Devlet Nüshası

ADLİYE CERİDESİ

1956 SA 94

T. C.

Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Otuz dördüncü sene
7 inci sayı

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi

1943

1

İÇİNDEKİLER

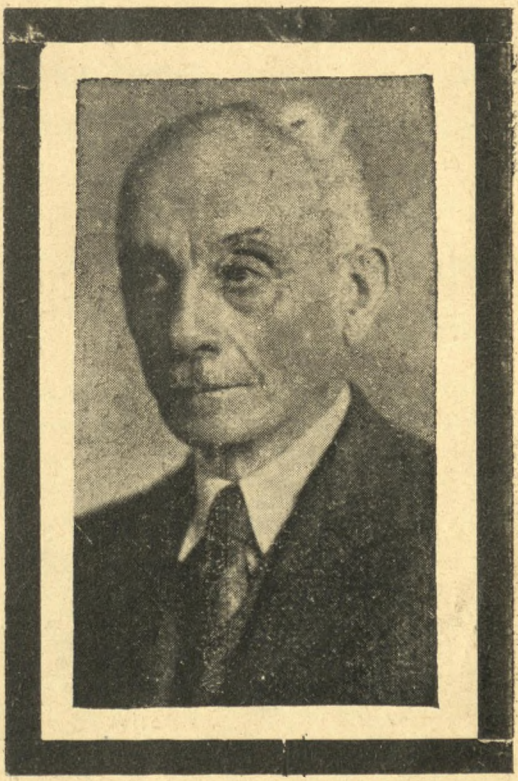
No.		Sayfa No.
	Adliye Ailesinin Büyük Kaybı	472
35	**Ceza dâvalarına müdahale usulü ve ceza umumî heyetinin bu husutaki iki kararı** *(Yazan : Reşad Bayramoğlu) Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Âzası*	474
36	**Deniz Ticaret Etüdü** *(Yazan : Avukat S. Âli Subaşıoğlu)*	480
37	**Vasinin Vazifeleri** *(Yazan : Âkil Önder) Ankara Sulh Hâkimi*	485
38	**Kefalete dair mahkeme içtihatlarına bir bakış** *(Yazan : Dr. Fikret Arık)*	496
39	**Türkiye Cumhuriyeti Temyiz Mahkemesi Teşkilât ve Vazifeleri** *(Yazan: Cevat Serim) C. Baş Müddeiumumi Muavini*	513
40	**Suçluların terbiye ve ıslahı** *(Yazan : Dr. Nurullah Kunter)*	524
41	**Temyiz Mahkemesi İcra ve İflâs dairesinin mühim bir kararı** *(Yazan : Dr. Âmil Artus)*	543
42	**Devlet idaresine karşı işlenen cürümler** *(Yazan : Dr. tur A. Pulat Gözübüyük*	546
43	**İçtimaî Hukuk Fikri** *(Çeviren : Mustafa Kıray) Urfa Âza M.*	558
44	**Ceza hukukunda kıyas** *(Yazan : İsmail Hakkı Balamir) Polis Enstitüsü Ceza Hukuku Öğretmeni*	571
45	**Bibliyografya** *(Yazan : Prof. Tahsin Adam)*	579
44	**Bibliyografya** *(Yazan: Dr. Nurullah Kunter)*	582
46	**Bibliyografya** *(Yazan : Kâzım Dereli)*	586
	Mart 942 sonuna kadar T. Def. Alınanların sıra No. larını gösterir liste	587
	Resmî Gazetede neşredilen Koordinasyon Heyeti kararları	589

Mecmuaya bastırılmak istenen her yazı doğrudan doğruya Vekilliğe gönderilir. Neşrolunan makalelerdeki fikir ve mütalâalar munhasıran yazı sahiplerine aittir. Her yazı on satırı geçmiyecek şekilde bir hulâsayı ihtiva etmelidir. Basılmıyan yazılar geri verilmez.

1956 SA 94
MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

Adliye Ailesinin Büyük kaybı

Adliye Ailesi, değerli bir hukukçu, yüksek bir hâkim olan İsmail Vehbi Kural'ı gaip ettiğinden dolayı derin bir yas içindedir. Bu kıymetli hâkim bütün Adliye muhitince tanınmış ve hukukçular âleminde büyük bir saygı ve sevgi yaratmıştır.



İstanbul hukukundan 24/7/1309 tarihinde pek iyi derecede mezun olmuş bulunan Vehbi Kural, Hâkimliğin bütün derece ve sınıflarında bulunduktan sonra 6 Kânunusani 1340 tarihinden itibaren Temyiz Âzalığında ve 23 Ağustos 1341 tarihinden itibaren de Temyiz İkinci İstid'a ve üçüncü ceza daireleri Reisliklerinde vazife görmüş ve en son tâyin kılındığı Birinci hukuk Reisliğini 14/7/1938 tarihine kadar muvaffakiyetle ifa etikten sonra bu tarihte tekaüt olmuştur.

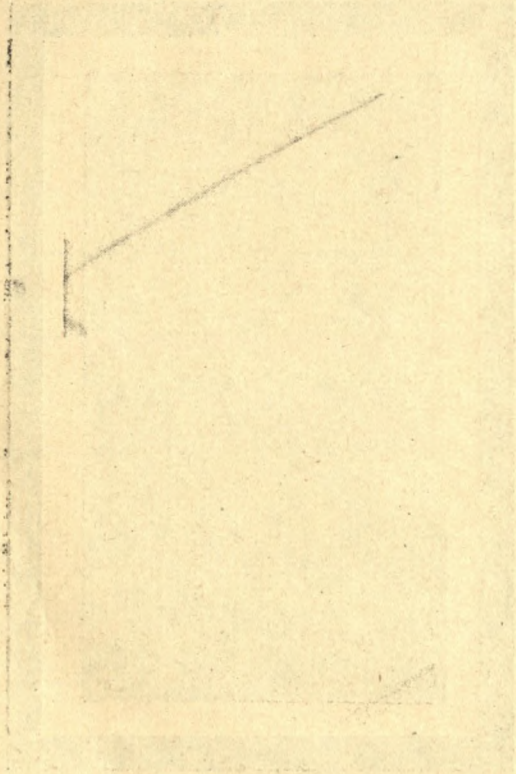
Vehbi Kural bütün ahlâkî ve ilmî meziyetleri nefsinde cemetmiş tabiatın yaratmakta kıskandığı mümtaz bir hukukçu idi.

Merhum temiz bir vicdan ve yüksek bir karakteri haiz olmakla beraber ilmî otoriteye de sahipti. En mudil meseleleronun ihatalı ve pratik görüşü için de bütün griftliğini kaybederek hatasız ve yanlışsız hallolunurdu. Hâdiselere intikalde derin bir nüfuzu nazara mâlik olan bu büyük Hukukçu, mecellenin ilgasından sonra kararlarında yarattığı üslupla Hukukçular tarafından örnek ittihaz olunabilecek bir sâk vücuda getirmiştir.

Hacmi dar fakat mefhumu geniş olan bu kararlar, bir kanun metni gibi veciz ve taraflar için itimatbahş olduğu kadar Hukukçular için de bir ilim kaynağı olmuştur. Merhum kanunun inceliklerine nüfuzda ve onlara realiteye en uygun mânayı vermekte cidden yüksek bir maharete mâlikti. Onun içtihatları bugün bir çok hâdiselerde emsal olarak ihticaç edilmekte ve Hukuk ilmi müntesipleri için bir düstur vazifesini görmektedir. Bu ilmî meziyetleriyle beraber Vehbi Kural vazifesinde çok titiz ve olağan üstü çalışkan bir şahsiyetti. 65 yaşını doldurmasına rağmen temdit müddti içinde aynı enerji ve aynı canlılıkla çalışmış ve vazifesi başından tamamen ayrılıncıya kadar faaliyetinin temposunu muhafaza etmiştir.

Vehbi Kural'ın ufûlu, doldurulamıyacak derecede Hukuk âleminde derin bir boşluk bırakmıştır.

Adliye Ceridesi, bu büyük acıya iştirakle merhuma mağferet, ailesine ve meslek arkadaşlarına baş sağlığı diler.



No: 35

Ceza dâvalarına müdahale usulü ve Ceza umumî heyetinin bu hususteki iki kararı

Yazan
Reşat Bayramoğlu
Ankara ağır ceza
mahkemesi âzası

İçtimaî varlığın bünyesini sarsması ve muvazenesini bozması dolayısile kanunların ceza tehdidi altında işlenmesini önlemiye çalıştıkları suçların doğurduğu neticelerin sadece bu bakımından göz önünde tutulması kâfi olmayıp, gerek buna maruz kalan şahsın ve gerekse o şahsın yakın akrabaları veya ona yapılan tecavüzden bir suretle zarar gören kimselerin durumlarında hasıl olan değişiklik noktasından da incelenmesi icap eder.

Âmme menfaati namına suçlu aleyhinde doğrudan doğruya yapılacak olan takibat, Hey'eti içtimaiyenin bozulan muvazenesini telâfi edebilir. Suçluyu tekrar bir suç işlemekten menedecek hale getirebilir. Bunun için kurulmuş müesseselerde cemiyete faydalı bir varlık olarak ıslah eyleyip tekrar içtimaî heyet içerisine iade edebilir. Bunlar şüphesiz cemiyetin bir kazancıdır. Fakat, uğradığı bir tecavüzle sıhhatı bozulan ve bu sebeple işlerini gereği gibi yapamıyan kimsenin şahsî durumunda hâsıl olan maddî ve manevî değişikliği düzeltemiyeceği gibi onun ölümü halinde ailesi efradının veya yardım görenlerin uğradığı zararı da izale etmiyeceği şüphesizdir.

Kanun vazilerinin işlenen fiillere verdikleri mâna ve mahiyet ne olursa olsun, şu cihet münakaşa edilmez bir keyfiyettir ki, bunların hepsi haksız hareketlerdir. Objektif olarak taşıdıkları bu vasıfları itibariyle, medeni hukuk bakımından göz önüne alındıkları takdirde bu hukukun değişmez bir hükmü icabı olarak işleyenlerine hukukî bir mesuliyet yüklemesi lâzım olduğu aşikârdır.

İşte bu sebeplerledir ki her medenî memleket kanunları gibi bizim mevzuatımız da bir suç dolayisiyle husule gelen maddi ve mânevî zararların tazmin ve telâfisini kabul eylemiş ve bunu teminen, açıl-

mış bir hukuku âmme dâvasına koyduğu esaslar dairesinde müdahale ederek bu zararlarını istemek hak ve salâhiyetini suçtan zarar gören kimselere tanımıştır.

Müdahalenin ne suretle olacağını tetkik eylemeden evvel bir ceza dâvasının ne suretle açılabileceği hakkındaki esasları kısaca hatırlatmak münasip olur.

Bilindiği gibi Cumhuriyet Müddeiumumisi, ihbar veya her hangi bir suretle bir suçun işlendiği zehabını verecek bir hale muttali olur olmaz hukuku âmme dâvasını açmiya mahal olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin hakikatını araştırmıya mecburdur. (Ceza muhakemeleri usulü kanunu madde 153) binaenaleyh, dâva açmak salâhiyeti esas itibariyle C. M. U. sine aittir.

Ancak C. M. U. K. nun 344 cü maddesinde yazılı suçlardan dolayı zarar gören kimse, önce C. M. U. sinin iştirakini tahrike hacet olmaksızın şahsî dâva açmak suretiyle doğrudan doğruya suçu takip edebilmek imkânına mâliktir.

Şu ciheti derhal kaydeylemek lâzımdır ki, umumî esasın bir istisnası olan bu husus C. M. U. sinin bu suçlarla hiç ilgilenmiyeceği mânasını tazammun etmez. Aynı kanunun 346 ncı maddesine göre, alâkadarların müracaatı üzerine C. M. U. si böyle bir suçu takipte âmme menfaati buunduğuna kanaat getirdiği takdir de âmme dâvasını açmıya veya açılmış şahsi dâvaya iltihaka salâhiyetlidir.

İncelemek istediğimiz müdahale bahsinde şahsî dâva yoliyle bizzat zarar gören tarafından açılan bu gibi dâvaların ehemmiyeti olmadığı için bunlar üzerinde durmıyacağız. Esasen böyle bir dâvanın devamı zarar gören şahsın mütemadi takibine bağlı olduğu için müdahalenin bu dâvalarda yeri de yoktur.

Açılmış bir hukuku âmme dâvasına müdahale ne suretle vaki olur, yahut ne suretle hareket edilirse böyle bir dâvaya müdahale edilmiş sayılır.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 365 inci maddesinde «suçtan zarar gören her şahıs tahkikatın her halinde müdahale yoliyle hukuku âmme dâvasına iltihak edebilir. Bu suretle âmme dâvasına iltihak edenler şahsî haklarını da istiyebilirler. Esası konduktan sonra 366 ıncı maddede «müdahale, merciine verilecek bir istida veya zabıt varakası tutulmak üzere zabıt kâtibine yapılacak bir beyanla olur. Bu zabıt varakası Reis veya Hâkime tasdik ettirilir.» Denmek suretiyle müdahalenin ne suretle yapılacağı tesbit olunmaktadır.

İki madde birlikte göz önünde tutularak kısaca denilebilir ki, suçtan zarar gören her şahıs tahkikatın her halinde merciine vereceği bir istida veya zabıt varakası tutulmak üzere zabıt kâtibine yapacağı beyanla âmme dâvasına iltihak edebilir.

Bu iltihakın temin eylediği faide ise, 365 inci maddede yazılı olduğu üzere, şahsî hakları istemek imkânına mâlik olmaktır.

Bu vesile ile şunu arzedelim ki suçtan zarar gören kimse ceza usulünün bu maddeleri mucibince âmme dâvasına iltihak suretiyle şahsî haklarını ceza mahkemelerinde karar altına aldırabileceği gibi umumî hükümler dairesinde hukuk mahkemelerine açacağı dâva ile de hükme bağlattırılabilir. [1]

Yalnız burada şu cihete dikkat nazarını çekmek isteriz. Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 178 inci maddesine göre asliye mahkemelerine açılacak dâvaların arzuhalle olması şarttır. Fakat aynı kanun, şifahi usulü muhakemeye ait faslında 473 üncü maddesiyle, şifahi usulü muhakemenin sulh mahkemelerinde cari olacağını tesbit eyledikten sonra 474 üncü maddesinde (iki taraf rızalariyle her vakit dâvalarının faslı zımnında sulh mahkemesine müracaat edebilir. Bu takdirde iddia ve müdâfaasını esbap ve delâilini muhtevi kendileri tarafından yazılmış bir dâva zabtı vermeleri lâzımdır. Yalnız müddei dahi sulh mahkemesine şifahen müracaat edebilir. Bu suretle bir nüshası diğer tarafa tebliğ olunmak üzere iki nüsha dâva zabıtnamesi vermesi lâzımdır. Yazı bilmedikleri halde hâkim iki tarafın müddeiyat ve müdâfaatını ve esbap ve delâilinin neden ibaret olduğunu kâtibe yazdırır) Hükmünü koyarak sulh mahkemelerine şifahen müracaat edilebileceğini ve bir dâva zabtı vermekle dâva ikame edilebileceğini tebarüz ettirmiştir.

Bununla, hukuk mahkemelerine açılacak dâvaların tefrike tâbi

[1] Gerçi mevzuumuzla doğrudan doğruya ilgili değilse de burada bilvesile şu ciheti de kaydeylemek münasip görülmüştür.

Maddedeki suçtan zarar görenler tâbirinin delâlet eylediği mâna ve şümul derecesi nedir?.

Bu hususta iki türlü düşünce ileri sürülmektedir..

1) Mutazarrırı medenî kanundaki yeraset silsilesine göre tayin ve tesbit eylemek.

2) Medenî kanunun bu hükümleri nazara alınmayıp mutlak surette suçtan zarar gördüğünü isbateden veya edecek olan her şahsa bu hakkı tanımak.

Birinci mülâhazaya istinaden verilmiş olan bir kararı tatilde nöbetçi kalan Yüksek temyiz mahkemesi dördüncü ceza dairesi 27/7/942 tarih ve $\frac{1300 \text{ esas}}{2009 \text{ karar}}$ numaralı kararıyle ve "âmme dâvasına iltihak etmek istiyenlerin usulün 365 inci maddesi mucibince suçtan zarar gören kimselerden olup olmadığı bakımından müdahalenin kabul veya reddedilmesi lâzımgelirken maktulün mirasçılarından olmadığı beyaniyle talebinin reddedilmesi yolsuzdur„ mucip sebeplerle bozmuştur.

tutulduğu ve sulh mahkemelerine açılacak dâvaların istidadan başka bir dâva zabıtnamesiyle de ikame edilebileceği ve fakat asliye mahkemelerinin vazifesi dahiline giren dâvaların mutlaka arzuhal ile ikame edilmesi lâzımgeldiği anlaşılmaktadır.

Şu hale göre suçtan zarar gören kimsenin hukuk mahkemesine müracaat eylediği taktirde bu usullere riayet etmesi icabeder. Fakat ceza mahkemesinde istida veya zabıt kâtibine yapacağı beyanla bu hakkını kullanabilir.

Demek ki kanun vazıı, şahsî hakkın ceza mahkemelerinde takibini daha basit bir usule tâbi tutmuştur. İstenilen şahsî hakkın miktarı ne olursa olsun suçtan zarar gören kimse, zabıt kâtibine yapacağı beyanla müdahale hakkını iktisaba ve bundan sonra da şahsî hakkını istemiye salâhiyetli kılınmıştır.

Buna zamimeten Ç. M. U. K. nun hiç bir maddesinde şahsî hakkın mutlaka istida ile isteneceği hakkında bir kayıt ve sarahat bulunmadığı düşünülürse ceza mahkemelerinde şahsî hakkı istemenin hukuk usulü muhakemeleri kanunundaki şekillerle bağlı tutulmadığı bir kat daha tebarüz eder.

Ceza usulünün 365 inci maddesinde yazılı « tahkikatın her halinde . . . » kelimesinin duruşmalı olan son tahkikat safhasına da şâmil olduğunda şüphe yoktur. Çünkü bu tahkik safhasında da hakikata erişmek için araştırmalar, incelemeler yapılır, deliller tetkik olunur, şahitler dinlenir. Esasen bu kanunun 191 inci maddesi « ilk tahkikat yapılan işlerde son tahkikatın açılmasına . . . karar vermek salâhiyeti sorgu hâkiminindir » demek suretiyle duruşma safhasının da bir tahkikat olduğunu teyit etmiştir.

Binaenaleyh hükmün tefhimine kadar suçtan zarar gören kimsenin istida vermek veya zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle hukuku âmme dâvasına müdahale isteğinde bulunmıya salâhiyeti münakaşa edilmez bir keyfiyettir.

Ceza usulünün 366 ıncı maddesinde zabıt varakası tutulmak üzere zabıt kâtibine yapılacak beyan üzerine bir zabıt tanzim edileceği ve bunun reis veya hâkim tarafından tasdik olunacağı yazılı bulunduğuna göre, bu, mahkeme kaleminde zabıt kâtibine; müracaat ederek yazdırmak ve hâkime tasdik ettirmek suretiyle yapılabileceği gibi, ifadesi alınırken sorgu hâkimine veya duruşma sırasında hâkime dâvacı olduğunu ve hukuku âmme dâvasına müdahale etmek istediğini söyliyerek yaptırmak da mümkündür. Çünkü tanzim edilecek zabıt varakasını tasidk edecek olan hâkimin, bu arzusunu anlamak

için, zabıt varakası münderecatını anlatıp mutazarrırdan sorması ve teyidi halinde tasdik eylemesi tabii olmasına göre aynı işi doğruda doğruya yapmasında bir fark yoktur. Kanun vazının maksadı mutazarrırın arzusunun, şüpheyi mucip olmıyacak şekilde tesbitten ibaret bulunmasına mebni bunda maddenin metnine bağlı kalmakta bir mâna yoktur.

Daha açık bir ifade ile, mutazarrırın evvelâ zabıt kâtibine müracaat edip arzusunu bir zabıt varakası ile tesbit ettirmesi ve bunu hâkime tasdik ettirdikten sonra kullanması lâzımdır denilemez.

Çünkü bunda hiç bir faide düşünülemiyeceği gibi, esasen pek çok kayıtları ihtiva etmesi itibariyle dâvaların süratle bitirilememesinde büyük rolü olan usulü muhakemeyi bir kat daha şekillere boğmaktan başka bir netice vermiyeceği de aşikârdır.

Düşüncelerimizi hulâsaten arzetmek lâzımgelirse diyeceğiz ki; müdahale isteği ilk tahkikat sırasında sorgu hakimine ve duruşmada hâkime doğrudan doğruya arzolunup bir zabıtla tesbit olunduğu takdirde ceza usulünün istediği şekilde bir müracaat yapılmış olduğunu kabul eylemek lâzımdır.

Şimdi bu mesele hakkında Yüksek Ceza Umum Heyetinden sâdır olmuş iki kararı tetkik eyleyelim. Bundan evvel bu iki kararın çıkmasına sebep olan hâdiseleri kısaca arzedelim ki vaziyet daha iyi tavazzuh etsin.

Hüsnü Gün isminde bir şahıs 14 yaşlarında bir çocuğun ırz ve namusuna tasaddiyi tazammun eden fiil ve hareketlerde bulunmaktan suçlu olarak mahkemeye sevkolunuyor. Mağdurenin babasını şahit olarak celp eden asliye mahkemesi kendisini dinlerken dâvacı olduğunu söylemesi üzerine isteğini kabul edip dâvacı mevkiine oturtuyor. Yaptığı tahkikat sonunda müsnet suçu ırza geçmiye teşebbüs mahiyetinde görerek evrakı ağır ceza mahkemesine tevdi ediyor. Ağır ceza mahkemesi de mağdurun babasını çağırıyor ve dâvacı olduğunu söylemesi üzerine müdahale isteğinin kabulüne karar vererek mahkemeye alıyor. Ve neticede maznunun suçunu sarkıntılık mahiyetinde görerek C. K. nun 421 inci maddesine göre cezalandırıyor. Maznunun temyizi üzerine evrakı tetkik eyliyen yüksek temyiz mahkemesi birinci ceza dairesi 21/4/942 tarih ve 1113/1050 numaralı kararile, mağdurenin babasının usulü dairesinde istida ile dâvaya müdahale etmemiş olmasına göre suçluya ceza verilmesi ve tazminatla mahkûm edilmesini yolsuz bulan C. Baş. M. U. liğin mütalâasını »mağdure melihanın babası Ahmedin asliye ceza mahkemesi

huzurunda dâvacı olduğunu» söylemesine «mebni yerinde bulmıyarak redettikten sonra» müştekeki Ahmedin usulü dairesinde istida vererek müdahil sıfatını almamış olduğu düşünülmeksizin suçlunun mânevi tazminatla mahkûm edilmesini kanuna muhalif bularak hükümü bozuyor.

Bu karardan yüksek birinci ceza dairesinin dâvacı ve müdahil diye mutazarrırı ikiye ayırt ettiği ve dâvacı olmak için sadece zabıt kâtibine veya hakime beyanda bulunmanın kâfi olduğunu ve fakat müdahil sıfatı iktisap etmek ve şahsî hakkını istemek için mutlaka bir istida vermek lâzım geldiğini kabul eylediği anlaşılmaktadır.

Halbuki yokarıda arz olunduğu üzere C.M.U.K. nunda müdahale ve şahsî hak isteğinin mutlaka istida ile olacağına dair hiç bir kayıt ve sarahat yoktur. Esasen ceza muhakemeleri usulü kanunu mutazarrırı dâvacı ve müdahil diye ikiye ayırmamıştır. Ve buna amelî veya mantıki bir lüzum ve zaruret de gösterilemez. Çünkü dâvaya müdahale eden kimse muhakkak şahsî hakkını istemek mecburiyetinde değildir. Böle bir istekte bulunmadan da sırf adaletin tecellisi için müddeiumumiye yardımcı sıfatiyle takip edebilir.

Eğer bu tefrik, yukarıda işaret olunduğu üzere, C.M.U.K. nun 344 üncü maddesinde şahsî dâva yoliyle doğrudan doğruya açılabilecek davalardaki mutazarrıları tebaruz ettirmek maksadiyle yapılıyorsa buna da lüzum yoktur. Çünkü bu kabil suçlardan mutazarrır olanların dâvalarını ancak istida ile açabilecekleri kanunun sarih hükümlerile tebarüz ettirilmiştir.

Mahkeme bu mülâhazalara ve yüksek ceza umumi heyetinin 8/6/936 tarih ve 94/67 numaralı kararında (dâvacının duruşmada şifahî olarak tazminat talebinde bulunması tazminat hükmüne kâfi olup bu cihetin tekrar arzuhal ile talep edilmesine kanunı bir lüzum olmadığı) nın kabul edilmiş bulunmasına dayanarak hükümde ısrar ediyor. Yüksek ceza heyeti umumiyesi 29/6/942 tarih ve 1/56—57 numaralı kararıyle hükmü tasdik eylivor. İkinci hâdise de şudur:

İsmail Bodur adında bir sahıs adam öldürmekten suçludur. Duruşma yapılırken celselerden birisinde maktulün babası mahkemeye müracaat edip dâvacı olduğunu ve duruşmayı takip etmek istediğini söyleyince mahkeme müdahale isteğinin kabulüne karar vererek mevkiine oturtuyor ve talebine binaen mânevi tazminat olarak 750 liranın maznundan alınıp kendisine verilmesini karar altına alıyor. Bu evrakı da tetkik eyliyen Yüksek birinci ceza dairesi 28/11/942 tarih ve 2484/3077 numaralı kararıyle ve (duruşmada mağdur vaziyetinde ha-

zır bulunan maktulün kardeşi ile babası usulen müdahil sıfatını almamış oldukları ve istidaname ile tazminat talep etmedikleri halde babası Hamdiye 750 lira mânevi tazminat verilmesine hüküm olunmasını) yolsuz olarak hükmü bozuyor. Mahkeme bu hâdisenin evvelce arzolunan vakanın aynı olduğunu düşünerek eski hükümde ısrar ediyor. Bu sefer yüksek ceza heyeti umumiyesi 15/3/943 tarihli 1/27—27 numaralı kararıyle hususi dairenin bozma sebebini varit görerek ısrar kararını bozuyor. [1]

Görülüyor ki, iki hâdisede suçdan zarar gören şahsın dâvaya müdahale isteği aynıdır.

Birisine şahit olarak duruşmaya çağırılan, diğerinde duruşma sırasında mahkemeye müracaat eden mutazarrırın müdahale istekleri kabul edilmiş ve bu sıfatı iktisap ettikten sonra 365 inci maddesinin son fıkrasına göre istemiye hakkı bulunduğu şahsî hakkını istemesi üzerine kendilerine mânevi tazminat hükmolunmuştur Yukarıda arz edilen düşüncelerimize göre heyeti umumiyenin bu kararlarından, tasdika müteallik olan birincisi, kanunun ruhuna daha uygundur.

Benzeri hâdiselerde, tatbik edilmek üzere mustakar bir usulün teessüsü, hem heyeti içtimaiyenin ve hemde fertlerin hak ve menfaatları bakımından zarurî bulunduğundan vaziyetin bir an evvel halledilmesi zaruridir.

Yazımız, bu alanda kıymetli hukukçularımızın ve meslekdaşlarımızın düşüncelerini ortaya koymalarına bir vesile teşkil ederse bizim için ne mutlu.

---

[1] Bu kararlar henüz bir yerde çıkmamışdır. Ankara ağırceza mahkemesi dosyalarından alınmıştır.

No : 36

Deniz Ticareti Etüdü

"yardım"a dair Bir İngiliz İçtihadı

Yazan
Avukat S. Âli Subaşıoğlu

Deniz Ticaretinde, Deniz Ticareti Hukukunda İngilizlerin ön safta bir millet olduğuna şüphe yoktur. Dünyanın hemen hemen bütün Denizlerinde görünen İngiliz Ticaret filosu ne kadar şöhret salmışsa Deniz Ticaretinin ortaya çıkardığı girift ve müşkül hukukî meseleleri hal hususunda bütün dünyadaki meslekdaşlarının hayret ve takdirini celbedecek derecede âdilane kararlar veren ingiliz hâkimleri o nisbette şöhret kazamışlardır.

Tesadüf ettiğimiz bir ingiliz içtihadı bu noktaî nazarımızı teyit etmekle beraber üzerinde cidden durulmağa değer yep yeni bir vaziyetin halilne medar olduğundan bu içtihadı aynen aldık.

H â d i s e :

1935 nisanında tehlikeli bir buz mıntakasını geçmiş bulunan «Newfoundland» gemisi, denizi açık ve mânisiz bulduğundan cenuba noğru yol amakta iken bir imdat işareti alıyor. Bu işarati 'Tower Bridge' adlı bir gemi vekmektedir. Tehlikedeki gemi alt kısmından tedricî surette su alnığını ve yavaş yavaş yana yatmakta olduğunu bildiriyor. Geriye dönen «Newfoundland» gemisi rotasını tehlikede bulunan gemi istikametine çeviriyor ve geçmiş bulunduğu buz mıntakasına yeniden girmek mecburiyetinde kalıyor. «Newfoudland», «Tower Bsidge» in imdadına giderken bazı avaryaya uğrayor, dört pervane kanadı ve bir pervane çarkı kırılıyor. 12 saat sonra «Nower Bridge» in yakınlarına vâsıl olan «Newfoundlann» tehlikede bulunan geminin talebi üzerine ona uzaktan ve onu görmeksizin refakat ediyor ve radyo vasıtasile tehlikede olan gemiye en kalın buz mıntakaları hakkında faideli malûmat vererek onu buzlar arasında 50 — 60 mil mesafe kat, etmek mecburiyetinden kurtararak 12 mil kat' etmek suretiyle buz mıntakasından çıkarmağa muvaffak oluyor. Nihayet «Tower Bridge» gemisi hiç bir arızaya uğramaksızın «Terre

Neuve» e vasıl oluyor. Fakat «Newfoundland» gemisi tehlikede bulunan gemiyi ararken ve ona giderken uğradığı hasarlardan dolayı kızağa çekilmek mecburiyetinde kalıyor ve yolcularını başka bir vapura vererek varma limanına gönderiyor. Bundan dolayı «Newfoundland» gemisi armatörleri, «Tower Bridge» gemisi armatörlerinden yardım ücreti olarak (4000) İngiliz lirası talep ediyorlar.

Müddealeyh vaziyetinde bulunan «Tower — Bridge» gemisi armatörleri bu iddiaya karşı şu cevabı veriyorlar; Evvel emirde yardım keyfiyetini tamamen inkâr ediyorlar. Defileri şu noktalarda toplanıyor: Filhakika biz gemimizin su aldığını görünce imdat istemek zorunda kaldık. Fakat kendi hasarlarımızı kendi vesaitimizle tamir ederek yolumuza devam ettik. Müştereken müteveccih olduğumuz limana giderken birbirimizi görecek mesafeye kadar birbirimize yaklaşmış değiliz. «Newfoundland» gemisini biz görmediğimiz gibi o da bizi görmedi. Bununla beraber «Newfoundland» ın verdiği işaretler ve faideli malûmattan istifade ettik. Newfoundland gemisi «Tower Bridge» in salimen «St. Jean» limanına muvasalat edip etmediği hususunda alâkadar olmuştur.

Mahkemenin kararı :

İmdat işaretile davet edilen bir gemi «Terre — Neuve» in şimalindeki buz kütlelerile dolu bir mıntakayı geçerek, tehlikede bulunan diğer bir gemiye buz mıntakası içinde kat' edeceği yolu ehemmiyetli bir derecede kısaltmağa yarıyacak işaret ve izahları verecek ve aynı zamanda tehlikede bulunan gemiye yardıma gitmek için rota değiştirecek olursa, tehlikede bulunan gemi bu arada hasarlarını kendi vesitalarile tamir dahi etse, yardıma giden geminin bu hareketi yardım sayılır. Böylece yardıma giden gemi yardım tazminatını muhik kılacak tehlikeler ve hasarlara uğradığından bu tazminatı talep etmek hakkını iktisap eder. Yardırma giden geminin tehlikede bulunan gemiye görünür mesafeye gadar yaklaşmamış olması ve ona yalnız radyo ile yol göstermiş bulunması yardım tazminatı talebini ortadan kaldıracak esbaptan madut değildir.

Bu sebeplere binaen Tower Bridge gemisi armatörleri, Nwefoundland gemisi armatörlerne «Tower » gemisinin «Terre Neuve» e muvasalatındaki kıymetinin beşte biri nisbetinde yardım tazminatı vermekle mükelleftirler. Bu tazminat (2000) İngiliz lirası olarak tesbit edilmiştir.

Haddi zatında basit görünen bu karar zamanımızda pek büyük bir ehemmiyeti hâiz olan bir meseleyi halletmektedir.

Malûmdur ki hâkim ve müesses olan kanaate göre «Yardım» denilince vehleyi ulâda akla. bir geminin diğer bir gemiyi düştüğü tehlikeden kurtarmak maksadile ona maddeten, maddi vasıtalarla yaptığı muavenet gelir. Geniş bir telâkki ile görünür ve yakın mesafeden refakat dahi yardım addedilebilir. Halbuki bu hâdisede böyle bir şey vâkı olmamıştır.

Her ne kadar Türk ve Alman Deniz Ticareti kanunlarında «kendileri ve gemileri için göze aldıkları tehlike» denilmek suretile her hangi bir tehlikeye atılan yardımcının, yardım ücretine istihkak kesbedeceği düşünülebilirse de yine bu kanunların 1283 ncü madesinde «gemiyi çekenin.... çektiği gemiyi» tabirlerinin kullanılmış olması vazıı kanunun daha ziyade «maddî» bir yardımı istihdaf ettiği — kanunun hazırlandığı tarihlerde radyo yoktu — anlaşılmaktadır.

Böyle bir hâdise karşısında kalan Türk Hâkimi nasıl karar verecektir?

Bir hâdise tasavvur edelim: Türk Bayrağını taşıyan bir gemi Türk sularında sefer eden bir yabancı gemiye radyo vasıtasile işaret vererek bu gemiyi bir tehlikeden kurtarsa aynı zamanda o gemiye gitmek için rotasını çevirse ve yolda hasara uğrasa ve bu iki gemi her hangi bir sebeple birbirlerini görecek mesafeye kadar birbirlerine yaklaşmamış olsalar, Türk gemisi hangi kanunî hükümlere, hukukî esaslara istinaden yardım ücreti talep edecektir?

Mesele zannedildiği kadar basit olmasa gerek... Şüphesiz ki burada radyo ile aldığı işaret ve malûmattan istifade ederek tehlikeyi atlatan gemi armatörleri: «Biz yardıma gelen gemiyi görmedik yalnız radyo ile işaret ve izahat aldık. Bu vaziyette yardım ücreti tesviyesine asla mecbur değiliz. Bunu istemeğe hakları yoktur» diyeceklrdir.

Bu vaziyet karşısında hasara uğrıyan gemi armatörler ine yapacaklar, ne diyecekler?

Arzdan müstağnidir ki Deniz Ticareti kanunumuzun kurtarma ve yardım bahislerini ihtiva eden 8 nci faslınbaki 1281 nci madde ; « Bir gemi veya gemide bulunan şeyler üçüncü şahısların yardımile deniz kazasından kurtarılırsa» hükmünü koymakta ise buradaki« deniz kazası», «kurtarılırsa», «üçüncü şahısların yardımı» tabirleri ne şekilde tefsir edilecektir? Burada Hakim, yardımın maddî olup olmıyacağını araştıracak mı? Madde sarahati kâfi olmadığına göre Hâkim yalnız bu maddeye istinaden radyo ile yapılan yardım için, bir tazminatı mu-

Diğer taraftan kanunun 1283 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında tesadüf ettiğimiz «gemi çekenin gemiyi veya yükünü» ve biraz aşağıda rastladığımız gemiyi «çekme mukavelesi» tabirleri Deniz Ticaretinde mevzuubahis olan yardımdan maksadın daha ziyade maddî yardım meselâ çekme olduğunu ifham etmektedir.

Bütün modernliğine rağmen Deniz Ticareti Hukukumuzda bu meseleyi halledecek hüküm bulmak mümkün değildir.

Ortada bir mukavele ve Ticaret kanununda sarahat bulunmadığına ve radyo ile yardım hâdisesinde müesses bir teamülün mevcudiyeti düşünülemiyeceğine göre, medenî Hukuk hükümlerile halli mesele edip edemiyeceğimizi tetkik edelim.

Borçlar kanunumuzun 52 inci maddesini incel'yelim. Tehlikeye maruz kalan gemi uğrıyacağı zararı önlemek için başka bir gemiyi tehlikeye sokarak kendisini kurtarmağa davet ediyor. Borçlar kanunun mezkûr maddesindeki „kendisini veya diğerini zarardan veyahut derhal vukubulacak bir tehlikeden vikaye için ahar şahsın mallarına halel iras eden kimse" hükmün hâdisemize tatbikine imkân tasavvur edilemez.

Yine Borçlar kanununun (61) inci maddesindeki haklı bir sebep olmaksızın aharın zararına mal iktisap ... «hüküm de hâdisemizi halle asla yarar değildir.

Bu meseleyi noktai nazarımıza göre Türk Hâkimi, Türk vazii kanununun kendisine bıraktağı vâsi takdir salâhiyetine istinaden halledecektir.

Türk vazıı kanunu Medenî kanunun Birinci maddesinde «Kanun lâfzile veya ruhile teması ettiği bütün meselelerde mer'idir. Hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan mes'elede hâkim örf ve adete örf ve adet dahi yoksa kendisi vazıı kanun olsaydı bu meseleye dair bir kaide vazedecek hadise ona göre hüküm eder» demiştir.

Kendisine geniş olduğu kadar mâkul takdir ufukları açan bu hüküm meselenin hallinde Türk hâkimine rehber olacaktır.

Biraz gayri hukukî tabirile «gayri maddî veya mânevî yardım» denilebilecek olan «radyo» ile yardım tehlikedeki geminin kurtulmasını ve selâmete ulaşmasını temin etmiştir. Filhakika yardıma giden gemi diğerini görmemiştir. Fakat bugün fennin terakkiyatı muvacehesinde kabul etmek lâzımdır ki radyo ile yapılan yardım gözle görünür elle tutulur bir yardım değilse bile maddî yardımdan hiç farksızdır. Bu itibarla radyo ile yardım yapan ve tehlikedeki

gemiye yardıma giden gemi hasara uğrarsa bundan istifade eden diğer gemi armatörlerinin yardım üçreti vermeleri hakkaniyete uygun düşer.

