No : 12

Sayı : 3

SON İSPANYA DAHİLÎ HARBİ

Ve

Eşhası Hususiyenin Hukuk ve Menafii

Türkçeye çeviren
Tarık E. Yenisey

Yazan:
Marcel Sibert

***

Bundan bir kaç sene evvel, İspanyayı kana boğan dahilî harp dolayısile zuhur eden dâvaların ancak siyasî ve insanî veçheleri üzerine efkârı umumiyenin ve mes'ul Hükûmetlerin nazarı dikkati celbedilmiştir. Bu bakımdan ihtilâl ve isyan kurbanı olan İspanyollar kendi başlarına bütün mezalime katlanmışlardır. İspanya'da yerleşmiş olan veya muvakkaten bulunan ecanibin *şahıslarına* karşı vaki tecavüzler pek mahduttur. Lâkin, hadisatın doğurduğu meşrû veya filî bir çok idareler birbirlerile rekabet ederek yeni içtimaî ve siyasî rejimi kurmak yolunda sarfi gayret etmeye başladıkları andan itibaren, eşhas hukukuna karşı yapılan tecavüzler çoğalagelmiştir. Bazı Hükûmet kararları, eski "kapitalist teşkilâtını temaman ilga etmek temayülünü göstermişlerdir; muhtelif makamat, yeni mevzuatı, sırf İspanyollara değil, fakat muahede ahkâmına ve Hukuku Düvel kaidelerine güvenerek İspanya'ya gelen *ecnebiler* hakkında da tatbik etmek istemişlerdir. Bu suretle, bir çok haklar çiğnenmiş, bir çok emval ve emlâk müsadere olunmuştur. Bu vaziyet üzerine, her taraftan şikâyetler yükselmiş, tazminat talepleri alıp yürümüştür.

Zarar gören şirketlerin başında «Societad espanola de metales preciosos» adlı şirket gelmektedir. İspanyol şirketi olarak teessüs etmiş olan bu müessesenin sermayesinin büyük kısmı fransızdır: 4.000.000 peçetaya bâliğ olan bu sermaye biner peçetalık 4.000 eshamdan ibaret olup, şu suretle taksim edilmiş bulunmaktadır:

— (Marret, Bonnin, Lebel et Guien) Müesseseleri (1149 esham),

147

...KÜTÜPHANESİ-ANKARA

— (Société nouvelle du Comptoir Lyon – Allemand) adlı Şirket (1.149 esham);

— Captain Saint – André (500 esham),

— M. paul orrier (11 esham).

Demek oluyor ki 4000 eshamdan 2. 809 u, fransız tebaasının mevzubahs şirkette iştirak nisbetini teşkil etmektedir. Mahallî kanun, yani İspanyol kanunu mucibince idare olunan bu şirket, hakikati halde, iktisaden Fransız tebaaları tarafından *kontrol* edilmektedir.

Meseleyi daha vâzih bir şekilde izah edebilmak için, hadisatın şu sırayı tâkiben tetkikini muvafık buluyoruz:

1) Son zamanlarda mer'iyete vaz olunan *mevzuat*'ın, meşru Hükûmet topraklarında ve Franko'nun elinde bulunan topraklarda sureti tatbiki;

2) Tazminat itasını icab ettiren hadisat ve tazminatın sureti tesbiti.

***

1) *Madrit, Barsölon*: mutlak marksizm namına icra edilen «collectiviste» tecrübenin bu iki kutbu, Ağustos 1936 tarihinden harbin sonuna kadar ihtilâl yolunda birbirile rekabet edegelmişlerdir. Lâkin, herşeyden evvel yaşamak ihtiyacı ve bunun için acele edip, para toplamak ve ayni zamanda, hergün bir az daha sukut eden millî akçeyi tutmak zarureti kendini hissettirmiş ve Altun toplatılmıştır. Barsölon Hükûmeti, 27 Ağustos 1936 kararnamesiyle, altun akçe ve külçelerinin saklanmasını bütün Katalonya'da men etmiştir. Altunu bulunan kimseler, tayin edilen yerlere altunu teslim etmek mecburiyetinde tutulmuşlardır. (Madde 2). Banka kasalarında bulunan altunlar da müsadere edilmiştir. Üçüncü madde, sekiz gün zarfında bunlarında teslimi âmir bulunmaktadır. Bankaların sermayelerini teşkil eden altunlara gelince, bunların da, hazineye tevdii emredilmiştir. Bu suretle, bir çok kimseler, her hangi bir tazminat almaksızın, sırf bir makbuz mukabilinde, altunlarını vermek mecburiyetinde kalmışlardır. Kararname hilâfında hareket edenler cezaya çarptırılmışlardır.

Az zaman sonra Madrid'de ayni suretle hareket etmiştir. 3 Teşrini evvel 1936 tarihli kararname ile, *İspanyol* tabiiyetinde bulunan eşhası hususiye veya şirketler, yedlerinde bulunan altun akçe veya külçelerle, döviz ve her nevi ecnebî eshamını İspanya Bankasına teslim etmeye mecbur tutulmuşlardır. Bunun mukabilinde, mevzubahs

198

şahıs ve şirketlere bir makbuz verilmiş veya yatırılan altun mukabilinde, resmî kurs üzerinden, kâğıt peçeta tediye olunmuştur. Dövizlere gelince, kararname mucibince, bunlara karşılık peçeta ödenmesi derpiş edilmiş isede, bu paraların derhal tediyesi değil, fakat hesabı câri şeklinde bulundurulması muvafık görülmüştür. Kararname hilâfına hareket eden kimselerin «rejim düşmanı» addedileceği de kararnamede ayrıca müserrah bulunmaktadır.

Altuna dair vazedilmiş olan tedbirler hakkında Madrid Barsölon'u takib etmiş, ecnebî döviz ve tahvilâtı hakkında ise Barsölon Madrid'i örnek almıştır. 3 Teşrinievvel tarihli Madrid kararnamısinden altı gün sonra, Katalonya Hükûmeti (9.T. evvel 1936 tarihli kararname) «İspanyol tabiiyetinde olan bilumum eşhas ve müessesatın yedlerinde bulunan her nevi döviz ve ecnebî tahvilâtının Hazineye yatırılmasını» emretmiştir. Burada da tazminat meselesi depiş edilmiş, lâkin bu tazminatın sureti tediyesi, öyle şartlara tâlik edilmiştir ki, böyle bir tediye talebinde bulunmaya kimse cesaret edememiştir. Tazminat verilmesi talebinde bulunan kimsenin, bu talebini tahriren yapması ve talebini mucib kılan esbabı tâdat eylemesi lâzımdır. Diğer taraftan, kararnamenin 2 inci maddesi, Hazineye böyle bir talebi red veya kabul etmek hakkını bahşetmektedir. Bu suretle, Hazine, aldığı döviz ve ecnebî tahvilâtı sahiplerine karşılık olarak peçeta tediye etmeyip, bir çok defalar bu kimselere bir senet vermekle iktifa eylemiştir.

Görülüyor ki, bütün bu teşrîî tedbirler, eşhası hususiyenin ve müessesatın elinde bulunan altun, döviz ve tahvilâtın, bilâ tazminat Hazineye intikalini istihdaf etmektedir.

Altun, döviz ve ecnebî tahvilâtı hakkında Madrid, Valans ve Barsölon makamatının Temmuz 1936 tarihinden beri vazetmiş oldukları tedbirler haricinde, sanayi müesseselerinin *(collectiviser)* edilmesi yolunda mevkii meriyete konulan ahkâmı da tetkik etmek lâzımdır. O tarihe kadar câri olan kapitalist şekle mukabele teşkil eden, «*collectivisation*» hareketi, Madrid Hükûmetinin 25 Temmuz 1936 Kararnamisiyle başlar. Mezkûr tarihte, eşhas veya şirketlerin mallarının temamen müsaderesinden henuz bahsedilmemekte idi. Lâkin, Madrid Hükûmeti, bil'umum sanayi müesseselerine doğrudan doğruya müdahale etmek ve onları kontrolü altına sokmak ve hatta icabında bizzat işletmek hakkını kendisine tanımakla sanayi sahasında mevcud hakkı temellük ve hürriyet rejimine ilk darbeyi indirmiştir. Kararnamedr, «lüzum görüldüğü takdirde, Hükûmet, fabrika direktörlerine haber vererek, fabrikanın idaresini üzerine alabilir «denilmektedir. Kararnamenin diğer bir kısmında şu satırları okuyoruz:» (Muvakkat Müdahale Ko-

mitesi) tarafından kontrol veya idare olunan sanayi müesseseleri, işbu komite veya delegeleri tarafından verilecek tâlimatı icra ile mükelleftirler; en ufak bir muhalefette bulunanlara, ağır bir masuliyet teveccüh edecektir». Gürüldüğü üzere, vaz olunan tedbir ile gayri musarrah ve tehdidiâmiz müeyyidesi, asırlardan beri kurulu bulunan müesseseleri yıkmaya mâtuftur.

İspanya isyanının gayesi, mevcud nizamın imhasını mucib olmak idi. İçtimaî mücadelelerde daha tecrübeli olan Katolonya Hükûmeti, henüz sanayi müesseselerini kontrol ve idare ile iktifa eden Madrid Hükûmetini, az zamanda, geride bırakmış ve 24 Teşrinievvel 1936 tarihinde neşreylediği bir kararname ile sanayi ve ticaret müesseselerinin «collectiviser» edilmesini ve hususî müessesatın da kontrolünü emretmiştir. İşbu kararnamenin ikinci maddesi mucibince, «collectivisation»u mecburî olan müessesat şunlardır:

1) 30 Haziran 1936 tarihinde, yüzden fazla işçi istihdam eden bilumum sanayi ve ticaret müesseseleri;

2) Ayni tarihde, yüzden az işci istihdam etmekle beraber, sahipleri tarafından terk olunmuş veya sahipleri âsi ilân edilmiş olan bilumum müesseseler. Elliden fazla ve yüzden az işcisi bulunan müessesat da, işçilerin yüzde yetmişbeşinin talebi üzerine «collectiviser» edilebilirler. Demek oluyor ki, bu son vaziyette, sanayi veya ticaret müessesesi sahibinin malını elinden alan vazii kanun değil, kararname ile selâhiyettar kılınan işçi ekseriyetidir. Buraya kadar *mecburi* «collectivisation» mevzubahistir. Lâkin, kararname, îtilâf temini suretile de müessesatın «collectiviser» edilebileceğini derpiş eylemektedir. İkinci maddenin ikinci bendi, yüzden az işçi istihdam eden müesseselerin, amele ekseriyeti ile müessese sahipleri beyninde husule gelecek anlaşma üzerine, «collectiviser» edileceğini kaydetmektedir.

Ticaret ve sanayi serbestisini temamen yok eden ve ferdî temellük hakkını Hükûmet kararlarının ve «kütle» hareketlerinin keyfine vabeste tutan bahsettiğimiz bütün bu ahkâm, mutlak «collectivisation»u her hangi bir şekilde tahdid edebilecek en ufak bir kaydi ihtiva etmemektedir. 24 Teşrinievvel 1936 tarihli kararnamenin ikinci maddesiyle (bend 2), (İktisad Konseyi), bütün Katalonya arazisinde, «millî iktisad sahasındaki ehemmiyetlerine binaen, veya *diğer esbab dolayisile* eşhasın elinde bulunmaması icab eden müessesatın» «collectiviser» edilmesine karar vermeye selâhiyettar merci olarak gösterilmiştir.

Sanayi ve ticaret müesseselerinin müsaderesi için tâkib olunan «*meşru*» tarih işte budur.

***

Malları bu suretle müsadere edilen kimselere acebâ âdilâne bir tazminat verilecek midir? Bu suale, kararnamenin 32 inci maddesi (Fasıl VI) şöyle cevab veriyor: «her hangi bir müessesenin (collecti viser) edilmesi halinde, bir bilanço tanzim edilecektir» Ayni zamanda müesseseye ait menkul ve gayri menkul emvalın kıymetini natık bir cetvel tanzim olunacağı kayd edilmektedir. Daha ileride şu satırları okuyoruz: „Müessesenin alacağı ile borcu tesbit edildikten sonra, müessese alacaklı göründüğü taktirde, icabeden *içtimaî tazminatın* îtası için, keyfiyet iktisad Konseyinin arşivlerine kaydedilecektir».

Valansa iltica etmiş olan ve «Halk icra Komitesi» nin az çok emri altında bulunan Madrid Hükûmeti de, 1 Kânunuevvel 1936 tarihinde, Katalonya Hükûmeti kararnamesinden mülhem olarak bir kararname neşretmiştir. Kararnamenin birinci maddesinde şöyle denilmektedir: Elliden Ziyade işçisi veya memuru olan bilumum sanayi ve ticaret müesseleri, *alâkadar Sendikaların talebi üzerine,* (collectiviser) edilebilirler». Lâkin, Sendikaların tam mânasile «collectivistes» olmamalarından endişe edilerek, birinci maddenin 3 üncü bendine, «elliden az işçisi veya memuru bulunan ticaret ve sanayi müesseselerinin de, *Devletin iktisadî ve umumî menfaatları icabı olarak,* (collectivisation) a tâbi tutulabilecekleri» cümlesi ilâve edilmiştir.

Acaba, Devletin iktisadî ve umumî menfaatları ne vakit mevzubahistir? Vazii kanun bu sualin cavabını hadisatın inkişafına bırakmıştır. Tazminat meselesinde, kararname daha vâzihtir. Evvelâ, müesseselerini terk etmiş olan veya âsi ilân edilmiş bulunan kimselere tazminat verilmiyeceği yazılıdır. (Madde 1, bend 2). Böyle bir hükmün tatbikinin, ne gibi imkânlara yol açmak istidadında olduğunu tasavvur etmek pek güç bir iş değildir.

Diğer mal sahiplerine tazminat ne şekilde ita edilecektir? «Halk İcra Komitesi» tarafından tanzim olunan metnin 4 üncü maddesi, bu hususta son derece basit bir sistem derpiş etmiştir: Müessesenin bilançosu tanzim ve usulü dairesinde tasdik edildikden sonra, bilanço yekûnu şu suretle taksim olunacaktır:« yüzde yirmi beşi (collectiviser) edilen sanayi veya ticaret müessesine terk ve peçeta hesabile bakiye kalan yüzde yetmişbeşi de Maliye Konseyine tevdi olunur. Geri

kalan bu son kısmın yüzde yirmibeşi tazminat sermayesi olarak alakonulduktan sonra, yüzde ellisi de mal sahibine ödenir. Şu kadar varki, bu yüzde elli mikdarı 250.000 peçetayı tecavüz edemez. Bu mikdarı tecavüz eden kısım tazminat sermayesine ilâve olunur."

Demek oluyor ki, «collectivisation» a tâbi tutulan mal sahibi, malının hiç olmazsa nısfını kaybetmektedir. Kendisine tediyesi hukuken derpiş olunan yüzde elli mikdarı da, âceba bilâ mühlet ve sağlam bir akçe ile ödenecek midir?

«Komite» nin bu hususlaki cevabı sarihdir: «mal sahibine tediye edilecek olan yüzde elli miktarı senede yüzde dört faiz getiren ve elli sene vâdeli olan *hususî bir düyuna* ait *esham* şeklinde ödenecektir. Bu mühlet sonunda, mevzubahs düyun münfesih olur.»

***

Barsölon Hükûmeti ile Valans Hükûmetinin tâkib ettikleri «collectivisation» rejimi işte budur. Bu rejimin ecnebî menfaatlarını haleldar ettiği şüphesizdir. Bu itibarla, ecnebilerin de vaziyetini tetkik etmek faideden hâli değildir.

Vazii kanun, tâkib olunan prensipleri üçüncü bir Devlet tebaası mevzubahistir diye, feda etmek niyetinde olmadığını göstermiş ise de, bu gibi eşhasa karşı daha ihtiyatla hareket etmeyi muvafık hal bulmuştur; zira, en âciz ecnebinin arkasında dahi, tâbi bulunduğu Devlet daimî surette beklemektedir. Diplomatik himaye, her şeye rağmen, bu gün bir çok *tazyik vasıtalarına* maliktir.

Buna vâkıf bulunan Katalonya Hükûmeti, doktrinlerinden sarfı nazar etmemekle beraber, vaziyeti korumaya çalışmıştır. Doktrinin mutlak olduğunu göstermek için, *ecnebi* müessesat da yeni «collectivisation» rejimine tâbi tutulmuşlardır; filvâki, 24 Teşrinievvel 1936 kararnamesinin 32 inci maddesinde şöyle denilmektedir: «her hangi bir müessesenin (collectiviser) edilmesi halinde, gerek millî ve gerek *yabancı* menfaatlar mevzubahs olsun, müessesenin bilançosu tanzim kılınarak, mevcud emvali menkule ve gayri menkulenin kiymetleri tayin edilmek suretiyle listesi çıkartılacaktır». Lâkin, diğer taraftan, «tazminat» meselesini halletmek lâzım gelmiştir. 24 Teşrinievvel 1936 tarihli Katalonya Hükûmeti kararnamesi, bu hususta ibtida müphem tâbirler kullanmak yoluna sapmıştır. Dokuzuncu maddede şu satırları okuyoruz: «collectiviser» edilen müesseselerde ecnebî tebaalarının menfaatları mevcud olduğu takdirde, Amele Kontrol Komiteleri) keyfiyeti (İktisad Konsey) ine bildirecek ve işbu

Konsey de alâkadar kimseleri dâvetle meseleyi mezkûr menfaatlara uygun bir şekilde halledecektir». Ecnebî menfaatlarının korunmmasına müteallik prosedürü hususiyetle alâkadar eder görünen işbu maddeden hemen sonra, 36 ve 37 inci maddeleri zikretmek iktiza eder «Collectiviser» edilen müesseselere verilecek «tazminat» dan bahs eden 36 ıncı madde, «*millî hisse* ile *ecnebî iştirakının*, İspanyol kredi müesseselerine ve eşhası hususiyeye ait nisbetlerin tayini ile ona göre tazminat miktarının tesbitini» derpiş eylemektedir. 37 inci maddede ise «36 ıncı maddede mevzubahs millî hisse ile ecnebî iştirâkine müteallik tazminatın Hükûmet tarafından temamen tanınacağını ve bu tazminatın millî para ile ödeneceğini» kaydetmektedir.

*
* *

Altunun müsaderesi ile sanayi ve ticaret müesseselerinin «collectivisation»u hakkında vazedilmiş olan mevzubahs ahkâmdan başka, hukukçunun nazarı dikkatini celbedecek daha bir çok hükümler mevcuddur. Bugün muvakkaten dahi, olsa «collectiviser» edilmemiş bulunan sanayi Ve ticaret müesseseleri, ileride şekli idarelerinde mühim tâdilat yapmak iztirarında kalacaklardır.

Katalonya topraklarında bulunan mürakabesi, müesseselerinde (Amele Kontrol Komiteleri) tarafından murakabesi 24 T.evvel 1936 tarihli kararname ile kabul edilmiş idi. Merkezî Hükûmetin doğrudan doğruya nezareti altında bulunan arazide de, 25 Temmuz 1936 tarihli kararname, bilumum sanayi müesseselerini Devletin mürakabesi altına sokmuş ve lüzumu halinde, şu veya bu müessese idaresinin «Muvakkat Müdahele komisyonu» tarafından deruhte edileceğini tesbit eylemiştir. Katalonyadaki «Amele kontrol Komiteleri», kontoratoların ve iş nizamnamelerinin icra ve tatbiklerine nezaret etmekle iktifa eylemeyip, ayni zamanda işçi tutma veya işçiye yol vermek gibi müessesenin dahilî disiplinine tealluk eden meselelere de müdahele etmektedirler. (24 Teşrinevvel 1936 kararnamesi, madde 22). İşbu komitelerin, idarî, malî ve ticarî nezaret vazifeleri de vardır. Müesseselerin kazanç ve masraflarını ve diğer bilumum ticarî muamelelerini mürakabe etmek hakkını haizdirler.

İspanyada ihtilâl devrinde câri mevzuat hakkında çizdiğimiz bu tabloya bir nokta daha ilâve etmek isteriz. Katalonya Hükûmeti 28 Teşrinievvel 1936 tarihinde neşreylediği bir kararname ile, İktisad konseyinin teklifi üzerine, Katalonya topraklarında «collectiviser» edilmiş ayni nevi sanayi müesseselerinin tek bir müessese halinde

birleştirilebileceğini kabul etmiştir. Buna sebeb olarak, haricî ticarete daha geniş imkânlar bahsetmek lüzumu ileri sürülmüştür.

Eecnebiler, İspanya dahilî işlerine müdahele etmek hakkını haiz olmakla beraber, bu hususta alınan kararın kendilerini ne derece alâkadar ettiğini bilmek hakkına maliktirler. Böyle bir kararın ise, ecnebilere büyük zararlar iras edecek mahiyetinde olduğu şüphesizdir.

* *
*

2 — Eski içtimaî nizamı yok etmek için İspanya Hükûmetinin vaz etmiş olduğu umumî ahkâmı gözden geçirdik. Bu ahkâmın tatbiki neticesinde de, yukarıda bahsettiğimiz «Societad espanola de Metales preciosos» adlı şirketin ne gibi zararlar gördüğünü anlattık.

Tebarüz ettirmemiz lâzım gelen diğer bir mesele daha vardır. Bu mesele, teşriî mahiyeti haiz tedbirleri değil, fakat memleketteki ihtilâl vaziyeti neticesinde husule gelen hadisatı alâkadar etmektedir. O tarihlerde, anarşist milis teşkilâtına mensub sekiz silâhlı şahıs bahsettiğimiz Şirketin Valans'daki deposuna hücum ederek 500 gram altın ile 3 kilo gümüş ve 500 keçetayı alıp götürmüşlerdir.

Mezkûr şirketin mahvını mucip olacak mahiyette bulunan bu ve diğer bir çok hadisat muvacehesinde, şirketin Fransız hissedarları için beş sual varidi hatırdır.

I — Fransız hissedarlar, mevzubahs şirketin tâbi bulunduğu İspanyol Devletine karşı Fransız Hükûmetinin himayesini istemek hakkını haizmidirler?

II — İspanya Hükûmeti tarafından vazedilmiş olan tedbirler Hukuku Düvel ahkâmına uygunmudur, değil midir?

III — Uygun olmadıkları takdirde, yapılan zararların telafisi ne suretle derpiş edilebilir?

IV — Bu vazife kime terettüp eder?

V — Dahilî harp hitamında, İspanya Hükûmetini o zamanki makamattan başka makamat ile geçirdiği takdirde, yeni Hükûmet vâki zararlardan dolayı mes'ul tutulabilir mi?

* *
*

I

Birinci sualin cevabı basittir.

M. (Charles de Visscher) in de «Reue de Droit international et

de législation comparée» mecmuasında yazdığı veçhile, uzun zamanlar, cemiyet veye şirket gibi bir topluluk tarafından *diplomatik himaye* talep olunduğu takdirde, Hükûmetin yardımını talep eden işbu topluluğun tâbiiyeti nazarı itibare alınmıştır. 1866 senesinde, Birleşik Amerika Nazırlarından M. Sevvard'ın, Kolombiye tabiiyetinde olan bir şirketi, Amerikan tabiiyetinde vatandaşların şirkette hissedar bulunmalarına rağmen, Birleşik Amerika'nın şirketi himaye etmiyeceğini bildirmesini misal olarak zikredebiliriz. Şirketin Kolombiya tabiiyetinde olduğunu dermeyan eden M. Sevvard «Antioquia» meselesinde ancak Kolombiya Mahkemelerinin salâhiyattar bulunduklarını ve Amerika Hükûmetinin müdahele hakkı olmadığını beyan etmiştir. Bu hususta M. Ch. de Visscher diyorki: «Şirketlerin manevî şahsiyetleri ve tabiiyetleri hakkındaki doktrin'in o vakitki bir ifadesi olan bu tarzı hareket, bu gün şayanı kabul değildir». Profesör Edvv. M. Borchard'ın pek doğru alarak «Annuairede l'Institut de Droit İnternational» da kayıt ettiği veçhile: «Cemiyet bir nevi teşekküldür ev bu teşekkül dahilinde, ferdler mallarından istifade ederler. Cemiyete zarar vaki olabileceği bir faraziyeden ibarettir. Cemiyetten istifade eden ve cemiyet dahilinde zarar gören yine ferdlerdir. «M. Borchard devamla diyorki:» Bu itibarle, Cemiyetin tescil edilmiş bulunmasının siyasî himayeyi icap ettirmeğe kâfi geleceği hakkındaki kaide, bugün kıymetini kaybetmiştir. «Halen, Cemiyetin şahsiyeti faraziyesi bir tarafa bırakılarak, «Cemiyet aksiyonerlerinin tabiiyeti nazarı itibare alınmakla, ve bu kimselerin himayesi düşünülmektedir.

İşbu doktrinin realist bir doktrin olduğunda şüphe yok; ancak, hukuk, faraziyattan ziyade hakikatlerle iştigaleder. Doktrin, âdilanedir de: filhakika, Devleti, kendi hududu haricinde yaşayan ve ecnebî bir şirkette hissedar bulunan tebaasını himaye eylemesi doğrudur. Doktrinin faideli tarafı da vardır: zira, tebaalarının serveti nisbetinde zengin sayılan devletin, yabancı ülkelerde yaşayan ve tabiiyet bağları ile kendisine bağlı bulunan kimseleri koruması icap eder.

Beynelmilel münasebatın gün geçtikçe sıklaşması, bu son nazariyenin evvelki nazariye yerine kaim olmasını tabiatile icap ettirmiştir. Ve netekim, Amerika Hükûmetinin, bir çok sevilerle, Amerikan tabaasının ehemmiyetli nisbette iştirakları tebeyyün ettiği hallerde, ecnebî şirketler lehinde müdahele eylediği vakidir.

Misal olarak, «Murdo Meselesi», tâbiri diğerle, «Delagoa körfezi Demiryolu imtiyazı'nın Portekiz hükûmeti tarafından feshi meselesi dolayısile vaki olan müdaheleyi kadyedebiliriz. Birleşik - Amerika tabiiyetinde bulunan (Mac Murdo), (Delagoa körfezi Demiryolu kumpanyası-

nı teşkil etmiş ve bir çok değişiklikler sonunda, Kumpanya Portekiz tabiiyetini muhafaza etmekle beraber, aksiyonları İngiliz ve Amerikalıların eline geçmiştir. İmtiyazın feshi ve Demiryolunun Portekiz Hükûmetine intikali üzerine, Vaşington Hükûmeti, «meselede alâkadar bulunan tebaaları için» tazminat talep etmiş ve mesele hakeme havale olunmuştur. Bu hususta, 13 Haziran 1891 tarihinde, Bern'de imza edilen Protokol ahkâmı şayani dikkattir: İşbu Protokol'da, Vaşington ve Londra'nın, *Portekiz* tabiiyetinde bulunan şirketin menafiini değil, fakat işbu Şirkete yatırılmış *Amerikan* ve *İngiliz* sermayelerini himaye etmek istedikleri kaydedilmiştir; ve filvaki, protokol'da, hakemlerin, «diğer iki memleket tebaası tarafından istenilen tazminatın mikdarını tayin edecekleri» musarahtır.

Fîliyatta da, beynelmilnel hakemlik, Devletleri, ecnebî şirketlere yatırılmış bulunan millî sermayeleri koruma yoluna sevketmiştir. 1870 senesinde, Lima Muhtelit komisyonu, Birleşik – Amerika ile Peru Devletleri arasında zuhur eden böyle bir kaç ihtilâfı halletmiştir: «Ruden ve Şurekâsı» meselesine tazminat talep eden şahıs Amerikan tabiiyetinde olup, Peru'lu bir şirkete dahil bulunmakta imiş. Bu şahıs, Peru makamatının «meskûr şirkete karşı haksız hareketlerinden dolayı vaki zararlar için» Peru Hükûmetinden tazminat talep etmiş. Hakem tayin edilen (Valenzuela), Şirketin Amerika tabiiyetinde olmadığını kaydederek, tazminat talebinde bulunan Ruden'in *sırf şahsî menfaatlarının* nazarı itibare alınması lâzım geldiğini beyan etmiştir.

Bu mevzu dolayısile, Birleşik – Amerika ve İngiltereden sonra, İtalyayı da zikretmek lâzımdır. «Cerruti» meselesinden hakem olarak M. Cleveland intihap edilmiştir. (2 Mart 1897 tarihli hakem kararı geçen asır sonunda, Roma Hükûmeti, İtalyan tabiiyetinde bulunan M. Cerruti'ye işbu şahsın ismini taşıyan şirket mallarının Kolombiye makamatı tarafından müsaderesi hasebile, tazminat itasını Kolombiya Hükûmetinden talep etmiştir. Hakem'in verdiği kararda: «M. Cerruti'nin *şahsen* gördüğü zararların tazmini icap ettiği» yazılıdır. İşbu kararda, esbabı mucibe mevcut olmaması bazı tenkidleri davet etmiştir. Lâkin, bu cihet şayanı ehemmiyet değildir. Asıl olan, zarar görmüş kimsenin tazmin edilmiş bulunmasıdır.

Bahsettiğmiz misallar şüphesiz ki geçen Asıra aittir. Lâkin, bunları tetkik ettiktan sonradır ki, XX inci Aasır hâdiselerine geçmek mümkündür. Aynı sebebler aynı neticeleri husule getirmekte ve aynı Devlet camiasını karşı karşı koymaktadırlar. «Alsop» meselesi de bunu isbat eder. Bu mevzubahs olan Şili Hükümetidir. «Alsop ve Şürekâsı» firmasına iştirâk etmiş olan tebaasını himeye eden de

206

Birleşik – Amarika Hükûmetidir. Şili Hükûmeti, Şirketin Şili tabiiyetinde bulunduğunu dermeyan etmiş ise de, Amarika Hükûmeti, bu mülâhazayı kat'iyen kabul etmek istememiştir. Amarikanın vediği muhtırada şu satırları okuyoruz: «Birleşik – Amarika Hühûmetinin, vaki teşebbüsünde, nazarı dikkale aldığı cihet, mevzubahs şirketin, kanunî vechesine rağmen, hakikatı halde temamen Amerikan bir şirket olduğu, âzalarının Amerikan tebaası bulunduğu, sermayesinin Amerikan sermayesi olduğudur. Bu itibarla Amerika Hükûmeti, Hukuku Düvel ahkâmı hilâfına ve tebaası zararına olarak vaki hareketlerden dolayı teşebbüsatta bulunmak hakkını tabiatile haizdir». İntihap edilen İngiliz tabiiyetindeki hakem, 5 Temmuz 1911 tarihinde verdiği kararile, «Alsop ve Şürekâsı" firmasının Şili tabiiyeti dolayısile, zarar gören Amerikalılar lehinde Amarik Hükûmetinin siyasî teşebbüsatta bulunmayacağı ve hakem mahkemesinin selahiyettar olmadığı hakkında Şili Hükûmetinin iddiasını reddeylemiştir.

Aradan on iki sene mürur etmiştir. 1923 senesinde, beynelmilel anlaşmalar mucibince Madrid Hükûmetine Fas'da tanınan nüfus mıntakalarına dair İngiltere tarafından ileri sürülen talebler üzerine tahaddüs eden ihtilâf, Reisicümhur Huber'in kararına bırakılmıştır. Bu meselede, «davaya mevzu teşkil eden birliğin, tabiiyet bakımından, o birliği teşkil eden şahıslardan temamen ayrı bir şahsiyeti hukukiyeyi haiz olduğu iddia edilerek"İngilterenin iddiası reddolunmakta idi. Buna mukabil hakem, kararında şöyle demektedir: «Bir çok hukuk sistemler birliklerin temamen mustakil şahsiyeti bulunduğunu kabul etmekteler ise de, tatbikatta mahakim, birlik ile birliğe dahil kimseler arasında tefrik yapmaktadır." Eğer hakem, işbu meselede İngiliz teleblerini kabul etmemişse, bunun sebebi temamen başkadır ve meselenin esasına tealluk etmektedir. Âdilane olan bu kararı, İspanyol Hükûmeti unutmuş olmamalıdır; ve zaten İspanyanın akteylemiş olduğu Muahedelerin hepsinde bu yolda ahkâm mevcuddur. 25 Teşrinisani 1925 tarihinde, İspanya, Meksika Hükûmeti ile imzaladığı bir tazminat İtilafnamesi mucibince, dermeyan olunan matlubatın tetkiki için üç âzadan mürekkep bir komisyona meseleyi havale etmeyi habul eylemişti. Bu matlubatın nelerden ibaret bulunduğunu itilâfname şu suretle tayin etmiştir: «İspanyol tabiiyetinde bulunan eşhası hususiye ve hükmiye, şirket ve kumpanyaların gördükleri zararlar ile bilumum şirket, kumpanya veya birliklerde mevcud ispanyol tebaasına ait mal ve sermayeler vaki zararlara müteallik matlubat».

Bu metin muhteviyatı diğer bir çok itilâfnameler muhteviyatına müşabihtir; yukarıda bahsettiğimiz şirket, işte bu esasata dayanarak

ecnebî bir Devletin kendi tebaasının hukukunu himaye etmesini ve icabında bu yolda müdahelede bulunmasını istemiştir. 25 Teşrinisani 1925 Muahedesinin prensibini, zirde maruz Devletler beyninde münakit Muahedelerin cümlesinde bulmaktayız:

1 — Birleşik — Amerika — Meksika (8 Eylul 1923 Muahedesi, madde I)

2 — İngilere - Meksika (19 T. sani 1926 Muahedesi madde 3);

3 — İtalya — Meksika (13 K. sani 1927 Muahedesi, madde 3);

4 — Almanya — Meksika (16 Mart 1925 Muahedesi madde 4);

Bütün bu Muahedelerde, âkitler, kendi tebaalarının, Meksika tabiiyetinde bulunan şirket, kumpanya veya birliklerden mevcud hukuk ve menafiini korumak endişesiyle hareket etmişlerdir. Fransız Hükûmeti de ecnebî makamatı tarafından Fransız tebaası menafii hilâfına vaki olacak harekellere karşı tedabir almaktan fariğ kalmamıştır. Fransız ile Meksika beyninde aktedilmiş olan 25 Eylûl 1924 tarihli Muahedenin birinci maddesi, taleblerin tetkiki için üç âzadan mürekkeb bir komisyonun teşkilini derpiş etmekte, üçüncü maddesi de, işbu komisyonun selâhiyetini şu suretle tayin eylemektedir: «Komisyon, Fransız tabiiyetinde bulunan şahsı hususiye ve hükmiye, şirket, kumpanya veya birliklere iras edilmiş olan zarar ve ziyalar dolayısile vuku bulacak talebler ile Meksika tabiiyetindeki şirket, kumpanya veya birliklere dahil bulunan Fransızların gördükleri zararlara müteallik şikâyetleri tetkike selâhiyettardır». Metnin sonraki kısmında, ecnebî Hükûmetin müdahalesinin iki şarta tâlik edilmiş olması, prensibin esasını zayıflatmakta değildir. Filhakika, himayenin, ancak hakikî ve ciddî menfaatlar mevzubahs olduğu takdirde dermeyan edilebilmesi mantıkîdir. Dilğer taraftan, mevzubahs komisyona, zarar gören kimsenin şirket veya birlikten alacağı tazminatın bir kısmını terk eylemesi de prensibe halel iras edecek mahiyette değildir.

25 Teşrinisani 1925 tarihli İspanya-Meksika Muahedesi Madrid Hükûmetinin hafızasında her halde mevcud ise de, 25 Eylûl 1924 tarihli Fransa—Meksika Muahedesi de, unutulacak kadar eski olmasa gerektir. Bu muahedelerin her ikisinin de istinad ettikleri kaide, izah ettiğimiz vechile, uzun zamandanberi mevcud ve hakem kararları ile müeyyid diplomatik bir kaidedir.

Demek oluyor ki, «Societad espanola de Metales preciosas» adlı şirket eshamının ekserisine sahip bulunan Fransızların, icabettiği takdirde, Fransız Hükûmetinin müdahalesini istemeleri caizdir ve İspanya Hükûmetinin böyle bir müdahalenin Hukuku Düvel ahkâmına muhalif bulunduğu itirazını serd etmesine imkân yokdur.

Devamı var

208

No: 13

Milletler Arası Hava Nakliyatına Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında Anlaşma

(Birinci hava hususî hukuku anlaşması veya Varşova anlaşması)

Tercüme eden: Dr. H. Belbez

Almanya Devlet Reisi, Avusturya Federal Devleti Reisi, S. M. Belçıkalılar Kıralı, Brezilya Birleşik Devletleri Reisi, S. M. Bulgarlar Kıralı, Çin Cumhuriyeti Millî Hükûmeti Reisi, S. M. Danimarka ve İzlanda Kıralı, S. M. Mısır Kıralı, S. M. İspanya Kıralı, Estonya Cumhuriyeti Reisi, Finlandiya Cumhuriyeti Reisi, Fransız Cumhuriyeti Reisi, S. M. Büyük Britanya ve İrlanda ve Deniz Aşırı Britanya Ülkeleri Kıralı ve Hindistan İmparatoru, Elen Cumhuriyeti Reisi, S. A. Serenism Macaristan Kırallık Naibi, S. M. İtalya Kıralı, S. M. Japonya İmparatoru, Letonya Cumhuriyeti Reisi, S. A. Lüksemburg Büyük Dukası, Meksika Birleşik Devletleri Reisi, S. M. Norveç Kıralı, S. M. Hollanda Kıraliçesi, Polonya Cumhuriyeti Reisi, S. M. Romanya Kıralı, S. M. İsveç Kıralı, İsviçre Federal Meclisi, Çekoslovakya Cumhuriyeti Reisi, Sovyet sosyalist Cumhuriyetler Birliği Merkezî İcra Komitesi, Venezuelâ Birleşik Devletleri Reisi, S. M. Yugoslavya Kıralı,

Milletler arası hava nakliyatına dair şartlardan bu nakliyatta kullanılan nakliyat senetlerile nakliyecinin mes'uliyetine taallûk edenlerinin birleştirilmesindeki faydayı tasdik ettiklerinden,

Bu maksatla her biri kendi murahhaslarını tayin etmişler, usulü dairesinde selâhiyeti haiz bulunan bu murahhaslar da aşağıki anlaşmayı yapmış ve imzalamışlardır:

Birinci Bab

Mevzu — Tarifler

Madde 1

(1) Bu anlaşma hava nakil vasıtalarile para mukabilinde yapılan

bütün milletler arası şahıs, yolcu ağırlığı veya mal nakliyatına tatbik olunur Bu anlaşma, parasız olmakla beraber hava seyri sefer teşebbüsleri tarafından hava nakil vasıtalarile yapılan nakliyata da tatbik olunur.

(2) Bu anlaşmanın anladığı mânâda «milletler arası nakliyat» dan maksad, tarafların yapmış oldukları mukaveleye göre hareket yerile varma yeri, nakliyatın inkitaa uğrayıp uğramadığına veya aktarma yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın, Yüksek Âkit Taraflardan ikisinin ülkesinde bulunan, Yüksek Âkit Taraflardan yalnız birisinin ülkesinde bulunmakla beraber diğer bir Yüksek Âkit Tarafın veya Âkit olmayan bir Devletin hâkimiyeti, hükümranlığı, milletler arası vesayeti (mandası) veya otoritesi altında bulunan bir ülkede bir tavakkuf derpiş edilmiş bulunan her nakliyatdır. Böyle bir tavakkuf bahis mevzuu olmaksızın Yüksek Âkit Taraflardan yalnız birinin hâkimiyeti, hükümranlığı, milletler arası vesayeti (mandası) veya otoritesi altında bulunan ülkeler arasında yapılan nakliyat bu anlaşmanın anladığı manada milletler arası nakliyat sayılmaz.

(3) Bir birini takip eden birden çok hava nakliyecisi tarafından yapılacak olan bir nakliyat, taraflarca bir tek ameliye sayılacağı kararlaştırılmış olmak şartile, bu anlaşmanın tatbiki bakımından bir tek nakliyat addolunur; nakil mukavelesinin bir tek mukavele veya bir sıra mukaveleler şeklinde yapılmış olması bu hususta hiç bir değişiklik yapmaz. Mukavelelerden birinin veya bir sıra mukavelenin münhasıran ayni Yüksek Âkit tarafın hâkimiyeti, hükümranlığı, milletler arası vesayeti (mandası) veya otoritesi altında bulunan arazisinde icrası lâzım gelmekle, böyle bir mukavele milletler arası mukavele olmak vasfını kayıp etmiş olmaz.

Madde 2

(1) 1 inci madde şartları mevcud olursa bu anlaşma Devlet veya diğer bir âmme hukuku hükmî şahsı tarafından yapılan nakliyata da tatbik olunur.

(2) Milletler arası Posta anlaşmalarına tâbi olarak yapılan nakliyata bu anlaşma tatbik olunmaz.

II inci Bab

Nakliye senetleri

Birinci Fasıl

Yolcu Bileti

Madde 3

(1) Yolcu nakliyatında nakliyeci bir yolcu bileti tanzim etmeğe mecburdur. Bu bilet aşağıki hususları ihtiva eder:

a) Tanzim olunduğu yer ve tarih;
b) Hareket yerile varma yeri;
c) Mukarrer ise tavakkuflar; şukadar ki nakliyeci mecburiyet halinde bunları değiştirebileceğini ve bu yüzden nakliyatın milletler arası nakliyat olmak vasfını kayıp etmiyeceğini mukavele edebilir;
d) Nakliyecinin veya nakliyecilerin adı ve adresleri;
e) Nakliyatın bu anlaşmanın mes'uliyet rejimine tâbi olduğuna dair kayıt.

(2) Yolcu biletinin mevcud olmaması, kayıp olması veya usulüne uygun bulunmaması nakil mukavelesinin mevcudiyetine ve mer'iyetine dokunmaz; mukavele bu hallerde dahi bu anlaşma hükümlerine tâbi olur. Fakat nakliyeci yolcuyu bilet tanzim edilmiş olmaksızın kabul ederse, bu anlaşmanın mes'uliyetini kaldıran veya daraltan hükümlerinden istifade edemez.

2 inci Fasıl

Yolcu Ağırlığı Puslası

Madde 4

(1) Yolcu ağırlığı nakliyatında nakliyeci yolcunun şahsî istimaline yarayan ve kendi tarafından muhafaza olunan küçük eşyadan başkası için bir yolcu ağırlığı puslası tanzim etmeğe mecburdur.

(2) Yolcu ağırlığı puslası iki nusha olarak tanzim olunur; bunlardan birisi yolcuya ötekisi de nakliyeciye aittir.

(3) Yolcu ağırlığı puslası aşağıki hususları ihtiva eder:

a) Tanzim olunduğu yer ve tarih;
b) Hareket yerile varma yeri;
c) Nakliyecinin veya nakliyecilerin adı ve adresleri;
d) Yolcu biletinin numarası;
e) Ağırlığın yolcu biletinin hamiline teslim olunacağına dair kayıt;
f) Yolcu ağırlığı parçalarının sayısı ve tartısı;
g) 22 inci maddenin 2 inci fıkrasına tevfikan beyan olunan kıymetin tutarı;
h) Nakliyatın bu anlaşmanın mes'uliyet rejimine tâbi olduğuna dair kayıt.

(4) Yolcu ağırlığı puslasının mevcut olmaması, kaybolması veya usulüne uygun olmaması nakil mukavelesinin mevcudiyetine ve

mer'iyetine dokunmaz; mukavele bu hallerde dahi bu anlaşma hükümlerine tâbi olur. Fakat nakliyeci yolcu ağırlığı puslası tanzim etmeksizin yolcu ağırlığı kabul eder veya yolcu ağırlığı puslası d), f), h) bentlerinde yazılı hususları ihtiva etmezse, bu anlaşmanın, mes'uliyetini kaldıran veya daraltan hükümlerinden istifade edemez.

3 üncü Fasıl

Yük senedi

Madde 5

(1) Mal nakliyatında nakliyeci Gönderenden «yük senedi» denilen bir nakliye senedinin tanzim ve teslimini ve Gönderen de nakliyeciden bu senedin kabulünü isteyebilir.

(2) Yük senedinin mevcud olmaması, kaybolması veya usulüne uygun bulunmaması nakil mukavelesinin mevcudiyetine ve mer'iyetine dokunmaz; mukavele bu hallerde dahi bu anlaşma hükümlerine tâbi olur; şukadar ki 9 uncu madde hükmü mahfuzdur.

Madde 6

(1) Yük senedi Gönderen tarafından üç nüsha olarak tanzim ve mal ile birlikte teslim olunur.

(2) Birinci nüsha «nakliyeci için» ibaresini taşır ve Gönderen tarafından imzalanır. İkinci nüsha «Gönderilen için» ibaresini taşır ve Gönderen ile nakliyeci tarafından imza olunur ve mal ile birlikde gider. Üçüncü nüsha nakliyeci tarafından imzalanır ve malın kabulünden sonra Gönderene verilir.

(3) Nakliyecinin imzasının mal kabul olunur olunmaz atılması lâzımdır.

(4) Nakliyecinin imzası yerine bir damga kullanılabilir, Gönderenin imzası matbu olabileceği gibi yerine bir damga da kullanılabilir.

(5) Yük senedi, Gönderenin talebi üzerine, nakliyeci tarafından tanzim olunduğu takdirde hilâfı sabit oluncaya kadar nakliyecinin Gönderenin vekili sıfatile hareket etmiş olduğu kabul olunur.

Madde 7

Gönderilecek parçaların birden çok olması halinde, nakliyeci, Gönderenden birden çok yük senedi tanzim etmesini isteyebilir.

Madde 8

Yük senedi aşağıdaki hususları ihtiva eder:

a) Tanzim olunduğu yer ve tarih;

b) Hareket yeri ile varma yeri;

c) Mukarrer ise tavakkuflar; şu kadar ki nakliyeci mecburiyet halinde bunları değiştirebileceğini ve bu yüzden nakliyatın milletler arası nakliyat olmak vasfını kaybetmeyeceğini mukavele edebilir.

d) Gönderenin adı ve adresi;

e) Birinci nakliyecinin adı ve adresi;

f) Varsa, Gönderilenin adı ve adresi;

g) Malın cinsi ve nev'i;

h) Mal parçalarının sayısı, ambalaj tarzı ve hususî işaret ve numaraları;

i) Malın tartı, miktar, hacim veya ölçüsü;

j) Malın ve ambalajın dışdan görünür hali;

k) Mukarrer ise nakliye ücreti ile nasıl, nerede ve kimin tarafından ödeneceği;

l) Ödeme şartile göndermelerde: Malın fiatı ve icabında ödeme şartile gönderme masraflarının tutarı;

m) 22 inci maddenin 2 inci fıkrasına göre beyan olunan kıymetin tutarı;

n) Yük senedi nüshalarının sayısı;

o) Yük senedine bağlı olarak nakliyeciye teslim olunan vesikaların bir listesi;

p) Mukarrer ise nakil müddeti ve takip olunacak yolun kısaca tasviri (... yolu ile ...);

q) Nakliyatın bu anlaşmanın mes'uliyet rejimine tâbi olduğuna dair kayıt.

Madde 9

Nakliyeci malı bir yük senedi tanzim edilmiş olmaksızın kabul etmiş bulunur veya yük senedi 8 inci maddenin a) dan i) ye kadar olan bendlerile q) bendinde yazılı olan hususların hepsini ih-

213

tiva etmezse, nakliyeci bu anlaşmanın, mes'uliyetini kaldıran veya daraltan hükümlerinden istifade edemez.

Madde 10

(1) Gönderen, mal hakkında yük senedine yazdırmış olduğu beyanlarının doğruluğundan mes'uldur.

(2) Gönderen bu beyanların doğru veya vazıh olmaması yahut eksik olması yüzünden nakliyecinin veya üçüncü bir şahsın uğrayacağı bütün zararlardan mes'uldur.

Madde 11

(1) Yük senedi, hilâfı sabit oluncaya kadar mukavelenin yapıldığına, malın teslim alındığına ve nakil şartlarına delil teşkil eder.

(2) Yük senedinde malın tartısı, ölçüsü ve ambalajı ile mal parçalarının sayısı hakkındaki kayıtlar, hilâfı sabit oluncaya kadar doğru addolunurlar. Malın miktarı, hacmi ve bulunduğu hal hakkındaki kayıtlar ancak Gönderenin huzurunda nakliyeci tarafından tetkik ve keyfiyet yük senedi üzerinde tesbit edilmiş olmak veya malın dışdan görünür haline teallûk etmek şartile, hilâfı sabit oluncaya kadar nakliyeciye karşı delil teşkil eder.

Madde 12

(1) Gönderen nakil mukavelesinden doğan bütün mükellefiyetleri yerine getirmek şartile, malı hareket veya varma limanlarında geri almak, yolda bir tavakkuf sırasında alıkomak, varma yerinde veya yolda yük senedinde yazılı olan Gönderilenden başka bir şahsa teslim ettirmek veya hareket limanına geri getirtmek suretile mal üzerinde tasarruf etmek hakkını haizdir. Bu hak ancak nakliyeci veya öteki Gönderilenler mutazarrır olmayacak şekilde kullanılabilir. Gönderen bu hakkın kullanılmasından doğacak masrafları ödemeğe mecburdur.

(2) Gönderen tarafından verilen talimatın ifası mümkün olmazsa nakliyeci kendisini hemen haberdar etmeğe mecburdur.

(3) Nakliyeci yük senedinin Gönderene verilen nüshasının ibrazını istemeksizin Gönderenin talimatına uyarsa, bu yüzden doğacak zararlardan yük senedinin hakkı müsbit zilyedine karşı mes'ul olur; Gönderene rücu hakkı mahfuzdur.

(4) Gönderenin tasarruf hakkı, 13 üncü maddeye göre Gönderilenin hakkının doğduğu ândan itibaren düşer. Gönderilen yük senedini veya malı kabulden imtina eder veya nerede bulunduğu bilinemezse, bu hak yeniden canlanır.

Madde 13

(1) 12 inci maddedeki haller müstesna, Gönderilen, malın varma yerine varmasından itibaren, borçlu olduğu meblâğları ödemek ve yük senedinde yazılı nakliye şartlarını yerine getirmek suretile nakliyeciden yük senedinin ve malın kendisine teslimini istemek hakkını haiz olur.

(2) Hilâfı şart kılınmış olmadıkça nakliyeci malın geldiğini Gönderilene derhal bildirmeğe mecburdur.

(3) Malın zayi olduğu nakliyeci tarafından kabul edilmiş veya mal gelmesi lâzım gelen günden itibaren yedi gün geçmesine rağmen yine gelmemiş olursa, Gönderilen nakil mukavelesinden doğan hakları nakliyeciye karşı ileri sürmek hakkını elde eder.

Madde 14

Gönderen ve Gönderilen, ister kendi hesaplarına ister başkası hesabına iş görsünler, nakil mukavelesinden çıkan mükellefiyetleri ifa ettikleri takdirde 12 inci ve 13 üncü maddeler mucibince haiz oldukları hakları kendi namlarına ileri sürebilirler.

Madde 15

(1) 12 inci, 13 üncü ve 14 üncü maddelerin hükümleri Gönderen ile Gönderilen arasındaki münasebetlerle hakları Gönderen veya Gönderilen den neş'et eden üçüncü şahısların münasebetlerine halel vermez.

(2) 12 inci, 13 üncü ve 14 üncü maddelerin hükümlerine aykırı olan her hangi bir şartın yük senedine yazılması mecburidir.

