedaleyh, aklâka mugayir bir fiil her halde cezalandırılmalıdır.

Demek ki, hukuku ve ceza kanununu bir fiilin suç olup olmadığının kriteri olarak almadan evvel, o fiilin ahlâk kriteriyumuna yabancı olduğunun isbatı lâzımdır.

VI — Hümanistler, insan vicdanına hoş gelmeyen fiillerin umumiyetle diğer kimseler tarafından da tatbik edileceğini ve böylece bir âmme kanaatı, binaenaleyh bir cezai fiil doğacağını söylerler. Buna muarız olan hukukçular ise hiç bir kimsenin diğeri hakkında bir hüküm vermeğe hakkı olmadığını ve herkesin hakkının ancak kendini müdafaa olup suçlu hakkında hüküm vermeğe salâhiyeti bulunmadığını iddia ederler. Fakat hümanistler çok haklı olarak buna cevap verirler ve derler ki, bu söz, hiç bir tereddüt ve münakşaya mahal kalmamak üzere, bizim içtimaî ve ahlâkî şeniyetimizin haricindedir; Çünkü, cemiyet hayatında hiç bir fert, hiç bir fikir mücerret ve münferit değildir. Hayat, ahlâkî hükümlerin mütemadi bir ensicesidir. Çünkü biz her an (ego–alter= ben– başkası) münasebetleriyle kendimizin ve başkalarının hareketlerini ifade ederiz. Münferiden hiç bir ferd veya fikir bir şey değildir. Bütün kıymetler mukayeselerden doğar; bundan dolayıdır ki, ahlâkî hayat sahası, içtimaî hayatın yegâne ifadesi olan ahlâkî kıymet hükmünün her an doğup büyüdüğü bir sahadan başka bir şey değildir. Bir kelime ile, biz düşünmek ve düşünülmek için yaşayoruz. Bu itibarla, kabuletmeliyiz ki, insanlar birbirlerinin hareketlerini tetkik eder ve haklarında hükümler verirler. Verilen bu hükümden mesuliyet doğar. O halde mesuliyet, hümanist telakkiye göre, ahlâki hislerimizi rencide eden bir hadise karşısında vicdanımızda toplanan bir takım hislerin ani birleşmesinden doğan bir hasıladır. Bu, şu demektir ki, vicdanımız, özü biliş kabiliyetimiz, hadiseler karşısında bigâne ve dilsiz kalmamaktadır. Bu esas asıl ceza sistemlerinin esasından daha doğru değilse bile her halde ondan başka ve yanlış bir şey de değildir. Çünkü, zaten ceza kanunları âmme telâkkisinin bir inikâsından başka bir şey olarak gözükmez. Binaenaleyh, tekrar edilebilir ki, bir suçun takdiri, hukukî bir takdir olmadan evvel manevi bir takdirdir.

Cezai mes'uliyet de, içtimaî ve hukukî bir mes'uliyet olmadan, manevi yani takdire müstenit bir me suliyetdir.

VII — Şuurumuzun, içimizdeki insanî ve ahlâkî duyguların bildirdiği suçluluk ve mahkûmiyet kararını ifade etmesi için Hümanistler (Disapprovazione) kelimesini kullanmışlar ve bu kelimye mânevi ve ahlâki bir hattuhareket normunu izaha muktedir büyük bir kuvvet izafeetmişlerdir. İfade ettiği mânadaki genişlik itibariyle kelime, kendisine verilen kuvveti şu esastan almaktadır : her fert küçüklüğünden itibaren büyük bir ruh ve ahlâk terbiyesi almak mecburiyetindedir. Bunun neticesi olarak o fert, ahlâki hisleri inciten her türlü hadiseden çekinmeği öğrenir; binnetice vicdanını inciten her hadise bir suç olarak meydana çıkar; bu da ferdde kendiliğinden, vicdanındaki adalet hisleri vasıtasile olur. İşte Hümanistlerin, bir nevi (mahkûmiyet kararı) mânasına gelen meşhur kelimeleri bu hadiseyi ifade etmektedir. Bu tezin icabı, her aile reisi çocuklarına karşı bir terbiyeci rolü oynamak mecburiyetindedirler. Bunun yanında ve bundan sonra Devletin de vazifesi, yalnız hukuku himaye değil, aynı zamanda bir terbiye sistemi kurmaktır. Çünki, devlet de ahlâki varlığı kurmağa çalışan büyük bir aileden başka bir şey değildir.

Mahiyeti itibarile çok cazip görünen bu doktrin, tatbik kabiliyeti bakımından bir az fazla ütopik, yani tahakkuku imkânı şüpheli bulunan bir tezdir.