Fennin ilerleyişi, keşifler, ihtiralar, yeni yeni hukukî meselelerin doğmasına vesile oluyor. Vazıı kanunlar ne kadar durendiş olurlarsa olsunlar her gün zuhur eden ve evvelden derpişi mümkün olmıyan bu meselelerin halline yarıyacak formül hükümleri bulmaktan âcizdirler. Bu itibarla modern kanunlarda hâkime makul çerçeve içinde vazıı kanunluk salâhiyetini tanımak zarureti vardır. Fakat hendese kaidelerinde öğrendiğimiz bir tabiri kullanarak söyliyelim: Bu, zaruri olmakla beraber kâfi değildir. Hâkimin de tecrübe sahibi olması fen ve ilim hareketlerile ilgilenmesi ve bunların mesleğini alâkadar ettiği nisbette takip etmesi, bir kelime ile yüksek bir hayat tecrübesine sahip bulunması lâzımdır. Ancak bu sayededir ki gittikçe ihmal edilmeğe başlanan hak mefhumu da büsbütün unutulmaktan kurtulmuş olur.

No: 37

Vasinin Vazifeleri

Yazan :
Akil Önder.
Ankara Sulh Hâkimi

Medeni kanunumuzun kabul ettiği tasnife göre vasinin vazifeleri üçe ayrılır. Birincisi küçük veya mahcurun mallarını idare, ikincisi bunların şahıslarına tekayyüt, üçüncüsü de medenî tasarruflarında onları temsil etmekten ibarettir.

Küçük veya mahcurun mallarını idare hususunda vasinin vazifeleri.

Vasayet altında bulunan kimseye vasi tâyini hakkında verilen kararın itiraz ve itizar müdetlerinin mürurile katileşmelesini mütaakip vasi sulh mahkemesi tarafından işe başlatılır. Vasi işe başlarken sulh Hâkimi veya bulunduracağı bir mümessil huzuru ile vesayet altına alınan kimsenin mallarının defteri yapılır. Sulh Hâkiminin bulunduracağı mümessilin hâkim sınıfından olması iktiza etmez. Vakıa maddenin yazılışında Sulh Hâkimini, ancak Hâkim sınıfından bir şahsın temsil edebileceği hatıra gelebilirse de maddede mümessil tâbirinin istimali iltizamî değil vukuidir. Binaenaleyh Sulh Hâkimi müfredat defterinin tanzimi sırasında mümessil olarak Baş Kâtip veya Kâtiplerden birini hatta bir yabancıyı da bulundurabilir.

Vasi işe başlerken Sulh Hâkimi veya bulunduracağı mümessilin huzuru ile tanzim olunacak defter, tereke mallarını ihtiva eden defter gibi şümulü değildir. Bununla beraber bu deftere küçük veya kasırın menkul malları bütün evsaf teferruatı ve kıymetlerile birlikte geçirilir. Alacak ve borçlar kaydolunur. Gayri menkul mallarının kıymetlendirilmesi iktiza etmez. Bunların Tapudaki kıymetlerinin dercile iktifa olunabilir. Bu gayri memkulleri takyit eden ayni haklar varsa onlar da deftere geçirilir. Bu defter vesayet altına alınan şahsın malî vaziyetini göstermeğe yaradığından defterde yazılı olmıyan bir borç mevcut değildir, denemez. Bu itibarla iş bu defter üçüncü şahıslara müessir değildir. Ancak Asliye veya Sulh mahkeme-

si veya vasinin teklifi üzerine terekenin deftere geçirilmesinde olduğu gibi şümullü bir defter tanzim olunur. O zaman alacaklı ve borçlu davet edilir. Hâkim tarafından tâyin olunan muayyen müddet zarfında (Bu müddet asgari bir aydır) müracaat etmiyen alacaklılar kanunî müddeti geçirmiş sayılırlar ve haklarında Medenî Kanunun 569 uncu maddesine göre muamele yapılır diğer bir değimle alacağını vaktiyle yazdırmıyan alacaklılar vesayet altındaki kimseyi takip edemezler. Tabi'î makbul özür sebebiyle alacaklarını kaydettirmemiş veya kayıt için müracaat ettiği halde her nasılsa alacağı kaydedilmemiş olan alacaklılar ile alacağı mukabilinde evvelce vesayet altına alınan kimseden rehin veya teminat almış olan alacaklılar bundan müstesnadır. Fakat bu son kısım alacaklılar ancak ellerinde ki teminat nisbetinde alacaklarını istifa edebilirler. Üçüncü şahısların haklarına müessir olacak şekilde defter tanzimine (defterin resmî şekilde tanzimi) denir.

Vesayet altındaki kimse temyiz kudretini haiz ve imkân mevcutsa defter tanzimi sırasında hazır bulundurulur Vesayet altındaki şahıs defter muamelesinin icrası sırasında bulunmak üzere vuku bulan davete icabet etmezse defter tanzimi işi gıyabında yapılır.

Kıymetli eşyanın muhafazası

Aslolan vesayet altındaki kimseye ait kıymetli eşya ve mühim vesikaların Hâkimin murakabe edebileceği emin bir yerde muhafazasıdır. Bunlar istisnaen vasi elinde bırakılabilir. Vesyet altındaki şahsın mallarını idare için lüzumlu kıymetli evrak vasiye tevdi olunur. Meselâ faizi tahsil olunmak üzere senetler kiraları alınmak üzere kira mukavelenameleri veya kuponlar vasiden teminat alınmak şartile kısmen veya tamamen kendisine verilir. Diğer kıymetli evrak Sulh Hâkiminin emredeceği emin bir yere konur ve orada muhafaza edilir. Bu evrak; nama, emre, hâmiline muharrer senet, esham, tahvilât, temeddü kuponu, sigorta poliçes, tasarruf cüzdanı gibi şeylerdir. Bu evrak ya bir bankada veyahut mahkeme kasasında hıfzedilir. Altın ve gümüşten mamul kıymetli eşya da keza bu gibi yerlerde muhafaza altına alınır.

Menkûl eşyanın satılması

Vasiye terettüp eden vazife küçük veya mahcurun servetini olduğu gibi muhafaza etmektir. Bununla beraber bazı malların elde bulundurulması vesayet altına alınan kimse için faydasızdır. Ezcümle bir şifahaneye konmuş olan mahcura ait bisiklet veya eşya ta-

kımı koşu hayvanının mahcura hiç bir faydası yoktur. Yahut Ziraat edecek erazisi bulunmıyan küçük için çift hayvanı lüzumsuz ve zararı mucuptir. Bunların satılması vesayet altında bulunan kimse için faydalıdır. Bu gibi eşya Sulh mahkemesi tarafından verilecek talimat dairesinde açık artırma veyahut tarafların rızasile yani pazarlıkla satılır. Ve elde edilen para Emlâk ve Eytam Bankasına nemalanmak üzere tevdi kılınır.

Küçük veya mahcur veya ailesi için hususî ehemmiyeti haiz eşya macburiyet olmadıkça satılamaz. Meselâ: Ecdadının fotoğraflarını ihtiva eden kıymetli bir albüm yahut bir madalyon para veya nebat veyahut pul kolleksiyonu gibi mahsus kıymeti olan eşya satılamaz. Bunların satılması için bazı mecburiyetlerin tahakkuku lâzımdır. Ezcümle şifa yurduna yerleştirilmiş olan mahcura ait bir nebat veya pul kolleksiyonunun muhafazasında müşkülât varsa ve satılması da mahcur için bir fayda temin ediyorsa bu gibi eşya da satılabilir. Bu eşya daha ziyade mânevi kıymeti haiz olan eşyadır bununla beraber bu sşyanın hakikaten mânevi kıymeti haiz bulunup bulunmadığını Sulh mahkemesi takdir eder mahkemenin vereceği karar aleyhinde asliye mahkemesi nezdinde itiraz olunabilir.

Vasinin vazifesi icabı küçüğe veya mahcura ait eline bir çok paralar geçer. Kira ve mahsul bedelleri gibi paralardır. Vasi eline geçen ve vesayeti altındaki kimse için sarfına lüzum görülmiyen bu paraları bir aydan fazla bir müddet yedinde tutmaktan memnudur. Vasi, bir aydan fazla bir müddetle yanında bıraktığı bu nevi paranın faizini ödemek mecburiyetindedir. Vasi bu paraların yatırılması için hükümetçe bir banka tâyin edilmiş ise bu bankaya, böyle bir banka tâyin ve tahsis olunmamış ise sulh hâkiminin göstereceği mali bir müesseseye faiz mukabilinde yatırır. Bizde küçük veya mahcurlara ait paraların Emlâk ve Eytam Bankasına yatırılması kanunen kabul edilmiş bulunduğundan vasinin veya sulh hâkiminin vesayet altındaki küçüğe ait paraları bu müesseseden gayrı bir bankaya yatırmağa salâhiyeti yoktur. Vasinin bir aydan fazla bir müddet yanında alıkoyduğu para için ödemek mecburiyetinde bulunduğu faiz memleketin kanunen kabul etmiş olduğu faiz miktarıdır.

Vasinin eline geçtiği tarihten itibaren geçen bir ay içinde bankaya yatırması lâzımgeldiğini yukarıda söylemiştik bugün Türkiyenin her tarafından Emlâk ve Eytam Bankasının şubesi bulunmamakta isede her kazada Ziraat Bankasının şubesi veya ajanı mevcut ve Emlâk ve Eytam Bankasının Ziraat Bankasında bu hususta carî hesabı bulunmaktadır. Bu itibarle vasinin eline geçen mahcur veya

küçüğe ait parayı Emlâk ve Eytam Bankasının o yerde mevcut şubesi varsa oraya yoksa mezkûr bankanın Ziraat Bankasındaki carî hesabına yatırması iktiza eder. Bundan başka vasi eline geçen bu kabil paraları mahkeme veznesine yatırmak veyahut en yakın mal sandığına tevdi etmek suretiyle de Medenî Kanunun 385 inci maddesiyle mevzuu müeyyideden kurtulmuş olur. Bu hususta mezkûr madde ile derpiş edilen hüküm mutlaktır. Vasi her ne suretle olursa olsun bir aydan fazla nemasız bıraktığı paranın faizinden mesuldur. Ancak vasi; vasiyetin idaresi için mevcut ihtiyacı karşılayacak bir parayı yedinde bırakmışsa bunun faizinden mesul olmaz.

Vasi kâfi derecede teminatı bulunmıyan alacakların sağlam alacağı tahvilini hâkime teklif edecektir. Vesayet altındaki kimsenin alacağına karşılık teminat verilmemiş veya mevcut teminat kâfi bulunmamış ise vasi bu alacak için borçludan teminat istenmesini veya gayri kâfi teminatın takviye olunmasını veyahut bu alacağın sağlam bir alacağa tahvili için gerekli tedbirlerin ittihazını hâkimden isteyecek ve sulh hâkimi de bu hususta icabeden tedbirleri alacaktır. Bu muamelenin vesayet altında bulunan kimsenin menfaatine en uygun bir zamanda yapılması iktiza eder.

Vesayet altındaki kimsenin malları, sınaî ve ticarî teşebbüsleri de ihtiva ediyorsa sulh hâkimi bunların tasfiyesi veya idamesi için lüzumlu talimatı verir. Meselâ küçük veya mahcur bir komandit veya kollektif şirketi ortaklarından bulunduğu ve servetinin bir kısmı bu şirketlerin teşebbüslerine tahsis edilmiş olduğu takdirde sulh mahkemesi şirketin idamesini vesayet altında bulunan kimsenin menfaatlerine uygun görürse şirketin devamına ve uygun görmediği takdirde tasfiyesine karar verir ve şirketi fesheder.

Gayri menkûlün satışı:

Vesayet altına alınmış olan kimsenin aslolan servetinin muhafazasıdır. Fakat mahcur veya küçük için faideli olacağı meczum olan hallerde bunlara ait gayri menkûller de satılabilir. Menkûl malların satışı için vasinin, sulh hâkiminden izin almasına lüzum yoktur. Menkûl satışlarında sulh hâkiminin vazifesi, malların satışının icra tarzı hakkında talimat vermektir. Menkûl eşyanın satışı icabedip etmediği vasi tarafından takdir olunur. Vasi bunların satılması lüzumunu sulh mahkemesine bildirdiği takdirde hâkim satışın icra tarzı hakkında talimat vermekle iktifa eder. Yoksa sulh mahkesi bu satışın küçük veya mahcurun menfaatine uygun olup olmadığını araştırmaz. Sulh mahkemesi ancak vasinin bu tasarrufunu medenî kanunun

404 üncü maddesine göre vukubulan şikâyet üzerine tetkik eder. Sulh mahkemesinin bu bapta vereceği karar aleyhinde tebliği tarihinden itibaren 10 gün zarfında asliye mahkemesi nezdinde itiraz olunabilir. Kanunda vasinin bu nevî muamelelerine karşı kimin itiraz edebileceği hakkında bir hüküm mevcut değildir. Bununlberaber kanunu medeninin velâyet, vesayet ve miras hukukuna mütaallik hükümlerinin tatbik suretine dair nizamnamenin 30 uncu maddesinde itiraz sahiplerinin kimler olabileceği gösterilmiştir. Nizamnamenin bu maddesi hükmüne göre vesayet altında bulunan kimse temyiz kudretini hâizse, kendisi veya 4 üncü dereceye kadar kan ve sihrî kısımları olduğu anlaşılmaktadır.

Vesayet altındaki kimsenin gayri menkul mallarını satmak için vasinin ipdidaen sulh mahkemesinin iznini alması lâzımdır. Sulh Hâkimi; satışına izin talep edilmiş olan gayri menkulün satılmasında küçük için bir menfaat bulunup bulunmadığını tetkik ve faide bulunduğunu anladığı takdirde satışa izin ita eder. Sulh Hâkimi faide unsurunu subjektif bir görüşle takdire salâhiyetli değildir. Meselâ : içinde elektiriği bulunmadığından dolayı kiraya verilmiyen veya geliri masrafını korumıyan eve cüz'i masrafla elektirik tesisatı vücude getirilmesi kabilken bu yapılmıyarak geliri masrafını koruyamadığından bahsile satılmasına izin verilemez. Sulh Hâkimi tarafından satışına izin verilen gayri menkulün kimin tarafından satılacağı hakkında kanunda bir sarahat yoktur. Sulh mahkemesinin vazifesi satışa izin vermekle bitmiş olurmu? Medenî Kanunun 388 inci maddesinde : gayri menkul malların sulh mahkemesinin iznile şatılabileceği ve bu baptaki müzayedenin alenî olacağı ve ihalenin Sulh Hâkimi tarafından tasdik edileceği yazılı bulunduğu halde satışın kimin tarafından idare edileceği hususunda sakit kalmıştır, Bunu anlıyabilmek için Medenî Kanununun 388 inci maddesini ve dolayısile ihale kararının ne maksatla sulh hâkimi tarafından tasdiki şart kılındığını inceliyelim. Sulh Hâkımi ihale kararını tasdik ederken yalnız şartnamenin mevcut olup olmadığına ve müddetlere riayet edilip edilmediğine ve verilen bedelin mutedil olup olmadığına bakacak değildir. Hâkim bu noksanların bulunup bulunmadığını tetkik etmekle beraber satışın icra tarzı ve idaresi ve alınacak bedel hakkında evvelce verdiği talimata riayet olunup olunmadığını da araştıracaktır. Alınan bedel ve satışın idare tarzı verdiği talimata uygun ise ihaleyi tasdik aksi takdirde fesheder. İhalenin feshi için

sulh hâkiminin fesih sebeplerini resen nazara alması lâzımdır.Bu bapta her hangi bir itiraz veya şikâyete lüzum yoktur. Binaenaleyh bu muamelelerin sulh Hâkiminin talimatı dairesinde ifasını temin maksadile satışın, icrasına kâtiplerden birinin memur edilmesi lâzımdır. Sözü geçen nizamnamenin 26 ıncı maddesinde gerek menkul ve gerekse gayri menkul satışlarının sulk hâkiminin idaresi altında olmak üzere tereke kâtibi tarafından açık arttırma usulile yapılacağı yazılıdır. Maddedeki (Sulh Hâkiminin idaresi altında) ibaresinden maksat Sulh Hâkiminin talimat ve direktifi dairesinde bu malların satışının icrasıdır yoksa satış bizzat Sulh Hâkimi tarafından yapılacak değildir. Sulh Hâkimi satışın idare tarzı hakkında direktif ve talimat verecektir. Satış ise tereke kâtibi tarafından veya Sulh Hâkimininin memur edeceği diğer bir kâtip tarafından yapılacaktır. Burada dikkat edilecek bir cihet de satış için verilecek asgarî bedelin satışına memur kimse veya vasi tarafından değil Sulh Hâkimi tarafından tesbitidir. Sulh Hâkimi satışa mezuniyet verirken geyri menkul için verilecek asgarî bedel ile satışın idare ve icrasına mütaallik emirlerini bu satışa memur tâyin edilen kimseye tevdi edeceği kararında gösterir. Sulh Hâkimi satışa izin verirken alınacak bedel yüzünden vesayet altında bulunan kimse için temin olunacak menfaati ve bu gayri menkulün elden çıkarılması neticesi vücude gelecek zararı karşılaştırarak neticede satışda menfaat müşahade eylediği için buna izin vermiş olacağından gayri menkulün, Hâkimin tâyin edeceği bedel mukabili satılması lâzımdır. Burada gayri menkul için tahmin edilen kıymetin % 75 i gibi icra satışlarında tatbik edilen hükümler bahis mevzuu değildir. Yalnız şuyuun izalesi ve istimlâk neticesi cebrî satışlarda Sulh Hâkiminin izni ve diğer muameleler tatbik olunmaz. Bu gibi hallerde vesayet altındaki kimseye ait gayri menkul suyuun izalesine ve istimlâke mütaallik hükümlere tevfikan satılır.

Vesayet altındaki kimseye ait gayri menkulün satışı açık arttırma ile yapılır. İhale kararı sulh hâkiminin tasdikiyle tekemmül eder. İhale kararı sulh hâkimi tarafından tasdik olunmıyan gayri menkullerin müşterisi namına tescili yapılamaz.

Aslolan küçük veya mahcura ait gayrimenkulün açık arttırma usuliyle satılmasıdır. Fakat istisnaen satış asliye mahkemesinin tasvibiyle iki tarafın rızasiyle yapılabilir. Burada asliye mahkemesinin rolü, satışın, tarafların rızasiyle yapılmasını tasvipten ibarettir. Yoksa satışa yine sulh hâkimi izin verir. Sulh hâkimi gayrimenkul satılmasında küçük veya mahcurun menfaati olup olmadığını tetkik ederek

satışa izin verdikten sonra bu gayrimenkûlün tarafların rızasiyle satışında vesayet altındaki kimse için menfaat mülâhaza eylediği takdirde mucip sebep beyaniyle bu şekilde yapılacak satışı tasvip etmek üzere asliye mahkemesine arzeder. Gayrimenkûlün satışına sulh mahkemesinden müsaade istihsal etmiş bulunan vasi dahi bu satışın pazarlıkla yapılmasını tasvip etmek üzere asliye mahkemesinden mucip sebepler göstererek ister asliye mahkemesi bu tarzda satışı tasvip eylerse vasi asliye mahkemesinden alacağı bu tasvip kararı ile sulh mahkemesinden istihsal eylediği satışa mezuniyet kararını tapu dairesine ibraz ederek vesayet altındaki kimseye ait gayrimenkûlü pazarlık neticesinde mutabık kaldığı müşterisine temlik eder. Sulh mahkemesinin mezuniyet kararının olduğu gibi asliye mahkemesinin tasvip kararının da satışdan evvel istihsali lâzımdır. Tapu daireleri bu şekilde yapılacak temlik sırasında vasiden hem sulh mahkemesinin mezuniyet ve hemde asliye mahkemesinin tasvip kararını aramalıdır.

Vasinin, vesayeti altındaki kimsenin mallarını müdebbir bir müdür gibi idare etmesi lâzımdır. Vasinin mahcur veya küçüğün mallarını gereği gibi idare edip etmediği hususunu takdirde Hâkim büyük bir serbestiye mâliktir. Kanun vazıı her hâdisede vasinin nasıl hareket edeceğini tâyinden sakınarak bu bapta oldukça tefsir ve takdire müsait umumi bir hüküm koymakla iktifa etmiştir. Vasinin müdebbir bir müdür gibi hareket edip etmediğini hâdisenin ceryan eylediği ahval ve şeraiti göz önünde tutarak Hâkim takdir eder. Vasi ancak Roselin de dediği gibi ciddî bir iş adamının yapmıyacağı hatalardan mes'uldur.

Vasi, vesayet işini idare ederken muntazam bir hesap tutmak mecburiyetindedir. Vasinin mahcur veya küçüğün mallarından elde ettiği gelirlerle yaptığı masrafları açıkca gösterir bir defter tutması iktiza eder. Vasinin tutacağı bu defterde yalnız sarfiyatın iradesi kâfi değildir. Mehuzatını da göstermesi lâzımdır. Vasi masrafların yapıldığını tevsika yarayan vesaiki de ibraz eder. Büyük masrafları icabettiren teşabbüsler için mahkemenin müsaadesini almak iktiza eylediğinden bu gibi masraflar hakkında sarf evrakı aranmaz. Vasinin karar tarihi ve numarasını göstermesi kâfidir. Bununla beraber vasi mutat işlere yapılan masraflar karşılığı sarfı evrakını vermesi icabeder. Amele çalıştırmış ise bunlardan, mahcur veya küçüğün vergisini tediye etmişse alâkadar dairelerden aldığı makbuzları irae etmek mecburiyetindedir. Hattâ gayrı resmî yerlere vukubulan tediyatın rayice uygun olup olmadığını vasinin tevsik ettirmesi iktiza eder.

Vasi sulh hâkiminin tâyin edeceği zamanlarda lâakal senede bir kerre tuttuğu defterle sarf evrakını ve gördüğü işler hakkında tanzim edeceği raporu hâkime arzederek hesap verecektir. Vesayet altındaki kimse temyiz kudretini hâiz ve en aşağı on altı yaşında ise hesap görülürken mümkün olduğu takdirde hazır bulundurulur. Vesayet altındaki kimse on altı yaşından aşağı ise temyiz kudretini hâiz bulunsa da hesap rüyetinde ihzarına lüzum yoktur. Ancak 16 yaşına gelmiş kimselerin oldukça muhasebeye aklı erebileceğinden hesabın rüyeti sırasında bunların vücutleri faideden hali değildir. Vesayet altındaki kimse hesap rüyeti sırasında hasta veya başka bir mahalde ise bulundurulmasından sarfınazar olunur. Fakat mahkemenin kaza dairesi içinde ve mahkemeye gelebilecek vaziyette ise hesap rüyetinde bulundurulur. Vasi vesayet dairesine hesap verirken yalnız küçüğün malî vaziyeti hakkında izahat vermiş olmıyacaktır. Küçüğün bedenî ve medenî terbiyesi hususunda da hâkimi tenvir edecektir. Vasi raporunda hesap gününde kasırın malî vaziyetini gösterecektir. Vesinin verdiği raporlar üzerinde yapılan tetkikat ve muhasebe neticesinde hâkim yapılan muameleleri kanununa uygun bulursa tasdik eder. Eksik ve karışık hesaplar muhasebe sırasında düzetilmez veya ikmâl olunamazsa hâkim bunların düzetilmesi ve ikmâli için vasiye münasip bir mühlet verir.

Vesayet kaideten 4 sene müddetle tevcih olunur. Bu müddetin inkizasında vesayet dairesi vasiyi memuriyetinde ipka edebilir. Vesayet dairesi 4 senenin nihayetinde vasiyi memuriyetinde ipka ettiğine dair bir karar vermemiş olsa dahi fikrimizce vasiliğin devam etmesi lâzımdır. Bununla beraber bu müddetin nihayetinde vasinin istizar hakkı mevcuttur.

Vasinin vesayet işlerini gördüğünden dolayı ücret almak hakkıdır. Bu ücret vesayet altındaki kimsenin mallarından ödenir. Vasi şüphesiz bu ücretini elde ettiği gelirlerden istifade edebilir. Ücretin miktarı iki hesap devresi arasında vasinin ifa ettiği hizmetlerin mahiyetine ve vesayit altındaki kimsenin gelirine göre sulh mahkemesi tarafından takdir olunur. Hakkaniyetde bunu icabettirmektedir. Çünki servetinin bir kısmı sanaî ve ticarî teşebbüslerde bulunan küçük veya mahcurun vasisinin göreceği işlerle varidatı pek az bulunan vesayet altındaki kimseye tâyin kılnmış olan vasinin göreceği işleri arasında büyük fark olduğu gibi bu işler için sarfedilecek emeklerde başka başkadır. Bu itibarla ücretin takdirinde iki şeyin göz önünde tutulması lâzımdır. Biri vasinin sarfettiği emek ve işin mahiyeti diğeri de vesayet altındaki kimsenin geliridir.

Tatbikatta vasinin işi ne kadar çok ve sarfettiği emek ne kadar fazla olursa olsun bunlara ücret takdir edildiğine ender tesadüf olunmaktadır. Bu yüzden vasiler vesayet işini angarya telâkki ederek gereği gibi meşgul olmıyorlar ve bir ücret almadıkları için kendilerini mesuliyetten de muaf telâkki ederek işi oluruna bırakmata ve bu yüzden vesayet işleri muntazaman yürümemekte ve vasiler işi benimsememektedirler. Binaenaleyh vesayet altında bulunan kimsenin varidatına ve vasinin sarfettiği emeklere mukabil vasiye mahkelerce münasip bir ücret takdir edilerek elde ettiği bu ücrete mukabil bazı mesuliyetler deruhte ettiği de kendilerine anlatılmalıdır.

Ücret yüzünden sulh mahkemesiyle vasi arasında ihtilâf zuhur ettiği takdirde vasinin sulh mahkemesi aleyhinde dâva açmasına mâni bir hüküm bulunmamaktadır.

Vasinin vazifelerinden ikincisi vesayet altındaki kimsenin şahsına tekayyüt ve itina olduğunu yukarıda beyan etmiştik. Bu vazife vesayet altında bulunan kimsenin küçük veya mahcur olmasına göre değişir. Vesayet altındaki küçükse vasi onun infak ve terbiyesine itina eder. Vasinin küçüğü infak mükellefiyetini kendi malından besleyiceği mânasında anlamamalıdır. Şüphesiz küçüğün infakı için sarfedilecek para küçüğün gelirinden gelecek nukuttur. Küçüğü terbiyesi hususuda vasinin salâhiyetleri velâyet kudretine mutasarrfı ana babanın salâhiyetleri kadar şümullü değildir. Vasi her mühim meselede vesayet dairesinin reyini almakla mükelleftir. Bu itibarla vasinin küçüğü terbiye salâhiyeti de mutlâk değildir. Vasinin küçüğe ana babasının akidelerinden başka dinî bir akide vermek serbestisine mâlik olmaması lâzımdır. Keza medeni kanunun 267 inci maddesiyle ana babaya çocukları üzerinde tanılan tedip hakkı vasiye verilmemiştir. Bununla beraber vasi çocuğun meslekî terbiyesini sevk ve idare eder. Ve çocuğa mesleğini tâyin ederken ana baba gibi çocuğun kuvvet ve kabiliyetini ve arzularını nazara alır. Çocuk şirretliği hasebiyle vasinin emirlerine karşı gelmekte temerrüt ederse ve başka bir ıslah çaresi de bulunmazsa vasi çocuğun bir müesseseye yerleştirilmesini hâkimden istiyebilir. Velhasıl vasi; vesayet dairelerinin müdahale hakları mahfuz kalmak şartiyle ana babaya ait salâhiyetleri istimal eder.

Vesayet altındaki kimse mahcur ise vasinin vazifesi değişir. Medeni kanunun 296 ıncı maddesine göre burada vasinin vazifesi mahcuru himaye ve şahsî muamelerinde ona müzaharet ve icabı halinde bir müesseseye yerleştirilmesini temindir. Mahcurun himayesinden maksat ; onun hak ve menfaatlerinin vasi tarafından görüüp gözetilmesidir.

Vasinin ; mahcurun şahsî muamelelerinde müzaharet vazifesi ona yardımdan ibarettir. Çünki mahcur temyiz kudretine sahip değilse şahsa bağlı haklarını istimale ehil olamıyacağından burada vasinin müzaharet vazifesi bahis mevzuu olamaz. Mahcur mümeyyiz ise şahsa merbut haklarını kullnmakta vasinin rizasına muhtaç değildir.

Bununla beraber vasi burada mahcura bu kabil haklarını istimal edebilmek için gerekli bütün yardımlarda bulunmakla mükelleftir. Meselâ mahcur yaşını veya adını tashih ettirmek için mahkemeye müracaat edecek olursa bu müracaat için lüzumlu muamelelerini ifasında vasi kendisine müzaharet eder. Mahcur tanıma muamelesinde bulunmak isterse bu muameleyi ifa etmek için icabeden yardımı yapar. Vasinin mahcura karşı olan vazifelerinden biri de onu lüzum varsa bir şifa yurduna bir hayır müessesesine yerleştirmektir. Mamafih mahcurun bir hayır müessesesine konması için vâsinin evvel emirde sulh hâkiminin iznini alması lâzımdır.

Vasinin; Vesayet altında bulunan kimsenin infak ve iskânına ve mallarının idare tarzına ve meslekî ve bedenî terbiyesine mütaallik muameleri hakkında mahcur veya küçük temyiz kndretini haiz ise kendisinin değilse 4 cü dereceye kadar kan ve sıhrî hısımlarından her birinin sulh hâkimine şikâyet hakkı vardır. Bu şikâyet neticesi sulh hâkimi vasinin muamelelerini tetkik ederek tadil ve ıslah eder. Bu muameleleri vasinin malî ve cezaî mesuliyetini icap ettirse ayrıca hakkında dâva açılabilir.Bilfarz küçük veya mahcurun gelirine göre vasi hasisliği neticesi vesayet altındaki kimseye az gıda vererek onun sıhhatten düşmesine sebebiyet verdiği takdirde veya vasi tahtı vesayetinde bulunan kimseye halile mütenasip bir mesken temin etmediği ve sıhhatini ihlâl edici bir yerde ikamete mecbur ettiği veya çocuğa fena bir meslek teminine çalıştığı takdirde yukarda bahis mevzuu edilen kimselerin vasinin bu muameleleri aleyhinde sulh mahkemesine şikâyet hakları vardır.

Vasinin temsilî sâlâhiyeti:

Vasinin bu salâhiyetini incelemeden önce bu hususta mevzu maddeyi gözden geçirelim maddede aynen şöyle denmektedir: vesayet dairelerinin müdahale haklarına mütedair hükümler baki kalmak şartile vasi bütün tasarruflarında küçüğü temsil eder.

Vasinin temsil salâhiyeti Kanunun bu hususta kendisine tahmil ettiği vazifeden doğmaktadır. Vasinin vazifelerini sayarak bunlardan birinin de küçüğü Medenî tasarruflarda temsildir demiştik. Vasinin temsil salâhiyeti denince hatıra vasinin bu temsil münasebetiyle ya-

pabileceği işlerle yapmaktan memnu bulunduğu işler gelmektedir bunları tetkik edecek olursa vasinin temsil sâlâhiyetini mahiyet ve şümul derecesi hakkında bir fikir elde etmiş olur.uz

Vasi; vesayet işini tadvir ederken mutat bütün muameleleri yapmağa salâhiyetlidir. Kiraları ve hasılât icarlarını almak, mahsülleri toplamak, tamirat yapmak, münazaalı olmıyan borçları ödemek, hiç bir haktan feragati tazammun etmiyen hesapları tenzim etmek, vesayet altındaki kimseler namına tahsil ettiği paralar için makbuz vermek gibi mnameleleridir. Esasen vesayet dairelerinin vasinin hangi muamelelerine müdahalede bulunabileceği medenî kanun 405 ve 406 ıncı maddelerinde göstermiştir. Medenî kanunun bu iki maddesinde tadat olunan muamelelerle vasinin yapmaktan memnu bulunduğu muameleler haricinde kalan bütün tasarrufları vasi yapabilir ve bu muamelelerden doğan vecibeler vasiyi değil vesayet altındaki kimseyi ilzam eder hattâ bu muameleler vasinin ihmalinden veya hilesinden doğsa bile iptali icabetmez.

Vasi Kanunen batıl olan tasarrufları yapmaktan memnu bulunduğu gibi vesayet altındaki kimsenin mallarını hibe ve vakfedemez. Ve onun namına kefalet te yapamaz. Çünki vasinin en mühim vazifesi vesayet altındaki kimsenin malını muhafazadır. Âmme intizamına, âdap ve ahlâka mugayir akitler herkes hakkında memnu ve bâtıl olduğu gibi vasi dahi bu gibi akitleri icra ve ifadan ve vesayet altında bulunan kimsenin mallarını israf telâkki olunan hibe ve vakıf gibi akitleri yapmaktan men olunmuştur. Fakat bayram hediyelerile mahcur veya küçüğün nişalısına gönderilen hediyeler, verilen bahşişler ve hak sahiplerine ita kılınan nafakalar bu memnuiyetin şümulüne girmez. Fakat bir borcun tecili, mevcut bir teminattan feragat gibi hibeye mümasil muameleleri vasinin yapamaması lâzımdır. Bu memnuiyetlerin müeyyidesi yapılan muamelelerin hükümsüz sayılmasıdır. Ancak hüsniniyetle bu malları iktisap edenlerin himaye edilmesi ve malın mülkiyetlerinden ipkası hakkaniyete uygun düşer.

No: 38

Kefalete Dair Mahkeme İçtihatlarına
Bir Bakış

(Federal Mahkeme [1] ve Temyiz Kararları)

Yazan:

Dr. Fikret ARIK

Kefalete dair maddeler, bu müessesenin oynadığı büyük iktisadî rolün tabiî neticesi olarak, Borçlar K. nunun en çok tatbik gören hükümlerindendir. Bu itibarla *Temyiz mahkememizin*, *Federal mahkemenin* bu bahse müteferri meseleler üzerinde bir çok kararları mevcuttur. Bu yazıda güdülen gaye, kefalet hukukuna ait Türk ve İsviçre yüksek mahkemeleri içtihatlarının son durumunu tesbit etmekten ibarettir. 10 İlk kânun 1941 tarihinde yürürlüğe giren Yeni kefalet kanununa ait Federal mahkeme kararları kanunumuzun hükümlerinden esaslı surette ayrıldığı için nazara alınmamıştır.

***

Kefaletin Tarife (BK. 484)

I — TATBİK ALANI:

a) Alacaklı ile kefil arasında aktedilen bir müstakil mukavele olması hasebiyle kefalet, bizzat kendi kanununa tâbi olup esas alacağın kanununa tâbi değildir. Esas borca kabili tatbik kanun, ancak kefilin mesuliyeti esas borca bağlı bulunduğu nisbette, kefalete de tatbik olunur.

b)Tarafların tatbikını istedikleri farzolunan kanun, borç altına giren âkidin kanunudur. Şu halde, alacaklı ile kefil arasındaki münasebetlere kefilin kanunu tatbik olunmak lâzımdır. Çünkü kefaletin başlıca muhtevası kefilin üstlendiği taahhütlerden ibarettir. Kanunun mekân itibariyle tatbikı bakımından, kefaleti kefilin ikametgâhına bağlıyan rabıta hiç şüphesiz en sıkı münasebettir.

[1] Federal mahkeme içtihadlarının tespitinde Decppen — Raymond'un Secode des obligations, interprété d'opres la jurésprudence du Tribunal fédéral, adlî eseriden ve yourunal des Tribunaux,dan istifade editmiştir.

c) Âmme hukukuna ait kefaletler : 483 ve sonraki maddeler, Âmme hukuku alanına giren borçların ifasını temine yarıyan kefalete de tatbik olunur. Bu itibarla, Usulü muhakeme kanununda dâva masraflarının kefil göstermek suretiyle temin edileceği yazılı ise, bu masrafların teminine mâtuf kefalet, BK. da kefaletin sihhati için aranan şartları ihtiva etmelidir.

II — KEFALET MUKAVELESİ :

1 — Kefalet; kefil ile alacaklı arasında yapılan bir mukaveledir; kefil ile alacaklı arasında yapılan bir mukavele olması hasebiyle kefalet, kefilin bir borcun ödemesini temin hususunda yaptığı bir taraflı bir vaitle tekemmül edemez. Alacaklının bu vâdi kabul eylemesi lâzımdır. Bununla beraber; diğer akitlerde olduğu gibi, bu kabul beyanı bir mümessil vasıtasiyle verilebilir. Meselâ kefilin salâhiyetli bir mümessili (asıl borçlu veya üçüncü bir şahıs) kefilin beyanın alacaklıya nakil ve alacaklının kabul beyanını kefil hesabına ahz ve kabul edebilir. Bu suretle; alacaklının baştan itibaren kefalet senedinde gösterilmesine lüzum yoktur. İleride doğacak borçlar için kefil, olmak kanunen muteber olduğuna göre, kefil mümessiline; alacaklıya kefil olmak iradesini naklet mek salâhiyetini verebileceği gibi, bu iradenin isal edileceği şahsi (yani alacaklıyı) bizzat intihap eylemek salâhiyetini verebilir. Meselâ kefil, bir kimseye istimal etmek maksadiyle, alacaklıyı irae etmiyen bir kefalet senedi verdiği takdirde, kefille bu şahıs arasında, bu şahsın alacaklıyı intihap etmesini tazammun eden bir temsil münasebeti mevcut olduğu kabul edilmelidir. Kefil, böyle bir kefalet senedini bir kimseye teslim etmekle o kimseye, yani mümessiline, bizzat intihap edeceği alacaklı ile bir kefalet akti yapmağa mezun kılar; alacaklı kefalet senedini aldığı ve böylece kefaleti kabul eylediğini beyan ettiği zaman mukavele tamam olur.

2 — KEFALET mahiyeti itibariyle *ferî* bir akittir. Madde 485, F. 3. de derpiş edilen hal müstesnadır. Bu hal, alelâde bir *teminat va'dine*; aslî bir taahhüt olup bizatihî üçüncü şahsın fiilinden müstakil bulunan TEMİNAT VA'Dİ (m. III, F. 3) ile başkasının borcunu ödemek hususunda aslî bir borç iltizamından ayrı bir şey olan bir *kefalet akdinin* mahiyet ve şümulünü vermektededir. Bir konkordato şartlarından fazla olarak konkordatonun alacaklılar tarafından kabulünü kolaylaştırmak maksadiyle üçüncü bir şahıs tarafından yapılan taahhüt, bir kefalet değildir. Böyle bir taahhüt, asıl borca bağlı olmayıp kefaletin ferîlik vasfını arzetmez.

3 — ASIL BORÇ: Kefalet, bütün muayyen bir şeyi yapma borçlarına taallûk edebilir. Ancak kefilin taahhüdü kâfi derecede tâyin edilmiş olmalıdır. «Satıcının taahhütlerini ifa edeceğini» temin eyliyen kefil, bu hareketiyle alıcının aktin ifasındaki menfaatini (Erfüllungsinteresse) temin etmiş olur. Kefil, müteselsil olsa bile, satışı iptal, eyliyen alıcı kefile müracaat edemez.

III — KEFALET AKTİNİN TEFSİRİ :

Bir taraflı bir vecibe tevlit etmesi itibariyle, bilhassa «kefil hangi borçlardan mesuldür» meselenin hallinde, kefalet akti dar mânada tefsir edilmelidir.

IV — HUSUSİ HALLER:

Kollektif şirketin borçları şerikler tarafından tekeffül olunamaz. Kommandit şirket borçları, iştirâk hissesini aşan miktar için bir kommanditer tarafından tekeffül olunabilir.