Madde 16

(1) Gönderen malın Gönderilene teslîminden önce gümrük, vergi ve zabıta nizamlarının yerine getirilmesi için lüzûmlu olan her türlü malûmatı vermeğe ve bu maksad için lüzûmlu bütün vesikaları yük senedine eklemeğe mecburdur. Gönderen bu malûmat ve vesikaların mevcud veya kâfi olmaması veya yanlış olması yüzünden doğan bütün zararlardan nakliyeciye karşı mes'uldur; meğerki nakliyeciye veya adamlarına bir kusurun isnadı kabil olsun.

(2) Nakliyeci bu malûmat ve vesikaların doğru ve tamam olup olmadıklarını araştırmakla mükellef değildir.

III üncü Bab

Nakliyecinin mes'uliyeti

Madde 17

Zarara sebebiyet veren kaza, hava nakilvasıtasında veya biniş veya

iniş esnasında vukua geldiği takdirde, nakliyeci bir yolcunun ölmesi, yaralanması veya sıhhatının başka suretle bozulması yüzünden vukua gelen zarardan mes'uldur.

Madde 18

(1) Zarara sebebiyet veren hadise hava nakliyatı esnasında vukua geldiği takdirde, nakliyeci puslaya bağlı yolcu ağırlığının veya malların harap olması, ziyaı veya hasarı suretile vukua gelen zarardan mes'uldur.

(2) Bu faslın anladığı manada «hava nakliyatı» tâbiri yolcu ağırlığının veya malların bir hava limanında, bir hava nakil vasıtasında yahut bir hava limanı dışına inilmesi halinde, her hangi bir yerde nakliye cinin muhafaza ve nezareti altında bulundukları müddeti içine alır.

(3) Bir hava limanı dışında olmak üzere karada, denizde veya iç sularda yapılan nakliyat hava nakliyatı müddetine girmez. Bununla beraber hava nakil mukavelesinin icrası sırasında yükleme, teslim veya aktarma maksadiyle böyle bir nakliyat yapılırsa, hilâfı sabit oluncaya kadar, zarara, hava nakliyatı esnasında vukua gelen bir hadisenin sebebiyet vermiş olduğu farzolunur.

Madde 19

Nakliyeci hava nakliyatında yolcuların, yolcu ağırlığının veya malların gecikmesi yüzünden çıkan zarardan mes'uldur.

Madde 20

(1) Nakliyeci kendisinin ve adamlarının zarara mani olmak için icabeden bütün tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri almalarına imkân bulunmadığını isbat ederse, mes'uliyetten kurtulur.

(2) Mal ve yolcu ağırlığı nakliyatında nakliyeci zararın hava nakil vasıtasının hatalı sevk ve idaresinden veya bir seyri sefer hatasından ileri geldiğini ve bunun dışında kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için icabeden bütün tedbirleri aldıklarını isbat ederse, mes'ul olmaz.

Madde 21

Nakliyeci mutazarrırın kendi kusurunun zararın vukuuna sebebiyet verdiğini veya onun vukuunu kolaylaştırdığını isbat ederse, mahkeme kendi millî kanunlarına göre nakliyecinin mes'uliyetini kaldırabilir veya azaltabilir.

Madde 22

(1) Şahıs nakliyatında nakliyeci yolcu başına 125,000 franklık bir

meblâğa kadar mes'ul olur. Müracaat olunan mahkemenin millî kanunlarına göre irat şeklinde tazminata hükmolunabilirse, irada esas tutulan ana para kıymeti bu meblâğı aşamaz. Bununla beraber yolcu, nakliyeci ile yapacağı hususî bir mukavele ile daha yüksek bir mes'uliyet haddi tesbit edebilir.

(2) Yolcu ağırlığı veya mal nakliyatında nakliyeci kiloğram başına yalnız 250 franklık bir meblâğa kadar mes'ul olur. Gönderenin, parçaların teslimi sırasında onlardaki men'faatını hususî surette bildirmesi ve icabında mukarrer ücreti de ödemesi halinde bu tahdidat cari olmaz. Bu son halde nakliyeci bildirilen meblâğın Gönderenin teslim olunan mal veya yolcu ağırlığındaki hakikî men'faatından fazla olduğunu isbat etmezse, beyan olunan meblâğa kadar tazminat vermeğe mecburdur.

(3) Nakliyecinin, yolcunun kendi yanında muhafaza ettiği eşyadan dolayı mes'uliyeti her yolcuya karşı âzamî 5000 frank olarak tahdit edilmiştir.

(4) Yukarıda yazılı meblâğlar 900/1000 ayarında 65,5 miligram altun kıymetinde Fransız frankı olarak ifade edilmiştir. Bu meblâğların her memleket parasına göre yuvarlak bir meblâğa tahvili caizdir.

Madde 23

Nakliye mukavelesinde nakliyecinin mes'uliyetini temamen veya kısmen kaldırmağa yahut bu anlaşmada tesbit olunan mes'uliyet hadlerini indirmeğe matuf olan her şart hükümsüzdür; böyle bir şartın hükümsüzlüğü nakil mukavelesinin de hükümsüzlüğünü intaç etmez; nakil mukavelesi bu anlaşma hükümlerine bağlı kalır.

Madde 24

(1) 18 inci ve 19 uncu maddelerdeki hallerde mes'uliyetten doğan bütün davalar hangi hukukî sebebe istinad ederlerse etsinler, ancak bu anlaşmada göz önünde tutulan şartlar ve kayıtlar altında ileri sürülebilirler.

(2) 1 inci fıkra hükmü 17 inci maddedeki hallerde de tatbik olunur; kimlerin dava edebileceği ve ne gibi hakları haiz olabilecekleri mes'elesine bu hükümle halel gelmiş olmaz.

Madde 25

(1) Nakliyeci zarara kasdı veya müracaat olunan mahkemenin kanunlarına göre kasda muadil sayılan ihmal ve teseyyübü neticesi sebebiyet vermiş olursa, bu anlaşmanın, mes'uliyetini kaldıran veya daraltan hükümlerinden istifade edemez.

(2) Zararın, aynı şartlar altında nakliyecinin adamlarından biri tarafından vazifesini ifa sırasında vukua gelmiş olması halinde aynı hüküm cari olur.

Madde 26

(1) Yolcu ağırlığının veya malların gönderilen tarafından itirazsız kabulü, hilâfı sabit oluncaya kadar onların iyi bir halde ve yük senedine uygun olarak teslim edildiklerine karine teşkil eder.

(2) Bir hasar vukuunda, Gönderilenin, zarar meydana çıkar çıkmaz ve her halde kabulden itibaren, yolcu ağırlığında en geç üç gün, mallarda en geç yedi gün içinde nakliyeciye itirazda bulunması lâzımdır. Gecikme halinde itirazın, yolcu ağırlığının veya malın Gönderilenin emrine âmade tutulduğu günden itibaren en geç ondört gün içinde yapılması lâzımdır.

(3) Her itirazın yük senedine yazılması veya her hangi bir şekilde yazı ile yapılması ve o itiraz için muayyen müddet içinde gönderilmiş bulunması lazımdır.

4) İtiraz müddeti geçtiği takdirde nakliyeciye karşı artık hiç bir dava açılamaz; meğerki nakliyeci hile kullanmış olsun.

Madde 27

Borçlu öldüğü takdirde tazminat davası, bu anlaşma hükümleri dairesinde, ona hukuken halef olanlara karşı ikame olunabilir.

Madde 28

(1) Tazminat davasının, davacının ihtiyarına göre, ya nakliyecinin ikâmetgâhının bulunduğu yer veya işletme merkezinin yahut şubelerinden mukaveleyi yapmış olanın bulunduğu yer mahkemesinde yahut varma yeri mahkemesinde olmak üzere Yüksek Âkit Taraflardan birinin ülkesi içinde açılması mecburidir.

(2) Muhakeme usulü müracaat olunan mahkemenin kanunlarına tâbidir.

Madde 29

(1) Tazminat davasının iki senelik bir müddet içinde açılması mecburidir. Aksi takdirde dava hakkı düşer. Bu müddet hava nakil vasıtasının varma yerine vardığı veya varması lâzım geldiği yahut nakliyatın durdurulduğu günden başlar.

(2) Müddet müracaat olunan mahkemenin kanunlarına göre hesap olunur.

Madde 30

(1) Nakliyatın bir birini takip eden birden çok nakliyeciler ta-

rafından yapılması halinde (1 inci maddenin 3 üncü fıkrası) yolcu. yolcu ağırlığı veya mal kabul eden nakliyecilerden her biri bu anlaşma kükümlerine tâbi olur ve nakliyatın kendi nezareti altında geçen kısmı hususunda, nakil mukavelesinin taraflarından biri sayılır.

(2) Böyle bir yolcu nakliyatında yolcu veya dava hakkını haiz olan diğer şahıslar ancak kaza veya geçikmenin vukua geldiği ânda nakletmekte olan nakliyeciyi dava edebilirler; meğerki birinci nakliyeci hususî bir şartla bütün yolculuk için mes'uliyeti üzerine almış bulunsun.

(3) Yolcu ağırlığı veya mal nakliyatında Gönderen birinci nakliyeciyi, teslimi istemek hakkını haiz olan gönderilen sonuncu nakliyeciyi ve bunlardan her biri de tahribatın, ziyaın veya hasarın yahut geçikmenin vukua geldiği ânda nakletmekte olan nakliyeciyi dava edebilirler. Bu nakliyeciler gönderenle gönderilene karşı müteselsilen mes'uldurler.

IV üncü Bab

Muhtelit Nakliyat Hakkında Hükümler

Madde 31

(1) Kısmen hava nakil vasıtaları kısmen başka nakil vasıtalarile yapılan muhtelit nakliyatta bu anlaşma hükümleri, 1 inci madde şartlarına uyması şartile, yalınız hava nakliyatına tatbik olunur.

(2) Muhtelit nakliyatta, hava nakliyatı hususunda bu anlaşma hükümlerine riayet edilmek şartile, bu anlaşmanın hiç bir hükmü, tarafları başka vasıtalarla yapılan nakliyat için yük senedine hükümler koymaktan men'edemez.

V inci Bab

Umumî ve Son Hükümler

Madde 32

Tarafların, tatbik olunacak kanunu tayin veya salâhiyete müteallik hükümleri tadil suretile bu anlaşmaya aykırı kaideler tesbit etmek üzere nakil mukavelesine koyacakları hükümlerle kaza meydana gelmeden önce kararlaştıracakları bütün hususî şartlar batıldır. Şu kadar ki hakemlik 28 inci maddenin 1 inci fıkrasında yazılı mahkemelerden birinin kaza çevresi içinde yapılmak şartile, mal nakliyatında bu anlaşma dairesinde hakem şartları muteberdir.

219

Madde 33

Bu anlaşmanın hiç bir hükmü nakliyecinin bir nakil mukavelesi yapmaktan imtina veya bu anlaşma hükümlerine aykırı olmayan mükavele şartları tesbit etmesine mani değildir.

Madde 34

Bu anlaşma hava seyrisefer teşebbüsü tarafından, muntazaman işleyecek hava hatları tesis etmek üzere ilk tecrübe olarak yapılan milletlerarası hava nakliyatına ve feykalâde hallerde mutad hava seyri seferi çerçivesi dışında yapılan nakliyata tatbik olunmaz.

Madne 35

Bu anlaşmanın anladığı manada «gün» tâbiri bayram ve tatil günlerine de şamildir.

Madde 36

Polonya Hariciye Nezareti arşivlerinde muhafaza edilecek olan bu anlaşma yalnız bir nüsha halinde Fransızca olarak yazılmıştır. Polonya Hükûmeti Yüksek Âkit Tarafından her birinin Hükûmetine tasdikli bir suretini takdim edecektir.

Madde 37

(1) Bu anlaşma tasdik olunacaktır. Tasdiknameler Polonya Hariciye Nezareti arşivine tevdi olunacak ve Polonya Hariciye Nezareti tevdi keyfiyetini Yüksek Âkit Taraflardan her birinin Hükûmetine bildiricektir.

(2) Bu anlaşma Yüksek Âkit Taraflardan beşi tarafından tasdik edilip beşinci tasdiknamenin tevdiinden doksan gün sonra onu tasdik etmiş olanlar arasında mer'iyete girecektir. Bu ândan sonra anlaşma onu tasdik etmiş bulunan Yüksek Âkit Taraflarla tasdiknamesini tevdi eden Yüksek Âkit Taraf arasında, bu tevdiden doksan gün sonra mer'iyete girecektir.

(3) Polonya Cümhuriyeti Hükûmeti bu anlaşmanın mer'iyete girdiği tarihle her tasdiknamenin tevdi olunduğu tarihi Yüksek Âkit Taraflardan her birinin Hükûmetine bildirecektir.

Madde 38

(1) Bu anlaşma mer'iyete girdikten sonra bütün Devletlerin iltihakına açık bulunacaktır.

2) İltihak Polonya Cümhuriyeti Hükûmetine tebligatta bulunmak

220

suretile olur; Polonya Cümhuriyeti Hükûmeti Yüksek Âkit Taraflardan her birinin hükûmetini keyfiyetten haberdar eder.

(3) İltihak Polonya Cümhuriyeti Hükûmetine yapılan tebligattan doksan gün sonra hüküm ifade eder.

Madde 39

(1) Yüksek Âkit Taraflardan her biri Polonya Cümhuriyeti Hükûmetine yazı ile ihbarda bulunmak suretile bu anlaşmayı feshedebilir; Polonya Cümhuriyeti Hükûmeti Yüksek Âkit Taraflardan her birinin Hükûmetini keyfiyetten haberdar eyler.

(2) Bu fesih ihbar olunduğu tarihden altı ay sonra ve ancak ihbar eden Âkit Taraf hakkında hüküm ifade eder.

Madde 40

(1) Yüksek Âkit Taraflardan her biri imza, tasdikdamelerin tevdii veya iltihakları esnasında bu anlaşmanın kabulü keyfiyetinin müstemekelerinin, himayeleri veya milletlerarası vesayetleri (mandaları) altındaki ülkelerin yahut hâkimiyetleri, otoriteleri veya hükümranlıkları altında bulunan sair herhangi ülkenin tamamına veya herhangi bir kısmına şümulü olmayacağını beyan edebilirler.

(2) Yüksek Âkit Taraflardan her biri ilk beyanlarında istisna etmiş oldukları müstemlekelerinin, himayeleri veya miletlerarası vesayetleri (mandaları) altındaki ülkelerin yahut hâkimiyetleri, otoriteleri veya hükümranlıkları altında bulunan sair herhangi ülkenin tamamı veya herhangi kısmı adına iltihak ettiklerini sonradan ayrı olarak bildirebilirler.

(3) Yüksek Âkit Taraflardan herbiri kezalik bu anlaşmayı, hükümlerine riayet etmek şartile, müstemlekelerinin, himayeleri veya milletlerarası vesayetleri (mandaları) altındaki ülkelerin yahut hâkimiyetleri, otoriteleri veya hükümranlıkları altında bulunan herhangi bir ülkenin tamamı veya herhangi bir kısmı için ayrı olarak fesih edebilirler.

Madde 41

Yüksek Âkit Taraflardan herbiri bu anlaşmanın mer'iyete girmesinden itibaren en erken iki sene sonra, lüzumunda anlaşmada islâhat yapılmasını temin etmek maksadile yeni bir milletlerarası konferansının toplanması için teşebbüs edebiler. O Âkit Tarafın bu maksatla Fransa Cümhuriyeti Hükûmetine müracaat etmesi lâzımdır. Fransa Cümhuriyeti Hükûmeti böyle bir konferansı hazırlamak için iktiza eden tedbirleri alacakdır.

221

12 Birinci Teşrin 1929 da Varşova'da yapılmış olan bu anlaşma 31. İkinci Kânun 1930 senesine kadar imzaya açık bulundurulacaktır.

Almanya adına:

R. Richter
Dr. A. Wegerdt
Dr. E. Albrecht
Dr. Otto Riese

Avusturya adına:

Strobele
Reinoehl

Brezilya adına:

Alcibiades Peçanho

Danimarka adına:

L. Ingerslev
Knud Gregersen

Fransa adına;

Pierre Etienne Flandin
Georges Ripert

Büyük Britanya ve Şimalî İrlanda adına:

A. H. Dennis
Orme Clarke
R. L. Megarry

Avustralya adına;

A. H. Dennis
Orme Clarke
R. L. Megarry

Cenubî Afrika Birliği adına:

A. H. Dennis
Orme Clarke
R. L. Megarry

İtalya adına:

A. Giannini

Luksemburg adına:

E. Arendt

Polonya adına:

August Zaleski
Alfons Kühn

İsviçre adına:

Edm. Pittard
Dr. F. Hess

Yugoslavya adına:

Ivo de Giulli

Munzam Protokol

2 inci Madde Hakkında

Yüksek Âkit Taraflar tasdik veya iltihak sırasında bu anlaşmanın 2 inci maddesinin 1 inci fıkrasının, doğrudan doğruya Devlet, müstemlekeleri, himayeleri veya milletler arası vesayetleri (mandaları) altında bulunan ülkeler yahut hâkimiyetleri, otoriteleri veya hükümranlıkları altında bulunan diğer bütün ülkeler tarafından yapılan milletler arası nakliyata tatbik olunmayacağını beyan etmek hakkını mahfuz tutarlar.

(Ayni İmzalar)

Hava Hususî Hukukunun Birleştirilmesine Dair Birinci Anlaşmanın Tatbiki Hakkında 15 Birinci Kânun 1933 Tarihli Alman Kanunu

Almanya Devleti Hükûmeti hava hususî hukukunun birleşmesine dair olan birinci anlaşmanın (RGBL. II. S. 1039) tatbiki hakkında aşağıda neşrolunan kanunu karar altına alınmıştır.

Madde 1

(1) Yolcuların ölümü, yaralanması veya sıhhatlarının bozulması yüzünden kimlerin tazminat istemeğe hakları olacağı, verilecek tazminatın mahiyeti ve bunun nasıl ödeneceği hava hususî hukukunun birleştirilmesine dair birinci anlaşmanın 17 inci maddesindeki hallerde hava seyri sefer kanununun 21, 22 ve 24 üncü maddelerine, anlaşmanın 25 inci maddesindeki hallerde de Medenî kanun hükümlerine göre tayin olunur.

(2) Anlaşmanın 17 inci maddesine göre tazminat verilmesi halinde bir yolcunun ölümü, yaralanması veya sıhhatının bozulması yüzünden bir çok kimselere verilecek tazminat mecmuu anlaşmanın 22 inci maddesinde tesbit olunan azamî meblâğı aşarsa, tazminatın her biri, mecmu tazminatın azamî meblâğa olan nisbeti dairesinde indirilir.

Madde 2

Anlaşmanın 22 inci maddesinde Fransız parası olarak tesbit olunan azamî meblâğlar yerine Alman parası ile ifade olunan muadil meblâğlar geçecektir. Hesap sırasında 100 Fransız frankı 16 Alman markı ile kıymetlendirilecektir.

Adl ye Nazırı bu hesabın tahvili için başka bir kıymet de emredebilir.

Berlin, 15 İkinci Kânun 1933.

Führer
Adolf Hitler
Adliye Nazırı
Dr. Gürtner
Havacılık Nazırı
Göring

Mucip sebepler

Hava hususî hukukunun birleşdirilmesine dair olan birinci anlaşma (RGBL. II. S. 1039) Âkit Devletlerin ülkeleri arasında yapılacak hava seyri seferinde nakliye senetleri ve nakliyecinin mes'uliyetine dair birleşik kaideleri ihtiva ediyor. Bu kaidelerin Âkit olmayan Devletlerle sırf Almanya içinde yapılacak hava seyri seferlerine de teşmili hukuk birliğini temin bakımından arzuya değer. Ancak, şimdilik, yeni kaidelerden tatbikatta elde olunacak neticeleri beklemek faydalı olacakdır. Bu itibarla mevcut lâyihada birleşik kaidelerin mer'iyet sahasını genişletmekten sarfı nazar edilmiştir. Lâhıya anlaşmanın, 1 inci madıdesinde gösterilen tatbik sahası içinde tatbiki için lüzûmlu olan hükümlerle iktifa etmiştir.

1 inci madde

Anlaşma bir yolcunun ölmesi, yaralanması veya sıhhatının bozulması hallerinde tazminat istemek hakkını kimlerin haiz olacağı, ne gibi zararların tazmin olunacağı ve tazminatın ne dereceye kadar irat şeklinde ödenebileceği mes'elelerini açık bırakmıştır. Bu mes'eleler her devletin kendi kanunlarına göre hallolunacaktır. Alman hukukuna göre bir hava nakil vasıtasını idare ve tasarrufunda bulunduran kimse bir şahsın uğrayacağı zararlardan dolayı kaideten yalnız hava seyri sefer kanununun 21, 22 ve 24 üncü maddeleri dairesinde tazminat vermekle mükelleftir. Fazla olarak eğer bir haksız fiil unsurları mevcud olursa, icabında manevî tazminat ve çalışılamayan günler için de tazminat istenebilir (hava seyri sefer kanunu madde 28 ve Medenî kanun madde 845, 847). Bundan başka Medenî kanun hükümlerine göre nakil mukavelesinden daha geniş bir mes'uliyet de doğabilir. Lâvıha 1 inci maddenin 1 inci fıkrasında nakliyecinin mes'uliyeti için buna benzer bir hal tarzı göz önünde tutmuştur. Buna göre adı geçen mes'eleler hakkında anlaşmanın 17 inci maddesindeki hallerde hava seyri sefer kanununun 21, 22 ve 24 üncü maddeleri ve yalnız kasd veya kasda muadil bir kusurun mevcudiyeti halinde Medenî kanunun daha ileri giden hükümleri esas olacaktır. Kusur neticesi zarara sebebiyet verilen bütün hallere bu gniş mes'uliyeti teşmil etmek, yalnız 25 inci madde şartlarının mevcudiyeti halinde mes'uliyeti arttırmağı isteyen anlaşmanın ruhuna aykırı düşerdi.

2 inci fıkra, hava seyri sefer kanunnnun 23 üncü maddesinin 2 inci fıkrası gibi, 17 inci maddedeki hallerde bir yolcunun ölmesi, yaralanması veya sıhhatının bozulması yüzünden bir çok kimselerin

tazminata müstehak olmaları halinde dahi 22 inci maddede göz önünde tutulan azamî mes'uliyet haddinin aşılmamasını temin etmekdedir.

2 inci madde

Anlaşmanın 22 inci maddesinin 4 üncü fıkrasındaki ihtirazî kayda dayanarak, 22 inci maddede Fransız parası olarak göz önünde tutulan azamî meblâğlar yerine Alman parası ile ifade olunan meblâğlar koymaktadır. Meblâğların tahvili sırasında 100 Fransız frankı 16 Alman markı sayılacakdır.

Para kıymetlerinde görülecek ehemmiyetli değişiklikleri karşılayabilmek üzere 2 inci fıkrada Adliye Nazırına, tahvil için başka bir kıymet emretmek selâhiyeti verilmiştir.

225

No: 14

Meslek Sigortası

Ankara sulh hâkimlerinden Akil Önder

Avukatlık mesleğinin garp memleketlerinde olduğu gibi bizde kökleşmiş bir ananesi, cızip bir mazisi yoktur. Eski hukukcularımız nedense bu mesleğe pek rağbet göstermemişlerdir. Bir bakımdan da hakları yok değildi. Çünki meslek hakikî bir inzibat altına alınmamış ve istikbali temin edilmemişti. Hukukcularımız daha ziyade ihtiyarlık zemanlarında kendilerine muayyen bir gelir olacak tekaüt maaşına bel bağlayarak memuriyet hayatını tercih ediyorlardı. Bu yüzden meslek kan itibarile Türk olmayan vatandaşlar elinde kaldığından bunlar da hak ve adâletin yardımcısı olmaktan ziyade menfaat kayğusile hareket ettiklerinden avukatlık mesleği bir nevi «tezvir» derecesine düşmüşdü. Hatta bu yüzden anadolunun oldukça münevver şehirlerinde bile mahkemelere işleri düşen kimseler, vekil tutmak istedikleri zeman «tezvir» tutacağını söyleyerek muhakemesinin başka bir güne bırakılmasını isteyorlardı. Kan bakımından Türk olmayan avukatlar menfaat endişesile hareket ederek adâletin tecellisine değil hakkın ziyaına uğraştıklarından meslek hakkında halk üzerinde bu menfi tesiri bırakmışlardı. Halka göre bir işin çıkmaması veya bir hakkın ziyaı istendiği zeman işi avukata tevdi etmek lazımdı. Gerçi mesleği oldukça disiplin altına alacak bazı kanunlar çıkmamış değildi. Fakat bunların hiç birisi 3499 sayılı avukatlık kanunu kadar mesleği inzibat altına almamış ve avukatlığı amme hizmeti kabul ederek hâkimin yardımcısı haline sokmamış ve bu mesleğin şerefini yükseltmemişti. Bu gün avukatlık mesleği bir amme hizmeti mahiyetine konmakla beraber kanun avukatların istikballerini de emniyet altına almıştır. Artık avukatlar için istikbal endişesi mevzubahis olamayacağından bu sınıfın, adâletin tam bir yardımcısı ve mesleğin asil bir hâdimi haline geleceğine şüphe yoktur.

Avukatların, ihtiyarlık malûliyet, veya sair sebeplerle çalışamıyacakları zamanlarda hayatlarını koruyacak bir menfaatın ne suretle temin edileceği ötedenberi münakaşa edilmiş ve bu hususta muhtelif fikirler yürütülmüş ve muhtelif memleketlerin bu hususdaki

mevzuatı üzerinde tetkikat yapılmıştı. Bu etütler neticesi iki fikir tebellür etmiş ve bunları ayrı ayrı benimseyenler arasında uzun münakaşalar olmuştu. Bu fikirlerden birincisini güdenler Romanya usulünün tatbikine taraftar olanlardır. Bu usule göre avukatın, mahkemeye vereceği her dâva arzuhaline muayyen meblağı havi bir pul yapıştırmağa mecbur tutulması ve bunun neticesi toplanacak paraların ihtiyarlık, malûliyet ve sair sebepler yüzünden çalışamayacak avukatlara tahsisidir. Diğer fikrin taraftarları ise ötedenberi malûm olan yardım sandığı teşkilini isteyenlerdir. Birinci fikrin taraftarları çok kuvvetli idi. Çünki bunların arzuhallere yapıştıracakları pulların tekabül ettiği para miktarı az olduğu gibi bunu ekseriya müvekkillerinden alacakları için kendilerine dokunmayacağından bu usulü cazip buluyorlardı. Bu fikir o kadar benimsenmişti ki mümessiller heyetinin içtimaında bile bir kaç def'a ileri sürülmüş ve müdafaa edilmişti. İkinci fikir, daha ziyade alışılmış ve anane haline gelmiş bir usulün bırakılmaması yüzünden taraftar bulmuştu.

Birinci usulün mahzurları görüldüğünden kabul edilmemiştir. Bu mahzurlardan biri ve belki de en mühimmi avukatın, arzuhale yapıştıracağı pulu müvekkilinden tahsil etmesi ihtimalidir. Halkın himayesi bakımından bu usul kabul edilmemiştir. İkinci usulün tatbikine gelince; gerçi bizde böyle bir çok hükmî şahsiyeti haiz yardım sandıkları tesis edilmişti. Fakat kurulacak bu yardım sandığından beklenen menfaatın temini ancak beş altı sene gibi uzun bir zamana muhtaçtır. Çünki sandığın muhtaç olduğu sermayenin temini kolay değildir. Ekisperlerin fikrince bu sermaye beş yüz bin liraya baliğ olmadıkça sandıktan faide beklemek doğru değildir. Bundan başka sandığı idare etmek için bir kadroya ve bu kadronun icabettirdiği muazzam bir masrafa ihtiyaç vardır. Öyle bir sandığın teşkilindeki faide ve mahzurlar ekisperlerin de iştirâkile toplanmış olan mümessiller meclisinin rakamlar üzerinde yaptığı tetkikatta göz önüne alınarak iyiden iyiye incelenmiş ve yardım sandığından bu gün için beklenen faidenin temin edilemeyeceği neticesine varılmıştır.

Kanun vazıı bütün bu faide ve mahzurları dikkat nazarına alarak 3499 sayılı kanunla avukatlar için meslek sigortası sistemini kabul etmiştir. İhtiyarlık ve sair sebeplerle çalışamayacak avukatlara veya öldükleri takdirde bunların ailelerine gerekli yardımı temin edecek bir sistem bu kanunun neşrine kadar bizde yer almamıştı. Bu müessese mevzuatımıza avukatlık kanunu ile dahil olmuş ve mesleği daha cazip bir şekle sokmuştur. Avukatlık kanununa göre meslek sigortası esastır. Ancak sigortacılar tarafından yapılacak tek-

227

liflerin meslek sigortasının tesisindeki maksat ve gayeye uygun düşmemesi veya bu hususta anlaşma husulüne imkân bulunmaması halinde Adliye vekâleti tarafından hükmî şahsiyeti haiz bir tekaüt veya yardım sandığı veya mümasili bir tesis vücude getirilebilecektir. Bununla beraber Adliye vekâleti muvafık şartlar elde ettiği takdirde sigorta sistemine avdet edecektir.

Mevzuatımıza göre; bir baro levhasında kayıtlı olan her avukat meslek sigortasına yazılmağa mecburdur. Baro levhasında kaytılı bulunmayan avukatlar meslekî faaliyetten hariç bulunduklarından bunların meslek sigortasına yazılmalarına mahal yoktur. 135 inci madde mucibince avukatlık ruhsatnamesini haiz olup da avukatlık yapmayan kimseler avukatlar için tesis edilmiş bulunan meslek sigortasına yazılamayacaklardır. Meslek sigortasına yazılmak, baro levhasına mukayyed her avukat için mecburî bulunduğundan yazılmayan avukatlar işten men edileceklerdir. 3499 sayılı kanun 135 inci maddesinin ikinci fıkrasında; sigortaya yazılmayan veya bir birî arkasına iki taksidi ödemeyen avukatın taksidi ödeyinceye kadar işden menedileceği yazılı ise de avukatı işten menedecek makam tasrih edilmemiştir. Gerçi avukatlık K. nun 80 inci maddesinde; baronun senelik aidatını makbul bir sebep olmaksızın vermemekte ısrar edenlerin isimlerinin, idare meclisi kararile borçlarını ödeyinceye kadar baro levhasından silineceği yazılı bulunmaktadır. Fakat idare meclisi bu salâhiyetini ancak baro aidatını vermeyenler hakkında kullanabilir. Yoksa sigortaya yazılmayanlar veya yazılıp da ücretini vermeyenler hakkında idare meclisleri mezkûr maddeye istinaden avukatın ismini baro levhasından silemezler. Kaldı ki kanun vazıı bu gibi ahvalde avukatın yalınız işden men edilebileceğini kabul etmiş bulunmaktadır. İdare meclislerinin vazife ve salâhiyetlerini gösteren 73 üncü maddenin C bendine nazaran bu meclislerin, avukatın meslekî vecibelerini ifa edip etmediğini mürakaba edeceği yazılı ise de burada idare meclisine yalınız mürakaba hakkı verilmiş olduğundan bu bende tevfikan idare meclisi meslek sigortasına yazılmayan avukatı işden menedemez. Bu gibi ahvalde avukatı işden men etmek salâhiyetini disiplin meclisine tanımak da doğru değildir. Çünkü disiplin meclici 82 inci maddedeki hallerden birinin veya bir kaçının tahakkukunda avukat hakkında ihtar, tevbih, para cezası, işden çıkarma veya meslekten çıkarma cezalarından birini verebilecektir ve 104 üncü maddedeki hallerde de işden men edebilecektir.

Avukatlık kanunu bu hususta salâhiyetli mercii açıkca göstermemişse de biz bu merciin idare meclisi olduğunu 73 üncü maddenin

228

son fıkrasındaki delâletten anlayabiliriz. Filhakika idare meclisinin vazife ve salâhiyetlerini gösteren 73 üncü maddenin son fıkrasında: İdare meclisinin, bu kanunda yazılı diğer salâhiyetleri kullanmak hakkını haiz bulunduğu yazılıdır. Meslek sigortasına yazılmayan avukatı işden men'i bir salâhiyetin istimalinden başka bir şey değildir. Vazıı kanun 135 inci maddede bu salâhiyetin hangi makam tarafından istimal edileceğini tasrih etmemiş olduğuna göre 73 üncü maddenin son fıkrasında; buradaki salâhiyetin idare meclisi tarafından kullanılacağını anlamamız lâzımdır. Esasen bizim bu görüşümüzün yerinde olduğunu Haysiyet divanı tarafından tesbit edilen meslek sigortası şartlarındanda istidlâl edebiliriz. Bu şartlardan beşincisi şudur: Tahsilât sigortacı tarafından doğrudan doğruya yapılacaktır. İki taksidi üst üste vermeyen avukatın temerrüdü mensup olduğu baro riyasetine bildirilecek malî vaz'iyeti müsait olan mütemerrit addile idare meclisince ruhsatnameleri geri alınmak üzere keyfiyet Adliye Vekâletine bildirilecek.....İlâh. Binaenaleyh meslek sigortasına yazılmayan ve bir biri ardı sıra iki taksidi ödemeyen avukatın, mensup bulunduğu baro idare meclisi tarafından taksitleri ödeyinceye veya meslek sigortasına yazılıncaya kadar işden men edileceği anlaşılmaktadır.

Burada nazarı dikkata alınacak bir nokta vardır. Meslek sigortasına yazılmayan veya bir biri ardı sıra iki taksidi ödemeyen avukat işden men edilmekle beraber ruhsatnamesi istirdat olunacak mıdır? Gerçi Haysiyet divanının tesbit ettiği şartlar arasında bu da vardır. Fakat bir avukatın işden men'i başka, ruhsatnamesinin istirdadı başkadır. Avukat işden men edilebilir. Fakat ruhsatnamesi istirdat olunmaz. Kanun hangi hallerde ruhsatnamenin istirdat edileceğini göstermiştir. Bu haller arasında avukatın meslek sigortasına yazılmaması halile pirimleri tediye etmemesi hali mevcut değildir. Bu itibarla bu gibi ahvalde idare meclisi bir kararla avukatı meslek sigortasına yazılıncıya veya pirimleri tesviye edinceye kadar işden meneder ve keyfiyeti devlet daireleri meyanında sicilline işaret edilmek üzere Adliye Vekâletine de bildirir. Yoksa avukatın ruhsatnamesinin istirdadı cihetine gidilemez.

Baro idare meclisi, meslek sigortasına yazılmayan avukatı muhakkak surette işden men edecektir. Avukatın işden men edilebilmesi için meslek sigortasına yazılmaması kâfidir. Fakat meslek sigortasına yazılıp da bir biri ardına iki taksidi ödemeyen avukat

hakkında aynı muameleyi tatbik edemez. Yani bir avukatın mücerred olarak iki taksidi bir biri ardına ödememesi işden men'ini icabettirmez. İdare meclisi avukatın hangi sebepler altında bu taksitleri ödeyemediğini tedkikle mükelleftir. Kazanç elde edememek suretile muhtaç vaz'iyete düşmüş avukatların sigorta pirimlerinin baro kasasından ödeneceği hakkında kanuna ayrıca hüküm konmuş olduğu gibi bu cihet şirket mukavelenamesinde de tasrih edilmiştir. Sigorta mukavelenamesinin 3 üncü maddesine göre iki taksit, bir biri ardı sıra ödenmediği takdirde şirket, keyfiyeti avukatın mensup olduğu baronun reisliğine bildirecektir. Baro, bu ihbarı takip eden iki ay zarfında sigortalı avukatın temerrüdünü veyahut malî vaziyetinin bozukluğundan dolayı bu ücretin, müemmen meblâğın asgarî haddi olan 500 liraya tenzili suretile baro kasasından ödeneceğini şirkete ihbar edecektir. İşbu müddet zarfında sigortalının vaz'iyeti baro tarafından şirkete ihbar veya ücret tamamen tediye edilmediği takdir de şirket sigortalıya vadesi hulûl eden ücretlerin tediye edilmediğini mübeyyin taahhütlü bir mektup gönderecek ve bu mektubun gönderildiğini baroya tebliğ edecektir. İşbu mektulun irsalini müteakip bir ay zarfında vadesi hulûl etmiş olan ücretler tediye edilmediği takdirde mukavelename ya fesih veya ücret tediyesinden muaf bir sigortaya tahvil edilecektir.

Bu izahatımızla; sigortalı avukatın sigorta pirimlerinden bir biri ardısıra iki taksidini ödemediği şirket tarafından baroya ihbar edilmesini müteakip baro idare meclisinin lüzumlu tahkikatı yaparak avukatın mütemerrit olduğunu anladığı takdirde onu işden men edeceğini ve sigorta pirimlerinin tesviye edilmesi avukatın muhtaç vaz'iyete düşmesinden ileri geldiği tahakkuk ederse baro malî vaz'iyeti müsait bulunmuş ise bu taksitleri baro kasasından ödeyeceğini ve baronun malî vaz'iyeti böyle bir yardımın yapılmasına müsait bulunmadığı takdirde keyfiyeti sigorta şirketine bildirileceğini ve şirket, baronun bu ihbarı üzerine mukaveleyi ya fesih veyahut ücret tediyesinden muaf bir sigortaya tahvil edeceğini anlamış oluyoruz. Şirket mukavelenameyi fesih cihetini ihtiyar ederse avukat sigorta harici kalacağından idare meclisi muameileyhi işden men edecektir. Asgari sigorta haddi 500 lira olup vasat yaşda bulunan bir avukatın bu hususta ödeyeceği taksit bedeli ayda iki lirayı tecavüz etmeyeceğinden böyle ufak bir taksiti ödeyemeyen avukat esasen mesleğinde tutunamamış bir kimse olacağından böylelerin meslekten ayrılarak kendilerine daha elverişli bir iş bulmaları hem meslek ve hem de bizzat avukat için hayırlı olacaktır. Binaenaleyh sigorta müessesesi meslekî tasfiye vazifesini de görmüş olacaktır.

230

Muhtaç avukatların baro kasasından ödenecek pirimlerine karşılık olmak üzere baro kasası için lüzumlu varidat menbaı avukatlık kanunu 137 inci maddesinde gösterilmiştir. Bu madde hükmüne göre sigorta müddetinin bitmesinden önce alınacak tazminatın yüzde birinin kalan seneler adedile hasılı zarbından elde edilecek yekûn ile sigorta müddetinin bitmesi üzerine alınacak tazminatın yüzde biri avukatın mensup bulunduğu baro kasasına yatırılacaktır. Sigorta müddetinin on seneye baliğ olmasını müteakip sigortalı avukatın vefatı halinde meşrutunlehlerine 2000 lira tazminat verileceğini farzedersek baro kasasına yatırılacak meblâğı şu suretle bulmuş olacağız. Evvelâ iki bin liranın yüzde birini alacağız. Bu yirmi lira eder. Bu 20 lirayı kalan seneler adedile zarp edeceğiz kalan sene adedi on olduğuna göre yirmi liranın on ile zarbından çıkan netice 200 liradır. İşte baro kasasına yatırılacak para bu iki yüz liradır. Mukavele müddetinin hitamı üzerine alınacak tazminat 2000 lira olduğu takdirde bundan da baro kasasına yatırılacak para 20 liradır. Bundan maada muhtaç avukat hali yüsre avdet etmiş ise baronun kendisi için tediye etmiş olduğu sigorta pirimleri ondan tahsil olunur. Tahsil edilemediği takdirde sigorta müddetinin hitamında kendisine veya ölümü halinde meşrutunlehlerine verilecek paradan kesilir.

Sigortaya ait poliçeler, 135 inci madde hükmüne göre baro kasasında veya idare meclisinin tensip edeceği bir bankada bu meclis namına saklanacaktır.

Meslek sigortasının şartları haysiyet divanı tarafından tesbit olunmuştur. Divan bu şartları tanzim ederken mütehassısların reylerinden istifade etmiş ve avukatların kazaçları ve yaşları üzerinde derin incelemeler yapmıştır.

Haysiyet divanı aşağıdaki şartları tesbit ederek bütün sigorta şirketlerinin nazarı ittilâına arzetmiştir.

1 — Türkiye barolarında kayıtlı bütün avukatlar yaş farkına bakılmaksızın sigorta edilecektir.

2 — Avukatlar sigortadan evvel tıbbî muayeneye tâbi tutulmayacaktır.

3 — Sigorta vefat veya müddetin hitamı halinde muayyen tazminatı ve çalışamıyacak derecede hastalık veya malûliyet halinde müddetin hitamına kadar aylığı ve vefat veya müddetin hitamı halinde yine muayyen tazmintı temin edecektir.

4 — Poliçeler, sigortacı ile sigortalı arasında şahsen ve ferden imza edilecektir.

231

5 — Tahsilât sigortacı tarafından sigortalıdan doğrudan doğruya yapılacaktır. İki taksidi üst üste vermeyen avukatın temerrüdü mensup olduğu baro riyasetine bidirilecek ve malî vaz'iyeti müsait olanlar mütemerrit addile idare meclisince ruhsatnamesi geri alınmak üzere keyfiyet Adliye Vekâletine bildirilecektir. Ancak teahhütlerini ifa edemeyecekleri anlaşılan bu kabil avukatların sigorta bedelleri asgarî hadde indirilecektir. Bu takdirde geçen seneler için verilmiş olan yüksek pirimlerin takas ve mahsubu noktası şirketle bidayeten tesbit edilmelidir.

6 — Sigorta 20 sene müddet için aktedilecektir.

7 — Sigortalılar şu gruplara ayrılacaktır.

23-35 yaşına kadar olanlar.

35 — 45 yaşına kadar olanlar.

45 — 55 yaşına kadar olanlar.

55 yaşından yukarı olanlar.

8 — Poliçe bedellerinin asgarî haddi beş yüz lira azami haddi 55 yaşına kadar olanlardan 6000, daha yukarı olanlarda 3000 liradır. Geçen seneler pirim farkını ödemek şartile bidayette kararlaştırılan bedelin haddi azamiye yükseltilmesi mümkündür.

9 — Pirimler senede dört taksitte tahsil edilecektir.

10 — Her ne sebeple olursa olsun meslekten ayrılanların sigortaları hususunda barolar gerek sigortalıya ve gerek sigortacıya karşı hiç bir vecibe kabul edemez.

Ancak barodan ayrılanlar, mevcut olan sigortalarına aynı şartlarla devam etmek veya sigorta poliçesinde yazılı şartlar dairesinde barodan ayrıldığı günün kıymeti üzerinden şirket tarafından iştirasını talep eylemek şıklarından birini tercihte muhtadırır.

Haysiyet divanı tarafından tesbit olunan bu şartlar, Ankara, Istanbul ve İzmir gazetelerinde ilân edilerek sigorta şirketleri bir ay zarfında bu hususdaki tekliflerini bildirmeğe davet edilmişlerdir. Verilen bu mehil zarfında bir çok sigorta şirketleri tarafından yapılan teklifler, Ankara, Istanbul, İzmir, Seyhan, Balıkesir ve Bursa baroları tarafından seçilmiş mümessillerden mürekkep bir hey'et tarafından tetkik olunarak Anadolu sigorta şirketinin teklifi haysiyet divanı tarafından tesbit edilen şartlara en uygun görülerek kabul edilmiştir.

Filhakika şirket Türkiye barolarında kayıtlı bütün avukatları yaş farkına bakmaksızın sigorta etmeyi ve bunları sigortadan evvel

tıbbî muayeneye tâbi tutmamayı kabul etmiştir. Kat'i veya daimî malûliyet hallerinin nelerden ibaret bulunduğu ve bu gibi ahvalde temin olunacak irad veya tazminat miktarı mukavelenamenin 18 inci maddesinde ve vefat halleri ve meşrutunlehlere verilecek tazminat, 13,14,15,16,17,19 uncu maddelerinde gösterilmiştir. Bundan da Anadolu sigorta şirketi, poliçenin, sigortacı ile sigortalı arasında şahsen ve ferden imza edilmesini ve sigorta müddetinin 20 sene olmasını ve pirimlerin kendi vasıtalarile tahsil edilmesini ve poliçe bedellerinin asgari haddinin 500 lira ve azami haddinin de 55 yaşına kadar olanlarda 6000 ve daha yukarı olanlarda 3000 lira olmasını ve pirim farkını ödemek şartile bidayette kararlaştırılan bedelin haddi azamiye kadar yükseltilmesini tekabbül etmiştir. Aynı zamanda şirket barodan ayrılan avukatların mevcut sigortalarına devam etmeyi arzu etmedikleri takdirde bu poliçeyi iştira etmeyi de teahhüt eylemiş bulunmaktadır.

Garp mevzuatı arasında çoktan beri yer almış olan bu sistem bizim hukuk müessesemize yeni avukatlık kanunu ile dahil olmuş ve bu gün tatbikine başlanmıştır. Avukatlar için artık istikbal endişesi ve yarının düşüncesi kalmadığından meslekler arasında zaten en şerefli mevkii işgal eden bu meslek en cazip halini de almış bulunmaktadır. Ümit ederizki evvelce olduğu gibi bundan sonra da avukatlarımız, Cümhuriyet adliyesi manzumesi içinde hakkın ve hakikatın tecellisinde Türk hâkiminin en asil yardımcıları olmakta devam edecekler ve Türk camiasının en esesli temellerinden biri olduğunda şüphe edilmeyen adaleti büyük bir kıskançlıkla müdafaa edeceklerdir.

233

No: 15

Baş tarafı 942 yılı 2 sayılı Ad. C. nin 166 ıncı sayfasındadır.

İKİNCİ FASIL

İsbat edilecek hususlar ve deliller

§. 1 Davacının isbat edeceği hususlar ve delilleri

Yazan: Dr. Amil Artus

I. — Bir kadın evlenme haricinde bir çocuk dünyaya getirdiği zaman muayyen bir devre zarfında bir erkekle cinsî münasebette bulunmuş olduğu tahakkuk eder. Bu muayyen devreye hukuk ilminde «gebelik devresi (époque de la conception) veya buhranlı devre (époque critique) gibi isimler verilmiştir. Bu devre İsviçre ve Türk medeni kanunlarına göre, doğumdan evvelki 180 inci gün ile 300 üncü gün arasındaki dört aylık devredir. Vazıkanun gebeliği tevlit eden cinsi münasebetin kaideten ancak bu devre zarfında olabileceğini kabul etmiştir. Fakat bunun aksi iddia ve isbat olunabilir.

Buhranlı devre zarfında vukubulan her cinsî münasebetin gebeliği tevlit etmiş olabileceği kabul olununca babayı kat'i surdtte tayine imkân kalmaz. Çünkü kadın bu devre zarfında muhtelif şahıslarla münasebette bulunmuş olabilir. İşte babayı yüzde yüz bir kat' iyetle tesbite imkân olmadığı için vazıkanun bir takım karinelere başvurmağa mecbur kalmıştır:

Eğer kadın evli ise çocuğun babası kadının kocasıdır. (K. M. 241) Bu hüküm bir karineden ibarettir ve bunun zımmında diğer iki karine mevcuttur, diğer tabirle kanun présomption de légitimité denen bu karineyi kabul ederken diğer iki karineye istinat etmiştir:

1. Kocanın buhranlı devre zarfında ana ile cinsi münasebette bulunduğu karinesi (bu da karı koca arasındaki evlenme rabıtasına istinat eder)

2. Ananın bu devre zarfında kocasından başka hiç kimse ile münasebette bulunmadığı karinesi.

Evlenme haricinde bir doğum vaki olduğu zaman vaziyet daha karışık ve daha müşküldür. Ana ile gayrı meşru baba arasında ev-

lilik rabıtası gibi resmî bir rabıta mevcut olmadığı için burada cinsî münasebet karinesine istinat etmeğe imkân yoktur. Binaenaleyh evlilik haricinde bir çocuk dünyaya getiren kadının babalık davasında mantıkan şu cihetleri ispat etmesi lâzımgelir:

1. Müddeaaleyh ile cinsî münasebette bulunduğunu,
2. Bu cinsî münasebetin buhranlı devre zarfında olduğunu,
3. Buhranlı devre zarfında müddeaaleyhten başka hiç kimse ile cinsî münasebette bulunmadığını,

Bu üçüncü şıkkı ispat etmek son derecede güç hatta ekseriya gayrı mümkündür. Bu sebepten vazıı kanun, sahih nesepte olduğu gibi, burada da karine esasına müracaat etmiştir. Ana, birinci ve ikinci şıkları ispat ettiği takdirde kanun, onun buhranlı devre zarfında başka hiç kimse ile cinsî münasebette bulunmadığını farz ve kabul etmekte ve bu vaziyet müddeaaleyhin babalığına karine teşkil etmektedir. Birinci ve ikinci şıkkı ispat suretile ana kanunun kabul ettiği bir karineden istifade etmektedir. Bu esas, medeni kanunumuzun 301 inci maddesinde şu şuretle ifade edilmiştir:« Doğumdan evvel üçyüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında, müddeaaleyhin çocuğun anasile münasebeti cinsiyede bulunduğunun sübutu babalığa karine teşkil eder.»

II. — Cinsî münasebet. — Davacı, ananın müddeaaleyh ile cinsî münasabette bulunduğunu isbat etmekle mükelleftir. Burada cinsî münasebet tabirinin şümulüne gebeliği tevlit eden bilcümle fiiller dahil addediliyor. [1] Tenasül uzuvlarının teması umumiyetle kâfi görülüyor. [2] Fakat doğrudan doğruya cinsî münasebetlerin isbatı şart değildir. Ekseriya cinsî münasebetlerin vukuu hususunda hakimde kanaat hasıl edecek vak'alar ve hadiseler (faits concluants) ispat olunur. Fakat cinsî münasebetlerin vukuuna yalnız ihtimal verdirecek (une simple vraisemblance) vak'aların ispatı kâfi addolunmamalıdır. Lozan hukuk mahkemesi, bir hadisede, müddeaaleyhin, davacının evine akşam üzeri girip sabahleyin çıktığı isbat edilince cinsî münasebetin vukuuna kail olmuştur. Aynı mahkeme, başka bir hadisede, ana ile dava olunan arasında fazla samimiyet bulunmasını ve bunların ekseriya birlikte gezmelerini cinsî münasebetlerin sübutu için kâfi emarelerden saymamıştır. [3]

Cinsî münasebetler veya cinsî münasebetlerin vukuuna emare teşkil eden hadiseler her türlü delil ile ispat olunabilir:

[1] Egger 314, 1b.
[2] Decoppet n. 100 (l'enfant naturel et son pere) Lausanne 1917
[3] JdT. partie cantonale 1919 p. 52 et s.

235

A. — İkrar. — Mahkeme huzurunda müddeaaleyh davacı ile cinsî münasebette bulunduğunu ikrar ederse davacının bu babda başkaca delil ikamesine lüzum yoktur. İkrar mahkeme haricinde vaki olmuş ise bunun kıymetini hâkim takdir eder. (H. U. M. 236 f. 4) Bahsettiğimiz ikrar cinsî münasebetin ikrarıdır. Bir de babalığın ikrarı vardır ki babalığa hükmolunmasını intaç eder. Fakat yalnız cinsî münasebetlerin ikrarile babalığa hükmolunamaz. Bu cinsî münasebetlerin buhranlı devre zarfında vukubulduğu da sabit olmalıdır. Bundan başka, bu tarzda bir ikrardan sonra bunun hüküm ve kuvvetini iptal edecek mukabil iddia ve deliller de dermeyan olunabilir. (preuves libératoires)

B. — Yazılar. (les écrits) — Ana ve müddeaaleyh arasındaki mektuplar, fotoğraflar ve bunların arkasındaki yazılar, ve sair vesikalar cinsî münasebetlerin vukuuna delâlet eden vakıaları ispata yararlar.