Bugünkü devletlerin hemen hepsi maariflerile böyle bir terbiyeye zaten çalışmaktadırlar. Mücerred olarak bu noktada Hümanistlerle modern hukukçular arasında ihtilâf olmamak lâzımgelir. Ancak ayrılık bu muhakeme silsilesini Hümanistlerin ilk plâna sokmalarındadır. Fakat Hümanistler bu düşüncelerinin henüz pek olgunlaşmadığını da derhal ilâve etmektedirler. Kanaatımızca bu telâkki, modası geçmiş bir Jandarma — devlet telâkkisini andırmaktadır, ki, mânevi ve ahlâki istidadların bir nevi inkârı sayılabilir. Bu sebepledir ki, daha başlarda Hümanist telâkkinin demokratik ve liberal prensiplerle barışıp anlaşamayacağını şöylemiştik.

VIII — Modern ceza prensiplerimiz arasında bir de korkutma esasının bulunnuğunu biliyoruz. Hümanistler buna da hücum ederler. Kanaatlerine göre korku telkin etmekle bir suçun önüne geçmek çok yanlış bir şeydir; hatta belki de bu suretle suç daha çok tekerrür eder. Çünki korku insanı daima mukavemete, hatta hücuma sevkeder. Meşhur Romanyozi suçların tekerrürünün bir sebebini de

korkuda bulmakta idi. Bu itibarla korku prensibinden yeni, cezanın-suç ikaını uzaklaştıracağı kanaatından daha yanlış bir şey olmaz. Çünkü bu telâkkide ceza, cezai fiillere karşı bir (Contre — force) mukabil kuvvet olarak kabul edilmiştir ki, bu, dolayısile intikam esasından başka bir şey değildir; ve intikam en iptidai ve en vahşi bir ceza şeklidir. Halbuki, yüksek dediğimiz hukuk ilmimizin gayesi cezaya uğrayabilecek fiillerin temelinden önüne geçmektir.

IX — İtalya ceza mektebinin iddialarından en katî ve esaslısı şudur: ahlâk telâkkilerine uygun olmayan bir ceza kanunu, bir memlekette halkın itaatını da temin edemez; nihayet cebirle tatbik edilecek olan bir kanundan da hiç bir zaman iyi bir netice beklememelidir. Bilâkis, ahlâk telâkkilerine uygun olan bir ceza kanunu memlekette aynı zamanda pedagojik bir rol oynar. Asıl ceza hukuku mefhumundan beklenilen gaye de budur. Bu noktayı şu misalle canlandırabiliriz: bir baba, terbiye ederkenç ocuklarını tedhiş ederse bundan temamen aksi bir netice hasıl olur. Bilâkis terbiye prensipleri, bilhassa bugün, iyi ve tatlı muameleler üzerine dayanmalıdır. Bu şekilde hareket eden Devlet de, cezayı kabul etse dahi âsi ruhları namusluluk hayatına celb etmiş, bu ahlâkı hayatın gasıplarını tabii hayata dürüst birer insan olarak tevdi etmiştir. Bu itibarla Hümanist telâkki, onu müdafaa edenler nezdinde idealler takip eden yüksek bir düşüncedir.

Hümanist mektebin bu fikri üzerinde de bir az duralım. Suçluluk meselesi sadece bir terbiye esasile halledilmiş değildir. Biliyoruz ki, suçluluk aynı zamanda bir hastalıktır ve terbiye ile hastalığın önüne geçilemez. Çünkü, eğer suçun sebepleri varsa—ki, Hümanist mektebe göre vardır—bu takdirde bir terbiyeden değil bir ihtimamdan bahsetmek daha mantikidir; ve ihtimam ile terbiye birbirine tamamen zıt şeylerdir. ihtimam daha ziyade, bir hastalığın tenavisine çalışan klinik, bir kriter ihtiva eder; terbiye ise, ortada henüz hiç bir hastalık ve hatta arazı dahi olmadan yapılan pedagojik bir ameliyedir. Binaenaleyh Hümanist telekkiye göre hastaları ve delileri ceza sahasından çıkarmak lâzımdır ki, bu nokta da mektebin çürük tarafını işaret eder; zira ortada suçlu olmadıkça cezadan bahsedilemez.

Humanistler, italyan ceza mektebine de hücüm ederler : eğer suçluluk bir anormallik meselesi ise bükünkü ilmimiz bu anormallikleri iyi bir şekilde tavsif ve tayin etmekten çok uzaktır. Hastalık sebebinden doğan bir anormaliteyi, başka bir sebepten doğandan nasıl ayıracağız? çünkü dahili hayatımızın muhtemel hareketlerini

ölçecek bir alete malik değiliz. Bundan dulayıdır ki, suçluluk ve cezailik meselesi çok daha gayrı muayyen bir şekile girmiş olur.