2 — İrade fesatları:

a) Akdin zarurî unsurları üzerinde hata:

Kefil, tesisini borçlunun kendisine vaat ettiği rehnin tesisi için alacaklının çalışacağı düşüncesile kefil olmuşsa; borçludan bu vadinin ifasını talep eylemiyen alacaklı, hüsnüniyet kaideleri mucibince, kefilden, ancak rehin usulen tesis edilmiş olduğu halde mutalep olacağı meblağı istiyebilir. Başka deyimle, acaklı kefilden; borçlunun tesisini vadeylediği rehnin paraya çevrilmesi ile elde edilecek meplağın tenzilinden artan miktarı istiyebilir.

b) HİYLE: alacaklı esas itibarile, kefile; kefaletin akdi esasında asıl borçlunun durumu hakkında malûmat vermekle mükellef değildir; borçlunun durumuna ehemmiyet veriyorsa kefilin bu hususta bizzat malûmat edinmesi icap eder. Buna mukabil, asıl borçlunun hakiki durumunu bildiği takdirde kefilin taahhüt altına girmiyeceğine vâkıf olan alacaklı kefile malûmat vermekle mükellef olup, bu bapta sükutu muhafaza ederse bir hile yapmış olur. Hakikî durumu bildiği takdirde kefilin kefalete razı olmıycağını bildiği halde, kefili bu hususta tenvir etmiyen ve onun hüsnüniyetinden istifade maksadile kefile borçlunun bütün borcunu göstermediği halde bu hissi verebilecek bir senet ibraz eyliyen alacaklının hareketi bir hile teşkil eder. Asıl borçlunun alacaklıya başka borçları bulunması keyfiyeti yalnız başına, bu durumu bilse idi kefilin kefalete razı olmıyacağı neticesini çıkarmağa müsait değildir. Kefil ile müzakerelerde bulunan borçlu

ise, bu münasebetle kefilin malûmat alacağını ve borçlunun kefile malûmat vereceğini kabul etmekte haklı bulunan alacaklı, ihmal və terahide bulunmuş sayılmaz.

Kefaletin Şartları (madde 484)

I — TATBİK ALANI: M. 484 âmme intizamı ve umumî âdap düşünceşile vazedilmiş değildir. Bu itibarla BK. nun yürürlüğe girmesinden önce akdedilen kefaletlere şâmil değildir.

II — KEFALET AKDİNDE ŞEKİL ŞARTLARI

1 — Yazılı şekle riayet.

a) kefalet akdi, kelimenin dar mânasında şekle tâbi bir akit değidir. Yani, borcun sihhati, poliçede olduğu gibi kanunun tâyin ettiği ve bizzat mukavelenamede bulunması gereken bazı ibarelere bağlı değildir. Kefaleti sahih olması için, kefalet akdinin aslî ve mahsus muhtevasının, üçüncü bir şahsın borcu için mesuliyeti üslenmesi hususunda kefilin izhar ettiği iradenin yazılı olması kâfidir. Bu mesuliyetin *maddî muhtevasına* gelince, bu cihet başka delillerle isbat olnabilir. Esas mukavelede kefilin hangi husus için kefalet ettiği anlaşılmak şartile, kefilin esas mukaveleyi «*kefil sıfatile*» imzalamış olması yazılı şekle riayet için kâfidir.

b) Kefili himayeye mâtuf olan yazılı şekil, münhsıran kefilin nefine konan bir şartın sihhati için aranmaz. Bu itibarla, kefilin taahhüdünü bir şarta bağlamak gayesile tarafların yaptığı *şifahî bir akit* veya kefilin borcunu muayyen bir müddetle takvit eden şifahî kayıt muteberdir.

TEMYİZ MAHKEMESİNİN KEFALETTE YAZİLI ŞEKLE AİT KARARLARI:

1 — Kefaletin sihhatı yazılı şekle bağlıdır. Bu itibarla, davacının kefalet sebebile dâva olunanın alacaklılarına verdiği paradan dolayı rücuu bahis mevzuu olamaz. (Ticaret D. 1939 S. 300.)

2 — Kefaletin sihhati yazılı şekle bağlıdır, hâdisenin şahitle isbatı caiz değildir (Ticaret D. 1930 8 1934 S. III.)

3 — Kefil sıfatile ödenen paradan dolayı asile rücu olunabilmek için BK. 484 mucibince yazı ile kefalet isbat olunmak lazımdır (Ticaret D. 1938 S. 436)

KEFALETTE MUAYYEN BİR MEBLAĞ GÖSTERİLMESİ:

a) Kefilin mesul olacağı muayyen bir meblağ iraesi, kefaletin

sihhati için bir şekil şartı olup bu şarta riayetsizlik akdin butlanını intaç eder. [1]

b) Muayyen bir meblağ iraesine ait kanunî hükmü tefsir için, bu hükmün vazı gayesini nazara almalıdır. Bu gaye, kefile; (bilhassa resmî memurlara kefil olurken) tasavvur ve zan ettiğinden daha ağır borçları düşünmeden üstlenmesinin önüne geçmek için, kefalet senedini imzaladığı anda taahhütlerinin şumulu ve ehemmiyetini takdir edebimek imkânını vermekten ibarettir. Keza, kefalet, esas itibarile yalnız taraflardan birisinin aleyhine ve kefalet aktinde üçüncü bir şahıs olan asıl borçlu lehine borç doğurması itibarile, muameletta hüsnü niyete riayet edilmesini âmir hükümlerinden mahsus surette faydalanması tabiîdir.

Ancak bu gayeye varmak için kefilin mesul olacağı muayyen miktarın mutlaka bizzat kefalet senedinde gösterilmişi şart değildir. Hal icaplarına göre, kefalet senedinde asıl borçlunun borç senedine (bu senette kefilin mesul olacağı miktar açıkça gösterilmiş olmak şartiyle) atıfta bulunmak kâfidir. Diğer taraftan, *Fick' in* kanaati veçhile (Madde 493 No. 46) kefilin mesul olacağı miktarın daima rakamli gösterilmesini istemek biraz fazla olur. Bununla beraber bu, *muayyen meblağ* iraesine ait şart, yerine sadece *kabili tâyin* bir meblağ iraesine ait bir şartla kaim olacaktır mânasına gelmez.

Bahis mevzuu hükmün gayesi göz önünde tutularak, bilâkis, kefilin taahhüdünün âzami haddini, kefalet veya borç senedinde yazılı malûmata göre basit bir hesap ameliyesiyle doğruca tâyin edilebilmesini istemelidir. Tabii bu miktar, yalnız kefalete esas teşkil eden hukukî zabıtanın inkişaf müddetince değil, lâkin *kefaletin akdedildiği anda* kabili tâyin olmalıdır.

Bir birahanenin — ileride yapacağı şerbetçi otu mübayaalarından doğacak — borcuna kefalet eden kefilin, mesul olduğu miktar, kâfi derecede tâyin edilmiş değildir.Çünki, yıllık âzami şerbetçi otu istihlâki belli olmadığı gibi şerbetçi otu fiyatı da büyük değişikliklere uğramaktadır.

3 — Bundan başka, kefalette asıl borç tâyin edilmelidir: Kefalet borçlunun bütün borçları için verilmişse bu cihetin tasrihi, aksi takdirde borçlunun hangi borçları için kefalet verildiğinin tasrihi icap eder.

4 — Kanun alacaklının tâyin edilmemesi halinde kefaletin bâtıl olacağına dair bir sarahati ihtiva etmiyor. Kefil yazı ile kefil ol-

mak iradesini izhar eylediği ve kefil olduğu miktar gösterildiği surette, M. 484 in aradığı şekle riayet edilmiş olur. Lâkin bu hal, alacaklının şu veya bu suretle kefalet senedinde gösterilmesi veya adının her hangi bir suretle irae edilmesi zarurî olmadığı manasını ifade etmez. Esas olan, kefaletin asıl borcun mevcudiyetine tâbi olmasıdır. Kefaletin ferî mahiyeti, ödenmesini temin ettiği borcun kâfi derecede muayyen olmasını icap eder. Lâkin asıl borcun ferdiyet kazanması yani muayyen olması için umumî kaide olarak alacaklının adiyle gösterilmesi veya hüviyetinin teşhis edilebilecek bir şekilde iraesi lâzımdır. Federal mahkemenin müstakar içtihadına göre, henüz taayyün etmemiş bir mukriz lehine yapılan kefaletlerde henüz belli olmâyan bir alacaklı lehine kefalet etmek muteberdir.

KEFALETTE MUAYYEN BİR MEBLÂĞ İRAESİNE AİT TEMYİZ KARARLARI:

I — Hâdise: A. , dâvacının satış memurluğuna alınmıştır. B. ve C., A. ya kefil olmuşlardır. A. nın tahakkuk eden 985 küsur lira borcu faiz ve icra masraflariyle birlikte, kefaletleri hasebiyle B. Ve C. den istenmektedir.

Temyiz mahkemesi Ticaret D. bu hâdisede kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar gösterilmesi bakımından hükmü bozmuş, ısrar kararı üzerine Hukuk U. H; Hususi dairenin fikrini iltizam etmiştir (15/5/1940).

II — Müddetin hitamında tahliye edilmediği takdirde beher gün için verileceği taahhüt olunan meblağ muayyen bir miktarı göstermiyen kefalet muteber değildir. (Ticaret D. 1940 S. 325)

III — HR., T. ticarethanesinin U. bankasına karşı, gerek doğrudan doğruya, gerek ciranta suretiyle yaptığı ticarî borçlarını aynı derecede eda mesuliyetini üstüne almıştır. T., nin U. bankasına ceman 1536 lira borcu vardır. U. bankası bu meblağları icra tazminatı ile birlikte HR. nin mirasçılarından tahsilini istemişlerdir.

Mahallî mahkemenin kararı: HR. İstenen borçtan verdiği taahhüdname mucibince mesuldur. Bankalarca yapılan kredilerde kredinin azami haddi daima taraflarca malûmdur. Bankalarca ötedenberi kefaletin muayyen bir miktarı ihtiva etmesi lüzumuna ehemmiyet verilmediği vukuf ehli raporunda bildirilmektedir. Şu hale göre, muteber kefaletten doğan borcun mirasçılardan tahsili lâzımdır.

Kefilin mesul olacağı muayyen meblâğı göstermiyen kefaletleri

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ticarî örfe göre muteber oldukları için muteber sayan bu karar Temyizce haklı olarak bozulmuştur (Ticaret D. 1938 S. 244)

IV — BK. 484. mucibince mukavelede muayyen bir miktar gösterildiği ve riyazî bir hesapla da tâyini kabul olduğu zabıtnamede ve hüküm fıkrasında gösterilmemesi yolsuzdur (Ticaret D. 1938 S. 454).

KEFALETİN MUHTELİF NEVİLERİ (486 ve mütaakip)

1 — Âdi veya müteselsil kefalet: İradeyi açığa vuran vakıalardan bir kefilin önce âsılın ödemesi defini (bénéfice de discussion) dermeyan eylemekten feragat ettiği anlaşılırsa müteselsil kefalete dair sarahat olmasa – dahi kefil müteselsilen mesul olur.

II—ÂDİ KEFİL —

1—Âdi kefil başkasının borcundan ancak tâli derecede mesuldur. Âdi kefaleti müteselsil kefaleften, mütaaddit kimselerin aynı borcu üstlemesi (reprise de dette cumulative) teminat mukavelesi (başkasının fiilini taahhüt) müesseselerinden ayıran mümeyyiz vasıf işte budur.

2—Âdi kefilin defterleri: Alacaklı borçlu hakkında yaptığı takibatı semeresiz kaldığını ispat ile mükelleftir. Kefil bu neticenin alacaklının kusurundan ileri geidiğini isbat edebilir (alacaklı, rehin bedelilinden alacağını istîfa etmeği ihmal eylediği zaman kusurludur.)

MÜTESELSİL KEFALET. BİRLİKTE KEFALET:

I—Borcu ödeyen müteselsil kefilin rücu hakkı:

1—Kefillerin, gerek asıl borçlusile beraber, gerek kendi beyinlerinde müteselsil olmaklığı iltizam ettikleri takdirde, kefillerden herbirinin borcun tamamından mesul olup ancak diğerlerinin hissesi için onlara rücu edebileceğini bildiren 483/3 müteselsil borçlular arasında rucuu tanzim eden 146ci maddenin bir hususî halidir.

2—Borcu ödeyen kefilin müşterek kefilllere karşı istimal edebileceği rücu hakkı müteselsil borçlunun diğer bir müteselsil borçluya rücu hakkı gibi düzenlenmiştir. 488.m. de kefil ile borçlu arasındaki hukukî münasebetten doğan dâva ve defileri mahfuz tutan 496/3· e benziyen bir kayıt yoktur. Bununla beraber, 488. de aynı esas caridir. çünkü bu madde müteselsil borçlular arasındaki rücuu tanzim eden 146. cı maddenin hususî bir halinden başka bir şey değildir. Bu

itibarla, borcu tamamen ödeyen kefilin rüçuu bakımından müteselsil borçlulara ait umumî esasların tatbiki lâzımdır.

3 — Rücuda mühim olan kefilin borcu ödemesidir. Hangi para ile borcu ödediği keyfiyeti,esas itibarile,ehemmiyetsizdir.Borcu kendi parasile ödeyeceği yerde başkasının parası ile ödemişse, bu kimse ile kendi arasındaki mevcut münasebet, diğer müteselsil kefillerle kendi arasındaki münasebetlere müessir olmaz. Kefil, başkasının parasını haksız olarak kullandığı takdirde, rücu hakkı kendisine bir menfaat temin etmez. Çünkü kefil mağdur üçüncü şahsa karşı iade ile mükelleftir.

4 — Rücu hakkını kullanan kefil, ihtar tarihinden itibaren faiz talebine haklıdır.

II — *Kefaletin, aynı borca diğer kimselerin kefalet etmesi şartile vâki olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal bulunan haller*:

1 — 488/3. de yazılı hususi hüküm yalnız kefalete tatbik olunur.

2 — Kendisi ile birlikte başka birisinin borca kefil olduğunu ve bu suretle kefalet etmek için koyduğu şartın gerçekleştiğini zanneden kefilin hatası, BK. 23. ve sonrakiler mucibince esaslı bir hata değildir.

488/3 hususî bir hüküm olup bu şartın gerçekleşmemesinin neticelerini tam bir surette düzenler.

3 — 488/3. in tatbikatında, bir kefilin kefil olması için vücudunu şart koştuğu kefaletin sakat olması halinde, bu kefalet sanki mevcut değilmiş gibi düşünmek lâzımdır. Bir kefilin kefil olmak için vücudunu şart koştuğu kefaletin hile sebebile bâtıl olması halinde, bu kefalet mevcut sayılmıyarak kefil taahhüdünden berî olur.

Borçlunun karısı RÜCUA KEFİL olmak şartile kefalet eyliyen bir kefil, kadının kefaleti MK. 169 gereğince hâkim tarafından tasdik edilmediğinden dolayı muteber olmadığı takdirde borcundan kurtulur.

4 — Başka bir kefilin bulunmasına ait şart tahakkuk etmezse kefil bütün borçdan kurtulur; Diğer kefilin kefaleti muteber bulunmuş olsaydı mesul olacağı kısımdan dahi mesul olmaz. Bir kimsenin kefil olmak için vücudunu şart koştuğu diğer bir kefalet bâtıl olmakla, kefil ihtiyarî olarak borcunu ifa eylese dahi borçlu butlan sebebiyle borcundan kurtulmak talebinde bulunabilir. Çünkü ihtiyarî ifa, mukavelenin butlanını telâfi edemez. Kefil, tesisini borçlunun kendisine vadettiği rehnin tesisi için alacaklının çalışacağı düşüncesiyle kefil

olmuşsa borçludan vadini yerine getirmesini istemiyen alacaklı, hüsnüniyet kaideleri mucibince, kefilden yalnız rehin tesis edilmiş olması halinde istiyebileceği meblağı istiyebilir. Başka deyimle, alacaklı kefilden borçlunun tesisini vadeylediği rehinin paraya çevirmesi, elde edilecek meblağın tenzilinden artan miktarı istiyebilir.

5 — Bir kefile ait tahrif ve taklit edilmiş imzayı tasdik eyliyen bir noter, imzası taklit ve tahrif edilen kefile terettüpeden hisseyi ödeyen diğer kefile karşı mesuldur.

ÂDİ VE MÜTESELSİL KEFALETE TEMYİZ KARARLARI:

I — İflâs vukuu üzerine konkordato akdedilmiş olması, dâvacının kefil müddeialeyhe karşı hâiz olduğu mütalebe hakkını ıskat edemez.

II—Dükkân isticarına mütaallik kefaletin mahiyeti nedir? Dükkân kiralanması ticaret kasdi ile olmasına ve bir âkit taraflardan yalnız biri için ticarî olsa dahi hilâfına sarahat olmadıkça bütün âkitlerin bu mukaveleden doğan taahhütleri ticaret kanunu hükümlerine tâbi bulunmasına göre böyle bir borç için yapılan kefalet dahi ticarî binaenaleyh müteselsil mahiyettedir (Ticaret D. 1930 — 1934 S. III).

III — KEFİL müteselsil ise alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri paraya çevirtmeden önce kefil aleyhine takibat yapabilir (İcra ve İflas D. 1938 S. 515).

KEFİLE KEFİL, RÜCUA KEFİL (489)

Kefile kefil ve rücua kefil tâbirleri fransızca certificateur de caution ve arrière — caution tâbirlerinin pek muvaffak tercümeleridir.

Kanunumuzun 498. maddesine göre kefile kefil, alacaklıya karşî kefilin taahhüdünü temin eden kimsedir. Ve kefil ile birlikte mesuliyeti, borçlunun tahahüdünü temin eden âdi kefilin borçlu ile olan mesuliyeti derecesindedir. Rücua kefil olan kimse ,borçludan alacağını alamıyan kefile kefildir.

Federal mahkemeye göre rücua kefalet, kefili asıl borçlunun borcu ödemeden aczi tehlikesine karşı temin etmek gayesini güder. Umumiyetle kefalete tatbik olunan esalar bu nevi kefalete de tatbik olunur. Şu halde 484 geregince rücua kefilin taahhüdünde, kefilin kendisine rücu halinde mesul olacağı muayyen bir miktar gösterilmek lâzımdır. Bununla beraber, bu miktarın bizzat kefalet senedinde rakamla gösterilmesi şart değildir; taahhüt altına girdigi anda rücua kefil olan zatın senette yazılı malûmat yardımı ile ve basit bir hesap ameliyesi ile mesuliyetin âzami miktarını tâyin edebilmesi kâ-

fidir. Keza kefalet veya bir senedi ,yukarıda beyan edilen şekilde bir meblağın tâyin edilebilmesi İçin zarurî malumatı ihtiva ettiği veya teminatın âzamı mıktarı bu malûmatın hepsinden açıkça anlaşıldığı surette ,rücua kefalet senedinin sadece borç veya kefalet senedine atıfta bulunması yeter.

Kefaletin Hıtamı (BK.)

I — Kefaletin hitamı hakkında hususi hükümler bulunması (492 — 495) bu bapta borçların sukutuna ait umumi hükümlerin tatbikine mâni değildir. Gerçekten kefalet, aslî bir borcun mevcudiyetle doğan ve onunla kaim olan bir ferî borçtur. Lâkin bundan, kefaletin esas borçtan müstakil olarak sukut edemeyeceği neticesi çıkarılamaz. Çünkü kefaletin mevcudiyeti aslî borcun vücudu ile kaim ise de bunun aksi doğru değildir: Kefalet sâkıt olsa da asıl borç bakidir. Bu itibarla asas borç baki olduğu halde kefaletin alacaklıya verdiği hakların müruru zamana uğraması mümkündür.

2 — Esas borç baki olmasına rağmen, alacaklının kefil muvacehesindeki hakları müruru zamana uğrıyabilir. Kefil aleyhine açılacak dâva müruru zamanı, asıl alacak muaccel olduğu günden itibaren cereyana başlar. Bu cihet âdi ve müteselsil kefalet için aynidır.

Esas borç müruru zamana tâbi olmıyan borçlardan değilse, esas borç hakkında müruruzamana kateden sebep, alacaklının kefile karşi hâiz olduğu haklar bakımından da müruruzamanı kateder.

II — Asil borç her hangi bir sebeple sakıt olunca kefilin berî olacağını beyan eden 492. madde, asıl borç sukût edince sair feri hakların da sukût edeceğini bildiren 113. maddenin bir tatbikinden ibarettir.

III — Hesabı câri şeklinde açılan mahdut bir krediye kefalet eden kimse, hesap kapanması sonunda hâsıl olan bakiye taahhüt ettiği miktarı geçtiği nisbette mesuliyetten berî olur.

MAHDUT ZAMAN İÇİN KEFALET (BK. 493)

Bir kimse mahdut zaman için kefil olupta bu müddetin hitamını takip eden bir ay içinde alacaklıya bu bapta icraya veya mahkemeye müracaatta hakkını takip etmezse yahut takibatına uzun müddet fasılâ verirse kefil kefaletten berî olur.

1 — Kefaleti mahdut bir zamana hasreden kaydın mutlaka kefa-

let senedinde yazılı olması icap etmez. Zira kefalette yazılı şekil kefili himayeye mâtuftur. Binaenaleyh munhasıran kefilin nefine konulan bir kaydın muteber olması bu şekil şartı aranmaz.

2 — Esas borcun muayyen bir müddet içinde ödenebilir bir borç olması kefaletin muayyen zamanla mahdut bir kefalet sayılması için kâfi değildir.

MAHDUT ZAMAN İÇİN OLMIYAN KEFALET

Kefalet gayri mahdut bir zaman için akdolunmuşsa, asıl borç muacceliyet kesbettikten sonra, kefil alacaklıdan bir ay zarfında icra veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmesini ve uzun müddet fasılâ vermeksizin takibata devam etmesini istiyebilir. Bir borcun muacceliyet kesbetmesi alacaklı tarafından borçluya ihbar vukuna mütevakkıf olmadığı takdirde, kefil kefaleti tarihinden bir sene sonra alacaklıdan bu ihbarı yapılmasını ve borç muacceliyet kesbedince, biraz önce söylediğimiz gibi, icraya veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmesini isteyebilir. Alacaklı kefilin bu talebini nazara almazsa kefil kefaletten berî olur.

I — KEFİLİN HAKLARI:

1 — Kefaletin hükümsüz olduğuna dair yapılan basit bir beyan, 494/1. de göz önünde tutulan ihbar ve ihtar olamaz.

2 — Müteselsil kefil dahi alacaklıdan dir ay zarfında icra veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmesini istiyebilir.

II — Alacaklıdan bir ay zarfında icra veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmesini ve uzun fasılâ vermeksizin takibata devam eylemesini istiyen müteselsil kefil ise, alacaklı asıl borçlu ve müteselsil kefil aleyhine aynı zamanda veya yalnız müteselsil kefil aleyhine takibata girişebilir.

III — İflas eden asıl borçlu veya müteselsil kefil aleyhine haklarını dermeyan edebilmek için alacaklının iflâs masasına ibraz etmesi kâfidir. Konkordatoya iştirak de kâfidir.

IV — MEMUR VE MÜSTAHDEM HAKKINDA KEFALET

Resmî bir memura gayri mahdut müddet için kefalet eden kimse, her üç senede bir kere ertesi sene nihayetinde muteber olmak üzere kefaleti feshettiğini ihbar edebilir. Bir müstahdem için vuku bulan kefalet üç sene devam ettiği takdirde hüküm yine böyledir.

KEFİLİN HAKLARI (496)

Kefil eda ettiği şey nisbetinde alcaklının haklarında ona halef olur.

Bu halefiyet kaidesinden evvelce feragat etmek caiz değildir. Şukadar ki kefil ile borçlu arasındaki hukukî münasebetlerden doğan dâva defi hakları mahfuzdur.

1 — HALEFİYET:

Kefil eda ettiği şey nisbetinde alacaklının haklarında ona halef olur. Bu kaide alacaklıya borcu ödeyen kefilin doğrudan doğruya alacaklının yerini alacağı ve diğer kefillere karşı bizzat alacaklıya ait olan hakları dermeyan edebileceği başka deyimle, kefalet münasebetinden sadece alacaklının şahsı değişeceği mânasını ifade etmez. Alacaklıya tediye suretile asıl borç ve onunla birlikte kefaletten mütevellit fer'i borç sukut eder. Bütün müteselsil borç rabıtası inhilâl eder. 496 mucibince, bu rabıta yerine yeni bir müteselsil borç rabıtası değil, sadece kefil ile asıl borçlu arasında bir rücu münasebeti kaim olur. Bu halefiyetin biricik gayesi, esas itibarile, kefile, alacaklıya asıl borçlu yerine ödediği şeyi ondan istiyebilmek salâhiyetini vermektir.

2 — 496. madde, borcu ödeyen kefilin kendisi ile birlikte kefalet edenlere karşı bir alacak iktisap edip etmiyeceğini söylemiyor. Bu hususta esas kefiller arasında mevcut iç münasebettir. Bu münasebetten hilâfı anlaşılmadıkça, 146; mucibince müteselsil kefillerden her biri, alacaklıya ödenen miktardan müsavi bir hisse alır. Diğer kefillere ancak hissesini aşan miktar nisbetinde rücu edebilir.

3 — Borcu ödeyen kefilin diğer kefillere karşı mütalebe hakkı ile asıl borçluya teveccüh eden rücu hakkı aynı şeyler değildir. Bu husus diğer kefiller hissesinden ziyade ödediği şeyi ona ödeseler ve iç münasebet zail olsa bile borcu ödeyen kefilin asıl borçluya karşı rücu hakkını muhafaza eylemesinden anlaşılır. Bu itibarla rücu hakkına mâruz bulunan asıl borçlu ve diğer müşterek kefiller muhtelif borçların borçlusu olup İcra ve iflâs kanunun 216. m. d. ki mânada müşterek borçlu değildirler.

4 — Alacaklı tamamen tatmin edilmedikçe kefil asıl borçluya karşı rücu edemez.

5 — Borcu ödeyen ve alacaklının haklarına halef ilân edilen kefil, onun borçlunun iflâs masasına yazılmasından istifade eder. Kefaletle temin edilen borç için masa aktifinin mütaaddit defa takyit edilmesi nasafete uygun olmıyacağından kefilin muhtemel rücu hakkı alacaklılar sıra cetveline dercedilmemelidir.

II — HALEFİYET KAİDESİNDEN ÖNCEDEN VAZ GEÇMEK MEMNUİYETİ

Bu memnuiyet hiç olmazsa alacaklının müteselsil kefiller tarafından tatmin edildikten sonra borçlunun iflâsında aynı meblâğı ikinci defa taksir eylemesine menetmek bakımıdan, âmme intizamı mahiyetini haizdir.

III — KEFİL VE ASIL BORÇLU ARASINDAKİ HUKUKİ MÜNASEBETLERDEN DOĞAN DÂVA VE MÜDAFAALAR.

496/3, müteselsil borçlulara mütaallik 146 ının hususi bir halidir.

KEFİLİN DEFİLERİ(B. K· 497)

I — Asıl borçluya ait olmamakla beraber kefile has defiler.

1 — Kefalet, asıl borcun bir ferii olmak itibarile, alacaklı kefile karşı hakkını dermeyan eylediği tarihte alacak muteber surette mevcut olduğu nisbette kefil taahhüt altına girer. İşte bunun için 497. meddede, esas itibarile kefile, kefil takibedildiği anda, alcaklıya ait olan bütün defileri bahşeder. Lâkin bunun aksine olarak kefaletin fer'i mahiyetinden bahıs mevzuu anda asıl borçluya ait olmıyan defilerin kefil tarafından dermeyan edilemeyeceği istidlâl edilebilir. Bununla beraber nazariyat haklı olarak kabul ediyorki böyle mutlak bir netice çok müfrittir. Alacaklı ile yapacağı sulh veya uzlaşma yolu ile defilerden vaz geçmesi ve bu suretle kefilin durumunu ağırlaştırması asıl borçlunun keyfine bırakılamaz. Bu itibarla, asıl borçlunun feragat veya kabulü nazara alınmadan akdin butlanından, borcun sukutundan veya müruru zamandan mütevellit defiler kefil tarafından dermeyan edilebilir. Borçlunun müsbet bir hareketle feragat etmediği ancak istimalde ihmal eylediği diğer defiler. (alacaklı tarafından akdin nâtamam ifâsı, hile, hata) icin de aynı esas caridir.

II—Kefil asıl borçluya karşı kendisine has olan defileri (meselâ, kendisi ile birlikte başka bir kefilin kefalet etmesi şartından mütevellit defi alacaklıya dermeyan eylemekle mükellef değildir. Şu halde kendisine has olan defileri alacaklıya karşı dermeyan eylememiş olsa bile kefil borçluya karşı rücu hakkını kullanabilir.

II — Asıl borçluya ait olmakla beraber kefilin istimal edemiyeceği defiler. B.K. 497 tarafından açıkça derpiş edilen defiler müstesna, kefil II3. maddeden mütevellit defilerle kefaletin mahiyeti ile uzlaşmiyan defileri dermeyan edemez. Kefaletin gayesi alacaklının teminidir. Bu itibarla alacaklı muvacehesinde kefil, borçluya bahşedilen ibra ve sair tahfiflerin(meselâ mehil, konkordato, aciz vesikası

—ki faizlerin cereyanına mâni olur yeni mal iktisabetmemekten mütevvellit defi hakkı verir—ve bunlara benziyen başka halleri) ileri süremez. Bu hükümler evvel emirde âdi kefalette tatbik olunur. Âdi kefilden borcun istenebilmesi; ancak kefalet akdinden sonra borçlunun iflâs etmesi veya hakkında takibat icra olunupta alacaklının hatâsı olmaksızın semeresiz kalmaıs yahut borçlu aleyhinde Tükiyede takibat icrasının imkânsız hale gelmesi şarttır. Halbuki, alacaklı asıl borçluya müracaat etmeden, rehinleri paraya çevirtmeden ve borçlunun Türkiyede takip edilip edilemeyeceği nazara alınmadan müteselsil kefili takip edebilir. Binaenaleyh asıl borçlunun hiç malı bulunmamasından ve borcu ödemeden âciz bulunmasından, hatta servet durumundan müstakil bazı sebepler yüzünden borcu ödeyemediği veya ödemesi memnu hallerde dahi müteselsil kefil borçtan mesuldur. Almanyada olduğu gibi döviz düşüncesi ile istar edilen ödeme menuiyeti hallerinden bu esas caridir. Evvelemirde, hukuku âmme alanında bir içtinap ödevi doğuran ödeme yasağının asıl borçluyu büsbütün veya kısmen, kesin veya geçici olarak borçtan kurtarmak gibi medeni hukuk bakımından fer'i bir netice doğurup doğurmadığı ikinci derecede kalan bir husustur. Bu fer'i netice, doğurup doğurmadığı ikinci derecede kalan bir husustur. Bu fer'i netice, bir konkordato veya aciz vesikasından mütevellit kısmı ibra gibi asıl borçlunun şahsına ait ve kefilin taahhüdüne halel vermiyen bir keyfiyet olarak telâkki edilmelidir. Bu bakımdan kefalet teminat akdine benzer.

Fakat bu netice doğrudur; çünki bu hususi ve münferit hâdisede teminat gayesi kefaletin fer'i mahiyetine takaddüm etmelidir. 492 ve 496; da yazılı ve asıl borçlunun beraetinin kefil tarafından dermeyan edilebileceğine müteallik esas yalnız normal beraet sebeplerine kabili tatbik olup esas borçlunun tâbi olduğu devletin siyasi ve iktisadi durumundan doğan tamamen anormal sebeplere tatbik olunamaz.

3 — KEFİLİN TEDİYEYİ İHBAR BORCU

Kefil, tediyeyi asıl borçluya ihbar etmemesinden dolayı asıl borçlu ikinci defa olarak borcunu öderse kefil rücu hakkını kayıbeder. Alacaklı aleyhine haksız mal edinilmesinden dolayı dâva açılabilir.

II—KEFİLİN ALACAKLIYA KARŞI HAKLARI (499)

Esbabı sübutiyenin teslimi:

Alacaklı borcu ödiyen kefilin borçluya rücu hakkını kullanmağa ve elinde bulunan rehinleri nakde tahvile medar olabilecek senetleri ona

teslim etmeğe mecburdur. Borç bir gayrı menkul rehini ile temin olunmuşsa, alacaklı rehnin hakkının kefile devri için ifası lâzımgelen merasimi icra ile mükelleftir.

2 — Fıkra, rehin hakkının deviri için temlike has prensiplerden farklı hususî merasim derpiş eylediği, ipotekli borc senedi, irat senedi gibi hususi gayrı menkul rehin nevilerine tatbik olunup ,ipoteğe tatbik olunmaz. Zira ipotekte rehin hakkı asıl alacağın mukadderatını takip eder.

2 — Borçlarını ifa etmiyen alacaklının mesuliyeti (500)

Alacaklı kefaletten dolayı tahakkuk eden borcun temini için kefaletin akdi esnasında tesis yahut sonradan istihsal olunan teminatı kefilin zararına olarak tenkis eder veya elinde bulunan delaili elden çıkarırsa kefile karşı mesul olur. Resmi memurlarla müstahdemlere kefalet vukuunda alacaklı, bu borçlular hakkında ifasile mükellef olduğu nezareti icrada ihmal eylediği ve borç bu ihmalden tevellüt ettiği yahut ihmal vukubulmamış olsaydı bu nisebette tezayüt etmiyeceği muhtemel bulunduğu takdirde dahi mesuldur.

I — TEMİNATIN TENKİSİ:

I. 500. ünci maddenin birinci fıkrası, evvelemirde yetesiye dikkat ve itina ile hareket etmiyen(dikkat ve ihtimam vazifesine—Diligenzpflicht'e aykırıden) alacaklıya karşı kefile bir tazminat hakkı vermektedir. Diğer, taraftan bu hüküm esas borçlunun borcu ifasından sonra, ciheti kefaletten dâva edilen âdi kefile veya borcu ödenmemiş kısmı için takip edilen müteselsil kefile bir defi hakkı vermektedir. Lâkin burada bir mesele münazaalıdır: acaba asıl borçludan önce takip edilen müteselsil kefil bu def'e mâlik midir? Filhakika müteselsil kefil rehin tesis edildiğinden bahisle tediye borcundan kurtulamaz.

II — Kefilin 500. maddede yazılı def'i istimal edip etemiyeceği meselesini haletmek için;

a – Temin edilen alacağın,

b — Bu alacağı temin için verilen teminatın ne olduğunu,

c — Bu teminatın azalıp azalamadığını, azalamış ise azalma mıktarını araştırmak lâzımdır.

Hangi alacağın temin edildiğini bilmek için yalnız kefalet senedinin metnine bağlanmamalı, lâkin tarafların iradesini tâyine müsait unsurları da nazara almalıdır.

III — alacaklı teminatı, terk veya ihmal eylemek suretile tenkis, eder bundan başka ezcümle:

a —Aslî borçluya karşı mâlik olduğu diğer alacakları karşılamak maksadı ile teminattan keyfi ve haksız olarak faydalandığı,

b — Teminatı birinci derecede temin edeceğini alacak yerine ikinci derecede temin edeceği alacâklara tahsis eylediği,

c — Asıl borcun temini zımnında rehnedilen borcun borçlusunu rehnin tesisinden haberdar etmediği ve borçlu borcunu aslî alacaklıya muteber surette ödediği takdirde teminatı tenkis etmiş sayılır.

II —RESMÎ MEMUR VE MÜSTAHDEMLERE KEFALET (B.K.495)

1 — Tatbik alanı:

a — Zaman ve mekân bakımından: 500. Madde; 2 inci fıkrası, âmme nizamı ve âdabı umumiye gayesi ile vazedilmemiştir.

b—Madde 500 fıkra 2, yalnız resmî memur ve resmî müstahemlere kefalet haline tatbik edilmeyip alelumum müstahdemlere kabili tatbiktir. Bu itibarla, iş verenle müstahdem arasındaki münasebet âmme hukuku münasebeti değil, hususî hukuk münasebeti olduğu takdirde de bu madde tatbik olunur.

2—Alacaklının resmî memur yeya mühstahdem hakkında ifası ile mükellef olduğu nezareti ifada ihmal eylemesi halinde mes'ul oluşu, medeni kanunun ikinci maddesinde yazılı hüsnüniyete mütealik umumi esasın bir tatbikidir.

3 — İş veren alacaklının kefile karşı borçları:

a—Nezaret vazifesinin şumulü, her hâdisede hal icaplarına ve hüsnüniyet kaidelerine göre takdir olunmalıdır. Bununla beraber alacaklı bu vazifenin ifasında ancak hile veya ağır kusur işlediği takdirde mesuldür.

b —Alacaklının başka borçları :

Bilhassa borçluya normal faaliyet çerçevesi içine girmiyen bir iş tevdi etmemek borcu. Madde 500 fıkra 2 de yazılı hüküm, medeni kanunun ikinci maddesinde yazılı umumi hüsnüniyet esasının bir tatbikidir. Bu itibarla, bu fıkrada mevzu defi hakkı, yalnız alacaklının ifası ile mukellef olduğu nezareti icra etmemesile doğan zarar hallerine munhasır olmayıp kendi işini istediği tarzla telif edilmeyecek bir şekilde işlerini idare etmesinden zarar tevellut eden ahvale de şamildir. Çünkü kefil alacaklıdan işlerinin idaresinde asgarî bir ihtimam beklemeğe haklıdır. Filhakika kefil müessese şefiinin ehliyetinden değil, borçlunun vazifelerini sadıkane ifa etmesinden mes'uldur. İş

sahibi ihmali neticesinde müstahdem iş münasebetinin kendisine vermediği ve kefilin normal olarak önceden tahmin edemiyeceği salâhiyetleri kendilerinden benimsediği takdirde müstahdemin bu kabil faaliyetinden doğan zarardan kefili mesul tutmak istiyen alacaklının hareketi akdin ruhuna ve hüsnüniyet kaidesine aykırıdır. Hal icaplarına göre bir vezneciye idare heyeti âzası vazifesinin bırakılması beklenemezse, bu vazifenin ifasında veznecinin gösterdiği yolsuzluktan kefil mesul değildir.

Kefalet, başkasının fiilini taahhüt, başkasının borcunu ödeme taahhüdü (Constitutum) arasındaki farklar:

İsviçre ve Türk hukukunda başkasının fiilini taahhüt (BK.III), ile kefaleti ayırt etmek fransız hukukunda daha zordur. BK.III umumi surette (*başkasının fiilini)* inden bahsettiği halde tr. Mk. 1120 sadece üçüncü şahıs tarafından bir *mukavelenin akdi vaadini* derpiş etmektedir. Görülüyor ki KBIII,göre,üçüncü bir şahıs tarafından bir akdin in' ikat veya ifası, yahut mukavele alanı dışına çıkan bir hareket tarzı taahhüt olunabilir. Fakat başkasının fiilini kefaletten ayıran mümeyyiz vasıf, üçüncü şahıs fiilinden müstakil, başlı başına bir taahhüdün doğmuş olmasıdır. Halbuki kefilin borcu fer'i borçtur.