C. — Şehadet. (preuve testimoniale) — Müddeaaleyhin ana ile sık sık buluştuğu, ananın evine girip çıktığı, geceyi ananın evinde geçirdiği şahitle ispat olunabilir. İsviçre kantonlarının bazılarında kayyım tarafından ikame edilmiş olan babalık davasında ana da şahit sıfatile istima olunabilmektedir. [1]

D. — Yemin. — İsviçre kantonlarının bazılarında, [2] babalık davasında yalnız mütemmim yemin (le serment supplétoire), diğer bir kısmında [3] kat'î yemin (le serment décisoire) kabul edilmiş bazı kantonlarda ise her ikisine birden cevaz verilmiştir. [4] Memleketimizde hadise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tâbidir, hâkim vaziyete göre taraflardan birine mütemmim yemin tevcih edebileceği gibi taraflardan her biri hasmına kat'î yemin tevcih edebilir. (H. U. M. m. 344, 355)

III. — Cinsî münasebetin buhranlı devrede oluşu. — Yukarıda gördüğümüz gibi, cinsî münasebetin ispatı kâfi değildir. Cinsî mü-

[1] İsviçrede Hukuk Usulü Muhakemeleri federal bir kanunla tanzim edilmiş olmayıp her kantonun kendine mahsus usul kanunları mevcuttur. Bu yüzden kantonlar arasında usule ait bazı farklar bulunmaktadır. İsviçre Medenî kanunu, kantonların kendi usul kanunlarına babalık davasında tarafların ispat hususundaki vaziyetlerini ağırlaştıracak hükümler koymalarına mani olmak için 310 uncu madde şu kaideyi vazetmiştir: "Kantonlar, babalık davasına ait deliller bahsinde, adî usul kaidelerinden daha şiddetli ahkâm vazedemezler.„ Memleketimizde federal ve kantonal hukuk diye iki çeşit hukuk mevcut olmadığı için bu fıkra bizim kanunumuza alınmamıştır.

[2] Glaris, Unterwald, Obwald

[3] Soleure, Saint — Gall

[4] Genève

236

nasebetlerin buhranlı devre zarfında vukua geldiği de ispat olunmalıdır. Bunun için de çocuğun doğum tarihi muayyen olduğuna göre evvelâ bilhesap gebelik devresi tayin edilir. Bunu müteakip cinsî münasebetlerin tarihi isbat olunarak bu tarihin buhranlı devreye tesadüf edip etmediğine bakılır. Meselâ çocuk 1 martta doğmuş ise buhranlı devre 4 mayıs ile 1 eylül arasındaki devredir. Ana temmuz içinde cinsî münasebetin vukuunu ipat etmekle babalık karinesi teessüs eder. Ana cinsî münasebetlerin 1 ağustosta vukubulduğunu ispat edebilmişse bu takdirde çocuğun 210 günlük olması lâzımgelir. Müddeaaleyh çocuğun böyle erken doğmuş bir çocuk olmadığını, bilâkis normal surette doğmuş bir çocuk olduğunu ispat ederek karineyi ıskat edebilir mi? Bu sualin cevabını aşağıda, müddeaaleyhin defilerini tedkik ederken vereceğiz. (§ 2 n. 11 ye bakınız)

§. 2 Müddeaaleyhin dermeyan ve ispat edebileceği hususlar

I. — Müddei, buhranlı devre zarfında ananın müddeaaleyhle cinsî münasebetlerde bulunduğunu ispat ederse babalık karinesi teessüs eder. Fakat müddeaaleyh bu karinenin hilâfını ispat edebilir. Bunun için müddeaaleyhin babalığı gayri mümkün veya şüpheli kılan ahval ve şeraiti dermeyan ve ispat etmesi lâzımgelir. Babalığı gayri mümkün kılan haller, babalık karinesini tamamen tahrip ve ıskat eder. Babalığı şüpheli kılan sebeplerden bir kısmına karşı müddeinin tekrar mukabil bir iddiada bulunmak (réplique) hakkı vardır. Bu suretle davacı, bu sebeplerin mevcudiyetine rağmen babalık karinesinin sahih olduğunu ispat edebilir. Fakat babalığı şüpheli kılan diğer bir halde mevcuttur ki bunun sübutu halinde artık hiç bir münakaşaya mahal kalmadan davanın reddi lâzımgelir. Bu bahiste İsviçre – Türk hukukile Fransız hukukunu mukayese etmek faydalıdır:

Fransız hukukunda müddeaaleyhin babalık davasında üç türlü def'i vardır:

1. Kadının buhranlı devrede sadakatsızlığı,
2. Kadının buhranlı devrede iffetsizliği,
3. Müddeaaleyhin çocuğun babası olmak hususundaki maddî imkânsızlık.

Fransa hukukunda, müddei davasını henüz ispata girişmeden her türlü münakaşa ve tedkikattan evvel müddeaaleyh bu defilerden birisini dermeyan ve ispat ederse babalık davası reddolunur. Görülüyor ki bu defiler Fransız hukukunda müddeaaleyhin müda-

faa vasıtası olmaktan ziyade davanın şayanı kabul olmadığı iddiası (fin de non recevoir) mahiyetindedirler. Maamafih davanın esasına girişildikten sonra da dermeyan edilmeleri mümkündür. Fransız kanun vazıı şantajı, ıskandal tevlit ederek müddeaaleyhin içtimaî mevkiini sarsmak için açılan suiniyete müstenit davaları bertaraf etmek için bu tedbire tevessül etmiştir. Bu tedbiri şu tarzda muhakeme etmek de mümkündür: Eğer müddeaaleyh babalık davasının reddini mucip olacak defiler dermeyan ve ispat edebilecekse onun şahsiyetini ve şöhretini rencide edecek vakıaların daha evvel ispat ve teşhirinde hiç bir fayda yoktur.

İsviçre – Türk hukukunda vaziyet böyle olmayıp defiler müddeaaleyhin müdafaa vasıtalarıdır (moyen de défense) Bu kaidenin bir tek müstesnası vardır ki o da kadının iffetsizliği def'idir. Bu, davacının delillerini ikame etmesinden evvel de dermeyan ve ispat olunabilir. Bu takdirde dava reddolunur.

Alman hukukunda müddeaaleyh için iki defi kabul edilmiştir:

1. Buhranlı devre zarfında ananın başka şahıslarla münasebette bulunduğu def'i, (exceptio plurium concubentium)

2. Müddeaaleyhin babalığının maddî sebeplerden dolayı gayri mümkün olduğu def'i (BGB. § 1717)

Alman hukukunda bu defilerin ikisi de birer müdafaa vasıtası mahiyetinde olup Fransız hukukundaki gibi (fin de non recevoir) mahiyetinde değildirler.

II. — Müddeaaleyhin babalığının imkânsızlığı def'i. – Bu def'i Medenî kanunumuzun 301 inci maddesinin ikinci fıkrasında ifade olunan umumî prensipten istihraç olunmaktadır. Filhakika bu fıkraya göre müddeaaleyhin babalığı hakkında ciddî şüpheler uyandıracak hallerin vücudu takdirinde babalık karinesine itibar olunmaz. Fransız ve Alman Medenî kanunlarında daha sarih bir ifade ile babalığı gayri mümkün kılan esbaptan bahsolunmuştur. (FmK. art. 340 n. 2 – 2; BGB. 1717) İsviçre ve Türk kanunlarındaki (ciddî şüpheler uyandıracak haller) tabirinin şümulüne atideki hususlar girebilir:

1. Müddeaaleyhin babalığını imkânsız kılan maddî sebepler.

2. Ananın buhranlı devrede başka kimselerle de münasebette bulunması,

3. Müddeaaleyhin babalığı hakkında ciddî şüpheler uyandıran sair vakıalar.

Müddeaaleyhin babalığını gayrımümkün kılan maddî sebepler meyanında şunları zikretmek kabildir:

238

1. Müddeaaleyhin buhranlı devre zarfında ananın bulunduğu memleketten gayrı bir yerde ikamet etmiş olması,

2. Müddeaaleyhin aynı devre zarfında mahbus veya mevkuf olması,

3. Müddeaaleyhin ademi iktidar ile malûl olması,

4. Ananın cinsî münasebetler zamanında gebe bulunması, daha geniş bir ifade ile, çocuğun doğum esnasındaki inkişaf derecesine ve cinsî münasebetlerin tarihine nazaran müddeaaleyhin baba olmasına imkân bulunmaması,

Bu hususlar ananın ikrarile, şahitle, yazılı delillerle veya ehli vukuf raporile ispat olunabilir.

Bir hadisede müddeaaleyhin tevlit kabiliyetini haiz olmadığı iddia edilmiş, mahkeme müddeaaleyhin muayenesini tıbbı adliye havale etmişti. Tıbbı adlî raporunda kat'iyet mevcut olmadığı için mahallî mahkeme, müddeinin lehine hareket ederek, müddeaaleyhin tevlit kabiliyetini haiz olmadığı yolundaki def'in reddile babalık davasının sübutuna karar vermişti. Temyiz mahkemesi ikinci Hukuk dairesi mahallî mahkemenin kararını şu mucip sebeplerle bozdu: «Müddeaaleyhin şüpheli devrede tevlit kabiliyeti haiz olup olmadığının kat'î surette tayini lâzım olduğundan keyfiyetin tıbbı adliden tevzihan sorulması lâzımdır. Raporlarda kat'iyet mevcut olmadığı beyanile babalığa karar itası usul ve kanuna muhaliftir. [1]

III. — Ananın şüpheli devrede başka kimselerle de münasebette bulunduğu def'i (Exceptio plurium concubentium). — Bu iddia ile müddeaaleyh, başka birisinin de baba olması muhtemel olduğunu ileri sürerki bu vaziyet müddeaaleyhin babalığı hakkında ciddî şüpheler tevlit eder. Bu suretle artık babalık karinesine bel bağlanamaz. Kanun, babalık rabıtasını, babanın tabiî çocuğa karşı olan vecibelerinin hukukî sebebi telekki ediyorsa babalık keyfiyetinin mümkün olan azamî kat'iyetle tahakkuku lâzımgelir. Bu itibarla Alman, Fransız, İsviçre ve Türk kanunları ananın, buhranlı devre zarfında başka bir şahısla da münasebette bulunduğunu dermeyan etmek hakkını müddeaaleyhe tanınmışlardır.

Nazariyat sahasında exceptio plurium kabul olunmalımıdır mes'elesi bir çok münakaşalara sebebiyet vermiştir. Bu mes'elenin halli (tabiî babanın nesebi gayrı sahih çocuğa karşı hukukî vecibelerinin temeli nedir?) sualinin halline bağlı ve bu suale verilecek cevaba

[1]. Temyiz mahkemesi Hukuk kararları cilt 10 sene 931 s. 114 Egger art. 314 n. 3b.

göre değişir. Eğer bu temel, kan rabıtası ise exceptio plurium'un kabulü lâzımgelir. Eğer tabiî babanın vecibelerinin hukukî temeli bir suç veya haksız fiil nazariyesine istinat ettirilirse, bu takdirde, başkalarının da aynı haksız fiili işlemiş olması müddeaaleyhin ademi mes'uliyeti icap ettirmiyeceği için exceptio plurium'un reddi lâzımgelir. Bu vaziyette ananın muhtelif âşıklarının müteselsilen mes'ul olması lâzımgelir. Mentha tarafından ileri sürülen risque nazariyesine görede erkeğin bir kadınla evlenme haricindeki münasebetlerinden bir çocuk olabileceğini bilmesi lâzımgelir. Bunu bilerek cinsî münasebette bulunduğuna göre fiillerinin tazammun ettiği mes'uliyet ve risque'i kabul etmiş sayılır. Bu takdirde, exceptio pluriumdan bahsa lüzum yoktur, ve âşıklar çocuğa ve anaya karşı müteselsilen (in solidum) mes'uldürler [1]. Biz bu bahiste uzun uzadıya tafsilâta girişmeyi faydalı bulmuyoruz. Yalnız şunu kaydedelim ki bugün Avrupa memleketlerinin ekserisinde, gayrı sahih nesep bahsinde, ana ile münasebette bulunan muhtelif kimselerin ya muayyen bir hisse vermek suretile veya müteselsilen mes'ul olmaları lâzımgeldiği fikri gittikçe galebe çalmakta, bu suretle exceptio plurium ya tamamen terk olunmakta veya çok mahdut bir tesiri kalmaktadır. Egger bu hususta Norveç, Finlandiya, İsveç, Baltık devletleri, Avusturya kanunlarını ve yeni Alman kanunu projesini zikrediyor. [2]

İsviçre ve Türk hukukunda exceptio plurium, Alman ve Fransız kanunlarında olduğu gibi sarih bir şekilde ifade edilmemiştir. Exceptio plurium kanunumuzun 301 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki umumî hükümden istihraç olunmaktadır.

Müddeaaleyh, babalık karinesini cerhetmek için ananın buhranlı devre zarfında başka bir şahısla da münasebette bulunduğunu isbat edebilir. Bunu isbat için de her türlü delile müracaat olunabilir. Ananın başka bir şahısla münasebette bulunduğu doğrudan doğruya ispat olunabileceği gibi bunu kuvvetle zanettirecek bir takım emarelerle (indices graves) de ispat olunabilir. Ana, müddaealeyhin bu def'ine karşı mukabil bir iddiada bulumak (rèplique) hakkına maliktir. O, buhranlı devre zarfında başka bir şahısla münasebetine rağmen çocuğun müddeaaleyhten hasıl olduğunu iddia ve ispat edebilir. Bu takdirde eXceptio plurium tesirsiz kalır. Bu cihet bilhassa kan muayenesile ispat olunabilir. Federal mahkeme, koca tarafından ikame olunan nesebin reddi davasında (action en désaveu) kan muayenesini kâfi görmemekte, babalığın imkânsızlığına dair kat'î bir

[1]. Egger art. 302 n. 12d.
[2]. Egger art. 302 n. 9b.

240

delil istemekte olduğu halde [1] gayrı sahih nesep bahsinde kan muayensini kabul ederek bu suretle exceptio plurium'un bertaraf olunabileceğini ileri sürmektedir. [2] Federal makemeye göre, şayet kan muayenesi çok kuvvetli bir ihtimal ile üçüncü şahsın babalığını gayrı varit gösteriyorsa, ananın buhranlı devre zarfında üçüncü bir şahısla münasebette bnlunduğu ve bu yüzden müddeaaleyhin babalığı hakkında ciddî şüpheler mevcut olduğu iddiasi reddolunur. Yine Federal mahkemeye göre, kan muayenesi tıbbın bugün vasıl olduğu terakkî mertebesine nazaran kat'î bir delil teşkil etmemekle beraber çok kvvetli bir ihtimal ile exceptio plurium'u bertaraf etmek için kâfidir. Federal mahkeme, daha ileri giderek kan muayenesile babalık karinesinin dahi iskat olunabileceğini kabul etmiştir. Yani müddeaaleyh babalık karinesine karşı exceptio plurium'u dermeyan ederek bu hususta kan muayenesini telep edebilir. Ehli vukufun kan muayenesi sonunda verdiği rapor, müddeaaleyhin, büyük bir ihtimal ile, baba olmadığına dairse artık babalık karinesine itibar olunmaz. Çünkü bu takdirde müddeaaleyhin babalığı hakkında ciddî şüpheler uyanır. [3]

Acaba memleketimizde vaziyet nasıldır? Memleketimizde babalık davasında kan muayenesine müracaat edilmekle beraber bu hususta hâkimin vasi takdir selâhiyeti mevcuttur. Kan muayenesinin vermiş olduğu netice gerek müsbet gerek menfi olsun diğer delillerle takviye ve teyit edildiği takdirde hâkim babalık davasının sübutuna veya reddine karar verebilmektedir. Fakat kan muayenesinin neticesi diğer delillerle tezat teşkil ediyorsa bu takdirde her hadisede hâkim takdir salâhiyetini kullanarak bazan kan muayenesine bazan da diğer delillere uygun olarak karar vermektedir.

Müddeaaleyh, mahkeme haricindeki ikrarile babalığını tanımış ise buna ragmen aleyhine ikame edilen babalık davasında exceptio plurium'u dermeyan edebilir mi? Temyiz mahkemesinin neşredilmiş olan kararları arasında bu hadiseye temas eden bir karar mevcut değildir. İsviçre Federal mahkemesi oldukça eski bir kararında bu mes'eleyi şu şekilde halletmiştir: Müddeaaleyhin mahkeme haricinde ve davanın ikamesinden evvel şurada burada (kendimi çocuğun babası telekki ediyorum, çocuk bendendir) tarzındaki ikrarı babalık davasında exceptio plurium'u dermeyan etmek hakkından

[1] ATF. 22 novembre 1935, RO.61. II. 500, JdT. 1936 p. 236

[2] ATF. 9 mai 1940, jdt.1940 . 362: ATF. 17 avril 1934. JdT. 1934 p. 617; ATF. 14. Juin 1935, JdT. 1936 p 240

[3] ATF. 9 mai 1940. JdT. 1940 p. 362

feragatı tazammun etmez. Fakat bu ikrar bir resmî senetle ve tanımanın şartlarına uygun olarak vaki olmuşsa (K. M. m. 291) bu takdirde müddeaaleyh tanımanın iptali davasında exceptio plurium'u dermeyan edemez. [1] babanın hile ile çocuğu tanımağa sevk edilmiş olduğu ahval müstesnadır. [2]

IV. — Ananın iffetsizliği def'i (exception de l' inconduite dela mère) - İsviçre medeni kanununun 315 inci maddesine göre, ananın gebelik devresi (époque de la conception) zarfında [3] iffetsizlikle meluf olduğu sabit olursa babalık davası reddolunur. Bizim medeni kanunumuzun 302 inci maddesinde de aynı hüküm mevcuttur. Bu hüküm Alman medeni kanununda mevcut değildir. Buna mukabil Fransız medenî kanunu muaddel 340 ıncı maddesinde kadının herkesce bilinecek surette iffetsizlikle meluf olması halini (inconduite notoire de la femme) davanın reddolunması için kâfi bir sebep addetmiştir. İsviçre vazıkanununa göre, bu hükmün mucip sebepleri, medenî kanunumuzun 301 inci maddesinin 2 inci fıkrasındaki hükmün mucip sebeplerinden farklı değildir. Yukarda gördük ki müddeaaleyhin babalığı hakkında ciddî şüpheler mevcut olduğu takdirde hâkim babalığa hükmedemez. (K. M. m. 301 f. 2) kadının iffetsizlikle meluf olması halinde onun ahlakî vaziyeti o derecede bozuk ve yaşayış tarzı o kadar inzıbatsızdır ki müddeaaleyhin bu kadınla cinsi münasebette bulunduğu sabit olsa bile, babalık karinesine itibar etmeğe imkân yoktur. Müddealeyhin baba olması ihtimali kadar, hatta belki daha kuvvetle, bir başkasısında baba olması ihtimali mevcuttur. Federal mahkeme eski bir kararında, bu mütaleaları şu şekilde toplamıştır: «Babalık davası, evvelemirde çocuğun menfeatlerine himaye gayesine matuf olduğundan bu hüküm, kanun tarafından ananın gayri ahlâkî haraketlerine karşı bir takbih şeklinde telâkki edilmemelidir. Bu hüküm, daha ziyade, 314 cü maddenin 2 inci fıkrasının (bizde m. 301 f 2) istinat ettiği mülâhazalardan yani "nafaka vecibesinin edası ancak hakikatta çocuğun babası olan şahsa tahmil olunmalıdır.» düşüncesinden ilham almıştır. Ananın gayri ahlâkî hareketlerle meluf olması halinde ise babalığın müddeaaleyhe atf ve isnadı şüpheli bir mahiyet iktisap eder.» [4]

İffetsizlik tabirinden kast nedir? Burada iffetsizlikten maksat cinsî bakımdan bir hafiflik, bir muvazenesizliktir. [5] Bu surelle ka-

[1] ATF. 20 février 1918, JdT. 1919 p. 290
[2] ATF. 27 septembre 1934, JdT. 1935 p. 2
[3] Gebelik devresinden maksat 4 aydan ibaret olan buhranlı davredir.
[4] ATF. 6 mars 1913, jdT 1913 p 495
[5] Egger art. 315 N. 2b.

dının yaşayış tarzı, hâkimde, müddeaaleyhin babalığı hakkında ciddî şüpheler tevlit etmektedir. İsviçre Federal mahkemesinin içtihatlarına göre şu haller iffetsizlik addedilmiştir :

1. Kadının para mukabilinde vücudunu vermesi,

2. Ayni gece birbirini takiben iki şahısla evinde münasebette bulunması ve birile münasebette bulunurken diğerinin odada hali intizarda olması,

3. Aşıkile beraber açık saçık resimler çıkartması ve mektuplarında gayet açık ve hicab aver tasfirler bulunması,

Bir hadisede kadın aşıkile münasebette bulunurken nişanlısının anî olarak kapıya gelmesi üzerine derhal aşıkını karyola altına saklıyarak nişanlısını kabul etmiş ve geceyi onunla geçirmiş ve aşığı da kadının nişanlısı uyuyuncaya kadar karyola altında kalmıştır. Bu vak'ada da Federal mahkeme, mahalli mahkeme ile beraber, kadının iffetsizliğini kabul etmiştir. Buna mukabil ayni mahkeme, bir balo dönüşünde kadının o gece tanıştığı bir erkekle yol kenarındaki banklardan birinin üzerinde cinsi münasibette bulunmasının iffetsizliğe delil olarak kabul etmemiştir. Keza kadının mücerret iki veya daha ziyade aşığı bulunması yukarda zikrettiğimiz vaziyetlerle birleşmediği takdirde, iffetsizlik addedilmemektedir. Görülüyorki kadının iffetsizliği def'i exceptio plurium'dan farklıdır. Kadının iffetsizliği bahsında onun cinsî taşkınlıkları ve tarzı hayatı o şekildedir ki hâkim kadının iddialarına inanmakta çok büyük müşkülata uğrar, ve binnetice müddeaaleyhin babalığını sabit addedemez. Bazı hallerde exceptio plurium kadının iffetsizliği def'inin bir cüz'ü mahiyetindedir; yani ananın iffetsizliği def'i exception plurium def'inide tazammun eder. Ananın müteaddit kimselerle para mukabilinde münasebette bulunması hali buna misaldir.

Exceptio plurium ile kadının iffetsizliği def'i arasındaki en mühim fark şudur : Ananın İffetsizliği sabit olursa buna karşı müddei, exceptio pluriumda olduğu gibi (benim iffetsizliğime rağmen çocuğun babası müddeaaleyhtir, bunu her vasıta ile meselâ kan muayenesile isbata amadeyim) diyemez. Çünkü kadının yaşayış tarzı babanın tayinine imkân vermiyecek şekildedir. Kadının iffetsizliği hâkim üzerinde öyle bir kanaat hasıl etmiştir ki çocuğun babası müddeaaleyh olabileceği gibi herhangi başka bir şahıs ta olabilir. Halbuki exceptio plurium dermeyan ve isbat olunduğu zaman ana buna rağmen müddeaaleyhin hakikî baba olduğunu isbat hakkına maliktir. [1]

Kanunumuzun 302 inci maddesindeki ifadeye göre, ananın iffetsiz-

[1]ATF. 1er octobre 1918, RO. 39. I. 492

243

liği (gebe kaldığı zaman) a ait olmalıdır. İsviçre medenî kanununun bu maddeye tekabül eden 315 inci maddesindeki ifade daha sarihtir. Mezkûr maddede (à l'époque de la conception) yani «gebelik devresi zarfında» tabiri kullanılmıştır ki bunun ne demek olduğunu yukarda izah etmiştik. Gebelik devresi veya şüpheli devre denen şey doğumdan evvelki üçyüzüncü günden yüz sekseninci güne kadar uzanan dört aylık zaman fasılasıdır. Kadının bu müddet zarfında iffetsizlikle meluf olması lâzımdır. Bu müddetten evvel veya sonra iffetsizlikle meluf olması, davanın reddini icap ettirmez. Şüphesizki kadının mazisi de takdir hakkını kullanırken hâkim üzerinde müessir olacaktır. Fakat şüpheli devre zarfında kadın lekesiz ve temiz bir hayat sürmüşse onun mazisi nazarı itibara alınarak sırf bu yüzden dava reddolunamaz. Kadının gebelik devresinden sonraki hayatı da keza müessir değildir. Çünkü gebelik devresinden sonra kadın sukut etmiş olabilir. Ekseriya bunun sebebi iğfal edilmiş ve aşıkı tarafından terk edilmiş olmasıdır. Bundan başka yukarda zikrettiğimiz Federal mahkeme kararında da ifade olunduğu gibi [1] kanunumuzun 302 inci maddesindeki hüküm vazıı kanunun, kadının gayri aklâkî hareketlerine karşı bir takbihi değildir. Binaenaleyh eğer gebelik devresi zarfında kadın gayri kabili muaheze bir şekilde dürüst hareket etmiş ise babanın tayininde müşkilâta uğranması mevzuu bahsolamıyacağı için iffetsizlik def'inin de ratiolegis'i tahakkuk etmez, ve binnetice bu hükmün tatbikine mahal kalmaz.

ÜÇÜNCÜ FASIL

Davanın mevzuu

Yukarıda da işaret ettiğimiz veçhile, babalık davasının mevzuu şu hususlara taalluk edebilir: (K. M. m. 297)

1. Babanın çocuk lehine tediyat itasına mahkûm edilmesi talebi (nafaka)

2. Babanın ana lehine tediyata mahkûm edilmesi (maddî ve manevî tazminat) talebi.

3. Kanunda yazılı muayyen şartların mevcudiyeti halinde babalığın ahvali şahsiyeye ait bilcümle netayicile birlikte tahtı hükme alınması talebi.

[1] 23 üncü sahifenin 1 numaralı notuna bakınız.

Her üç şıkta da evvel emirde babalık davasının sübutu lâzımdır. Üçüncü şıkta fazla olarak kanunda yazılı bazı hususî şartların da tahakkuku aranmıştır. Birinci şıkta, her ne kadar çocuk on sekiz yaşını bitirinciye kadar maddî bir yardıma nail olmakta ise de, tabiî baba ile çocuk arasında aile ve miras hukukuna mütaallik neticler tevlit eden bir nesep rabıtası teessüs edememektedir. Böyle bir rabıta ancak üçüncü şıkta teessüs eder ve bu takdirde çocuk babanın kanunî mirascısı olur, ve vatandaşlık haklarını iktisap eder, ve baba ile çocuk arasında aile hukukundan mütevellit haklar ve vecibeler mevzubahsolur. Biz bu fasılda evvelâ bu üçüncü şıktan ve onun hükümlerinden bahsetmek, başka bir yazımızı da birinci ve ikinci şıklara tahsis etmek isteyoruz.

§. 1 Babalığın hükmen tayini

1. — Babalık davası yukardaki fasıllar hükümlerine tevfikan isbat olunduktan sonra baba münasebeti cinsiye zamanında evli değil idise atideki hallerde onun babalığına hükmolnur:

1. Müddeaaleyhin anaya evlenme vadetmiş olması,

2. Münasebeti cinsiyenin bir cürüm teşkil etmesi,

3. Münasebeti cinsiyenin nüfuzu sui istimal teşkil etmesi, Evlenme vadinden başlayarak bu üç hali tetkik edelim:

A. — Evlenme vadi. — Kadın ve genç kızları iğfal etmek için en çok kullanılan vasıtalardan biridir. Evlenme arzusu kadınların en zaif taraflarından birini teşkil eder. Ekseriya evlenmek ve bir yuva kurmak arzusu ile bir erkekle tanışan kadın onun ağzından evlenmeye dair bir vaıt aldıktan sonra artık mukavemet edemez, ve bazan bu vade güvenerek evlenme merasiminin ikmalinden evvel cinsî münasebetlere rıza gösterir. İşte böyle bir vadin, kadının iradesi üzerinde yapacağı zaifletici tesiri göz önüne alan vazıı kanun, bu gibi ahvalde çocuğa yalnız nafaka değil daha fazla hak bahşetmeği muvafık görmüştür. Çünkü kadın evlenme vadile aldatılmıştır, ve ancak bu suretle münasebeti cinsiyeye rıza göstermiştir. O halde hadisenin bütün mes'uliyeti veya mes'uliyetin kısmı azamı erkeğin omuzlarındadır. Binaenaleyh diğer şartlar da mevcut olduğu takdirde, erkeğin babalığına hükmetmek adalete uygundur.

Görülüyor ki bu hüküm de bizzat çocuk nazara alınarak değil, ananın iradesi üzerinde yapılan tesirin onun rizasını teshil etmiş olması ve bu vaziyette babanın mes'uliyetinin daha büyük olduğu düşüncesi gibi haricî sebepler dolayısile kabul olunmuştur. Halbuki masumiyet ve himayeye muhtaç olmak bakımından anası evlenme

245

vadile kandırılmış bir çocuk ile validesine böyle bir vait yapılmamış bir çocuk arasında ne fark vardır? İsviçre medenî knunundaki bu hükmün menşei İsviçre kantonlarından bazılarında [1] federal medeni kanunun neşrinden evvel mevcut olan ve Almanca tabirile Brautkinder denen birbirlerile resmen nişanlı olup da herhangi bir sebeple evlenmemiş olanlardan doğan çocuklara bahşedilmiş bulunan dava hakkıdır. İsviçre medeni kanununun esbabı mucibe lâyihasında bu hüküm ile nişanlıların çocuklarına daha iyi bir vaziyet yaratmak istenildiği yazılıdır. [2] Şu izahata nazaran maddedeki evlenme vadi tabirini medeni kanunun 82 ve müteakip maddelerinde yazılı şartlara uygun olarak yapılmış nişanlanmalara mı hasretmek lâzımdır? İsviçrede bu suale menfi cevap verilmiştir. Çünkü maddede nişanlanma tabiri kulanılmamıştır. Binaenaleyh (evlenme vadi) tabirini daha geniş manada almak lâzımdır. Bu tabirin şümulüne müddeaaleyh tarafından anaya yapılan tek taraflı bir beyan şeklinde olan evlenme vaitleri de girer. Evlenme vadinden müddeaaleyhin bazı sebepler dolayısile böyle bir vaitle kanun nazarında mülzem olmıyacağı keyfiyeti de nazara alınmaz. (K M. m. 82 f. 2 ye bakınız) Binaenaleyh müddeaaleyh, evlenme vadinde bulunduğu zaman gayrı reşit veya mahcur ise bu hususta kanunî mümessilinin rızası alınmamış olması hadiseye müessir değildir. Bundan başka evlenme vadinin gebeliği tevlit etmiş olan cinsî münasetlere tekaddüm etmiş olması lâzımgelir. İsviçrede bu nokta üzerinde tatbikat ve nazariyat sahasında bir hayli münakaşalar olmuştur. Federal medeni kanunun neşrini takip eden seneler zarfında bazı kanton mahkemeleri [3] evlenme vadinin cinsî münasebetlerden evvel yapılmış olması şartını aramamışlardır. Buna sebep şu idi: İsviçre medenî kanununun 318 inci maddesinin (bizim 205 inci madde) Almanca metninde «münasebeti cinsiyeden evvel» manasına gelen «vor der Beiwohnung» tabiri bulunduğu halde bizim 310 uncu maddeye tekabül eden 323 üncü maddede böyle bir tabir mevcut olmaması ve bu tabir ikinci projede mevcut iken Millî Meclisin komisyonu tarafından çıkarılmış olmasıydı. [4] Fakat Federal mahkme, bu ihtilâfa nihayet vererek 323 üncü maddenin (bizde 310 ucu madde) istinat ettiği mucip sebeplere nazaran evlenme vadinin cinsî münasebetlere tekaddüm etmesi lâzımgeldiğini kabul etmiştir. [5] Zaten bu maddenin Fransızca metninde tekaddüm ifade eden «plus - que -

[1] Bu kantonlar şunlardır: Zürich Schaffhouse, Glaris, Thurgovie .
[2] Exposé des motifs du CCS. P.
[3] Berne, Zürich, Argovie, Thurgovie, St. Gall.
[4] Egger art. 323 n. 3
[5] ATF. RO. 52. 11. 312; 58. 11. 400

parfait» sıygası (avait promis) kullanılmıştır ki bu da evlenme vadinin münasebeti cinsiyeden evvel vuku bulması lâzımgeldiğini işrap eder. Federal mahkemeye göre, evlenme vadinin gebeliği tevlit etmiş olan cinsî münasetlerin vukuundan evvel yapılmış olması lâzımdır. Çünkü ancak bu takdirdedir ki evlenme vadi, kadının iradesi üzerinde müessir olmuş, onun mukavemetini kırmıştır. Cinsî münasebetlerden sonra vukubulan evlenme vadinin kadının iradesi üzerinde bu tarzda bir tesiri mevzu bahsolmaz.

Yüksek Temyiz mahkemesi içtihatlarına göre de evlenme vadinin cinsî münasebetlere takaddüm etmesi lâzımdır. Filhakika Temyiz ikinci Hukuk dairesinin 10/7/936 tarihli bir kararına göre «Çocuğun evlenme vadile vaki münasebetten husule geldiği sabit olduğu takdirde babalığa hükmetmek lâzımgelir.

Evlenme vadinin şarta muallâk olması halinde acaba vaziyet nasıldır? Meselâ müddealeyh münasebeti cinsiyeden evvel [eğer münasebetlerimizden bir çocuk olursa seni alırım) tarzında şarta muallâk bir evlenme vadinde bulunmuş ise bu takdirde babalığa hükmo lunabilir mi? Cevabın menfi olması için hiç bir sebep yoktur. Netekim Federal mahkeme, evlenme vadinin şarta muallâk olduğu hallerde bile babalığa hükmolunabileceğini kabul etmiştir. [1]

Evlenme vadinin maddî veya hukukî her hangi muhik bir sebep dolayısile yerine getirilmemiş veya bu vadin daha bidayette gayrı samimî bir surette yapılmış olması hadiseye müessir değildir.

B. — Cinsî münasebetlerin bir cürüm teşkil etmesi hali - Bu tabir ile İsviçrede bilhassa ırza tecavüz ve kız veya kadın kaçırma suçları kasdedilmiştir. Fakat hadise hâkimin takdirine kalmıştır. Kanunun ifadesi umumidir. Hangi cürümlerin bu maddenin şümulüne dahil olduğunu hâkim tayin edecektir. İsviçre kantonlarının bazılarında evlenme haricinde karı koca gibi yaşamak suç addedilmiştir. Fakat İsviçre kanton mahkemeleri bu suçu müddeaaleyhin babalığına hükmedebilmek için kâfi görmemişlerdir.

Evlenmeleri kanunen memnu olan yakın hısımlar arasındaki cinsî münasebetler (inceste) de ceza kanunlarınca suç addedilmiştir. İki kardeş arasındaki cinsî münasebetler suç teşkil ettiğine göre bunlardan doğan çocuk, babalığın hükmen tayinini talep edebilir mi? Maddenin ifadesi umumî ve mutlak olduğu için cevabın müsbet olması lâzım gelirse de biz Eggerin fikrine iştirak ederek menfi cevap vermek istiyoruz. Çünkü medenî kanunun 292 inci maddesine göre birbirlerile evlenmeleri memnu olanlardan hasıl olan çocuklar tanınamaz.

[1] ATF. 7 Juin. 1916, RO. 42 p. 185

Bu hükmün esbabı mucibesi şudur: Bir ruhî delâletten ibaret olan yakın hısımlar arasındaki cinsî münasebetlerden insanlık ve cemiyet nefret etmekte, bunu men ve tecziye etmektedir. Buna rağmen yine bazı gayri tabiî şahıslar arasında bu gibi münasebetler vukua gelmekte ise, hiç olmazsa, bu münasebetlerden doğan çocuğun tanınmaması lâzım gelir. Böyle bir çocuğun tanınması cemiyetin takbih hislerine karşı istihfaf ve kayıtsızlıktır. Tanıma için mevcut olan bu mülâhazalar aynı hukukî neticeleri tevlit eden babalığın hükmen tayini için de varittir. Binaenaleyh 310 uncu maddedeki cürüm tabirinin medlûlüne evlenmeleri kanunen memnu olanların cinsî münasbetlerini yani (inceste) i de ithal etmek 292 inci maddedeki memnuiyet hükmünü ayaklar altına almaktır.

Cinsî münasebetlerin bir cürüm teşkil eylemesi halinde hadisenin Ceza mahkemesinde de tetkik edilmiş olması icap eder. Bu takdirde ceza mahkemesinde verilen kararın hukuk davasına tesirini mütalea etmek lâzımdır. Acaba Borçlar kanununun 53 üncü maddesinde ifade edilen «hukuk hâkiminin istiklâli» prensibini burada da tatbik etmek icap eder mi? Yoksa mezkûr maddenin aksine olarak cezada verilen beraat kararile hukuk hâkimini mukayyet tutmak lâzım mıdır?

Federal mahkemeye göre, [1] babalık davasında hukuk hâkimi, ceza hâkiminin maddî hadise hakkındaki takdiri ile bağlı değildir, ve cezada verilen beraat kararı cinsî münasebetlerin ademi vukuu hakkında bir delil teşkil etmez. Çünkü 301 inci maddenin ilk fıkrası mucibince cinsî münasebetleri isbat için, bu hususta çok kuvvetli bir ihtimal (une forte probabilité) mevcut olduğunu ispat etmek kâfidir. [2] Eğer hukuk hâkimi ceza hâkiminin kararile bağlı olursa, hukukta delillere mütealik olan bu serbesti ihlâl edilmiş olacaktır. Zira caza hâkiminin delilleri takdiri hukuktakine nazaran daha sert bazı kaidelere, ezcümle (şüphe halinde beraat kararı verilir — in dubio pro reo) prensibine tabidir. Keza Federal mahkemeye göre, Borçlar kanununun 53 üncü maddesinde haksız fiillerden mütevellit mes'uliyet davaları için ifade edilmiş olan prensip, hukukun bütün aksamında kabili tatbik umumî bir kaide olarak telekki edilmelidir. Vakıa yeknazarda bu kaidenin yalnız haksız fiillerden mütevellit borçlar hakkında kabili tatbik olduğu düşünülebilr, çünkü kanunun haksız fiiller bahsında yer almıştır. Fakat bunun sebebi, medenî hukukun diğer bahislerinden ziyade haksız fiiller bahsında aynı hadiselerin

[1] ATF. 12 septembre 1940, JdT, 1940 p. 583
[2] ATF. RO. 43. II.p. 564

248

hem ceza hem hukuk davasının mevzuunu teşkil etmeleridir. Bununla beraber ceza ve hukuk hâkiminin aynı hadiseyi tetkik etmek mecburiyetinde oldukları bütün hallerde Borçlar kanununun 53 üncü maddesindeki prensibin ratio legis'i tahakkuk eder, ve mezkûr prensibin tatbik edilmesi lâzımgelir.

C. — Nufuzu sui istimal. — Bu tabirle kendi hâkimiyeti altında bulunan kadını gayri meşru münasebetlere icbar etmek için elinde mevcut olan ikdidarı gayesinden inhiraf ettiren kimsenin hareketi kastolunmuştur. „Hâkimiyeti altında bulunan kadını" tabirini biraz izah edelim: Bu hâkimiyet veya tabiiyet münasebeti amme hukukundan veya hususî hukuktan mütevellit olabileceği gibi hukukî veya münhasıran filî de olabilir. Meselâ müddeaaleyh cinsî münasebetler zamanında ananın vasisi, müşaviri, patronu, âmiri, hâmisi, gardiyanı olabilir. Her hadisede erkeğin kadın üzerindeki iktidarını sui istimal edip etmediğini hâkim tetkik ve takdir etmekle mükelleftir. Egger umumî bir şekilde, bir misal olarak, hâkimiyet ve iktidara sahip olan şahsın kendi hâkimiyeti altında bulunan ve henüz bâkire olan kızı cinsî münasebetlere ikna etmesi kalini zikrediyor. [1] Fikrimizce kadının bâkire olması zarurî bir şart değildir.

II. — Medenî kanunumuzun 310 uncu maddesine göre, münasebeti cinsiye zamanında müddeaaleyh evli idise babalığa hükmolunamaz. [2] Yukarıda müddeaaleyhten bahsederken bu noktaya temas etmiştik. Bu hükmün sebebi hikmeti müddeaaleyhin eşinin ve nesebi sahih çocuklarının menfaatlarını korumak endişesidir.

Müddeaaleyh cinsî münasebetler zamanında bekâr olup da dava zamanında evli bulunursa babalığa hükmolunabilir. Bu suretle evlenme haricinde bir çocuk tevlit ettikten sonra derhal evlenerek babalığın hükmen tayininden kurtulmak imkânı bertaraf edilmiştir. Fakat bu halde, müddeaaleyhin karısı, kocasının evlenmeye takaddüm eden zamana ait nesebi gayrı sahih bir çocuğu olduğundan haberdar olmıyarak evlenme akdine rıza göstermişse, birdenbire zuhur eden bu tabiî çocuk onun menfaatlerini haleldar eder. Lâkin İsviçre ve Türk vazıı kanunları bu vaziyete bir tedbir almak lüzumunu hissetmemişlerdir. Halbuki Fransız medenî kanununda şöyle bir hüküm mevcuttur:

„Evliliğin devamı müddetince, karı kocadan biri tarafından, evlenmeden evvel kendi eşinden başka birisile vaki cinsî münasebetlerinden hasıl olma bir tabiî çocuk lehine yapılan tanıma, ne diğer eşe ne de bu evlenmeden doğan çocuklara zarar verir. Bununla bera-

[1] Egger art." 1 — n. 2. c.

219

ber, evlilik zail olduktan sonra eğer bu evlenmeden çocuk da kalmamış ise tanıma hükümlerini icra eder." (FmK. m. 337)

Fransız mahkemeleri buradaki (tanıma) tabirinin içine mahkeme tarafından babalığa hükmolunması halini de idhal etmişlerdir. [1] Sözü geçen hükme benzer bir kaidenin kanunumuzda mevcut olmaması da gösteriyor ki İsviçre ve Türk kanun vazıları nesebi gayrı sahih çocuğun menfaatlarını daha ziyade iltizam etmişlerdir.

Müddeaaleyhin cinsî münasebetler zamanında evli olması halinde babalığa hükmedilemiyeceği muhtelif Temyiz kararlarile de teyit edilmiştir. [2]

III. — H ü k ü m (le jugement). — Buraya kadar tetkik ettiğimiz şartlar tahakkuk ederse hâkim, müddeaaleyhin babalığına hükmeder. Şunu da ilâve etmek lâzımdır ki babalığa hükmolunabilmesi için müddei tarafından böyle bir talebin vaki olması lâzımgelir. Dava yalnız nafakaya mütedair ise hâkim resen babalığa hükmedemez.

Acaba hüküm inşaî mi yoksa izhari midir? Tabiri diğerle «constitutif» mi yoksa «déclaratif» midir? mes'ele ihtilâflıdır. İsviçrede hükmün déclaratif yani izharî mahiyette olduğu fikri galiptir. [3] Mamafih aksi reyde olanlar da vardır. [4] Bizim kanunumuzun 310 uncu maddesindeki ifade daha ziyade bu ikinci fikre kuvvet verecek mahiyettedir. Bu maddedeki (hâkim ..... onun babalığına hükmeder,) ifadesi bizi hükmün inşaî mahiyette olduğunu düşünmeğe sevkedebilir. Fakat mehazimiz olan İsviçre medenî kanununda bizim 310 uncu maddeye tekabül eden 323 üncü maddede (le juge ..... déclare la paternité du défendeur.) denmiştirki burada kullanılan déclarer kelimesi hükmün déclaratif mahiyette olduğunu işrap etmektedir. Bunun neticesi olarak hükmün neticelerinin rétroactif, yani makabline şamil olduğunu kabul etmek lâzımdır. Meselâ dava esnasında müddeaaleyh ölmüş ise müddeaaleyhin babalığına dair verilen hüküm üzerine çocuk onun mirascısı olur. Çünkü gayrı sahih nesep rabıtası hâkimin hükmile teessüs etmemiş, bu hükümden daha

[1] Bordeaux, 25 mai 1892. Dalloz p. 94. 2. 50; (Recueil priodique et critique, mensuel, Dalloz), Douai 26 fév. 1903. D. p. 1904. 1. 385 et la note de M. Planiol.

[2] "Cinsî münasebetler zamanında evli olan kimsenin babalığına hükme kanunen cevaz yoktur.„ Temyiz M. 1 H. D. 8/5/940 T. 1 "Müddeaaleyhin evli olduğu anlaşılmasına binaen nesep davası mesmu değildir.„ Temyiz mahkemesi Hukuk kararları: cilt: 16, sene 1932, s. 107

[3] Egger 302 n. 3; Vuille p. 38; Décoppet n. 141

[4] Guisan. Cours de droit de Famille p. 92-93

250

mukaddem olan cinsî münasebetler zamanında teessüs etmiştir. Hâkimin hükmü ancak evvelce mevcut ve müesses olan bir rabıtayı izhardan ibarettir.

IV. — Hükmün n e t i c e l e r i. — (les effets du jugemen) Müddeaaleyhin ahvali şahsiyeye ait bütün netayicile babalığına hükmedildiği takdirde bu hükmün ne gibi netayiç tevlit edebileceğini de tetkik etmek lâzımdır. Babalığın hükmen tayininden neş'et eden netayiç, aile hukukuna veya miras hukukuna müteallik olabilir. Evvelâ aile hukukuna müteallik olan hükümleri tetkik edelim:

A. — Hükmün aile hukukuna müteallik neticeleri: —

1. Tabiî çocuğun i s m i. — Babalığa hükümden evvel çocuk anasının aile ismini taşır. Babalığın hükmen tayinini müteakip çocuk anasının soy adını kaybederek babanın soy adını alır. (K. M. 312 f. 1) Bu madde sahih nesep bahsındaki 259 uncu maddenin yerini tutar. Kanunumuzun 312 inci maddesinin ilk fıkrasındaki hüküm intizamı âmmeye taallûk eder. [1] Yani babalığa hüküm sadır olduktan sonra nesebi gayrı sahih çocuk babasının ismini almağa mecburdur. Baba, ana ve çocuk bu mecburiyetin hilâfına mukavele tanzim edemezler. Eğer babalığa hüküm sadır olduktan sonra ihmal veya teseyyüp neticesi olarak çocuğun nüfus kütüğünde hâlâ anasının ismi yazılı olarak kalmış ise medenî kanunun 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında beyan edildiği şekilde bir tashih ile mes'ele halledilebilir. [2]

2. Çocuğun vatandaşlık h a k l a r ı. — Babalığa hükmolunduktan sonra nesebi gayrı sahih çocuk babanın vatandaşlık haklarını iktisap eder. (K. M. 312 f. 1) Eğer ana Türk baba ecnebi ise vatandaşlık kanununa göre babalığa hükümden sonra dahi çocuk Türk olarak kalır. Yani medenî kanunun bu hükmü tatbik olunmaz.

3. Evlenme memnuiyeti. — Nesebi gayrı sahih çocukla medenî kanunun 100 üncü maddesinde yazılı olan tabiî hısımları arasında evlenme memnudur. Fransız medenî kanununda da hüküm böyledir. (Fmk. 161, 162) Alman hukukunda da aynı memnuiyet mevcuttur. (BGB. 1310 f. 3)

4. Çocuğun terbiye, infak ve iaşesi. — Ana ve baba nesebi gayrı sahih çocuğu infak ve iaşeye müteselsilen borçludurlar. Babalığa hükümden sonra babanın nesebi gayrı sahih çocuğa bakmak mükel-

[1] Robert, Dela condition juridique de l'enfant naturel dans le code civil suisse et le code civil allemand. Cenèvre 1912 p. 369

[2] Egger art. 325 n. 2

251

lefiyeti nesebi sahih çocuğa karşı olan vecibelerinin aynıdır. (K. M. 312 f. 2) Eğer baba, çocuğun infak ve iaşesine medar olabilecek menabie malik değilse çocuğu ananın tamamen infak eylemesi lâzımgelir. Bu kaidenin aksi de sahihtir.

Çocuğun infak ve iaşesine gıda, elbise, mesken ihtiyacı ve hastalık halinde tedavi ücretleri dahildir. [1] Tabiî babanın vecibeleri kanunumuzun 315 ve müteakip maddelerinde yazılı usul ve furuğ ve kardeşler arasındaki nafaka borcile karıştırılmamalıdır. Tabiî babanın vecibeleri, sahih nesep bahsında 261 inci madde de tanzim edilmiş olan meşru babanın vecibelerine benzer. (K. M. m. 312 f. 2)

Babalığına hükmolunan şahsın vecibeleri ile yalnız çocuğa nafaka vermeğe mahkûm olup babalığına hükmedilmemiş olan kimsenin vecibeleri arasında da bazı farklar me cuttur :

Eğer babalığa hükmedilmemiş ise tabiî pederin vecibeleri çocuğun onsekiz yaşını ikmal etmesine kadar devam edib çocuk onsekiz yaşını ikmal edince nihayet bulur. (K. M. 303) Halbukki babalığına hükmedilen şahsın çocuğa infak ve iaşe vecibesi böyle bir zaman ile tahdit edilmemiştir. Kanunumuzun 297 inci maddesinin son fıkrasına göre eğer müddeialeyhin babalığına hükmedilmiş ise velâyetten mütevellit borçların edası 303 üncü madde mucibince çocuğa yapılması lâzımgelen tediyat yerine kaim olur. [2] Fakat memleketimiz tatbikatında mevcut bir telekkiye göre babalığa hüküm halinde dahi babanın vecibeleri çocuğun reşit olmasile nihayet bulur. Eğer bu tarihten sonra çocuk hâlâ muhtacı muavenet bir halde ise kanunun 315 inci maddesine tevfikan babası aleyhine nafaka davası açabilir.

İsviçrede tatbikat ve nazariyat sahasında bu telekkiye muhalif bir fikir mevcuttur. İsviçredeki kanaata göre, babanın infak mükellefiyeti, babalığa hüküm halinde, çocuk terbiye ve tahsilini ikmal edinceye kadar devam eder ve binnetice rüşt yaşı ile mahdut değildir. [3]

Tatbikatta babalığa hüküm ile birlikte babanın çocuğa muayyen bir meblağ tediyesine mahkûm edilmesi de talep olunmaktadır. Fakat bazı kere, bunun aksine olarak babalık davasında nafaka talep edilmemiş olabilir. Bu taktirde baba, çocuğa karşı vecibelerini ifada imtina ederse baba aleyhine tekrar dava ikame olunarak iştirak nafakasının hükmen tayini talep olunabilir.

5 – Babası hükmen tayin edilmiş çocuk üzerinde velâyet hakkı.— Gayrı sahih nesepte velâyet hakkı sahih neseptekinden esas itibarile

[1] Planio — Ripert, T aité lélé. T. I. n. 6081, Rossel T. I. n. 715

[2] Fedaral mahkemenin şu kararına bakınız: ATF. 3 mart 1920, JDT. 1920 P.313.