Humanistlerin tenkit ettikleri başka bir nokta, klasik ceza mektebinin yalnız hislerimizin tesirile yapılan suçlara hiç bir ceza tertip etmemesidir.

Fihakıka ceza hukukunda entellektüalist mektepler hislerden ziyade şuurla yapılan suçlara ceza vermek taraftarıdırlar. Halbuki hümanist mektep, insan hareketlerinde muharriklerin fikirler ve şuur değil, yalnız hisler olduğunu iddia eder. Binaenaleyh hislerin tesirile yapılan suçlara ceza verilmezse içtimaî varlık temelinden sarsılmış olur. Bu mektebe göre hisler insanı, insanları ve milletleri hareket ettiren yegâne müharriktir. Morbid, marazi olduğu, binaenalyh ceza verilmemesi ileri sürülen ihtiraslar, maddeleri ihtiraslar olduğu için hiç de morbid değildir. Binaenaleyh muhterislere ceza verilmemelidir. Ancak bundan akıl hastalıkları müstesna olabilir ; zaten bunlar da muhterisler değil, delilerdir. Fakat his ve ihtiras insan hafızasının kanunları olduğundan bunlar ahlâki gayelere sevk edildiği zaman çok iyi neticeler alınır. Bu itibarla, asıl hislerle yapılan suçlara ceza vermek lâzımdır. Halbuki burada klasik mekteplerin ceza kanunları tamamen sakittir. Eğer hisler gayri ahlâki gayelere müteveccih iseler, cinaî ve cezaî bir hareketle nihayet bulurlar, ki bizim ceza verdiğimiz kimseler, işte ihtiraslarını sui istimal eden kimselerdir. Bittâbi ceza kanunları da buna müdahale ederler. Bunları birer misal ile canlandıralım. İhtirasını sui istimal ederek hırsızlık eden bir kimse ile, kendisini ikna ederek fena bir hale sokduğu için âşığını öldüren bir kız mevzuubahis olsun. Birinci halde, başkasının malına karşı hased sui istimal edildiği için ihtiras haline gelmiş ve hırsızlığa müncer olmuştur. İkinci haldeki ihtiras da bir intikam şeklinde gözükmektedir. Bunlara mukabil bir dâhi veya bir kahramanın ihtirasları, çok iyi sevk ve idare edildiği için ahlâkî sayılmaktadır.

Hulâsa, hümanist telekkiye göre suç psikolojisi bir ihtiras psikolojisidir; ceza da ihtirasların bir pedagojisi, hislerin terbiyesi olarak gözükmektedir.

Şimdi, hümanistlerin bu fikilerini de tenkit edelelim:

Bir dafa bu iddialar çok nazaridir; bunlar, söylenmesi kolay, fakat tahakkuku çok güç bir takım tavsiyelerdir. Çünkü bütün ceza mektebleri suç ikaını azatmağa yarayacak sebeplerin taharrisi ile

meşguldur; fakat bunlar. hiç olmazsa daha pratik bir usul bulmuş olup böyle nazariyat ile vakit geçirmemek niyetindedirler. Bilfarz, ihtirasların felesefesini yapmağa kalkışan hümanistler henüz bunları, bulundukları rüşeym halinden dahi kurtarabilmiş değillerdir. Diğer taraftan suçluları padağojiye alışdırmak, hiç olmazsa bugün için, muhal ile uğraşmak olur.

Hulâsa, ceza meselesinin bir terbiye işi olduğu muhakkak; bunu diğer mektepler de itiraf ederler. Fakat asıl ve müşkil mesele bu terbiyenin tahakkuku imkânlarıdır, ki bu nokta yine hiç dokunulmadan durmaktadır.