Federal mahkemeye göre, bir kimse tarafından müteselsil kefil sıfatile bir anonim şirket aksiyonerlerine asgari bir temettü tediyesi taahhüdü bir kefalet değil, başkasının fiilini taahhüt mahiyetindedir. Bu itibarla, bu taahhüt, şirket asgari temettüü ödediği takdirde hüküm hasıl eder.

Keza, borçlunun yeni istikrazlar yapmıyacağı hakkında ihraç bankaları tarafından tahvilât sahiplerine verilen teminat bir kefalet olmayıp, başkasının fiilini taahhüt mahiyetindedir. Buna mukabil üçüncü bir şahsa teslim edilecek emtia bedelini ödeme taahhüdü fer'i mahiyette olmadığı için kefalet değildir; ortada başkasının fiili olmadığından başkasının fiiline taahhüt de değildir; başkasının borcunu ödeme taahhüdüdür. Bu şahsın borcun it fasında sahsi bir alâkası, nede bir muayyen şekil şarttır.

No: 39

Türkiye Cumhuriyeti

Temyiz Mahkemesi Teşkilât ve Vazifeleri

Yazan
Cevat Şerim
C. Baş Müddeiumumi muavini

Teşkilâtın Tarihçesi:

Memleketimizde Temyiz Mahkemesinin kuruluşu tarihi pek de eski değildir. Bu bahiste ilk adımın 5 — Haziran — 1295 tarihli «Mahakimi Nizamiye Teşkilâtı" hakkındaki kanunla atıldığını ve ilk defa bu isimde bir mahkemenin bu kanunla teşkil edildiğini görmekteyiz. Kanunu Esasinin ilânı ve fertlerin hukuk ve hürriyetlerinin resmen tanınması esas ve prensipinin tevlit ettiği zaruret ve mecburiyetler hiç şüphesiz böyle yeni bir teşkilâtın kabulünde başlıca sebeplerden biri olmuştur.

«Mahakimi Nizamiye Teşkilâtı» kanunu ile, bir taraftan «Mahakimi Nizamiye» adı verilen umumî mahkemeler kurulması esasları hazırlanırken diğer taraftan ve bunlarla birlikte bir de Temyiz Mahkemesi teşkil olunuyordu. Temyiz mahkemesi, Hukuk ve Ceza olmak üzere iki daireye ayrılıyor ve merkezi İstanbul olarak tâyin edilmiş bulunuyordu.

İlk kuruluş, 2 — Temmuz — 1303 tarihine kadar hiç değiştirilmedi ve böylece devam ettirildi. Mezkûr tarihte yapılan bir tadil ile teşkilâta bir de İstida dairesi ilâve olunarak temyiz dairelerinin sayısı üçe çıkarıldı.

İstanbul Temyizi kuruluşundan itibaren Umumî Harbi takip eden Mütareke gönlerine kadar kanunen memur bulunduğu vazifesine fasılâsız bir surette devam etmiş, mütareke devrinde ve bilhassa Ankarada Millî Hâkimiyetin ilânı üzerine, ancak mahdut bir şekil ve salâhiyetle çalışabilmiştir. İstanbul Hükümetinin Millî Hükümete iltihakı tarihinden ve Millî Birliğin tamamile teessüsünden sonra da vazifesi filen sona ermiştir.

Bu arada 7 — Haziran — 336 tarihli bir kanun ile, merkezi Sivas olmak üzere, muvakkat bir Temyiz Heyeti teşkil olundu. Sivas Temyizi: şeriye, Hukuk, Ceza ve İstida dairelerinden ibaret idi. 14 — ikinci teşrin—339 tarihine kadar devam eden bu muvakkat tem-

yiz hey'eti aynı tarihte neşredilen bir kanun ile lâğvedilmiş ve bu defa merkezi Eskişehir olarak yeniden bir Temyiz Mahkemesi teşkil olunmuştur.

Eskişehir Temyizi başlangıçta Sivas Temyizinden bir daire fazlasile: Şer'iye, Hukuk, Ceza, İstida ve Sulh Hukuk adlarile beş daireyi ihtiva ediyordu. Bilâhara 340 senesi Mayısı başında Şer'iye dairesi lâğvedilerek yerine ikinci bir hukuk dairesi ikame ve mevcut ihtiyacı karşılamak maksadile de bir istida dairesi daha ilâve olundu.

Bir müddet bu teşkilâtla vazife gören temyiz mahkemesi görülen lüzum üzerine 10 — Mayıs — 926 kanunu ile yeni bir değişmeye tâbi tutuldu. Bu değişmiye göre istida dairelerine ceza dairesi unvanı verilerek her birinin, hukuk daireleri ile birlikte, vazifeleri tayin ediliyor ve bu suretle temyiz mahkemesi üçü hukuk üçü ceza altı daireye taksim olunuyordu.

Hukukta ve cezada eski devire ait kanunların kaldırılarak Medeni kanun ile Borçlar kanunu gibi yeni yeni kanunlar kabul edilmesi, Türk Ceza Kanununun yürürlüğe geçmesi ve Ticaret kanununun tatbik mevkiine konması gibi değişmeler tabiatiyle temyiz teşkilâtının da genişletilmesini icap ettiriyordu. Bilhassa dâvaların mütehassıs hâkimler tarafından tetkikinden umulan faide de göz önüne alınınca bu lüzum bir zaruret halini almakta idi. Bu sebeple

11 — Nisan — 928 tarihli kanun ile temyiz huhuk ve ceza dairelerine birer daire ilâve edilerek sayıları dördere çıkarıldı ve bir de Ticaret dairesi ihdas olundu. Nihayet, icra ve iflâs işlerinin gösterdiği önem de 25 — Haziran — 932 tarihli kanunun kabulünü ve temyiz teşkilâtına İcra ve İflâs adı ile bir daire daha ilâvesini gerektirmiş bulunmaktadır.

Temyiz mahkemesinin Hukümet merkezinde bulundurulması İcra Vekilleri Heyetince kararlaştırılmış ve bunu temin için de Adliye Vekiline 2769 sayılı kanun ile salâhiyet verilmişti. Bu salâhiyete istinaden Eskişehir temyizi, teşkilât ve kadrosunu aynen muhafaza etmek şartiyle, 935 senesi yaz tatiline rastlıyan günler içinde Ankaraya nakledilmiş ve tatili mütaakip Ankarada kendine ayrılan binada vazifesine devama başlamıştır.

Bugünkü Durum:

Bugün Temyiz Mahkemesi dört Hukuk, dört Ceza, bir Ticaret ve bir İcra ve İflâs olmak üzere on daireden teşekkül eder. Bu dairelerden her birinin vazifesi, temyiz mahkemesi teşkilât kanunları ile hukuk ve ceza muhakemeleri usulleri ve sulh hâkimleri ve icra

ve iflâs kanunları ile tâyin edilmiştir.

Temyiz dairelerinden her biri, Barem kanununun ikinci derecesinden bir Reis ile üçüncü derecesinden dört Azâdan terekküp eder. Her dairede lüzumu kadar bir veya bir kaç yedek âza bulunur.

Daire reislerinin üstünde ve Barem kanununun birinci derecesinden bir birinci Reis vardır. Bunlardan başka âmme hukukunu temsilen ve birinci Reisle aynı derecede olmak üzere bir Baş Müddeiumumi ve beraberinde bir baş muavin ile muavinler heyeti bulunmaktadır. Bu heyet mevcut kadroya nazaran bugün yirmi muavinden ibarettir.

Temyiz Mahkemesinde âza ve muavinlerden ayrı olarak lüzumu kadar raportör bulunur. [1] Raportörler daire kararlarında rey sahibi olmayıp yalnız daire reisinin kendilerine vereceği dâva dosyalarını tetkik ve hulâsa ederek yazacakları raporları heyete takrir ve izah vazifesi ile mükelleftirler. Bunlar doğrudan doğruya Adliye Vekilince ikinci ve üçüncü sınıf hâkim ve müddeiumumilerden seçilir ve millî irade ile tâyin olunur. Raportörler hâkimler kanununa tâbidirler.

Temyizin her dairesi nezdinde, zabıt kâtipliği vazifesini görmek ehliyet ve sıfatını haiz bir kalem heyeti ve teşkilâtı vardır. Bu teşkilâta nazaran dairelerin her birinde bir başkâtip ile bir veya iki başkâtip muavini ve lüzumuna göre de kâtip bulundurulur. Bütün kalemler bağlı oldukları daire reisinin nezaret ve emri altında çalışırlar.

Temyiz Dairelerinin Vazifeleri

Kanun, Temyiz Mahkemesinin her dairesinin vazifesini doğrudan doğruya tâyin etmiş ve her biri arasında işleri şu suretle tevzi etmiştir:

Birinci Hukuk Dairesi : Tesise ve gayri menkule ait aynî haklara mütaallik dâvaları;

İkinci Hukuk Dairesi : Şahıs ve aile hukukuna, nafakaya, vesayet, kayyımlik ve Müşavirliğe, mirasa ve ölüme bağlı tasarruflara ve nufus kayıtlarının tashihine mütaallik Asliye ve Sulh Mahkemelerinde bakılan dâvaları;

Üçüncü Hukuk Dairesi : Sulh Mahkemelerince görülüp

[1] Temyiz Mahkemesi Raportörleri hakkında 3032 sayılı Kanun.

ikinci hukuk ve ticaret dairelerinin vazifeleri haricinde kalan hukuk dâvalarını;

Dördüncü Hukuk Dairesi : Menkule ait aynî haklara ve Damga Kanununa tevfikan alınacak para cezalarına mütaallik dâvalarla dâva nakli ve hukuk ve ticaret ve iflâs dâvalarına ve icra takiplerine ait merci tâyini hususlarını;

Ticaret Dairesi : Asliye ve Sulh Mahkemelerinden ticarete mütaallik verilmiş olan hüküm ve kararları;

İcra ve İflâs Dairesi : İcra takipleri hukukuna ve iflâsa dair Ticaret Mahkemeleri ile tetkik mercilerinden verilecek hüküm ve kararlarla tetkik mercilerinin verecekleri ceza hükümlerini;
Tetkik ve rüyet eder.

Ceza Dairelerine Gelince :

Birinci Ceza Dairesi : Ceza Kanununda yazılı ölüm, müebbet veya muvakkat ağır hapis, müebbet sürgün, beş seneden fazla hapis ve âmme hizmetlerinden müebbeden memnuiyet cezalarını müstelzim suçlara ait hüküm ve kararları;

İkinci Ceza Dairesi : Sulh Mahkemelerince Ceza Kanununa tevfikan görülen ceza dâvalarını;

Üçüncü Ceza Dairesi : Hususî kanunlara tevfikan Asliye ve Sulh Mahkemelerince görülen ceza dâvaları ile cezada dâva nakli ve ceza tatbikatı Kanununun 36 ıncı maddesinde yazılı ve temyize mevdu kısma mütaallik merci tâyini hususlarını;

Dördüncü Ceza Dairesi İse : Birinci, ikinci ve üçüncü ceza dairelerinin vazifeleri haricinde kalan bilumum ceza dâvalarını tetkik ve rüyet eder.

Muhakemeleri temyize bırakılmış hâkim ve memurların [1] muhakemeleri fiilin mahiyetine göre mümasil fiillerin temyiz mercii olan daireye aittir. Bu takdirde temyiz ceza daireleri asliye mahkemesi sıfat ve salâhiyetini haiz olup verecekleri kararlar aleyhine temyiz tetkikatı ceza umumî heyetince yapılır.

Temyiz teşkilât kanunları hükümlerine göre hukuk ve ceza dairelerinin üstünde biri Hukuk diğeri Ceza olmak üzere iki Umumî heyet ile bir de Tevhidi İçtihat umumî heyeti vardır.

Hukuk umumî heyeti, hukuk ve ticaret dâvalarında mahallî mahkemeleri ile temyiz hukuk ve ticaret daireleri arasında hâdis olan ısrara mütaallik ihtilâfların hal merciidir.

Ceza umumî heyeti de, yalnız ceza dâvalarına munhasır ısrar kararları ile Baş müddeiumumî tarafından ceza daireleri ve İcra ve İflâs dairesinin cezaya mütaallik kararları aleyhine yapılan itirazların tetkik ve muhakemeleri temyize bırakılan hâkim ve memurlara ait dâvaların temyiz merciidir.

Askerî İdarî ve Adlî merciler arasında hâsıl olan icabî ve selbî ihtilâfların halli işiyle, temyiz hâkimlerinin vazifeye taallûk etmiyen suçlarının muhakemesi de Ceza umumî heyetine ait vazifelerdendir.

Tevhidi içtihat umumî heyeti ise, temyiz kararları arasında hâsıl olan tezat ve mübayenet ile temyiz hukuk daireleri arasında vazife noktasından tevellüt eden ihtilâfların halli vazife ve salâhiyetlerini haizdir.

Temyiz Mahkemesi Birinci Reisinin vazife ve salâhiyetleri

Temyiz mahkemesi birinci reisinin vazife ve salâhiyetlerini kazaî ve idarî olmak üzere ikiye ayırabiliriz:

1. — Kazaî bakımdan, birinci reis, hukuk ve ceza umumî heyetlerine riyaset ve bu heyetlere ait vazifeleri tanzim ve idare eder. Birinci reis aynı zamanda hukuk ve ceza umumî heyetlerinin, tevhidi içtihat için, yaptıkları müşterek toplantılara da reislik eder.

2. — Temyiz mahkemesine ait bilumum idarî salâhiyetler kanunen temyiz birinci reisine tevdi edilmiştir. Temyiz âzalarının dairelere ayrılması, icabında işi çok olan dairelere diğer dairelerden muvakkat âza gönderilmesi, birinci reisin salâhiyet ve takdirine terk edilmiş işlerdendir. Temyiz ikinci reislerinin vazife ifa edecekleri

[1] Valiler, Ağır Ceza Müddeiumumileri ve Hâkimleri, 80 lira ve daha yukarı maaşlı diğer Hâkimler ve bunlara tebean muhakemeleri görülecek olanlar.

dairenin tâyininde olduğu kadar tebdilinde de Adliye Vekili birinci reisin mütalâasını almak zaruretindedir. Dairelerden birinin işi âza sevki suretiyle başarılamıyacak derecede çoğaldığı takdirde birinci reisin teklifi üzerine o daireye ait vazifelerden bir kısmı Adliye Vekâletince diğer bir daireye tevdi olunabilir. Birinci reisin göstereceği lüzum üzerine reis ve âzalardan biri veya birkaçı umumî heyet vazifesinde kendisine yardım eder. Nihayet temyiz birinci reisinin temyiz mahkemesini teşkil eden bütün hâkimler üzerinde nezaret hakkı vardır.

Temyiz mahkemesine mütaallik vazifelerinden hariç olarak birinci reis:

A. — Avukatlar kanunu mucibince avukatlar hakkında tâyin edilen disiplin cezalarını tetkik vazifesi ile mükellef Haysiyet Divanının,

B. — Hâkimler kanununun 96 ıncı maddesi ile teşkil edilen Haysiyet Divanının,

C. — Hâkimler kanununun 51 inci maddesine göre hâkimler hakkında ayırma tetkikatı yapan 1 numaralı ayırma meclisi ile ayırma Meclisi umumî heyetinin,

D. — Hâkimler kanununun 122 inci maddesi hükümleri dahilinde vazife ifasına salâhiyetli inzıbat meclisinin de reisidir

Temyiz mahkemesi baş kâtip, baş kâtip muavini ve katipleri ile sair memurları, daireleri âmirinin inhası üzerine birinci reis tarafından tâyin olunur.

Hukuk ve Ceza Umumî Heyetleri ve vazifeleri

Temyiz mahkemesi umumî heyeti, yukarıda da işaret edildiği üzere, hukuk ve ceza olmak üzere iki kısımdır:

Hukuk umumî heyeti,hukuk, ticaret ve icra ve iflâs dairelerinden terekküp ve teşekkül eder. Vazifesi, hukuk ve ticarete taallûk eden dâvalarda hususi dairelerle mahallî mahkemeleri arasında hâsıl olan ısrara mütaallik ihtilâfların hal ve faslıdır.

Hukuk ve ticaret daireleri tarafından bozulan ve mahallî mahkemelerince bozmıya uyulmıyarak ısrar edilen kararlar, temyiz üzerine, mahallerinden doğrudan doğruya birinci reislik dairesine gönderilir. Birinci reis, hukuk umumî heyetini içtimaa davet eder. Duruşma talep edilmiyen işlerde tetkikat, temyiz tetkikatında olduğu gibi aynen, evrak üzerine yapılır. Birinci riyaset raportörü ihtilâf

edilen noktayı umumî heyete arz ve izah eder. Aleni olmıyan bu tetkikata kararına uyulmıyan hususi daire heyeti de iştirak edebilir. Murafaa talep edilen dâvalarda ise, umumî heyet tarafları dinledikten sonra kararını verir.

Ceza umumî heyetine gelince: Birinci reisin reisliğinde dört ceza dairesinin iştirkkiyle teşekkül eder. Vazifesi, mahallî ceza mahkemelerince verilen ısrar kararları ile Baş müddeiumumilik tarafından hususi ceza daireleri ve icra ve iflâs dairesinin cezaya taallûk eden kararları aleyhine yapılan itiraz evrakının tetkikidir. İcra ve iflâs dairesinden verilen cezaya mütaallik kararlar aleyhine itiraz vukuu halinde umumî heyet tetkikatına icra ve iflâs heyeti de iştirak eder. Her iki vazifenin ifasına mütedair tetkikat evrak üzerine yapılır. Bu işlere ait dosyalar Baş müdeiumumilik mütalâası ile ve aynı kanalla umumî heyetin tetkikine arzolunur. Hukukî meselelerde olduğu gibi burada da, Baş riyaset raportörü ihtilâf noktasını heyete bildirir. Celse aleni değildir; ısrara mütaallik kararların tetkikinde umumî heyette duruşma talep edilmesine kanunî imkân olmadığı gibi itirazların tetkiki sırasında da Baş müddeimumiliği temsilen kimse bulundurulmaz. Bilâkis kararı aleyhine ısrar veya itiraz edilen hususi daire heyeti, rey sahibi olarak, umumî heyet müzakeresine iştirak edebilirler [X].

Her iki umumî heyette müzakere nisabı mürettep adetlerin üçte ikisinin içtimaı ile hâsıl olur. Karar, mürettep adetlerin mutlak ekseriyetile verilir. Her iki kısımda ekseriyet temin edilemiyen meselelerde o kısma mensup olup müzakereye iştirak etmemiş âzalar davet ve keyfiyet bu şekilde tetkik olunarak mutlak ekseriyetle karar verilir. Aleni murafaa cereyan eden dâvalarda dahi ekseriyet hâsıl olmadığı takdirde yine bu suretle hareket edilir.

[x] Halbuki kanuna uygun olmadığı kanaat ve mucip sebepleri ile, ittihaz eylediği karar aleyhine ısrar olunmuş veya itiraz edilmiş bir temyiz heyetinin umumî heyet mesaisine iştirak ettirilmesi ve bilhassa rey sahibi sayılması müdafaa ve kabul edilmemek ve caiz görülmemek icap ederdi. Bunun için kuvvetli ve mantıki sebepler de mevcuttur: Bir kerre bu heyyet o hâdisede rey ve kanaatini izhar etmiş ve bu sebebe istinaden hükmü bozmuştur. Reyinden dönebilmesi pek zayıf bir itimal olmakla beraber bu hal ancak maddi hataların mevcudiyeti takdirinde bahis mevzuu olabilir. İkincisi, bu tetkikat bir temyiz tetkikatı olmayıp bir hakem tetkikatıdır ve ceza umumî heyeti de hakem vazife ve salâhiyetini haizdir Hakemin ise, aynı dâvada evvelden rey ve mütalâasını izhar etmemiş olması aslıdır. Bu noktaî nazar kabul edilmediği takdirde hiç olmazsa itiraza mütaallik bahislerde olsun, umumî heyet tetkikatına baş müddeiumumilik namına bir şahsın iştirak ettirilmesi şüphesiz çok lüzumlu bir keyfiyetti. Bununla beraber kanun vazıı, bu iki esaslı noktayı da nedense nazara almak istememiştir.

Bu takdirde murafaanın tekrarlanmasına hacet olmayıp evrakın okunması ile iktifa olunur.

Ceza umumî heyetinin üçüncü bir vazifesi de : muhakemeleri temyize bırakılmış olan hâkim ve memurlar hakkında hususi ceza dairelerince asliye mahekemesi sıfatile verilen kararların, temyizi üzerine, temyiz tetkikatı yapmaktır. Suç ağır cezaya mütaallik ise bu tetkikatın duruşma icrası suretiyle yapılmasını talep caizdir. Asıl dâvayı rüyet etmiş olan daire heyeti bu tetkikat veya duruşma sırasında bulunamaz. Bu şekilde toplanan umumî heyette içtima nisabı temini kabil olmadığı takdirde hukuk kısmından da âza alınır. Bu suretle temyiz tetkikatı icra eden umumî heyet kararlarına hükmü veren dairenin ısrar hakkı vardır. Israr üzerine umumî heyetçe ikinci defa aynı suretle verilen karara uymak mecburidir.

Tevhidi İçtihat Umumî Heyeti

Temyizin iki dairesi veya bir dairenin iki kararı arasında aynı meselede tezat ve mübayenet görüldüğü veya takarrür etmiş bir içtihadın tebdiline ihtiyaç hâsıl olduğu takdirde birinci reis, hukuk ve ceza umumî heyetlerini müşterek içtimaa davet eder. Her iki kısmın en az üçte ikisi ile teşekkül eden temyiz mahkemesi umumî heyeti ceza işlerinde, rey sahibi olarak, baş müddeiumumi veya vekilinin huzurunda meseleyi tetkik eyler. Burada da usulen celse alenî değildir.

Birinci reis, aralarında tezat ve mübeyenat görülen ilâmları ve içtihadın tebdili lüzumu halinde, içtihadın tebdilini icap ettiren sebepleri havi evrakı alâkalı daire veya dairelerden getirterek bunların hulâsalarını çıkarttıktan ve suretlerini çoğattıktan sonra toplantıdan en az üç gün evvel temyiz mahkemesi umumî heyetine tevzi ve toplantı gününü tâyin eder.

Birinci Reis, tevhidi içtihadı mucip olan meselelere bizzat vaziyet edebileceği gibi baş müddeiumuminin veya alâkadar dairelerin ihbar veya sevki ile de keyfiyete muttali olur. Mütebayin ilâmları veren daireler ile içtihadın sahibi olan daire dahi âzasından birini kendi noktai nazarını izah ve müdafaaya memur eyler. Tevhidi içtihat umumî heyeti mevcudun üçte ikisinin ittifaki ile karar verir. Ancak bu suretle ekseriyet nisabı hâsıl olmadığı takdirde tetkikat başka güne talik ve muayyen günde keyfiyet tekrar müzakere edilir. Bu defa mürettep adedin mutlak ekseriyeti ile karar ittihaz olunur.

Tevhidi içtihat kararları, kanuna iltihak ve mümasil işler hakkında riayeti zarurî ve mecburidir. Hiç bir mahkeme tevhidi içtihat

kararına sarahaten muhalif olarak bir hüküm tesis ve içtihat edemez.

Tezat ve mübayenet hakkında temyiz mahkesince ittihaz olunacak kararlar, taraflara tesir etmez.

Tevhidi içtihat umumî heyetinin diğer bir vazifesi de: temyiz hukuk ticaret ve icra ve iflâs daireleri arasında çıkan vazife ihtilâflarının hallidir. Ceza dâvalarına taallûk eden vazife ihtilâflarında vazifesizlik kararlarından biri aleyhine itiraz yoluna gidilmek suretile vazifeli dairenin ceza umumî heyetine tâyin ettirilmesi mümkündür. Hukukî meselelerde ise, itiraz yolu bahis mevzuu olamıyacağından bu kabil ihtilâfların halli, temyizin iki dairesi arasında aynı meselede tezat ve mubayenet bulunduğu mucip sebepleri ile tevhidi içtihat umumî heyetinin vazifesi arasına sokulmaktadır.

Hukuk dairelerinin çalışma tarzı ve temyiz tetkikatı

Hukuk, ticaret ve icra ve iflâs işlerine taallûk eden ve ancak şahsi hukuku alâkalandıran dâva evrakı, temyiz üzerine, mahallerinden doğrudan doğruya vazifeli temyiz dairesi namına sevk ve irsal olunur.

Medeni kanun ile nufus kanununun [3] âmme hukukunu alâkalandıran bazı maddelerine mütaallik kararlar dolayısiyle olan alâkasından başka, hukuk işlerinde baş müddeiumuminin rolü yoktur. Bu sebeple hukuk dosyaları esas itibarile baş müddeiumumilik dairesinden geçmezler. Ancak tetkik mercilerinden verilen ceza hükümleri ile (2500) kuruşa kadar olan alacak dâvalarına ait sulh mahkemeleri kararları bu kayıttan müstesnadır. Bu gibi dosyalar bilâkis baş müddeiumumilik yolu ile icra ve iflâs veya hukuk dairelerine sevkolunur.

Gerek hukuk ve ticaret ve gerek icra ve iflâs işlerine ait bilumum dâvaların temyizen tetkiki, kaide olarak, evrak üzerine yapılır. Daireye gelen dâva dosyaları sırasile, daire reisleri tarafından, âzaya veya raportörlere tevzi olunur. Âza ve raportörler, evrakı tetkik ederek hülâsalarını çıkarır ve tâyin olunan günde içtima eden heyete izah ve takrir ederler.

Hukuk muhakemeleri usulü kanununun 438 inci maddesi hükmünce boşanma veya ayrılmıya, hacir ve nesebe mütaallik dâvalar ile miktar veya kıymeti bin lirayı tecavüz eden alacak ve ayın dâva-

[3] Medeni kanun 71, 113, 245 ve 251 inci maddeleri.
Nufus kanununun muaddel 11 inci maddesi.

larında alâkalılardan biri tarafından talep edilirse temyiz tetkikatı istisnaen murafaaya tâbidir. Duruşma neticesinde hükmün tasdikına veya bozulmasına dair bir karar verilir [4] Temyiz dairelerince verilecek kararlar ekseriyetle ittihaz olunur. Tetkikatı ikmal edilen ve karara bağlanan her evrak yine vazifeli daireler tarafından doğruca mahallî makemelerine iade olunur.

Ceza dairelerinin çalışma tarzı ve Temyiz tetkikatı

Ceza dairelerinde de, hukuk dairelerinde olduğu gibi, esas itibarile temyiz tetkikatı evrak üzerine, duruşmasız olarak yapılır. Baş müddeiumumilikten tebliğname ile birlikte dairelere tevdi edilen dosyalar, daire reisleri tarafından, tetkik edilerek hulâsaları çıkarılmak üzere âza ve raportörlere taksim ve tevzi olunur. Ceza dairelerine gönderilen dosyalara da geliş sırasına göre birer numara verilir ve bu sıra numarasına göre de önce gelenin tetkiki sonra geleninkinden evvel yapılır. Ancak, müstesna olarak memur işleri, meşhut suçlar, mevkuflu dâvalar diğerlerine tercih ve onlardan evvel tetkik olunur. Âza ve raportörler tarafından tetkikatı ikmal ve hulâsaları hazırlanan dosyalar, reis tarafından tâyin olunan günde, heyete izah ve takrir olunur.

Ağır cezaya taallük eden hükümlerde temyiz ceza daireleri tetkiklerini maznunlarının istekleri üzerine veya dilerlerse re'sen duruşma icrası suretile yaparlar. Duruşma için tâyin edilen günden maznuna veya talebi üzerine müdafiine haber ve malûmat verilir. Maznun mevkuf değilse duruşmada hazır bulunabileceği gibi kendisini vekâletnameyi haiz bir müdafi ile de temsil ettirebilir. Şayet maznun mevkuf ise duruşmada bizzat ispatı vücut dileğinde bulunamaz.

Duruşmıya, raportör âza tarafından evvelce hazırlanıp imza edilerek dosyasına konulan raporun okunması ile başlanır. Raportörün başka bir ilâvesi olmadığı anlaşıldıktan sonra maznuna veya müdafiine ve bilâhara baş müddeiumumiye veya namına gelen muavine iddialarını izah ve beyan için ayrı ayrı söz verilir. Son söz yine

[4] İster hukuk ister ceza olsun temyiz daireleri, tetkik ve hükme rapt ettikleri her dâva için asıl hükmü veren hâkim hakkında muvaffakiyeti derecesini gösteren bir fiş doldururlar.Dâva,toplu mahkemelerden gönderilmiş ise her hâkim için ayrı fiş tanzim edilir. Bu fişler daire reisleri tarafından imza edilerek muayyen zamanlarda adliye vekâletine gönderilir. Israr kararları üzerine temyiz umumî heyetlerince tetkik olunan dâvalara ait fişler birinci reislik tarafından tanzim ve imza olunur.

Temyiz mahkemesinin tasdik ve bozma nisbetleri, hâkimlerin ehliyet ve muvaffakiyetleri derecesinin tesbit ve tâyinine ve binnetice terfileri esasına müessir olduğundan bu fişlerin bu bakımdan mühim kıymetleri vardır.

maznuna veya müdafiine verildikten sonra duruşma nihâyet bulur. Karara rapt edilip, dairece işi biten dosyalar, baş müddeiumumiliğe iade olunur.

Baş Müddeiumuminin vazife ve salâhiyetleri ve Baş müddeiumumilik dairesinin çalışma tarzı

Adâletin iyi şekilde tevziini, kanunların hüsnü suretle tatbikını murakabeye memur, âmme hukukunun koruyucusu ve icra kuvvetinin kaza kuvveti nezdinde mümessili bulunan müddeiumumilik heyeti üzerinede nezaret hakkını haiz temyiz mahkemesi baş müddeiumumisinin vazife ve salâhiyetleri [5] kısmen temyiz teşkilât kanunları ile ceza muhakemeleri usulü kanununun 322 inci maddesinde gösterilmiştir. Temyiz daireleri arasında müstakar içtihadın temin ve idamesinde büyük bir mevkii bulunduğuna hiç şüphe edilemiyen baş müddeiumuminin vazife ve salâhiyetlerini altı maddede toplayabiliriz:

I. — Ceza hükümlerinin âmme hukuku bakımından tetkiki,
II. — Temyiz kararlarına karşı itiraz hakkı,
III. — Temyiz kararlarına karşı tashihi karar hakkı,
IV. — Yazılı emire mütaallik vazifeleri,
V. — Hukuk dâvalarında nef'anlilkanun temyiz salâhiyeti,
VI. — Asliye müddeiumumisi sıfatile olan vazifeleri.

Mabadi var.

[5] Başmüddeiumumilik dairesine gelen ve temyiz dairelerine sevk olunan muhtelif işler hakkında bir mukayese yapabilmek ve bu hususta umumi bir bilgi edinmek için, dairede tanzim edilmekte bulunan senelik istatistiklerden son üç seneye ait olanlarını tetkik faydalı olacağı kanaatiyle aşağıya aynen geçirilmiştir:

	940 Senesi	941 Senesi	942 Senesi
Geçen seneden devir	000	000	000
Birinci reisliğe verilen	634	574	630
Birinci cezaya verilen	3523	3432	3521
İkinci „ „	9615	10073	11485
Üçüncü „ „	8962	10116	11126
Dördüncü „ „	12084	11700	11203
Hukuk evrakı	172	134	78
Yazılı emir	1904	1408	1008
İtiraz evrakı	206	228	173
Tashihi karar	650	684	762
İcra işleri	198	527	407
Tekit masasına	39	46	54
Müteferrik istida ve lâyihalar	127	146	102
Dâva nakli	63	54	48
Muhaberat	5454	4432	4898
Varide yehûnu	43631	43554	45595
Rüyet „	43631	43554	45495
Devir „	00000	00000	00000

No: 40

Suçluların terbiye ve ıslahı [1]

Yazan:
Dr. Nurullah KUNTER

İkinci kısım

Suçluların terbiye ve ıslahı sahasındaki çalışmalardan bugüne kadar müsbet netice elde edilemeyişinin sebepleri

VIII Emek ve masraf israfı.
IX Ceza kanunlarının ıslah esasına göre tanzim edilmemiş olması.
X Terbiye ve ıslah vasıtaları teminindeki güçlükler.
XI Serbest bırakılan mahkûmlara yardım edilmemesi.
XII Personel müşkülâtı.
XIII Cemiyetinin ıslah lüzumu.
XIV Devlet hakkındaki telâkkilerin değişmesi.

VIII

Birinci kısımda terbiye ve ıslah fikrinin nasıl doğduğunu ve geliştiğini ve nasıl bir mesele haline geldiğini göstermeğe çalıştık. Şimdi de terbiye ve ıslahtan beklenilen neticelerin bütün dünyada bugüne kadar niçin tamamen elde edilemediğinin sebeplerini araştırmak istiyoruz.

Terbiye ve ıslah fikirlerinin, tatbik edilmeğe çalışıldığı ilk günlerden bugüne kadar müsbet neticaler vermemiş olmasının birinci sebebi, bütün mahkûmların ıslahına çalışılması suretile emek ve masrafın dağıtılmış, bir noktada teksif edilmemiş olmasıdır. Hüriyeti tahdit edilen bütün mahkûmlar hakikaten terbiye ve ıslaha muhtaç mıdırlar veya muhtaç iseler bile terbiye ve ıslaha müsait midirler ? İlk önce bu noktaların aydınlatılması lâzım gelirdi.

a) Bir kere suç işler işlemez pişman olan, kendi kendini ıslah edenler vardır. Islah maksadı ile bunların hüriyetlerinin tehdidi lüzumsuz ve hattâ zararlıdır. İntikam veya ibret maksadile hapsedil-

[1] Bu yazının baş tarafı geçen sayıda 413. sahifededir.

meleri de keza faydadan çok zarar doğurur. Böyle bir adamı hapsetmek, hele bugünkü şartlar altında, onu kaybetmek demektir. İşte bu zararı önleyebilmek içindir ki cezaların tecili müessesesi kabul edilmiştir.

Demek ki ceza kanunları cezaların tatbikinde ıslah imkân ve derecesini nazara almıyor. Islaha muhtaç olmıyanlar da ceza evlerine geliyorlar. Bunlar hakkında müspet bir şey yapılmasından vazgeçtik. Menfi tesirlere mâni olalım, kâfi.

b) Islah kelimesinden daha ziyade mânevî ıslah, ahlâkî ve mânevî bir salâh mânası anlaşılmaktadır. Ceza ile ahlâkın sahaları daima bir olmadığından hukukan suç sayılan bazı hareketlerin ahlâkan da suç olmaması mümkündür. Devletler bazı mülâhazalarla, ahlâkan menedilmeyen bazı hareketleri ceza kanunları ile menetmek lüzumunu duymuşlardır. Böylece o vakte kadar suç sayılmayan bir hareketi yeni kanunun çıktığı gün işlemiş olan kimseyi nasıl ıslah edeceğiz? Sonra, suçludan anlaşılan mânada da ittifak yoktur. Bir memlekette yasak olan fiil, meselâ alkollü içki içmek komşu memlekette serbesttir. Bu memlekette serbest olan çocuk düşürme öteki memlekette yasaktır. Kendi memleketinde serbest olan fiili, o hareketi suç sayan memlekette işliyen kimseyi hapsettiğimizi farzedelim. Yaptığının fena bir hareket olduğunu ona nasıl öğreteceğiz ve bir daha yapmamasını, ıslah olmasını nasıl temin edeceğiz?

c) Islahtan, mânevî ıslah mânası çıkarılması ıslah işini büsbütün güçleştirmektedir. Ahlâkî ve mânevî ıslah, fazilet aşkı ve fenalıktan nefret duyguları, çok yüksek ruhî vasıflara ihtiyaç gösterir. Bunları da cezaevi sakinleri arasında bulmak çok müşküldür. Böyle bir ıslahı ancak din isteyebilir ve din adamları böyle bir ıslahı temine uğraşabilirler. Onların da karşılaşacakları güçlükler ve muvaffakiyet ihtimalleri ayrıca münakaşa edilebilir [1]. Ceza evleri idarelerinin böyle muhal derecede güç bir işle tavzif edilmesi ne mümkün ve ne de doğrudur. Mümkün değildir, çünkü ahlâk öğretilmez, tecrübe ile, pratik ile öğrenilir. Doğru değildir, çünkü elde edilmesi imkânsız denecek kadar güç olan bir gayenin peşinden koşmak abes olur.

Elde edilebilecek olan şudur: Mahkûm, suçların nadiren cezasız kaldığına kani olsun. Fena itiyatlarını azaltsın. İyilerini kazansın.

[1] MOSSE *(A.): L'enseignement religieux dans les prisons.* (Variétés pénitentiaires, I Kısım, Paris, Sirey, 1931, S. 85)

İşile gücü ile çalışmakta, namusu ile hareket etmekte hakikî menfaatı olduğunu anlasın. Bu bize yeter [1] .

ç) Mahkûmlar terbiye ve ıslah kabiliyetlerine göre ayrılmadıklarından bunlar hakkında sarf edilen emekler çok defa boşa gitmek tedir. Fena temaslar, kötü arkadaşlar elde edilen müspet neticelerin kıymetini azaltmaktadırlar. Terbiyeciler umumî mekteplerde bile çoçukların birbirine yakın vasıfta olanların aynı sınıfta toplamak lüzumunu ileri sürmüşlerdir. Standardize bir tahsil bazı kabiliyetleri tekemmül ettirememektedir. Umumî öğretim yanında anormal ve gecikmiş çocuklar için hususî bir öğretim istenilmektedir [2].

IX

Terbiye ve ıslah fikirlerinden şimdiye kadar istenilen neticelerin elde edilememesinin ikinci sebebi de ceza kanunlarının bu netice göz önünde tutularak tanzim edilmemiş olmasıdır.

a) Muhakkak olan bir şey varsa o da terbiye ve ıslahın bir zaman meselesi olduğudur. Bir günde, bir haftada hattâ bir ayda bir mahkûmu ıslah kabil olmaz. Bilhassa ahlâkî redaeti fazla ve bu bakımdan ıslaha en fazla muhtaç olanlar küçük suçlarla işe başlarlar cezaları da kısa olur; ıslahı temin etmeğe imkân bulunmaz. İkinci, üçüncü ve müteakip cezalar biraz daha uzun olurlarsa da artık iş işten geçmiş bulunur. Ağaç kartlaşmıştır, kolay kolay eğilmez. İslah ümitleri ilk mahkûmiyette fazladır. Ondan sonra gittikçe artan bir nisbet dahilinde muvaffakiyet ihtimali azalır. Görülüyorki ıslaha en muhtaç olanlara kanunlar ıslaha imkân vermiyen kısa cezalar koyuyorlar. Bu birinci tenakuz.

b) Diğer taraftan uzun müddetli cezalara mahkûm olanların ıslahları için kâfi derecede vakıt vardır. Fakat bu mahkûmların da çoğunun ıslaha pek ihtiyaçları yoktur. Bunlar umumiyetle en kötü suçlular değildir. Tecrübeler bunu göstermektedir [3]. İşte burada da ceza kanunları ile ceza infazı icapları arasındaki ikinci tezatı görüyoruz.