[3] Possel T. I. n. 620

252

farklıdır. Sahih neseptekinin aksine olarak tabiî çocuk üzerindeki velâyet hakkı mücerret çocuk ile baba arasındaki nesep rabıtasından neş'et etmez. Mahkemece bu hususta bir karar itası lâzımdır. Diğer tabirle gayrı sahih nesepte velâyet hakkı datif dir. Yani velînin, vasayette olduğu gibi hâkim tarafından nasp ve tayin edilmesi lâzımdır. Sulh mahkemesi, evlenme harici bir doğumdan haberdar edilir edilmez çocuğun menfaatlarını himaye etmek üzere bir kayyım tayin eder. (K. M. 298. H. UM. 492) Babalık davası bittikten sonra eğer müddeialeyhin babalığına hükmedilmiş ise asliye mahkemesi şu üç sureti halden birini intihap eder:

a. — Velâyetin babaya tevdii,

b. — Velâyetin anaya verilmesi,

c. — Bir vasi tayini, (K. M. m. 298 son fıkra)

Mahkeme bu üç sureti halden birine karar vermek hususunda yalnız çocuğun menafiini nazarı itibara alır. Ana ve babadan her biri velâyetin kendilerine verilmesini talep ederlerse hâkim, bunlardan hangisinin çocuğun menfaatleri bakımından daha emin olduğunu tedkik edip ona göre karar vermekle mükelleftir. Çacuğun yalnız şahsî menfaatlerini nazarı itibara almak lâzımdır. Çünkü çocuğun malî menfaatleri başka suretle tahti emniyete alınabilir. (K. M. 314) Keza çocuğun yalnız hali hazırdaki menfaatleri mevzuubahistir. Zira istikbalde ahval ve şerait değişince velâyet hakkının kime tevcih olunacağı yeniden tedkik olunabilr. Velâyetin evvelce tevcihedilmiş olduğu şahıstan alınarak ebeveynden diğerine verilmesi için 274 ve 275 inci maddelerdeki sebeplerden başka hususlar da nazara alınabilir. Baba mukavele ile velâyeti anaya terk etmiş olabilir. Fakat bu mukavelenin mahkemece tasdik olunması lâzımdır. Buna rağmen ana vazifelerini ihmal eder veya velâyeti ifadan aciz olur veya çocuğun menfaatleri bakımından ananın nezdinde kalması artık zararlı görülürse baba, vaz'iyetin tedkikini ve velâyetin kendisine tevdiini talep edebilir. [1]

Eğer babalığa hükmedildikten sonra hâkim, velâyetin ana babadan birine verilmesini çocuğun menfaatleri bakımından zararlı görürse çocuğa bir vasi tayin eder. (M. K. 298) Bu takdirde ebeveyn velâyet hakkına malik olmazlar. Bu bahiste atideki hususları da tedkik etmek lâzımdır:

a. — Çocuğun ikametgâhı. — Velâyet hakkı ebeveynden birine tevcih edilmişse çocuğun ikametgâhı velisinin ikametgâhıdır. (M. K. 21) Eğer çocuk vesayet altına konmuş ise, çocuğun ikametgâhı mahkemenin bulunduğu yerdir. (M. K. 21) Henüz çocuğa vasi tayin edil-

[1] ATF. 7 juin 1923, JdT. 1923 p. 578

253

mediği gibi velâyet mes'elesi de halledilmemiş ise çocuğun ikametgâhı ananın ikametgâhının bulunduğu yerdir. [1]

b. — Çocukla şahsî münasebetlerde bulunmak hakkı.

aa. — Ananın hakkı. — Eğer babanın hükmen tayininden sonra çocuk onun velâyetine tevdi olunmuş ise ana çocuk ile şahsî münasebette bulunmak hakkına maliktir. (K. M. 313 f. 1) Bu madde sahih nesep bahsine ait 148 inci maddenin 3 üncü fıkrasına tekabül eder. Şahsî münasebetlerden maksat ana ve çocuk tarafından yapılan mutat ziyaretlerdir. Çocuğun vesayet altında olması halinde bile ana bu hakka maliktir. Mahkeme, ziyaretlerin mahallini, zamanını ve imtidadını tayin eder. Bu hususta nazara alacağı yegâne şey çocuğun menfaatlarıdır. Ananın çocukla şahsî münasebetleri çocuğun maddî ve manevî inkişafına zarar vermemelidir. [2] Ana, ahlâkî vaziyeti itibarile şayanı itimat görülemiyorsa çocuk ile şahsî münasebetlerde bulunmak hakkı mühim tahdidata uğrar.

bb. — Babanın hakkı. — Medenî kanunumuzun 313 üncü maddesinin birinci fıkrası yalnız ananın çocukla şahsî münasebetlerde bulunacağından bahseder. Fakat velâyet hakkı anaya tevdi edilmiş veya çocuk vesayet altına konmuş olursa babanın da çocuk ile şahsî münasebetlerde bulunabileceğini kabul etmek lâzımdır. [3]

c. — Velâyet hakkının taksimi. — Gayri sahih nesepte ana baba bir arada yaşamadıkları için velâyet hakkını müştereken istimal etmelerine imkân yoktur. Bu itibarla, yukarda gördüğümüz gibi, hâkim velâyeti ana babadan birine verebileceği gibi çocuğu vasayet altına da koyabilir. Fakat kanunumuzun 313 üncü maddesindeki hükme nazaran mahkeme önceden de velâyeti ana baba arasında taksim edebilir. Mahkeme, re'sen veya ananın talebile çocuğun muayyen bir yaşına kadar ananın ve bu yaştan sonra babanın velâyeti altında kalmasını emredebilir. (K. M. 313) Ana, her zaman bunu talep etmek hakkına maliktir. Kanun her nekadar velâyetin taksimini talep etmek hakkını anaya vermiş ise de mahkeme re'sen de bu cihetı nazara alabileceğine göre baba da mahkemeyi bu yolda bir karar ittihaz etmek üzere tahrik edebilir. Çocuğun ilk yaşlarda anaya tevdi edilmesi iktiza eder. Çünkü çocuk hayatının ilk senelerinde anasının ihtimamına muhtaçtır.

d. — Çocuğun malları üzerinde idare ve intifa hakkı. — Sahih nesepte ana babadan velâyet nez olunmadıkça bunlar sinni rüşte

[1] A. T. F. b 18 juin 1941, JdT. 1941 P. 590
[2] Egger art. 326 n. 1
[3] Egger art. 326 n. 1

254

vusulüne kadar çocuğun malları üzerinde idare ve intifa hakkına maliktirler. (madde 278, 280) Gayri sahih nesepte ise vaziyet böyle değildir. Kanun bu hususta hâkime geniş bir takdir hakkı vermiştir. Velâyet hakkını anaya veya babaya verirken bunların çocuğun malları üzerindeki haklarını da tayin eder. (m. 314) Bu hükümden anlaşıldığına göre gayri sahih nesepte, çocuğun malları üzerindeki idare ve intifa hakkı zarurî surette velâyet hakkına merbut değildir. Mahkeme her hadisede ahval ve şeraiti serbestce tedkik ve takdir ederek çocuğun menfaatleri bakımından en faydalı gördüğü kararı ittihaz edecektir. Bir fikir vermek için şu halleri zikredebiliriz:

1. Mahkeme velâyet hakkını kime tevcih etmişse malların idaresini de ona verebilir.

2. Mahkeme malların idaresini bir kayyıma havale edebilir. Bu takdirde velâyet hakkına malik olan ana veya baba çocuğun malları üzerinde bir gûna idare hakkına malik olamaz.

3. Hâkim, malların idaresi hususunda vesayete müteallik kaidelerin tatbik olunmasını emredebilir, mad. 398, 407 n. 8, 413, 421. n. 2) [1]

Mahkeme mallar üzerindeki intifa hakkının da kime ait olacağını tayin etmelidir. Eggre'e göre bu intifa hakkı ana ve babaya, çocuğa karşı olan vecibelerini ifa ettikleri nisbet dahilinde bahşolunmalıdır. Hemen ilâve edelim ki 314 üncü maddenin tatbikatta büyük bir ehemmiyeti olamaz. Maamafih nesebi gayri sahih çocuğun büyük ana veya büyük babasından vasiyet tarikile ehemmiyetli surette mal tevarüs ettiği hallerde bu maddedeki hüküm önem iktisap eder.

6. — Gayri sahih nesepte nafaka mükellefiyeti. — Babalığa hüküm, nesebi gayri sahih çocukla tabiî baba ve onun kan hısımları arasında bir hısımlık tevlit ettiği için çocuk zarürette ise, kanunumuzun 315 inci maddesine istinaden, usulü aleyhine nafaka davası ikame edebilir. Şartları mevcutsa tabiî kardeşlerinden de nafaka talep edebilir. Bilmukabele tabiî baba da nesebi gayri sahih çocuğa karşı bu hakka maliktir.

B. — Hükmün miras hukukuna müteallik neticeleri:

İsviçre ve Türk medeni kanunları babasına nisbeti babalık hükmü ile taayyün eden çocuğun babanın mirasçısı olduğunu kabul etmiş ve vasiyetname mevcut olduğu takdirde çocuğa mahfuz hisse tanımışlardır. Evvelâ vasiyetname mevcut olduğu takdirde (succe-

[1] Egger art. 327 n. 2

255

ssion ab intestat) çocuğun miras hakkını tetkik edelim, bunu müteakip vasiyetnameli mirasta çocuğun mahfuz kissesini görelim.

I. Vasiyetnamesiz mirasta tabiî çocuğun miras hakkı. — Babalığın hükmen tayini ile çocuk babasının ve baba tarafından olan kan hısımlarının mirasçısı olur. [1] Nesebi gayrı sahih çocuğun anasından tevarüsü halinde nesebi sahih çocuklarla bunun arasında hiç bir fark mevcut olmadığı halde babasından tevarüs ettiği takdirde nesebi sahih kardeşlerile tabiî çocuk arasında fark mevcuttur, ve bu fark nesebi sahih çocuklar lehinedir.

Filhakika kanunumuzun 443 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, «baba tarafından nesebi sahih olmıyan bir çocuk yahut furuğu, babasının nesebi sahih furuğlarile içtima ederse, nesebi sahih bir çocuk veya furuğlarına isabet eden hissenin yarısını alırlar.» Nesebi sahih furuğun ademi mevcudiyeti halinde tabiî çocuk tamamen nesebi sahih bir çocuk gibi muamele görür. İsviçre ve Türk kanunlarınca nesebi gayrısahih çocuğun miras hakkına yapılan yegâne tahdit budur. Acaba bu tahdidatın sebebi nedir? Ötedenberi aile müessesesi cemiyetin temelini teşkil etmektedir. Modern cemiyette de aile cemiyetin temeli ve çekirdeğidir. Vazıı kanun kabul etmiş olduğu madeni, cezaî ve idarî ahkâm ile aile müessesesinin himayesini istihdaf eder. Bu suretle cemiyetin temelini korumuş olur. Miras bakımından nesebi sahih çocuk ile nesebi gayrı sahih çocuk arasında tam bir ayniyet kabul edilmiş olsaydı bu vaziyet evlenmenin prestijini sarsabilirdi. İşte bu sebeledirki İsviçre ve Türk kanun vazıları nesebi gayrı sahih çocukların, miras bakımından, tamamen nesebi sahih çocuklara benzetilmelerini kabul etmemiştir. [2]

Şimdi şu vaziyetleri tetkik edelim:

a. — Babasına nisbeti tanıma veya babalığa hüküm ile taayyün eden çocuk babanın mirasçısı olur. Eğer babanın nesebi sahih furuğu ve eşi yoksa tabiî çocuk bütün diğer zümreleri bertaraf ederek mirasın tamamını alır.

b. — Tabiî çocuk babanın nesebi sahih çocuklarile beraber mirasçı ise; İsviçre medenî kanununun 461 inci maddesinin 3 üncü fıkrası (bizim mad. 443 f. 3) iki farklı tefsire yol açmıştır:

1. Martin'e göre [1] nesebi gayrı sahih çocuğun miras hissesi

[1]. Nesebi gayrı sahih çocuk ananın ve ana cihetinden olan hısımlarının mirasçısıdır. (mad. 443)

[2] Exposé des motifis du CCS. P. 203

[11, Rehfous — Martin, L' Introduction à l'étude du code civil suisse P. 105

256

eğer nesebi sahih olsaydı almış olacağı payın nısfıdır. Binnetice eğer bir nesebi sahih kardeşi ile beraber babasının mirasına davet olunuyorsa mirasın dörtte birini alacaktır.

2. İsviçre hukukçularının büyük ekseriyetin bu fikre muhaliftirler. [2] Filhakika kanun, sadece nesebi gayri sahih çocuğun nesebi sahih bir çocuğa veya furuğlarına isabet eden hissenin yarısını alacağını söylüyor. Mütehassıslar komisyanunda İsviçre medenî kanununun projesini hazırlıyan Huber bu hükmü izah için şu şekilde beyanatta bulunmuştu: «Nesebi sahih çocuk iki elile nesebi gayrı sahih çocuk bir elile alır.»[3]

Bu izahata nazaran, nesebi gayrı sahih çocuğun miras hissesini hesap etmek için nesebi sahih çocukları iki, nesebi gayrı sahihleri bir hesap etmek lâzımdır. Eğer muris, bir nesebi gayrı sahih çocukla bir nesebi sahih çocuk bırakmış ise mirasın üçe taksim edilmesi lâzımgelir. Üçte ikisini nesebi sahih çocuk alır, üçte birini de nesebi gayrı sahih çocuk alır. Fransız medeni kanununun 758 inci maddesi Martin'in yukarda gördüğümüz noktai nazarına uygun bir hüküm kabul etmiştir. Binnetice nesebi gayrı sahih bir Fransız çocuğunun nesebi sahih kardeşlerile alacağı miras hissesi nesebi gayrı sahih bir Türk veya İsviçreli çocuğun payından paha azdır.

c. — Babalığa hükmedildikten sonra eğer nesebi gayrı sahih çocuk furuğ bırakmaksızın ölürse hükmen tayin edilmiş olan babası ve babasının nesebi sahih furuğu tabiî çocuğun mirasına malik olurlar. [4]

2. — Vasiyetnameli mirasta tabiî çocuğun hakkı. — Burada tabiî çocuğun mahfuz hissesini ve lehine yapılmış bir tasarruftan istifadelenmek ehliyetini tetkik edeceğiz:

a. — Tabiî çocuğun mahfuz hissesi. — Tabiî çocuğun mahfuz hissesi, nesebi sahih çocuklar gibi, onun miras hakkının dörtte üçüdür. Eğer tabiî çocuk babasının meşru çocuklarile içtima etmiyorsa vasiyetnameli mirasta eline geçecek olan pay nesebi sahih bir çocuğunki gibidir. Fakat tabiî çocuk babasının meşru çocuklarile içtima ediyorsa vasiyetnameli mirasta eline geçecek olan pay meşru çocuklara nazaran farklı olacaktır. Fakat bu fark mahfuz hissesinin farklı oluşundan değil asıl miras hissesinin farklı oluşundandır.

[2] Curti 46 In. 12, Escher 461 n. 3

[3] Proces — Verbaux de la Commission d'Experts du code civil, P. 522.

[4] Escher art. 461 n. 3

257

b. — Tabiî çocuğun ölüme bağlı bir tasarruftan istifade etmek hakkı. – İsviçre ve Türk vazıkanunları tabiî çocuğun ölüme bağlı bir tasarruftan istifade etmek hakkını hiç bir tahdide tâbi tutmamışlardır. Baba ölüme bağlı bir tasarrufla bütün tasarruf nisabın tâbii çocuğa bırakabilir. Fransız medeni kanununda bu hususta bazı tahdidat mevcuttur. (FmK. 908 f. 2)

c. — Tabiî çocuğun ölüme bağılı bir tasarruftan istifade etmek hakkı. — kanunumuz bu hususta da hiç bir tahdit vaz etmemiştir. Fakat nesebi gayrı sahih çocuğun ölüme bağlı olmıyan bir tasarrufla iktisap ettiği mallar, muayyen şartlar dahilinde, tenkisa tabidirler.

Fransız medeni kanununda tabiî çocuğun ölüme bağlı olmıyan bir tasarruftan istifade etmek hakkı da tahdit edilmiştir. (FmK. 908 f. 1)

son

No: 16

Yeni Hukukumuz ve hâkimin faal Rolü

Yazan : Dr. K. Fikret ARIK

Hâkimin ana vazifesi, teşkilâtı esasiye kanunumuzun 8 inci maddesinde yazılı olduğu gibi usul ve kanun dairesinde müstakillen icrayı kaza etmektir.

Bu yazıda maksadımız hâkimin bu umumî ve malûm kaza hakkı üzerinde durmak değil, muazzam bir hukukî inkilâp devresinin mahsulleri olan hususî hukuk kanunlarımızın, millet namına kaza hakkını istimal eden hâkimi, adâlet ve kak ülkülerinin gerçekleşmesi için hangi mühim selâhiyetlerle techiz ettiğini göstermektir.

Mevzuumuzun genişliği, bizi her biri başlı başına bir incelemeye esas teşkil edebilecek olan hukukun bir çok ana mes'elelerine sadece temas etmek zorunda bırakacak ve yazımıza kısa bir «toplu bakış» mahiyetini verecektir. Bununla beraber, böyle umumî karakterde bir incelemenin iki bakımdan faydalı olabileceğini sanıyoruz:

1 — Şimdiye kadar umumîyetle, hâkimin selâhiyetlerinden şu veya bu hukukî müessesenin tetkiki esnasında, yani ârizî olarak bahisedilmiştir. Halbuki terkibî bir tetkik, yani hakkı ve adâleti muzaffer kılma yolundaki mücadelesinde sadece otamatik bir adâlet dağıtıcısı olmaktan çok uzak bulunan hâkimin selâhiyetlerini, müstekillen incelemek de lâzımdır.

2 — Bundan başka, hususî hukuk alanında yeni kanunlarımızın mer'iyete girişine kadar tatbik edilmekde bulunan mevzuat ve tatbikatta hâkim olan zihniyet, hâkime geniş bir takdir hakkı vermekten, hâkimi adâlet ve cem'iyetin ülkülerinin tahakkuku için faydalı, hatta zarurî kanunî vasıtalarla techiz etmekten uzakdı. Filhakika, medenî hukuk sahasında başlıca müdevven kanunumuz olan Mecelle casuistique teşriî metodu takip ettiğinden, her hadiseyi önceden derpiş etmeğe ve ona kanunî bir hal şekli vermeğe çalışıyor, teferruattan sayılabilecek mes'eleleri bile kaidelere bağlamak azminde bulunuyordu. Bu usul, hâkimin faaliyetinin temamen bürokratik bir hale konulması ve kanun vaziinin, bütün hayat münasebetlerini tan-

zim işini kendi eline almak ve hâkime bunların tatbiki gibi mihanikî bir rol bırakmak hususunda gösterdiği kıskanç temayülün eseri idi. « . . Kanun dilile yapılmış olan tarifler, hâkimleri sıkı bir çenber içine almışdı. Mantıkın icablarına temamen uygun görünen hukukî kaideler, hayatın icablarına uymayordu. Tatbikatcılara her şeyi kolaylıkla izah etmek arzusuna kapılan Cevdet Paşa, yaptığı tariflerle, getirdiği misâllerle Mecelledeki hayatiyeti ortadan kaldırmıştı.»[1]. Diğer cihetten, «hâkim Mecellenin her hangi bir maddesini fakıhların anlayışından başka türlü anlayamaz ve zemanının ihtiyaçlarını göz önünde tutarak ona bir mana veremezdi. Mademki İmamı Âzam kadar düşünme kabiliyetini haiz hukukcularımız yoktu; o halde artık içtihada da izin verilemezdi. Bu düşünce, İslâm hukukundaki — her hangi bir hukukta bulunması zarurî olan — ihtiyaçları karşılayabilme kabiliyetini temamen kaldırıyordu.» [2] Hâkim, kanunun, hatta dinin âmir hükümlerini bertaraf edecek mahiyette olan *şer'î hileleri* müessir bir şekilde önleyecek hukukî vasıtalara pek de malik sayılamazdı. [3]

Nihayet, yeni kanunların tatbikine tekaddüm eden devrede, hukuk davalarında hâkimin takdir nakkı olmadığına dair yanlış bir kanaatın yerleşmiş olduğunu, bu kanaatla mücadele etmiş olan selâhiyetli bir kalemden öğreniyoruz. [4]

---

[1] — Esat Arsübük: Medenî Hukuk. Cilt I. Sahife 58

[2] — Esat Arsübük: Medenî Hukuk. Cilt I Sahife 47

[3] Esat Arsübük: Op. Cit. S; 142 Not, 28: „ eski hukukumuz dahi inceden inceye tahlil edildiği takdirde belki de hüsnü niyet esasına varabilecek olan bir mefhum vardıki buna (Zumuşer'i) denilir. Fakat İslâm hukukcuları bu mefhum üzerinde hakkın sui istimalinde olduğu gibi müsbet cihetten çalışmamışlar, belki bütün gayretlerini, İslâm hukukunun kat'i ve değişmez kaidelerini zamanın icaplarına uydurmak için menfi cihetten inkişaf ettirmişlerdir. Fakat bu gavret, İslâmın içtimaî ve ahlâkî bir çok müesseselerini ortadan kaldırmak gibi bir neticeye varır. Filhakika yalan yere yemin etmek en büyük günahtı. Fakat yemin ederken lehivden müştak bir kelime kullanılarak vallahi denilecek yerde vellehi denilirse günah yoktu. Şu halde bir yemin ile hâkim aldatılabilirdi. . . İslâm hukukunda bir müslümanın faiz alması memnu idi Fakat meşhur helâli saat bedeli formülü ile hiç bir günah işlemeksizin faiz alınabilirdi. Kezalik malı olan kimse kurban kesmeğe mecburdu. Fakat bu borcun yerine getirileceği zeman mallarını karısına veya çocuğuna hibe ederse bu mecburiyetten kurtulurdu. Çünkü malı kalmamıştır. Çocuk ise dinî mükellefiyetler altında bulunmadığından ona kurban kesmek lâzımgelmezdi„

[4] — Mehmed Cevat (Halen Temyiz mahkemesi 4 üncü ceza dairesi sayın reisi): Hükkâmın takdiri ve karain ile amel, İstanbul, 1340 sahife 1 ve müteakip: "bizde silki adliye müntesip olanlarca yanlış anlaşılmış bir mes'ele vardır: Hâkim yalı-

260

Bu gün vaz'iyet temamile değişmiştir: hâkimi sıkı sıkı bağlayan ezici şekil ve ruh bağları yerine mer'i kanunlarda hâkime çok geniş bir takdir hakkı verildiğini görüyoruz. Hâkim, hukukun tatbikinde artık pasif bir alet olmaktan çıkmış, yüksek adalet prensiplerinin tahakkukunda çok faal ve ehemliyetli bir rol oynamağa davet edilmiş bulunuyor. Filhakika, Medenî kanunumuzun daha birinci maddesinde hâkime, bazı şartlar altında, kanun vazii gibi hareket edebilme selâhiyetinin verilmiş olduğunu görüyoruz. Bir az sonra, hâkim, hakların kullanılması, borçların ifasında hüsnü niyet kaidelerine riayet edilmesini temine çalışan yüksek murakip, bir hakkın sırf gayri izrar eden sui istimalini kanun korumayacağını beyan eden büyük otorite olarak nazarımızda yükseliyor. (Medenî kanun madde 2). Daha sonra, kanun vazii koyduğu mücerred ve umumî prensiplerin tatbikinde hâkimin takdirine pek vasi ve mühim bir atıfta bulnuyor. (Medenî kanun madde 4). Diğer cihetten, ferdi başlı başına bir gaye olarak kabul eden Kant felsesesinin tesiri altında bulunan kanun vazıı, medeni haklardan ve onları istimalden kısmen olsun ferağatin tecviz edilemeyeceğine, hüriyetin ferağ olunamayacağı gibi kanun veya adabı umumiyeye aykırı surette takyit dahi edilmeyeceğini en emerjik bir ifade ile beyan ederken bu prensibi bozan muameleleri hükümsüz sayma selâhiyetini hâkime tanıyor. (Medenî kanun, madde 23). Bundan Başka, *hâkim, şahsî hürriyetin titiz gözeticisi, esaret mahiyetini haiz mukavelelerin şuurlu iptal edicisi olarak karşımıza çıkıyor.* Nihayet, şekli ve muhtevası itibarile en geniş bir mukavele hüriyeti rejimi kuran kanun vazii, cem'iyetin düzgün, sağlam bir hayat sürmesi için zarurî esasları teyit eden âmir hükümlere, umumî âdâba aykırı mukavele yapılamayacağını bildiriyor; ve böylece doğrudan doğruya veya dolambaçlı, hileli yollarla âmir hükümlere, umumî adaba uymayan gayeler güden mu-

nız mevaddı cezaiyede hakkı takdire maliktir. Deaviyi hukukiyede hâkimin hakkı takdiri yoktur. Hukuk hâkimi tarafeynin ikame ve ibraz edecekleri beyyinatla mukayyettir... Esbabı hüküm mademki tahassül etmiş, hakime hükmetmek vacip olur. Vebali şahitlerin, müzzekkilerin, ikâme edenin olsun, umuru batiniyeye nüfuz, beşer için imkân haricindedir. Mutazarrır olan gitsin kanaatı vicdaniye esası üzerine hareket eden ceza hükkâmı nezdinde şahitler aleyhine şehadeti zur davası ikâme etsin deniliyor. Bu tarzı muhakeme doğrumudur ? Filhakika usulü muhakememize ve Mecelle ahkâmına sathî bir nazar atfolunur ise bu zihniyete müstenit tatbikata hak vermek icabeder. Ancak tamiki nazar edilirse görülecektirki bizde de mevaddı hukukiyede hükkâm pek de zan olunduğu gibi bir takım eşkâli zahiriyye ve surî ve maddî bazı esabıb hükümle her halde takyit edilmiş değildir.„

kaveleleri hükümsüz saymak kudretini hâkime bahsetmiş oluyor. *Kanuna karşı hile kullanma nazariyesini* dikkatle ve bilgi ile kullanan hâkim için *hilei şer'iyeleri* önlemek imkâni doğmuş bulunuyor.

Şu halde, bütün hususî hukuk sistemimize hâkim olan bu esasları kısaca ve bir arada gözden geçirmek hâkimin hukuk hayatındaki faal, yapıcı, yaratıcı rolünü hatırlatması bakımından da faydalı olabilir.

Bu incelemenin plânı:

I — Hukukun boşlukları karşısında hâkimin selâhiyeti,

II — Sübjektif hakların kullanılmasındaki hudutlar ve hâkim vaz'iyeti, (hüsnü niyet kaideleri)

III — Sübjektif hakların kullanılmasındaki hudutlar ve hâkimin vaz'iyeti (hakkın sui istimali)

IV — Teknik manada hâkimin takdir hakkı,

V — Şahsiyetin ve şahsî hüriyetin himayesi karşısında hâkim

VI — Mukavele hüriyetinin hudutları ve hâkim (âmir hükümlere adaba aykırı muameleler; kanuna karşı hile kullanılmasının tatbik şekilleri.)

I — HUKUKUN BOŞLUKLARI KARŞISINDA HÂKİMİN SELÂHİYETİ

Yeni hususî hukukumuzun pek önemli hususiyetlerinden birisi, hâkime hukuku yaratma, hukuku bulma veya kanun vazii gibi hareket etme selâhiyetinin tanınmış bulunmasıdır.

1) Bu selâhiyet niçin verilmiştir? Montesquieu'denberi çok meşhur olan ve modern meşrutî devletlerin siyasî inkişaf ve tekâmüllerinde esaslı ve hâkim bir rol oynamış bulunan «kuvvetlerin taksimi nazariyesi» ne göre, kanun yapma ve kaza kuvvetleri kat'î surette bir birinden ayrıdır: Kanun yaratmak, teşrii kuvvetin; kanunu tatbik etmek, hüküm vermek de hâkimin vazifesidir. Diğer cihetten, hâkim kendisine arzedilen bir hukukî mes'eleyi halletmek, bir hükme bağlamak mecburiyetindedir: Aksi takdirde, hakkı ihkakdan imtina suçunu işlemiş sayılır. Fakat, ya hâkime arzedilen mesele hakkında ne kanun, nede örf ve adet hukukunda bir hüküm bulunmazsa? Böyle bir hal, her türlü ihtimalleri göz önüne alan, en küçük teferruatı bile bir hükme bağlamak isteyen kanunlarda dahi görülür. Çünkü hayat, en velut vazii kanundan da daha yaratıcıdır: Çünkü ihtiyaçların zaman, mekân içinde sonsuz tenevvüleri, ilim, teknik, iktisadî hayat sahasında en derin ve umulmaz değişikliklere, tekni-

gin ve ekonomik hayatın değişmeleri ise yeni bir takım hukuk mes'elelerinin doğmasına sebep olur. (Bilfarz ruhsatname almadan radyo dinleme suçunun kanun vaziince ihdas edilmesi, radyonun icad edilmiş olması keyfiyetinin bir neticesidir). Elde mevcut kanunun yapıldığı anda tasavvur ve tahayyül edilmemiş bulunan hadiseler, bir müddet sonra, hukukî bir ihtilâf kisvesine bürünerek önüne geldiği zaman, hâkim ne suretle hareket edecektir; ya yeni hadiseyi zorla, bu yeni hadiseyi hiç derpiş etmemiş bulunan kanunî metinlerin çerçevesi içine sokmağa çalışacak, yahut hiç bir şey yapamayacak, durakliyacaktır. Her iki netice de arzu edilmeyen, tehlikeli olabilen birer ihtimal olduğu için biricik çıkar yolu tutmak, yani hâkime, hakkında kanun veya âdet hukukunun hüküm koymadığı mes'elelerde kanun vazii imiş gibi bir hukuk kaidesi bulmak, yaratmak selâhiyetini vermek lâzımdır. Medenî kanunumuzun birinci maddesi bu zarureti teslim ile kanun veya örf ve âdet hukukunun cevapsız bıraktığı hallerde hâkimin vazii kanun imiş gibi kaide koyabileceğini kabul ediyor; hâkimi kanun vazii mevkiine yükseltiyor. [1]

2 — *Hâhim bu selâhiyeti nasıl kullanmalıdır?* Hâkim, kanun vazii gibi kaide koyarken kendi akıl ve muhakemesine, bilgi ve tecrübesine, adâlet telâkkisine göre hareket edecektir. Bununla beraber hâkim temamen serbest değildir. [2]. Zamanın ihtiyaçları ve ülküsü, efkârı umumiyece doğru ve haklı telâkki olan görüşler [3] kendisine rehber olacaktır. Bundan başka, hâkim hükümlerinde ilmî içtihatlardan ve kazaî kararlardan da istifade eder. Şu mânâdaki, hâkim o devirde umumiyetle kabul edilen ilmî içtihatlardan ve kazaî kararlardan ayrı bir kaide kabul ederse neden dolayı umumiyetle kabul edilmekte bulunan esaslardan ayrıldığını izah etmesi lâzımgelir.

3 — *Kanundaki boşluğu hâkim nasıl doldurur?* Bu hususta, Federal mahkemenin, kıyas yolile kanunda mevcut bir boşluğu dol-

[1] — Derhal işaret edelimki, hâkimin vâz'iyetile kanun vaziinin vaziyeti arasında tam bir ayniyet yoktur: Kanun vazii tarafından konulan kaideler umumî, ve binaenaleyh temas ettikleri her hadise de mer'i iken, hâkimin koyduğu kaide yalnız münferit ve hususî bir hadiseye münhasırdır; mümasil hadiselerde bu kaideyi koyan hâkim için bile tatbik mecburiyeti yoktur. Temyiz mahkemesi kanunların isabetini tetkik edemezken, hâkim tarafından konulan kaidenin isabetsizliğinden bahsile hükmü nakzedebilir. Bu hususta şu eserlere müracaat edilebilir: Ebülulâ Mardin: Hukuku medeniye dersleri, cilt 1, 1928, sahife 94; A. Richard: Medenî hukukun esasları Dr. Reşat Atabek tarafından dilimize çevrilmiştir.), sahife 15.

[2] — Samim Gönensay: Medenî hukuk cilt 1 sahife 68; Es'at Arsübük Medenî hukuk cilt 1 sahife 94 — 95

[3] — Andreas B. Schwarz: Medenî hukuk dersleri, cilt 1, sahife 72 (Doçent Dr. Hıfzı Veldet tarafından dilimize muvaffakiyetle çevrilmiştir).

263

durmasına müteallik bir kararını örnek olarak aşağıya hülâsaten tercüme ediyoruz: Başkasının menfatına vekâleti olmaksızın bir iş gören kimse, işin ifası esnasında bir zarara uğrarsa lehine hareket ettiği kimse tarafından uğradığı zararın tazmini istemek hakkına maliktir (Borçlar kanunu madde 413). Buna mukabil müvekkil bir kusuru olmadığını isbat ettiği taktirde, vekilin vekâletini ifa dolayısile uğramış olduğu zararı tazminle mükellef değildir (Borçlar kanunu madde 394/2).

Baş dönmesi illetine müptelâ H. adlı köylü, komşusu w. den bahçesinde bulunan bir armut ağacını silkmesini rica eder. w. bu ricayı kabul eder bu esnada ağaç kırılır, w. düşer ve ağır surette yaralanır. Parasız bir hizmet görmekle meccani bir vekâlet mukavelesi kabul etmiş olan w. müvekkili H. dan tazminat ister. H. ağacın kırılmasından korkmak için hiç bir sebep olmadığını ve binaenaleyh kusuru bulunmadığını isbat eder. Dava kendisine arzedilen federal mahkeme borçlar kanununun vekâlete teallûk eden 394 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında bir boşluk olduğunu tesbit ve vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf faslındaki 422 inci maddenin kiyas suretile tatbik edilerek bu boşluğun doldurulması cihetine gitti:

Borçlar kanununun 394 üncü maddesine göre, vekâletin ifası sebebile vekilin uğradığı zararda hiç bir kusuru olmadığını isbat eden müvekkilin bu zararı tazmin mükellefiyeti yoktur. Lâkin bu kaide, federal mahkemenin evvelce bir kararında da tasrih ettiği üzere, ancak ücretli vekâlette (borçlar kanunu 386 ıncı maddesinin son fıkrasına bakınız) caridir. Meccanen ifa edilen vekâlette müvekkil hâkimin takdir edeceği nisbette vekilin uğradığı zararı tazmin ile mükelleftir. Netekim 413 üncü madde vekâleti olmadan başkası hesabına tasarrufta bulunan kimsenin uğradığı zarardan iş

[1] — Bu münasebetle kaydedelimki Adliye vekâleti temyiz kararlarını her yıl neşretmektedir. Ancak, hâkimlerimize yüksek mahkememizin içtihat tebeddüllerini zamanında takip edilmek imkânını vermek ve böylece bozma üzerine tekrar rüyet edilen davalar sayısını azaltmak için temyiz kararlarının, hiç olmazsa, üç ayda neşri çok temenniye lâyıktır. Bundan başka, memleketin en uzak köşelerine kadar devlet elile giden ve adliyecilerimiz tarafından en çok takip edilen bir hukuk mecmuası olan Adliye Ceridesinin hususî bir kısımda temyiz kararlarını, temas ettikleri ilmî mevzular, hallettikleri ihtilâflı mes'eleleri belirtecek mülâhazalarla birlikte neşretmesi dahi, Doktirin ve mahkeme içtihatlarını mezcetmesi bakımından, hâkimlerimizin çok işine yarayabilir. Nihayet, yeni hukukumuzun lâyıkile anlaşılabilmesi için isviçre'de profesör Egger ve diğer profesörler tarafından neşredilen en yeni ve büyük medenî kanun şerhinin tercümesinden de çok istifane edilebileceğini zan ediyoruz.

sahibini mes'ul etmektedir. Ücretsiz vekilin, vekâleti olmadan başkası hesabına tasarrufta bulunan kimseden hukuken daha ağır bir vaz'iyete konulmuş bulunması, ancak kanun vaziinin dikkatsizliği ve unutkanlığı eseridir; Medenî kanunun birinci maddesi mücibince bu boşluk hâkim tarafından doldurulmalıdır; zira, vekâleti olmaksızın başkası hesabına iş yapan kimsenin münasip bir tazminat istemesini mucip sebep, meccanen ifa edilen vekâlet için dahi varittir: Her iki halde de sırf başkası için yapılan bir faaliyet yani altruiste bir faaliyet mevzuu bahistir. [1]

II. OBJEKTİF HÜSNÜ NİYET KAİDELERİ VE HÂKİM

Hâkimin vazii kanunu olarak hareket etmek iktidarı, hukukun yani kanun veya örf ve âdet kaidelerinin tatbiki münasebetile mevzubahis olan bir salâhiyettir. Bunun yanında, medenî hukuk alanında sübjektif hakların istimali bahsinde dahi hâkimin pek büyük ve esaslı bir takdir hakkı vardır: Hâkim, hakların kullanılması ve borçların ifasında objektif hüsnü niyet kaidelerine riayet edilip edilmediğini araştırmak gibi nazik bir vazifeyi omuzlarında taşır. [2] Filhakika, «menfaatlarının himaye ve müdafası zımnında, şahsa hukuk tarafından bahşedilen irâde kudreti» [3] diye tarif edilen sübjektif hak, ancak sahibi tarafından kullanıldığı takdirde filî ve pratik bir kiymet kazanır. Fakat her sübjektif hakkın kullanılışı, tarif iktizası. sahibinin ferdî menfatını korumakla beraber bir veya müteaddit kimselerin aleyhinde bir vaz'iyet te ihdas eder. Meselâ, elimdeki kalemin bana ait olması ve diğer bütün kimselerin—çok ihtiyaçları olsa bile — bu kalemi alıp kullanamamaları, bu kimselerin; kendisine ödünç para verdiğim arkadaştan vâdenin hulûlünde parayı isteyebilmem, borçlu arkadaşımın aleyhinedir. Demekki sübjektif hakların istimalinde hak sahibinin menfatile başkalarının menfaati

[1] — Claude Du Pasquier: İntroduction la théorié générale et à'la philosophie du droit. sahife 223—224

[2] — Kanunumuzun objektif hüsnü niyete müteallik ikinci maddesinin kenar notu "umumî vazifeler" den bahseder. Burada yalnız taraflara değil, aynı zemanda hâkime de terettüp eden vazifeler mevzubahistir. Schwarz'da hüsnü niyet bahsine bakınız: Medenî hukuk dersleri sahife 236.

[3] — Tanınmış Alman hukukçularından Jhering ile Windscheid'in tariflerini mezceden bu tarif İstanbul üniversitesinde medenî hukuk prefösörü Schwarz tarafından verilmiştir. Hüriyetleri himaye etmek gayesi güden tabiî hukuk ile 19 uncu asır felsefesinin tesiri altında bir hüriyet parçası, bir facultasa gendi olarak kabul edilen sübjektif hakkı Windscheid, hukuk tarafından verilmiş irade kuvveti, irade hâkimiyeti, diye tarif ediyordu. Sübjektif hakların muhteva ve bünyesini izah edemediği için bu tarfii tenkid eden Jhering'e göre sübjektif hak—hukuken himaye olunan menfattır.

265

arasında bir çarpışma mevzubahis olmaktadır. Bu menfaat ihtilafları karşısında kanun vaziinin vaz'iyeti ne olacaktır? Fransız ihtilâlinden 19 uncu asrın sonuna kadar muzaffer ve hâkim kalan endividualist bir görüşe göre, hakkını kullanan kimse başkalarının menfaatının ihlâl edilmiş olması keyfiyetile alâkadar olmaz, mutlak şekilde hakkını kullanmak salâhiyetini haiz bulunurdu. Fakat, ferde ve şahsiyete büyük bir kiymet vermekle beraber *içtimaî* bir vasıf da taşıyan medenî kanunumuz, hakların istimal ve vecibelerin ifasında mutlak bir hüriyetin cari olması şıkkını reddetti. Objektif hüsnü niyet kaidelerine riayet etmek mükellefiyetinin mevcut bulunduğunu kabul ve bu suretle men'şei Roma hukukunda bulunan [1] hüsnü niyet esasını yalnız borçların ifasına değil, hakların kullanılmasına da teşmil etmiş oldu. Şu halde «dürüst, namuskâr, normal ve mutavassıt zekâlı bir insan tarafından, hayatın muayyen bir vaz'iyetinde yapılan ve hukuk, ahlâk ve örf kaidelerine göre yapılması lâzım gelen hareket tarzı» diye tarif edilen hüsnü niyet kaidesi medenî hukuk alanında sübjektif hakların kullanılması bakımından izah edici, tamamlayıcı ve düzeltici ana kaidelerinden birisidir. Hulâsa, bir taraftan bütün hakların ne suretle istimal edileceğine dair kat'î kaideler koymak imkânsızlığını, diğer taraftan, insanların şeytanetinin en kat'î ve mantıkî metinlere çare bulacağını anlayan kanun vazıı, hâkime büyük bir takdir hakkı veriyor, ona objektif hüsnü niyet kaideleri gibi pek geniş bir kıstas bahşediyor. Bu prensibin hâkime verdigi salâhiyetin ehemmiyetini anlayabilmek için hâkimin bütün haklarımızın kullanılması ve borçlarımızın ifasını hüsnü niyet kaidelerinin ışığı altında kontrol ettiğini düşünmek kâfidir.

[1] — *Roma hukunda*, günlük hayatın en mühim mukavelelerinden alım satım, icar, hizmet, istisna, vekâlet, şirket) doğan davalar da hâkim, müddeialeyhi hüsnü niyete uygun bir şekilde yapılması ve borçlanılması mutat olan şeylere mahkûm etmekle mükelleftir. Exceptio doli generalis, de hüsnü niyeti himaye eden bir vasıta idi. Fraasız medenî kauunun 1134 ve 1135 inci maddeleri de hüsnü niyete atıfta bulunmaktadırlar. Alman medenî kanununun 157 inci maddesi «akitler, carî adat göz önüne alınarak, hüsnü niyet kaidelerine gören tefsir olunmalıdır.„ve 242 inci maddesi borçlu borcunu câri adetleri göz önüne alarak hüsnü niyet icaplarına göre ifa etmelidir, hükümlerini ihtiva etmektedir. *Eski hukukumuzda* hüsnü niyet kaidesine umumî bir esas halinde tesadüf etmeyoruz. Fakat bazı mes'elelerde hüsnü niyet kaidelerile alâkadar serpinti hükümlere rastlayoruz. Zumı hukukunun mevcudiyèti halinde akallenin eksere tâbiiyeti şeklinde cebrî bir temellük vardıki bu, temamen hüsnü niyet esasına dayanan bir hnkukî hüküm idi, Fakat asrımızdakı hüsnü niyet kaidesi kadar umumî ve mütebellir değildi. Bu hususta bakınız: Ebülulâ Mardin Medenî hukuk dersleri 1928, sahife 122.

266

Hâkim, hukukun tatbikatında, hüsnü niyet kaidelerinden bilhassa aşağıda gösterilen sahalarda istifade eder [1]

A. — Objektif hüsnü niyet kaideleri *akitlerin tefsiri* sahasında bir ölçü vazifesini görür; filhakika taraflar yapdıkları akitlerde kanunlara ve hukuk ilmine vakıf olmadıkları için çok kerre eksik, yanlış, müphem ifadeler kullanırlar. Bu ifadelerin neyi kasttetiğini anlamak için mukaveleyi tefsir etmek icabeder. İşte burada, hâkim objektif hüsnü niyet kaidesine müracaat etmeli ve kendisine şu suali sormalıdır: dürüst, namuslu, vicdanlı, mutavassıt zekâlı bir insan, bana arzedilen mukaveleyi nasıl tefsir eder? Şüphesiz hâkim kendisine arzedilen sayısız mukaveleler de bu sualin cevabını kolayca veremez. Çünkü bu, hayatta, adetlere vukuf ve nihayet bir zekâ ve bilhassa bilgi mes'elesidir. [2]

B — *Borçların muhtevasını tayin hususunda* da hâkim hüsnü niyet kaidelerine müracaat eder: taraflar yaptıkları mukavelelerde, umumiyetle, yalnız esaslı noktaları tesbit ederler; tâli borçları, gerek unuttukları, gerek bunları tesbit etmek imkânı olmadığı için meskût bıraktılar. İşte bu gibi hallerde tarafların tâli borclarını tayin için hâkim hüsnü niyet kaidesini nazarı itibara almağa, binaenaleyh muayyen mukavelede, muayyen şartlar içinde, borçludan, dürüst, vicdanlı bir borçlunun yapması, yapmaması veya vermesi icabeden şeyleri istemeğe dikkat eder. Meselâ muayyen fiatla yemek veren bir lokantadan hizmet, temizlik vesaire hususunda aynı fiatla yemek veren lokantalarda yapılan hizmet vesaire istenecektir.

C — *Hakların şumulünü tayin hususunda* dahi hâkim hüsnü niyet kaidesine müracaat eder: İster kanun, ister mukavele, ister haksız bir fiil olsun sübjektif hakların şümulünü tayin, çok kerre güçtür. Bilhassa aile hukukunda rastlanan haklarda bu vaz'iyet pek barizdir: Ana babanın tedip hakkını karı kocanın bir birinden müzaharet isteme hakının şumulünü önceden tam ve sarih bir şekilde tayin et-

[1] — Bu hususta şu eserlere bak: Gmür: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch sahife 54 — 55, Egger: Kommentar zum ZGB, ad art. 2.

[2] — Federal mahkeme kararlarından alınan bir kaç misal: 1). Konuşulup itilaf edilen husus hilâfına tanzim ve okunmaksızın imza ettirilen mukavelede şifahî olarak takarrur edene itibar olunacağına dair 17 Haziran 1915 tarihli karar, 2) Gayri meşru ve işteki istikâmete muğayir mukaveleye ithal edilen tahkim şartının hükümsüzlüğüne dair 8 Şubat 1919 tarihli karar. 3) Kefile hakikatı beyan mecburiyetinin alacaklıya tahmil olunmasına dair 15 Teşrini sani 1912 tarihli karar. 4) Hüsnü niyet kaidesine uymayan sükûtun kabul addedilmesi. 5) mahkeme dışındaki kon kortadoyu alacaklıların fesh ettirebilmesi. (Bu misaller için bak: Ebülulâ Mardin adı geçen eser, sahife 125—126).

meğe imkân yoktur. Hâkim, bu kabil hakların şümulünü tayin için dürüst insanların mümasil vaziyetlerdeki düşünmüş, telâkki tarzlarını nazara alarak, yani objektif hüsnü niyet kaidelerine göre, hüküm verecektir.

D — Hâkim, pek *fevkalâde hallerde mukavelelerin tadili* hususunda hüsnü niyet kaidelerine müracaat eder: [1] [2]. Bazan mukavelelerin yapıldığı zamandaki şartlar ve vaz'iyet o kadar derin ve umulmadık bir surette değişirki tarafların üzerlerine aldıkları borçları mukavelede tesbit edilen tarz ve şekilde ifa etmeleri pek vahim neticeler doğurabilir. Bunun en açık misali umumî harbi takip eden yıllarda yapılan aşırı inflation'lardan doğan şaşırtıcı vaz'iyetlerdir. Hakim, para değerinin hiç umulmadık derecede kiymetini gayıp etmesi hadisesi karşısında, borçlunun borcunu mukavelede tesbit edilen miktar üzerinden ödenmesinin adalet ve nısfete, hüsnü niyet kaidelerine muğayır olacağına karar vererek paranın kiymetlendirilmesi esasına göre mukaveleyi tadil etti. Bu çığırı, hatta ifa edilmiş borçlara bile teşmil eden Alman ve İsviçre mahkemeleri de görüldü.

Hâkim, objektif hüsnüniyet kaidelerine müracaatla, bazı umulmadık ve pek fevkalâde hallerde bir tarafın *mukaveleden rücu* etmesini dahi temin edebilir: Mukaveleler sahasında hâkim olan en esaslı prensip akitlerin, tevlit ettikleri borçlar ne kadar ağır olursa olsun ifa edilmelerini âmirdir: (Pacta sunt servande). Bu prensip, hukukî hayatta istikrarı temin eden en eski ve köklü bir kaidedir. Filhakika, önceden ağırlığını derpiş edemediği için, bir borçluya mukaveleyi ifa etmemek selâhiyeti tanındığı gün hukukî nizamdan eser kalamazdı. Bu kaidenin su götürmez zaruret ve faydasına rağmen bazı fevkalâde hallerde iyi neticeler vermediği müşahede edilebilir. Filhakika

[1] Profesör Samim Gönensay: Mukavelelerin hâkim tarafından tadil veya feshi (Cemil Bilsel'e armağan, sahife 161 ve müteakip.

[2] — Bazı memleketlerde umulmadık ve pek fevkalâde hallerde hâkime mukaveleleri tadil veya fesh selâhiyetini tanımanın hâkimi tereddüde sevkedeceğinden korkulmuştur. Bu memleketlerde hakimin hüsnü niyet gibi müphem bir prensibe istinat etmesine mahal bırakmamak için hâkimin ne gibi hallerde ve şartlarda bir mukaveleyi tadil veya feshedebileceği kanunda açıkca gösterilmiştir. 1934 de yürürlüğe girmiş olan polanya borçlar K.nun 266 ıncı maddesi bu yolu tutmuştur: "Harp bulaşık hastalık, mahsulün temamen ziayı ve taraflarca aktin inikadı zamanında tahmin edilmesi mümkün olamayan sair tabiî afetler gibi istisnaî hadiseler neticesi olarak borcun ifası büyük müşküllerle çarpıştığı veya taraflardan birini hadden fazla zararlarla tehdit ettiği takdirde, mahkeme zarurî görürse, hüsnü niyet prensiplerine tevfikan ve iki tarafın menfaatlarını nazarı itibara aldıktan sonra borcun ifası tarzını tayin, borcun mevzuun şeyin olan miktarını tesbit veya mukaveleyi feshedebilir„: S.Gönensay: adı geçen eser sahife 173

268

mukavelenin yapıldığı andaki şart ve vaz'iyete göre tahmil edilmesi hiç mümkün olmayan yeni hadiseler ortaya çıkabilir ve bu takdirde mukavelenin ifası borçluyu iktisaden mahvolmak tehlikesine maruz bırakabilir. Meselâ harp halinde bulunan memleketlerden ithal edilmekte olan bir metaı muayyen bir fiat üzerinden teslime mütedair ve çok uzun vadeli bir mukavele yapılmış, fakat bir müddet sonra harp yüzünden fiatlar hiç tasavvur edilemiyecek bir şekilde yükselmiş bulunursa, borçluyu mukavele şartlarına göre mal teslimine mecbur etmek onu iktisaden mahvedebilir. Bu vaziyet dahilinde mukavelenin ifasını istemek hüsnü niyet kaidesine aykırı düşeceğinden hâkim borçluya mukaveleden rücu hakkını tanıyabilir. [1]. Görülüyor ki, hüsnüniyet kaidesi mukavelelerin adâlet dairesinde tadil veya fasih için hâkime büyük bir selâhiyet bahşediyor. Fakat şurasına ehemmiyetle nazar dikkati celbetmek isteriz ki, hâkim bu selâhiyetten pek istisnaî ve hiç umulmadık, fevkalâde hallerde istifade etmelidir. Aksi takdirde, hukukî hayatta esas olan istikrar ve emniyet çok sarsılır. İçinde bulunduğumuz ikinci dünya harbi devresinde büyük iktisadî ve malî karışıklıkların tesirile doğabilecek vaziyetler de bu esasların hâkimlerimiz tarafından hatırlanmasında fayda vardır.