XI — Maamafih Hümanistler diğer mektepleri iyiliğine kani bulundukları iddialarını da hiç tahakuk ettirmemekle ittiham ederler. Meselâ mahkûmlar hemen her memlekette tamamen hapishanelerine terk edilmişlerdir. Biz usul teharrisi ile, sistem cehaletile mücadele ederken, onlar da hapishanelerinde manevî cehaletlerile çarpışmakta devam ediyorlar. Bugünkü yüksek idareciler hapishaneleri, prensip olarak, mükemmel birer idarî rejim müessesesi telâkki ederler; fakat hiç bir zaman mahpusların ıslahına medar olacak usulleri tatbik etmemektedirler. Meselâ hiç kimsenin aklına, bu ıslâhhane dediğimiz terbiye müesseselerine, terbiyeciler ikame etmek gelmemiştir. Çok şaşılacak şeydir ki, devletin hemen her müessesesinde bir kültür gayesi güdülmekte iken, mahkûmları tevbekâr edeceğinin ümit ve ilân edildiği bu yerlerin başındaki kimseler buralarda hiç bir kültür gayesi gütmemektedirler. Ve Hümanist mektep, daha ileri giderek, Üniversitelerde hapishane pedagojisi mahiyetinde bir ders ihdasına da taraftar olurlar.

Bu, çok ulvî arzulara taraftar olmamanın imkânı yoktur. Çünkü maarifin, terbiyenin suçlular üzerindeki tesirini inkâr edemeyiz. Netekim hapishanelerdeki suçlular adedinin kabarık bir kısmını münevver olmayan kimseler teşkil etmektedir. Kültür seviyesine göre suç nevilerinin değiştiği de bir hakikat olmakla beraber, her halde bunlar, bir takım umumî suçlar adedine varamazlar.

XII — Hümanist mektep hukukçularının nazarlarını bir azda slahhanelere çekmek isterler. Bu hususdaki fikirlerini, yazımızı bitirirken ve hiç bir mütalâa ilâve etmeksizin, aşağıya aynen alıyoruz. Bu noktalarda Hümanistleri oldukça haklı bulduğumuzu itiraf etmek mecburiyetindeyiz.

«Mahpusların çalışmak istemelerile çalışmaktan çekinme ve iğ-

renmelerini biribirile karıştırmamalıdır. Mahpuslar çalışmak isterler; fakat onları iğrendiren, elimizdeki sakat usullerdir. Bütün gayretlerile yaptıkları işlere mukabil alacakları paradan, şu veya bu maksatla bir takım tevkifat yapılırsa, elbette bundan yeis duyarlar. Bugün, meselâ Devlet vergilerinin farazî ve nazarî olarak, faydalı yerlere gittiğini bilen münevver bir kimse bile, kesilen maaşından daimî bir yeis duymaktadır. Bu itibarla mahpuslar çalışmaktan iğrenmezler, fakat çalışmak istemezler.

Mahpusları çalışmaktan çekindiren diğer bir sebep, bir çoklarının, tamamen yabancı bulundukları sanatlara konulmuş olmalarıdır. Bir günde sanat değiştirmek çok müşkil şeydir. Binaenaleyh eldeki alete ve istenilen kâr şekillerine göre iş verilmemelidir. Meselâ bir elektirikçiye zorla kundura tamiri emredilirse bu adam elbette çalışmaktan çekinir; çünkü çalışmak iyi bir netice verdiği zaman bir zevk olabilir. Düşünmelidir ki, mahkûmları çalıştırmak, onlara çalışmanın zevkini aşılamak ve bu suretle ilerde suç işlemelerinin önüne geçmektedir. Bu yolsuzlukların önüne geçerek iş bölümünü mahkûmların ahlâk ve sanat kabiliyetlerine göre yapmak ve ilerde ika edilmesi mümkün olan suçların önüne bu suretle geçmek lâzımdır. Bir takımları buşekilde yapılan işlerin serbest sa'ye büyük bir rakabet teşkil edeceğini ileri sürerlerse de yapılan tedkikler böyle bir tehlikenin varit olmadığını göstermiştir.

«Bir mesele de mahkûmlara karşı bizim aldığımız vaziyettir. Bizlerde suçlulara karşı merhamet hissi çok zayıftır. Nihayet bir suç, insanda bütün hisleri söndürmüş değildir. Her suçluda yine bir insanlık kıvılcımı vardır. Onunla bağlılık ve kardeşlik hislerimizi koparmamalıyız. Çünkü şuur ve vicdan bir gün bu kıvılcımdan tekrar alevlenebilir. Suçluların da insanlara karşı duydukları inanç ve sevgiler tükenmiş değildir. Eğer haklarındaki muhabbetimizin tamamen bitmediğini de onlara hissettirir ve bunu filen hayatlarına yardım şeklinde gösterirsek tekrar masuniyet ve namusluluk hayatına dönmelerini çok bekleyebiliriz.