---

[1] BRETON (C.): *Prison et emprisonnement.* Paris; 1875. S. 111.

[2] MONTESANO (G.): *Relazione* al congresso di criminologia. Vol. V. S. 235. CORNIL (P.): *Quelques considérations sur les effets de l'emprisonnement.* Revue de droit pénal et de criminologie. 1935. S. 1294. IRMAK (sadi): *Kendimize doğru (memleketimizin bazı meseleleri).* İstanbul, 1943 S. 47

[3] MOSSE (A.): *Les prisons et les institutions d'éducation corrective.* Paris, 2. tabı, 1939 S. 11

Görülüyor ki bugünkü ceza sistemi ıslaha müsait bir sistem değildir. At var, meydan yok. Meydan var, at yok.

X

Mahkûmları terbiye ve ıslahı sahasındaki çalışmaların şimdiye kadar müsmir netice vermemesi sebeplerinden birisi de ceza evlerinde terbiye ve ıslah vasıtalarını teminde çekilen güçlüklerdir.

a) Mahkûmun ıslahı ve cemiyete faydalı bir unsur olarak iadesi için kullanılan vasıtaların birincisi iştir, çalışmadır. Fakat iş bulmak, mahkûmları çalıştırabilmek hiç bir zaman kolay olmamıştır. Bir zamanlar serbest işçi ve sanatkârlar çalışan mahkûmların kendilerine haksız rekabet yaptıklarını iddia etmişler, isyanlar çıkarmışlardır. Hattâ bazı yerlerde mahkûmların çalıştırılması yasak edilmiştir [1]. Tabii bu yasağın neticeleri o kadar fena olmuştur ki mahkûmların tekrar çalıştırılmasına başlanmış, fakat rekabeti önliyecek tedbirler alınmıştır. Ya muayyen bazı sanatların icrası menedilmiştir: Norveçte küçük sanatların, İtalyada mahallî küçük sanatların ceza evlerinde yasak edilmesi gibi. Yahut da muayyen sanatların icrası emredilmiştir. Meselâ İtalyada memlekette ihtiyaçtan eksik olan sanatların veya umumî mahiyette sanatların irası gibi. Bazen de ziraî işler veya uzun bir çıraklığa lüzum gösteren işler tavsiye edilmiştir. Nihayet Birleşik Amerika devletlerinde olduğu gibi mahsulât ve muamelâtın harice satışı yasak edilmiştir. Hulâsa rekabet yüzünden mahkâmları çalıştırmak çok güçleşmiştir [2].

Çok defa da iş bulmak kabil olamamıştır. Islah vasıtası olan işi devamlı olarak bulmak hemen daima müşkül olmuştur. Hemen bütün memleketlerde ceza evlerindeki fabrika ve atölyelerde kâfi derecede iş bulmak en mühim bir mesele haline gelmiştir. Bunun için de siparişleri tevhit etmek üzere merkezî idareler kurulması, devlet dairelerinin siparişlerinden bir kısmını ceza evleri iş bürosuna vermeleri gibi hükümler kabul edilmek mecburiyetinde kalınmıştır. Belçika, İtalya ve Birleşik Amerika' da olduğu gibi.

Mahkûmların çalıştırılması iktisadî ve malî bir çok teşkilât güçlüklerini doğurmuştur. Sermaye bulunması, hesapların ticarî usulle tutulması ve teknik bir personele işin idaresinin verilmesi gibi bir çok meseleler mahkûmların muntazam ve devamlı çalıştırılmalarına uzun müddet engel olmuştur. Hususî şahıslarla idare arasında yapı-

[1] BERTRAND (E.): *Leçons pénitentiaires*, Louvain, 1932—34, S. 540

[2] KUNTER (Nurullah): *Le travail pénal*, Lausanne, Payot, Paris, Sirey; 1940. S. 137 ve 143

lan anlaşmalar neticesinde mahkûmların amele gibi çalıştırılmasının ıslaha yardım etmediği görülmüş, ceza evlerindeki iş teşkilâtını devletin idare etmesi istenilmiştir.

Küçük cezaevlerinde mahkûm sayısının az oluşu ve mahkûmiyet müddetlerinin kısa bulunuşu dolayısile mütemadi girip çıkmalar muntazam bir iş teşkilâtı kurulmasına her memlekette mâni olmuştur. Mevkufların, mahkûm olmadıkları için çalıştırılabilip çalıştırılamayacağı uzun müddet münakaşa edilmiştir.

Çalışmalarına mukabil, mahkûmlara çok defa bir ücret verilmemiş, verildiği zaman da cazalarının ağırlığına göre muayyen nisbetlerde kesilerek kendilerine pek cüzi bir şey verilmiştir. Bu suretle işi hakikî ıslah vasıtası yapan kazanç hırsı ve azmi azalmıştır.

Ceza evleri binaları da çok defa mahkûmların çalışmasına müsait değildir. Yeni binalar yapılması veya tedariki de malî müşküllerle karşılaşmıştır.

Hülâsa, bu ve bunun gibi bir çok müşküller dünyanın her tarafında iş teşkilâtının muntazam bir hale konulmasına mâni olmuş ve bu suretle en mühim ıslah vasıtası olan iş ve çalışma bütün tesirini göstermemiştir.

b) Mahkûmların ıslahının ikinci vasıtası da öğretimdir. Mahkûmların çoğunun cahil oldukları görülmüş ve ceza evlerinde okutmıya ehemmiyet verilmiştir. Fakat bazan çok ileri gidilmiş, meselâ Amerika'da mahkûmlara üniversite tahsili bile yaptırılmıştır [1]

Büyüklerde öğretim çocuklardakinden farklıdır. Nihayet meslekî öğretim ise büyük müşküllerle karşılaşır. Hapishanelerde öğretilecek meslekler gayet mahduttur.

Ceza evlerinde kütüpaneler olması, mahkûmlara münasip konferanslar verilmesi hemen her yerde temenni edilmiş ise de mahkûmlara okutturulacak kitap ve gazeteleri seçmekteki müşkülât, hakikî konferansçı bulmakdaki güçük bu usullerden hakkile istifade edilmesine engel olmuştur. Lombrozo ceza evlerinde kitapların maneviyatı takviyeden ziyade mahkûmları daha ziyada tahrike ve kötülüğe imaleye yaradığını söylüyordu [2]

Hayır ve şefkat sahibi kimselerin ziyaretleri, müzik ve sair müteferri ıslah vasıtaları da bugüne kadar esaslı bir surette tatbik edilmemiştir.

---

[1] HODDER (Jessie D.): *rapport* au Congres pénal et pénitentiaire de Prague (1930).

[2] LOMBROSO: *Palimpestes des prisons* (BERTRAND' nın *Leçons pénitentiaires*' inde bahsedilmiştir S. 577).

c) Mahkûmların ıslahında dinî ve ahlakî terbiyenin de rolü büyüktür. Bilhassa İngiltere'de din adamları ceza infazındaki ehemmiyetli bir yer işgal ederler. Fakat toplu sistemin tatbik edildiği yerlerde din adamlarının tesirleri fazla ileri gidememiştir. Müşterek hayatın mahkûmlar üzerindeki kötü tesirleri din ve ahlâkın müspet tesirlerini izale etmektedir.

XI

Mahkûmları ceza evlerinde ıslah etmek te kâfi değildir. Ceza müddeti bitince ceza evlerinin kapılarını açıyoruz. Mahkûmu serbest hayata salıveriyoruz. Ve bir daha onunla meşgul olmuyoruz. Cezasını çekerek cemiyete karşı borcunu ödemiş olan veya ıslah olarak cemiyet hayatına karışabilecek hale gelmiş olan mahkûm nereye gitse iş bulamaz. Namuslu insanlar bunlara karşı nefret duymasalar bile itimat etmezler. Kötü arkadaşlar ise bunlara kucaklarını açmışlardır [1] Mahkûmun elinde, çalışmasında biriktirdiği üç beş kuruşu varsa, o da pek az zamanda erir. Ceza evinde ıslah edilmiş olmasına rağmen mahkûm nihayet kendi irade zayıflığı veya muhitin alâkasızlığı ile tekrar suça doğru sürüklenir. Uzun müddet kapalı bir hayat yaşıyan mahkûm, birden bire serbest hayatın bütün mesuliyetlerine katlanabilmesi, cazibelerinden kendini koruyabilmesi için hazırlıksızdır. Adeta dünyaya yeniden gelmiş gibidir. İlk adımlarını sendeliyerek atar. Elinden tutan olmadığı için de çok kere düşer. Bu suretle ıslaha sarfettiğiz bütün emeklerin boşa gittiğini, bütün ümitlerimizin suya düştüğünü görürüz.

Patronaj [2] denilen bu ceza sonrası tedbirin lüzum ve ehemmiyeti hakkında bütün cezacılar ve içtimaî ilimlerle uğraşanlar birleşirler.[3] Fakat bu himayenin ne şekilde yapılacağı ihtilâflıdır. Kimisi devlet elile olsun der, kimisi devletin vazifesi değildir diyerek hususî teşebbüslere bırakılmasını ister. Büyük halk kütlesi henüz patronajın lüzumunu hakkı ile takdir edememiştir. Patronaj nihayet paraya dayanır. Bunun temini de her zaman kolay olmamaktadır. İş bulunciya kadar ceza evlerinden çıkanları çalıştırmak ve onlara yatacak yer ve yiyecek temin etmek istenilmiştir. Fakat gayrı muntazam bir işçi kütlesi ile randımanlı bir iş teşkilâtı kurmak müşkülâtı ile karşılaşılmıştır. Nihayet bugünkü ceza infaz sistemlerine göre cezaevlerinden

[1] DELIENEUX (A): *rapport* au Congrès int pénal et pénitentiaire de Berlin [1935].

[2] EREM (Faruk): *Patronj*. (Adliye Ceridesi. 1940. S. 659)

[3] ROUX (J. A.): *La crise de la libération*. (Revue internationale de dorit pénal 1930 s. 15).

her çıkan muhakkak ıslah edilmiş olmadığından, iyilerin arasında kötüler de bulumakta ve iş bulmasi için tavsiye edilen kimseler de haklı olarak tereddüt etmektedirler.

XII

Mahkûmları ıslah etmekte karşılaşılan en büyük güçlüklerden biri de personel meselesidir.

Mahkemenin şu kadar sene şu kadar ay hapse mahkûm ettiği suçlunun hapisanenin dört dıvarları arasında hattâ bir hücresinde bile kendi kendine ıslah olmasına imkân yoktur. Pedagojik, psikolojik ve antropolojik ihtisası olan bir personel olmazsa mahkûmlar müşahede devresinde ıslah kabiliyetlerine göre sınıflara ayrılamaz. Bu yüzden de, ve ayrıca ıslah vazifesini yapabilecek memurlar olmaması sebebile kategorilere göre hususî bir tretman da takip olunamaz.

Mahkûmların ıslahında en büyük âmil olan işin teşkilâtlandırılması ve atölyelerin muntazam işletilebilmesi ve hesapların tutulması için de ayrıca teknik bir personele ihtiyaç olduğu açık bir hakikattir. Hemen bütün memleketlerdeki personel seviyesinin düşük olması yüzünden ıslahtan beklenilenler tamamen elde edilememiştir. Personel vaziyetini düzelten memleketlerde neticeler çok ümit vericidir.

XIII

Mahkûmları ıslah etmek istedik ve hepsini değilse bile büyük bir kısmını ıslah ettik farzedelim. Mahkûmun iyi niyetlerle temiz hava teneffüs etmek üzere serbest hayata döndüğünü kabul edelim. Fakat bu serbest dediğimiz hayatın havası temiz değilse ne olacak? [1]. Elde ettiğimiz ıslahtan ne bekliyebileceğiz?

Şu halde mahkûmun ıslahının tamam olması için bir ikinci ıslaha, cemiyetin ıslahına lüzum vardır. Suçluluk sebeplerini ceza yerine geçen tedbirler [2] ile kökünden yoketmeğe çalışmadıkça, içtimaî hıfzıssıhhayı ihmâl ettikçe mahkûmların terbiye ve ıslahından çok şey beklemek haksızlık olur.

XIV

İslah fikirlerine en büyük darbeyi vuran son zamanlarda bazı memleketlerde devlet hakkındaki telâkkilerin değişmesi olmuştur.

[1] FERRI (E.): *Lavoro e celle dei condannati* (Studii sulla criminalità'da. 2. tabı. Torino, 1926 S. 106)

[2] KUNTER (N.): *Ceza yerine geçen tedbirler.* Adliye ceridesi, 1943, S. 231

Devlet telâkkileri değişince ceza ve infaz hakkındaki telâkkiler de onun tesiri altında değişmişlerdir. Bu değişiklik cezanın gayelerinde de kendini göstermiş ve ceza vasıtası ile mahkûmların terbiye ve ıslahı fikirleri de demokratik ve liberal müesseseler olarak telâkki edilmeğe başlanmıştır [1].

Almanya'da hukukî nizamda devlet mefhumu yerine halk ve ırk mefhumları kaim olmuştur. Arî kandan olup olmadığına göre vatandaşlar arasında bir fark gözetilmektedir. Arî kandan olanlar bütün âmme haklarına ve siyasî haklara mâliktirler. Diğerleri sadece Alman tebaasıdır. Devlet, siyasî hâkimiyete tâbi bütün fertlerden teşekkül eder. Fakat halk aynı kanı taşıyanların tapluluğudur. Bütün Alman hukuku ve ceza hukuku, vazife ve şeref hislerinden ilham alarak bu yeni esaslar üzerine kurulmuştur. Ceza hukuku artık, maddî menfaatleri himaye eden bir sistem değildir. Irkın temizliğini tahakkuk ettirmek, arî ırkının hayatî kıymetlerini muhafaza etmek başlıca gaye olmuştur. Tenkilde gaye ne intikamdır ne de ıslah. Cezanın gayesi bir istifadır. Vatandaşlar aşağı ve yukarı tabaka olarak ayrıldığından ceza, çaptırıldığı kimseyi aşağı tabakaya indirir. Haysiyeti kıran suçlarda ceza siyasî hakları kaybetmektir. Daha ağır hallerde kan topluluğundan çıkarılmaktır. Nihayet hiyanet gibi ağırlığı en fazla hallerde müebbet cezalar ve ölümdür [2].

XX. asır başında ceza hukukundaki liberal telâkkilerin tesirinde kalan 7 temmuz 1923 tarihli hürriyeti kaldıran cezaların infazı nizamnamesinde (§ 48) bu nevi cezaların esasının ıslah fikri olduğu açıkça görülüyordu. Aynı fikre muhtelif Alman devletlerinin infaz hükümlerinde de rastlanıyordu. Hattâ 1927 tarihli cezaların infazı kanunu resmî projesinde de (§ 57) aynı esas muhafaza edilmişti.

1923 nizamnamesinde şöyle denilmişti: «Hürriyeti tahdit eden cezaların infazında, mahkûmların, bir daha suç işlememeleri için, mümkün olduğu kadar, nizama ve işe alışması ve ahlâkan takviye edilmesi lâzımdır. Mahkûmlara karşı ciddiyetle, âdaletle ve insanca muamele edilecektir. Onlardaki şeref hislerine dikkat edilecek ve bu hissin takviyesine çalışılacaktır.»

Yeni nazariyelerin tesiri altında yapılan 21 ağustos 1933 Prusya infaz kanununda ise artık şöyle denilmektedir: «Hürriyeti tahdit edici cezaların infazında mahkûmlar yaptıkları kötülüğün cezasını çekeceklerdir. Şahsî hürriyetin kaybedilmesi mahkûmlar için hissedilir

[1] RADBRUCH (G.): *Il pensiero educativo nell'esecuzione penale in Germania: ieri ed oggi.* Rivista di diritto penitenziario; 1935, S. 373

[2] DONNEDIEU DE VABRES (H.): *La politique criminelle des Etats autoritaires.* Paris, Sirey, 1938. S. 89

bir azap olacak ve hattâ tamamen ıslahı kabil olmıyanlar hakkında dahi yeni suçlar işlemek temayüllerine karşı uzun müddet dayanabilen mâniler yaratacak şekilde olmalıdır. Mahkûmler disipline ve nizama tâbidirler. İşe ve iş görmege alıştırılacaklar ve ahlâkan takviye edileceklerdir. Ceza infazı gayeleri ciddiyetle ve âdil bir şiddetle takip edilecektir. Lüzumsuz şiddetlerden sakınılacaktır. Mahkûmlarda şeref hislerine dikkat edilecak ve bu hissin takviyesine çalışılacaktır »

Görülüyor ki terbiye ve ıslah en son düşünülmektedir. Halbuki 1927 Carlsruhe kongresinde (I. K. V.) Cezanın terbiyevî kudretinin arttırılmasına yarıyacak bütün tedbirlerin alınması icap ettiğine ittifakla karar verilmiştir.

Ceza hukuku milletlerarası birliğinin alman grupu 1933 senesinde ceza infazındaki terbiyenin yeni gayesini şu temenni ile izhar etti: «Devletin bütün faaliyetlerinin esası olan halk topluluğuna kabul ediliş kaidesi ceza infazındaki terbiye fikrine yeni bir mâna vermiştir. Bu suretle seçimsiz ve muvaffakiyetsiz ıslah teşebbüslerinden, lâyik ve muktedir görülenlerin yeniden halk topluluğna girebilmesini göz önünde tutan şuurlu ve mesuliyetli bir faaliyete geçilerek muvaffakiyet ihtimalları arttırılacaktır.»

Görülüyorki ceza infazından talî mahiyette beklenilen terbiye ve ıslahın mânası da değişmiştir. Artık suçlunun cemiyet hayatına zahiren uydurulması istenmiyor. Kanunlara uygun şekilde yaşamak» kâfi değildir. Mahkûmun ahlâkan değişmesi, halk topluluğunun bir âzası olabilmesi bahis mevzuudur [2].

---

[1] RADBRUCH: *adı geçen eser*

[2] DAHM (Georg): *rapport* au Congrés pénitentiaire de Berlin (1935)

Üçüncü Kısım

(Suçluların terbiye ve ıslahından ne anlamalıyız

XV 1937 La Haye kongresi .

XVI Suçluların terbiye ve ıslahı bir gaye değil vasıtadır.

XVII Suçlu şahsiyetinin tetkiki lüzumu.

XVIII Hangi suçluların terbiye ve ıslahına çalışılmalıdır?

XV

Şimdiye kadar suçluların terbiye ve ıslahının ceza infazı sahasında gittikçe artan ehemmiyetini gördük. Terbiye ve ıslah sisteminin ne için tam verimle çalışamanığını tesbit etmeğe çalıştık. Şimdi de terbiye ve ıslahtan ne anlamak ve ne beklemek lazımgeldiğini araştıracağız.

Fakat bundan önce, 1937 senesinde La Haye'de toplanan ve Mukayeseli Hukuk Milletlerarası Akademisi tarafından hazırlanan Milletlerarası Mukayesli Hukuk İkinci Kongresinin «suçluların ahlâkî terbiyesi ve cemiyet hayatına yeniden uydurulabilmesinin teşkilâtlandırılması» meselesi hakkında kabul ettiği kararı, bir fikir verebilmek üzere, nakletmeği muvafık bulduk.

«1. Kongre, hürriyeti kaldıran cezaların ve emniyet tedbirlerinin daha ziyade cemiyeti suçluluğa karşı koruma icaplarına uyduğunu kabul etmekle beraber, bu ceza ve emniyet tedbirlerin infazı ile bir çok hallerde suçlunun ahlâkî terbiye ve ıslahının ve cemiyete yeniden uydurulmasının temin edilebileceği kanaatindedir.

2. Kısa müddetli hürriyeti kaldırıcı cezaların suç sirayetine sebep olması bakımından kaldırılmaları ve yerlerine adlî af, tecil, suçlunun tecrübe edilmesi (anglo - saksonların probation'i), ikametgâhta hapis gibi tedbirlerin alınması tavsiyeye şayandır.

3. Ceza ve ceza infazı milletler arası komisyonu tarafından hazırlanan ve Milletler Cemiyeti tarafından tavsiye olunan (mahkûmların tretmanı kaideleri (Ensemble de regles pour le traitement des prisonniers) insanî hayat için zaruri olan sıhhî, maddî ve mânevî basit şartların temini için bütün milletlerce kabul edilmesi icap eden asgari hükümleri teşkil eder.

4. İnfaz müesseselerinin ihtisaslaşması; bilhassa genç suçlular için, veremli mahkûmlar için, anormal suçlular için, mükerrirler için hususî müesseseler kurarak ve mümkün olduğu kadar mahkûmları suç saiklerine göre ayırarak tahakkuk etmelidir.

5. İnfaz muesseselerindeki mahkûmların yaşayışının, cezaların ceza olduğnnu göstermek üzere serbest hayattan tamamen farklı olması kabul edilmekle beraber; infaz rejiminin, suçluların talim ve terbiyesine ve zihnî terbiyelerindeki boşlukları giderecek tarzda teşkilâtlandırılması da zaruridir.

Islaha müsait suçluların ayrılması her suçlunun şahsiyetine ait ilmî ve pratik kriterlere göre yapılmalıdır. Bu işte mütehassıs kimselerin, bilhassa hekimlerin yardımı istenmelidir.

6. Suçluların cemiyette yerlerini tekrar almaları şartlarının daimî surette kontrol edilmesi, infaz rejiminin tedricen hafifletilmesi ve hapisane hayatından serbest hayata geçişi tanzim bakımından zaruridir.

7. İnfazın inkitaa uğraması tavsiye edilmez. Zira hürriyeti kaldıran cezalarda müşterek olan ceza vasfı ile inkita tezat halindedir. İnkita mahkûmun cemiyette tekrar yerini alması işine mâni olur.

8. Cezaların ve emniyet tedbirlerinin infazına mütehassıs bir otoritenin, bilhassa kazaî otoritenin bir mümessilinin nezaret etmesi temenni edilir.

9. Tekerrürün iyi bir surette önlenebilmesi için, salıverilen mahkûmlara yardım hakkındaki hususî teşebbüslerin neticeleri takdir edilmekle beraber, bu yardımların birleştirilmesi ve devam ettirilmesinin devlet tarafından temin edilmesi zaruridir.

10. Salıverildikten sonra hudut dışarısına çıkarılan yabancı mahkûmların vaziyeti hakkında tedbirler alınması temenni edilir. Bu tedbirler ya hususî bir muahedenin mevzuunu teşkil etmeli yahutta milletler arası kazaî işbirliği yahut hudut dışına atılan yabancıların umumî vaziyeti hakkındaki muahedelerde yer almalıdır."

XVI

Suçluların ne için terbiye ve ıslah edildiğini ve terbiye ve ıslaha ne kadar ehemmiyet verilmek lazımgeldigini anlamak için her şeyden önce cezanın gayeleri hakkındaki türlü görüş tarzları karşısında bir vaziyet almak lâzımdır.

Cezaların yahut bugün emniyet tedbirleri denilen ve cezalara eklenilen tedbirleri de ihtiva etmek üzere, tenkilî tedbirlerin bir tek esas gayesi vardır; topluluğun korunması [1]. Mademki insanlar toplu yaşamak mecburiyetindedirler ve bu topluluğun nizamının muhafazası ve müdafaası için de kaideler konulmuştnr. O halde bu kaideleri ihlâl edenler yani suç işliyenler hakkında cemiyet geniş mânası ile ceza dediğimiz müeyyideleri tatbik ederek sükûn ve nizamının korunmasını temin etmek zorundadır.

Şu halde ceza tatbiki cemiyet için bir zarurettir. Bu zaruret çok defa açıkça gösterilmemiş ve cezayı haklı göstermek için muhtelif beşerî hislerden istifade edilmek istenilmiştir: intikam hissi, adalet hissi, menfaat hissi, iyilik ve şefkat hisleri gibi. İnsan ne kadar aklı ile hareket eden bir mahluk olursa olsun, yine hislerinin tesiri altında kalır. Onun için bu hislerin tatmini de, topluluğun korunması ana gayesine zarar vermediği nisbette düşünülebilir ve düşünülmelidir de. Fakat muayyen bir suçlu sınıfı hakkında cemiyetin korunması için fennen gerekli bir tedbir alınırken, bu tedbir meselâ falan hissimizi tatmin etmiyorsa, artık o hissimizi yenmek kudretini göstermeliyiz.

Demek ki mesele topluluğun korunmasının ne şekilde en iyi olarak temin edilebileceği meselesine irca edilmiş oluyor. Bu sualin cevabını vermek için de eskiden olduğu gibi yalnız işlenen suçu gözönünde tutmak kâfi değildir. Eski sistemi Tarde ne güzel bir teşbihle anlatmıştır. «Suçlu canlı bir mankendir. Hâkim, işlediği suçun alâkadar olduğu kanun maddesini onun sırtına iğneler. Sonra da hapisane müdürü bu numarayı çıkarır, bir yenisini takar [2]

Elimizde bir çok cemiyetin müdafaası vasıtaları var. Bunlardan bir kısmı suçu işliyen hakkındadır: korkutma, terbiye ve ıslah, zarar vermez hale getirme. Bir kısmı da suç işlemesi muhtemel olanlar hakkındadır: korkutma. Şu halde suç sebeplerini iyice araştırmak ve suçlunun şahsiyetini iyice tanımak suretile bu vasıtalardan hangisinin cemiyetin korunmasını daha iyi temin edeceğini anlamak lâzım.

Hülâsa, suçlunun terbiye ve ıslahı bir gaye değil, bir vasıtadır; cemiyetin suçluluğa karşı korunma ve mücedele vasıtası.

Suçluları ıslahtan ne anlamak lâzım geldiğini de tesbit etmek lâzımdır. Daha önce de söylediğimiz gibi, tahakkuku imkânsız olan mânevî ıslahtan, suçluları fazilet timsali yapmaktan vaz geçip onları

[1] KUNTER (Nurullah): *Cezalardan neler bekliyoruz, neler beklemeliyiz?* (Siyasî İlimler Mecmuası. Nisan 1943 sayı 145, s. 16

[2] TARDE (G): *Pkilosophie pénale*. s. 445

cemiyete uydurmak, onlardaki içtimaî ve ahlâkî hisleri inkişaf ettirmekten ibaret bir kanunî ıslah ile iktifa etmeliyiz. Kısacası, «bütün dâva, eski kötü itiyatların yerine yenilerini ikame edebilmekte.» [1]

XVII

Pozitivist mekteptenberi suçluların tetkikine ilmin bu işe yarıyan her kolu ile başlanmıştır. Hattâ artık suç etiolojisi; suçlu antropolojisi, suçlu sosyolojisi, suçlu psikolojisi ve psikopatolojisi, andokrinolojisi, suçlu karakterolojisi. Birer müstakil ilim haline gelmiştir. Gaye, ceza verdiğimiz suçluyu tanımaktır. Hekimin yalnız hastalığa göre değil fakat hastanın bünyesine göre de ilâç verdiği gibi.

Suçlu şahsiyetinin tetkiki yalnız nazarî sahada kalmamıştır. Meselâ Belçika'da 1907 den 1920 senesine kadar Brüksel ceza evlerindeki infaz antropolojisi lâboratuvarlarının müsbet mesaisi neticesinde bu usul 1920 senesinde bütün Belçika cezaevlerine teşmil edildi. Prensip itibarile üç aydan fazlaya mahkûm olan her suçlu bu lâboratuvarlarda müşahade altına alınır.

Suçlunun müşahadesi biolojik, kriminolojik ve sosyal olmalıdır. Zira Vervaeck'in de değı gibi [2] suçun mahiyetini ve vahametini anlayabilmek için bir taraftan suçluların gerek maddî gerek zihnî ogranik ferdiyetlerini teşkil eden muhtelif unsurların tam bir tahlili, diğer taraftan içtimaî muhitin suç yaratan tesirlerini ifade eden tâyin edici ve hazırlayıcı âmillerin araştırılması lâzımdır. Araştırmalar göstermiştir ki suçluluk biolojik ve sosyal sebeplerin çok mütenevvi şekillerde iştiraklerile müdahalesinin bir neticesidir. Bu sebeplerden birinin diğerini ihmal ettirecek kadar kuvvetle hâkim olduğu vaka çok nadirdir. Çok defa uzvî bünye ve içtimaî muhit suç hazırlamakta ve ona hususî bir veçhe vermekte birleşmiştir. Bu sebeplerin çok derin bir surette tetkiki lâzımdır; zira cemiyeti müdafaa için alınacak tedbirlerin müddeti ve tretmanın nevi ancak buna göre tesbit edilebilir.

1905 Budapeşte Kongresi küçüklerin müesseselere yerleştirilmeden önce müşahade altına alınmasını kararlaştırmıştı. 1925 Londra kongresinde karar vermeden önce hâkimin cezayı hakkile tâyin edebilmesine yarıyacak bütün malûmatı elde etmesi lüzumu tebarüz ettirilmiş ve suçlunun ruhî ve uzvî bünyesini tamamen tanımak zaru-

[1] TÖR (Vedat Nedim): *İmralının insanları*. s. 47

[2] VERVAECK (L.): *rapport* au Congrès de criminologie de Rome (1938).

retinden bahsedilmiştir. Mahkûmiyet kararından sonra da mahkûmların ceza infaz müesseselerinin hususî kısımlarında akıl ve vücud muayenesine tâbi tutulmaları ve suçun biolojik ve sosyal sebeplerinin bu şekilde tesbiti kabil olduğu ve her mahkûma tatbik edilecek tretmanın ancak böyle tâyin edilebilceği kabul edilmiştir. 1930 Prag kongresinde suçluların müşahade ve muayeneleri için bütün milletlerce kabul edilebilecek bir metod tesbiti lüzumu ileri sürülmüş ve mütehassıslardan mürekkep bir komisyon teşkil edilmiştir. Bu komisyonun hazırladığı rapor 1937 senesinde Ceza ve ceza infazı milletlerarası komisyanunca da kabul edilmiştir.

1938 senesinde Rom'da toplanan kriminoloji milletlerarası birinci kogresinde ikinci mesele suçlunun şahsiyetinin tetkiki idi. Hemen bütün ilim adamlarının suçlu şahsiyetini tetkik zaruretini kabul ettikleri ve bir çok memleket kanunlarının böyle bir tetkiki cezaların ve emniyet tetbirlerinin tatbikine esas olarak aldıkları göz önünde tutularak bu tetkikte takip edilecek metodun ne olması lâzımgeldiği araştırılmıştır.

Suçlu şahsiyetinin tetkikinde takip edilecek metod, hâkimlerin kriminolojik bilgilerle teçhizi, mahkemelerde ihtisas uzuvlarından tam istifade imkânları meseleleri mevzuumuz haricinde kalır. Her halde muhakkak olan bir şey varsa o da cezaî müeyyideleri tatbik etmek için suçlunun şahsiyetinin bilinmesi lüzumudur. Müeyyideler bu şahsiyete göre, daima cemiyetin suçluluğa karşı korunması gayesi göz önünde tutularak seçilmelidir. Eğer suçlunun cemiyet dahilinde yaşama imkânları varsa, onu ıslah ederek yeni bir adam yaratmak en uygun en kazançlı bir yol olur. Hem suçlulukla mücadele edilmiş, hem de bir adam kazanılmış olur. Vervaeck diyor ki, suç sebepleri hakkında yapılan araştırmalar göstermiştir ki suçluluk,ferdin içtimaî hayata uymamasının bazan de hayatta bir istikametten tamamen mahrumiyetin bir ifadesidir [1].O halde infaz tretmananın esas hedefi suçluyu cemiyte yeniden uydurmak, kanunlarına uymak lüzumunu öğretmek ve bu kanunların lüzumunu anlatmk, ondaki ahlaki ve içtimaî hisleri inkişaf ettirmek değilmidir ?

Eğer suçlu cemiyet dahilinde yaşama kabiliyetini göstermiyorsa, onu cemiyetten müebbeden veya uzunca bir müddet uzaklaştırmak lâzımgelecektir.

Cezaların korkutucu tesirine gelince, bu tesir ıslah edici ceza-

[1] VERVAECK: *Considérations sur le traitement pénitentiaire.* (Revue de droit pénal et de criminologie. 1924, s.225)

larda da mevcuttur. Cünkü hüriyet tahdit edilmiştir. Fakat bu tesir ancak bütün tedbirlerin yerinde kullanilması ile kendini gösterebilir. Aksi takdirde meselâ Fransa'da olduğu gibi tecilin mübalagalı bir surette tatbiki ile birinci suçun daima cezasız kalacağı gibi yersiz kanaatler hâsıl olur [1]

İsviçre'de de Federal mahkemenin içtihadını tenkit eden müellifler suçlulara bir tecil hakkı tanımakla cezanın önleyici tesirinin yokedildiğini iddia etmektedirler [2]

XVIII

Suçluları ne için terbiye ve ıslah edeceğimizi anladıktan ve ıslahın hudutlarını çizdikden sonra sıra hangi suçluların terbiye ve ıslah edileceğini araştırmağa gelmiştir. Yukarıda da gördüğümüz gibi, bütün mahkûmların terbiye ve ıslahına çalışmak istenilmiştir. Ne böyle muazzam bir işi başarabilecek personel bulunabilmiştir, ne de bir kaç yüz ve hattâ binlerce mahkûmu ihtiva eden ceza evlerinde böyle ferdî bir tremana imkân vardir. Onun için yapılacak iş, hakikaten terbiye ve ıslah edilebilecek mahkûmları ayırmak ve bütün kuvveti bunlara hasretmektir. Bütün ihtimam kolaylıkla ıslah olabilen tesadüfî suçlularda teksif edilmeli, uzvî veya ruhî anormallikleri dolayısı ile ıslahı imkânsız olan suçlular için, hiç olmazsa şimdilik, emek ve vakit israf etmemelidir. [3].

Çocuk ve genç suçluların, ıslah ve terbiye faaliyetinin belli başlı mevzuunu teşkil ettiğini tekrara lüzum olmadığını sanıyoruz Onun için bu bahiste fazla duracak değiliz. Asıl mesele büyük suçluların ıslahında meydana çıkmaktadır: kimleri ıslah etmeli?

Bu husutaki fikirleri üç kısımda toplıyabiliriz:

a) Suçlular iki kısıma ayrılırlar: 1°) ceza evine girmiyecek olanlar, 2°) ceza evine girdikten sonra çıkmıyacak olanlar.

b) Suçluların hepsinin ıslahı kabildir. Bir kısmının ceza evine girmesine lüzum yoktur. Diğerlerinin ıslah için hususî bir tretmana ihtiyaçlaları vardır.

c) Bizim de iştirak ettiğimiz üçüncü fikre göre,suçlular üçe ayrıla

[1] DONNEDIEU DE VABRES: *La politiane criminelle des Etats autoritaires*. S. 208

[2] ANDRE [G.]: *Le pouvoir d' apprêciation du juge dans l' octroi du sursis.* [Journal des Tribunaux, I. Partie 1943. S. 199), CLERC (F.): *Introduction à l, ètude du code pénal suisse*. Lausanne, 1942, S. 144

[3] FERRI; *Lavoro e celle dei condannati*. S. 115

bilirler: 1°) kendi kendini ıslah edebilenler yani ceza evinde bir ıslah ve terbiye tretmanına muhtaç olmıyanlar, 2°) ahlâkî ve zihnî inkişaflarındaki boşlukları ıslah ve terbiye sayesinde doldurulabilecekler, 3°) Asosyal karakterleri icabı cemiyet içinde serbest yaşamaları tehlikeli olanlar.

Bütün mesele, ıslahı mümkün olmıyan suçluların mevcudiyeti meselesidir. 1890 senesinde Sen Petersburg' ta toplanan ceza infazı milletler arası dördüncü kongreside «bazı suçluların ıslahı kabil olmadığı kabul edilebilir mi ve edilirse cemiyeti bu kabil suçlulara karşı korumak için ne gibi çarelere baş vurmalıdır» diye sorulmuştu. Kongre şu kararı verdi: «ceza ve infaz bakımından mutlak surette ıslahı mümkün olmayan suçlu olduğu kabul edilmemekle beraber, tatbikatta ceza ve infazdan faydalanmayan ve itiyat ve meslek sebebiyle cemiyet kanunlarını takrar ihlal eden suçlular mevcut olduğunu da tecrübeler gösterdiğinden bunlar hakkında hususî tedbirler alınmasını encümen temenni eder".

Peşte'de 1905 senesinde toplanan beşinci infaz kongresi de; açıkta çalışmanın teşkilatlandırılması hakkındaki kararı arasında «bataklık kurtarmak, maden çıkarmak gibi ağır işlerde daha ziyade ıslahı mümkün olmıyan mahkûmlar çalıştırılmalıdır» diyerek bu çeşit suçluların mevcudiyetini dolayısile kabul etmektedir.

Buna rağmen ıslahı kabil olmıyan su uların mevcut olmadığını iddia edenler de yok değidir. Meselâ Bern kantonu dahilindeki Witzwil ziraî cezaevinin otuz seneden fazla müdürlüğünü yapmış olan Kellerhals 1930 Perag kongeresinde hakikaten ıslah edilmez suçluya rastlamadığını söylemiş ve eğer üzerinde tesir yapamadığım suçlu olmuşsa bunun kabahati bize aittir, zira onu ıslah edecek usulü bulmasını bilmemişizdir, demiştir [1]. Vedat Nedim Tör «İmralının İnsanları» nda bir ceza evi müdürüne şunları söyletiyor: «Ben mücrim bile olsa, her insanın içinde gizli bir ışıklı noktanın yandığına inanıyorum. Bu ışıkları büsbütün karatmıyalım» [2].

Bu iyimser fikirlere rağmen hakikat daha kötü ve daha acı olmakta devam ediyor [3].Mutlak surette değilse bile nisbî surette ıslahı kabil olmıyan suçluların mevcut olduğunu bugün müsbet ilmler göstermektedir. Nisbî surette salâh imkânı yoktur diyoruz, çünkü bugünün ilmi henüz onları ıslah etmek vasıta ve çaresini bulamamıştır. Pater·

[1] KELLERHASLS: *rapport* au congrès international pénal et pénitentiaire de Prage

[2] TÖR (Vedat Nedim): *İmralının insanları* s. 27

[3] *FERRI: (E.) Inchiesta sevizzera sui delinquenti incorrigibili.* (Studii sulla criminalità, da. 2. tabı. Torino, 1926 sa.574.)

son'un 1935 Berlin Kongresinde yaptığı teklifi bu mânada anlamaktayız: «Terbiye ve ıslah edilmez sanılan suçlular vardır, Fakat bu lar için dahi bütün ıslah ümitlerini kaybetmemelidir.» Dr. vervaeck de suçlu temayülleri olan kâhil anormallarin ahlakî terbiyeleri için psikopedagojik tretmanın muvaffakiyet imkânlarının çok az olduğunu itiraf etmekte; fakat bunun, bu suçluların da istikballerile alâkadar olmaktan vaz geçmeğe hakkımız olduğu mânasına gelmediğini de ilâve etmektedir [1]. Belçika ceza evleri müfettişi ve kriminoloji profesörü Pierre Cornil diyor ki; «Kriminolojik bilgilerimiz mükemmel olmaktan uzaktır. Islah edilmez suçlular sınıfı tamamile tesbit edilmemiştir. Fakat bu hal, her şeye rağmen çok kere terbiyesi mümkün olmıyan hakiki bir asosyal karşısında olduğumuzu sarahatle söylemekten bizi menedemez«[2]. Brüksel ceza evleri infaz antropolojisi servisini 1907 den 1937 senesine kadar idare eden Dr Lovis Vervaeck de şöyle demektedir: «şahsen, ne en ileri ilmin ne de en uzun bir tercübenin suçlu antropolojisinde ihtisas kazanmış hiç bir ruh hekmine tıbbî müşahade ve ne kadar uzun olursa olsun Lâboratuvar tercübeleri neticesinde böyle bir hüküm vermesine müsaade etmediğini kabul etmekte tereddüt etmiyoruz. Fakat, nazarî kanaatlerimiz ne olursa olsun suçluyu ıslahı kabil gibi kabul etmeli ve öylece hareket etmeliyiz. Ancak o zaman ona karşı olan içtimaî vazifemizi yapmış oluruz.»