III. Hakkın sui istimali karşısında hâkimin vaz'iyeti.

1 — *Mefhumun lûzumu :* Hukukun tatbikinde adâlet ülküsünün gerçekleştirilmesi için medeni Kanumuzun hâkimin emrine verdiği pek mühim silâhlardan birisi de hakların sui istimalinin kanunen himaye edilemeyeceğini beyan eden kanunî hükümdür. Bir şahsa, menfaatlarının himaye ve korunması için hukukun verdiği irade kudreti diye tarif edilen sübjektif haklar, bu tariften anlaşılacağı gibi, sahiplerinin menfaatlarını korumaya yarayan fikrî vasıtalardan başka bir şey değildirler. Acaba bu vasıtalarının sahibi, haiz olduğu hakları, verildikleri gayenin dışında kullanabilir, başka tabirle sui istimal edebilirmi? Bu suale 19 uncu asrın sonuna kadar müspet tarzda cevap veriliyordu. Filhakika esaret, irsî içtimaî sınıf farkaları, siyasî istipdat ve mutlakiyet zincirleri altında ezildikten ve nihayet yüz yıllık müc'adelelerden sonra, kendisinin bir *vasıta* değil, bir *gaye* olduğunu, bütün devlet teşkilâtının kendisinin daha iyi, daha müref-

[1] Bu münasebetle kaydedelimki medenî kanunun mer'iyetinden evvel mecelle ve fıkıh ahkâmına göre akidelere sadakat ve riayet hiç bir sebep ve suretle ihlâli caiz olmayan bir kaide idi. Bir aktin usul ve şeraitine uygun bir surette, zuhur eden ve evvelden tahmin edilemeyen hadiseler ne kadar istisnaî bir mahiyeti haiz olursa olsun, hâkim mukaveleyi tadile selâhiyeti yoktur (aynen, S. Gönensay, adı geçen eser sahife 168 den alınmıştır.)

feh yaşamasını temin etmesi gereken bir makanizmadan ibaret olduğunu kabul ettiren fert, fethettiği medenî hakların yalnız ve münhasıran kendi menfaatını temin eden birer alet olduğnu da teyit etmişti. Kazandığı büyük mücadelenin zaferi içinde sermest olan fert, kendi haklarının mutlak olduğunu düşünüyor, onların diğer- binane mülâhazalarla da olsa sınırlandırılmasını istemiyordu: «hakların istimali, hak sahibine o istimali yaptıran saiklere, kaideten bağlı değildir. Bir hakkın kullanılması hak sahibine bir menfaat temin etmediği halde diğerine zarar verirse, hakkın istimaline saik olan şey zarar verme ve merhametsizlik bile olsa, yahut da sahibine menfaat temin etmediği halde üçüncü bir şahsı izrar eden bir hak sırf başkasını rahatsız etmek maksadile dahi kullanılsa, hakların kanun dairesinde istimaline mani olamaz. Kanunun, bir hakkın istimaline, bu istimalin sırf ve muhakkak surette gayri izrar maksadile yapıldığı sabit olan hallerde, müsaade etmemesi hususundaki münferit istisnalar umumileştirilemez.» (Unger, Systemdes Öst. Privatrechts, 1.616; Schwarz'dan aynen nakil, sahife 232). Lâkin medenî hukuk alanında sübjiektif hakların mutlak olduğu hakkındaki temayüle karşı aksülamel gecikmedi: İktisadî, siyasî sahada kendisini hissettiren cereyanlara müvazi ve bağlı olarak, medenî hukuk sahasında da *içtimaî ceryan* kendisini göstermeğe, hakların insanlara sui istimal edilmek için değil, yalnız kendi menfaatlarını mâkul bir şekilde kullanılmak üzere verildiği düşüncesi hâkim olmağa başladı. Hakkın sui istimalinin memnu olacağına dair esas, Almanya ve İsviçre'de sarih kanunî hükümlerle, Fransa'da mahkeme içtihatları ile kabul edildi, ve hukuk nazariyat ve tatbikatına yerleşti. Aynı esas, medenî kanunumuzun ikinci maddesinin ikinci fıkrasında «bir hakkın sırf gayri izrar eden sui istimalini kanun himaye etmez» şeklini ifade edilmiş bulunuyor.

2 — *Hakkın sui istimali ve hüsnü niyet*: Hakkın sui istimalini ifade bakımından kanunumuzla aslı İsviçre medenî kanunu arasında fark vardır. İsviçre kanununda hakkın *açık surette sui istimali* memnu olduğu halde bizde hakkın *sırf gayri izrar eden sui istimalini* kanunen himaye edilemeyeceği yazılıdır. İki metin arasında ayrılık vardır; bizim metne dayanarak«bir hakkın kullanılması, sahibine küçük veya büyük bir menfaat temin ediyorsa, başkası bundan pek çok zarar da görse — ortada hakkın açık bir sui istimali olmakla beraber — bir hakkın sırf gayri izrar eden sui istimali mevzubahis edilemez» denilebilir. Bu düşünce lâfzî bir tefsir olmak itibarile belki doğrudur. Fakat medenî kanunumuzun objektif hüsnü niyet ve hakkın sui istimaline müteallik hükümlerinin mezcen tefsiri bakımından, kabule şayan değildir. Çünki, hakların hüsnü niyet kaidelerine

270

göre istimalini emreden kanunî hüküm, hakkın hüsnüniyet kaidelerine göre istimal edilmediği, yani aşikâr surette sui istimal edildiği zeman himaye edilemeyeceğine dair fıkra ile sıkı sıkıya ilgilidir. Başka değimle, sui istimal edilen hakkın himaye edilememesi pirensibi, hakların hüsnü niyet kaidelerine göre kullanılması vazifesinin adeta bir müeyyidesidir. Halbuki yukarıda arzedilen tefsir tarzı, bir hakkın hüsnü niyet kaidesine mugayir olmakla beraber sırf gayri izrar eder mahiyette bulunmayan bir istimalini müeyyidesiz bırakmaktadır. Bu neticenin kabul edilemez bir netice olduğunu haklı olarak belirten profesör Schwarz (S. 234), metinler arasındaki farka rağmen, ikinci maddenin ikinci fıkrasını İsviçredeki gibi tefsir etmek ve hakkın aşikâr sui istimalini hakka muğayir telâkki etmek icabettiği kanaatını talim etmektedir. [1] (Aynı manada: Ebülulâ Mardin sahife 188; H. Cahit Oğuzoğlu: medeni hukuk dersleri, S. 164; Albert Richard, S.18)

3 — *Bazı mahkeme kararları*: Mahkemelerimizin adâletin tahakkukunda, geniş manada anlaşılan, hakkın sui istimali mefhumundan nasıl istifade edebileceğini gösteren bir örnek olarak *Temyiz mahkemesi* ikinci hukuk dairesinin tatbikatta muttalî olduğumuz *bir kararını tahlil etmeyi* faydalı buluyoruz: [2] Bir babalık davasında, müddealeyh babalık davasının medenî K. nun 296 ıncı maddesinde yazılı bir yıllık müddet içinde açılmadığını def'i olarak dermeyan etmiş ve bu def'i mahallî mahkemece kabul edilmişti. Temyiz mahkemesi bu kararı «müddealeyhin mururu zeman iddiasına karşı davacı, müddeaaleyhin kendisini alacağını vadetmek suretile iğfal ettiğini ve binnetice sukutu hakka müteallik mezkûr maddedeki yazılı bir sene müddetten istifade edemediğini iddia ettiğinden bu iddianın tahkiki lâzım geleceği» mucip sebebile bozdu. Kararda açıkça söylen-

[1] — Eski hukukumuzda hakkın sui istimali müessesi varmı idi ? eski hukukumuzunen mühim kaynakları olan Kur'an ve hadislerde hakkın sui istimalini men'eden prensipler bulunmasına rağmen eski hukukcular bu mefhumu muayyen ve mahdut mes'eleler münasebetile işlemişler, bütün hususî hukuk sahasına şamil umumî bir hakkın sui istimali nazariyesi kuramamaşılardır. (Arsübük S. aynen). Mecellede bu müesseseye temas eden hükümler yok değildir: "zarar ve mukabele bizzarar yoktur, mecelle, M. 19 «zarar izale olunur„ ; "zarar kadim olmaz„ ; "ehveni şerreyin tercih olunur„; "iki fesad tearuz ettikte ahaffı irtikâp olunarak azamının çaresine bakılır„; "mani ile muktazî tearuz ettikte mani takdim olunur. hacet umumî olsun hususî olsun zaruret menzilesine tenzil olunur„; "zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar» (E. Mardin, S. 189, aynen; daha fazla malûmat için, bak: Arsebük, S. 108 — 126).

[2] — Bu münasebetle memleketin en uzak köşelerine kadar gidebilen Adlî Ceridesinde Temyiz kararlarının neşr ve tahlil edilmesini çok temenniye değer bir husus olarak kaydetmek isteriz.

271

memesine rağmen temyiz mahkememiz, hiç şüphe yokki bir kimsenin, bir takım vaitlerle hakkını vaktinde dermeyan etmekten hak sahibini alıkoyduktan sonra mururu zeman veya sukut hak def'ini dermeyan etmesinde hakkın bir nev'i sui istimali vaz'iyetini teşhis etmekte ve böyle bir istimalin hukukan himaye edilemeyeceği hakkındaki prensibe dayanmaktadır. Bu görüş çok haklı ve hakkın sui istimali hakkında İsviçrede hâkim bulunan kanaate uygundur: Egger, ikinci madde şerhi, Rossel — Mentha ikinci madde şerhi; Schwarz, S. 236).

Hakkın sui istimaline dair bir kaç örnek daha:

a) M.K nun 660 ıncı maddesinde, iştira hakkı namile bir hak tanınmıştır. Buna nazaran bir kimse bir gayri menkul sahibi ile mukavele yaparak onun gayri menkulünü muayyen bir zeman zarfında satın almak hakkını iktisap edebilir, ve bu hak gayri menkul sahibinin değişmesile sakit olmaz. İşe kanunun bu müsaadesine istinaden bir kadın, diğer bir şahsa ait bir gayri menkul üzerinde bir iştira hakkı elde etmiştir. Fakat bu iştira hakkı o gayri menkule evvelce sahip olan kimseye yaptığı avansı temin için tesis edilmiştir. Kadın yaptığı avansi geri almıştır. Demekki akdin istihdaf ettiği gaye elde edilmiştir. Fakat buna rağmen kadın tapu sicilinde kayda dayanarak iştira hakkını kullanmak istemişti. Federal mahkeme bu harekette hakkın sui istimali mahiyetini görmüştür. (Arsebük S. 261; Jdt, 1929 S. 261).

b) Bir icar akdinin feshi ihbar olunmuş ve muayyen bir müddet tayin edilmiştir; eğer kiracı tehlikeli surette hasta ise ve evden nakletmek onun hayatı için büyük bir tehlike arzediyorsa ve buna rağmen ev sahibi muayyen günde evin tahliyesini talep ederse burada da bir hakkın sui istimali vardır. (Schwarz, sahife 236).

4 — *Hakkın sui istimalinin tatbik sahası:* Hakkın sui istimali nazariyesi, bütün hususî hukuk sahasına hâkimdir. (Schwarz, sahife 237). Lâkin gerek hüsnü niyet, gerek hakkın sui istimali mefhumunun tatbikinde hâkimin çok dikkatli olması lâzımdır. *Ancak zaruret halinde ve temamlayıcı mahiyette olmak üzere bu mefhumlara mumuracaat olunmalıdır.* Hususî hukuk sahası, istikrar ve kat'iyet ve açıklığın hüküm sürmesi icabeden bir alandır. Hakkın sui istimali ve hüsnü niyet mefhumlarına sık sık baş vurmak, bu istikrar ve emniyeti ortadan kaldırabilir. Çünki bu kavramlar müphem ve kolayca tayin edilemeyen kaidelerdir (Schwarz, S. 237). Amme hukukundan ve usul ve icra hukukundan doğan hakların sui istimali için, bak: M. R. Belgesay, S. 63.

272

IV — *Teknik manada HÂKİMİN TAKDİR HAKKI*

1 — Hâkimin kanun vazii gibi hareket edebilme selâhiyeti ile teknik manada takdir hakkını birbirine karıştırmamalıdır: Hâkim, hukukun kaynakları, muayyen bir mesele hakkında bir kaide koymadığı, bu meseleyi derpis etmediği zaman yani hukukun kaynağında bir doşluk olduğu takdirde bir vazii kanunmuş gbi hareket eder. Halbuki, takdir hakkını kullandığı hallerde kanunda bir kaide mevcut, fakat bu kaidenin muhtevasında boşluklar vardır. (Egger, 86; Oğuzoğlu, 195)

2 — *Kanun vaziini hâkime takdir hakkı vermeğe zorlayan sebebler nelerdir?* Bu, maddî imkânsızlık, adalet hissini mümkün mertebe koruyabilmek arzusudır:

a) Boş çerçevelere benziyen kanunun umumî kaideleri ihtiyaç ve hayat icablarının mütemadiyen degiştirdiği vaziyetlerin hepsini birden kucaklayamaz. Hangi vaziyetlerin umumî kaidelerin çerçevesi içine girdiğini tayin etmek lâzımdır. Bu vazifeyi, hukukun maddî malzemesini teşkil eden ihtilaflarla karşı karşıya bulunan hâkim başaracaktır.

b) Sonsuz değişiklikler gösteren vaziyeti kat'i ve sert kaidelere bağlamak çok kerre, haksız, adaletsiz neticeler verebilir. Boşanmanın gayri muayyen sebebi diyebileceğimiz şiddetli geçimsizlik mefhumunun kanun tarafından tarif edildiğini farzedelim. Şiddetli geçimsizlik vaziyeti karı kocanın içtimaî seviyelerine, şahsiyetlerine, ahlâk ve seciyelerine, tahsil ve terbiyelerine göre degişeceği için kanun tarafından yapılan tarif bir çok ahvalde beklenilmeye neticeler verebilir. Şu halde her hadisenin hususiyetine göre şiddetli geçimsizlik mefnumunun tayinini, vakalarla karşı karşıya bulunan hâkimin takdirine bırakmak lâzımdır.

3 — Mevzubahsettiğimiz ve medenî kanunun 4. üncü maddesinde yazılı takdir hakkı, yalnız medenî kanun ve borçlar kanunu sahasına inhisar etmez; *bütün medenî hukuk sahasında* tatbik edilebilir. Diğer cihetten, medenî hukuk sahasında faaliyette bulunan idarî makamlar da takdir haklarını 4. üncü maddenin gösterdiği istikamette kullanmak mecburiyetindedirler. (Egger, Sahife 4. üncü madde şerhi)

4 — *Hak ve nasafete göre hüküm nedir?* Hâkim, takdirine bırakılan meselelerde keyfî ve indî olarak hareket edemez: Hak ve nesafet kaidelerine göre hareket eder. Bu itibarla hâkimin serbest

takdirinden bahsetmek yanlıştır. Hak ve nesafetten maksat nedir? Bu hususda müellifler arasında bir anlaşma vardır. Prof. Schwarz'a göre nasafetin mahiyeti, esası münferit hâdiseye ait hususiyetin ve buna müteallik ahval ve vaziyetin gayet iyi takdiri ve ona göre hareket edilmesidir. (sahife — 68) Prof. Arsebük'e göre, hâkim Objektif mahiyeti haiz olan hak kaideleriyle ilmî tetkiklerinin, hissi seliminin ve kendisine arzolunan hâdise etrafında yaptığı arştırmaların neticesini bir araya toplar ve düşünerek elde ettiği neticeyi hadiseye tatbık eder. (S. 97) Prof. Ebülulaya göre; hâkim, hak kaidelerini nizami içtimaide, ruhu kanunda ve nısfet kaidelerini de ikame olunan deliller ve beyyineleri nazara alarak kendi adâlet hissinde ve hayat hakkındaki vukuf ve tecrübesinden bulur. (S. 193).

5 — Acaba hâkimin takdirine bırakılan meslelerde *temyiz mahkemesinin bozma hakkı var mıdır?* Egger şu mütalaada bulunuyor: Hâkimin takdire müstenit hükmü dahi esbabı mücibeli olmalıdır. «Sadece böyle takdir ettim» demesi kâfi değildir. (Federal mahkeme kararları (33/11/515). Takdirî hüküm, karar üzerine müessir kıymet hükümlerine, hâkimin hadiseye tatbık ettiği kaidelere atıfda bulunmalıdır. Takdirî kararlar kakkında Federal hukukun ihlâli münasebetile, Federal mahkemeye müracaat edilebilir. Federal mahkeme tatbik edilen takdirî perensipleri müstakillen tetkik eder Prof. Belgesay da bu fikirde görünüyor.

6 — *Hâkim, takdir hakkını nerelerde kullanabilir?* Hâkim, takdir hakkını hiç şüphesiz kanunun bu hakkı kendisine açıkca bahşettiği yerlerde kullanır. Lâkin kanun sarih bir surette takdir hakkı vermemekle beraber hukukî münasebetin mahiyeti taktir hakkının istimalini gerektirdiği yerlerde de hâkimin hak ve nesafet kaidelerine göre takdir selâhiyetini kullanması icabeder. Hâkimin takdir hakkına açıkça atıfda bulunan maddelere ait bir kaç misâl:

Adın değiştirilmesi (M. K. 26): Kanun vazıı haklı bir sebeb olduğu takdirde bir kimsenin adını değiştirebilmesini kabul ediyor, fakat sebebin haklı olup olmadığını tayin hususu kendisine müracaat edilecek hâkim tarafından halledilecektir. Terk sebebiyle açılan boşanma davasında, karı veya kocanın evine dönmemesine muhik bir sebeb olup oladığını hâkim takdir edecektir. (M. K. 132). Boşanma veya ayrılık vukuunda velâyet hakkının tanzimi de hâkimin takdirine bırakılmıştır. (M. K. 148); Nesebi ret davasının müddeti içinde ikame edilmemesinin haklı bir sebebden ileri gelip gelmediğini hâkim taktir eder. (M. K. 246). Hükmen teslim ile mükiyetin intikal edebilmesi için işte baskasını izrar veya teminat hükümlerini ihlâl kasdı olma-

274

malıdır. İşte bu kasdı hâkim hak ve nısfet kaideierine göre araştırır Cezaî şartın fahiş olup olmadığını ve ne dereceye kadar azatılacağı da hâkimin takdirine bırakılmıtır. (B. K. 158).

7 — *Hakimin takdir hakkı ile delillerin takdirini birbirine karıştırmamalıdır.* Burada mezuu basettiğimiz, hâkimin taktir hakkı (M. K. 4), doğrudan doğruya maddî hukukun tatbikına mütedair bir keyfi yettir. Beyyine külfetinin tarflar arasında taksimi, delillerin takdirî meselelerile ilgili değildir. Beyyine külfeti meselesi medenî kanunun 6 ıncı maddesinde yazılı prensiplere, delillerin takdiri meselesi ise hukuk usulü muhakemeleri kanununun hükümlerine göre taay yün eder.

Şahsiyetin Himayesi Hususunda Hâkimin Rolü

1 — *Şahsiyetin himayesinde hâkimin rolü:* Tabiî hukuk mektebinin perensiplerini muzaffar kılan Fransız İhtilâlinden sonra, fert hukuk alanında bir vasıta değil, bir gaye olarak kendisini gösterdi, o kadar ki ferdi, veya onun hukuk dilile ifadesi olan şahsı yalnız dışardan gelecek tecavüzler karşısında değil, bizzat iradesinin aşırı tezahürleri karşısında da himaye etmek düşüncesi doğuyordu. Âmme hukuku sahasında milletin hakimiyetini ferağ edemeyeceği kaidesine müvazi olarak, hususî hukuk sahasında ferdin şahsiyetinin ana haklarından, hürriyetinden ferağat edemeyecği kaidesinin yükselmesi zarurî idi. Bu umumî yönelişe uygun olarak, kanunumuz, aslı olan İsviçre kanunu ile birlikte şahsiyetin himayesini pek kudretli ve kat'i bir lisanla beyan etmektedir. (M. K. 23 ve 24).

Şahsiyetin himayesini güden bu kanun maddelerine ruh ve can vermekte hâkimin rolü fevkalâde büyüktür. Filhakika, âmir bir mahiyeti haiz olan bu madde hükmünü ihlâl eden her türlü mukavele batıldır. Taraflardan biri tarafından ileri sürülmüş olmasa dahi, hâkimin bu cihati kendilğinden, yani re'sen, tahkik etmesi icabeder. (Arsebük 289). Şu halde ferdî hürriyete az kıymet veren bir medenî hukuk sisteminden yeni kurtulan memleketimizde şahsî hürriyetin, şahsiyetin lâyık olduğu yüksek mertebeye erişmesi için hâkimin titiz davranması gereklidir. Okuma yazma bilmeyen, ana haklarını iyice kavramamış bulunan halkımızın tam ve kâmil manasile bir yurttaş haline yükselebilmeleri hususunda hâkim, re'sen hareket etmek selâhiyetine dayanarak, çok değerli ve mühim bir rol oynıyabilmek vaziyetindedir. Dolanbaçlı, hileli yollarla kanunun ve adabın terviç ettiği hududu aşacak şekilde şahsî hürriyeti tahdit eden hukukî muameleleri hâkim medenî kanunumuzun 23 ve borçlar kanunun 19 ve 20

inci maddeleri mucibince batıl, yani hükümsüz saymakta tereddüt etmemelidir.

Hâkim, umumî adâbı tayin ederken alâkadarların fikir ve telâkkiylerile bağlı olmadığı gibi muayyen bir sınıf kalkın veya kendi şahsî hissiyat ve telâkkilerile de hareket edemez. Umumun telâkkisinî zaman ve mekânın icaplarını, sosyal şartları, cemiyetin ülküsünü nazarı itibara almalıdır.

2 — *Örnekler:* Kanun veya adâba mugayir şekilde şahsî hürriyetin tahdidi mefhumunu bir kaç misâlle canlandıralım:

a) Adâba mugayir tahditler: Karı veya kocadan birisinin muayyen bir meblâğ mukabilinde boşanmağa muhalefet etmeyeceğine dair yapdığı taahhüt (Federal mahkeme 51, 11, 120), kadın ve erkeğin nikâhsız birlikde yaşamak üzere yapdıkları mukaveleleri ve bu maksadı gizlemek üzere yapılan muvazaa mukaveleleri (Temyiz mahkemesi umumî heyeti: 7/2/934 tarihli karar), bir karz aktinde bulunan kimsenin her hangi yeni bir borç aktedmiyeceğine dair taahhüdü, mezhep veya din değiştirmğe dair mukaveleler, şahsî hürrüyetin adâba mugayir hürriyetini tazammun ettiğinden hâkim tarafıdan resen iptal edilmelidir..

b) Kanuna mugayir tahditler: Bir gayri menkulü bir başka aynî haklarla takyit etmekten feragat hususundaki mukavele (M. K. 812); borçlu borcunu ödemediği takdirde rehnedilen mal mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair mukavele (M. K. 894), hile veya ağır kusur halinde düçar olacağı mes'uliyetten borçlunun iptidaen beraetini mutazammın şart veya mukavele (B. K. 99), kiralanan şey kiracının sihhati veya hayatı için tehlike arz etse dahi kira mukavelesinin fesh edilemiyeceğine dair şart (B. K. 294), tarafılardan birisinin yapmağa veya vermeğe mecbur olduğu şeyi diğer tarafın keyfî takdirine bırakan mukaveleler (Federal mahkeme 29, 11, 129), zaman ve mekân itibarile hiç bir tehdit vazedilmeden yapılan rekabet memnuiyeti mukaveleleri, zaman itibarile bir tahdit konulmadan daima muayyen bir meslekle meşgul olma yolunda yapılan bir mukavele (gayri mahdut rekabet memnuiyeti şartına kıyasen), fahiş cezaî şartın tenkisinden ibtiadaen ferağati mutazammın mukavele . . . ayni suretle hâkim tarafından resen hükümsüz sayılmalıdır.

VI — Mukavele serbestisi ve hâkim:

Hukukî hayatta hâkime faal bir rol bahşeden esaslardan birisi de hukukî muamelelerde ve bilhassa akitlerde butlan meselesidir.

276

I — Akitlerin serbestisi esası: Bu gün kendisine yapılan bütün itirazlara, sebeb olduğu sui istimallere rağmen, mukaveleler sahasını idare eden ana prensip akitlerde serbestî esasıdır. Filhakika, bu günkü medenî cemiyetlerde en göze çarpan vasıf, iş bölümü esasına dayanan bir *uzvî tesanüdün* mevcudiyetidir. Her biri muayyen bir iktisadî faaliyet sahasında, ihtisas kazanan fertler, vücuda getirdikleri serveti, başka fertler tarafından yapılan ve kendilerine lüzumlu servetle değiştirmek, hemde mümkün olduğu kadar süratla, kolaylıkla ve serbestçe değiştirmek, mecburiyetindedirler. *İktisadi hayatta servet mübadelesini temin eden hukukî vasıta mukavele olduğuna göre umumî menfaat mukavelelerde serbestî esasının kabul edilmesini emretmektedir* Başka tabirle, mukavele hürriyeti sadece, ferdî hürriyete hürmet esasından doğmaz. O, cemiyetin derin ve hakikî ihtiyaçlarına da uygundur.

2 — Bu serbestînin sınırları: Fakat unutmamalıdır ki mukavele nihayet hukukî bir alettir; yalnız iktisadî alemde mübadele vasıtası olarak kalmaz; cemiyetin ülküsünü, ahlâkî temellerini sarsacak alacak ve borçlar da yaratabilir. İşte bu tehlikeyi sezen kanunun vazii gayet umumî, elestikî bir formülle mukavele hürriyetine sınırlar koymak zorunda kalmıştır. Bu sınırlar, kanunun *âmir hükümleri, âmme intizamı, umumî adap,* mefhumları ile hülâsa edilebilir. Bu hudutları aşan mukaveleler *mutlak butlan* müeyyidesine çarpılırlar. Fakat, bu hudutları, muayyen bir mukavele münasebetile, tayin edecek olan kimdir? İşte, bu nazik ve ehemmiyetli sualin cevabını verirken hâkimin pek büyük mes'uliyet ve selâhiyeti derhal kendisini göstermektedir. *Âmir hükümler, âmme intizamı, umumî adap* gibi bir formüle sığdırılması güç, bununla beraber bir cemiyet için hayatî önemi haiz kaidelerin ihlâl edilip edilmediğini kendisine arzedilen ihtilâf münasebetile — hâkim beyan edecektir.

3 — Bu sınırların seyyaliyeti: Hâkime düşen bu vazifenin bütün önem ve inceliğini bir az daha belirtmek için âmir hükümler, âmme intizamı, umumî adâp mefhumalarının sâbit olmayan, cemiyetin ihtiyaçlarına göre değişen mefhumlar olduğunu da hatırlamak lâzımdır. Filhakika, haklarında yalnız *tanzimî hukuk* kaideleri câri olan akitler hayatta iktisaden kavi olanlarla zaifler arasında yapılınca, bu akitlerin — tanzimî hukuk kaidelerinin tesbit ettiği şeklin hilâfına olarak — sırf kuvvetli tarafın menfaatini gözeten şartları ihtiva eylediğini, umumî surette müşahede etmek kabildir. Bu sebebden, akitlerin serbestisini iktisaden zaif olan tarafın menfaatlerini korumak için âmir hükümlerle sınırlandırmak, ve bu suretle *âmir hukuk*

277

kaideleri sahasını genişletmek temayülü gelişmektedir. (Schwarz, S. 120) Diğer taraftan, bu gün *âmme intizamı* mefhumu fevkalâde genişlemiş bulunuyor. Şüphesiz, Devlet, Aile, düzenlenmiş meslek teşkilâtına ait kaideler, kelimenin siyasî manasile âmme intizamı mefhumuna dahildirler. Lâkin âmme intizamı mefhumu yalnız bu noktalara inhisar etmiyor: Son zamanlarda devlet tarafından tesis edilen ve fertlerin mukavele ile değiştiremeyecekleri bir nevi *iktisadî nizamı âmme* doğmaktadır (Georges Ripert: Le régime démocratique et le droit civil moderne, S. 275; Tüzel: hususî hukukta âmme intizamı, adliye C. 1938) Ve böylece istihsal, mübadele, servetlerin tevziine müteallik ve devlet tarafından müesses nizam iktisadî mahiyeti haiz olmasına rağmen âmir bir mahiyet almakta ve bu nizama mugayir akitler batıl sayılmaktadır. Bunun gibi, *umumî adâp da* mühim ve elâstikiyet arzeden bir mefhumdır. Yeni ve ayrı bir medeniyet çevresine geçiş vetiresini tamamlamak üzere bulunan bir memlekette dünün ve bu günün ahlâk ve adap telekkilerinin çarpışması önüne geçilemez bir keyfiyettir. Hâkim, bu bulanık durumda ağır ve nazik bir vazifeyi tahammül etmektedir: Muhtevasını gaip etmiş dünkü kıymet hükümleri ölçüsüne göre değil, bu günün doğmakta bulunan ahlâk ülkülerini nazarı itibara almak mecburiyetindedir.

Mukavele serbestisine vaz edilen bu umumî ve müküm takditleri isabetle kullanabilmek, hâkimin zekâ, görgü, hayat tecrübesi ve bilhassa bilgisine bağlı bir keyfiyettir.

4 — *Kanuna karşı hile kullanma ne dir?* Demekki hâkim, âmir hükümlere, nizamı âmme ve umumî âdaba *doğrudan doğruya* aykırı olan mukaveleleri iptal etmek salâhiyetini haizdir. Fakat, mukavele bu sayılan mefhumlara meşru yollardan giderek bir halel iras ediyorsa hâkim çaresiz kalmalı mıdır? Bu mes'elenin tedkiki bizi *kanuna karşı hile kullanma* mefhumu ile karşılaştırır. Kanun vazının menettiği bir gayeye, başka kanunî yollardan (bu yolları vazolundukları gayeden inhiraf ettirerek) erişmek keyfiyeti ile mücadele için ortaya atılan kanuna karşı hile kullanma fikri ile def'a Jhering tarafından ileri sürülen *hukukî muamelelerde aksülâmel nazariyesi* ile ifade edilmiştir. Bu düşünce son onbeş, yirmi yıl içinde gerek hukuku hususiyei düvel, gerek hususî hukuk alanında çok ehemmiyetli araştırmalara mevzu teşkil etti (Ligeropoulo: Fraude à la loi, Répertoire de droit international, da F. harfine bakınız; Arsebük, Adliye Ceridesi 935, sahife 455; Dr. Ferit H. Saymen: kanuna karşı hile, 1940 İstanbul; Siegwart: Zweckwidrige Anwendung der Recht-

sinstuten, 1935). Türk hâkimi, haddi zatında veya güttüğü gaye itibarile kanunun amacına aykırı olan dolanbaçlı muamelelerle mücadele edebilmek için kanuna karşı hile istimali nazariyesinde pek değerli bir vasıta ve silâh bulabilir. Hülâsa, *eski hukukumuzda her gün tatbik edilmekte ve herkesce mübah görülmekte olan hilei şer'iyeler bu gün bu nazariyenin tatbiki ile bertaraf edilebilir.*

Kanuna karşı hile istimalini tam manasile tarif etmekten ziyade tavsif etmek faideli olur: Kanunun emir veya nehyi tazammun eden hükümleri hususî ve ferdî menfaatların aleyhine olmayabilir. Bu takdirde fert açıkça ihlâl edemediği bu kaidelerin hükümlerini bertaraf etmeğe çalışır: meselâ, yalan beyanlarda bulunabilir suç mahiyetini teşkil eden fiiller işleyebilir (şahitlere, memurlara rüşvet verme gibi) hakikatı gizlemek için muvazaaya müracaat edebilir; nihayet, haddi zatında ne muvazaa ve ne de gayri meşruğ bulunan bir takım hukuki muameleler konbinezonlarına baş vurarak (ve bu muameleleri vazedildikleri dairelerden inhiraf ettirerek) kanun vazıının nehyettiği neticelere ulaşmak isterler. İşte bu son halde *kanuna karşı hile istimalinden* bahsedilir.

Kanun vazıı bazen bizzat, kanuna karşı hileyi sezer ve onu önlemeğe çalışır; meselâ, muayyen hallerde bir avukatın mesleğini icra etmekten memnu olduğunu beyan eden âmir bir hüküm kabul ettikten sonra bu hükme karşı hile kullanılmasını önlemiş olabilir. Filhakika müşterisinin davasını avukat sıfatile takip edemeyen bir kimse münazaalı alacağı kendisine temlik ettirebilir; ve böylece, bu davayı avukat sıfatı ile değil, bizzat alacaklı sıfatı ile mahkemede takip edebilir. Görülüyorki haddi zatında meşruğ olan alacağın temliki müessesesi, vaz olunduğu gayenin haricinde ve kanunun âmir bir hükmünü — muayyen şartları haiz olmayan kimselerin avukatlık yapamayacağına dair hükmü -- bertaraf etmek için kullanılmış bulunuyor. İşte kanun vazıı bu hali bizzat derpiş etmiş ve önlemeğe çalışmıştır: Misâlimize taallûk eden Avukatlık kanunun 50 inci maddesi (Avukatlık yapmak salâhiyetini haiz olmadıkları halde muvazaalı surette matlup temellük veya kanunların bahşettiği sair hakları suiistimal eylemek suretile avukatlara ait salâhiyetleri kullananlar cezalandırılır) demektedir. Bunun gibi, yurt dışı edilme veya yurttaşlıktan ıskat hükümlerine karşı hile kullanılmasını 26/9/938 tarihli yabancıların Türkiyede ikamet ve seyahatları hakkındaki kanunun 25 inci maddesi şu şekilde önlemektedir: Bu kanun mucibince sınır dışı edilmiş olan veya umumî hükümlere göre Türk vatandaşlığını gaip etmiş bulunan ecnebi kadınla sınır dışı edilme veya vatandaşlıktan iskatına, evlenme

muamalesinin tekemmülünden evvel karar verilen ecnebi kadınlar Türk tabiiyetini alamazlar.

Eğer normal gayesine aykırı olarak hileli bir şekilde kullanılan hukukî müessese için kanun bir önleyici hüküm sevketmemişse hâkim ne suretle harek t edecektir? Bu taktirde umumiyetle kabul edilen esas şudur: Eğer *kanun tarafların istihdaf ettiği gayeyi menetmiş ise*, mukaveleye ne şekil verilmiş olursa olsun mukavele batıldır; yani memnuniyet yalnız sarahaten menedilmiş mukaveleye değil; belki o neticeye isal eden her hangi vasıtaya da sari olur. Lâkin memnuiyet, kanunun bilhassa tesbit ettiği bir hadiseye taallûk ediyorsa, kanunun hükümleri tahrif edilmiş sayılmaz; memnuiyet kullanılan vasıtaya sari değildir; mukavele muteberdir. (Arsebük: B. hukuku sahife 171). Başka tabirle, kanuna karşı hile kullanma, âmir bir kaidenin mevcudiyetini tazammun eder.

Kanunî memnuiyetin tatbik sahası bu memnuiyetin hukukî tasarrufların yalnız bir *şekline* veya bu tasarrufun muhtevasına, yani taraflarca aranan *neticeye* müteveccih olmasına göre başkadır. Eğer memnuiyet yalnız kullanılan şekle mütedair ise, ayni neticeyi isal eden başka bir yola baş vurmak meşrudur. Bilfarz, gayri menkul satışının resmî şekilde yapılması mecburiyeti, resmî şekle tâbi olmayan, fakat aynı neticeye götüren başka bir yol kullanılmasına mani değildir. Nitekim Federal mahkeme, bütün sermayesi bir gayri menkulden ibaret olan bir şirketin bütün aksiyonlarını tek bir kimseye satarak bu kimseye bilfiil o gayri menkul üzerinde malikin tasarruf hakkına müşabih bir tasarruf hakkı temin etmek keyfiyetinde kanuna karşı hile kullanma mevcut olmadığını ve binaenaleyh bu aksiyonlar satışının — resmî şekilde yapılmış olmamasına rağmen — muteber bulunduğunu beyan etti. (Federal M. 45; 11. 34) *Eğer memnuiyet* akdin *muhtevasına*, tarafların aradığı *neticeye* talluk ediyorsa, bu neticeyi elde etmek için baş vurulan bütün muameleler batıldır: 1) kanun menkul rehninde, rehnedilen şeyin alacaklıya teslimini esas tutmuştur. Bu, âmir bir hükümdür; binaenaleyh bir borçlu bu malı rehnetmek fakat zilyetliği alacaklıya devretmemek isterse, bu, kanuna mugayir olur. Şimdi, ödünç para mukabilinde menkul malını rehnetmek mecburiyetinde kalan bir kimse, malın zilyedini gaip etmemek için, malı kendisine para ikraz eden kimseye satar; sonra, o kimseden, bayi lehine mülkiyeti muhafaza mukavelesile, satın alırsa bu mukavele batıldır. (v. Tuhr, S. 222; Not 41). 2) Taksitle yapılan satışda, satan akdi fesh ettigi taktirde alıcıdan aldığı taksitleri geri vermeğe mecburdur (B. K. 223).

280

Bu, kanunun katî surette emrettigi bir kaidedir. Bu kaideyi hükümsüz birakmak için taraflar taksitle satış akdı yerine icar akdi yapabilirler; icar müddeti zarfında verilecek kira aynı zamanda mecurun kıymetini ödemektedir; eğer kiracı, icar bedelini vermezse kiraci malı geri alır, bu taktirde ise önce aldığı kira bedellerini geriye vermeketen kurtulur. İşte görülüyor ki kanunun emredeceği bir hükme (yani taksitleri geri vermek mükellefiyeti — diğer bir akitle, ya ni kira akti ile ortadan kaldırılmıştır. Bu icar mukavelesini, hâkim kanuna karşı hile nazariyesine dayanarak hükümsüz sayar (v. Tuhr 222 Not) 41) *Fakat kanuna karşı hile teşkil eden muameleleri ibtal eden hâkimin kanunî mesnedi ne olacaktır?* borçlar kanununun 19 uunc maddesinin ikinci fıkrası ile 20 inci maddesi: Çünkü bu maddede *doğrudan doğruya* kanunun âmir hükümlerine mugayir olan mukaveleleri batıl addetmektedir.

Gayet mantıkî olarak, aynı hüküm kanunun âmir hühümlerini kaçamaklı surette ihlâl veya bertaraf eden muamelelere de tatbik edilmelidir, (Ligeropoulo: Sahife 444 No: 20; Saymen S. 10).

Muvazaa Karşısında Hâkimin Vaziyeti:

Muvazaalı muameleler karşısında dahi hâkimin resen hareket ederek, kendisine arzedilen muvazaalı muamelenin batıl olduğuna hükmetmek selâhiyeti mevcuttur. Bu bakımdan, muvazaalı muamele, kanuna karşı hileye benzer. Fakat her iki çeşit muamele arasında köklü ayrılıklar vardır. Tarafların hakikî, dahilî iradeleri ile, beyan ettikleri zahirî iradeleri arasında *kasdî* bir ayrılık balunduğu zaman ortada muvazaa vardır. Başka deyimle, *muvazaalı muamele, tarafların hakikatta istemedikleri bir muameledir.* Halbuki, kanuna karşı hile halinde âmir hükümleri bertaraf etmek için müracaat ettikleri muameleleri taraflar hakikaten ister, ve ifa ederler.

Muvazaa iki türlü olur: a) *mutlak muvazaa*: taraflar sadece zahirî, sözde kalan bir muamele yaparlar. Meselâ A. B; ye kefalet eder; fakat bundan maksat hakikî bir kefalet akdi vucude getirmek değil, belkide bu akdin zevahirine istinaden diğer kimselerin de A ya kefil olmasını temin etmektir. b) *Nisbî muvazaa:* taraflar sözde hukukî muamelenin altında, hakikatte istedikleri başka bir hukukî muameleyi saklarlar; bu taktirde; ortada tarafların hakikî iradelerine uymayan bir *muvazaalı muamele* ile tarafların hakikaten meydana getirmek istedikleri bir *gizli muamele* mevcuttur) (B. K. nın 18 inci maddesi nisbî muvazaaya temas eder). Meselâ satış akdi yapıldığını fakat tarafların gizlice senedin ödenmeyecegini kararlaştırdıklarını farzedelim; ortada sözde (yani muvazaalı) bir satış akdi, gizli bir hibe akdi vardır, satış hibeyi gizlemeğe yarar.

281

Böyle şüpheli hukukî muameleler karşısında bulunan hâkim; tarafların hakikî maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere değil, gizli tutmak istedikleri maksatlarına bakmakla mükelleftiler: muvazaa yapıldığını anlarsa, muvazaalı muamelenin batıl olduğunu beyan eder. Çünkü bu muamele tarafların hakikî maksatlarına uymamaktadır. Gizli kalan muameleye gelince, diğer sıhhat şartları da mevcutsa, tarafların hakikî iradelerine uygun olan bu muamele muteber sayılır. Meselâ taraflar bir satış akdı zımnında bir hibe yapmak istemişlerse satış batıl, hibe (teslim vâkı olduğu veya vait tahriren yapıldığı surette — B. K. 281 —) muteberdir. Muvazaalı bir gayrı menkul ile gizlenmek istenen bir gayrı menkul hibesi batıldır. Çünkü, hibe etmek iradesi resmî senette gösterilmemiştir. Halbuki bir gayrı menkulün veya gayrı menkul üzerindeki bir aynî hakkın hibesi taahhüdü - hibe etmek iradesi - ancak resmî senette beyan edilmiş ise muteber olur. Başka deyimle; gayri menkul satışı, tarafların hakikî iradesine uymadığından, gayrı menkul hibesi de, hibe etme iradesi resmî şekilde beyan edilmiş olmadığından dolayı batıldır. (Daeppen — Raymond, s. 37 — 38).

282

No: 17

FRANSIZ ÇOCUK MAHKEMELERİ KANUNU

Çeviren : Ziya Balkuvvar
Baş Müddeiumumi muavini

Önsöz

I

MÜESSESENİN MENŞEİ

Fransız çocuk mahkemeleri kanununun metnini halen mer'i olduğu şekilde bütün değişme ve ilâveleri ile birlikte tercümeye başlamazdan evvel çocuklar için hususî mahkemeler açmak fikrinin menşe ve sebeblerine ve Fransız çocuk mahkemelerinin kuruluşuna ve kabul ettiği yeniliklere dair kısa bir başlangıç yapılması faideli görülmüştür.

1820 tarihlerine doğru Amerika Birleşik Devletlerinde çocuklar tarafından işlenen suçların dikkati çekecek derecede çoğaldığı, yoldan çıkmış veya manen tehlikede olan çocuklar ile birlikte bir takım âile çocuklarının da hırsızlık, soyğunculuk ve adam öldürmek gibi ağır suçları sebebi açıkca anlaşılamıyan bir maksatla işledikleri istatistiklerle tesbit edilmişti. Bunun üzerine cezacılar ve terbiyeciler tarafından bu suçların sebeb ve saiklerine nüfuz edilmeğe çalışıldı. Neticede bu küçük suçlulardan büyük bir ekseriyetin suçlarını sefalet, kimsesizlik ve ahlâkan düşkünlük gibi sebeblerden başka elleri kelepçeli olarak polisler arasında mahkemelere götürülmek, gündelik gazetelerde kendilerinden bahsettirmek ve avantür mecmualarına fotoğraflarını koydurmak hevesile de işlemekte oldukları anlaşıldı.

Hele Filadelfiya'da sekiz yaşında bir kız çocuğunun sırf itfaiye teşkilâtının yangın söndürme manevrelerini seyretmek için büyük

283

bir eve ateş vermesi bütün amerikada müthiş bir te'sir ve hayret uyandırmıştı.

Bu müşahedeler, Amerika Birleşik Devletleri kanun vazılarını çocuklar için her türlü merasimden ve ihtişamdan âri olarak basit ve tekellüfsüz bir sutette tahkikat yapan ve umumî mahkemelerin bulunduğu adliye saraylarından ayrı bir binada ve az mefruşatlı odalarda iş gören ve umuma açık olmıyan tek hâkimli çocuk mahkemelari *juvenil courts* açılması fikrine götürmüştür.

Kanun vazılarına bu fikri ilham eden insiyatif, evvelâ Illinois cümhuriyetinde çocukların himaye ve terbiyesini üzerine alan cemiyetler tarafından alındı ve 1891 tarihinde mebuslar meclisine bir kanun projesi takdim olundu. Fakat proje meclis tarafından reddedildiğinden kanuniyet kazanamadı.

Mezkûr cemiyetler bundan müteessir olmadılar, ve ümitsizliğe düşmediler. Bil'akis efkârı umumiyenin çocuk mahkemeleri açılmasına ihtiyaç olduğu fikri etrafında kâfi derecede aydınlatılmamış olduğunu nazara alarak propagandalarını genişlettiler. Bunlara şikago avukatlar barosu da iltihak etti. Tekrar muhtelif cemiyerlerin murahhaslarından mürekkep bir komisyon teşkil olundu. Hazırladıkları kanun projesi Şikago Cümhuriyetinin Mebuslar Meclisine takdim olundu. Kısa bir müddet içinde kanuniyet kazanarak [1] Temmuz 1899 tarihinden itibaren mer'iyete geçti ve ilk çocuk mahkemesi Şikago şehrinde açıldı. Bunu Illinois ve Massachussets cümhuriyetleri takib etti ve yavaş yavaş cümhuriyetierln ekserisi bu teşkilâtı kabûl etti.

Her yeni teşkilât gibi bu müessese de bizzat amerikada hem de adliye müntesipleri tarafından itirazlara ve tenkitlere uğradı.

Muhakemelerin gizli olması, duruşmalarda avukat bulundurulmaması, suçlu çocuklar hakkında mahkeme tarafından tahkikat yapmağa memur edilen delegelerin âilelerin harimine kadar sokularak tahkikat yapmağa selâhiyetli olmalarının hürriyete karşı bir tecavüz şeklinde telâkki olunması ve hâkimlere gerek muhakemenin icrasında ve gerek tatbik edilecek ceza ve tedbirlerin tercihinde büyük bir selâhiyet verilmesi bu itiraz ve tenkitlerin en başında geliyordu.

Müessesenin aleyhine olan bu cereyanın doğurduğu aksülâmel neticesi Pennsylvanya âli Divanı, çocuk mahkemesi kanununu teşkilâtı esasiye kanununa mugayir olduğundan bilbahis hükümsüz addettiğinden bu cümhuriyetin çocuk mahkemeleri iki sene kapalı kaldı. ko-

[1] 21 Nisan 1899 Kanunu

lombiya üniversitesi profesörlerinden Samuel Lindsey, Probation Officer denilen mahkeme delegelerinin bu iş için yetiştirilmiş maaşlı memurlardan mürekkep olmasını ve başlarında bir teftiş hey'eti bulunmasını teklif ediyor, bu işin fahrî olarak gelişi güzel bazı kadın ve erkeklere gördürülmesine itiraz ediyordu.

Polis teşkilâtına mensup olan memurlar dahi meşhut cürüm halinde yakalanan çocukların nezaret altına alındıklarından bilbahis serbest bırakılmalarına kızıyorlardı. [1]

Fakat zamanla teşkilâtın, çocukları islâh bakımından kendini gösteren te'sir ve faideleri herkes tarafından kabûl edildiğinden serdedilen itirazlar takdir ve sitayişlere müncer oldu.

II

Müessesenin Fransa'da Kuruluşu

1820 Tarihlerine doğru Fransa'da da onaltı yaşından yirmi bir yaşına kadar olan küçüklerin suç işliyenlerinin mühim bir yekûna baliğ olduğu dikkati çekmeğe başlamıştı.

1826 dan 1880 senesine kadar büyükler tarafından işlenen cünhaların sayısı vasatî olarak eskisinin 3 misline baliğ olduğu hâlde küçükler tarafından işlenen cünhaların sayısı 4 mislini bulmuştu. 1880 den 1910 tarihine kadar bu ağırlaşma devam etti.

1901 İstatistiki ile on bin küçükten 301 inin ceza mahkemeleri huzuruna maznun olarak çıkarıldıkları tesbit edildi. Büyükler arasında maznunluk nisbeti bundan üç def'a azdı.

1906 dan 1910 senesine kadar 16 yaşından 20 yaşına kadar olan çocuklar hakkında 24 ölüm cezası hükmü verilmişti.

Almanya, İtalya, Avusturya ve İngiltere'de de birinci büyük harbe tekaddüm eden senelerde büyüklerin suçlarının azalmasına mukabil küçüklerin suçlarının çoğaldığı görülmüştü.

Bu vaziyet karşısında Fransa, Amerikalılardan on üç sene sonra yani 25 Temmuz 1912 tarihli resmî gazetede neşredilen (Çocuklara ve mürahiklara mahsus mahkemeler ve nezaret altında serbest bırakılma) kanuniyle bu kıymetli müesseseyi kabul etmek zaruretini hissetti. Mösyö Ferdinand Dreyfus ve Âyan Meclisi azasından René Bérenger tarafından kaleme alınan kanun Projesi 7 Haziran 1910 tarihinde âyan meclisine tevdi olundu. Fakat kanunun mer'iyet mevkiine konulması 15 Mart 1914 tarihine kadar gecikti.

[1] Fransız Kanunu da itirazlara uğramış bilhassa Paris Hukuk Fakültesi Doyeni D. Berthelemy tarafından şiddetle tenkit olunmuştur.

Kanun, 22 Şubat 1921 tarihli kanun ile 17 Haziran 1938 tarihli muvakkat kanun tarafından kabul edilen bir takım tadil ve ilâveler ile tekemmül ettirildi.

Ayrıca çocuk mahkemeleri kanununun faydaları yeniden tedvin edilen ve eskidenberi mevcut olan çocuklara ait bir takım mevzuat ile takviye edildi.

Bu mevzuatın başlıcaları çocukluğun himayesine ait 30 İlkteşrin 1935 kararnamesi, 24 Mart 1921 tarihli serserilik kanunu, Théophile — Roussel kanunu adiyle anılan 18 Temmuz 1889 tarihli babalık hakkının zevali kanunu, bu kanunun bazı mahzurlarını ortadan kaldıran ve 23 Temmuz 1925 ve 17 Temmuz 1927 kanuniyle ve İlkteşrin 1935 muvakkat kanuniyle tamamlanan 15 ikinci Teşrin 1921 kanunu, 19 Nisan 1898 tarihli çocuklara karşı işlenen şiddet, cebir, gaddarane hareketlerin veya sui kastların zecri hakkındaki kanunlardır.

Fransız çocuk mahkemeleri kanununun kabul ettiği başlıca yenilikler şunlardır:

1 — Kendisine has bir teşkilâtı ihtiva eden çocuklara ve müraliklara ait hususî bir kaza mercii ihdası;

2 — Nezaret altında serbest bırakılma müessesesi vasıtasiyle çocuklar hakkında eskiden alınmış olan müessir terbiye tedbirlerinin taz'ifi ve mülâyimleştirilmesi;

3 — Çocuklar için 13 yaşına kadar uzanan tam bir cezaî ademi mes'uliyet devresi kabulü;

4 — Çocuklara ait cinayet suçlarının muhakemesinde jüri usulünün kaldırılması;

5 — Duruşmaların gizli yapılması.

Fransız kanun vazıı, bu mahkemelerin hâkimlerinin bu iş için yetiştirilmiş pedagoji, psikoloji ve çocuk hıfzıssıhhası gibi sair yardımcı ilimlere vakıf mütehassıs zatlardan müteşekkil olmasını arzu etmiş, fakat bu arzusunu bir hüküm halinde tesbit etmemiştir.

Müteaddit daireleri olan mahkemelerde çocuk mahkemesi hususî bir daire teşkil etmektedir. Bu dairenin hâkimleri mahkemenin umumî meclisinin reisi tarafından seçilmektedir. Çocuk mahkemesini teşkil eden hâkimler, 11 İlkteşrin 1820 emirnamesiyle te'sis edilen münavebe ile vazife görmek usulüne tâbi olmadıkları gibi bu hususî

darie hizmetinde bir seneden fazla kalmağa da mecbur değildirler. [1] Çocuk mahkemeleri yalnız umumî ceza kanunlarında yazılı suçları değil temyiz mahkemesinin 18 Mayıs 1916 tarihli içtihadı mucibince hususî kanunlarda ve hatta maliye kanunlarında yazılı cünhalara da bakmaktadır.