Suçlulara karşı fiili ve ahlâkî bir durum gösterebilmeliyiz. Bu his bir baba muhabbeti olmalıdır. Manevî varlıklarının kurbanı olan bu zavallıları kendi başlarına bırakırsak istikbâllerindeki fenalıkların bizim ihmâlimizin eseri olacağında şüphe etmeyiniz. Ve bu, insanın beğenilecek bir eseri değildir. Zannetmeyiniz ki, hümanism burada bir müşfik kadın kalbi, müfrit ve mânasız bir kadın hüznü, suçlu ruhlara karşı göz yaşı akıtmak isteyen, onlara kanun kurbanları

damgasını vuran hudutsuz, kör ve bozucu bir filântropism taşımaktadır; hayır. Hümanism şunu iddia etmektedir ki, kuvvetli bir insan şefkati, derin insanlık hissinin ifadesi, bütün bu kaybolan ruhları ahlâkî hayata sevk edebilir; ve bunun için bütün enerjisini sarf eden usta pedagoji majisterleri ile, iyi sistemlerle suçlular istenilen şekil lere getirilebileceklerdir. İntikam hislerine, sinsi pusulara karşı hümanism kanunun affını ve yüksek bir nisyanı kabul etmez; fakat o, büyük insaniyet kanununu aksettirir, ki o kanun şudur: her insan bir kardeştir ve her insan kederinde bizim kendi kederimizin in'ikâsı sezilmektedir».

---

401

No: 84

# Bibliyografya

Yazan
**Dr. K. Fikret Arık**

Sedad Çumralı (Ankara millî Korunma Mahkemesi hâkimi). — Son değişikliklere göre şerhli ve izahlı millî korunma kanunu. — Ankara Matbaa Yeni Cezaevi 1942. 220 sahife. 200 kuruş

Harp, normal devirlerin hayatını derin değişikliklere uğratan tabiî bir hâdisedir. Harp içinde, sulhun çocuğu olan serbestî ve hususî hukuk nizamının tatbik alanı daralır, âmme hukukunun müdahaleci alanı genişler. Çünkü, harp doğrudan doğruya veya dolayisile tesiri altında bıraktığı cemiyetlerde idare edenlerin ve idare olunanların bütün dikkat ve endişesini tek bir noktada toplar: ölmek veya yaşamak. Çünkü, çabuk ve sert kararlar verebilmek kati bir ehemmiyeti haizdir. Nihayet, çünkü harp, cemiyet içinde büyük mahrumiyetler, kederler, sıkıntılarla birlikte viçdanî vesvesesi az olanlar için harp, kendisine katılanlar veya katılmayanlar için geçici de olsa hususî, istisnaî bir hukuk rejimi ister.

İşte Millî Korunma kanunu bu zaruretlere verilen şuurlu bir cevabdır. Hukuk hayatı için bu kadar mühim olan bu kanun, sık sık yapılan tadiller, kanunda mevcut salâhiyete dayanarak çıkarılan koordinasyon heyeti kararları, temyiz mahkemasi kararları ve umumiyetle mahkeme içtihatları ile, mu'dil, işlenmeğe, izah edilmeğe ve bilhassa toplanmağa muhtaç, başlı başına ehemmiyetli bir mevzu halini almıştı.

Şimdi bu işlenmemiş alanda, Ankara millî korunma mahkemesi hâkimi Bay Sedad Çumralının salâhiyetli kaleminden faideli bir eser kazanmış bulunuyoruz. Temiz ve mümkün olduğu kadar basın yanlışlarından ayıklanmış kitabında müellif, tatbikatta kendisine ihtiyaç duyulan meseleleri itina ile toplamıştır.

452

Her şeyden önce kitabda ***Kanunun en son şeklini*** buluyoruz: bu, aranılan hukukî mevzuatın kolayca bulunmadığı muhitler için bilhassa mühim bir hizmettir. 26/1/940 tarihinde neşredilen 3780 sayılı millî korunma kanunu 28/12/940, 23/12/941, 3/2/942 tarihlerinde neşredilen 3954, 4156, 4180 sayılı kanunlarla değiştirilmiştir. Kitabın neşrinde bütün bu tadiller göz önünde tutulmuş, eski maddelerin yerine değişen maddeler konulmuştur.

Sonra kitabda, kanunun yaşayan şekil demek olan ***mahkeme içtihatlarına*** mümkün olduğu kadar geniş bir yer ayrılmıştır: muhtelif mahkemelerden çıkan kararlarla, temyiz mahkemesi 3. üncü ceza dairesi, umumî heyet kararlarının mühim parçaları her madde altına sıralanmış bulunmaktadır. Koordinasyon heyetinin tatbikatta lüzumlu kararları aynen ve tatbikat için luzumlu olmıyan diğer kararları da kitabın sonuna — resmî gaztenin tarih ve numarası ile koordinasyon kararının numarası yazılarak — ilâve edilmiştir.