Prensip olarak bu hükümü vazeden Vervaeck bir çok psikopatların ıslah edilmediğini müşahade etmiştir ve onların cezalandırılmadan içtimaî müdafaa müesseselerinde veya tıbbî enstitülerde enterne edilmesini teklif etmektedir.

1935 Berlin Kongresinde suçluların ıslahı fikrinin en hararetli taraftarlarından olduğunu gördüğümüz Gand ceza evi müdürü Delierneux üç sene önceki bir yazısında şunları demektedir: «Islahı kabil olmıyan suçluların mevcut olmadığını söyliyenler belki olacaktır. Fakat bunlar kalabalık laflardır. Kendilerine göre bir tesir de yaparlar. Fakat maalesef hakikata uymazlar. Anormal suçlular vardır. Profesyonel suçlular da vardır. Ve bunlar hakkındaki bütün ıslah teşebbüsleri bir netice vermemektedir. [3].

[1] VERVAECK: *Les possibilités de teraitement et de rééducation des anormaux à tendances antisociales.* (Revue de droit pénal et de criminologie, 1934 s; 454)

[2] CORNIL (P.) *:L'organisation de la rééducation morale et de la réadaptation sociale des délinquants.* (Revue de droit pénal et de cerîminologie. 1937, s. 386

[3] DELIERNEUX (A.): Le *mouvement pênitentiaire belge.* (Écrou mecmuasında, Temmuz 1932)

1938 Roma kriminoloji kongresine verdiği raporda Dr Benon diyor ki: «redaatı ahlâkiyesi fazla olan mükerrirlerin ahlakî ıslahı bir seraptır. Dinler bunda muvaffak olamadı. Modern cemiyetler de karşılaşacakları güçlüklerin azameti hakkında hayallere kapılmamalıdırlar. [1].

O halde Pierre Cornil ile beraber diyelim ki, kriminolojik bilgilerimiz kıt olduğu müddetçe, biz de takribî bir tasnif yapmakla iktifa etmek mecburiyetindeyiz. Tasnifin yanlış yapıldığını bize hadisat gösterdikçe suçluyu ıslahı kabil olanlar müessesinden ıslahı kabil olmıyanlar müessesinen veya oradan ötekine naklederiz. Fakat bildiğimiz ve muhakkak olan bir şey varsa o da ıslahı kabil olmayan suçluların ıslahı kabil olanlara nisbetle çok az olduğudur [2].

Roma üniveristesinde suçlu antroplojisi profesörü Dr di Tullio diyor ki: «Hakikî suçlu — ister doğuşta suçlu densin, ister bünyevî suçlu (délinquent constitutionnel) ister temayülî (délinquent par tendance) denilsin — umumiyetle ıslahı kabil olmıyan suçlu değildir. Bunun için de cemiyetin bunlara karşı katî tecrit ile veya ceza sistemi ile kendini müdafaa etmesi lâzım gelmez. Bilâkis, anomalilerin çok bariz ve çok şiddetli olduğu bazı şekiller müstesna, bir çok hallerde bu suçlular en az, içtimaî hayatta kullanılmalarına müsaade edecek kadar tadil ve ıslaha muhtaçtırlar [3].»

Birleşik Amerika'da federal cezaevleri idaresile mükellef olarak 1930 da kurulan (Federal Bureau of Prisons)un prensipleri arasında şunlar da vardır:

«Ceza ve ıslah evlerinin idaresinde mahkûmun menfaati ve cemiyetin müdafaası aynı zamanda nazara alınmalıdır. Topluluğun müessir bir şekilde korunması ancak, bütün ceza evlerinde iyi bir disiplin ve nezaret temin eden tretmanın ferdileşmesini ve fazla olarak ıslah imkânı hakikaten mevcut suçluların ıslahını göz önünde tutan bir programla kabil olur. Eğer hapse girenler girdiklerinden daha ümitsiz daha bozulmuş çıkarlarsa cemiyet muhafaza edilmiş olmaz. «Bureau» federal müesseselerde hapsolunan suçluların ferdî tretmanları ve müşahadeleri için en doğru bir yol takip etmektedir. Bu yol müesseseye göre tasnif ve her müessesede tretmanın ferdi-

[1] BENON (R): *rapport.* (Atti del congresso, Cilt III, S. 57)

[2] CORNIL (P.): *L' organisation de la rééducation morale et de la réadaptation sociale des délinquents* (Revue de droit pénal et de criminologie, 1937; S.381)

[3] DI TULLIO (B.): *Manuale di antropologia e psicologia criminale*, Roma, 1931, S. 308

leştirilmesi yoludur.Muayyen bazı kategoriler için meselâ uyuşturucu maddelere kendilerini kaptırmış olanlar yahut akıl hastaları veya kronik hastalar ve bir çok ağır suçlar işlemiş olan yola gelmez suçlular için hususî müesseseler tasarlanmıştır. Geri kalan suçlular da ıslah için müsait imkân gösterenler ve göstermiyenler diye ikiye ayrılmaktadır. Bu tasnif yapılırken yaş, şahsiyet, içtimaî muhit, adlî sicil ... vesair bütün unsurlar nazara alınmaktadır [1].»

Hülâsa, kriminolojik bilgilerimiz ıslahı kabil olmayanları katiyetle ayırt edemediği için bütün mahkûmların ıslahına ve cemiyet hayatına uydurulmasına çalışılarak yeni adam yaratmak, cemiyete yeni insanlar kazandırmak temenni edilir. Fakat imkân ve vasıtalarımız mahdut olduğu için, âzami randıman alabilmek maksadile, ilk önce ıslah için en müsait imkânlar gösterenlerden işe başlamak lâzımdır. Tedricen, imkân ve vasıtalar çoğaldıkça, diğerlerinin de ıslahına çalışmak hem ferdin hem cemiyetin menfaati icabıdır.

Dördüncü ve sonuncu kısımda suçluların nasıl ve ne gibi vasıtalarla ıslah ve terbiye edileceğini tetkik edeceğiz.

---

[1] FEDERAL BUREAU OF PRISONS: *Federal offenders* 1936 — 37. Kansas, 1938. (Hülâsası Recueil de documents en matières pénale et pénitentiaire, mars, 1939)

No: 41

Temyiz Mahkemesi İcra ve İflâs dairesinin mühim bir kararı

Yazan:
Dr. Amil ARTUS

Burada mevzuubahsetmek istediğimiz karar boşanma vukuunda tedbir nafakasının nihayetini tesbit eden bir karardır ki tatbikatta böyle bir karara çoktandır intizar olunuyordu. Bu karar bir çok tereddütlere ve münakaşalara nihayet vermek itibariyle çok mühimdir. Bu sebeple, daha ziyade tatbikatçılara hitap eden bu mecmuada bu mühim kararı mevzuubahsetmeği faydalı bulduk.

Sözü geçen kararın taalluk ettiği hâdise şöyledir: Tedbir nafakasının boşanma ilâmiyle kat'ına karar verilmiş ve taraflar boşanma ilâmını temyiz etmedikleri için hüküm kat'ileşmiştir. Fakat, tabiî olarak, boşanma kararının tarihi ile hükmün kat'ileştiği tarih arasında bir fark mevcuttur. Yani hüküm temyiz edilmemek suretiyle kat'ileştiği tarih boşanma tarihinden daha muahhardır. İcra memuru tedbir nafakasının hükmün kat'ileştiği tarihe kadar hesap edilmesine karar vermiş, borçlu bu karar aleyhine şikâyet yoliyle icra hâkimliğine müracaat etmiştir.

İstanbul icra hâkimliği borçlunun iddiasını varit görerek (tedbir nafakasının boşanma ilâmile kat'ına karar verilmiş ve bu ilâm kat'ileşmiş olduğundan nafakanın mezkûr ilâm tarihine kadar hesap edilmesine) karar verilmiştir. Alacaklı bu kararı temyiz etmiş ve temyiz lâyihasında şu tezi ileri sürmüştür:

(Karı koca arasındaki zevciyet münasebeti boşanma kararının kat'ileştiği tarihte nihayet bulur. Zevciyet münasebetinin devam ettiği müddetçe koca, karıyı infak ve iaşe ile mükelleftir. Binaenaleyh tedbir nafakasının da boşanma ilâmının kat'ileştiği tarihe kadar işlemesi lâzımgelir. H. U. M. Kanununun 443 cü maddesindeki hüküm de bunu teyit eder. Bu maddeye göre aile hukukuna ait hükümler kat'ileşmedikçe infaz olunmaz. Binnetice kat'ı nafakaya dair hükmün-

de ancak kat'ileştiği tarihte infaz edilmesi yani nafakanın mezkûr tarihte kesilmesi icap eder. Bu sebeplerle icra hâkimliğince verilmiş olan kararın bozulması lâzım gelir.)

Temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesi 28/11/1942 tarih ve 3493 esas 3906 karar numaralı ilâmile alacaklının bu iddialarını reddetmiş ve İstanbul icra hâkimliğinin yukarda zikredilen kararını, istinat ettiği mucip sebepler dolayısiyle tasdik etmiştir.

Bize göre, temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesinin sözü geçen kararı doğrudur. Geçen yıl Adliye Ceridesinde intişar eden (Nafaka ilâmlarının infazından mütevellit başlıca hukukî mes'elelerin tetkiki) başlıklı uzunca bir yazımızda bu noktai nazarı müdafaa etmiştik (Adliye Ceridesi 942 yılı. Sayı 1 saife 51). Bu noktai nazarımızın istinat ettiği mucip sebepleri o zamanki yazımızdan aynen alıyoruz:

«Boşanma hâdisesi asliye mahkemesinin boşanmaya hükmettiği tarihte vukua gelir. Çünkü asliye mahkemeleri hüküm mahkemesidir. Temyiz mahkemesi ise hüküm mahkemesi değildir. Bundan başka boşanma hükmü inşaî bir hükümdür (le jugement constitutif); yeni bir hukukî vaziyet ihdas eder. Taraflar arasında ki evlilik hali bu hükümle boşanmaya inkilâp eder. Temyiz mahkemesinin tasdiki hükmün bir unsuru (élément) değildir. Eğer böyle olsaydı bütün boşanma hükümlerinin Temyiz mahkemesine re'sen sevki lâzımgelirdi. Halbuki taraflar muayyen bir müddet zarfında boşanma ilâmını temyiz etmezlerse hüküm kat'ileşir. Yani artık Temyiz mahkemesine muracaat edilmez. Temyiz mahkemesince ilâmın tasdiki bu ilâm aleyhine yapılmış olan muracaatın reddi demektir. Bilmukabile, asliye mahkemesi ilâmının bozulması da bu ilâm aleyhine vakı olan muracaatın kabulü demektir (Koutaïssoff. Cour de la Procédure civiless. 95). Asliye mahkemesi ilâmının tasdiki veya nakzı geriye şâmil olarak (rétroactif), yani ilâm tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Aile ve şahsın hukukuna mütaallik hükümlerin kat'ileşmedikçe infaz edilemiyeceğine dair olan hukuk usulü mahkemeleri kanununun 443 cü maddesinin son fıkrasına gelince; bunun esbabı mucibesi başkadır. Bu gibi ilâmlar (statut personnel) mevadındandır. Fertlerin ahvali şahsiyesine mütaallik hususların kat'î ve tekarrür etmiş bir halde olması lâzımdır. içtimaî nizam ve üçüncü şahısların menafii de bunu icap ettirir. Aksini düşünürsek hüküm Temyizde tetkik edilirken diğer bir kadınla evlenebilmesini kabul etmiş oluruz ki bu gibi hallerin içtimaî bünyede ne kadar büyük nizamsızlıklar tevlit edebileceğini izaha hacet yoktur. Binaenaleyh H. U. M. kanununun bu hük-

müne bakarak ancak Temyizen ilâmın tasdiki ile boşanmanın vücut bulduğunu zannetmek hatadır.

Bu fikri kuvvetlendiren diğer bir mucip sebep de şudur: H. U. M. kanununun 443. cü maddesinin ilk fıkrasında (temyizi dâva icrayı tehir etmez kaideyi esasiyesi vazedilmiştir. Bu maddenin diğer fıkraları bu kaidenin müstesnalarıdır. İlk fıkrada ifade edilen ana kaide de gösteriyorki hüküm asliye mahkemesinden sâdır olduğu tarihten itibaren hukukan mevcuttur. Vaziyet böyle olunca tedbir nafakası da ancak boşanma ilâmı tarihine kadar verilir. Bu tarihten sonra tedbir nafakasının işlenmesine mahal yoktur. Çünkü taraflar arasındaki evlilik rabıtası boşanmaya inkilâp etmiş ve tedbir nafakası denen borcun hukukî sebebi zeval bulmuştur. Fakat boşanma ilâmı temyiz edilmiş ise vaziyet ne olacaktır?

Bu takdirde nafaka hakkındaki cebrî icranın boşanma ilâmının kat'ileşeceği tarihe kadar devamı lâkımgelir (H. U. M. K. mad. 443. f. 4; Temyiz mahkemesi İcra ve iflâs dairesi kararı 27/10/939 tarih 401 esas, 46201 karar.)

Temyiz mahkemesi ilâmı tasdik ederek ilâm kat'ileşince tedbir nafakasının derhal katedilmesi lâzımgeldiği gibi ilâm tarihi ile hükmün kat'ileşmesi tarihleri araasında tahsil edilmiş olan nafaknın borçluya iadesi icap eder. Bu da iadei icra suretiyle olur.

Yukarda da işaret ettiğimiz gibi Temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesinin tetkik ettiğimiz kararı tatbikat sahasında tereddüt ve münakaşaları mucip olan bir noktayı hukuk ilmine ve nazariyata uygun bir şekilde aydınlatmış olduğundan ilmî ve tatbikî bakımından ehemmiyeti büyüktür.

No: 42

Devlet idaresine karşı işlenen Cürümler

Yazan:

Dr. Ihr A. Pulat Gözübüyük

Ceza kanunumuzun ikinci kitabında taplanmış olan cürümlere ait sistemli ve ilmî incelemeler hemen hemen hiç yapılmamıştır.

Türk ceza hukuku edebiyatı bu türlü emeklerden ve bu emeklelerin yaratacağı yemişlerden mahrum bulunuyor. On altı yıldanberi tatbik edilmekte olan Türk ceza kanunu böylece büyük bir boşluk içinde kalmış, sistemli olarak işlenmemiştir.

Yabancı devlet kanunları iki bölümü ihtiva ederler. Birincisi Genel bölüm, umumî hükümlere; ikincisi ise özel bölüm, hususi hükümlere ayrılmıştır. Hususi bölüm (Partie spéciale) bütün suçların bir kataloğunu teşkil eder. Türk ceza kanununda ise suçlar, cürümler adı altında ikinci ve kabahatler adı altında üçüncü kitapda toplanmıştır Biz şimdi ceza kanunlarının özel bölümünde ve Türk ceza kanununun ikinci kitabında bulunan cürümlerden önemli bir gurubu incelemek istiyoruz. Bu gurup suçlar "*Devlet idaresine karşı işlenen cürümler* "dir. Bu yazının konusu bu cürümlerin mahiyetlerini, tariflerini ve unsurlarını sistemli ve mukayeseli bir surette incelemek olacaktır.

I

Devlet idaresine veya kamusal idareye karşı işlenen cürümler (Grimes con re l'administration publique) ya, bir kamusal hizmete bağlı ve bu hizmeti ifa eden kimse tarafından veya âdi bir şahıs tarafından işlenir. Bir âmme hizmeti ifa eden kimseye, kelimenin geniş anlamile, memur denir. Bu sebeple, bu cürümleri memurlar tarafından ve ferdler tarafından işlenmelerine göre iki kısımda toplamak hem ilmî, hem faydalıdır.

Memurların kamusal idareye karşı işledikleri suçlar, kamusal vazifelerinin ifası sırasında işlendiği için, birer vazife, memurluk suçlarıdır. Kanuncular, yasacılar tarafından bu suçlar hususi bir kategori halinde kamusal hizmetin yapılmasında tam düzeni sağlamak

ve o nun müeyyidesi olmak üzere konmuştur. Kamusal hizmet, kamunun, âmmenin ihtiyaçlarını tatmine tahsis edilmiş bir teşebbüstür. Bu hizmeti ifa eden her şahıs, kanunlara, nizamnamelere ve talimatnamelere uygun olarak bu hizmeti ifa mecburiyetindedir.

Kamusal hizmetin yapılmasını sağlamak için Devlet belli şartlar ve ehliyeti haiz olanlar hizmete kabul ve onlara vazifelerini yapmaları için salâhiyetler veriyor. Kanunlarla verilen bu salâhiyetlerin meycudiyetinin sebebi âmme hizmetinin ifasıdır. Bu sebeple âmme hizmetini yaparken her hangi bir şekilde haksız menfaat temini resmî vazifenin suiistimalini doğurur. İşte, Devlet idaresine karşı işlenen cürümler bu suiistimal (Abus de fonctiou, Abuso diffunzione) den doğmaktadır.

Bir çok yabancı devlet kanunlarında bu suçlar başka başka adlar altında toplanmışlardır. Ezcümle Alman, İtalyan ceza kanunlarında "*Kamusal idreye karşı işlenen cürümler*=Crime contre l'administration publipue, Dei criminiocontro laopubblica ammistrazione" ve isviçre ceza kanununda" *Memurluk vazifelerine* ve meslekî vazifelere *karşı işlenen suçlar* = Infraction contre les devoirs de faction et les devoirs professionnels, Dei reati contro i doveri d'ufficio e professionali" başlıklarını taşımaktadırlar.

Fransız ceza kanununda ise memurların işledikleri vazife suçları ayrı ayrı fasıllarda dağınık bir şekilde düzenlenmiştir.

II

Burada Devlet idaresine karşı hususile memurların işledikleri cürümler incelenecektir. Böylece "Memur, Fonctinnaire " mefhumunun kesin olarak belirtilmesi gerektir. Bu gerekme ceza hukukunun en ana bir düsturu olan "Kanunsuz suç olmaz=Nulla poena sina lege prensipinin tabii bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Adı geçen suçun doğması için failin memur sıfatını taşıması şarttır. Bu sebeple, adı geçen suçlar bakımından, kimlerin memur sayıldığının açık ve kesin olarak bilinmesi belirtilmesi gerektir. Bundan dolayı, bütün ceza kanunları ceza kanununun tatbik yönünden memur mefhumundan anlaşılacak anlamı hususi hükümlerle tâyin etmişlerdir. Böylece, memurun ceza hukukundaki tarifi âmme hukukundakinden farklı ve daha geniş bir şümule mâlik bulunuyor.(1)

[1] Ezcümle, Alman ceza kanunu 113, 116, 336 359 uncu paragraflarında. Hollanda ceza kanunu 84, 184 ve 183 üncü paragraflarında, Macar ceza kanunu 164, 166 ve 461 inci ispanya ceza kanunu 291, 362 inci maddelerinde, Fransız ceza kanunu

Bir kimsenin memur sayılmasında hareket noktası, onun resmî bir vazife veya kamusal hizmetle olan ilgisidir. Kelimenin geniş anlamiyle, *bir kamusal hizmet* (Fonction Publique) *ifa eden kimse memurdur.* Bunun içindirk i, kanunların metinlerinde «Bir *âmme vazifesi gören,*» veya «*Devlet hizmetinde vazife alanlar*» gibi tâbirler kullanılmakta, hususiyle âmme hizmeti vasfı üzerinde durulmaktadır. Meselâ, İsviçre ceza kanununun 110 uncu maddesinin 4 üncü bendi memuru tarif ederken ikinci cümlede şöyle diyor: «*Muvakkaten bir Hizmet veya vazife ifa eden, veyahut muvakkaten bir kamusal vazife icra eden şahıslar da memur sayılırlar.*»

Aynı suretle Türk ceza kanunu ve yeni projede «Devamlı veya muvakkat surette teşrîî, idarî veya adlî bir *âmme vazifesi gören* Devlet veya diğer her türlü âmme müesseseleri memur ve müstahdemleri; devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyarî veya mecburî olarak teşrîî, idarî veya adlî *bir âmme vazifesi* gören diğer kimseler memur sayılır» demekte bilhassa bir şahsa memurluk sıfatını veren «Âmme hizmetini görmek» esaslı vasfı üzerinde ısrar etmektedir. T. C. K. mad. 279, 280 ve T. C. K. Proj. mad. 296, 297.

Acaba, hakemler, jüri üyeleri, şahitler, ehli hibreler, tercümanlar vazifelerini ifa ettikleri müddetçe memur sayılacaklar mıdır?

Bu kimseleri memur saymak, memur mefhumunun aşırı ve ölçüsüz bir şekilde anlamak, netice yolu ile kanunun tatbikinde keyfiliğe gidilmiş olur. Adı geçen şahısları memur olarak kabul eden Fransız içtihatları büyük bilgin René Garraud, E. Garçon tarafından aynı düşüncelerle şiddetle tenkit edilmiştir [1].

III

Devlet idaresine karşı memurlar tarafından işlenen cürümler işleniş şekillerine ve suçluluk (culpabilité) derecesine göre kısımlara ayrılmaktadır. Bu cürümler: *Mal edinme* (zimmet), *Aşırma* (ihtilâs), *Menfaat elegeçirme* (irtikâp =Concussion), *Rüşvet* (rüşvet alma), va-

169, 173 üncü maddelerinde ve yeni işviçre ceze kanunu 110 uncu maddesinde Memuru tarif etmktedirler.

Türk ceza kanununun 279 ve 280 inci maddeleri aynı mefhumun tarifine tahsis edilmiştir.

[1] — René Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal, Paris, 1922, T. IV, P. 313.

zifeyi suiistimal, vazifeyi ihmal, vazife sırrının ifşası, toplu olarak vazifeyi terk gibi suçlardır [1].

Türk ceza kanununda âmme idaresine karşı işlenen cürümler çok karışık bir şekilde yazılmış bu grupa girmemesi gereken bir çok cürümler buraya girdiği gibi, girmesi gerek olan cürümlere de yer verilmemiştir [2].

Bundan dolayı, bu suçları işlenmelerinde ve faillerindeki kusur noktalarından gösterdikleri hususiliğe göre sistemlendirmek ve imkân nisbetinde kavranması daha kolay bir tasnife bağlamak ihtiyacı ilmî esaslar ve tatbikattan alınan sonuçlardan doğmaktadır. Yeni projede kamusal idareye karşı işlenen cürümler 3 fasla ayrılmıştır: Birinci fasıl: — Memurların âmme idaresine karşı işledikleri cürümler, II. Fasıl — Ferdlerin âmme idaresine karşı işledikleri cürümler, III. Fasıl — Müşterek hükümler.

Bu tasnif, failin memur sıfatını taşıyıp taşımadığına göre yapılmış ve adı geçen suçların sistemleştirilmesini ve kolayca bir anda kavranmasını sağlamıştır. İleride her maddeyi incelerken ortaya koyacağımız eksiklikler bir yana bırakılmak şartiyle projenin yaptığı tasnifi hem ilmî hem faydalı buluyoruz. Kanunların kavranması kolay bir sisteme ve açık, kesin, sade bir üsluba mâlik olmaları, doğru tatbik edilmelerinde son derece müessirdir. Zira, bilindiği üzere, her ceza hâkimi bir ceza bilgini değildir. O nun kanunu iyi ve doğru tatbik edebilmesi için hâdiseler kadar hukukî müesseseleri de iyi kavramış, kanunun çeşitli hükümlerine iyi nüfuz etmiş olması şarttır. Bu keyfiyeti sağlamak için kanunların önce mütahassıs bilginler tarafından hazırlanması ve sonra kanunculara sunulması lâzımdır.

[1] — Bugünkü 1926 tarihli Türk ceza kanununun kaynağı olan eski 1889 tarihli İtalyan ceza kanununda devlet idaresine karşı işlenen cürümler 12 fasla ayrılmaktadır. Birinci fasıl —ihtilâs, II inci fasıl irtikâp, III üncü Fasıl — Rüşvet, IV. Fasıl — Nüfuzu suiistimal, V. Fasıl — ruhani memurların suiistimalleri, VI. Fasıl — Memurluk unvanının gasbı VII. Fasıl — Hükümete karşı şiddet ve mukavemet ve kanunlara muhalefet. VIII. Fasıl — Resmî sıfatı haiz olanlara karşı cürümler, IX. Fasıl — Mühür fekki ve hükümetin muhafazasında bulunan eşyayı çalmak, X. Fasıl — Devlet memurlarına intisap iddiasiyle menfaat temini, XI. Fasıl — taahhütleri ifa etmemek, hükümete ait eşyaya hile karıştırmak, XII. F. Müşterek hükümler. Türk ceza K. unda, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 uncu fasıllar bazı değişiklerle aynen kabul edilmiştir, 11 inci fasıl çıkarılmış ve ilâve olarak (hükümet memurları tarafından efrada karşı yapılacak suiistimaller) cürmü konulmur.

Bundan başka 1926 danberi yayılan bir çok kanunlarla adı geçen fasıllarda ehemmiyetli değişiklikler yapılmıştır.

[2] — Adliye Vehilliğince yayılan "Türk ceza kanunu projesi„ gerekçeli, Adliye ceridesi, 1942, Sayı 2, S. 130.

IV

Devlet idaresine karşı işlenen cürümlerin dayandığı esaslar, tasnifleri hakkında kısa bir tahlil yaptıktan sonra bu cürümlerden en önemlilerini sırasiiyle ayrı ayrı incelemek, mahiyetlerini, tariflerini, unsurlarını görmek, bu hususta Türk ceza hukuku için tek kaynak olan Türk Temyiz mahkemesi içtihatlarını gözden geçirmek istiyoruz.

Bu incelemeyi yaparken bugünkü 1 Mart 1926 tarih ve 765 sayılı Türk ceza kanununun koyduğu hükümleri esas olarak alacak ve imkân nisbetinde yabancı devlet kanunlariyle de mukayese etmek suretiyle konuyu daha açık ve daha kesin bir şekilde aydınlatmıya çalışacağız. Bu çeşit bir incelemenin çok güç olduğunu ve bir hamlede yapılamıyacağını idrâk etmekle beraber hiç olmazsa bir deneme yapmaktan kendimizi alamıyacağız.

İnceliyeceğimiz cürümlerden başlıcaları şunlardır:

Maledinme diye türkceleştirebileceğimiz *Zimmet* (Détournement), *Aşırma* diyebileceğimiz İhtilâs (Souştraction), *Menfaat elegeçirme* mahiyetinde olan İrtikâp (Concussion), *Rüşvet alma* (Corruption passive) *Vazifeyi kötü kullanma* (Abus de fonction), *Vazife sırrının ifşası* (Violation du secret de fonction), *Toplu olarak vazifeyi terk* (Abandon collectif de fonctions) ve diğer suçlar.

§ 1 — Zimmet Cürmü

Zimmete geçirmek, genel olarak eli altında bulunan her nevi kıymetli kâğıtları ve menkul malları sahip olmak kastiyle maledinmektir. Her ne kadar yeni projede maledinmek yerine temellük tâbiri kullanılmış ise de, temellük bizim dilimizde medeni hukuk istilâhlarından biri olduğundan ceza alanında kullanılmasını doğru bulmuyoruz.

Eski İtalyan ceza kanununda zimmet şu suretle tarif edilmişti:

«Devlet memurlarından her kim vazife dolayısiyle tahsil ettiği veya muhafazası altında bulundurduğu para ve diğer menkul eşyayı maledinirse . . . . » T. C. K. mad. 168. Bu maddedeki *diğer menkul eşya* «kelimeleriyle her türlü kıymetli kâğıtlar, senetler, âdi menkul mallar kastedilmişti.»

Türk ceza kanununda aynı suç biraz farklı olarak tarif edilmiş ve aslında (menkul eşya) tâbiri bulunduğu halde kanun metnine her

nasılsa (mallar şeklinde geçmiştir. T. C. K. mad. 202 de zimmeti tarif eder: «Kendisine tevdi olunan veya vazife dolayısiyle muhafazası altında bulunan para veya para hükmündeki evrak ve senetleri ve sair malları zimmetine geçiren veya maledinen memur.... »Maddede hem zimmet hem maledinme tâbirleri yan yana kullanılmıştır. Suçun mevzuu para olduğu zaman zimmet, diğer bir menkul şey olduğu zaman maledinme sözlerinin kullanılması âdet ise de hiç bir ilmî esasa dayanmamaktadır. Belki osmanlıca ile yapılan aksak bir tercüme bozukluğundan ileri gelmektedir. İtalyanca aslında yalnız (maledinme) tâbiri vardır. [1] İşte bu yanlışı düzetmek maksadiyle yeni projede ıstılâhlara dikkat edilmiş ve bir tek tâbir konulmuştur. Yeni proje 255 inci maddesinde zimmet tarif ediyor:»

Bir memur veya âmme hizmeti görmekle mükellef olan bir şahıs vazife veya hizmet dolayısiyle kendisine tevdi olunan âmme idaresine veya hususi şahıslara ait para veya sair menkul eşyayı kendisi veya başkasının menfaati için temellük eder veya tahsis olunduğu yerden gayri bir yerde kullanırsa... «Mad. 255.»

Görülüyor ki proje zimmet suçunu etraflıca kavrıyan ve bütün unsurlarını bâriz bir surette belirten güzel bir tarif yapmıştır. Bu günkü kanunda yalnız memur tâbiri kullanılmakta, ve fakat âmme hizmeti yapan diğer kimseler de ceza yönünden memura benzetildikleri halde metinde yer almamaktadır. Proje bu aksak noktayı düzetmiş bulunuyor.

Diğer yandan, proje suça mevzu olan para ve diğer menkul şeylerin âmme idaresine veya hususi şahıslara ait olmasının suçun doğumuna müessir olmıyacağını ortaya koymaktadır. Bugünkü kanunda bu husus sessiz bırakılmış, kesin olarak belirtilmemiştir. Projede diğer bir nokta da, suçlunun kendisinin veya başkasının menfaati için adı geçen şeyleri tahsis olunduğu yerden başka yerde kullanılmasının da zimmet suçunu doğuracağı keyfiyetidir. Suçun icra tarzlarından birini gösteren bu halin metne sokulmasına lüzum yoktur. Çünkü adı geçen menkul şeyleri maledinmekte gaye temin olunacak menfaattır. Netice yolu ile bu şeylerin tahsis olunduğu yerden başka yerde kullanılması haksız bir menfaat teminine bağlı olduğuna göre zimmet suçunun doğrudan doğruya şümulüne gireçeği tabiidir.

Kanunların tariflerini gördükten sonra şimdi ilmî bir tarif yapa-

[1] Fransız cezacısı büyük bilgin Garraud ya göre maledinmek (détourner) zilyedi dulunduğu başkasına ait kıymetleri benimsemek (S'approprier) dir, Bu bir emniyeti suiistimal demektir.

Garraud nun adı geçen eseri, sahife, 323, not. 21.

rak, suçu bu ilmî tarife göre inceleyeceğiz. Bize göre bu tarif şu olabilir: «*Maledinme, bir memurun veya âmme hizmeti ifa eden bir kimsenin vazife veya hizmet dolayısiyle kendisine tevdi olunan para veya diğer menkul şeyleri menfaat kastiyle benimsemesidir*»

Zimmet suçunun teşekkülü tarifdeki unsurların bulunmasına bağlıdır. Bu unsurlar nelerdir?

1 — Failin memur veya âmme hizmetini ifa eden bir kimse olması,

2 — Vazife dolayısiyle tevdi olunan şeylerin benimsenmesi fiili,

3 — Maledinmiye konu olan şeylerin para veya diğer bir menkul şey olması,

4 — Suça mevzu olan şeylerin vazife veya hizmet dolayısiyle tevdi edilmiş bulunması,

5 — Benimseme fiilinin menfaat kastiyle yapılması.

Şimdi bu unsurları ayrı ayrı görelim:

I — Failin memur veya âmme hizmetini ifa eden bir kimse olması.

Suçun doğumu için failin memur veya âmme hizmetini gören bir kimse olması şarttır. Ancak bu sıfatlara mâlik almıyan şahıslar cürme iştirak ederlerse memur imiş gibi cezalandırılırlar.

Kimlerin memur ve âmme hizmetini gören kimselerden sayılacağı bir müsbet hukuk meselesidir. Bu sebeple T. C. K. 279 ve 280 inci maddelerinde bu mesele halledilmiştir. Bu maddelere göre, ceza kanununun tatbikatında, bir yandan, devamlı veya muvakkat surette teşriî, idarî veya adlî bir âmme vazifesi gören devlet veya diğer her türlü âmme müesseseleri memur ve mustahdemleri; obir yandan, devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyarî veya mecburî olarak teşriî, idarî veya adlî âmme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

Bundan, böyle, adı geçen vasıflar failde bulunmazsa suç zimmet değil emniyeti suiistimal olur. Maselâ hademeler, adî işçiler, kapucular gibi.

Yabancı devlet memurları zimmet suçuna fail olabilirlermi?

Fransız ceza hukuku ilminde yabancı devlet memurlarının Fransiz ülkesinde Fransız kanununa göre bir zimmet suçu işliyemiyecekleri kabul olunmuştur.

Türk ceza kanununda, 3 üncü maddesi, Türkiyede suç işliyen

kimse Türk kanunlarına göre cezalandırılır, esas kaidesi vardır. Bu hale göre Türk ülkesinde işlenen suçları takip ve suçlularını cezalandırmak yönünden yerli ve yabancı arasında bir fark yoktur. Ancak zimmette failin sıfatı teşkil edici bir unsur olduğundan, bu vasıf olmayınca suçun vasfında değişmesi lâzım gelecektir. Meselâ, zimmet yerine emniyeti suiistimalden takip yapılacaktır. Türk hukukunda yabancılar memur veya âmme hizmeti gören kimse sıfatına mâlik olamazlar. Çünkü, 788 sayılı memurlar kanununun 4 ve 5 inci maddelerinin A bentleri memur veya müstahdem olabilmek için Türk vatandaşı olmayı şart kılmıştır. Aynı maddede devletçe görülecek lüzum üzere hizmete alınacak yabancı müstahdemler hususi şartlara bağlıdırlar, deniyor. Şuhalde, bizde, yabancılar memur veya âmme hizmeti gören kimselerden sayılmıyacaklardır. Bu sebeple bunlar tarafından işlenecek zimmet suçu da bahse mevzu olmıyacaktır.

Bu izahımızı, 23 şubat 1330 tarihli (Memâliki osmaniyede bulunan ecnebilerin vazaifi hakkında kanun) ile 10 nisan 1934 tarih ve 2397 sayılı kanun teyit edici mahiyettedirler. [1]

II – Maledinme veya benimseme maddi fiili.

Maledinme fiili hizmet veya vazife dolayısile tevdi olunan para veya diğer menkul şeylerin benimsenmesidir. Benimseme fiili maledinme kasdile tevdi olunan menkul her türlü kıymet (kıymetli kâğıtlar) ve her türlü menkul eşyaya, el konması ile tahakkuk eder.

Para veya menkul eşyaya, menfaat temini kasdile *elkoymak, almak, tasarruf etmek, kullanmak* zimmet suçunun maddi unsurunu teşkil ederler. Bütünlü haller basit bir takım meddi fiillerdir. Daha başka şekilde de bu fiil işlenebilir. Asıl olan maledinme kasdile sözü geçen şeylerin alınması, taşınmaei, kullanılması veya saklanması hususlarıdır. Bütün bu fiillerin zimmet suçunun maddi unsurunu teşkil edebilmesi zimmet yani maledinme kasdının bulunmasına bağlıdır. Çünkü fiile, vasfını veren o fiili harekete getiren düşünce ve niyettir. Yoksa, kanuna aykırı şekilde mücerret bir fiilin işlenmesi zimmetin teşekkülü için kâfi değildir. Türk temyiz mahkemesinin bir kararı bu noktayı aydınlatacak mahiyettedir. Bu kararda «Memurların avans olarak aldıkları paraların mahsup muamelerini kanuni müddeti içinde yaptırmamaları zimmet suçunu teşkil etmez» deniyor [2].

[1] Düstur, tertip. II cilt, 7, sah, 484, ve tertip, III, cilt. 15, sah, 296.

[2] 1935 Temyiz kararları (Adliye vekilliği yayımlarından), Sahife, 281.

85

Sahip olmak, tasarruf etmek, her hangi bir şekilde istifadelenmek kasdile bu basit fiillerden biri icra edildiği anda cürüm işlenmiş olur [1].

III — Maledinmiye konu olan şeylerin para veya diğer bir menkul eşya olması.

Zimmet suçunun konusu muayyen menkul kıymet veya şeylerdir. Menkul kıymetler *kıymetli kâğıtlar* (Papiers — valeurs) dır. Ezcümle, çekler, hamiline muharrer senetler, tahviller, hisse senetleri, kuponlar .....

Para mefhumuna yerli yabancı bütün paralar girer. Banknotlarda paranın şumulüne girmektedir. Ayrıca, ceza kanunumuzun 331 inci maddesi keyfiyeti kesin olarak belirtmektedir. Bu maddeye göre, «Ceza kanununun tatbikatında itibarı âmme kâğıtları para gibidir. itibarı âmme kâğıtları tabirile kanunen para gibi tedavül edenlerden başka hükûmetler tarafından ihraç edilmiş hamile muharrer senetler ve kuponlar ve haiz oldukları mezuniyete binaen müesseseler tarafından ihraç edilmiş olup ta kanunen tedavül etmekte bulunan diğer bütün evrak ve senetler maksuttur».

Kanun ve cezanın tatbikî yönünden yerli ve yabancı para veya kıymetli kâğıtlar arasında fark yoktur. Bu hususu yukariki maddenin metnindeki «*...hükûmetler tarafından...*» tarzında kullanıldığı tâbirden istihraç ediyoruz.