Paris çocuk mahkemesi huzurunda 1932 senesinde 1281, 1934 de 1598, 1935 de 1650 suçlu çocuk muhakeme edilmiştir.

Çocuk mahkemeleri halen Avrupa'da Fransadan başka Danimarka (14 Nisan 1905 kanunu), İngiltere (1908 aktı), Belçika (15 Mayıs 1912 kanunu) [2], İspanya (3 Şubat 1929 muvakkat kanunu), İtalya (20 Temmuz 1934 muvakkat kanunu), Avusturya, Macaristan, Felemenk, Polanya, Yugoslavya, Almanya, Portekiz ve Yunanistan hükûmetlerinde mevcuttur.

Hususî çocuk makkemeleri teşkilâtı henüz bizim mevzuatımız arasında yer alamamıştır. 1939 senesi mahkûmlar istatistikine nazaran memleketimizin son beş seneye ait mahkûm çocuk vaziyeti şudur.

Yaş	Seneler	Erkek	Kadın	Yekûn
12 — 15	1935	796	35	831
	1936	1443	72	1515
	1937	1877	87	1964
	1938	2076	80	2156
	1939	2348	105	2435
	1935	3460	101	3561
	1936	3717	192	3909
16 — 18	1937	4197	201	4398

[1] 1938 Senesinde Paris bidayet mahkemesinin 15 inci dairesinin birinci şubesi çocuk mahkemesi olarak tavzif edilmekte idi.

Mahkeme salonu prensip olarak adliye sarayının içinde olmayıp bitişiğinde Quai des orfévres'e açılan polis Prefekline ait bir binadadır. Çocuklar burada polis tarafından getirilen büyük sabıkalılarla görüşmek imkânını bulduklarından istihdaf edilen gaye kaybedilmiştir. Mahkeme salonunda prensip olarak bulunması icap eden sadelik mevcut değildir. Salon küçük olmakla beraber diğer mahkemelerin salonlarının aynidir. Hâkimlere mahsus kürsü, avukat ve müddeiumumi mevkileri, dinleyici sıraları, kâtip mahâlli gibi diğer mahkemelerde bulunan taksimatın hepsi mevcuttur. Bir reis ile iki azadan, müddeiumumi ve kâtipten ibaret olan mahakeme hey'eti yerlerini kendilerine mahsus olan resmî elbiseleriyle işgâl etmektedirler. Muhakemeler gizli olmakla beraber duruşmalarda bulunmalarına kanunen cevaz verilen kimseler ile salon tamamiyle dolarak insana alenî bir muhakeme hissini vermektedir. Bu itibarla Fransız çocuk mahkemeleri Amerika çocuk mahkemelerinin kabul etmiş olduğu (mahkeme olduğu belli olmamak) prensibinden ayrılmıştır.

[2] Mütercimin Adliye Ceridesinin Teşrinevvel 1941 nüshasında çıkan (suç işliyen çocuklar hakkında Belçika mevzuatı) serlevhalı yazısına bakınız.

	1938	4686	234	4920
	1939	5484	333	5817
	1935	5374	341	5715
	1936	7160	424	7584
19 — 21	1937	6579	434	7013
	1938	5684	360	6044
	1939	6073	432	6505

Çocuklara ait suçların seneden seneye artmakta olduğunu isbat eden bu acıklı tablo mümasil bir teşkilâtın bizde de yapılması lâzım geldiğini pek beliğ bir surette göstermektedir.

Esasen maruzatımız bu mühim temenniyi izhara vesile teşkil etmek için yazılmıştır.

Çocuklara ve mürahiklere mahsus Mahkemeler ile nezaret altında S rbest bırakılma hakkındaki Fransız kanunun metni

Kanun numarası: 532

Kabûl tarihi: 22 Temmuz 1912
Neşri tarihi: 25 Temmuz 1912
Mer'iyet tarihi: 15 Mart 191

Fasıl : I

On üç yaşından aşağı küçüklere isnad olunabilen ceza kanunu suçları

§ 1 — Umumî hükümler

Madde 1 — Kendisine ceza kanununda cinayet veya cünha olarak tavsif edilmiş bir suç isnad olunan on üç yaşından aşağı her iki cinsten bir küçük zecrî kaza merciine gönderilmez.

Müzakere odasında karar veren hukuk mahkemesi tarafından aşağıdaki hâllerde emir edilebilecek olan vesayet, nezaret, terbiye, ıslâh, ve müzaheret tedbirlerine tabî tutulabilir.

Suçun işlendiği, ana baba veya vasinin oturduğu ve çocuğun bulunduğu yer mahkemesi salâhiyetlidirler.

Eğer işe el koyan ilk mahkeme, suç mahalli veya çocuğun bulunduğu yer mahkemesi ise icabı takdirinde işi ana, baba veya vasinin ikametgâhı mahkemesine gönderebilir.

Müteâddit daireleri olan mahkemelerde reis bu dairelerin on üç yaşındaki küçüklere [1] ait olan işler hakkında hüküm verecek olanını tayin eder.

[1] Faslın serlevhasına nazaran (on üç yaşındaki küçükler) tâbirini daima (on üç yaşından aşağı küçükler) suretinde nazara almak lâzımdır Çeviern.

Bu işlere müteâllik kararlar adlî sicille kayıt edilmezler.

§ 2 — İlk tedbirler

Madde 2 — On üç yaşındaki bir küçük tarafından işlenen cinayet veya cünha nev'inden bir fiilden haberdar olan cumhuriyet müddeiumumisi onu sorgu hâkimine havale eder.

Şahsî hak davası ancak hukuk mahkemesi huzurunda açılabilir.

Madde 3 — 17 inci madde hükümleri deiresinde birinci reis tarafından tayin edilen sorgu hâkimi çocuğu gerek muvakkaten selâhiyetli mahkemenin bulunduğu yerdeki itimada şayan bir kimseye, umumî hizmete hadim olduğu kabûl edilen veya vali tarafından verilen bir kararla tayin edilen bir hayır veya içtimaî muavenet müessesesine teslimederek, gerekse onu bir hastahane veya öksüz yurdunda veya tayin edeceği bir mahâlde tevkif ettirerek emniyet altına alabilir. Vakit geçirmeksizin ana babayı, vasiyi veya hamiyi keyfiyetten haberdar eder.

Tahkikatın açıldığını muhakeme altına alınan çocuklar müdafaa komitesi reisine dahi haber verir. Re'sen veya baro reisi vasıtasile bir müdafi tayin eder.

Bununla beraber cinayetle maznuniyet halinde sorgu hâkimi esbabı mucibeli bir karar ile çocuğun bir tevkif evinde mevkuf kalmasını ve diğer mevkuflardan ayrılmasını kararlaştırabilir.

§ 3 — Tahkikat ve kararlar

Madde 4 — (22 Şubat 1921 tarih ve 1426 sayılı kanunla aşağıda olduğu üzere değiştirilmiştir.) Sorgu hâkimi ceza muhakemeleri usulü kanununun veya 8 Kânunevvel 1897 kanununun [1] mumî kaidelerine riayet edilmek suretiyle küçüğün kendisine isnad edilen suçun faili olup olmadığını arar.

Eğer çocuk hakkında kâfi delil veya kendisine isnad edilen fiil kanun tarafından derpiş edilmiş bir cinayet veya cünha teşkil etmiyorsa hâkim müddeiumumiliğin mütalâasını aldıktan sonra bir men'i muhakeme emri verir.

Eğer çocuk cinayet veya cünha nev'inden bir fiilin faili görünüyorsa ailenin maddî ve manevî durumu, çocuğun karakter ve masebekı, içinde yaşadığı ve terbiye edildiği şartlar ve ıslahını temin edecek hususî tedbirler hakkında bir tahkikat yapmağa mecburdur. Bu tahkikat eğer lüzum görülürse tıbbî bir muayene ile tamamlanır.

Sorgu hâkimi bu tamamlayıcı tahkikatı adlî sene başında müza-

[1] Recueil du Dépôt des Lois'nın 1911 senesi cildinin 41 inci sahifesine bakınız.

kere meclisi [1] tarafından tanzim edilen bir listeye dahil olan ve tercihan aşağıda yazılı sınıflardan seçilen bir rapörtere havale edebilir : Magistrat'lar veya eski magistrat'lar, kadın veya erkek avukatlar, avue veya fahrî avue'ler, umumî hizmete hadim olduğu kabûl edilen veya vali tarafından verilen bir kararla tayin edilen himaye cemiyetlerinin kadın ve erkek âzaları ve muhakeme altına alınan çobuklar müdafaa komitesinin kadın ve erkek âzaları.

Bu raportör, çocuğu dinler, herkes nezdinde her malûmatı toplar ve kendisine küçüğün menfaatı için lâzım görünen her tetkiki yapar. Eğer memuriyetini icra sırasında bir müdafaaya tesadüf ederse bunu doğrudan doğruya sorgu hâkimine arzeder. Eğer lüzum varsa bu hâkime tahkikatın neticelerini bildiren yazılı bir rapor gönderir.

Tahkikat bitince sorgu hâkimi bunu cümhuriyet müddeiumumisine bildirir ve lüzum varsa küçüğü müzakere meclisi huzuruna gönderir.

Takibat yapmak hakkı münhasıran umumî idarelere ait suçlar bahis mevzuu olduğu takdirde bu idarelerin sebk eden şikâyeti üzerine aynı şekilde muamele eder.

Madde 5 — Müzakere meclisi çocuğu, şahitleri, ana babayı, vasi veya hamiyi, eğer tayin edilmiş ise raportörü, müddeiumumiyi ve müdafii dinledikten sonra kararını verir.

Kararında yukarıda sayılan kimselerin bulunduğunu gösterir.

Madde 6 — Eğer maznuniyet meydana çıkmış ise müzakere meclisi esbabı mucibeli bir karar ile aşağıdaki tedbirlerden birini alır:

1 — Çocuğu âilesine teslim etmek,

2 — Rüşd yaşına kadar ya itimada şayan bir kimsenin yanına veya istimlâk olunmuş bir yurt veya yatılı bir okula veyahut bir anormaller müessesesine, veyahut da umumî hizmetlere hadim olduğu kabûl edilen veya vali tarafından verilen bir kararla tayin edilen bir hayır müessesesine yerleştirmek,

3 — Bir içtimaî muavenet müessesesine teslim etmek.

Eğer müzakere meclisi, küçüğün âilesine, bir kimseye veya bir hayır müessesesine teslimini emredecek olursa bundan başka kanunun III inci faslında derpiş edilen şartlar dahilinde küçüğün nezaretini kendi idaresi altında bir emniyet delegesine havale edebilir.

[1] Bir mahkeme hey'etinin her hangi bir iş hakkında müzakerede bulumak ve karar vermek için müzakere odasında toplanması haline alem olan ve müzakere odası manasına gelen Chambre du conseil tabirini bazı yerlerde (müzakere meclisi) suretinde tercüme etmeği muvafık bulduk.

290

Müzakere meclisi, adlî masraflarla, nafaka ve yerleştirme masrafları bedelini, lüzum varsa âileden alınacak masrafları tayin eder. Bu masraflar ceza muhakemesi masrafı gibi tahsil olunur.

Müzakere meclisinin duruşmaları, alenî değildir: Bununla beraber duruşmada muhakeme altına alınan çocuklar müdafaa komitesi âzaları, çocuklarla meşgul himaye cemiyetleriyle diğer hayır müesseselerinin mahkeme tarafından müsaade edilen âzaları ve mahkemenin delegeliğini kabûl eden kimseler hazır bulunabilirler.

Esbabı mucibeli karar alenî celsede okunur.

Madde 7 — Müzakere meclisinin bütün kararları on günlük bir müddet içinde mahkeme kâtibinin taahhütlü bir mektubu ile küçüğün ve müdafiinin, baba ve ananın, vasi veya haminin ve cümhuriyet müddeiumumisinin şahsına veya ikametgâhına tebliğolunur.

Madde 8 — On üç yaşındaki küçük, ayni sebeple daha yukarı yaşta olan ve hazır bulunan bir veya ziyade maznunlar ile müşterek olduğu vakıt tahkikat umumî hükümlere tevfikan yapılır. Bununla beraber on üç yaşındaki küçük hakkında yukarıdaki 3 ve 4 üncü maddeler hükümleri tatbik olunur.

Eğer on üç yaşındaki küçük hakkında men'i muhakeme kararı verilmiyecek olursa yukarı yaşta bulunan maznun hakkında lüzumu muhakeme kararı verilse dahi yine selâhiyetli hukuk mahkemesi huzuruna sevk olunur.

§ 4 — Müzakere Meclisinin kararları aleyhine müracaat.

Madde 9 — Müzakere meclisinin hükmünü istinaf etmek hakkı küçüğe, babasına, anasına, vasisine, hamisine ve müddeiumumiliğe aittir.

Bu istinaf, hükmü verecek olan mahkeme kalemine on günlük bir müddet içinde yapılır. Bu müddet hükmün tefhim edildiği duruşmada hazır bulunanlar için bu hüküm gününün ertesi gününden, bu duruşmada mevcut olmıyan baba, ana, vasi ve hami için kendilerine taahhütlü mektubun vasıl olduğu günün ertesi gününden itibaren cereyan eder.

Müteaddit daireleri mevcut olan istinaf mahkemelerinde birinci reis, bu dairelerin müzakere meclisi halinde karar verecek olanını, müddeiumumiyi, dinlenecek veya davet edilecek alâkadarları tayin eder.

Müracaat, sarahaten emredilmiş olan muvakkat icra hariç olmak üzere icranın tehirini müstelzimdir.

6 ıncı maddenin son fıkrasında gösterilen kimseler duruşmada hazır bulunabilirler.

Esbabı mucibeli karar alenî celsede okunur.

Madde 10 — Çocuğu âilesi dışında bir yere yerleştiren bir kararın icrasından en aşağı bir sene geçince ana baba veya vasi müzakere meclisinden çocuğun ıslah edilmiş olduğunu ve kendisinin onu terbiye etmek hususundaki ehliyetini kabûl ederek kendisine teslimini isteyebilir.

Talebin reddi halinde müzakere meclisinin kararı aleyhine 9 uncu maddede derpiş edilen meddet içinde ve orada gösterilen şekle tevfikan istinaf mahkemesine dava açabilirler.

Red kararının kat'ileşmesi halinde mümasil bir talep, ancak bir senelik yeni bir müddetten sonra arzedilebilir.

Madde 11 — Mahkemenin müzakere meclisi, re'sen, müddeiumumiliğin talebi ile veya çocuğun isteği üzerine istinaf mahkemesinin müzakere meclisine müracaat etmek hakkı baki olmak üzere onu esbabı mucibeli bir kararla her vakıt gerek âilesine teslime ve gerek yerini değiştirmeğe muktedirdir.

Bu müracaat, mahkemenin müzakere meclisi tarafından sarahaten emredilen muvakkat icra müstesna olmak üzere icranın tehirini muciptir.

Eğer talep küçük tarafından yapılmış ve reddedilmiş ise ancak bir senelik müddetten sonra yenilenebilir.

§ 5 — Muhtelif hükümler.

Madde 12 — Müddeiumumilik müzakere meclisinin kararlarının icrasını temin etmekle mükelleftir.

Madde 13 — Usûl muameleleri, kararlar ve geçen maddelerde derpiş edilen yerleştirme mukaveleleri bütün damga ve kaydiye resimlerinden müstesnadır.

§ 6 — On üç yaşındaki küçükler tarafından işlenen kabahatlar.

Madde 14 — On üç yaşındaki küçükler tarafından işlenen kabahatlar umumun huzurundan hariç olmak ve ana baba, hami veya va-

sinin huzurunda bulunmak üzere sulh hâkiminin odasında yer alan sulh ceza mahkemesine havale olunur.

Eğer kabahat isbat edilirse hâkim güçüğü veya ana babayı tevbih eder ve kendilerini tekerrürün neticelerinden haberdar eder. Bu tevbih hususî bir sicille kaydolunur.

Küçük, ceza kanununun 483 üncü maddesinin hükümleri dairesinde tekerrür halinde bulunduğu ahvalde müzakere meclisi halinde toplanan hukuk mahkemesi huzuruna çıkarılır. Ve geçen maddelerdeki hükümlere tâbi tutulur.

Fasıl II

On üçten on sekiz yaşına kadar olan küçüklere isnad edilebilen ceza kanunu suçlarının hüküm ve muhakemesi

Madde 15 — (22 Şubat 1921 tarih ve 1426 sayılı kanunla aşağıda yazılı olduğu üzere değiştirilmiştir.) Cünha mahkemeleri, sorgu hâkimi veya itham hey'eti tarafından gönderilen ve on üçten on sekiz yaşına kadar olan küçükler tarafından işlenen hapis cezasını müstelzim cünhalara bakarlar. Hiç bir halde onu mahkemeye doğrudan doğruya celp edemezler.

Mer'iyette bulunan kanunlara nazaran takibi umumî idarelere mahsus olan suçlar bahis mevzuu olduğu takdirde alâkalı idarenin sebkeden şikâyeti üzerine evvelki fıkrada derpiş edilen şartlar dahilinde takibat yapmak selâhiyeti münhasıran cümhuriyet müddeiumumisine aittir.

Madde 16 — 19 Nisan 1898 tarihli kanunun [1] 4 üncü maddesi hükümlerinin bütün hallerde küçükler hakkında işlenen cinayet ve cünhalara tatbik edilmesine devam olunur.

On üçten on sekiz yaşına kadar olan küçüklere isnad edilen cinayet ve cünhaların bütün hallerde sorgu hâkimi davanın her halinde müddeiumumiyi dinledikten sonra küçüğün muhafazasının âilesine, akrabadan birine, itimada şayan bir kimseye, umumî hizmetlere hadim olduğu kabûl edilen veya vali kararile tayin edilen bir hayır veya içtimaî muavenet müessesesine tevdi edilmesini emredebilir.

Bu tedbirin daima feshi kabildir. Tahkikata nihayet verecek olan muhakemenin men'i kararına kadar ve işin mahkemeye verilmesi halinde hüküm katileşinciye kadar mer'iyette kalır.

[1] Bu kanunun metni için Recueil du Dépôt des Lois'nın 1909 senesinin 349 uncu sahifesine bakınız.

293

Eğer muvakkat muhafaza küçüğün ailesine, akrabadan birine veya bir şahsa bırakılmış ise sorgu hâkimi muhafazanın kendisi tarafından tayin edilen itimada şayan bir kimsenin nezareti altında icra edilmesini emredebilir.

Bununla beraber küçüğün üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) olan akrabaları, vasi veya kayyımı yahut müddeiumumilik sorgu hâkiminin emrine karşı itirazda bulunabilirler. İtiraz, üç gün içinde mücerret bir talep ile müzakere meclisi halinde toplanan mahkeme huzuruna sevk edilebilir.

(Bu maddeye 17 Haziran 1938 muvakkat kanuniyle aşağıdaki fıkra ilâve olunmuştur.)

Sorgu hâkimi küçüğün emniyete şayan bir kimseye, bir hayır veya içtimaî muavenet müessesine muvakkaten muhafazasını emrettiği takdirde ayrıca iaşe ve yerleştirme masrafları bedelini ve lüzumu halinde âileden alıncak masrafı tayin eder. Bu masraflar, ceza muhakemesi masrafları gibi tahsil olunur. Devlet tarafından hususî müesseseye veya alâkalı hayır sever kimseye sarf edilen yevmî tahsisat kanunen bu masrafların bedelinden tenkis edilir.

Madde 17 — Müteâddit sorgu hâkimleri mevcut olan mahkemelerde istinaf müddeiumumisinin teklifi üzerine bu hâkimlerin biri veya bir kaçı birinci reis tarafından on sekiz yaşına kadar olan küçükler tarafından işlenen suçun tahkikatı ile hususî surette tavzif olunurlar.

Sorgu hâkimi tahkikatını aynı zamanda cinayetle itham edilen fiiler üzerine olduğu kadar küçüğün âilesinin maddî ve manevî vaziyeti üzerine de tevcih eder. İlk tahkikatın açıldığından muhakeme altına alınan çocuklar müdafaa komitesi reisini haberdar eder. Bizzat veya baro reisi vasitasile bir müdafi tayin eder veya ettirir. Lüzum varsa küçüğü tıbbî bir muayeneye tabi tutar.

Madde 18 — Her kazada bidayet mahkemesi, cinayet veya cünha ile maznun olan on üçten on altı yaşına kadar olan küçükler ile yalnız cünha ile maznun olan on altıdan on sekiz yaşına kadar olan küçükleri hususî bir duruşmada muhakeme etmek için çocuklar ve mürahiklar mahkemesi halinde teşekkül eder.

Seine mahkemesinde ve müteaddit dairelerden müteşekkil olan mahkemelerde, bidayet mahkemesi kısmında geçen fıkrada yazılı olan on üçten on altı yaşına ve on altıdan on sekiz yaşına kadar olan küçükleri muhakeme etmekle mükellef çocuklar ve mürahikler mah-

kemesi adı ile hususî bir daire teşkil edilir. İstinaflar, istinaf mahkemeleri tarafından hususi bir duruşmada ve ilk hâkimler huzurundaki şartlar içinde yapılır.

Çocuklar ve mürahiklar mahkemelerini teşkil etmek üzere tayin edilen hâkimler diğer daireleri teşkil edebilirler.

On üçten on sekiz yaşına kadar olan bir küçük aynı davada yukarı yaşdaki hazır maznunlar ile asıl fail, hem fiil veya şerik olarak takibata dahil edildiği vakit iş umumî mahkeme huzuruna sevk olunur.

On üçten on altı yaşına kadar olan bir küçük cinaî mevada müteâllik aynı bir davada yukarı yaştaki hazır maznunlar ile asıl fail, hem fiil veya şerik olarak maznun olduğu vakit hüküm aynıdır.

Madde 19 — Her dava diğer bütün maznunların gıyabında olarak ayrı ayrı muhakeme edilir.

Duruşmalara yalnız davanın şahitleri, küçüğün yakın akrabaları vasiler ve küçüğün kayyımı, baro âzası, içtimaî muavenet mümessilleri, himaye cemiyetleriyle muhakeme altına olınan çocuklar müdafaa komitesinin ve çocuklar ile meşgûl olan diğer hayır müesseselerinin mahkeme tarafından müsaade edilen âzaları, mahkemenin delegeleri ve matbuat mümessilleri kabûl olunur.

Çocuklara ve mürahiklara mahsus mahkemelerin duruşma zabıtnamelerinin neşri yasaktır. Haklarında takibat yapılan küçüklerin portrelerini, kendilerine veya takibata dahil edilen fiillere ait resimleri tab etmek dahi yasaktır. Bu iki hükme ait suçlar cünha mahkemesince yüz franktan iki bin franga kadar bir para cezasiyle cezalandırılır.

Bu hükümlerin birinci fasılda derpiş edilen müzakere meclisi huzurundaki duruşmalara da tatbiki kabildir.

Hüküm ve kararlar alenî duruşmada verilir ve küçüğün ismi zikredilmeksizin baş harfi ile işaret edilmek şartiyle neşrolunabilir.

Küçük yukarı yaştaki hazır maznunlar ile birlikte umumî mahkeme huzuruna gönderildiği takdirde duruşma açıktır.

Fasıl III

Nezaret altında serbest bırakılma

Madde 20 — Mahkeme, on üç yaşından on sekiz yaşına kadar olan bir küçüğün tayin ve faaliyetini sevk ve idare edeceği bir

kimsenin veya bir hayır müessesesinin nezareti altında muvakkaten nezaret altında serbest bırakılmasına karar verebilir.

Reis, küçüğe, ana babasına, hami veya vasisine tefhim edilen tedbirin mümeyyiz vasfını ve mevzuunu izah eder.

Madde 21 — (22 Şubat 1921 tarih ve 426 sayılı kanunla aşağıda yazılı olduğu şekilde değiştirilmiştir.) Ceza kanununun 66 ıncı maddesi aşağıda olduğu üzere değiştirilmiştir:

On üç yaşından yukarı ve on sekiz yaşından aşağı olan bir maznun veya müttehemin fark ve temyiz ile hareket etmediğine karar verilecek olursa beraet eder. Fakat ahvale göre ana babasına, bir kimseye veya bir hayır müessesesine teslim edilir. Ve yahut her hâlde yirmi bir yaşına vasıl olacağı devreyi geçmemek üzere hükümde tayin edilecek mıkdar sene zarfında terbiye edilmek ve mevkuf tutulmak için bir infaz kolonisine [1] sevk edilir.

Mahkeme, küçüğün ana babasına, bir kimseye veya bir hayır müessesesine teslim edilmesini emretiği hâlde ayrıca küçüğün yirmi bir yaşından daha yukarı bir yaşa vasıl oluncaya kadar nezaret altında serbest bırakılma rejimi altında kalmasına karar verebilir.

Mahkeme tarafından tesbit edilen devrenin hitamında cümhuriyet müddeiumumisinin talebi üzerine mahkeme yeniden bir karar ittihaz eder.

---

[1] Fransız caza kanununun 66 ve 67 inci maddeleri küçük mahkûmların cezalarını çekmelerine mahsus olan terbiye müesseselerine, onların buralarda vücude getirdikleri topluluklardan kinaye olarak infaz kolonileri Colonies Pénitentiaire adını vermektedir. Bu ad, kanunun metnine 12 nisan 1906 kanunile alınmıştır Kanunun ilk metninde terbiye tedbirlerinin tatbik edilmesine mahsus olan bu nevi müesseselere islah evleri namı verilmekte idi.

İlk infaz kolonisi 1840 senesine doğru yani kıral Louis — Philippe zamanında hususî şahıslar tarafından Metray'da teşkil edilmiş ve Genç mahbusların terbiye ve himayesi hakkındaki 5 Ağustos 1850 kanunile de bu nevi müesseselerde tatbik olunacak rejimin esasları tesbit olunmuştur.

İnfaz kolonilerine halen kanunu medeninin babanın tedip hakkından bahseden 376 ve müteakip maddelerini değiştiren 30 ilk teşrin 1935 muvakkat kanunu mucibince (Nezaret altında bulunan terbiye evleri) adı verilmektedir.

İnfaz kolonilerinin adedi 1935 de 5 tane idi. Son senelerde bir kaç müessese daha açılmıştır. Bunların en mükemmeli Paris civarındaki Fresnes (Fren) ceza evinin bir şubesini teşkil eden terbiye evidir. Bu müesseselerde küçük mahkûmlara ahlâkî, dinî bir terbiye verilmekle beraber ayrıca bir san'at ta öğretilmektedir. Her yeni sistem gibi terbiyevî infaz sistemi de çok şiddetli tenkitlere maruz kalmıştır. Meselâ Francois Coppée nin Le Coupable isimli meşhur romanı bu tenkitlerinin en mühimini teşkil etmektedir.

296

Bir küçüğün yerleştirilmesini veya bir infaz kolonisine gönderilmesini emreden kararlar aleyhine müracaat, sarahaten emredilmiş olan muvakkat icra müstesna olmak üzere icranın te'hirini muciptir.

(Bu maddeye 26 Mart 1927 tarihli kanunun 86 ıncı maddesiyle aşağıdaki fıkra ilâve olunmuştur.)

On üç yaşından on sekiz yaşına kadar olan bir küçük bir infaz Kolonisine gönderilmiş olduğu takdirde bu kararı bu kanunun (22—Temmuz 1912 kanunu) 10 ve 11 inci maddeleriyle tesbit edilen şartlar içinde yerine göre mahkemenin veya istinaf mahkemesinin müzakere odasında karar veren bidayet veya istinaf mahkemesi değiştirebilir.

(Bu maddeye 17 Haziran 1938 muvakkat kanuniyle aşağıdaki fıkra ilâve olunmuştur.)

Mahkeme, bir küçüğü nezaret altında serbest bırakılma servisine, hususî bir müesseseye veya hayırsever kimseye tevdi ettiği takdirde ayrıca iaşe ve yerleştirme masrafları bedelini ve lüzumu halinde âileden alınacak masrafı tayin eder. Bu masraflar ceza muhakemeleri masrafları gibi tahsil olunur. Devlet tarafından hususî bir müesseseye veya alâkalı hayırsever kimseye sarfedilen vevmî tahsisat kanunen bu masrafların bedelinden tenkis olunur.

Madde 22 — Mahkeme, 20 ve 21 inci maddeler mucibince hükmedilen nezaret altında serbest bırakılmayı kendi idaresi altında temin ve kontrol etmekle mükellef olmak üzere her iki cinsten bir kaç kimseyi delege sıfatiyle tayin edebilir.

Bu delegeler tercihan himaye cemiyetleri, muhakeme altına alınan çocukları himaye komiteleri, mahkeme tarafından kabûl edilen hayır müesseseleri âzası arasından seçilir; mahkeme tarafından doğrudan doğruya ferdler arasından da seçilebilir.

Madde 23 — (22 Şubat 1921 tarih ve 1426 sayılı kanunla aşağıda olduğu üzere değiştirilmiştir.) Delegeler tesbit edilen devre esnasında lâzımı derecede bir ihtimamla nezaret altında serbest bırakılan küçükleri ziyaret ederler ve onların hâl ve gidişleri hakkındaki raporlarını hazırlıyarak mahkeme reisine takdim ederler. Her defasında lâzım gelen hükmü verecek olan reis nezaret altında serbest bırakılan bir küçüğün fena gidişi veya ahlâkî vahameti halinde, nezarete iras edilen sistemli manialar halinde olduğu gibi gerek re'sen ve gerek delegenin mücerret talebi üzerine yeniden bir karar alınmak üzere küçüğün ve ona nezaret eden kimsenin yakın bir duruşmada hazır bulunmalarını emredebilir.

Delegenin vefatı veya mazereti halinde halefi çocuklara ve mürahiklara mahsus mahkeme reisinin emri ile tayin edilir.

Reis bir infaz Kolonisinde mevkuf tutulmanın, muhafaza veya nezaretin hitamında lüzum görürse gerek re'sen, gerek bir talep vukuunda küçük olan şahsın himayesini temin için icap eden bütün tedbirleri emredebilir. Esbabı mucibeli bir kararname ile küçüğün tevkif evine sevkine ve diğer mevkuflardan ayrı bir yerde mevkuf tutulmasına karar verebilir. Bu hâlde, küçük yirmi dört saat içinde reis tarafından sorguya çekilir ve mahkeme yakın bir duruşmada işi tetkike mecburdur.

Mahkeme, itiraz ve istinaf edilse bile kararının doğrudan doğruya muvakkaten icrasını emredebilir.

22 Temmuz 1912 Kanununun tatbiki suretiyle verilen kararlara müteallik bütün davayı hadiseler, ilk kararın değiştirilmesini istiyen bütün talepler, hak ve selâhiyetlerini ana babanın veya küçüğün muhakemeten tevdi edilmiş olduğu kimsenin veya hayır müessesesinin ikametgâhı mahkemesine ve küçüğün yerleştirilmiş bulunduğu kaza mahkemesine havale etmediği takdirde asıl kararı veren mahkemeye arzedebilir.

Bu mahkeme, keza, bu maddenin 5 inci fıkrasiyle derpiş edilen mutlak havalenin ademi mevcudiyeti halinde, nezaret altında serbest bırakılma kararı, daimî sıfatı haiz olmıyan bir kaza mercii tarafından veya bir istinaf mahkemesinin bozmayı mucip bir kararile emredilmiş ise 20,21,22 ve 23 üncü maddelere tevfikan emredilen tedbirlere mütedair bütün davayı hadiseler ve kararın değiştirilmesini istiyen talepler hakkında dahi selâhiyetlidir.

Madde — 24 Nezaret altında serbest bırakılan küçüğün ölümü, ağır hastalığı, ikametgâhının değiştirilmesi veya izinsiz gaybubeti halinde ana baba, vasi, hami veya patron gecikmeksizin çocuklara ve mürahiklara mahuus mahkemenin reisine heyfiyetten bilgi vermesi icap eden delegeyi haberdar etmeğe mecburdurlar.

Madde 25 — (22 Şubat 1921 tarih ve 1426 sayılı kanunla şağıda olduğu üzere tadil edilmiştir.) 6 ıncı madde mucibince on üç yaşındaki küçüklerin müzakere meclisi emriyle nezaret altında serbest bırakılmaları dahi evvelki maddeler hükümleri dairesinde idare edilir.

Nezaret altında serbest bırakıldığı esnada veya 6 ıncı maddede sayılan yerleştirmelerden birinin mevzuu olduğu sırada on üç ya-

şından aşağı olan bir küçüğe müteallik bulunan ve kararın değiştirilmesini istiyen talep, bu talebe sebep olan fiiller küçüğün on üç yaşını geçmesinden sonra işlenmişler ise çocuklara ve mürahiklara mahsus mahkeme huzuruna gönderilir. Bu mahkeme 21 inci maddede derpiş edilen terbiyevî tedbirleri alır.

Madde 26 — Ceza kanununun 67, 68 ve 69 uncu maddeleri aşağıda olduğu gibi değiştirilmiştir:

67 inci madde: on üç yaşından yukarı ve on altı yaşından aşağı bir küçüğün fark ve temyiz ile hareket ettiğine karar verilecek olursa cezalar aşağıda olduğu veçhile hükmedilir:

Eğer ölüm cezasına, müebbed şakka hizmetlerine, ana vatan dışına sürgüne müstehak ise bir ceza kolonisinde on seneden yirmi seneye kadar hapis cezasına mahkûm edilir.

Eğer muvakkat şakka hizmetlerine, kalebendiliğe veya hapse müstehak ise bu cezalardan birine mahkûm edilebilecek kimsenin cezası müddetinin en az üçte birine ve en çok yarısına müsavi bir müddetle bir ceza kolonisinde mahpus tutulmağa mahkûm edilir.

Bütün hâllerde hükûmet tarafından memnuiyeti kendisine tebliğ edilecek mahallerde en az beş sene ve en çok on sene zarfında görünmekten men edilebilir.

Medenî haklardan iskat veya sürgüne müstahak ise bir infaz Kolonisnde veya bir ceza kolonisinde bir seneden beş seneye kadar mahpus tutulmağa mahkûm edilir.

68 inci madde: on altı yaşından yukarı hazır şerikleri olmıyan va cinayetle maznun bulunan on üç yaşından yukarı ve on altı yaşından aşağı olan küçük yukarıdaki iki maddeye bağlı kalmak şartiyle cünha mahkemeleri tarafından muhakeme edilir.

69 uncu madde: on üç yaşından yukarı ve on altı yaşından aşağı olan küçüğün ancak mücerret bir cünha işlemiş olacağı bütün hâllerde kendisine karşı hükmediledek olan ceza, on altı yaşında olduğu takdirde mahkûm edileceği cezanın yarısından fazla olamaz.

Madde 27 — Her mahkemede zabıt kâtibi on sekiz yaşından küçüklere ait bütün kararların kayıt edilmesine mahsus alenî olmıyan bir sicil tutar.

Madde 28 — Ceza Evleri Yüksek Meclisinin fikri alındıktan sonra Adliye ve Dahiliye Nazırlarının teklifi üzerine neşredilen hükûmetin bir nizamnamesi bu kanunun tatbikine mütedair tedbirleri tayin eder.

Bu nizamname bilhassa bu kanunun tatbiki suretiyle küçüklerin tevdi edilecekleri kimselere, hastahanelere veya öksüz yurtlarına ve hayır müesseseselerine verilebilecek tahsissatın mikdar ve şartlarını tesbit eder.

Kanun, hükûmetin nizamnamesinin resmî gazete ile neşrinden altı ay sonra me'riyet mevkiine konulacaktır.

Âyan ve Mebuslar Meclisi tarafınan müzakere ve kabul edilmiş olan bu kanun devlet kanunu olarak icra edilecektir.

Paris'te 22 Temmuz 1912 de yapılmıştır.

No: 18

Suçlu Kadınlar ve bunlar hakkındaki İnfaz sistemi

Yazan: Dr. Hadî Tan

I — Kadın Kriminalitesi:

Kriminoloji sahasında ehemmiyetli bir mevki işğal eden sçulu kadınlar ve bunlar hakkındaki infaz sistemi, tetkik ve tahlile lüzum gösteren problemlerin en başında gelir. Kadın cinsinin kendine mahsus hususiyetlerinden olmak üzere, bunlar tarafından işlenen suçların mahiyetini, kriminoloji tetkiklerinden istifade ederek tahlil ve tetkik edebiliyoruz. Neteki n işlenen memnu fiiller arasıda cinsiyet bakımından bir tefrik yapmak imkânı daima mevcuttur. Nisbî manada hercins kendine mahsus ve kendi hususiyetleri dairesinde suç işler [1] Bu itibarla kadın cinsinin de işlediği suçlar meyanında kendine has ve tefriki mümkün olanları vardır. Kadın suçlular esas olarak passif ve aktif anlamlarda ikiye tefrik edildikte, bazı suçları aktif ve bazılarını passıf faaliyet şekillerinde ika ederler. Buna rağmen iptidaî devirlerde kabilenin (Kadın, erkek, çocuk, genç ve ihtiyar) topyekûn işlediği muayyen fiiller müstesna bu günkü kıriminal istatistikler dişi cinsin erkek cinse nazaran umumiyetle suç ikaında passif kaldığını (nususî suçlar müstesna) ve binnetice daha az suç işlediğini göstermek te ve nisbeti de % 20 olarak tes bit etmektedir. [2] Bu nisbet

[1] Kadınlar tarafından işlenen suçların yüz de nisbetini kıriminal istatistikler şu şekilde tesbit ediyor: çocuk öldürülmesi yüzde yüz, çocuk terki % 89, çocuk düşürme % 81, fukuş %62, zehirleme %56, adî hırsızlık %30, adî hakaret %27, yalan yere yemin %24, suç tasnii %23 dolan dırıcılık %20, tehdit %14, hırsızlık %13 meşken masuniyetine taarruz %12, hafif mü essir fiil %10, hırsızlık (mükerriren) %9, ağır fiili müessir % 6, katil %1.

[2] a — Yalnız kadın cinsine has olan suçlar: Çocuk öldürme, çocuk düşürme ve çocuk terki %80 ilâ 100 kadınlar tarafından işlenmektedir.

b — Zina, suçun tekevvün tarzına göre 1/2 nisbetindedir. c — Dişi cins tarafından işlenen suçların erkek cins tarafından işlenen suçlara göre mukayeseli tesbiti. S (taksim hattının üsdündeki rakkamlar erkek suçluları alttaki rakkamlar da kadın suçluları göstermekdedir).

cemiyetlerdeki kadın hayatının inkişaf etmiş olması ve dişi cinsin umumî yaşama hayatına bilfiil iştirak edip etmemesile tahavvül eder. Bilhassa umumî yaşama hayatına ve hayat mücadelesine iştirak etmiş olan ve her sahada erkek cinsi gibi maişetini bizzat temin zaruretinde bulunan bir cemiyetin kadın suçluları ile henüz kadınlarını harici hayata iştirak ettirmemiş ve maişetlerini bizatihi temine müsaade etmemiş ve onları daima yuvasına bağlamış olan çemiyetlerdeki kadın suçlular arasında gerek şuçların tenevvüü ve gerekse umumî yekûn bakımından noksanlık mevcuttur. Şurası şayanı zikirdirki, Kadıncinsi fizik yaratılışı icabı nev'i şahsına mahsus suç işlediği gibi bazı suç tasniflerinde de ekseriyeti bu cins suçlular teşkil eder. Ezcümle çocuk düşürme, çocuk öldürme, çocuk terki, kıskançlıktan dolayı zehirleme, fuhuş, yatakcılık, muayyen hırsızlık fiilleri gibi suçlar umumiyetle veya ekseriyetle kadınlar tarafında işlenir. Profesör Sauer, dişi cinsin taarruz, cesaret ve taammüdü istilzam etmeyen ve ayni zamanda sükûnetle ve başkasının yardımına lüzum olmadan işlenmesi mümkûn olan suç nevilerini ekseriyetle işlediklerini ve işbu memnu fiillerin işlenmesinde gerek ahlakî ve gerek malî mecburiyetlerin de rol oynadığını beyan etmektedir. [1]

Evlenmiş veya evlenmemiş yahut gerek boşanma ve gerekse kocası ölmek suretiyle dul kalmış olan kadınların işledikleri suçların fazlalığı ve katakorisi bakımından kriminaloji istatistiklerinde tahavvüller müşahade ediyoruz. Kocasının ölümüyle veya kurduğu yuvanın icabatı olarak yaşadığı müşterek hayatı ihlâl eden her hangi bir hadise dolayisile artık o müşterek hayatı idameye imkân bulamamak mecburiyeti altında mahkeme kararıyle boşanıp dul kalan kadınların işlemiş olduğu suçlarda da bir fark göze çarpıyor. Zira kocosının ölümü veya boşanma suretiyle dul kalmış olan kadın, ma-

[1] Suç tasnii 3 2, yalan yere yemin, iftira, sırın ifşası 2/1, yatakcılık, başkaları için kadın ve erkek tedariki, hakaret 3/1, hırsızlık, sahtakârlık, gerek kasdî ve gerek ihmalî yangın çıkarma, hürriyeti tahdit 4/1, mükerrir hırsızlık, hapishaneden firar 5/1, tehdit 6/1, din aleyhine işlenen suçlar 7/1, dolandırıcılık, sahtakârl k 8/1, ölüme sebebiyet 9/1, katil, müessir fiil (ağır) 10/1, mesken masuniyetin- aarruz, casusluk, kalpazanlık 11/1, kumar 12/1.

(I Wilhelm Sauer: kiriminal soziologie sahife 633.

d — Ekseriyetle erkek cins tarafından işlenen suçlar: ağır müessir fiil umumî adab ve aile nizamına karşı işlenen suçlar, eşyaya karşı işlenen suçlar, hırsızlık (ağır), tatili uzuz 30/1, nakil vasıtaları aleyhine işlenen suçlar, soyğunculuk, yağma, memuriyet suçları, hayvanlara fena muamele (cinsi) 40/1.

e — Yalnız erkek cins tarafından işlenen suçlar: Düello, cebren ırza geçmek, hükûm ve nufuzundan istifade ederek ırza geçmek, baştan çıkarma, iffete taaruz, livata, sarkıntılık, kız kadın ve erkek kaçırma

302

nen ve maddeten yıpranmış, binnetice sinir ve irade kuvveti tenakus etmiş, efal ve harakâtını dizginleme şebekesi bozulmuştur. mevzubahs maddî ve manevî tenaküse, kadının serbest hayata atılıp kendisinin ve ona mensup olanların maişetini temin etmek külfeti de aynı zamanda inzimam ediyor. Bu nevi şartlar altında hayat geçiren kadın, muayyen şuç nevilerinin kolaylıkla işlenmesini temin eden vasata dahil olmuş bulunuyor. İşte o andan itibaren cemiyet hayatındaki münasebetlerini idame ettirirken maruz kaldığı ehemmiyetsiz bir hadise bozuk maneviyatını, iradesini ve sinirlerini lüzumundan fazla tembih ve tahrik ederek onu suçlu mevkiine düşürüyor. Kriminal istatistiklere göre bu nev'i kadınlar bilhassa adî hakaret, hırsızlık, hafif müessir fiil suçlarına mevzu olmaktadırlar. Yine bu cümleden olmak üzere evli kadınlarla bekâr kadınlar (kız ve dul) tarafından işlenmiş olan suçların mukayesesinde: evli kadınların daha az suç işledikleri tesbit edilmektedir. profesör Dr. G. Aschaffenburg kadın suçluları yaşlarına göre üç sınıfa ayırmakta ve birinci sıdıf 21-40, ikinci sınıf 40 60, üçüncü sınıf 60 yaş ve bu yaştan yukarı yaşta olan kadınları ihtiva etmektedir. Birinci sınıfa dahil olan (21 -40 yaşında olanlar) dullar ve bekârlar azîm bir ekseriyet teşkil etmektedirler. 40 60 yaş arasında bulunan kadın suçlular meyanında bir tefrik yapmak icabediyor. Hakaret ve müessir fiil suçları daha ziyade evli kadınlar diğer suç nevilerini de bekâr ve dullar işlemekte olup ekserİyeti yine bekâr ve dul kadınlar teşkil etmektedir. 60 yaşını tecavüz eden kadınlarda ise, suçların miktarı nisbet bakımından azalmakta ve fakat evli kadınlar tarafından işlenen suçların miktarı diğerlerine nisbetle bir az yükselmektedir. Netice olarak tereddüdsüz denirki, aile hayatı ve ailenin başında erkek cinsinden aile reisinin bulunması kadın kriminalitesi üzerinde inkâr edilmez önleyici ve koruyucu tetbir rolünü ifa etmektedir. Her ne kadar bekâr kadın, dul kadının maruz kaldığı ahvale mevzu olmıyor ise de haricî hayatın ve hayat mücadelesinin tesirleri, aile baskısının ve bizatihi mes'uliyet fikirlerinin noksanlığı serbest hayatın ve serbest kalmanın kendisine verdiği müvazenesizlik gibi sebebler altında menfi muhite ve suçluluğu tevlit eden vasata girmiş bulunuyor.

Kadın kriminalitesini tetkik ederken harp halini de zikretmek icabeder. Harp halinde bulunan bir cemiyetin kadınları, erkeksiz kalan aile fertlerinin maişetini temin veya cemiyet münasebetlerini tanzim işlerine bizzat iştirak gibi mecburiyetler altında umumî iş hayatına karışıyorlar. Binnetice kriminal istatistikler bu nevi ahvalde dişi cinsin erkek cinse nisbetle daha fazla suç işlediğini tesbit

etmekte ise de bu hal arizidir. Aynı zamanda erkek cinsin faal unsurlarının cephede bulunmuş olması da nazarı itibare alınmalıdır.

II — Kadın kriminalitesi azalmakta mıdır? yoksa çoğalmakta mıdır? bu mevzuu kısaca tetkik edelim:

Roma, kilise, latin ve cermen hukuklarının gerek başlangıç ve gerek sonlarında kadın kriminalitesine pek ender ahvalde tesadüf edilmekte idi. Bil'ahare ceza hukukunda ve ceza sahasında yapılan reform neticesi kadın kriminalitesine sebep teşkil eden bir çok haller cezaî müeyyide altına alınmak suretiyle hudut genişletildi. Cemiyet hayatındaki yaşayış şeklinin değişmesi, kadın haklarının tanınması suretile bu bakımdan cins tefrikinin bertaraf edilmesi, dünya görüşündeki tebeddül, kütlenin ve ferdin sosyal ve moral düşüncelerindeki tekâmül ve inkişaf dişi cinse erkek cins ile birlikte her sahada muvazi yürüyebilmesi imkânlarını bahşetmiş bulunuyordu. Mevzuumuzun esasını teşkil edecek olan kadın kriminalitesinin seyrini tetkik edelim. Aşağıda tesbit ettiğimiz mukayeseli kriminal istatistikler üzerinde bir inceleme yapdığımızda, neticeyi hakikate yakın rakamlarla gösterebilmek imkânını elde etmiş oluruz. Mezkûr istatistiklerin mukayesinde, arizî olan harp senelerindeki kriminaliteler gösterilmemiş ve yüzde nisbetleri de tesbit edilmemiştir. Fransa'da: [1] 1885-1887 senelerinde kadın kriminalitesinin yüzde nısbeti (erkek kriminalitesine göre) 19. 4, 1896-1998 senelerinde %19, 1923 senesinde %17. 5, 1928 senesinde %17, 1932 senesinde %15. Almanya'da: [2] 1889 1891 senelerinde %18.9, 1892 1901 senelerinde %16.5, 1927 senesinde %15.1, 1928 senesinde %14.2, 1929 senesind %13.7, 1932 senesinde %12.9, Balkan Devletlerinde: [3] (Yunanistan, Bulgaribtan, Romanya ve Macaristan) 1932 senesinde %12.7, 1933 senesinde %12.5, 1934 senesinde %11.4. Türkiye [4] 1935 senesinde %10. 2, 1936 senesinde %11.5, 1937 senesinde %12.4, 1938 senesinde %12.-1, 1939 senesinde %11.8 dir.

[1] Fransız resmî kriminal istatistiği.

[2] Alman devlet kriminal istatistiği, Devlet istatistiği, İstatistik mecmuası.(1925-1934), prf. Sauer - Kriminalsoziologie.

[3] Blätter für Gefängniskunde — Hapishane ilmi mecmuası, (1939), Bulgaristan ve Macaristan hapishane istatistikleri, Kriminalpiskolojive ceza mecmuası (1925-1935), Yunanistanda kadın mücrimler Sahife (614),

[4] Adliye istatistikleri, İstatistik yıllığı, Ceza ve Tevkif. E. U. M. L. deki kayıt ve dosyalar, Kadın mahkûmlar dosyası.

304

Suçlu kadınların yaşlarına göre prinzing tarafından tanzim edilen istatistik levhasını ehemmiyetine mebni aynen alıyoruz.

Yaşları	Umumiyetle (suç)			Mesken M. taarruz			Hakaret			Hafif M. fiil		
	Bekâr	Evli	Dul	Bekâr	Evli	Dul	Bekâr	Evli	Dul	Bekâr	Evli	Dul
12-15	149.5	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
15-18	320.5	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
18-21	415.2	602.5	—	5.4	16.9	—	24.3	88,5	—	20.4	67.5	—
21-25	417.5	469.9	1339.3	6.9	13.3	28.6	34.9	85.7	157.1	24.9	61.1	96.4
25-30	440.7	454 5	1149.2	8.6	15.2	28 2	44.2	94 8	137.1	29.8	58.7	88.9
30-40	446.2	500	1029.9	11.1	21.2	32.7	57.3	116.7	138.4	29.9	61	70.2
40-50	334.7	468,7	709.9	10.6	23.9	27.2	58.4	121.4	121.7	21.3	55.3	46 8
50-60	221.5	299.5	369.2	6.2	15.9	15.3	43.6	84.8	77.1	13.9	33.9	25.7
90 yu.	102.2	133.4	111.2	3	6.2	4.2	22.2	38.3	26.7	7	14.2	8 6

Yaşları	Hırsızlık			Hırsızlık (ağır)			Yatakçılık			Emniyeti S. U. ve dolandırıcılık		
	Bekâr	Evli	Dul	Bekâr	Evli	Dul	Bekâr	Evli	Dul	Bekâr	Evli	Dul
12-15	110	—	—	6.7	—	—	—	—	—	—	—	—
15-18	194	—	—	12.3	—	—	—	—	—	—	—	—
18-21	210	209.3	—	13	14	—	9.2	33.7	37.8	36.6	—	—
21-25	177.1	147	385	11.3	8	28.6	10.6	26.3	48.2	35.6	23.4	94.6
25-30	158	13.2	318	9.3	6.5	12.	12	23	52.4	35	18	80
30-40	136	127	265	6.2	5.4	12	17	32	61	31	17	58
40-50	92.2	104	175	3.7	3.5	5.9	16	36	56	20	15	33
50-60	61.2	64.4	88	1.9	1.7	2	11	22.6	29	11	9.5	15
60.Yu.	32	31	28	0.4	0 6	0.4	4.5	8.8	7.4	6.1	4.7	3.7

Şuhalde, bahse mevzu olan kadın kıriminalitesinin tedricen azaldığı memnuniyetle müşahede edilmekte ve aynı şerait altında (harp seneleri hariç) işbu kadın kıriminalitesinin tezayüd etmeyip bilâkis tenakus etmekte olduğu hakikatı tebarüz etmektedir.