***Tatbikatta beraberliği temin için de:*** Kanun vazın her madde etrafında ne düşünüldüğü ve hangi amacı güttüğünü gösteren mucip sebepler lâyihaları, maddelerin Büyük Millet Meclisinde müzakeresi esnasında ileri sürülen fikir ve düşünceler de kitabda, mesut bir düşünce eseri olarak, yer almıştır.

Nihayet, tatbikatta pek lüzumlu olan İş Mükellefiyetine ait onuncu madde ile gayri menkûl kiralarının artırılmasına dair 30 ve ihtikâr namı altında toplanan fiillere mütaâllik 31 ve 32, 54 , 59. üncu maddeler şerh ve izah edilmiştir.

Millî korunma kanununun tatbikatı ile meşgul olan idare, adliye mensupları ile bütün avukat ve hukukçulara bu faideli eseri tavsiye etmek isteriz.

2 — İzzet Gözübüyükoğlu: — MEMURLAR HAKKINDA TAHKİKAT VE MUHAKEME Usulü (Memurların maaş vaziyetlerini ve memuriyet sıfatlarına taallûk eden hükümler —). — Ankara. UZLUK Basımevi 1942. 314 sahife 3. Lira

---

Bir suç işleyerek Cemiyetin düzenini bozan bir fert, memur olsun olmasın takibata maruz kalır. Ancak, Takibatı yapacak uzuvlar ve takibatta riayeti gerekli usul bakımından, alelâde fertlerle, âmme hizmetlerini yürütmek için kurulan kadrolarda daimî bir yer tutan memurlar arasında bir ayrılık vardır.

453

Memleketimizde memurların ayrı bir muhakeme usulüne tabi tutulması, tarih itibarile hayli eski olup 1288 tarihli memurin muhakemât nizamnamesine müstenittir.

Bu nizamname hükümlerinin zamanla bir çok tadillere uğramış müphem, gayrı vazih noktaları hakkında mebzul bir mahkeme içtihadı teessüs etmiş, uzun bir tatbikat devresi neticesinde kanunun eksiklikleri meydana çıkmış, nihayet, değişen Cemiyet ve hukuk hayatı ile bu kanun arasında kısmen de olsa, bir ruh ayrılığı belirmiş olması gibi sebebler pek mühim olan bu mevzuu, kavranılması güç bir hale getirmiştir.

Yine bu sebeblerden, son zamanlarda memurin muhakemat usulü kanununun üzerinde dikkatle durmak zamanı geldiğine alâkalı resmî makamlarca kanaat hasıl olmuştur.

Bu itibarla Maliye vekâleti zat işleri şube müdür muavinlerinden İzzet Gözüböyükoğlunun eseri zamanında gelen bir kitap sayılabilir.

Eser 4 bölüme ayrılmıştır : ***I. inci Bölümde :***

A — Ceza ve idare hukukunda memur mefhumu, bu hususdaki Temyiz mahkemesi ve Devlet Şûrası içtihatları ve Büyük Millet meclisi kararları,

B — İptidaî tahkikatın mahiyeti,

C — Tahkikata salâhiyetli merciler,

Ç — Muhakkıkın Vazife ve salâhiyetleri

D — Tahkikatın icra sureti

E — Dâvayı kaldıran sebebler

F — Son tahkikat safhası

G — Memurin muhakemat encümenleri ve bunların salâhiyetleri

H — Lüzum ve meni muhakeme kararlarının mâna ve mahiyetleri

İ — Merciin ihtilâfları,

J — Tebliğat ve itirazat

K — Muhakkıkın ve memurin muhakemat encümeni cezasının reddi

L — Dâvaya bakacak salâhiyetli mahkemeler,

Tetkik olunmuştur.

İkinci bölümde, 1609 sayılı kanunun şumulü, bu kanuna göre yapılacak takibat ile bunların icrasına salâhiyetli merciler tetkik edilmiştir.

Üçüncü bölümde hususî kanunlardaki kayıtlara nazaran memurin muhakematı kanunu ile 1609 sayılı kanunun şumulü haricinde kalan memurlar ve bunlar hakkındaki hükümler mütalâa olunmuştur.

Dördüncü bölümde, maznun memurlar hakkındaki tahkikat ve muhakeme neticesine göre tâayyün edecek vaziyetler incelenmiştir.

Nihayet kitabın sonuna mevzu ile ilgili kanunlar, kararlar ve tefsirlerle Temyiz ve Devlet Şûrası kararları, Adliye ve Maliye vekâletlerinin tebliğleri aynen veya kısaltılarak ilâve edilmiştir.