Menkul eşya tâbirinden her türlü menkul malları anlamak lâzım dır. Bilindiği üzere, tabii kuvvetler, elektrik ceryanı bütün yabancı kanunlar tarafından menkul mal sayılmaktadırlar. Ezcümle, yeni 1930 tarihli italyan ceza kanunu 624 üncü maddesinde «*Ceza kanununun hükümleri bakımından elektrik kuvveti veya iktisadî değeri olan bütün diğer kudretler menkul şey addedilir*» demektedir.

Aynı şekilde fransız ceza kanunu 379 ve yeni isviçre ceza kanununu 146 ıncı maddelerinde elektrik kudreti ve diğer tabii kudretlerin menkul şey sayıldığını belirtmektedirler. Alman ceza kanunu bu kudretlerin menkul eşyadan olduğunu kabul etmemiş isede almanyada 9 nisan 1900 da neşredilen bir kanunla elektriğin menkul şeye benzetilmesi kabul edilmiştir.

Şimdi burada çok önemli bir meseleye ilişmek istiyoruz.

[1] Bu çeşitli fiillerin şekilleri üzerine bak. Temyiz kararları (1930 — 1934) Adliye vekilliği yayını, kararlar, no. 19 (Sah. 317), 19 — S. 498,499. 1935 Temyiz kararları, karar no. 3770, Sah. 176.

Zimmete geçirilen para veya diğer şeylerin miktar ve kıymeti suç için kesilecek cezaya müsbet veya menfi yönden (azaltma veya çoğaltma) müessir olmalımıdır, olmamalımıdır?

Gerek bugünkü Türk ceza kanununda ve gerekse yeni pojede suça mevzu olan paranın miktarı veya eşyanın değerinin az veya çok olması suçun vasfına hiç bir surette tesir etmemektedir. Halbuki Fransız ceza kanunu paranın miktarını veya şeylerin değerini suçun cürüm veya ağır cürüm vasfını almasında tesiri olacağını kabul etmiştir. Bu esasın kabulü ile adâlette ölçü sağlanmış bulunmaktadır. Suçun mevzuu bir lira da olsa bir milyon lira da olsa Türk ceza kanununa göre hemen hemen aynı ceza kesilecektir. Halbuki, 10 lirayı zimmetine keçirenle 10,000 lirayı zimmetine geçiren iki suçlu arasında cüret, taammüt, yadsosyallik, kötülük, ahlâkı bozukluk düşüklük ve netice yolu ile cemiyet için gösterdiği tehlikelilik bakımından büyük farkların mevcudiyeti açık ve inkâr götürmez bir hakikattır. Bu sebeble suça mevzu olan miktar veya değere göre fiili cürüm veya ağır cürüm saymak gerekecek ve buna göre ceza kesilecektir. Şüphesiz bu iki cürme konulan cezaların nevi aynı da olsa aşağı ve yukarı hadleri cürümde, ağır cürümdekinden daha müsait durumda tertiplenecektir. Bu suretle, inancımıza göre, ceza adâletinde gaye olan ölçü temin edilmiş bulunacaktır. Müsbet hukuk alanında bu düşünce yer almış, bilhassa Devlet idaresine karşı işlenen suçlarda cezaların ağırlığı göz önünde tutularak cürüm iki şekilde tavsif edilmiştir.

Bu fikri müsbet ceza hukukuna sokan Fransa olmuştur. Fransız ceza kanununun 169 uncu maddesine göre «*Zimmete geçirilen veya ihtilâs edilen şeylerin değeri 3,000 fr. dan yukarı ise* kesilecek ceza muvakkat ağır hapistir». Eğer zimmete geçirilen veya ihtilâs edilen kıymetler 3,000 fr. veya 3000 fr. den aşağı ise kesilecek ceza 2 seneden 5 seneye kadar hapis olacak ve mahkûmün hiç bir âmme hizmeti ifaya ehil olmadığı karar altına alınacaktır.»

Öte yanda, hafifletici sebepler bulunduğu takdirde hâkimin mahkûmü âmme hizmetlerinden mahrumiyet cezasından mufaf tutabileceği fransız içtihatlarında belirtilmiştir. [1]

Bu sistem işlenen suçun ağırlığını ve suçlunun kusur(suçluluk) derecesini gözönünde tutmakla cezada ölçülü bir adâleti sağlamış

[1] — R. Carraul, op. cit, p. 327.
Chauveau et Hélie, Théorie du code pénal, 6, édit.
Emille Garçon, Code penal annote, art ,170 no .76.

oluyor. Sistemin değeri. Bize göre, buradan gelmektedir. Bu düşüncelere dayanarak, yeni projede aynı esaslara yer verilmesinin sistem bakımından faydalı olacağına inaniyoruz. [1]

IV — *Cürme mevzu olan şeylerin Vazife veya Hizmet dolayısile tevdi edilmiş bulunması.*

Maledinme cürmünün en önemli unsurlarından biri de cürme mevzu olan şeylerin vazife veya hizmet dolayısile tevdi edilmiş bulunmasıdır. Burada, vazife veya hizmet dolayısile demek «*kanun gereğince vazife veya hizmet sebebile*» yapılacak tevdi demektir. Başka deyimle, vazife veya hizmet sebebile tevdi kanundan doğmalı veya kanundan sızmalıdır. Bu sebeble tevdi kanun gereğince yapılacak bir tevdi değilse netice yolu ile vazife veya hizmet dolayısile yapılan bir tevdi olammıyacaktır. Bu takdirde zimmet cürmü teşekkül etmiyecektir. Temyiz mahkemesi bu hususu bir çok kararlarile aydınlatmıştır. Ezcümle bir kararında «Zimmet suçunun teşekkül edebilmesi için memurun temellük ettiği paranın kendisine vazife dolayısile tevdi edilmiş olması lâzımgelir. *Eğer kendisine tevdi olunan parayi memur vazife dolayılsile tahsil ile mükellef degilse zimmete para geçirme suçu teşekkül etmezdiyor.*

Hâdise, kanunen vazifesi olmadığı halde bir nahiye müdürünün hususi muhasebeye ait alacağı tahsil ve köye telefon makinesi alması ve telefon parasından bir mikdarı geri vermemesinden ibarettir. Hüküm mahkemesince. hâdise zimmet sayılmış ise de Temyiz mahkemesi Birinci Ceza dairesi tarafından «Köye telefon makinesi almak ve hususi idareye ait alacakları toplamak nahiye müdürüdün vazifesi olup olmadığı yolsuz» demek suretile hüküm bozulmuştur. [2].

Bu bozma kararından anlaşılacak şey şudur ki, hususi idareye ait parayı tahsil etmek nahiye müdürünün kanunen vazifesinden olmadığından bu suretle tahsil edilen para vazife dolayısile tevdi edilmiş paradan addedelemiyeceğinden bu paranın temellük edilmesi, benimsenmesi zimmet suçunu teşkil edemez.

Türk ceza kanununa göre vazife dolayısile memurun muhafazası altında bulunan şeyleri benimsemesi, kullanması, tasarrufu da zimmet suçunu teşkil eder. Bu noktaya ilişen Temyiz mahkemesinin diğer bir kararı dikkate değer mahiyetdedir. Bu kararda « Orman

[1] — Sözü geçen para veya menkul eşya Devlete, âmme idaresine veya hususi şahıslara) hakikî — hükmî) ait olabilir. Netekim projede bu husus tasrih edilmiştir.

[2] — Temyiz kararları, 1936, sahife. 214, Birinci ceza D. K.

muhafaza memurunun kaçak olarak tuttuğu kömürleri merciine veya yedi emine teslim edinciye kadar vazifesi icabı olarak muhafazası altında bulunduracağına göre bu kömürleri temellük etmiş olması halinde zimmet suçu teşekkül eder denmektedir.[1].

Suçun bu unsuruna ait daha bir takım içtihatlar vardır.

Y — Maledinme fiilin menfaatlanma kasdiyle yapılması.

Memurun veya memur sayılan kimselerin sözü geçen şeyleri, kendisine veya başkasına menfaat temini kasdile benimsemesi, tasarruf etmesi, kullanması lâzımdır. Suçun mevzuu olan para veya eşyaya menfaat temini kasdile elkonulmuş olması şarttır.

Diğer yandan, Türk ceza kanununun en önemli prensiplerinden biri de «*kasıt bulunmadıkça cürmün teşekkül edemiyeceği*» dir. Bilindiği üzere kasıt (intention) cürmü teşkiledici (constitutif) bir unsurudur. T. C. K. mad. 45. bu esas kaideyi formüle ediyor.

Türk ceza kanunu sisteminde Devlet idaresine karşı işlenen Suçlar bu arada Maledinme (zimmet) bir cürüm olduğundan bu dil bu cürmün doğumu hlç şüphesiz kasdin bulunmasına bağlıdır.

Bu konuyu aydınlatmak maksadile Temyiz yüksek mahkemesinin bir kararına ilişmek istiyoruz. Bu kararda« Zimmet cürmünün mevcut olması zimmet kasdının bulunmasına bağlıdır. Usulsüz tâyin edilen memura maaş için sarfedilen paranın keyfiyeti sarfında zimmet kasdı mevcut değildır» denmektedir. Hâdise, ... kızılay başkanının kanuni şekillere riayet etmeksizin tâyin ettiği kâtibe maaş olarak parayı sarfetmesidir. Karar şöyle bitiyor. Kâtip istihdam edilmiş olmak iytibarile bir kâtibin maaşı için sarfedildiği anlaşılan paranın sarfında zimmet kasdı mevcut değildir». [2].

---

[1] — Temyiz kararları, 1935, sahife, 176, Dördüncü, C.D. K. no. 3770.
[2] — Temyiz, kararları, 1936, sah. 221, Birinci C. D. K. no. 1397.

No: 43

İçtimaî Hukuk Fikri [1], [2]

Georges Tassitch

Çeviren :

Mustafa Kıray

Urfa Âza m.

Hulâsa : Bugünkü hukuk ilminde içtimaî hukukun mevkii ve ehemmiyeti; — İçtimaî hukukun doğuş sebebleri; tarafdarları; — Gurvitch'in nazariyesine ait esaslar; — İçtimaî hukukun tarifi; içtimaî tesenüd, menfaatı umumiye, bizatihi hukuk, normatif hâdise, maşerî vicdan fikirleri; — Devlet ve içtimaî hukuk içtimaî hukukun cemiyetle münasebeti; — içtimaî hukuk ve demokrasi, milkiyet ve milkiyet — hizmet fikirleri; — Gurvitch'in mülhem olduğu esaslar, fikirlerinin diğer bazı hukukculara ait fikirlerle mukayesesi; — Ferdin cemiyetteki mevkii ve hukukunun siyaneti mes' eleleri.

Muasır hukuk ilminde içtimaî hukuk fikri gittikçe büyüyen bir ehemmiyet kazanmaktadır. Bu fikir bir çok kaynaklardan doğmaktadır; ancak usulî, nazarî ve felsefî unsnrlardan maada — bu hususta biz cemiyeti,bilhassa uzvî noktai nazardan, muhtelif şekillerde görmekteyiz — tamamen pratik fikirler de burada rol oynamaktadır. Ezcümle, amelî gayeler istihdaf eden içtimaî tebeddüller ve içtimaî hareketler icrayı tesir etmekte ve karşılıklı hulûl hâdisesini artırmakta ve insanlardaki tesenüt hissesini tahrik etmektedir. Bu itibarla, Fransada tesanütcü bir Duguit'nin, Almanyada bir Span'ın zuhurunu görmek ve içtimaî ilimler sahasında Hengel' felsefesini veya bu felsefeye yakın fikirlerin tekrar ortaya çıkmaları tabiî hâdiselerdendir. Diğer taraftan, mevzuu, objektif olarak, ferdin haricinde ve bir müessese

[1] G. Gurvitch'in L'idée du droit social eserinde. İçtimaî hukuk. fikri. İçtimaî hukuk sistemi XVIII ci asırdan XIX cu asırın sonuna kadar doktrinal tarihi. Hali hazır ve içtimaî hukuk fikri.

[2] Revue de droit public et de la science politique' den.

şeklinde arzolunan hâdiseleri bulmaktan ibaret olan içtimaiyat ise yukarıki vakıaları ancak geriden takip edebilmiş, bazen de vicdan telâkkisi ile veya maşerî irade hâdiselerile karşılaşmıştır.

Binnetice, endivi düalism ve üniversalism veyahut ferdiyetcilik ve tesanütcülüğün yekdigerile rekabeti, bizatihi içtimaî hukuk (Droit social spontané) ile Devlet hukuku zıddiyeti de — siyasî ve içtimaî sahadaki zıddiyetleri bir tarafa bırakırsak — günün mühim meseleleri arasına karışmış bulunmaktadır.

Bu sebepledir ki, içtimaî hukuk mefhumunu tebarüz ettirmek, icabeden tefrikleri yapmak ve bu sırada nazarî ve amelî tefrikleri de gözden kaçırmamak lâzımdır. Bu hedefe varabilmek için en muvafık usûl tarihî metotdur; buna nazaran, içtimaî hukuk fikri devirler boyunca, ilim ve felsefede aynen göründüğü gibi mütâlea olunacak demektir. Diğer taraftan, tesanüd tiplerini de cemiyetin bünyesine ve tekâmülü boyunca, safhalarına nisbeten tetkik etmek suretile meydana çıkarmak mecburiyeti tezahür etmektedir. Bu yolda ilk işi görmeğe teşebbüs eden G. Gurvitch ve müteakip tetkikleri başarmağa çalışanlar da walz [1] ve Otaka [2] dır. Biz kısaca, sistemini fevkalâde bir ihata ile inşa etmeğe muvaffak olan ve içtimaî hukuk fikrinin tekâmülü üzerindeki tarihî tetkik ve tahlillerini büyük bir talâkatle ortaya koyan Gurvitch' in telâkkisini izaha çalışacağız.

*
* *

Gurvitch, Brunschvicg gibi, insanlığın, saf ve mücerret düşünce ve tefekkür sahasında tecrübe iktisab ettiğine ve bu sahada bir terekki de mevcut olduğuna inanmaktadır. Filhakika bu telâkki bir kısım hakikati de ihtiva etmektedir; Fakat unutmamalıdır ki, fikirler, bilhassa içtimaî hukuk fikri gibi amelî kabiliyeti fazla olan fikirleri, tarihen ve ictimaî bakımdan bir takim şartlara tâbidir. Bununla beraber biz, iyi hazırlanmış, mehazi bol ve zengin olan eserin tarihî kısmı üzerinde fazla durmak fikrinde değiliz. Gurvitch, içtimaî hukuk tarihine XVII ve XVIII' ci asırların tâbiî hukuk mümessillerinden başlamaktadır. «Rönesandan evvel içtimaî hukuk fikri mevcut değildir.«Bu fikri rönesans yaymış ve insan cemiyeti de hususi bir kategori olarak tezahür etmakte bulunmuştur. O devirde, hususile XVII ci asırda, ilmin ve modern felsefenin temelleri kurulmuştur. Bu devirden sonradır ki,ferdiyetçilikle üniversalis marasındaki ictimaî hukuk ve tamamiyet hukukundan gayri hiç bir şeyi temsil etmiyen sentezin tahakkuku mümkün

[1] walz: Die Staatsidee des Rationalismus und der Romantik und die Staatsphilosophie Fictes, 1925.

[2] Otaka: Grundlegung der Lehre vom sozialen verband, 1932.

olabilmiştir. Curvitch' sadece ilmî ve felsefî bilgi çerçevesi dahilinde düşünerek hareket etmektedir. Fakat, burada şu sual vârit oluyor: acaba pratik bir fikir mevzuubahis olunca içtimaî birlik ve mekânın tesiri nazarı itibare alınmaksızın, sadece ilmî ve felsefî sahadaki pratik telâkkilerle bunun izahına imkân varmıdır? Her ne ise, Curvitch'in bize arzettiği bu fikrin tarihi, hiç şüphesiz, eserin mühim bir kısmını teşkil etmekte ve tipik bir noktai nazar temsil etmektedir.

Gurvitch içtimaî hukuk fikrini tarif ederken bütün unsurları, hepsinden mümkün olan bütün neticeleri istihraç ederek göstermekte ve bu suretle bize tam bir tarif vermektedir. Bu tarifde, birinci derecede müşahade olduğuna göre, içtimaî hukuk bizatihî «spontanè» ve gayri müteazziv bir hukukdur; bu itibarla müteazziv hukukun temelini teşkil etmetedir; saniyen, içtimaî hukuk müsavatçı bir hukukdur, müsavi insanların hukuku, müşterek bir fiil için serbestçe birleşmiş, müşterek iyilik, müşterek menfaat duygularile mütehassis insanların hukukudur. Kanaatimizce, Curvitch'in içtimaî hukuk tarifinin ihtiva ettiği hakikat bizatihi hukukun lüzumuna işaret etmesinde mündemiçdir. Zira müeyyideler zincirinde muhakkak olarak bir intihaya vâsıl olunacakdır ki, burada artık müteazziv bir müeyyide yokdur; ve bu ancak, Devletin yüksek menfaatları ve Devlet iktidarını ve cebir vasıtalarını ellerinde tutmağa muvaffak olan kuvvetler mevzuubahis olduğu zaman tahakkuk edecekdir. Şu halde, bu menfaat münasebetlerinde «bizatihî»liği tanımak mecburiyeti vardır. Yalnız, şurası muhakkakdır ki, bizatihilik «spontanéité», içtimaî ve siyasî kuvvetler arasındaki münasebet üzerine müessesdir; yahut, daha iyi bir ifade ile, bizatihilik bir muvazenedir, kâfi bir istikrar ve birliğin uzuvları arasındaki münasebetlerde bir intizamdır. Burada da mânevi unsur bir rol oynayabilir; fakat bu unsur, ancak muvazeneyi temin eden unsurlardan biridir.

Devletin, cebrüşiddet tatbikine rağmen teminat altına alınamıyan bazı emrükanuniler çerçevesini hukukun fevkinde (eXtrajuridipue, meta=juri dipue) olarak telâkki etmek, hukukun, üzerine kurulmuş bulunan esasını hukukun fevkinde olarak telâkki etmek gibi ikilik bir mâna arzeder. Bundan başka, bilhassa ferdin Devletle münasebetlerine mütaallik ahvalde de vaziyet,kendisiden bir veya bir hizmet istiyen Devlete passif olarak inkıyad etmiş olan ferdin durumunun yalnız bir tarafını bir hukukî saha olarak telâkki etmekdir; halbuki, bu telâkki ferdin diğer tarafını, bilhassa Devletten bir şey veya bir hizmet istiyen tarafını nazara almamak demekdir. Bununla beraber, bizatihi hukuk, Gurvitch'e göre, normatik bir hâdisedir ve hâtta Gurvitch' in icbar edici kuvvetinin "Force obligatoire" doğrudan doruya normatif bir hâdiseye müstenit ve seri bir bakışla müşahade olunan hukuk olarak tesbit ettiği hadsî hukuk" Deroit intuitif" da olabilir. Böyle

bir hukuk, cemiyet içinde müşterek bir vicdanın mevcudiyeti farzedildiği zaman mümküdür ve bu cemiyetde, ahlâkî bakımdan hukukun meşruiyeti aranır; başka söyleyişle, böyle bir hukuk hareket noktası olarak tesanüd prensibi, yahut içtimaî fikir ele alındığı zeman mümkündür. Çünki bu prensip bir taraftan (tesanüdü temin eden tek kuvvet olan) müşterek vicdanın mevcudiyetini tazammun etmekde, diğer tarafdan da (tesanüdün temini için elzem bir vasıta olan) cebrüşiddet istimalini haklı göstermekdedir.

Gurvitch' in telâkkisi aynı zamanda şu hakikati de ihtiva etmekdedir ki, Devlet Cemiyetin ve heyeti mecmuasile menfaati âmmenin bir istinad noktası, bir masnedi değildir. Cemiyet daha geniş bir mefhumu ifade eder. Devlet, Cemiyetin az çok büyücek bir kısmıdır.. Gurvitich bu fikri çok ince ve nafiz bir şekilde derinleşdirmekde ve genişletmekdedir. Fikirlerine göre, bu sebepden dolayıdır ki, menfaat ve telâkki mücadeleleri devletin vaz' ve ilân ettiği hukukla değil, bizatihi ictimalî hukuk yolu ile halledilebilir. Tabiidir ki, vazifesi uzlaşdırmak ve birleştirmekden ibaret olan bir hukukun içtimaî tezad ve muhalefetlerin sentezini temin ve temsil etmesi lâzımdır. İşte bu suretle izah olnnan içtimaî hukuk, Devlet hukukuna tekaddüm etmekdedir. Bu fikre iştirak edebiliriz; zira bu fikir bir hakikati, hemde esaslı bir hakikati ihtiva etmekdedir.

Şu halde bizatihi hukuk, müsbet hukukun, Devlet hukukunun ve tamamen içtimaî, mütaazzız ve gayrı mütaazzız hukukun temeli olan «normatif hâdise» olarak gözükmektedir. Devlet faaliyetinin tezahür ettiği bütün şekiller (kararlar, mukaveleler, nizamnameler) «müşahadenin teknik usulü» şeklinde hulâsa olunabilir. Bunun mânası, hukukun tamamiyle bizatihi tezahür etmesi suretinde olmak lâzımgelir. Binnetice hukuk, sadece resmî ve salâhiyetli makamların icbar edici kuvvetinin temeli değil, aynı zamanda bu kuvvetin şekli ve vasfiyle kaimdir. Bunu Gurvitch açıkça söylememektedir; fakat, başka bir netice çıkartılabilecek hiç bir tefrik yapmadığına göre öyle görünüyor ki, normatif hâdise ancak bu mânada anlaşılmak lâzımgelir. Binnetice, Gurvitch'in fikri hakkında böyle bir talâkki lehine olarak denebilir ki, hukuk, kendisine göre, adalet fikrinin tahakkuku demektir, sulh de, nihayet, mütahakkak bir adaletten başka bir şey değildir.

Fikrimizce, bir birliğin âzaları tarafından kendisine itimat ve itaat edilmesi ve otoritenin saygı göstermesi icap eden normatif hâdise mefhumunu genişletmek lâzımdır. Devlete gelince, şurası muhakktır ki, muhtelif ve zıt kanaatler muvacehesinde bu birlik âzalarından yalnız bazılarının fikirleri hâkim olmakta ve bu da ancak kendi menfaalerini tatmine mâtuf bulunmaktadır.

Bu suretle Gurvitch, «âni ve seri görüş vasıtasiyle elde edilen hukuk» diye tarif ettiği hadsî hukuk mefhumunu daha derin olarak tetkik etmek için bu mefhumun muhtevasına nüfuz etmektedir. Böyle bir hukuk hakikaten mevcuttur ve mevcudiyeti zaruridir; zira hukukun yapıcı ve esas hükümlerinin icbar edici kuvveti (mukavele, esas teşkilât hükümleri) ferdi vicdanların bu âni görüş yoliyle iktisap ettikleri fikirlerin temin eylediği prensiplerden doğmaktadır. Fakat, bilinmesi lâzımgelen başka bir mesele de bu fikirlerin muhtevaları tavzif ve bundan neticeler istihraç edebilmek için aklın yardımına müracaat etmek lâzımgelip gelmiyeceği meselesidir. Filhakika mâşeri bir vicdan mevcuttur ve normatif hâdiseler ancak bunun ifadeleridir; fakat bu takdirde derhal şöyle bir sual varit olmaktadır: o halde hukukun şekli kaynaklarının rolü ve ehmmiyeti nedir? Şüphesiz, müşahhas hallerde ekseriyetle kabul olunan umumî kaideleri tatbik edecek hususi organlara ihtiyaç vardır. Diğer taraftan, bu organlar icap eden teknik vasıtaları, yanı bizatihi hukuktan tamamiyle uzaklaşmış gözüken Devletin tedarik ettiği vasıtaları temin edeceklerdir. Hakikatte Devlet bizatihî kukuktan o kadar uzaklaşmış da değildir. Vazıı kanun sıfatiyle Milletin ve vatandaşların Devlete karşı bir takım hakları vardır ve Devlet de, hukukuna riayeti temin edecek şekilde taazzuv etmektedir. Fakat bu da kâfi değildir; nihayet hukuk siyasi ve ahlâkî unsurları da kendine mesned ittihaz etmeğe çalışmaktadır. Esas teşkilât bir norm olmak itibariyle, içtimai hayata, içtimai hayatın şeni haline çok uzak bulunmaktadır. Bunu tamamen birleşdirmek mümkün olmasa bile hiç olmazsa aradaki mesafenin tam ölçüsünü bulmak lâzımdır ki, bu da nihayet tahakkuku imkânsız bir şey değildir. İşte bu sebepten dolayıdır ki, — böylece bir az evvelki sözümüze dönüyoruz -- içtimai, bizatihi hayatın bir şekli olan örf ve âdetler sistemine dahil olmak, hattâ, içtimai vicdan ve ahlâkî fikirlerden kat'î ve seri neticeler (hiç olmazsa cemiyetin devamı ve intizamı ve intizamı için ahlâkî kaideler) çıkarmak mecburiyeti hâsıl olacaktır.

İstikrar kesbetmiş bir içtimaî muvazene olarak tarif edilen Devlet, kudretli bir unsur, içtimaen ve ahlâken muayyen olan bir unsurdur. Cebir vasıtaları, maddi (fizik) kuvvet, hakikatte, Devletin karakteristik vasıflarıdır; çünkü bu vasıtaları temin eden başka bir içtima taazzuv (organisation) mevcut değildir. Ancak maddi kuvvet sadece siyasi iktidarı teşkil eden elemanlardan birisidir. Fakat Devlet yalnız bununla iktifa etmez; fazla olarak siyasi ve içtimai bir fikre, bir ideolojiye mâliktir; ve, en mühümmi, kuvvet istimalide bir nizama konulmuş ve muayyen bir hedefe tahdit edilmiş bulunmasıdır.

Devletin yüksek iktidarını elinde tutan kimse, maddi vasıtaları daima elinde bulunduran aynı kimse değildir; hattâ, kanunlara sahip bulunan kim-

se ile hükümet eden ve fizik kuvveti doğrudan doğruya elinde bulunduran kimse arasında bir mesafe, bir ayrılık bile vardır. Otoritenin de ideal bir tarafı olduğu ve siyasi iktidarın maddi iktidar demek olmadığı takdir edilirse bu farkın ve sebebin ne olduğu da anlaşılacaktır. Gürviç, siyasi hâkimiyeti hukukî hâkimiyetten ayırmakla iktidarın gayri meşrut karakteri üzerinde ısrar etmektedir. Fiihakika siyasi iktidarın ahlâkî temeller üzerine bina edilebileceği ve bu iktidarın hududunun muayyen olacağı noktası nazarı itibare alınırsa hukukî faktörün de Devletin hesaba katacağı ve benimsiyeceği bir faktör, mühim bir unsur olduğu kabul edilecektir.

Gurviteh'in telâkisine göre normatif unsur, yani hukuk sadece adalet fikrine hizmet etmektedir. Adalet, kendi anlayışında, siyasi sahada demokrasi fikri olarak gözüken içtimai fikirden başka bir şey değildir. Bu sebepden dolayı Gürviç demokraside içtimai hukukun tahakkukunu görmektedir. Bu suretle içtimai hukukun muhtevası bizatihi, kendiliğinden vatandaşların serbest iradeleriyle sıyanet edilmiş olur.

Görüliyor ki Gürviç tezini büyük bir iktidarla bina etmektedir. Bununla beraber Gürviç'in tezinin tam ve doğru olabilmesi için ilâve edilmek lâzımdır ki, adaletin tahakkuku yalnız muslihane vasıtalarla (anlaşmalarla) ve sulhcu yollarla temin edilmek icap eder. Halbuki yekdiğeriyle anlaşamıyan adalet talâkkilerinin mevcut olmadığını ve zaferin mücadeleden başka bir vasıta ile elde edilebileceğini kimse iddia edemez. Gürviç'de noktai nazarını izaha yarıyacak bir fikir bulabiliriz; bu, içtimai hukuk fikridir. Çünkü, eğer bu hukuk içtimai ve iktisadî ruhuna uygun olarak tahakkuk ederse içtimaî bir vicdanın mevcudiyeti için icabeden şartlar da kendiliğinden tahakkuk edebilir. Böyle bir içtimai hukuk bugünki cemiyette henüz tahakkuk etmemiştir [1]. (Müşterek bir vicdanın tahakkukundan sonra dahi insanların bütün meseleler üzerinde mutabık kalup kalmıyacakları ve bu temel üzerinde içtimai barışı temin edip etmiyecekleri meselesini şimdilik bir tarafa bırakıyoruz. Bundan başka, yine, insanların fikirler üzerinde anlaştıkları kabul olunsa bile, filen bu fikirlere uygun olarak hareket edip etmiyecekleri cihetiyle de meşgul olmıyacağız).

Bizatihi bir içtimaî hukukun mevcudiyeti ve bu hukukun hiç bir muayyen muhtevaya, hiç bir muayyen ictimaî hukuka bağlanmamasından ibaret olan hâdise, içtimaî nizamın ve Devlet otoritesinin muhavazası fikrinin, zarurî olarak, bizim hali hazır içtimaî ve siyasi idealimizden daha büyük bir (ahlâkî) kıymeti ifade etmesi fikrini isbat etmek için kâfi değildir. Böyle bir telâkki, Gurvitch'in içtimaî hukukuna bir tabii hukuk karakteri vermektedir.Halbuki hukukun alan temin eylediği adalet,içtimaî barı-

[1] Le temps présent et l'idée du droit social; p. 53—54 et p. 82 de Gurvitch' bunu kendisi de teslim etmektedir.

şın tahakkuku yolunda, ancak içtimaî hukukun anladığı bir adalet veya menşeini içtimaî hukukdan bir adalet olabilir. Müsbet hukuk hududlarından harice çıkmak istemeyen Gurvitch, içtimaî hukukun ancak demokratik bir devlette bulunduğunu müşahade etmektedir (yani, bu hukuk bütün cemiyette mevcut değildir).Fakat, burada da başka bir güçlükle karşılaşılmakdadır; çünki, demokrasi haricinde dahi normatif unsurlaaın mevcut olduğunu Gurvitch'in nasıl kabul etdiğini düşünmek mecburiyeti vardır; bununla beraber başka türlü kabul etmekte müşküldür. Filhakika demokraside fikir ve rey birliği hiç bir suretle bahis mevzuu olamaz; burada ekseriyet karar vermekdedir. Bunun aksine mütedair her türlü izah, Rousseau' danberi âdet olmuş, halkın millî bir birlik gibi temsil ve umumî bir halk iradesinin mevcudiyetini iddia edenlere mahsus klâsik ve nazarî bir izahdır. (Bu, Devleti izaha çalışan tabii hukuk telâkkilerinin neticesidir) [1].

Bununla beraber, biz ekseriyatin daima ve bizzarure haklı olduğundan emin değiliz ve umumî bir tesanüd tahayyül edememekdeyiz; aynı suretle bir nizam zarureti fikrinin bizim siyasi, ahlâki ve içtimaî idealimizin fevkinde olduğunu da bilmiyoruz. Hakikatte müşterek fikir ve kanaatlar mevcuttur. Fakat bu, aynen, demokratik olmıyan devletlerde de görülebilir. Hattâ bu cihet, hiç bir vechile, demokratik ve otoriter (absolist) rejimler arasında esaslı bir fark olarak da gösterilemez. Arada mevcut farklar ayrıca zikredebilir; bilfarz, malûm olduğu üzere demokratik rejimde fikir ihtilâflarına sebep olan meseleler ekseriyet prensipine göre halledilmekde, halbuki otoriter rejimde karar vermek salâhiyeti bir tek kimseye ait bulunmakdadır. (Halkın devlet işlerini çeviren kimseye itimadı olan memleketlerde vaziyet bu şekil olduğu gibi, halk kitlesinin vaziyeti siyasî ve içtimaî meselelere karşı passif bulunduğu memleketlerde de bu şekildedir.)

[1] Fransada hukuk ilmi umumiyetle iki nevi hâkimiyet tefrik eder: halk hâkimiyeti, millet hâkimiyeti. Hauriou'ya göre, (Princides de droit public, 1916) birincisi inkılâpçı, diğeri mutedil ve organikdir. Ben, bu iki telâkki arasında esaslı bir tefrik yapmağı mümkin görmemekdeyim. Carré de Malberg'e göre (Contribution à la théorie générale de l' Etat, 1922, t. 11, p. 199) ilk hâkimiyet birliğin bütün âzaları (uti singuli) tarafından paylaşılan hâkimiyetdir; diğeri de heyeti mecmuaya, millet-şahsa aitdir. Bu millet şahıs ve Devlet, bir madalyanın iki yüzü arasındaki münasebetleri haizdir, yani Devlet, ve Millet aynı mânevi varlığın iki tarafıdır.

Fakat Devletin de bir cevheri olmak lâzımdır ki, bu da bu tip devletde milletdir. Belki, muhteva bakımından bir millet devleti tefriki yapılır; belki de umumî Devlet mefhumu ile mücerred devlet mefhumu olarak da bir tefrik yapılabilir.

Halk ve millet hâkimiyeti diye yapılan tefrikin arkasında tabii hukuk telâkkisi ile müsbet hukuk tarafından kabul edilen ve Devletin siyasi organizosyonundan başka bir şey olmıyan diğer bir telâkki derhal düşünülebilir. Birinci mânada millet, yukarda söylediğimiz gibi, gayrimüteazzıv bir birlik olarak gözükmektedir; diğer mânada ise yine millet müteazzıv bir şekilde tezahür etmekdedir ki, bilhassa bu suretle bütün vatandaşlar rey hakkına mâlik bulunmaktadır.

Demokrasilerde içtimaî hukukun mevcudiyeti kabul olunduğuna göre, bu hukukun hususi mülkiyete kadar uzanıp uzanmadığı, başka söyleyişle, içtimaî ve iktisadî bir anlaşmanın mevcut olup, olmadığı fikri hatıra gelebilir [1]

Gurvitch şu kanaattedir ki, demokrasi içtimai huknkun, yegâne değilse de, en kuvvetli temelidir. Fakat burada bu meseleyi münakaşa edecek değiliz; biz içtimai adaletin tahakkukuna hizmet eden vesıta ve usuller arasında birinci sırayı bizatihi tahakkuk usullerinin işgal etmesi lâzımgeldiğini, keza mümkün olduğu kadar, hiç olmazsa ahlâkî bakımdan, bütün içtimai, hukuklar içinde de bu mevkii bizatihi içtimai hukukun ihraz edeceğini isbata çalışacağız.

Gurvitch' in bu bizatihi hukukdan kasdettiği mâna ne olursa olsun. prensip olarakşurası doğrudur ki, içtimai hukuku devletin mevcut rejiminden ayıran mesafe bu hukukun istiklâliyetinin derecesine göre az veya çok olur; bu hususda Gurvitch' in vâsıl olduğu neticeler âmme ve idare hukukları ilmine olduğu kadar hukukun genel nazariyesine de çok faydalı olacakdır. Gurvitch' iu plüralismi muhtelif partilerin istiklâliyeti ile hukukun tahakkukuna ait dinamismi tanımakla doğruluğu tamamen tahakkuk etmiş bulunmakdadır. Eğer bizatihilik hukukun esasında mevcut ise, yani hukuk cemiyetin bizatihi bir neticesi ise, bu, muhtelif müştaklar ihtiva eder ve binnetice sadece Devlet otoritesine de irca edilemez. Halbuki mevcut içtimai gurupların hakikatte bi müsavat kaidesi üzerine müesses ve yalnız bizatihi içtimai norm ile beğlanmamış bulunmaları keyfiyeti böyle bir fikrin neticesi değildir. Bunun aksini idıiaya da imkân yokdur. Bilfarz bugün iktisadi unsurun siyaset üzerinde azim bir tesir icra eylemekde olduğunu müşahade etmekdeyiz; bununla beraber iktisadi unsur devlet içinde icrayı tesir etse bile devletin rolünün her şeyin üstünde olduğunu da mülâhaza etmek mecburiyetindeyiz. Ekseriya irtikâp olunan hata, içtimai unsurlarla müesseselerin yekdiğerine karışdırılmış olmasındadır. Bu teşevvüşden çıkan netice yekdiğerile karşılıklı münasebetlerde bulunan unsurların müesseselerin federatif bir sistemi olarak arzolunmasıdır.

Gurvitch'in bu öncülerden mülhem olarak kurduğu sistem inkâr olunmıyacak kadar kuvvetli bir binadır. Filhakika bu sistemde, bir çok mütefekkirlerin sisteminde ekseriya zikredilen unsurlar mevcutdur; Girke ve proudhon'un içtimaî hukuk fikirleri, Fichte' nin" Kant'dan mülhem olduğu ahlâk fikirleri, Petrazyeki veya Haurionun normatif hâdise fikri ve Dugit'nin içtimai hukuk fikri, Haurionun müessese fikri ve hukukun plüralist telâkkisi. İdeal fikir, esasında içtimaî bizatihi bir hâdise olunca, hukuk da

[2] Bu mesele hakkında F. Darmstaedter: Rechtsstaat oder Machtstaat? 1932.

muhtevasındaki yekdiğerinden az çok müstakil unsurları arasında kuvvetli bir birlik bulunan müessese dahilinde normatif hâdiselerle izah olunur. Gurvtch bu ideal ve bizatihi unsurlarla şeniyete ait bulunan bir müessesenin Devletin sinesinde vukua gelen kaynaşmasını idealist realism — esası üzerinde sentetize etmişdir; şöyle ki, içtimai şeniyet kıymeti ile müessese fikri biribirile sım sıkı bağlı olup ancak izafi olarak yekdiğerinden ayrılmış bulunmaktadır. Bunun mânası şudur: fikir bir kuvvetdir; bunun mânası ise normativismle sosyolojismin veya fenomenolojik idealismle sosyolojismin kaynaşmasıdır. Biz meselenin felsefî cihetinde duracak değiliz; Gürviçin hal tarzı bize, prensip olarak, boğru gözükmektedir; çünki açıkça ilân olunan bir düalism, çok sert bir monism kadar imkânsızdır. Mamafih dağınık unusurların böyle bir bağlanma ve kaynaşmanın bazı güçlüklerle karşılaşabilaceğini işaret etmiştik. Bizatihi içtimaî hukukun, muhtevasından ayrı olarak, müşterek içtimaî vicdanın ifadesi elduğu şeklindeki görüşle bu hukukun hususî mnhtevayı havi hususî bir sistem dahilinde mevcut olduğu şeklindeki görüş arasında bir an tereddüt edilebilir. Esasında bizatihilik olduğu için Devlet otoritesine ne kadar karışsa da içtimaî hukuk, yine ancak demokratik rejimde mevcut olabilir. Gurvıtch, bizatihi hukukun tefevvukuna ve bunun pratik tesirine mâni olmakla beraber siyasî hâkimiyeti hukukî hâkimiyetten bâriz olarak ayırmaktadır.