305

III. *Kadın mahkûmlar hakkındaki cezanın infazı:* Yukarıda izah etmiş olduğumuz üzere, işlemiş olduğu suç bakımından ayrı bir hususiyet arzeden bu cins hakkındaki infaz sisteminin de şüphesiz kendisine mahsus hususiyeti ve binnetice umumî infaz sisteminden ayrı bir metodu olması gerekir. Bu keyfiyet orta devirlerde mevzu bahs edilmiş [1] ve kadın mahkûmlar hakkında ayrı bir infaz sistemi tesisine lüzum ve ihtiyaç olduğu tebarüz ettirilmiştir. Her yeni devir bu mevzuu tekrar ele almış hatta kanun ve nizamlarla bazı hususî farklar tesbit etmiş ve bir çok memleketlerde de tatbik ve icraya başlanmıştı.

Hüriyeti tahdit cezasından, mukabele bilmisil, müessir ibret ve faili hapsederek tehlikesiz bir hale koyma suretlerinde istifade edildiği zamanlarda dahi kadın mahkûmlar erkek mahkûmlardan daima tefrik edilmişlerdir. Bilhassa 1597 tarihlerinde Amisterdamda [2] yalnız kadın suçlulara mahsus bir «ağır hapis infaz müessesesi» teşkil edilmiş ve müessese dahilindeki suçlu kadınların erkeklerden farklı hususî muamelelere tabi tutulmarı esası kabul edilmişti. Hollandadan nebaan eden bu reform, bir çok memleketlerde hükmünü kısmen icra etmiş ve fakat matlup ileri inkişafında devam edememiştir. Ancak 1772 tarihlerinde Ceneve'de ve bilâhare İngiltere'de, 1800 tarihinde de Amerika'da kadın mücrimlere tatbik edilecek sistem ve metod umumî sistem ve metodlardan ayrılarak tatbik ve icraya başlanmıştı. İşbu inkişaf zamanımıza kadar devam etmiş ve etmektedir. Bilhassa pedagoji ve piskoloji bakımlarından kadın tabiatı ve kadınlık mizacı göz önünde tutularak, mevcut modern ceza infazı sistemlerine yeni metodlar vaz edilmiş ve bu metodlar maddî imkânlar dairesinde tatbika başlanmıştır.

Kadın mahkûmlar hakkındaki ayrı ve hususî infaz sisteminin kabulü lüzumu umumi harpdan sonra bilhassa almanyada şiddet ve kuvvet peyda etmiş ve bunun neticesi olarak 1923 tarihli hapishane nizamnamesine (kadınlar için hususî infaz müesseseleri inşa edilecektir). Kaydı ithal edilmiş ise de malî durum münasebetile hususî infaz müesseseleri inşa edilememiş ancak, kadınlara mahsus hususî kısımlar tefrik ve ihdas edilmiştir. Hapishane dahili talimatnamelerinde de esaslı değişiklikler yapılarak kadın mücrimlere tatbik edilecek muamelenin hususiyetleri ve esasları tesbit edilmiştir.

Büyük harbı müteakip sırasile İngiltere, Birleşik Amerika, Fran-

[1] Das Studium der Theresiana (1868).

[2] Die Vorgeschichte des Zuchthauses — Dr. Koppel. 1934

sa ve Almanya'da kadınlar için hususî ceza infaz evleri tesis ve yeniden inşa edilmiştir. [1]

Umumî hapishanelerde olduğu ğibi kadın hapishanlerinde de kadın mahkûmları işlemiş oldukları suçlara göre ayırmak infazı cezadan beklenilen gaye bakımından lüzumlu bir keyfiyettir. Ağır hapis cezasına mahkûm olan hir kadın ile, hafif hapis cezasına mahkûm bir kadının veya mücrimle mevkufun bir arada bulunması malûm bulunan mahzurları burada da aynı şekilde tevlit edecektir. Aynı zamanda genç kadınları veya küçük kız mahkûmları da yaşlı kadın mahkûmlardan bilhassa mükerrirlerden ayırmak ve onlar hakkında islâh ve terbiye müesseselerinde tatbik edilen metoda uygun ve fakat kadın haleti ruhiyesine ve mizacına göre yeniden tanzim edilecek bir sistemin tatbiki lüzumu aşikârdır.

Umumî hapishanelerde olduğu gibi kadın hapihanelerinde de kadın mahkûmları işlemiş oldukları suçlara göre ayırmak infazı cezadan beklenilen gaye bakımından lüzumlu bir keyfiyetir. Ağır hapis cezasına mahkûm olan bir kadın ile, hafif hapis cezasına mahkûm bir kadının veya mücrimle mevkufun bir arada bulunması malûm bulunan mahzurları burada da aynı şekilde tevlit edecektir. Aynı zamanda genç kadınları veya küçük kız mahkûmları da yaşlı kadın mahkûmlardan bilhassa mükerrirlerden ayırmak ve onlar hakkında islâh ve terbiye müesseselerinde tatbik edilen metoda uygun ve fakat kadın haleti ruhiyesine ve mizacına göre yeniden tanzim edilecek bir sistemin tatbiki lüzumu aşikârdır.

Kadınlara mahsus ola ı müessese teşkilâtında tavzif edilecek elemanların, kadın piskolojisi ve pedegojisi bakımından yine aynı cinsten olması en doğru bir keyfiyettir. Son zamanlarda bilhassa Amerikalılar ve Almanlar elde ettikleri tecrübelerden istifade ederek bu nevi müesseselerdeki vazifedarları tamamile kadınlardan tavzif etmektedirle . Kadın hapishanlerinde vazife alacak olan kadın memurlar, bidayette hususî kurslarda yetiştirilir. Ve kendilerinden lüzumlu bilgi ve tecrübe talep edilir. Kadın sıhhatı hususî bir mahiyet arzettiğinden müessese doktorlarının behemhal kadın doktorlardan intihabı usul haline gelmiştir Modern kadın hapishaneleri, umumî prensibe uygun olarak iş esası üzerine tesis edilmiş ise de mahkûm kadınların arzularına, iş intihabındaki ihtiyarlarına birinci plânda yer verilmiş, islâh ve terbiyeye matuf olan iş prensibi kadının müstakbel hayatile hemhaenk kılınmıştır.

[1] Almanya'nın Bavyera, Prusya, Vürtenberg, Hamburg ve Saksonya kısımlarında müstakil kadın hapishaneleri mevcut olup dahili talimatnamelerinde kadın piskolojisine uygun esasat mevcuttur.

Fizik yaratılışı göz önünde tutulan kadın, ağır işlerde çalıştırılmaz ve intihap edeceği işte de serbest bırakılır. İş esasındaki aslî düşünce kadının ev işlerini (müstakbel hayatile alâkadar olduğu için) lâyıkile öğrenebilmesini temindir. Zira, kadının, tahliyesini müteakip yuvasına dönmesi kaideten şayanı arzudur. Kadınlar, çamaşırcılık, ütücülük, dikiş, yemek pişirme, terzilik, biçki, çocuk bakımı, küçük el sanatları, dokumacılık ve el işleri kurslarında devamlı surette çalıştırılarak bu sanatlardan bir veya ikisini lâyıkile elde etmelerine çalışılır. Bu günkü infaz sistemi, mahkûmların, serbest hayatta çalışmasını (devre usulü tatbik eden memleketler) kabul etmiş olmakla beraber mahkûm kadınlar hakkında serbest hayatta çalışma usulü pisgoloklar ve pedagoklar tarafından tavsiye edilmemekte ve ruhî haletleri icabı yuvaya taallûk eden *ev* ve *el* işlerinde çalıştırılmalarının muvafık olacağı ileri sürülmektedir.

Müstakbel nesli meydana getirecek olan bu günün kadını yarının anası, yaratılışı ve bünyesi itibarile ihtimam edilmesi lüzumunu belirten bir durum arzetmektedir. Bu sebebledirki, ırkın sağlığını temin ve muhafaza gayesine matuf olmak üzere kadın mahkûmların gerek bedenî ve gerek ruhî sağlamlığını koruma, modern infazın en mühim gayeleri meyanına idhal edilmiştir. Bunun için de her kadın hapishanesinde programlı bir spor teşkilâtı ve sağlık revirleri vücuda getirilmiştir. Spor teşkilâtını bu işe ehil bir kadın mütehassıs idare eder. Sporun muhtelif nevileri yapılmakla beraber spor yapacak mahkûm kadınlar evvelemirde tıbbî muayeneye tabî tutulup sporla iştigallerine mani sıhhî bir sebep bulunup bulunmadığı tesbit edilir. Ve hangi nevi sporla iştigal edip etmiyeceği de yine tıbbî müsaade istihsaline bağlı tutulmuştur. Kadın hapishanelerinde kadın sıhhatına azamî itina gösterilmekte, kadının uzvî ve ruhî durumu muayyen fasılalarla tıbbî esasat dairesinde tesbit edilmektedir Kadının uzvî ve ruhî tekâmülü nazarı dikkate alınarak mani sebepler suratle bertaraf edilir. Hasta kadınlar müptelâ bulundukları hastalığın nev'ine göre mütehassıs doktorlar tarafından tedavi altına alınırlar. Bundan başka infaz müesseselerindeki hamile kadınlara hususî muameleler tatbik edilir. Modern hapishane nizamnamelerine göre, gebe olan kadının doğurmasını temin için kadın, doğumdan evvel müessese yakın bulunan bir doğum evine veya tam teşkilâtlı bir hastaneye nakledilir. Şayet infaz müessesesinde doğumu neticelendirecek revir veya hastahane mevcut ise gebe kadın doğumdan bir

müddet evvel buraya nakledilir ve gerekli yardım temin olunur. Kadın, doğumu müteakip doktorun tayin edeceği bir müddet, bulunduğu hastahane veya revirde kaldıktan sonra çocuğu ile birlikte tekrar hapishaneye sevkedilir. Çocuğuna meme veren kadına müessese doktorunun tavsiyesi ve müşahedesi altında hususî muameleler tatbik edilir. Ezcümle, bu nevi mahkûm kadınlar iş mükellefiyetinden, beden terbiyesinden ve günlük hizmetlerden muaf tutulur. Gıdasına bilhassa itina edilerek hususî surette hazırlanmış yiyecek maddeleri ya müessese tarafından temin edilir veya kabulüne müsaade olunur. Mahkûm olupta cezanın infazına başlanacağı sırada doğurması ihtimali melhuz olan kadınlar hakkındaki infaz tehiredilir. Mahkûm olan anadan başka kendisine bakacağı bulunmayan küçük çocukların anasile birlikte hapishaneye alınmasını bazı devletler kabul etmişl ve çocuğun hapishanede kalacağı müddeti, çocuk hakkında yapılacak muamelenin mahiyet ve şumulünü de tayin eylemiştir.

IV- *Kadın mücrimlerin cezalandırılması*: Şimdiye kadar verdiğimiz izahattan anlaşılacağı üzere, erkek cinse nazaran muhtelif hususiyetler gösteren ve mahkûm olduğu cezanın infazında, bazı müsaadelerin tatbikile ayrılıklar arzeden kadın mücrimlerin cezalandırılması hususunda da bir tefrik yapmak ve onları hususî kanunlara göre cezalandırmak lüzumu mevzubahs olabilirmi?

Fikir yeni olmakla beraber tarihin her safhasında ve devresinde suçlu kadın tecziye edilirken daima onun lehine matuf bir temayülün mevcut bulunduğu görülmektedir. [1] kıriminalitenin ferdi sebepleri meyanında zikredilen *cinsiyet* halinin [2] bahse mevzu tefrika kâfi bir seb p olup olamıyacağı hususu bu gün dahi ehemmiyetle münakaşa edilmekte ve henüz tekevvün etme kabillyetini gösterememektedir. Biz burada bu fikri mücerret olarak tebarüz ettirmekle iktifa ediyor, ve son senelerin bu mevzua müteallik ehemmiyetli bir hadisesini kaydediyoruz: Almanya'da iş başına gelen nasyonal sosyalist hükümeti, gelecek nesli ırsî hastalıklardan koruma hakkındaki 14/Haziran/1933 tarihli kanuna istinaden Alman ceza kanununa, (tehlikeli itiyadi mücrimler, emniyet ve tedbirleri) adlı kanunun (42K) maddesile hadım etme = Entmannung = Castration hükmünü ilâve etti.

[1] Ölüm cezalarının tatbik şeklindeki müsaadekârlık, müebbet hürriyeti tahdit cezasına tahvil, jüri kararları, hususî aflar, adât ve örfler, takdirî tahfif sebeplerinin kullanılması.

[2] Pr. Dr. Aschaffanburg—Das verbrechen. 1933

İşbu maddede yazılı hallerde [1] Fail, eğer hüküm zamanında 21 yaşını (cezayı rüşt) ikmal etmiş ise mahkeme tarafından ceza ile birlikte hadım etme kararı verilebilir.

Şayanı dıkkattirki, Alman ceza kanununun kabul ettiği Castration (hadım etme) kadınlar hakkında tatbik edilmiyor. Zira kadınların cinsî cinayetlere temayüllerinin olmadığı ileri sürülüyor. İşbu mucip sebepten başka elimizde bu mühim tedbirin kadınlar hakkında tatbik edilmemesi sebebini izah eden başka bir mucip sebep bu gün için mevcut değildir.

Castrationun, önleyici bir tedbir olarak çocuğunu öldüren kadınlarla sevicilik yapan kadınlara ve bazı marazi tiplere (sadist, fetişist, mazohist) tatbiki teklif edilmiş isede tıbbın tesbit ettiği üzere, kadınlar üzerinde yapılacak bu ameliyenin kadınların, cinsî, behimî hassasiyetlerine pek az tesir edeceği düşünülerek teklif kabul edilmemiştir.

Kadın mücrimlerin erkek mücrimlerden farklı bir şekilde ve kendilerine mahsus ahkâm dairesinde tecziye edilmelerine müteallik yeni ceryanlar henüz nüve halinde olup bu ceryanların istikbalde inkişaf ve tekevvün etmesi ihtimali yukarda arz edilen iki misâle ve tatbikat sahasındaki tecelliyata istinat ettirilebilir. Biz bu mevzuun olgunlaşmasını istikbale terk etmenin muvafık olacağı kanaatındayız.

---

[1] Madde—42K. (hadım etme— Entmannug) mahkeme, hüküm zamanında 21 yaşını doldurmuş olan bir kimse hakkında aşağıda yazılı hallerde ceza ile birlikte hadım etmeye de hükmedebilir.

I. Eğer bir kimse, cebir ve şiddet kullanmak suretile bir kimsenin ırzına geçmekten veya ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın fiil ve harekette bulunmaktan veya bir küçüğün ırzına geçmekten yahut (176–178) inci maddelerde yazılı şekillerde cebren ırza geçmek fiilini işlemekten veya şehvanî hislerini tahrik veya teskin için alenen icrası umumî ahlakı rencide eden veya müessir bir fiil teşkil eyleyen bir suçtan dolayı (183, 232 — 226) en az altı ay hürriyeti bağlayan bir ceza ile cezalandırılıyorsa bu kimse hakkında bundan evvel böyle bir fiil dolayısile katileşmiş bir hükümle hürriyeti tahdit edici bir ceza hükmedilmiş ise ve bu fiillerin heyeti mecmuasından bu kimsenin tehlikeli bir ahlak canisi olduğu tezahür ederse,

2. Evvelce bu ven'i suçlarla mahkûm olmasa bile, bu kimse, bu kabil en az iki fiilden dolayı en aşağı bir sene hürriyeti tahdit edici bir ceza ile cezalandırılırsa ve bu fiillerin heyeti mecmuasından da bu kimsenin tehlikeli bir ahlak canisi olduğu tezahür ederse,

3. Eğer bu kimse şehvanî hislerini tahrik veya teskin için teammüden veya kasten yapmış olduğu bir katil (madde: 211—215) fiilinden dolayı mahkûm olursa, 20 inci madde 3 üncü fıkra hükmü caridir.

Yabancı hükümetler mahkemesinden verilmiş olan hükümler, eğer cezalandırılan fiil birinci fıkrada yazılı suçlardan ise memleket dahilinde verilmiş gibi hüküm ifade eder.

V — Tahliye edilen mahkûm kadınların himayesi. (patronaj – Himaye müesseseleri): Cezanın infazından beklenilen gaye, mahkûmu terbiye ve islah etmek suretile onu nafi bir uzuv olarak tekrar cemiyete iade etmek ve bir daha suç işlemesine (tekerrür) mani olmak ve binnetice cemiyeti mücrimlerden korumaktır.

Suç ve suçlularla mücadele edebilmek için suçun işlenmesine âmil olan bil'umum sebebleri bidayette tesbit etmek ve ayrıca o sebeblerin bertaraf edilmesile de uğraşmak icabeder. Bir kimseyi suç işlemeye sevkeden âmil ikidir.

(1) Ferdî sebebler; Ferdin ruhunda mevcut kötü temayüller [1]

(2) Umumî sebebler: Cemiyet — harici vasat [2]

Ceza infaz müesseselerinde yalnız ferdi sebeblerle meşgul olunur. Mahkûmun ruhunda mevcut kötü temayüller bertaraf edilerek islâh ve terbiyesine çalışılır. Suç işlemeye ferdi sebebler derecesinde âmil olan umumî sebebler (cemiyet—haricî vasat) ile de layıkile meşgul olmak cezanın infazından beklenen gayenin tahakkuku bakımındanen lüzumlu bir keyfiyettir. Bu itibarla gerek cezasını itmam veya her hangi bir normal sebeble tahliye edilen mahkûmun, suçluluğun tekevvününde rol oynayan haricî vasata tekrar duhulüne mani olacak önleyici tedbirleri ittihaz mecburiyeti kendini gösterir. Tahliye suretile infaz müessesesinin dar ve kontrollu kafesinden çıkarılarak haricî hayatın geniş serbestisine ve hayat mücadelesine terkedilen mahkûm kadın, ne yapacağını şaşırır. Harekâtını idare edemez. Başını döndüren serbest nayatın temiz havasına inzimam eden geçim gayguları ve kadınlık kabrisleri onu, günlük hayatın hadiseleri önünde meçhul bir semte doğru ve belki de evvelce işlemiş olduğu suç vasatına serbest idaresinin haricinde olarak sürükleyip götürür. Şu halde böyle bir vaziyette olan betbahları kurtarabilmek ve ileride müsbet tedbirler alabilmek için tahliyelerini müteakip onlarla daima ve fiilen alâkadar olmak gerektir. Zira mahkûm, hapishanede iken mukadderatını başkalarına tevdi etmiş ve onu bir plan dairesinde başkaları idare etmiştir. Cemiyet hayatındaki münasebetlerin nazımı olan *mes'uliyet* mefhumu mahkûmların omuzlarından muvakkaten alınmış ancak serbest hayata iade edildikleri zaman

[1] Suçun ferdî sebebleri: (istidat ve kabiliyet) aile ve terbiye, tenevvür derecesi yaş, cinsiyet, aile durumu, vücut teşekkülü, ruhî teşekkül, akıl hastalığı ve akıl zaifliği.

[2] Suçun umumî sebebleri: (cemiyet — harici vasat) mevsim, ırk ve din, memleket, şehir, köy ve meslek, içki, uyuşturucu keyf verici zehirler, fuhuş, kumar, bayram günleri, sinema, müstehcen neşriyat, efsane ve batıl itikatlar, malî durum, harp ve malî krizler.

omuzlarına ağır hemde taşınması unutulan bir yük olarak tekrar konmuştur. Binaenaleyh tahliye edilen kadına yol gösteren, faaliyet ve hareketlerini kontrol eden, dertlerine ortak olan, sevincine iştirâk eden, yaşama rotasını çizen bir eleman her halde bulunmalı ve onu her bakımdan himaye etmelidir. İşte bu sebeblerle dirki, tahliey edilen kadın mahkûmları himaye maksadile [1] patronaj müessesesi kurulmuştur. Memleketimiz içinde şayanı arzu olan bu nevi müesseseler iki suretle tesis edilmektedir.

1. Resmî himaye müesseseleri.

2. Hususî himaye müesseseleri.

Her iki müessesenin de gayesi ve çalışma metodları müşterek olup hükümetin mutlak kontrolu altındadırlar. Bir de bu himaye müesseselerine merbut bakım evleri vardır. Tahliye edilen kadın iş buluncaya yahut âilesi yanına tekrar yerleşinceye kadar bu bakım evlerinde ibate ve iaşe olunur. Bu suretle tekrar suç işlemeye sebeb olan haricî vasat bertaraf edilmiş ve tekerrüre de mani olunmuş olur. Gerek resmî ve gerek hususî himaye müesseselerinin senayi, ticaret, ziraat ve ev idaresi teşekkülleriile ve iş büroları ile yakından alâkalı fiili ve fahri organları vardır. Bu organlar tahliye edilen kadın mahkûmun istidat ve kabiliyetini, temayülatını [2] nazarı dikkate alarak ona uygun bir iş arar aynı zamanda kadının mensup olduğu âileyi yakından ve gizlice tahkik ederek kadının tekrar âilesi yanına veya mensup olduğu muhite gidip gitmemesi hakkında da bir karar verir. [3]

Himaye müesseseleri organlarının vazifesi bu suretle bitmiş sayılamaz. Organlar, kadını, bütün hayatınca takib eder. Onunla, zaman zaman hususî görüşmelerde bulunur. Maneviyatında bozukluk müşahade ederse takviye için gerekli tedbirler alır, nasihat ve temennilerde bulunur. Acısını ve sevincini birlikle paylaşır, çocukları varsa onların yetişmeleri ve sıhhatleri de alâkadar olur. Kadının yaşadığı muhit ile de temasa geçerek kadın hakkında müsbet ve menfi malûmat edinir ve bu malûmatı tevsik edip kıymetlendirerek ona göre muamelesini tanzim ve tatbik şekline yön verir. Mazinin suç-

[1] Tahliye edilen erkek mahkûmlar için de aynı şekilde himaye müesseseleri mevcuttur.

[2] Hapishaneye giren her kadın hakkında kıriminal biolojik muayeneler icra edilerek tesbit edilir.

[3] Bu husus, cezanın infazı sırasında infaz memurları tarafından tesbit edilerek kadının dosyasına yazılır. Bu dosya tahliye edilen kadınla birlikte himaye müesseselerine gönderilir.

lusu halin ve istikbalin normal ferdi, gözlerini hayata ebediyyen kapayıncaya kadar bu nevi münasebetler devam eder.

Tahliye edilen gerek kadın ve gerek erkek mahkûmlarla temin edilecek alâkanın ve münasabatın essasları bir çok modern hapishane nizamnamelerinde tasrih edilmiştir. Ezcümle Almam nizamnamesindeki hükümleri, yeni esasları ihtiva etmesinden ötürü aynen dercediyoruz: (madde 225 — Tahliye edilen mahkûma mesken temini ve uygun bir iş bulunması yahut kendisinin bir vazifeye yerleştirilmesi cezanın infazı sırasında düşünülüp tahti temine alınmalıdır. Mahkûm müesseseye kabul olunur olunmaz mezkûr maksadın temini için, mahkûmun yaşama tarzı hakkında malûmat edinilir. Ve icabederse akraba ve taallûkatile eskiden çalışmış ise çalıştığı müessese ajanlarile ve kendisini yakından tanıyan diğer kimselerle temasa geçilir. Aynı zamanda iş veren daire ve müesseselerle daimî temas halinde bulunulur.

Madde 226 — 1. Tahliye edilen mahkûmları himaye etmek tçin kurulmuş olan müessese, cemiyet ve kulüplerle daimî temas halinde bulunulur ve lüzumu halinde mezkûr kulüp ve cemiyetlere yardım edilir. Nizam ve asayişe muhalif olmadıkça bu gibi cemiyet ve kulüp mümessillerinin makûmlarla temasta bulunmalarına müsaade olunur.

2. Uzun müddetli hürryeti tahdit cezasına mahkûm olan yahut makûmiyeti sebebile çalıştığı vazifeyi veya işi terketmek mecburiyetinde bulunan mahkûmların vaziyeti hakkında, cezanın infazı sırasında ve tahliyeden evvel himaye cemiyeilerine ve kuluüplerine, umumî iş müesseselerine malûmat verilir. Mahkûmun bu gibi teşekküllri veya şahısların himayesine mazhar olabilmesi hali kolaylaştırılır.

Madde 228 — tahliye edilen mahkûmun himayesi, «Fürsorger — mürebbi, hamî »in esaslı vazifeleri meyanındadır. Bununla beraber müdür, muallim ve diğer memurlar tahliye edilen mahkûmun mukadderat ve istikbalile ciddi şekilde meşgul olurlar).

Netice: Suçlu kadın hem ruhundaki kötü temayülleri terketmiş ve hem de suçun işlenmesine âmil olan haricî vasattan uzaklaştırılmış, nizam ve intizama, emir ve nehilere riayetkâr, serbest iradesine hâkim kılınmış ve cemiyete tekrar nâfi bir uzuv olabilme vasıfları kazandırılmış, kelimenin tam manasile cezanın infazından beklenilen *terbiye ve islâh gayesi* mutlak olarak tahakkuk ettirilmiştir.

No: 19

Kaçak İnhisar Eşyasının İstimal ve İstihlâki

Yazan: Amasya mahkemesi
aza M. Ziya Dokumacı

Özü: Kaçan inhisar eşyasının istimal, istihlâki suçunun şartları. Maddenin mahiyetini tesbitde fen ve ihtisas erbabının raporu, zabıt varakası ile ikrarın değeri. Muhtelif nevide eşya bulunduran kimsenin hareketi bir suç mudur yoksa kanun hükümlerine ayrı ayrı muhalefet midir? Suça bakacak mahkeme, verilecek ceza. Bir liradan aşağı olmıyacak, lira kesirleri tam lira sayılacak (cezalar) dan maksat nedir? Vazife ihtilâfı.

Kanun vazii, kaçakçılığın men ve takibine dair 1918 sayılı kanunun üçüncü faslının ikinci kısmını (gümrük ve inhisar kaçakçılığı) na aid cezaî hükümlere tahsis ve muaddel 25. inci maddenin birinci fıkrasında istimal, istihlâk kaçakçılığı fiilini inhisar ve gümrük eşyasına müteallik olmak üzere iki safhada mülâhaza ve her biri hakkında ayrı ceza vaz etmiştir. Bu makalede kaçak inhisar eşyasının istimal, istihlâki fiilini tetkik edeceğiz.

Bu fiil, bir kimsenin devletin inhisarı altında bulunan maddeleri mezun ve salâhiyetli olmaksızın istimal veya istihlâk etmek üzere yanında veya her hangi bir yerde bulundurmasından ibarettir. Suçun ilk şartı: Türkiyeye giren yolcuların beyanlarına muhalif olarak üzerlerinde veya eşyaları arasında yakalanmamış olan kaçak inhisar eşyasının başka deyimle inhisara tâbi eşyanın mevcudiyetidir. Devletin, inhisarı altında olmayan bir maddenin istimal veya istihlâkinde inhisar kaçakçılığı vasfı mevcut değildir. İnhisara tâbi eşya, Türkiyeye giren yolcuların beyanlarına muhalif olarak üzerlerinde veya eşyaları arasında çıkmış ise fiile adlî mahkemelerin bakmasına ve mezkûr fıkranın tatbikına imkân yoktur.

Madde ve eşyanın, kaçak inhisar madde ve eşyası olup olmadığının en kuvvetli olarak fen ve ihtisas erbabının tahlil ve tetkikat neticesinde tanzim edecekleri kat'i rapor tesbit eder. Mahiyetinin tayini, fen ve ihtisas erbabının tahlil veya tetkikına bağlı bulunan maddeler hakkında Adlî tıb işleri meclisinin rey ve mütalealarını almak en doğru bir hareket isede mahkemenin dairei kazası dahilinde bu-

314

lunan bir kimyagerden yahut imlâhane fen memurundan maddetetkik ve tahlillerine arzedilerek kat'i rapor istenmesi ve onların da esbabı mucibeli kat'i rapor vermeleri kanuna muhalefet sayılamaz. Maznun, yakalanan kaçak eşyanın zabıt varakasında gösterilen evsaf ve mahiyetini kabul ettiği takdirde fen ve ihtisas erbabının rey ve mütaleasını almağa lüzum kalmıyacağı akla gelebilir; Fakat sırf bu kabule göre verilen hükümde isabet bulunmayabilir. Meselâ: bir kimsenin yanında şişe içinde tutulan bir kilo ispirtolu mayi, soma olduğu halde zabıt varakasında kaçak rakı diye gösterildiğini, mayiin kaçak rakı olduğunu o kimsenin beyan ve hâkiminde bu beyana, zabıt varakasına istinaden 790 sayılı kanuna tevfikan ceza tayin ettiğini farzedelim. Bu hükümde isabet yoktur. Çünkü: somanın 790 No. lı kanunun suveri tatbiki yerini mübeyyin talimatnamede inhisar resmi gösterilmediğinden 1918 No. lı kanunun 25 inci maddesi mucibince takdir edilecek değerinin iki katı para cezası hükmolunması lâzım iken rakı para cezası verilmiştir. Mayiin şarap olduğu ikrar edilir ve zabıt varakasında şarap gösterilirde tahlil neticesinde şarap evsafını haiz olmayıp sirkeden veya şıradan ibaret bulunduğu tahakkuk edebilir. Bu ikararın kabulü ile maznunun 790 sayılı kanun mucubince mahkûm edilmesi de kanuna muğayir olur [1].

Görülüyorki ikrarın ve zabıt varakası münderecatının muteber sayılması yanlış bir hüküm verilmesini mucip olabilmektedir. Binaenaleyh tutulan ispirtolu mayiin mahiyetini fen ve ihtisas erbabına tayin ettirmek, delilin kıymetini ölçmek, hükümde isabetin temini için zaruridir. Mahiyet ve evsafının tayini, fen ve ihtisas erbabının tahlil veya tetkikına bağlı bulunan maddeler fen ve ihtisas erbabına tahlil ve tetkik ettirilmeksizin fen ve ihtisas erbabından olmayan kimselerin tanzim ettikleri zabıt varakasıda rakı veya şarap diye gösterilmesi madde ve eşyanın mahiyeti cezaya müessir olabileceğiden kâfi görülmemelidir. Reichs—Temyiz mahkemesi müşavirlerinden Dr. Otto Schwarz'ın dediği gibi ihtisasa taalluk eden bir işte hâkim ihtisas sahasındaki bilğisini, fen ve ihtisas erbabına müracaat etmek suretila ikmal edecektir.

İspirtolu mayiin tahlil ve tetkikında göz önünde bulundurulacak en mühim nokta: yakalandığı andaki evsaf ve mahiyetinin tesbitidir. Bu ise tahkikatın sür'atle yapılarak mayiin zabıt varakasile birlikte salâhiyetdar makama vaktında teslimi veya tutulur tutulmaz tahlile gönderilmesi ile mümkindir. Eğer ispirtolu mayilerin tutulduğu esna-

[1] Temyiz Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesinin 27 12/938 gün ve 6520/8290 sayılı ve 10/11/938 gün, 6186/7176 sayılı kararları, Temyiz kararları ceza kısmı 1938.

daki evsafı tesbit ettirilmeyipte mahkemeye verildiği veya tahlil edildiği tarihte haiz olduğu vasıf ve mahiyeti tayin ettirilirse kanuna muhalif hareket edilmiş olacağı gibi tutulduğu tarih ile tahlil, tetkik tarihi arasında geçen zamanın nazara alınmaması dahi usul ve kanuna uygun olmaz [1].

Zabıt varakalarında suçu vücuda getiren eşya ve maddenin miktarı tahmine müsteniden kayıt edilmeyip hakiki miktarı tesbit olunmalıdır. Bilhassa rakı, şarap gibi mayiler ve tütün hassas bir terazi ile tartılmalı, bulundukları kabın ağırlığı çıkarıldıktan sonra geri kalan miktarın kaç kilo veya gıram olduğu gösterilmelidir. Şayet bu suretle hareket olunmayıpta miktar tahmine müsteniden beyan ve tutulan madde de imha edilmiş ise artık hakiki miktarın tesbiti imkânsız ve şahitlerin miktar hakkındaki tahmine dayanan ifadelerine göre verilen hüküm de kanuna muhalif olur [2].

1918 No. lı kanunun 54 üncü maddesinde zabıt varakalarının neleri ihtiva edeceği gösterilmekte ve muayyen şartları tamamen haiz olarak üçüncü madde de yazılı memurlar tarafından tanzim olunan zabıt varakaları ilk tahkikata tâbi tutulmuş olan işlerin maadasında sahteliği isbat olununcaya kadar muteberdir denilmektedir. Yine bu maddede sebep beyanile maznun zabıt varakasını imzadan istinkâf ederse hâkimin o sebeplerin mahiyetine göre tetkikat yapabileceği ve zabıt varakasının sahteliğini iddia halinde bunu iddia eden maznunun mahkemeye sahtelik hakkında kanaat verecek deliller göstermeye mecbur olduğu ve mahkeme bu müdafaayı tamika şayan görürse delillerini istima ve tetkik ederek neticede iddiayı haklı gösterecek bazı sebepler karşısında kalırsa zabıt varakasını imza etmiş olan şahitleri çağırıp dinledikten ve başka delilleri varsa tetkik ettikten sonra edindiği kanaate göre hükmünü vereceği tasrih edilmektedir.

Kanunun şu açık hükmüne nazaran zabıt varakası 54 üncü maddede tesbit edilen şartları tamamen ihtiva eder şekilde tanzim edilmemiş olması halinde beraet kararı verilmeyip zabıt varakasında gösterilen şahitler dinlenerek hasıl edilecek kanaata göre davanın intacı iktiza eder. 54 üncü maddede yazılı şartları tamamen haiz olarak tanzim edilmemiş olan zabıt varakasının sahteliği isbat olununcaya kadar muteber sayılması caiz değildir. Bu gibi hallerde hakikatın zahire ihracı için muktazı tahkikat yapıldıktan sonra varılan ne-

[1]: Temyiz Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesinin 10/11/938 gün ve 6136/7176 sayılı kararı. Temyiz kararları ceza kısmı 1938.

[2] Temyiz Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesinin 10/11/938 gün ve 6136,7176 sayılı kararı. Temyiz kararları ceza kısmı 1938.

316

tice zabıt varakası münderecatına uygun olursa o zabıt varakasına istinaden hüküm verilecektir.

Kanunî şartları tamamen haiz olarak tanzim edilmiş veya edilmemiş olan zabıt varakalarının, maznunlar tarafından imza ve münderecatının doğruluğu kabul edilip sahtelik iddiasında bulunulmamış olması, mahiyet ve evsafının tayini fen ve ihtisas erbabının tahlil ve tetkikina bağlı bulunan maddelerin fen ve ihtisas erbabına tahlil ve tetkik ettirilmesi lüzumunu bertaraf edemez. Bu lüzumun ifade ettiği mana ise delilin mahiyetini tayin ve tahkikten ibarettir.

Tütün, sigara kâğıdı, çakmak, çakmak taşı gibi diğer kaçak inhisar eşhası hakkında ehli vukufun rey ve mütaleasına müracaat edildiği zaman çakmak taşının sun'i olup olmadığı ve adedi çakmağın müştail maddeli mi yoksa fitilli mi olduğu, makanizması bulunup bulunmadığı, adedi, kav veya fitille kullanılan mekanizmasız âdi çakmak olup olmadığı, sigara kâğıdının yaprağının uzunluğu ile genişliği, adedi, tütünün kaç gıram veya kilo geldiği, evsafı tayin ettirilecektir.

İkinci şart; mezkûr eşyayı ceza ehliyetini haiz bir kimsenin yanında veya her hangi bir yerde bulundurmasıdır. Mahkûmun haczi ve satılması caiz malları bulunmaz veya bu suretle aczi tahakkuk ederse neticede Müdeei Umumilikçe ödenmemiş para cezaları hapse ve hafif hapse çevrilerek çektirileceği kabul edilmiş ve tazminat kabilinden olan para cezalarının hem tazmin ve hemde ceza mahiyetini haiz olması itibarile ceza ehliyetini haiz olmıyan bir kimsenin cezalandırılması müdafaa edilemez. Fakat, esasını ceza prensiplerinden alan bu fikri 13/2 1935 gün ve 75/5 sayılı tevhidi içtihad ceza kararı ve ceza hey'eti umumiyesinin 25/2/935 gün ve 3–15/9 sayılı kararı ile uzlaştırmak zordur. Bu mesele bu gün de ehemmiyetinden bir şey gaybetmiş değildir. Nitekim üçüncü Ceza Dairesi 19/10/935 tarihli bir kararında Ceza Hey'eti Umumiyesinin kararından ayrılmış, tazminat kabilinden olan para cezalarının hem tazmin hemde ceza mahiyetini haiz bulunduğunu kısa fakat çok kuvvetli sebeplerle izah etmiştir [1].

3777 sayılı kanun ile değiştirilen 25 inci maddede (her hangi bir yerde bulunduranlar) denmekle, maddenin tatbik sahası tevsi edilmiş oldu. Maddenin eski şekline göre meselâ bir kilo kaçak tut rakısını bir kimse evine on kilometre mesafede bulnan tarlasındaki ot yığını

[1] : Meselenin ehemmiyetine mebni bu bahsi ilk fırsatta ayrı bir makalede garp devletlerindeki fikir ve içtihadlarla birlikte tetkik edeceğim.

içine müsait bir zamanda içmek için koysa, ihbar üzerine yapılan aramada kaçak rakı o kimse yok iken yığın içinde tutulsa yanında yakalanmış sayılamıyacaktı. Yeni şeklinde ise o şahıs, rakı tutulduğu esnade hazır bulunmamasına rağmen rakının kendisine aidiyeti, kaçak olduğu, içmek için sakladığı anlaşıldığı takdirde cezalandırılacaktır. Ancak bu gibi hallerde başka birisinin suçu tasni veya iftira etmek ihtimali göz önünde tutulmalı bilhassa maznun sebep beyanile böyle bir iddiada bulunduğu takdirde o sebeplerin mahiyetine göre tahkikat yapılmalıdır.

Üçüncü unsur: Bulundurmanın, mezun veya salâhiyetli olmaksızın istimal veya istihlâk kasdına müstenit olmasıdır. Burada kanun vazii istimal, istihlâke matuf bir kasdın vücuduna ehmmiyet vermektedir. Bu itibarla fiilin, istimal veya istihlâk kasdına hamli mümkün olmadıkça 25 inci maddenin ilk fıkrası tatbik edilemiyecektir. Kaçak inhisar eşyasına istimal veya istihlâk arzusu olmaksızın malik bulunmak mezkûr fıkraya uygun bir suç teşkil etmez. Binaenaleyh istimal veya istihlâk etmek arzusu ile bulundurulup bulundurulmadığının araştırılması icap eder. Hilâfında bir arzunun mevcudiyeti sâbit oluncaya kadar istimal; istihlâk kasdının mevcut farz olunmasında kanuna muhalefet mevzuubahs olamayacağı kanaatındeyım. İstimal veya istihlâk arzusunun sâbit olmaması istimal veya istihlâk kasdile bulundurma bahsinde mes'uliyeti ortadan kaldırır.

Demekki: Kaçak inhisar eşyasını bulunduranların istihdaf eyledikleri hedef ve gaye tahkik ve tesbit edilmeksizin hüküm verilmesi kanuna uygun olmayacaktır. Yine demekki: asıl mühim nokta; bulundurma fiilinin istihlâk veya istimal etmek için verilen bir karar neticesinde vukubulmasıdır. Fiilin böyle bir maksat ve arzuya müsteniden işlenmediği, isnadın aksi ve meselâ ticaret kasdı sâbit olduğu takdirde istimal veya istihlâk etmek üzere bulundurma fiiline mahsus ceza ile mahkûm edilmeyip vazife ciheti teemmül edilecektir.

Kanunda, kaçak eşyanın çokluğu, azlığı derecesinde ceza tertip edildiği sezilmekte isede eşyanın azlığı istimal veya istihlâk kasdını tesbite kâfi değildir. Maznunun kaçak inhisar eşyasını istimal veya istihlâk etmek üzere bulundurduğuna dair ikrarı da hakikata tevafuk etmeyebilir. Meselâ: bir kilo kaçak tütünü veya rakıyı bir yere saklayıp kilo kilo gizli satmakta olan bir kaçakçının bulduğu müşteriye yarım kilo kaçak tütün veya rakı götürmekte iken yakalandığını istimal, istihlâk kasdını ileri sürdüğünü, tutulan rakı veya tütünün azlığı dolayısile maznunun bayanını ve bayana uygun zabıt varakası münderecatını hâkimin kabul edip o suretle hüküm veadiğini

318

farz edelim. Burada maznunun ticaret kasdını yakalanan eşyanın azlığı gizlemiştir. Yakalanan maddeyi maznunun istimâl veya istihlâk etmek hususundaki itiyadının mevcudiyeti dahi mezkûr kasdın kat'i bir delili olamaz. Hatta kaçak tütünün tabaka, rakının küçük bir şişe, içinde yakalanması da maznunun istimal veya istihlâk kasdile hareket ettiğine kâfi ve kesin bir delil addolunamaz. İstimal veya istihlâk kasdile hareket edilip edilmediğini nasıl tayin edeceğiz? — Bu hususta kat'î bir ölçü göstermek güçtür. İstimal veya istihlâk kasdile hareket edilip edilmediğini, hâkimin bilgisi, hakikatı zahire ihraç etmek kabiliyeti, makul ve makbul esbaba dayanan takdiri tesbit edecektir. Hâkim, tutulan eşya ve maddenin azlığını çokluğunu, suçlunun yakalanan eşya ve maddeleri istimal veya istihlâk eder olup olmadığını göz önünde bulundurmakla beraber bunları mezkûr kasdın tesbiti hususunda kâfi görmeyecek, eşya ve maddenin nerede ve nasıl tutulduğunu, maznunun kaçakçılıkla meşgul olup olmadığını araştıracak hülâsa lüzmlu gördüğü tetkikat ve tahkikatı yaptıktan sonra edindiği kanaata göre işi hükme raptedecektir.

Kaçak eşyanın çokluğu azlığı derecesinde ceza tertip edildiği anlaşılmasına mebni, yakalanan eşya ve maddenin azlığı, takdirî tahfif sebebi olarak kabul edilemiyecektir. Mezkûr fiilin anasırı mürekkebesini izah ve üç şartın vücudu halinde 3777 sayılı kanunla değiştirilen 25 inci maddenin ilk fıkrasının tatbik edilebileceğini işaret ettikten sonra fiile terettüp eden cezanın izahına gelmiş bulunuyoruz.

Kanun, kaçak inhisar eşyasını istimal veya istihlâk etmek üzere yanında veya her hangi bir verde bulunduranlardan hususî kanunlarında yazılı miktarda hafif para cezası alınır diyor. Binaenaleyh; bu maksatla muhtelif nevide kaçak inhisar eşyası bulunduran kimsenin fiili kanun hükümlerine karşı ayrı ayrı muhalefet ve müstakil birer suç teşkil eder [1]. Meselâ: mezkûr maksatla yanında (200) gram kaçak tütün, uzunluğu sekiz ve genişliği dört santimetre olmak üzere (40) yaprak kaçak sigara kağıdı, bir kilo kaçak tut rakısı bulunduran bir kimsenin hareketi bir suç değil müstakil birer suç teşkil ve her fiile hususî kanunlarında yazılı miktarda hafif para cezası terettüp edecektir.

790 sayılı kanunun 23 üncü maddesine istinaden ceza tayini iktiza eden hallerde bu kanunun suveri tatbikiyesini mübeyyin talimatnamenin muaddel ikinci maddesinde azamî ve asgarî miktarı

[1]: 11/7/934 gün ve 44/13 sayılı tevhidi ictihat kararı. Temyiz kararları 193 1934.

319

tesbit edilmiş olan inhisar resmi ile maznunun mükerrir olup olmadığı göz önünde bulundurulmalı, rakının rayici ehli vukufa takdir ettirilmemelidir. Ehli vukufa kıymet takdir ettirilmesi ve takdir edilen kıymete hükmedilmesi 23 üncü maddeye muhalif olacağı gibi beş veya on misli inhisar resminin hesabında talimatnamede irae edilen inhisar resminin asgarî ve azamî hadleri arasında kalan bir mikdarın sebep gösterilmesi esas ittihazı yahut asgarî haddin dûnunda veya azamî haddin üstünde bulunan bir miktarın beş veya on misline hükmedilmesi de kanuna uygun olmaz. Bahsi geçen talimatnamede rakıların bir kilosundan alınacak inhisar resmi gösterilmiştir; yakalanan kaçak rakı (900) gram yahut bir kilo dokuz yüz gram ise küsurlar tam kilo mu sayılacak yoksa küsura isabet eden inhisar resminin beş ve eğer maznun mükerrir ise on misli mi hükmolunacaktır?

— Kilo küsurununun tam kilo sayılması bazen neticeye müessir olmamakla beraber kilo küsurunun tam kilo sayılarak tayin edilecek ceza müsavidir, küsura isabet eden inhisar resmi nazara alınarak verilecek cezaya diye her hadisede tatbiki kabil bir kaidenin kabulü hukukun ihlâlini mucip olabileceğinden ve 790 NO.lı kanun ile bu kanunun suveri tatbikiyesini mübeyyin talimatnamede kilo küsurunun tam kilo sayılacağı hakkında sarahat bulunmadığından küsura isabet eden inhisar resminin beş veya on misline hükmedilmesi binaetice kilo küsurunun tam kilo sayılmaması kanuna muvafık olur.

1918 sayılı kanunun 3777 No. lı kanun ile değiştirilen 25 inci maddesi mucibince kaçak inhisar eşyasını istimal veya istihlâk etmek üzere yanında veya her hangi bir yerde bulunduranlardan hususî kanunlarında yazılı mikdarda hafif para cezası alınır ve eşya müsadere olunur. Bu cezalar bir liradan aşağı olamaz ve lira kesirleri tam lira sayılır. Meselâ: uzunluğu sekiz, genişliği dört santimetre olmak üzere (40) yaprak kaçak sigara kâğıdı tutulsa hususî kanununa göre tayin edilmesi Lâzım gelen (40) kuruş bir lira olarak hükmedilecektir.

«İnhisar kaçağı eşyanın hususî kanunlarında yazılı para cezası yirmi lirayı geçerse istimal ve istihlâk kaçakcılığı fiiline terettüb edecek hafif para cezasının her bir lira veya küsuru için ayrıca bir gün hesabile hafif hapis cezası da hükmolunur ve eşya müsadere edilir„.

1918 sayılı kanunun 3777 No. lı kanun ile değiştirilen 55 inci maddesinin birinci fıkrası mucibince 25 inci madednin birinci ve ikinci fıkralarında yazılı fiillere mahalli Sulh Ceza muhkemelerince karar verilecektir. 3437 sayılı kanunun 106, 107 inci maddelerine dayanarak

320

istimal, istihlâk kasdile yanında kaçak tütün bulunduran bir kimsenin fiiline karar vermek vazifesinin, Sulh Ceza mahkemesinin vazifesi haricinde kaldığını iddia edenlerine fikrine iştirâk etmek imkânsızdır. Çünkü, 1918 sayılı kanunun 3777 No. lı kanun ile değiştirilen 55 inci maddesi mucibince bu fiile bakmak Sulh Ceza mahkemesinin vazifesi dahilinde olup Asliye Ceza mahkemesinin vazifesi haricindedir [1].

İstimal, istihlâk kaçakcılığı fiiline Sulh Ceza mahkemesi yerine Asliye Ceza mahkemesinin karar vermesi bozma sebebi teşkil edermi? – Her ne kadar hususî kanunlarda mercii tayin edilmemiş olan cürüm ve kabahatlere karar vermek vazifesi Asliye Mahkemesine aid ve 1918 sayılı kanunun 3777 No.lı kanun ile tadil edilen 55 inci maddesinde mezkûr fiile karar verecek merci gösterilmiş isede işin Asliye Ceza mahkemesine sevki halinde onu Asliye mahkemesinin ihtaç etmesi bozma sebebi sayılmaması icab eder [2]. Bu fikir, Ceza Muhakemeleri Usulu kanununun 262 inci maddesine dayanır. Bu maddede (duruşmada anlaşılan vasıf ve mahiyetini ileri sürerek) i — baresi mevcuttur. Mezkûr madde metninden yüksek dereceli mahkemenin derecesi dûn mahkemeye aid işleri mutlak suretde göreceği yani vazifesizlik kararı veremeyeceği manası çıkarılamaz. Yüksek dereceli mahkemenin böyle bir mecburiyeti yuktur. Asliye Ceza hâkimi suçun, tavsif edilen mahiyetine göre Sulh ceza mahkemesine aid olduğunu duruşma yapılmadan açıkca anladığı takdirde işin vazifeli Sulh Ceza mahkemesine tevdiine karar verebilir [3].

İstimal veya istihlâk kasdile hareket eden bir suçlunun sevk edildiği Sulh Ceza mahkemesi ile Asliye Ceza mahkemesi arasında hâdis olan ihtilâfın halli, müşterek yüksek vazifeli Ağır Ceza mahkemesine aid olup bu ihtilâfı Temyiz mahkemesi hal edemiyecektir. Burada en mühim nokta; aralarında ihtilâf hasıl olan Sulh Ceza mah-

[1]: Temyiz Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesinin 12/10/940 gün ve 6761/6509 sayılı kararı. Bu karar hâdisenin Sulh Ceza mahkemesinin vazifesi dahilinde olduğunu göstermektedir.

[2]: Temziz Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesinin 28/1/936 gün ve 2910/208 sayılı kararı. Bu kararda Ceza Hey'eti Umumiyesince davanın Asliye Ceza mahkemesinde görülmesinin bozmayı mucip sayılmadığı ve halbuki 1219 sayılı kanunun hâdisede tatbik edilen 25 inci maddesinde yazılı hapis cezasının yukarı haddine ve bu kanunun 80 inci maddesi sarahatına göre davanın Sulh mahkemesinde görülmesi lâzımgeldiği ve heyeti umumiyenin kararına istinaden vazife cihetinin düşünülmediğine müteallik bozma sebebi olarak tebliğnamede yazılı mütalaanın yerinde görülmediği beyan edilmiştir.

[3]: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun muaddel 262 inci maddesine aid esbabı mucibe lâyihası.

kemesi ile Asliye Ceza mahkemesinin aynı Ağır Ceza mahkemsinin dairei kazası dahilinde bulunmasıdır. Temyiz Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesinin 25/9/940 gün ve 5705/5704 sayılı ve aynı tarih, 6347 5774, 5745/5706, 5733/5705, 5800/5707,5704/5703 sayılı olmak üzere altı kararı vaki ihtilâfın hallinin müşterek yüksek vazifeli ağır ceza mahkemesine aidiyetini kabulettiği halde mezkûr daire aynı bir hâdisede (kaçak sigara kâğıdlarının mikdarına ve 3777 sayılı kanunla değişen 1918 sayılı kanunun 25 inci maddesinin birinci fıkrası mucibince hususî kanunda para cezasının hakfif olarar hükmedileceği yazılı bulunmasına göre yerinde görülmeyen Amasya Sulh Ceza hâkimliği kararının Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun 18 inci maddesine tevfikan kaldırılmasına) 22/10/940 tarihinde karar vermek suretile ihtilâfı halletmiş, binnetice Amasya Asliye Ceza mahkemesinin vazifesizlik kararını kanuna uygun görmüştür. Bu itibarla işin tevhidi içtihad yolile kat'i bir karara dağlanması icab etmektedir.