Emek mahsulü olan bu kitabı bütün hukukculara sağlık veririz.

---

3 — MECMUALAR:

I — İZMİR BAROSU DERGİSİ ( 20 nisan 1942 ):

**Müfit Erkuyumcu : H. U. M. Kanunun 186 ıncı maddesi üzerinde bir inceleme.**

| | | |
|---|---|---|
| Feyzullah USLU | : | Donatanın gemi adamlarının kusurundan doğan mesuliyeti |
| Dr. B. N. ESEN | : | Mülkiyet hakkı |
| Dr. B. N. ESEN | : | Hukuk dilini Türkçeleştirme |
| François CLERC | : | Yeni İsviçre ceza kanunu |

*Bibliyografya*

| | | |
|---|---|---|
| N. S. ERBOY | : | (Türk Medenî Kanunu) |
| Dr. K. Fikret ARIK | : | (Faydalı bir eser) |
| Müfit ERKUYUMCU | | (Vesayet) |

*İçtihat ve kararları*

| | | |
|---|---|---|
| N. S. ERBOY | : | (Devlet şûrası kararları) |
| M. Erkuyumcu | : | (Temyiz kararları) |

---

II — HUKUKÎ BİLGİLER MECMUASI:

**Tetebbüler :**

1 — Hukukî Fikirler : G. F. Milaslı( Adliye sarayı, Bir izah,

şûrayı devlet 1. inci reisin yüksek dikkatına

2 — Münüp Hayrı Ürgüplü(Bir prensip meselesi : Ev aranmaları

3 — A. H. Berki (Kitaplar arasında) Vesayet

4 — Turhan Kut : Millî korunma kanunda fatura

Mahkeme içtihatları :

N. S. : Teselsül

---

III — SİYASÎ İLİMLER MECMUASI:

1 — Mecmua : 23 Nisan

2 — Mecmua : 12 inci yılımıza girerken

3 — Hâzım Atıf Kuyucak İngiltere ve Hindistan

4 — Dr. Faruk N. BERKOL

5 — Dr. K. Fikret ARIK : Çocuk ceza hukukunda yeni adımlar

6 — Dr. Hâdi TAN : Hürriyeti tahdit cezası

7 — Jean CHABAS (Çeviren : Dr. K. F. ARIK): Japon ailesi ve içtimaî rolü

8 — H. R. Ertuğ — M. F. Fer: Yiyecek fiatlarının kontrolü

9 — H. R. E (Kronik): Kaymakamlık kursunda çalışmalar

10 — Bibliyografya( Yazan K. F. A.) : Osmanlılar zamanında Tokat (Halis Asarkayanın eseri).

IV — İSTANBUL HUKUK FAKÜLTESİ MECMUASI ( CİLT VII, SAYI 4)

ETÜTLER

*Âmme hukuku:*

O. Prof. A. F. Başgil — Muasır devlette memur meselesi ve memurların meslekî vazife ve terbiyesi.

Ch. Crozat —. Orta çağda devlet nazariyesi.

Sıddık Sami Onar—.İdare hukuku bakımından iktisadî devlet teşekküleri.

Tahir Taner —. Lozam muahedesi ve kapitülasyonların ilgası.

R . G . Okandan —. Kadim yunanda siyasî telakkiler

*Hususî Hukuk* :

Andreas B . SCHWRAZ — Harp ve hususî hukuk.

Hıfzı Timur — . Devletler hususî hukukunda âmme intizamı.

Orhan Tuna — . Türk küçük san'atlar kanun lâyıhası.

*Hukuk Tarihi* : Ö. L. Barkan —. İslam—.Türk mülkiyet Hukuku.

4 — TERCÜMELER:

*Âmme Hukuku:*

Prof. E. James. — Âmme teşebbüslerinin bugünkü faaliyet sahası (Çeviren: A. A. Özeken).

*Hususî Hukuk:*

V. Tuhr. — Borçlar kanunun umumî hükümleri (Çeviren: Hıfzı Veldet).

*Hukuk Felsefesi:*

Andre Rouast. — Hukukta mücerrit ve müşahhaslık (Çeviren: S. Dönmezler ve M. E. Belik).

MAHKEME İÇTİHADI TAHLİLLFRİ:

M. R. Belgesay. — Türkiye temyiz ve İsviçre federal mahkemeleri kararları

Prof Dumas. — ders kitapları kazaî mürakabe

ESER TAHLİL VE TENKİTLERİ: «değişen dünya» — kooperatifçilik — Kapitulationen auf der Türkische Wirtschaft— muhtelif memleketlerin hukuk lügatleri

5 — İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK BİRİNCİLERİ.—

İstanbul Hukuk Fakültesi 1937—1938 ders yılından beri, yaz devresi imtihanlarında fakülteden birincilikle mezun olan talebe ile sınıflarını birincilikle geçen talebenin fotoğraflarını ve yazılı imtihanlarda

457

verilen mevzularda en iyi cevap verenlerin imtihan yazılarını muhtevi olmak üzere (HUKUK BİRİNCİLERİ) adlı bir broşür neşretmektedir.

Bu broşürleri çıkarmakla güdülen gayeler şöyle izah edilmektedir : «Hukuk birincileri talebe için pedagojik bir rehber olacaktır. Talebe bu broşürlerde yazılarını okuduğu arkadaşlarının çalışma, yetişme, muhakeme ve izah tarzile imtihan mevzuunu kaleme almada takip ettikleri metodu ve ayni zamanda Profesörlerin mütelâa ve tenkitlerini görecektir. Hukuk birincileri talebeyi yükseltmeye ve temayüz etmeye teşvik edecektir..»

Yetişen hukukçu ordusunun keyfiyetce bulunduğu durumu; Hukuk kültürünün ve muhakeme tarzının zenginleştirilmesi ve işletilmesi için tutulan yolu göstermesi itibarile bu broşürlerin cidden alâkaya lâyık olduğu açıktır.

---

458

No : 85

# BİBLİYOGRAFYA

## Son değişikliklere göre şerhli ve izahlı
### MİLLÎ KORUNMA KANUNU

---

**Sedat ÇUMRALI**

Ankara Millî Korunma Mahkemesi Hâkimi

Sahife : 220, 200 kuruş.

Yazan :
**Kâzım Dereli**
**Adliye V. Neşriyat Dairesi Şef V.**

Eser; bugün 3 üncü yılını idrak etmek üzere olan Avrupa harbinin dürüst bitaraflıkla dışında olduğumuz halde, bu facianın fevkalâde ahvâl ve tesirlerinden masûn kalamadığımızdan idaremizi bu yönden de düzenlemek üzere, merî kanunların kifayetsizliği dolayısile hissedilen boşluğu doldurmak ve Hükümetin vazife ve salâhiyetlerle teçhizi için Millî Korunma Kanununun vüduda getirildiğini izah eden bir ön yazıyı ve kanunun tatbikinde beraberliği temin maksadile konulan mucip sebepler lâyihasını, muvakkat encümen mazbatasını, kanunun Büyük için Millet Meclisindeki müzakeresini, Meclisde serdolunan mütalâaları ve kanunun 1, 2, 3, 4, 5, 6 ıncı maddeleri hakkında ileri sürülen fikirleri ve kanuna müsteniden teşkil olunan Koordinasyon Heyetince ittihaz kılınan kararların 300 adedini ve neşrolunduğu Resmî gazete tarih ve numaralarını; kanun ve kararların değişmelerini ve eklerini, Temyiz Mahkemesi ve mahkeme kararlarile Adliye Vekâletinin bu hususa mütedair tamimlerini, kanunun 10, 30, 31, 32, 54, 59 uncu maddelerinin şerh ve izahını ve eserin yukarıda hulâsatan sayılan münderecatını gayet güzel tasnif eden bir fihristi ihtiva etmektedir.

Eser; her hususta hâkim ve hukukçulara tam istifade temin edecek ve ihtiyacı karşılayacak mahiyettedir.

Ankara kitap evlerinden ve eser sahibinden tedarik edilebilir.

---

459

**3780 No. lu Millî Korunma Kanununa göre ittihaz ve resmî gazete ile neşredilen Koordinasyon Heyeti kararlarının ve adı geçen gazetenin tarih ve No. larını gösterir liste.**

| Kararın Tarihi | No. su | Karar No. su | Resmî Gazetenin tarihi | No. su |
|---|---|---|---|---|
| 15/8/942 | 18601 | 359 | 22/8/942 | 5191 |
| 15/8/942 | 18599 | 360 | 22/8/942 | 5191 |
| 1/8/942 | 18438 | 367 | 11/8/942 | 5187 |
| 11/8/942 | 18530 | 373 | 14/8/942 | 5184 |
| 11/8/942 | 18531 | 374 | 14/8/942 | 5184 |
| 15/8/942 | 18575 | 375 | 17/8/942 | 5186 |
| 15/8/942 | 18576 | 376 | 17/8/942 | 5186 |
| 15/8/942 | 18577 | 377 | 17/8/942 | 5186 |