Ağır Ceza mahkamesi ile diğer bir mahkeme veya hâkimlik arasında çıkan ihtilâfın halli ise Temyiz Mahkemesine aiddir. Münferit hâkimeli Asliye mahkemeleri veya müçtemi teşkilâta tâbi Asliye hâkimi bulunan yerlerde bu işleri görmek üzere Adliye Vekâleti tarafından ayrılan münferit hâkimler tarafından kaçakcılık işlerinin rüyet ve hükme raptedilmesi aslî sıfatlarına müessir olmadığı gibi 1918 sayılı kanunun 56 ıncı maddesinde yazılı (salâhiyetli ağır ceza mahkemelerine aitdir) tabirinden bu hâkimlerin Ağır Ceza mahkemelerine merbut olmadıkları ve ihtilâfın hallinde mezkûr kaidenin tatbik edilemiyeceği istihraç olunamaz. Buradaki salâhiyete verilecek mana; mahal itibarile salâhiyet olup madde veva iş yönünden salâhiyet değildir. Kanun 56 ıncı maddede Teşkilâtı Esasiyet kanununun (kuvvei kazaiye) faslında kabul edilen (salâhiyet) ıstılahını muhafaza etmiştir.

SON

No: 20

Bibliyografya

Tarihî Davalar

Yazan : Avukat Dr. Münip
Hayri Ürgüblü

Mütercimi : Mehmet Osman DOSTEL

Basıldığı yer : Arkadaş Matbaası

Değerli arkadaşım avukat Mehmet Osman Dostel – Yohn Macdonell – in Tarihî davalar isimli eserini İngilizceden dilimize tercüme etti. Muhterem Baromuz bu eseri tabettirmek suretile hem yerinde bir alâka ve hem de neşriyat serisine kıymetli bir varlık daha ilâve etmiş oldu.

Çalışkan meslekdaşım M. O. Dostel İngilizceyi son zamanlarda ilerletmiştir. Kendisinin azamî bir gayret neticesinde bu lisandan başkalarını dahi istifade ettirebilecek bir mertebeye erişmesi cidden takdire lâyıktır. Bu muvaffakiyet aynı zamanda lisan bilmeyen sayın meslekdaşlarımız için de cesaret verici olsa gerektir. Bu bakımdan da Mehmet Osmanın hizmetini tebrike değer buluyorum.

Eser hakkındaki naçiz fikirlerimi tesbit etmeden evvel eski arkadaşım Mehmet Osmanın bahsi geçen kitabını, hakikaten eşine ender tesadüf edilen bir memleket evlâdının – merhum avukat Mustafa Naşidin – hatırasına ithaf etmesini de derin bir tahassüsle karşıladım. Mustafa Naşidi tanımak bahtiyarlığına — ve acı ölümden dolayı da maalesef betbahtlığına — nail olanlar bilirler ve yürekten teslim ederler ki merhum içli sevgiye ve yüksek saygıya lâyık yüce bir insandı. Bu vesile ile merhuma Allahtan yine rahmet diliyorum.

I. — Mehmet Osman «bir kaç söz» kısmındaki tavazuuna rağmen eseri güzel ve temiz bir lisanla dilimize çevirmeğe muvaffak olmuştur.

İntihap ettiği kitap ise yalnız hukukçular için değil bütün münevverler için istifadeli bir mevzudur. Nasıl olmasın ki tekerrür etmesine rağmen çok dikkate ve gayrete lâyık tarihî vak'aları ihtiva etmektedir. Sonra bu tarihî vak'alar hukukî sahaya aittir. Hukuk ise kendisinden yalnız istifade değil istiane de edilen bir mefhum-

34

dur. Zira dünyada her şey bir hakka değilse bile bir mantıka istinat etmek mecburiyetindedir. Kaldı ki normal bir âdalet tevzii sistemine dayanmayan milletlerin diğer bir söyleyişile ellerinde adalet meş'alesi olmayan camiaların zeval bulmasalar bile terakkiden mahrum olarak yaşadıklarını, daha doğrusu sefil bir mevcudiyet halinde süründüklerini yine tarihten misallerile öğreniyoruz.

Müellif Macdonell in kitabına mevzu olarak seçtiği davalar hasebile hülâsa ettiği şu noktayı nazar da ifademizi afakî ve veciz bir lisanla teyit etmektedir:

Sözlerimi bitirmeden evvel müsaadenizle bu ve öteki davaların bana ilham ettiği bir mülâhazayı serdedeyim. Medeniyetin kabul edilmiş hiç bir mihek ve kıstası yoktur. Ne servet, ne konfor seviyesi, ne vasatî ömrün uzunluğu, ne bilginin inkişafı ve irfanın artması medeniyet ölçüsüdür. Bu miyarların hepsi münakaşa götürür. Başka herhangi bir kıstas mevcut olmadığına göre, adaletin tatbik derecesi, yani insanların haksızlığa karşı olan hassasiyetlerinin ve bu haksızlığı düzeltme arzularının derecesi acaba medeniyete ölçü olarak ileri sürülemez mi? Eğer mihek taşımız bu olursa, Servetus'ün muhakemesi gibi bir muhakeme, davanın aralarında cereyan ettiği halkın ve milletin de muhakemesidir ve Servetus'ün mahkûmiyeti o halkın o milletin de mahkûmiyetidir. — Sahife: 204 — .

Sonra bize yine tarih öğretiyor: Şu millet imparatorluk kurmuştur. Çünkü hakikî bir adalet tevziine muvaffak olmuştur. Bu koskoca imparatorluk paydar olagelmektedir. Zira bütün tab'ası için ayni seviyede bir adalet tatbik ediyor. Bilhassa bu son harp ve onun neticeleri herhalde mevzu üzerinde insanları ve milletleri uzun uzun düşündürecektir kanaatındayım. Zira bu hakikatı kabul etmeyenler muazzam harp makanizması karşısında milletlerinden ve imparatorluklarını teşkil eden türlü mevcudiyetlerden istimdad eylemişlerdir. Yine bu arada bu mevcûdiyetlerden bazılarına istiklâl dahi vad edildiğini işitip duruyoruz. Hülâsaten hukuk ve adalet mefhumları bir milletin istiklâlini ve hatta mevcudiyetini bile ya temin veyahut da ifna edecek derecede mühimdirler. İşte Mehmet Osman bu kıratda ehemmiyeti olan vak'aları lisanımıza nakletmiştir.

II. — Eserde şu tarihî davalar tedkik edilmiştir:

1. — Sokrat
2. — Tompl şövalyeleri
3. — Yeonne d'Arc
4. — G. Bruno
5. — Galile
6. — Severtus
7. — Sihirbazlar aleyhineki davalar.

324

a) Bu tarihî davaların hepsi ayrı ayrı insanı düşündüren ve derin ibret dersleri almasına sebeb teşkil edebilecek derecede manalı ve mühimdirler.

Okuyucu bu davalar hasebile sadece beynelmilel ehemmiyeti haiz bir mes'elenin mahiyeti hakkında fikir edinmekle kalmıyor. Aynı zamanda muayyen bir mefhum ve mezheb hakkında da kanaat sahibi olabiliyor. Meselâ Sokrat davası dolayisile Sokratın felsefî fikirleri sahasında da bilgilenmek her halde faydalı olsa gerektir. İşte kitab bu faydayı da temin ediyor.

Yine aynı kitab insan oğlunun zaman zaman gösterdiği yüksek cesaret numûnelerini sinesinde taşımakla da medenî vasıfları yaşatmakta telkin ve hatta teşci etmektedir. Bu arada bazı cesur benliklerin de zor karşısında nasıl zebun ve zelil olduklarını içimiz ezilerek görüyoruz. Velhasıl bunların her birisi ayrı ayrı istifadeli ve ibret amizdir.

Demokrasi esasına ne derece de mühim olduğu malûmdur. Bir camianın hakikaten millet mefhumu teşahhüs ettirebilmesi için mukadderatına bizzat sahib olması şarttır. Diktatörlüklerin bazı vakı'aların zarurî neticeleri olduğunu iddia etmek mümkündür. Fakat yine şu hususta kat'idirki bu vakı'alar muvakkat zaruretlerin neticesidir ve bu zaruretler ise tarihi ve beşeri misaller ve esaslar müvacehesinde ergeç tasfiye edilmeğe mahkûmdur. Kısa söyleyişle normal idare makul demokratik prensiplere dayanan rejimdir. Böyle bir rejimde ise idare edenle idare edilen karşı karşıyadır ve fakat idare edilen idare edeni daima kontrolu altında bulundurur.

İşte Sokrat bu vatandaşlık vazifesini yüksek derecede yapmağa muktedir olduğunu mahkeme huzurundaki şu sözlerile isbat etmektedir:

«Ben Devlete, Allah tarafından musallat edilmiş bir at sineğiyim. Devlet ise büyük ve cinsi bir yarış hayvanıdır, cüssesi büyük olduğu için hareketlerinde lagarlık var; onu canlandırmak için dürtmek, tahrik etmek ister. İşte ben bu at sineğiyim. Allah beni devlete bu iş için memur etmiştir.» Tarihi davalar Sokrat davası; sahifa: 16 —.

Aynı eserin 21 inci sahifesindaki şu malumat Sokratın ne mükemmel ve olgun ve ömrü ebedî fikirler sahibi bir filozof olduğunu göstermeğe kâfidir:

„Sokrat kendisini itham veya mahkûm edenlere hemen hemen gücenmemiştir bile onun yeğane isteği şudur: eğer kendi oğulları servete faziletten ziyade itibar ederlerse tecziye edilsinler; yahutda haddi zatında olmadıkları halde kendilerini bir şey zannederlerse mua-

heze edilsinler, hâkimlerden yalnız bunu diliyor: ve eğer siz bunu yapacak olursanız hem beni hem oğullarım sizin elinizden adalete kavuşacağız. Ayrılık saatı gelmiştir ve yollarımıza gidiyoruz. Ben ölmeğe; şiz yaşamağa! hangisi daha iyi, onu yalnız Allah bilir."

Felsefeninin şu kemâli, maneviyatın bu derinliği karşısında insan vecd duymaktan kendisini alamıyor. Esasen bu samimî ve özlü kanaatlarına binaen dirki «Sokrat hakikî hürriyetin ve hakikî terakkinin birinci ve en büyük şehiti addolunmaktadır -- aynı eseri; sahîfe 25». Bu beşeriyet ve felsefe şehiti hakkında şu veciz sözleride Harnock söylemiştir:

«Yaşayan muallim, hakikatın yorulmaz arayıcısı, yüksek mantık üstadı; bütün şümülile istikra metodının hocası olan Sokrat değil âtiye sesini duyuran Sokrat, ölmesini bilen Sokrattır- eser sahifa 28»

b)Tampl şövalyeleri davası ise muayyen menfaatlar hasebile her hangi bir kanaat ve akidemin ne derece zâlim muamelelerle karşı karşıya tutulduğunu gösteren manalı bir misaldir. Bu davalar hasabile beynelmilel bir tarikata karşı kanun maskesi altında neler yapıldığını da ibret olarak görüyoruz. Fakat buna mukabil de şefin bir tarikat mensuplarına verdiği şu mücadele emrindeki ülviyete bakınız:

«İleri, sakin ve memnun gidiniz. İsanın salibinin düşmanlarını zaferle temkil ediniz. Emin olunuz ki ne hayat ve nede ölüm sizleri Allahın sevgisinden ayıramaz. İçinizde galebe çalarak dönecekler mes'ut ve şerefli, muharebelerde ölenler ise daha mes'ut olacaklardır — eser sahifa: 34).

Tarihi davalar eserinin 45 inci sahifesinde engizisyon mahkemeleri hakkındaki aşağıdaki malûmatı okurken geri memleketlerde maalesef halende tatbik edilegelmekte olan cebr ve şiddetleri yadetmemek ve bunlardan ötürüde eza duymamak kabil olmuyor.!.

«Bir kere bir kimsenin rafızî olmasından şüphe edildimi, yeni delil elde etmek maksadile derhal işkence cezasını tatbika başlamak engizisyon mahkemelerinin usul ve teamülleri cümlesindendi. İşkence korkunçtu; bir çoğu bu eziyetin altında ölüyordu. Elbetteki bir çokları kendilerine isnad olunan her cürmü itiraf ediyorlardı. — sahifa 46 —».

Fakat zamanın kıralı lütfetmiş «bu işkencelerin her hangi bir uzvun iptal veya daimi tatile uğratılmadan ve çok kan dökülmeden yapılmasını ferman buyurmuş!.. — Eser; sahifa: 52 — ».

Ne yüksek alicenaplık değilmi?

326

Ölüme mahkûm edilen baş rahib idam yerine getirildiği zaman şu dikkata değer sözleri söylüyordu:

Suçumu itiraf ederim. Kabahatim — ki benim için şerefsiz ve utanılacak bir şeydir — işkence azabı ve ölüm korkusu yüzünden hıristiyanlık davasına necip bir süretde hizmet edilmiş olan yüce bir tarikâta rezilcesine günahlar ve haksızlıklar isnad etmek suretile yalan beyanatta bulunmuş olmaklığımdır. İptida da söylemiş olduğum yalanların üzerine bir yenisini daha katarak sefil ve şerefsiz bir surette canımı kurtarmağa, çalışmağa tenezzül etmem — sahife 55 —.

Her derebeyinin kendi mahkemeleri ve Krallarında kendisine mahsus mahkemeleri olduğu bir devirde bu gibi yürek parçalayıcı sahnelere tesadüf etmek tabiidi.

İşkence ile ve hatta cebir ve şiddet ile elde edilen delillerin adalet zaviyesinden hiç bir kıymeti olmaması esasdır. Fakat neçareki sadece bal almak gayesini güdenler için arıları yakmak işten değildir, hatta mubahtır bile! ...

C) Yeanne D. Arc artık sadece cessur bir kadın değildir. O artık beynelmilel çapta bir kahraman, masum olduğu halde yakılan bir azize olmuştur. Şurası muhakkak ki, Dünya durdukça Yeanne D'Arc ismi de yaşıyacaktır. Yine muhakkakki Y. D'Arc hakkındaki hükûm meşhur İngiliz adaleti için iyi bir sahife teşkil etmeyecektir.

Yeanne D'Arc davasında kitapda lâyık olduğu yeri bulmuştur. Fakat böyle bir dava ne yazık ki «maznunun şahit ikame edemediği, maznuna avukatlık değil müşavirlik edebilecek babayiğidin az bulunduğu» bir zamanda görüldü.— Sahife 78—.

Bu feci imkânsızlığın türlü tarihlerin muhtelif devrelerinde tekrar ettiğini pek alâ hatırlayabiliriz. Memleketimizin istipdat devrelerinde mahkememizin avukatlık oyunlarile vakit geçirmeğe niyeti yoktur tarzında hareketlere de tesadüf olunmak kabildir.

Velhasıl Y. D'Arc davası Roskoff'un dediği gibi şeytanın en nufuzlu ve itibarlı olduğu bir devirde görülmüştü — şahife 82 —.

Fakat bütün bunlara rağmen kanun yolile ifna edilmiş olan şehitlerin oldukça uzun tarihi için de diğer herkesin üstünde kendini gösteren mutemayiz şahsiyet ne Bruno, ne Servetus, ne Galile dır. Cesareti imanının bütünlüğü, şevk ve heyecanı ve yüce aklı selimile bu genç köylü kızıdır — sahife 85 —.

O köylü kızı ki «Orléans» nı kuşatan orduların zayıf tarafını bulmakta gösterdiği keskin görüşcülükle 400 sene sonra bir topçu teğ-

327

meninin — Napolyonun — tulan müdafilerinin çürük taraflarını bulmaktaki derin bilgisini hatırlatır — sahife 88 —.

İşte kin ve gururun katlettiği bir insanki dünya tarihi boyun ca unutulmaz bir kahraman ve aziz bir masum olarak yaşayor, ve yaşayacaktı.

d) Kabına sığmaz, inatçı ve biraz kavgacı olan Bruno bir çok taşan zekâlar ve benlikler gibi kabına sığmamazlığın kurbanı olmuş veya bundan dolayı kurban edilmiştir. Kendiside bunu sağlığında — anlayarak: ceketinizin ilk düğmesini yanlış iliklediniz mi ötekiler de ters gider demiştir. Hatta daha ileriye giderek bu halini şu derin manalı şiirle de ifade etmiştir:

Ölüme dalacağım elbet, bilyorum gerçek;

Ölümle fakat hanki hayat boy ölçüşecek?

Kabına sığmamazlığı, ölümle kucaklaşmağı ve boğuşmağı göze almak değil özleyecek kadar kaç kişi ileri götürmüştür, taşırmıştır acaba?

Neçareki bu derecede engin olan bir şahsiyet ölüme doğru gittiğini anlayınca zaf göstermiş, islâhi hal edeceğinden bahsedüp durmuştur—sahife 123—.

Fakat o ölüm kararı dinledikten sonra: (Hâkimler, sizler aleyhimdeki bu kararı onun bana saldığı korkudan daha büyük bir korku ile veriyorsunuz) demekle sarsıldığını tekrarlamış lâkin karşısındakileri de son bir kerre daha sarsmak ikdidarını göstermiştir.

Uğraşan, uğraşılan ve nihayet de haksız bir surette öldürülen Bruno işte böyle şiddetli bir zekâya malik bir varlıkdı.

e) Meşhur Galile de öldürüldü. Çünkü kendisi Kilisanın saplandığı veyahut ta telâfi etmediği bir takım yeni fikirleri veyahut ta keşifleri ortaya atıyordu. Biliyoruzki Galile Güneşin sabit, Arzın ise hareket halinde olduğu müdafaa ediyordu. Kendisi herşeye hâkim ve herşeyi bir addeden Kilisa ise buna tahammül edemeyordu. Çünkü Kiliseye göre taba netbi'unun dininden olmak mecburiyetindendir. İşte bu, ve bunun gibi cürümlerinden dolayı Galile yi Romada ki engizisyon mahkemesi huzuruna çağırdılar. Alım zafiyetinden hastalığından bahsetti. Hatta dostları onun yolda ölebileceğini bile söyleyerek bu seyahata mani olmak istediler. Fakat papanın gözlerini kin ve hatta kan bürümüştü. O ısrar ediyor ve sediye ile gelebileceğini söyleyordu. Nihayet de bu suretle getirttiler— sahife 160 —.

Bu vakayı okurken şahsî bir hatıramı da yadetmekten kendimi alamıyorum. Meş'um mütareke günlerinde ebedî malûm itilâf fırka-

328

sı kabinesi hasta olan babamı tevkıfhaneye sevke karar vermişti. Kendi zabıta doktorlarının raporlarına rağmen merhum babamı sediye ile hapishaneye nakl ettiler ve bunuda ozamanki devrin Dahiliye nazırı ki — yüz elliliklerlistesine dahil olanlardandır — gazetelere verdiği beyanatle de iftihar ederek söyleyordu.

Eski bir maziye malık olan Galile ye ait olarak nakledilen zalim bir keyfiyet 23 sene evvelde maalesef aynile tekrar ediyor. Fakat zavallı Galile bu ve bunun gibi işkencelerle okadar ve o derecede muhatıp tutuldu ki nihayet (ben bu fikirlerimi arzetmiş olduğum veçhile emru kararın istarından sonra artık müdafaa etmedim) diyor, isdimdad ediyordu — sahife 164 —.

Fakat ne yazıkki oda bu sözlerile müellif Y. Macdonell'ın dediği gibi zillet çanağının dibindeki turşuyu içmiş oluyordu. — sahife 164 — o turşuyu içmek ise ölümü nişetmekten daha feci'di. Bil hassaki Galile gibi büyük bir insan için!..

f) Servutusu mahkûm eden mahkeme engizisyon mahkemesi değildir. Bilâkis onun düşmanlarından mürekkeb bir mahkemedir. Fakat buna rağmen Servutus yine öldürülmüştür. Çünkü «o yeniliklere vurgun yüzü ise istikbale donuktu»

Öldürülmek için ise böyle bir insan olmak kâfidir. Hemde bu kifayet hırıstıyanlık dininde ınkılab yapmış olan Calvin tarafından ileri sürülüyor, hararetle müdafaa ediliyordu. Fakat Galilenin idama mahkûm edilmesini icap ettiren asıl sebeb engizisyon mahkemesinden kaçmış olmasıdır.

Calvin gibi kafasında akıl ve kalbinde Allah korkusu olması icabeden bir şahsiyetin «engizisyon hapisanesinden kaçmış diye bir adamı ölüme doğru kovaladığını bir düşününüz» — sahife 200 —.

J) Kitabın son kısmını teşkil eden sihirbazlar davası dikkate şayan bir takım vakaları ve usülleri ihtiva etmektedir. Yazımızı fazla uzatmış olmamak için bunlar üzerinde duramayacağız. Yalnız bu kısım tetkik edildiği zaman bile mahkemelerin devlet tarafından veyahutta muayyen bir takım şahıslar tarafından nasıl birer zalim ve taaddî âleti haline getirildiklerini hazin bir tahassüs ve müşahede ile görüyoruz, korkuyoruz ve mahkemelerin istiklâlinin ne kadar mukaddes ve emin bir penah olduğunu da tekrar hissediyoruz, anlıyoruz.

İşte muhterem arkadaşım ve değerli meslekdaşımız. M. O. Dos-

tel tarafından İstanbul barosunun alaka ve ehemmiyetile neşredilen kitabtaki davalar ve ana çizgiler.

Aynı zamanda kanaatımızı da hülâsa etmiş olmak için bu kıymetli ve verimli gayretinden dolayı hem kendisini ve hemde eserin tâbiî için hususî bir alaka göstermiş bulunan baro reisi sayın bay Mekki Hikmet Gelebengi yürekten tebrik ediyor ve saygıyla selâmlıyorum.

330

No: 21

BİBLİYOGRAFYA

Kitaplar:

1. Sakip GÜRAN: *Cezanın infazı, Sistemler ve Tatbikat.* Ankara 1942, Yeni Cezaevi Matbaası, Sahife 121, Fiyatı 150 Krş.

Yazan: Dr. Hadi Tan

Ceza ve Tevkif evleri Umum müdür muavini ve birinci şube müdürü Sakip GÜRAN tarafından yazılan *Cezanın infazı, Sistemler ve tatbikat* adlı eser, isminden de anlaşılacağı üzere, hüriyeti tahdid cezasının infazını ve infazda hâkim olan sistemleri, tatbikat şekillerini ve binnetice ceza infaz hukukunun nazariyat ve tatbikatını ihtiva etmek üzere iki büyük kısımdan mürekkeptir.

«Hüriyeti tahdit eden cezaların infazı ve sistemler» başlığı altında yazılan birinci kısımda, hüriyeti tahdit cezasının bügüne kadar geçirdiği tarihî takâmülden kısaca bahs'edildikten sonra, cezanın infazından beklenilen terbiye ve islâh gayesi etraflıca tahlil edilmiş ve muhtelif infaz sistemleri tebarüz ettirilmişdir. Sistemler tahlil edilirken fazla malumat vermekten içtinap edilip ancak, bügün, modern ceza infazına esas teşkil eden ve tedricen serbesti sistemi adı verilen devre usulüne, layık olduğu ehemmiyet dikkat nazarına alınarak kitapta yer verilmişdir. Muharrir, tedricen serbesti sisteminin ecnebî memleketlerdeki tatbik şeklini ve bu sistemin tatbikile erişilmek istenilen gayeyi selâhiyetli bir kalemle izah etmiş ve aynı zamanda mahkûmların çalıştırılması hususunu bu sisteme göre tetkik ve tahlil eylemişdir. Günün en mühim mevzuları arasında bulunan himaye — patronaj müesseselerinin, modern ceza infaz hukukunun bilhassa devre sisteminin siklet merkezini teşkil etmekte ve ceza infaz müesseselerile ayni derecede kıymetlendirilmekte olduğunu kabul eden muharrir, maatteessüf eserinde bu mühim himaye müesseselerinden bir iki satırla bahsetmiş, her nedense müessese

lerin kıymet ve ehemmiyetini ve teşkilatını tebaruz ettirmekten çekinmişdir. Bilahere kendi infaz sistemimizin ana hatlarından, tatbikat şeklinden ve hususiyetlerinden bahs'eden muharrir, okuyucularına esaslı bir mukayese yapabilmek ve tenkid edilecek cepheleri kolaylıkla görebilmek imkânını hazırlamışdır.

Hapishanelerimiz; eski ceza evleri, iş esası üzerine müesses ceza evleri ve yeni ceza evleri namile üç katagori altında toplanıp her katagori kendi hususiyetleri dairesinde izah edilmiştir. Bu suretle Türk hapishaneciliğinde yapılmış olan reform ve bu reformun meydana getirdiği inkişaf hakikata uygun olarak meydana çıkarılmışdır. Bu arada istikbal için sevinçli hakikatlar müjdelenmektedir. Ezcümle, muharrir, eserinin 63 üncü sahifesinde diyor ki: «İş esası üzerine müesses ceza evlerinin kadroları ve adedleri tezyid olunmaktadır. Öyleki, eski ceza evlerinde matlup vasıf ve şartları haiz olan her mahkûmun bu ceza evlerine alınabileceği zaman uzak değildir.»

«Hüriyeti tahdit eden cezaların infazına müteallik mevzuatımız tatbikat» başlığı altında yazılan ikinci kısım, Türk ceza infaz hukukundaki mevzuat ile Umum müdürlük vazife ve teşkilatı hakkındaki kanunu, mevkuf ve mahkûmlara yapılacak muamelenin şümul ve hududunu, hapishane ve tevkifhanelerin sureti idaresi hakkındaki kanunu ve yeniden tanzim edilen ceza ve tevkif evleri nizamnamesini muhtevidir. Türk ceza infaz hukukuna dahil bilumum mevzuat layikile izah ve tefsir edilerek mevcud bulunan müphem hususlar bertaraf edilmiş ve bu suretle tatbikatcılara büyük yardım temin olunmuşdur.

Türk ceza infaz hukuku ile diğer modern ceza infaz hukuklarını toplu bir şekilde izah eden ve ayni zamanda nazariyatla birlikte tatbikatı muvazi yürüten bu kitap, TÜRK HAPİSHANECİLİĞİNİN İLK KİTABI vasfını iktisap edebilmek kıymetini haizdir.. Eseri cezacılara, cezanın infazile alakalı tatbikatcılara ve Türk hapishaneciliğindeki ileri hamleyi tebarüz ettirmesi dolayısile bütün vatandaşlara samimiyetle tavsiye ederiz.

---

2. Ziya B A L K U V V A R: *Fransız Adlî Sicil Teşkilatı;* Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası 1941. 150 sahife, fiatı 150 Krş.

Yazan: Dr. Hikmet BELBEZ

Elde mevcut malumata göre mahkûmiyetlerin tescili meselesine k defa olarak Fransada başlandığı, ilk adlî sicil teşkilatının bu

memlekette kurulduğu göz önünde tutulacak olursa, Temyiz mahkemesi baş müddeiumumî muavinlerinden Z i y a B A L K U V A R'ın Fransız adlî sicil teşkilatı hakkında hazırladığı bu kitabın ehemmiyeti meydana çıkar. Memleketimizde adlî sicil teşkilatı «Sicili adlî nizamnamesi» ile (25. 4. 333 tarih ve 2875 sayılı takvimi vekayi) kurulmak istenmiş, fakat bu nizamname malesef bir türlü tatbik olunmamıştır. Adlî sicilin lüzum ve ehemmiyetini takdir eden Adliye Vekâletinin, bu hususta, zamanın ihtiyaçlarını karşılıyacak şekilde hazırlanmış olduğu kanun projesi, tetkik edilmek üzere Büyük Millet Meclisine gönderilmiş bulunuyor. Bu kitap projemizde kabul edilmiş olan esasları Fransada tatbik edilmekte olan Adlî sicil müessesesile karşılaştırmak imkânını verecektir.

Kitabın birinci kısmında Adlî sicilin menşeleri ve kuruluşunu tetkik ve Adlî sicil etrafındaki nazariyeleri mütalâa eden müellif, ikinci kısmını tatbikata, Fransız Adlî sicil servisinin bugünkü kuruluş ve işleyiş şekline tahsis etmişdir. Kitabın sonuna adlî sicil müessesesinin işleyişini tanzim eden kanun ve nizamname metinlerinin Türkçe tercümelerile Paris adlî sicil servisinin muhtelif senelere (1935 — 1939) aid iş mikdarını gösteren istatistiklerin ilave edilmiş olması kitabı ayrıca zenginleşdirmektedir.

3. Tevfik K O R A L: *Tahsili Emval Kanunu, Vergi, resim ve harçlara aid tahsilât hükümleri ve tatbikatı.* Istanbul 1941, Cumhuriyet Matbaası; 895 sahife, fiyatı 6 lira.

Maliye Vekâleti tahsilât müdürü T E V F İ K K O R A L bu kitabile Tahsili emval kanunu ve ona bağlı meseleler hakkında ilk defa olarak toplu ve şümullü bir eser meydana koymuş oluyor. 23 maddeden ibaret olan Tahsili emval kanunu hakkında 895 sahifelik bir eser yazılmış olması, mevzu üzerinde ne büyük bir titizlikle durulmuş, ne kadar etraflı tetkikler yapılmış olduğunu göstermeğe kâfi bir delildir. Müellif kitabını başlıca üç kısma ayırmıştır. Birinci kısımda tahsilâtın ve Tahsili emval kanununun tarihcesi kısaca canlandırıldıktan sonra Tahsili emval kanunu, zeyil ve ekleri ve Mükelleflere vergi cüzdanı verilmesi hakkındaki kanun, Vergi bakayasinin tasfiyesine dair kanun, Hazineye aid ecri misillerin aranması hakkındaki kanun ve Bazı Devlet alacaklarının tahsili sureti hakkındaki kanun gibi tahsilâtı ilgilendiren ve malive tatbikatı bakımından büyük ehemmiyeti olan diğer bütün kanunlar da bir araya toplanmıştır.

Kitabın ikinci kısımı Tahsili emval kanununun şümulü sahasına tahsis edilmiştir. Tahsili emval kanunu hangi alacaklar hakkında

tatbik olunur, ne gibi alacaklar bu kanunun şümulü dışında kalır? Müellif bu kısımda bu meseleleri göstermeğe çalışmışdır. Fertlere ve hususî müesseselere aid hakların ve umumiyetle âmme müesseselerininki de dahil olmak üzere hususî hukuk münasebetlerinden doğan hak ve alacakların ihkakına taalluk eden bir kanun olan İcra ve iflas kanunu, nasıl, âmme mükellefiyetlerinin tahsili yolunda tatbik olunamazsa, mevzuu esas itibariyle devlet ve diğer âmme müesseselerinin vergi ve saire gibi kendilerine has bir takım alacaklarının istifasını temin etmekten ibaret idarî ve istisnaî bir icra kanunu olan Tahsili emval kanununun da hususî hukuk alacaklarının tahsilinde tatbik olunamıyacağını izah eden müellif, Tahsili emval kanununun tatbik sahasına giren alacakları:

1. Tahsili emval kanununu 1 inci ve 2 inci maddeleri mevzuuna giren ve hususî kanunlarla tahsil şekli tahsili emval kanununa tâbi tutulan vergi, resim ve harclarla sair alacaklar,

2. Hususî kanunlarla tahsil şekli gösterilmemiş bulunan vergi, resim ve harçlarla sair alacaklar.....olmak üzere iki şıkta hülasa ediyor, bundan sonra da bu iki şıkka giren alacaklara aid kanun hükümlerini sırasile gösteriyor. Tahsili emval kanununu ilgilendiren bu hükümler dağınık ve insicamsız bir halde bütün mevzuata serpilmiş bulunduğundan, Bay Tevfik Koral bunları büyük bir dikkat ve sabırla bir araya toplamamış olsaydı, tatbikatta hiç bir ilgilinin bunları eksiksiz olarak elde edebileceğine ihtimal vermezdik.

«Tedabiri İcraiye» bahsı altında, müellif, borcunu taksit müddeti içinde ödemiyenler hakkında alınacak tetbirleri izah ediyor ve bunların cebrî icra ve hapis yolu ile zorlamadan ibaret olduklarını gösteriyor. Yine bütün mevzuata dağılmış bulunması yüzünden çok güç ve tatbikatta büyük karışıklıklara sebebiyet veren bir mesele de hazine alacaklarının ne zaman ortadan kalkmış olacağı meselesidir. Âmme alacaklarını ortadan kaldıran sebebleri müellif, her türlü tereddüdü silecek şekilde, ödeme, müruru zaman ve umumî tasfiye ve terkin kanunlarile fevkelâde ahvalde ve maddî hata dolayisile terkinden ibaret olmak üzere üç başlık altında ayrı ayrı mütalea ediyor.

Kitabın en ehemmiyetli diyebileceğimiz üçüncü kısmında müellif vergi, resim ve harçların tahsil şekillerini inceden inceye tahlil ve izah ediyor. Vergi tahsil olununcaya kadar muhtelif safhalardan geçer. Fakat mükelleflerin vergiyi filen his'ettikleri, onunla doğrudan doğruya temasa geldikleri safha tahsil safhasıdır. Bunun içindir ki müellif kitabında bunların tahsil şekillerine geniş bir yer ayırmakla isabet etmiştir. Bu bahiste varidat idarelerince tahakkuk ettirilerek

tahsilat servisine tevdi olunan vergi, resim ve harçların tahsilinde memurların müraceat ve istinat edecekleri müeyyidelerle tahakkuku tahsiline bağlı olan vergi, resim ve harçlar tetkik edilmektedir. Bu kısımda sırasile: Kazanç vergisi; hizmet erbabından alınan iktisadî buhran, muvazene ve hava kuvvetlerine yardım vergileri; muamele vergisi; gümrük vergisi; hayvanlar vergisi; veraset ve intikal vergisi; bina ve arazi vergileri; istihlâk vergisi; damga resmi; nakliyat resmi; sefineler rüsumu; su ve kara avları vergileri; buğdayı koruma vergisi; para cezalarının tahsili hükümleri ve tatbikatı; hazineye aid veya hususî kanunları mucibince hazineye intikal eden emvalin satış bedeli ve taksitlerile icarı ve ecri misilleri tahsilâtı; hususî kanunlarında tahsil şekli gösterilmemiş olan devlet alacaklarının tahsili; ceza evleri ile mahkeme binaları inşası karşılığı olarak mahkûmlara ödettirilecek yiyecek bedelleri tahsisatı; devlete aid ilâm ve celse harçlarile mahkeme masraflarının tahakkuk ve tahsil madenler rüsumu; tavizat ve vergi cüzdanları üzerinde uzun uzadıya durularak tafsilât verildikten sonra, ayrı bir fasıl altında, bu mevzulara aid Devlet Şûrası, Divanı Muhasebat ve Temyiz Mahkemesi Tevhidi içtihat kararları toplanmışdır. Tahsili emval kanunundaki boşlukların tatbikatta bu gibi kararlarla doldurulduğu göz ödünde tutulacak olursa, hususile bu faslın kıymeti meydana çıkar.

Kitabın sonuna eklenmiş olan umumî ve tahlilî fihristler her aranılan bahsın kolaylıkla bulunmasını temin etmektedir. Kitap yalnız maliyeci ve hukukcuları değil, her ferd bir mükellef mevkiinde bulunması itibarile, bütün vatandaşları ilgilendireceğinden bütün okuyucularımıza samimiyetle tavsiye ederiz.

Mecmualar:

1. İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ MECMUASI, YIL: 1941; CİLD: VII; SAYI: 2—3

1. Ord. Prof. *Ch. CROZAT:* Orta çağda dört devlet nazariyecisi. Aegidius Romanus (Gilles), Occam, Bartolus ve Wyclyff. (Tercüme eden: H.; T. V. Günyol):
2. Asistan *Sulhi DÖNMEZER:* Cevap hakkı (Matbuat kanununun 48 inci maddesinin tahlili).
3. Ord. Prof. Dr. *Ernst E. Hirsch:* Fikrî eserler hakkında kanun projesi; esbabı mucibesile birlikte.
4. Ord. Prof. Dr. *Andreas B. Schwarz:* Yabancı memleketlerde telif hukukunun bugünki durumu. Mukayeseli hukuk bakımından bir tetkik. Tercüme eden: Dr. Bülend Davran).

335

5. Doçent Dr. *Halil Arslanlı*: Ticaret şirketlerinde kanunî mümessillere tanılan temsil salâhiyetinin hududu.
6. Asistan Dr. *Ferid Hakkı Saymen*: Akid yapmak hakkının sui istimali.
7. *Baron von Hammer - Purgstall*: XVIIinci asırda Osmanlı imparatorluğunda devlet teşkilâtı ve Babı — âli. (Tercüme eden: Dr. Halit İlteber)
8. Prof. Dr. *Hans Wüstendörfer*: Deniz Hukukunun tadili yolunda. (Tercüme eden: Dr. Hikmet Belbez).
9. Prof. *L. Levy - Bruhl*: August Comte'un sosyolojisi. III: İlimlerin sosyolojisi. (Tercüme eden: Prof. Ziaeddin Fahri Fındıkoğlu). (L. Lévy—Bruhl'in La philosophie d'August Comte, 1911 Paris, eserinden yapılan bu tercümenin evelki kısımları ayni mecmuanın 1938 senesi 15 ve 16 ıncı sayılarında çıkmıştır).
10. Dr. *Gérard Jacoby* (Breslau mahkemesi sabık hâkimlerinden): Fransız ve Alman hukukunda dolandırıcılık. Mukayeseli etüd. (Tercüme eden: Naci Şensoy).
11. Ord. Prof. *Mustafa Reşid Belgesay*: Türkiye Temyiz Mahkemesi ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının analizi. (Hâkimin davaya bakmaktan imtinaı sebeplerini resen bildirmesi. Muteber olmıyan bir akidle gayrimenkul satın alan kimsenin verdiği bedeli istirdat davası müruru zamanı. Müruru zaman müdafaasının tetkiki. Kooperatif şirket ve idare meclisi azalarına karşı açılan mesuliyet davalarında müruru zaman).
12. *Ömer lütfi BARKAN, S. D.* ve *Dr. Hıfzı TİMUR*: Eser tahlil ve tenkitleri.

2. *İstanbul Barosu Mecmuası:*

I. YIL: XV, SAYI: 10; BİRİNCİ TEŞRİN 1941;

1. Avukat *O. N. Lermi*: İkmali, islâh ve tadili, ilgası temenni olunan kanunlardan: Borçlar kanununun 391 inci maddesine bir fıkra ilâvesi zaruridir. Salâhiyetli vekilin tevkil ettiği vekil müvekkilin vekili olur mu?
2. Avukat Dr. *Recai G. Okandan*: Kadim Yunan mütefekkirlerinin siyasî görüşleri serisinden: Platon. (Bu yazının baş tarafı ayni mecmuanın Ağustos ve Eylûl 1941 sayılarında çıkmışdır).
3. Avukat *M. Loznak*: Yangın sogortası.

4. Avukat *Nazım P o r o y:* İngiltere, Amerika, İtalya, Almanya, Lehistan ve Fransada Sübut sebep ve delillerinin tekâmülü hakkında mukayeseli tetkikler.
5. Adlî ve idarî kararlar: 4 Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Umumî Heyeti kararı.
6. Meslek haberleri.

II. YIL: XV; SAYI: 11; İKİNCİ TEŞRİN 1941:

1. Prof. Dr. *Ernst E. H i r s c h:* İsviçre Borçlar Kanununun senedatı ticariye ve şirketlere müteallik üçüncü ve beşinci kısmının iktibası tavsiye edilebilir mi?
2. Avukat Dr. *Münip Hayri Ü r g ü p l ü:* Fransada son defa kabul edilen yeni boşanma esasları.
3. Avukat *Temistokli Z e m b u l i d i s:* Matlubun temliki ve matlubun devri.
4. İstanbul C. M. U. M. *L. K a y n a k:* Temyiz Dördüncü Ceza Dairesinin bir kararı dolayısile: Adlî tevbih ve tecil.
5. Avukat *Muammer Salih Soylu:* Maddî tazminat için yemin teklif edilemiyen davalar.
6. Avukat *M. L o z n a k:* Hayat sigortaları.
7. Avukat *Fuat Paçalıoğlu:* Bibliyografya. Baroya gönderilen eserlerden: a) Adliye istatistikleri, b) Kazanç vergisi, c) H. M. U. kanununa aid içtihadlara zeyil, ç) Muaddel ve haşiyeli Türk ceza kanunu.
8. Adlî ve idarî kararlar: Temyiz mahkemesi 4 Tevhidi İçtihat Umumî Heyeti kararı, 1 İcra ve İflâs dairesi, I Birinci Hukuk dairesi ve 1 Dördüncü Hukuk dairesi kararı.

III. YIL: XV; SAYI: 12; BİRİNCİ KÂNUN 1941:

1. Avukat *Nazım Poroy:* İngiltere, Amerika, İtalya, Almanya, Lehistan ve Fransada Sübut sebep ve delillerinin tekâmülü hakkında mukayeseli tetkikler (yazının baş tarafı ayni mecmuanın Birinci Teşrin 1941 sayısında çıkmıştır).
2. Avukat *Temistokli Zembuludis:* Kefâlet.
3. Avukat *Nihat Bartu:* Hesabı carilerde faizi mürekkep; Temyiz Tica et Dairesinin bir kararı.
4. Bibliyografya: a) Muammer Raşit Seviğ, Türkiye Cumhuriyeti kanunlar ihtilâfı kaidelerinin sentezi. b) Ord. Prof. Cn. Crozat Menkul âmme emlâki, tenkidî ve mukayeseli tetkik.
5. Adlî ve idarî kararlar: Temyiz mahkemesi 1 Dördüncü Hukuk dairesi, 1 Birinci Hukuk dairesi, 1 Dördüncü Ceza dairesi, 1

Ticaret Dairesi kararı ve bir de İstanbul Asliye Dördüncü Hukuk Hâkimliğinin bir kararı.

IV. YIL: XVI; SAYI: 1; İKİNCİ KÂNUN 1942:

1. Avukat *Ali Haydar Özkent:* Ücret tarifesinin hükümlerine umumî bir bakış.
2. Avukat *Emin Ali Durusoy:* Deniz ticareti hukukunda mürurü zaman ve sukutu hak müddetleri ve hukukî neticeleri.
3. Avukat *Hamdi Halim Mayatürk:* Temyiz kudretinden mahrum kimselerle yapılan akdin butlanı için diğer tarafın suiniyetini isbat etmek lâzımdır. Temyiz Birinci Hukuk Dairesinin kararı – Temyiz Ticaret Dairesinin kararı – Bu iki karar arasındaki içtihat ihtilâfı –Tevhidi içtihat kararı – Medenî kanunun 15 inci ve 360 ıncı maddeleri arasındaki münasebet.
4. Asistan *Sulhi Dömezer:* Ailenin ceza hükümlerile himayesi ve aile hukukundan münbais mükellefiyetlerin tercümi.
5. Avukat Dr. *Münip Hayri Ürgüplü:* Borçlunun üzeri ne şekilde aranabilinir?
6. Avukat *Nihat Bartu:* Ticarî senetlerde mürurü zaman.
7. İstanbul C. M. U. M. *Edip Ünalerzen:* Türk Temyiz Mahkemesi tevhidi içtihad Hey'etinin bir kararı münasebetile Türk ceza kanununun 430 uncu maddesinin 2 inci fıkrasının tahlili.
8. Meslek haberleri.
9. Adlî ve idarî kararlar: Temyiz Mahkemesi Hukuk Hey'eti Umumiyesi, Ticaret dairesi ve Üçüncü Hukuk dairesinin birer kararile Devlet Şûrası Dördüncü dairesinin ve İstanbul Asliye Dördüncü Hukuk Hâkimliğinin birer kararı.
10. Meslekî kanunlar.

3. Siyasî İlimler Mecmuası

I. Sayı: 127; İlkteşrin 1941:

1. Cumhuriyetimiz ve Millî Şefimiz İsmet İnönünün hitabeleri.
2. Cumhuriyetin XVIII inci Yıl dönümü.
3. Prof. *Mehmet Emin Erişirgil:* Seçkin zümre ve karakteri.
4. Prof. Dr. *Nihat Erim:* Hukuk ilminde metot meselesi.
5. Dr. *Hikmet Belbez:* Kanun hazırlama tekniği.
6. Dr. *Hamdi Özgürel:* 1939 Avrupa harbinin başlamasından evvel ve sonraki devirlerde Cumhuriyet maliyesi.
7. Prof. Dr. *F. Guisan:* Saf hukuk ilmi. Roguin ve Kelsen.

(Tercüme eden: Dr. Fikret Arık) (Bu yazının baş tarafı ayni mecmuanın 126 ıncı sayısında çıkmıştır).

8. Bibliyografya.

II. Sayı: 128; İkinci Teşrin 1941:

1. Büyük kaybımız.
2. Türk kanunu medenisi on beşinci yaşında.
3. Dr. *Hikmet Belbez:* Medenî kanunumuzun on beşinci yıl dönümü münasebetile.
4. Dr. *Fikret Arık:* Medenî kanunumuzda bazı salâhiyet meseleleri.
5. Dr. *Necip Bilge:* Medenî haklardan istifade ehliyetinin tatbik alanı: Şahsiyete bağlı haklardan hukmî şahıslar istifade edebilirler mi?
6. Prof. *F. Guisan:* Saf hukuk ilmi. Roguin ve Kelsen. (Tercüme eden: Dr. Fikret Arık) (Bu yazının baş tarafı ayni mecmuanın 126 ve 127 inci sayılarında çıkmışdır).
7. Bibliyografya.

III. Sayı: 129; Birinci Kânun 1941:

1. Harp iktisadı üzerinde tetkikler: 1. Yiyecek fiyatlarının kontrolü.
2. *A. S. J. Baster:* Yiyecek fiyatlarının kontrolundaki gayeler ve tahditler. (Tercüme edenler: H. R. Ertuğ ve M. E. Fer).
3. Dr. *Halil Demircioğlu:* Greklerin devlet telâkkileri.
4. Prosf. *Ernst Reuter:* Memur yetişdirme meselesine dair. (Tercüme eden: Muhtar Yazır).
5. Bibliyografya.
6. Kronik: Siyasal Bilgiler Okulunun 84 üncü yıl dönümü.

IV. Sayı: 130; İkinci Kânun 1942:

1. Dr. *Necip Bilge:* Harp ve mesken kıtlığı.
2. *Robert Moulin:* 1941 de Cihan Harbı. (Kısaltan: İskender Ohri).
3. *Jesse F. Steiner:* Japonyanın nüfus siyaseti. (Kısaltan N. Berkes).
4. Bibliyografya.

4. Hukukî Bilgiler Mecmuası:

I. Birinci Teşrin 1941:

1. *Gad Franko Milaslı:* Hakukî fikirler: Boşanma; Dilimiz: Ceza kanunu; Avukatların sigortası.
2. Kütahya ağır ceza âzası *Çetin Ardarlı:* Suçlu sonradan

kendi lehinde mevkii meriyete konan kanun hükümlerinden ne zaman istifade eder?

3. Mahkeme içtihatları: Hadiseler Federal Mahkeme kararını tercüme eden: Şükrü F. Pastacıoğlu.

II. İkinci Teşrin 1941:

1. *Gad Franko Mılaslı*: Hukukî fikirler: Namık Kemal hukukçu; Vesayet.
2. Sıirt Hâkim muavini *Zeki Direk:* Türk ceza kanununun islâh ye ikmali lâzımgelen maddeleri.
3. Avukat *Ali Haydar Özkent:* Kocanın karısını temsil salâhiyeti.

III. Birinci Kânun 1941:

1. *Gad Franko Milaslı:* Hukukî fikirler: Temyizin büyük rolü: Tercüme yanlışlarının düzeltilmesi.
2. M. Loznak: Kanunu medeninin 456 ve 509 uncu maddeleri ahkâmının Ticaret kanununun 998 inci maddesi hükmüne keyfiyeti tesiri.
3. *Baha Arkaç:* Deniz yapılarının ithal gümrük mükellefiyeti.
4. Temyiz mahkemesi âzası *Şemsettin Temyizer* ve Temyiz Mahkemesi Birinci Hukuk dairesi reisi *Fuat Hulusi Demirelli*: Tam ve nakıs teselsül.

340

No: 22

Ziya Balkuvvar (Temyiz mahkemesi Baş M. Umumi muavini).

Fransız Adlî sicil teşkilâtı· Ankara 1941 Sah: 150 Fiyat 150 K.

Yazan: Burhan Köni

Müellif bu eseri ile büyük bir ihtiyacı karşılamış bulunmaktadır. Fransız ve İtalyan (Adlî sicil) mevzuatı nazara alınarak hazırlanan Adlî sicil kanunumuzun Büyük Millet Meclisinin tetkik ve tasvibine sunulduğu bir sırada intişar eden bu eser, yarın memleketimizde tatbik edilecek bir kanunun anlaşılması bakımından çok faydalıdır. Ceza kanunlarında tecile ve bilhassa tekerrüre ait hükümlerin hakkile tatbikını temin edecek olan adlî sicil teşkilâtının mahiyetini anlamak isteyenlere eseri tavsiye ederiz. Eserin göze çarpan hususiyeti, nazariyat ve tatbikatı mezcetmiş bulunmasıdır. Filhakika, eserin beş bahisden müteşekkil birinci kısmı daha ziyade nazaridir. Bu kısımda (Adlî sicil)in menşei kuruluşu, müesseseye karşı vukubulan itirazlarla bu hususdaki nazariyeler izah edilmekte ve dört bahis ve bir zeyilden terekküp eden ikinci kısımda ise, Adlî sicil servisinin ne suretle işlediği, bülten tanzimini icap ettiren haller, bunların yazılışı, tasnif ve talep vukuunda nasıl verileceği incelenmektedir. Zeyil kısmına gelince, bu kısım adlî sicil müessesesinin işlemesini tanzim eden kanun ve nizamname metinlerile istatistikî malûmatı ihtiva etmektedir.

Müellif ön sözünde, kitabın Paris Adliye Sarayı Adlî sicil servisinde staj yapılırken hazırlandığını ve bu staj sırasında edinilen nazarî ve amelî bilgilerin mezci suretile vücude getirildiğini bildiriyor ki, bu da eserin salâhiyetli bir elden çıktığına dair kâfi bir teminattır.

341

3780 Sayılı Millî korunma kanununa göre ittihaz ve resmî gazete ile neşredilen kararların ve adı geçen gazetelerin tarih ve No. larını gösterir liste.

Kararnamenin Tarihi	No. su	Karar No. su	Resmî gazetelerin tarihi	No. su
24/12/1941	17036/2	236	8/1/1942	5001
24/12/1941	17038/2	240	8/1/1942	5001
24/12/1941	17039/2	241	8/1/1942	5001
24/12/1941	17040/2	242	8/1/1942	5001
12/1/1942	17160/2	245	16/1/1942	5008
13/1/1942	17137/2	262	19/1/1942	5010
13/1/1942	17138/2	243	19/1/1942	5010
13/1/1942	17139/2	244	19/1/1942	5010
13/1/1942	17141/2	247	19/1/1942	5010
13/1/1942	17142/2	248	19/1/1942	5010
13/1/1942	17143/2	249	19/1/1942	5010
13/1/1942	17144/2	250	19/1/1942	5010
13/1/1942	17145/2	251	19/1/1942	5010
13/1/1942	17146/2	252	19/1/1942	5010
22/1/1942	17197/2	264	23/1/1942	5014
17/1/1942	17174/2	257	26/1/1942	5016
21/1/1942	17199/2	255	30/1/1942	5020
21/1/1942	17200/2	256	30/1/1942	5020

342