Gurvitch'in görüş tarzı ile diğer iki müellifin, Walz ve otakanın görüşleri arasında bir çok müşterek noktalar mevcuttur. Filhakika bu iki muharririn yekdiğerine çok müşabih düşünüşleri vardır. Walz, Fichte'den ve Otaka da Tönnies'den mülhem olmuşlardır her ikisi de Husserl'in feuomenolojisine istinat eylemektedirler. Bunlar da Gürviç gibi, cemiyetin esaslı şekillerini aramakta ve bunda ideal bir muhteva ve prensipler halinde ifade olunabilecek bir mâna keşfetmeğe uğraşmaktadırlar. Bu itibarla idealist bir realisme tarafdar oldukları söylenebilir. Bunlar, netice bakımından Curvitch'le ekseriya karşılaşmaktadırlar. Mamafih burada bunların usüllerindeki farkları, felsefi hareket noktalarını veya neticelerini de tetkik etmiyeceğiz

Yalnız, kısaca esaslı fark ve müşahebetlerini işaretle iktifa edeceğiz. Zikredilen bu iki muharririn Gurvitch'le şu müşterek noktaları vardır ki, bunlar içtimaî hukuk mevhumunu, bu hukuk, ferdi hukukla karşılaştirmak suretile çıkarmaktadırlar. Yalınız, Walz ve Otakanın aksine olarak Gurvitch içtimaî hukukla ferdî hukuk arasında bir zıddiyet mevcut olduğunu mülâhaza etmekte, Walz ise sübordinatif bir hukuk tipi tefrik etmektedir. Otaka'ya gelince, o, ferdin çok az mütekâmil bir vicdana mâlik bulunan iptidaî bir tip iddia etmektedir. Gurvitch subordination prensipini kabul etmemektedir; ona göre bu prensip ferdin menfaatine olarak içtimaî prensipin aleyhe çevrilmesidir; primitif, iptidaî tipe gelince, bunu hiç nazarı itibara almamaktadır.

Kendi noktai nazarına göre, bu sonuncu tip, içtimaî hukuk tipine ithal edilebilir; çünki o da, (sosyologlara nazaran), bütün âzaları müsavi olan cemiyetlede bir tip olarak gözükmetedir. Ancak Gurvitch' in yaptığı tefrik, ferdein bugünkü devirde haiz olduğu muhtelif haklara mütalliktir. Bundan başka o, mantıki mütalâa tetkika sosyoljik görüşten daha çok kıymet vermektedir; ve bu, yaşadığı cemiyete karşı ayrı bir vicdan taşıya iptidaî tipi ne için tecrit ve ihmal ettiğini göstermektedir.

Bu üç mütefekkirin ferdiyetçi ve solidarist tiplerinin tefriki noktasından gerek ferdiyetçi ve gerek solidarist tipte içtimai unsurun bir nevi rol oynadığı cihetini işaret etmek bizce mülâyim gözükmektedir. Keza noktai nazar ayrılıkları da şu şekildeki bir izah tarzı ile barıştırılabilir: mademki cemiyetde ferdden müstakil ve içtimai münasebetlerin tabiatı icabı esas bir unsur vardır,o halde bu cemiyet mefhumunda aynı zamanda endividüalist ve içtimai unsur mevcuddur.

Cemiyetde zarurî olarak bir vazifeler taksimi ve bir meratip silsilesi mevcut bulunmaktadır. Fertler, ictimai bakımdan izahı müşkül olan ve ancak dinî veya metafizik esaslarla izah edilebilen bir takım fedakârlıklara da rıza göstermekdedir ki, bu da ferdin içtimai vicdanının bir kısmını teşkil eder. Bizce içtimai hukuk mefhumu, aynen Gurvitch'in tarif ettiği gibi, içtimai hukukun tezahür edebileceği şekillerden biridir. Burada, bizim kendi noktai nazarımızı, tarifimizin ne için ve ne sebeple Gurivich'in tarifinden ayrıldığını kısaca izah edelim.

İçtimai hukuk, hiç bir suretle, ferdin haklarının (sübjektif hukukun (hukukun) küllî bir inkârı değildir. Mütekabil uzvi münasebetlerde bulunan ferdler mevcut olmaksızın cemiyeti temsil etmeğe imkân yokdur. Fertlerinin şahsi faaliyetlerinden (inisyatiflerden) (yani karar ve hareket serbestisinden) vaz geçtiği cemiyet olmadığı gibi, yine fertlerinin şahsi menfaatlarini korumadıkları bir cemiyet de yokdur [1] Fakat, diğer tarafdan, ferdin de en iptidai vicdan olmıyan bir cemiyet keza mevcud değildir. Mamafih bu tez, ilimde kabul edilen iptidai cemiyetin içtimai izahile (Tönnies) zıddiyet arzeder gibi gözükmekde ise de, bize öyle geliyor ki, sosyolojik nazariye-

[1] Bir vazıkanunun Bütün vatandaşların ve yüksek organların (insan veya hukuku beşer beyannamesi) menfaati âmme esası dahilinde çalışmak vazifelerini ilân etmesi halinde dahi ferdî menfeati ihmal etmeğe imkân yokdur. Bu imkânsızlık, umumî menfeatin hususi menfeati ihtiva etmesi hâdisenin neticesidir. Fakat bu, yanlış anlaşılmamalıdır. Ezcümle, bir hakkın ilgasına mütedair hallerde olduğu gibi, meselâ hususi mülkiyetin ilgası çok ekemmiyetli olmuşdur (Sovyet Rusyada olduğu gibi) ki, bu, bütün diğer ferdî hakların ilgasını da birlikde getirebilir. Hattâ Devletin bütün ferdî hakları ilgaya salâhiyeti olması takdirinde dahi menfaatin ortadan kalkmasına imkân yokdur· Zira böyle bir devlet tedbirinin hedefi de iktidarı elinde bulunduran gurup âzalarının menfaati olarak kalmakdadır.

lerin derin tahlili ferdî vicdanın mevcudiyetini göstermektedir. Burada yalnız hatırlatalım ki, bir birlik içinde yaşıyan ve bu birliğin âzalariyle müşabehet ve taklit esası üzerine (Durkheim) müesses mihaniki bir tesanüdü veya bir kan hısımlığı bağı (Tönnien) mevcut olan iptidai insan, içtimai olan her şeyi kendinden olarak his ve telâkki eder; haklar ve vazifeler bakımından kendini gurubun diğer âzalariyle müsavi hisseder; kendini gurubun «karışık» olan hâkimiyetinden de müstakil sayar. Bundan başka ferd, şahsen kendisinden başka kimseye aid olmıyan bir şeyin mevcud olduğunu derhal hissedecekdir. Kastlara münkasım bir cemiyetde bile sosyologlar tarafından (meselâ Bouglé) gösterilen dinî telâkkilerin arkasında ferdî vicdanın mevcudiyeti keşfolunabilir. Bize, sistemlerin tefrikinin anahtarını temin edecek olan başlıca nokta, kanaatimizce, ferdin cemiyetde işgal ettiği mevkidir; yani bütün âzaların haklara mâlik olup olmadıklarını, bu hakların müsavi olup olmadığını ve hangi cihete, ne ölçüde müteveccih bulunduğunu bilmek meselesidir. Fakat, bir birlik daha küçük guruplardan teşekkül etdiğine ve ferdin ancak gurup vasıtasiyle tezahür edebildiğine göre, evvelce de söylediğimiz gibi, her kesin haklara ve vazifelere mâlik olduklarını veya olmadıklarını söylemek kâfi değildir. Diğer tarafdan, gurup, hiç bir ferdî irade tanımadığı veya bir gurup diğer gurupları tanımadığı zaman münasebetler kuvvet vasıtasiyle tanzim olunabilir. Hulâsa, her halde müsavat ve hiyerarşi, yani silsilei meratip prensipleri bir hukuk tipinin tarifi sırasında çok mühim unsurlar olarak telâkki olunmalıdır. Buna derhal şunu da ilâve edelim: ahlâkî telâkkiler bütün gurup âzaları müttehid oldukları takdirde dahi hukuki müesseseler de hiç bir zaman tamamiyle birleşemezler; zira italâfın derecesi. ahlâki telâkkiler veya hukuki müesseseler mevzuubahis olduğuna göre hayli tehalüf etmekdedir.

Bu söylenenlerden şu netice çıkmakdadır: biz ferdi ne maşeriyet (kollektivite) ve ne de menfaati âmme ile karşılaşdırıyoruz; müşterek menfaatten bahsedildiği zaman, alelumum ferdler göz önünde tutularak ferdlerin ne ölçüde tanındıklarını, başka söyleyişle, hangi ferdlerin tanındıklarını bilmek lâzımdır.

İçtimai müsavatın tanındığı bir sistemde içtimai bir tesviyenin hâsıl olduğu muhakkakdır; içtimai hukuku himaye etmek için Devlet müdahale etmekdedir; binnetice hususi menfaat de âmme menfaati ile hususiye ve âmme hukuklarının yaklaşdığı nisbetde her an mezcedilmekdedir. Fakat bütün bunların arkadasında, cemiyetin esasını teşkil eden muayyen pirensipler keşfolunabilir: tesanütçü hukuk pirensipleri.

İçtimai hayatda uzvi denebilecek unsurların ehemmiyetini tanımakla beraber fertlerin ve onları birleşdiren adalet ve tesannüd pirensplerinin rolünü de hiç unutmamak lâzım gelecekdir. Şu halde biz, ferdin hiç bir maâsı

olmadığını iddia eden uzvi telâkkiye karşı vaziyet almakdayiz; çünki bu telâkki bazı kültürel kıymetleri insnın fevkine ve haricine çıkarmakdadır (sanki adalet ve içtimaî tesanüdün bulunmadığı yerde medeniyet bulunuyormuş gibi). Bunun neticesi de, iktidar ve servetleri ellerinde bulunduranların kendilerinin maşeriyet için, içtimaî ve kültürel bakımından, en faydalı ve hattyâ yegâne faydalı olduklarını ilân etmeğe mütemayil bulundukları malûm omduğuna göre, insanlar arasındaki müsavatsızlıkdır.

İçtimaî hukuk mefhumunu tarif ederken, göz önünde hürriyet ve müsavat prensiplerin kabul olunduğu devreyi bulundurmak lâzımdır. Mevzuubahis sistemler içinde yapılan tefrikler, ferde atfolunan farklı bir kıymetden doğmakdadır. Felsefî ve ahlâkî noktai nazardan ferdin hukuk sahasında tanılan ve bu prensipin birleşdiği muhtelif hukuki şekillerin anlaşabileceği bir şahsiyet olmasının müşahadesi ihtimal ki kâfidir. Bilâkis, hukuki bakımdan mühim olan bazı içtimaî şartlar mevcut olmaksızın tehakkuk edemiyen bir takım müşehhas şekilleridir. Bazılarına göre ferdiyetçi ve solidarist sistemler arasındaki fark şunda mündemiçdir ki, birinci şıkda esas olarak mücerret şahsiyet, diğer halde ise müşehhas şahsiyet nazara alınmakdadır. Bununla beraber daha tam bir tefrik şu hâdiseye dayanmakdadır: Ferdiyetçi sistemde fert otonom olarak telâkki edilmekde ve cemiyet akdî münasebetlere müstenid bulunmakdadır. Mademki ictimaen ferd daima mevcut bir şeniyetdir, o halde mevzubahis olan ferdin nasıl ve ne mikyasda içtimaî bakımdan mevcut bulunduğunun tâyinidir. Bu farkı bu suretle anlarsak, demek ki, bu, bir şeyin neticesidir, zira mesele, her iki halde şudur: nasıl oluyorda fert muayyen bir içtimaî bir vakıa olarak telâkki edilebiliyor? Fakat, şurası da doğru değilmidir ki, bir bakımdan mücerretlik, müşehhaslık demekdir. Ve keza müşehhas da aynı zamanda mücerred'dir. Çünki, gerek mücerred ve gerek müşehhas izafi şeylerdir. Esas, her iki halde adalet fikrinde, şahsiyeti ve haklarının tanınmasında bulunacakdır. Bizce karakteristik unsur, her ferdin mevcudiyetinin himayesi başda olmak üzere, içtimaen ve iktisaden en zaif olanların himayesinde mündemiçdir. İşte, İçtimaî Hukuk binasını kuran budur. Buna, zarurî olarak, herkesin çalışma hakkını da ilâve etmek lâzımdır ki, bu da, böyle bir cemiyetde, çalışmanın her kes için mecburî olacağını tazammun eder. Diğer tarafdan, mülkiyet bir hizmet olarak telâkki edilmek lâzımdır; zira, aksi halde, tahakkuku imkânsız bir hayaldan ibaret kalacakdır; ve bütün tedbirler de iktisadi serbestinin bir tenkisini teşkil edecekdir. (İktisadi hayatın geniş çapda organizasyonu).

Mülkiyete, içtimaî bir hizmet karakteri atfolunursa bunun mânası şu

101

olacaktır ki, o muvakkaten ilga olunabilecektir [1]. Fakat bu, hiç bir suretle lüzumlu değildir; tahdit edilmesi ve, kısmı küllisi itibariyle, cemiyet hizmetine vaz'olunması kâfidir. Böyle bir telâkkinin (mülkiyet — hizmet) isbatı, mübhem karakterine rağmen, hukukun umumî istikameti ve başlıca temayülleriyle ahenk halinde bulunması hâdisesinde mündemiçdir. Şu halde mülkiyet — hizmet veya mülkiyet vazife, (Propriété — fonction) hem bir mülkiyet, hem de bir hak olmakda devam edecektir. İstimlâkler (diğer arızî tahditlerde olduğu gibi) tazminat mukabilinde yapılmaktadır; bu da muayyen bir âna kadar böyledir; fakat mesele, bu ânın ne zaman vürut edeceğini bilmekdir.

İtimde, mülkiyet — hizmet mevzuu üzerinde büyük fikir ayrılıkları mevcuttur; bu mesele üzerinde Duguit çok sert tenkitlere mâruz kalmıştır.

Hulâsa, vazife – mülkiyet (Hizmet mülkiyet), mülkiyetin zarurî bir inkârı değildir. Ancak, bu mefhum, umumiyetle, Duguit'nin doktrininde bu suretle anlaşılmıştır; binaenaleyh, bundan şahsen Duguit mesuldur; zira enfüsî hukuku inkâr etmekle, mülkiyet hakkını da, bu hakkın tamamen ilga edilmesini düşünmemekle beraber, inkâr eylemektedir [2].

Bu suretle tarif edilen içtimaî hukuk, «coopération, syndicalisme, socialisme» gibi içlerinde kaynaşabileceği muhtelif şekillerin müşterek esasını teşkil eder. Bizatihi içtimaî hukuk, kanaatimizce tesanüt ve bizatihi bir anlaşma için, insanların hüsnü niyetlerinin tezahür edebileceği en cazip şekillerden biri olabilir. Hukuk felsefesine ait ve aynı zamanda bizim görüşümüz olan telâkkiye nazaran, bu şekillerin kıymeti hakkında hüküm vermeğe ne taraftarız, ne de bu hükmü verebiliriz; binaenaleyh, bu noktayı, iktisatçılarla sosyologlara bırakıyoruz.

Gurvitch'in anladığı mânada içtimaî hukuk veya tamamiyet hukuku, şüphesiz ferdin hukukunu sıyanet etmektedir. Bu dahi, işte, şurada bizim verdiğimiz içtimaî hukukun tarifine muadildir. Bu sebepten dolayıdır ki, böyle bir içtimaî hukuk telâkkisine, profesör Bonnecase'ın arzusu veçhile romantısm diye işaret etmeğe hakkımız yoktur. Yalnız mumaileyhin, hukuku Spann'da müşahade ettiğimiz gibi, cemiyetin organistik telâkkisi üzerinde tesis eden bir içtimaî hukuk telâkkisine romantik demekde haklı olduğunu teslim ederiz.

[1] Eğer mülkiyet ilga olunursa, artık devletin mülkü olur ve Gurvitch'in haklı olarak işaret ettiği gibi, artık bir hizmet, bir vazife mevzuubahis olmaz. (Sosyalism ve mülkiyet, Revue de métaphysique et de morale, p. 118, 1930)

[2] Cf A. Mestere: Remarques sur la notion de propriété d'aprèt Duguit, Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique, 1932, No. 1 — 2. V. aussi G. Morin: l'Euvre de Duguit et le droit privé, aynı eser ve G. Perticone: L'ordinamento attuale della propriietà privata, estratto del fascicolo V, de "Lo Stato„.

No: 44

Ceza Hukukunda Kıyas (L'analogie)

Yahut

Adsız Suç (Le délit innomé) [1]

Yazaa :

İsmail Hakkı B A L A M İ R

Polis Enstitüsü ceza Hukuku öğretmeni

Ceza Hukukunda kıyas, son zamanlarda üzerinde en fazla münakaşayı davet eden mevzulardan biridir. Kanunun suç addetmediği bir fiili kıyas yoliyle suç saymak ve bu fiile ceza tatbik etmek mümkün müdür?

Bu mevzu etrafında bilhassa son seneler zarfında mühim ve şayanı dikkat münakaşalar yapılmış ve yalnız büyük ceza âlimleri değil ilmî siyasete alet etmek istiyen kimseler tarafından da bu hususta muhtelif fikirler ileri sürülmüştür.

Meselenin esasına girmeden yani hukukun tekâmülü seyrinde büyük bir zafer olarak gösterilen (kanunsuz suç ve kanunsuz ceza olmaz) kaidesini müdafaa veya inkâr etmek istiyen fikirleri; lehte ve aleyhte söylenen sözleri tetkik etmeden önce suç nosyonu hakkında kısa bir kaç söz söylemek ve tarihî seyrinde bu kaidenin doğuşunu umumî bir hakışla gözden geçirmek münasip olur kanaatindyız.

Suç (Le délit)

Hukukî telâkki: Hemen hemen bütün müsbet ve kanunî mevzuat, ilmî mânada tarif etseler de, etmeseler de suçtan daima bahsederler. İşte buna suçun hukukî nosyonu diyebiliriz. (Kanunun sarahaten suç addetmediği bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemiyeceği) kaidesini şimdilik pek az istisnasiyle bütün ceza kanunları ilk maddelerinde tesbit ederler. Bu kaideden ceza kannunlarına göre suçun basit bir tarifini çıkarmak mümkündür: (mukabilinde kanunun ceza tayin ettiği her fiil suçtur.) Bu manzini nin tarifine yakındır.

Yine hukukî bakımdan olmak üzere suç aşağı yukarı farklarla muhtelif cezacılar tarafından muhtelif şekilde tarif edilmektedir.

---

[1] Adsız suç tâbirinden kanunun sarahaten tâyin eylediği suçların haricinde kalan ve binaenaleyh kanun tarafından kendisine bir ad konmayıp başka bir suça kıyasen ceza verilen fiili kastediyoruz. Bu tâbir Fransızca (délit innomé) ve İtalyanca (delitto innominatto) tâbirlerinin mukabilidir.

İtalyan cezacılarından Garmignani (Kanuna muhâlif olan fiili insanidir.) der.

Binding (kanuna değil fakat kanunun himaye ettiği kaideye tecavüz eden fiil) olduğunu söyler.

Yeni İtalyan ceza kanununun tanziminde çok büyük rolü olan A. Roccoya göre ise suçun tarifi bu kadar basit değildir. Ona nazaran suç hukukî şekilde teşkilâtlandırılmış bir cemiyetin mevcudiyeti için tehlike husule getirdiği cihetle objektif hukukun kendisine ceza tâyin ettiği gayri meşru bir fiil, cazayî ehliyeti bulunan bir insan fiilidir.)

Suçun bu hukukî (Jüridique) nosyonu şüphesiz felsefi (philosophique) içtimaî (Sociologique), Tarihi (historique) ve etnografik (enhnographique) telâkkilerden farklıdır. Bu ilimlerin iştigal mevzuları müsbet mevzuattaki sübjektif suç değildir. Mevzularının hududu katî bir vuzuhla ayrılmış olmamakla beraber bunlar zaman ve mekândan mücerret olarak müstakil ve âfakî bir suç tarifiyle meşgul olurlar. Kötü ve gayri ahlakî hareketlerin karakteristik vasıfları üzerinde münakaşa ederler. Suçun esası nedir? Hangi fiiller bünyelerindeki ne gibi hüsusiyetlerinden dolayı suç addedilirler? Zaman ve mekân kaydiyle mukayyet olmayarak mazide olduğu gibi istikbalde de suç addedilecek fiiller Var mıdır? Tabii suçu [1] kanunî suçlardan ayıran vasıflar nedir? bunları tetkik ederler. Muayyen cemiyet tiplerinde suçun sebeplerini ve takip ettiği seyri ararlaştırırlar. İstikbalde alacağı şekli keşfe çalışırlar. Bazı ırklarda ve bazı iptidaî kavimlerdeki suçtan veya suça benziyen şeylerde, suç mefhumunun doğuşundan bahsederler. Muayyen suçların mahiyeilerini ve bunlara karşı alınması lâzımgelen tedbirleri mevzubahis ederek adeta kanun vazı larına rehberlik yaparlar.

Bahsimizi alâkadar ettiği için bazı filozof ve sosyoloğların suçu ne şekilde mütalâa ettiklerin i burada hatırlamak faydasız olmaz.

Bir çok ictimaiyatçı ceza âlimleri suçu yukarda bahsettiğimiz kanunî görüş haricinde ve kanunun dar çerçevesinden çıkarak objektif bir şekilde tarif etmek istemişlerdir.

İtalyan ceza âlimlerinden Garrara ya göre (suç, vatandaşların emniyetini muhafaza için cemiyetin koyduğu kanun, ehliyeti cezaiyeyi haiz bir kimsenin müsbet veya menfi şekilde ihlâl etmesidir.) Mamafih bu tarif de daha ziyade hukukî karakteri haizdir. Zaten Carrara ya nazaran suç, filî

[1] Umumiyet itibarile kanun tarafından derpiş edilsin veya edilmesin katil, hırsızlık, sövme ve saire gibi haddi zatında kötü olan ve cemiyet tarafından da öyle görülen suçlara "délits naturels„ veya dêlits socials„ denilmektedir ki biz de bunu tabiî suç veya içtimaî suç tâbirlerile ifade ediyor ve buna mukabil kanunun bir ceza tehdidi altında sarahaten menettiği diğer fiillere de „kanunî suç„ diyoruz.

değil hukukî bir vakıadır. Ve insan fiilile kanun arasındaki zıt münasebetten doğar.

Garofalo ise suçu, (mütekâmil insan birliklerinde ferdin cemiyete intibakı için zarurî görülen ahlâkî hisse, merhamet, adalet, ve iyilik gibi esaslı diğergâmlık hislerine tecavüzdür.) şeklinde tarif etmiştir. Bu izaha göre bu tarifin harcinde kalan bütün fiiller kanunen ceza tehdidi altında menedilseler bile içtimaî suç addedilmiyecekler fakat kanunî suç sayılacaklardır. Garofalo bu tefrikile eski romalıların (bizatihî) suç: (Delicta malâ inse ve kanun menettiği için suç (delicta malâ buia prohibita) tasnifine yaklaşır.

Romagnosi de (haksız ve zararlı bir fiil) şeklinde tarif ettikten sonra suçları (tabiî: Naturali) ve (sun'i: Fattizi) olarak ikiye ayırır.

Ferri meşhur" Sociologia criminale,, kitabında tabii ve içtimaî suçlarla kanunî veya teknik namı verilen suçların ayrılması lüzumunu ileri sürüyor.

Fakat bu cezacılara göre tabiî veya ictimaî suçlar hangileridir? Gerçi tanınmış içtimaiyatçılar (cemiyetin esaslı ahlâk kaidelerine müşterek şuurun tâyin ettiği akide sistemlerine tecavüz eden ve umumî vicdanın takbihini mucip olan fiillerdir.) şeklinde suça nisbeten daha şâmil bir hudut tâyin ederler. Fakat daha geniş ve umumî mâna da bir suç arayanlar için bu tariflerin hiç birisi katî ve tatminkâr değildir. Kâfi derecede vazıh ve âfakî olmaktan uzaktır. Her zamanda, tarihin her safhasında ve her kavim nezdinde değişmez bir şekilde suç addedilen bir fiil varsa onu tesbit etmek lâzımdır. Daha doğrusu meseleyi şu şekilde koymak muvafık olur: Bu gün olduğu gibi tarihî devirlerde hattâ tarihten evvelki zamanlarda da cemiyetin himayesi altında bulunan müşterek bir şey var mıdır? Eğer mahrem addedilen böyle müşterek bir şey varsa, ona tecevüz, onun şu veya bu şekilde ihlâli hiç şüphesiz naturel suç teşkil edecektir.

Roma Üneverestesi «sociologia criminale» profesörü A. Nicaforo bu müşterek şeyin (ferdin esaslı hayat ve mevcudiyet şartları) olarak gösterilebileceğini söyler. Ve bunun her zaman her cemiyette birliğin himayesine mazhar olan müşterek bir şey olduğunu iddia ederek der ki (. . . . . Ferdin hayatî şartlarına tecevüzden cemiyet müteessir olur. Çünki cemiyeti teşkil eden bütün fertlerin hayatî şartları tecavüze uğrarsa cemiyet olamaz. Yeter ki Ferney Filozofunun [1] — Fertlerle cemiyet menfaatlerinin bir birine zıt olduğu, fertler ne kadar fena vaziyette olurlarsa, onlardan teşekkül eden cemiyetin o kadar iyi olacağı — yolundaki sözü ciddiye alınmasın. Ferdin esaslı hayat şartları cemiyetin de esaslı hayat şartlarıdır. Doğumdan ölüme kadar tamamen terk ve tecrid edilmiş ve binaenaleyh as-

[1] Voltaire i kast ediyor.

garî bir nizamı içtimaî içinde hayat ve hareket şartlarını bulmamış bir fert ne olurdu acaba?) Şu izahatın ifade ettiği mânaya göre suç (ferdin esaslı hayat şartlarına tecavüz) demek olur.

Bu tarif de evvelkilerinden pek fazla vazıh ve iddia edildiği kadar da şâmil değildir. (Ferdin esaslı hayat şartları) nedir? Eğer bununla meselâ doğrudan doğruya hayata karşı işlenen fiil kast ediliyorsa, katlin daima ve her kavim nezdinde memnu olduğu keyfiyeti pek kuvvetle müdafaa edilemez. Gerçi bazı etnografya âlimleri iptidaî kabilelerde de kan'ın TABU addedilmesi fikrinden doğan dar mânada bir «öldürme memnuiyeti» kaidesinin mevcudiyetini iddia etmişlerdir. Fakat bu, katil fiilinin her zaman ve mekânda memnu olduğunu, onun suç telâkki edildiğini isbata kâfi gelmez.

Bu münasebetle Cerrara (memnuiyetin cemiyetteki «Sens moral» ahlâkî duygu ile teşekkül ettiğini ve katil, sirkat ve saire gibi hareketleri kötü addederek takbih eyliyen bu ahlâkî duygunun iptidaî kavimlerde henüz inkişaf etmediğini) söyler. Hakikaten ne İranlıların Zendavesta'sında ne de Hintlilerin milâttan 3 — 5 asır önceki Manu kanunlarında listesi tanzim edilen bir sürü acaip suçlar arasında katil fiiline veya bugünkü medenî cemiyetlerin pek tehlikeli addedip menetmekte titizlik gösterdikleri sair suçlara tesadüf edilmez. Velhasıl «Ferdin esaslı hayat şartlarını» da ancak muayyen bir camiyet ölçüsünde mütalâa etmek kabildir.

Değişmez ve ezelî bir suç nosyonunun mevcut olmadığını ve bunu aramanın faydasızlığını iddia eden müellifler az değildir. Hayatiyetini asırlarca muhafaza etmiş olan septik hal sureti kendisini bu sahada da kuvvetle his ettirir. Bunlara göre suç her hakikatten ziyade değişiklik ve nisbilik arz eder. İyilik ve kötülük haklı veya haksızlık nosyonları nasıl zamana ve mekâna göre değişen farklı telâkkilere bağlı iseler, suç mefhumu da öyle nisbidir. Suç olanı ve olmıyanı mutlak bir şekilde tâyin ve tesbit etmek mümkün olmaz. Suç veya mübah fiil telâkkisi bir taraftan zamana yani tarihî devirlere, asırların tebeddülüne, diğer taraftan mekâna, yani Coğrafî taksim ve tevzilere göre en ziyade değişiklik arzeden bir mefhumdur. Nasıl ki mutlak ve müşahhas bir adalette yoktur. Adalet, her fert için başka başka birer mefhumdur. Ne kadar insan ve insan gurubu varsa o kadar da adalet vardır. Ve bu insan ve insan grupları kendi aralarında bir birine ne kadar benzemezlerse adalet de bu kadar mütefavittir. Şu fiilin suç ötekinin mübah addedilmesi münasip olacağı fikri mutlak ve değişmez bir şekilde nerde vardır? Tevratın recm cezasiyle tehdit ettiği ağır suçların hemen hepsi bugün mübahtır. Ve ateşle kılınçla cezalandırılan suçlar bugün artık bir kabahat bile değildir.

Suçu munhasıran müsbet hukuk bakımından mütalâa etmek istiyenler de bu fikrin arkasından mantıkî bir silsile ile kendi düşüncelerine uygun

bir netice çıkararak şunları ilâve edebilirler: (binaenaleyh bir fiilin suç addedilebilmesi için onun kanunen men edilmiş olması lâzımdır. Kendiliğinden suç olabilecek fiil yoktur; o fiil istediği kadar başka bir ferdin ve hattâ Cemiyetin zararına olsun, eğer kanun tarafından men edilmemişse hattâ hırsızlık ve katil gibi Klâsik cürümlerin bile suç addedilmesine imkân yoktur.)

Mevzuumuz olan «Adsız suç» bahsinde «Kıyas» ın memnuiyeti bu noktai nazarın zarurî bir neticesi olur.

Maamafih Cemiyetin muayyen akide sistemlerine tecavüz ettiği ve binaenaleyh içtimaî tehlike teşkil eylediği için kanun tarafından da men edilen tabii suçlar bulunduğu gibi kanun vazıınca sarahaten men edilmediği halde yine cemiyetin ve umumî vicdanın takbih edeceği bir takım fiillerin mevcudiyeti de inkâr olunamaz. Bunlar da içtimaî veya naturel suç vasfınalâyıktırlar. Belki bütün beşer ve bütün tarih mikyasında müşterek bir suç tesbit etmek imkânsızdır. Zaten böyle bir suç aramakta fayda da yoktur. Çünkü kanunî mevzuat haricinde tabiî bir suç ararken muayyen bir cemiyet ve muayyen bir devreyi göz önünde tutmak kâfidir. Muayyen bir cemiyetteki umumî telâkki bir fiilî antisosyal mahiyette görüyorsa o fiile (içtimaî suç) adı verilebilir.

Bir fiil böyle içtimaî mahiyette tabiî suç olsun veya olmasın kanun onun işlenmesini sarih bir hükümle men eylemişse o fiili işliyenin cezaî takibata mâruz kalacağı şüphesizdir. Fakat kanunun sarih bir hükmiyle yasak edilmiyen ve binaenaleyh kanunen mübah olması lâzımgelen bir fiil için — kanunda yazılı başka bir suça benzetilmek suretiyle — ceza tâyin edilebilirmi? İşte mevzuumuz budur.

Tarihî Seyri Bakımından "Kanunsuz Suç Olmaz„ Prensipi

(Kanunsuz suç ve ceza olmaz.) Kaidesi de diğer siyasî ve içtimaî azim değişikliklere sebep olan Fransa inkılâbının mahsulüdür. Bu inkilâbtan sonradır ki bütün milletlerin ceza kanunlarında ve hattâ bazan devletin esas teşkilâtına ait kanunlarda bu kaide yer almıştır. Ve kökünü inkilâba takaddüm eden zamanlardaki fikir ceryanlarından alır. 18 inci asır iptidalarından itibaren büyük fikir adamları halkı dinî siyasî ve içtimaî inkilâp prensiplerine hazırlıyorlardı. Teşriî ve icraî kuvvetlerin ayrılması esasını ortaya atan Lecke (1632—1704) ve buna kazaî kuvveti de ilâve eden Montesquieu (1689 - 1755) kanun yapmak kuvvetinin ancak halka ve onun mümessillerine ait olabileceğini ve bunun icraî ve kazaî kuvvetlerden ayrı ol-

ması lüzumunu telkin etmişlerdir. Maksat fertlerin hukukunu ve teessüs edecek içtimaî nizamı sadece himaye edecek bir devlet teşkilâtı vücude getirmekti. İşte (kanunsuz suç ve ceza olmaz) kaidesi de ferdin haklarını devletin tecavüzüne karşı korunmak için teşrii kuvvet tarafından konmuş olan kaidelerden ve büyük inkilâbı husule getiren fikir hareketlerinin hukukî sahadaki tecellilerinden biri olmuş ve bilâhara Fransızların hukuku beşer beyannamesinde yer almıştır.

Bu kaidenin doğuşu bir zaruretin bir ihtiyacın neticesi idi. Fransız inkilâbından önce ne hudutları muayyen bir suç tarifi ne de her suç için tesis edilmiş bir ceza vardı. Bütün kuvvetleri elinde tutan hükümdar veya hükümdar namına hareket eden kimse istediği fiili suç sayar ve aklına gelen cezayı tatbik ederdi. Cezalar çok şiddetli ve suç ile ceza arasındaki nisbetsizlik pek büyüktü. Çünkü ceza intikam veya kefaret esasına dayanan oibtidaî karekterini kaybetmemişti. Adları ve cinsleri yazılı müstakar bir suç tesis edilmediği için ferd, işlediği fiilin cezayı mucip bir suç olması ihtimali karşısında huzur ve emniyetini kaybeder, veya mubah olduğunu düşünerek yaptığı hareketten dolayı takibata maruz kalır, tevkif edilir, ve malları musadere edilirdir.

Montespuieu meşhur "Esprit des lois» kitabında (Hürriyet emniyettir. «der» bu emniyet ithamlar karşısında taarruza uğrar. Bunun için Vatandaşların hurriyeti her şeyden önce ceza kanunlarının iyiliğine tâbidir.)

Lâtince «Nullum Cirimen sine lege» ve «nulla Poena sine lege» düsturlarile ifade edilen «kanunsuz suş ve ceza olmaz» Pirensibi uznn zaman ceza hukuku sahasında bir mütaarefe gibi hayatiyetini muhafaza etmiş ve münakaşaya bile tahammülü olmıyan açık bir hakikat şeklinde kabul edilmiştir. Bu gün bile pek çok ceza kanunları ferdî hukukun mukaddes bir garantisi olan bu kaideyi hemen ilk maddelerinde koyarlar. Hukuk talebesi ceza dersinde bu prensiple karşılaşır. Ceza kanununu eline alan kimse ilk sahifesinde bu kaideyi bulur. Netekim ceza kanunumuz da (kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılamaz) hükümlerini birinci maddesinde tesbit etmiştir.

Aşağı yukarı 18 inci asır ortalarına kadar devam eden, suçun tayin ve cezanın tatbikindeki hudutsuz keyfî muamelenin aksülamali olmak üzere bu sefer suçun ve cezanın müsamaha kabul etmez bir huşunetle önceden tesbiti temayülü başlar. Ceza hukukunda Klasizmi doguran bu temayüldür.

Meşhur İtalyan ceza âlimi «Cesare Beccaria» hacmen küçük fakat tesiri itibarile büyük olan «Suçlar ve cezalar» (Deidelitti e dele pene) adlı

kitabını o zamanlardaki umumî fikir cereyanlarının ve Montesquieu, J.J. Rousseau gibi içtimaî ve nazarî hukuk sahasında otorite olan şahsiyetlerin tesiri altında yazmıştı. (1764)

Becceria bu kitabıladırki Klasizmin babası addedilir. Müellif, Cemiyetin ceza verme hakkını o zaman yep yeni olan Rousseau nun meşhur içtimaî mukavele «Contrat social» nazariyesile izah ettikten sonra, derki (Kanunun tesbit ettiği cezadan daha büyük bir ceza tatbiki haksızdır, ikinci bir ceza mahiyetindedir. Binaenaleyh bir Hâkim suçlu vatandaş için tayin olunan cezayı bir nevi kendi gayretkeşliği veya umumun menfaati gibi vesilelerle artıramamalıdır. Kanunun «ruhuna müracaat» etmek kaidesinden daha tehlikeli bir şey yoktur..... Herkesin kendine mahsuş bir görüş tarzı ve her insanın muhtelif zamanlarda bir birinden farklı noktayı nazarı vardır. Şu hale göre kanunun ruhu bir hâkimin iyi veya fena mantığının, doğru veya sakat anlayışının mahsulü olacak, hisselerinin o andaki şiddetine ..... tâbi olacaktır.)

Bu cezacıya göre suçun tarifi hiç bir ipham, tereddüt ve tefsire meydan vermiyecek şekilde vazıh ve karşılığındaki cezada suçla mütenasip ve her suçlu için mutlak surette müsavi olmalıdır.

Ceza Hukukunda Klasi sizmin mümeyyiz vasıflarından biri de budur. Kanun vazıı suçları esaslı ve umumî bir şekilde tarif eder. Suçların âdeta bir listesini yapan ve karşılığında hiç elastikiyeti bulunmıyan sabit cezalar koyar. Hâkime de suçlunun işlediği fiil kanunda yazılı snçlardan hangisine ait ise onu bulup karşılığındaki cezayı kayıtsız ve şartsız tatbik vazifesi kalır. O, bu vazifesini, ne failin hususî temayüllerini ne de fiilin işleme şartlarını nazarı dikkate almaksızın adeta mihanikî bir şekilde yapar. Ne olursa olsun o, kanunun tâyin ettiği hududun haricine çıkmamak mecburiyetindedir. kanunun suç için tesbit ettiği unsurları tamamen ihtiva etmiyen bir fiili suuç sayamıyacağı gibi tâyın edilmiş olan cezayı da hiç bir sebeb ve vesile ile eksiltip arttıramaz. Klasi sizmin şiddetle hâkim olduğu bu devirlerde kanun tefsiri memnudur. Hattâ Devlet Reisinin müsaadesi olmaksızın kanunu tefsir etmek 1782 tarihli bir Alman kanun projesine göre cezayı mucip bir suç addediliyordu.

İşte «Nullum Crimen Sine lege, Nulla Poena sine lege „prensibi en müfrit tatbik sahasını Klasik mekteple bulduğu şu izahattan anlaşılır.

Klasik mektep nasıl *Pozivizm* ile sarsılmışsa Klasizme sıkı bir şekilde bağlı olan bu perensip de hızını ilk defa pozitivist mekteple bir az kaybetmiştir. Pozitivist mektebin büyüklüğü ve en karaktristik vasfı, mücerret suçu değil fakat suçluyu tetkike değer bulmasıdır. Hakikaten Klasikler, suçun bir insan fili olduğunu unutuyorlardı. Suçluyu hiç görmek istemi-

yorlar, faile karşı adeta gözlerini kapayıp yalnız fiili nazarı dikkate alıyorlardı. Klasizm için suçun fiilî olmaktan ziyade hukukî bir varlık olduğunu yukarda bilmünasebe söylemiştik. Pozitivistler için iş, bunun aksidir. Suç hu ukî olmaktan evvel filî bir vakıadır.

Burada Klasisizm ve Pozitivizmin diğer esaslı veya müteferri hususiyetlerini tebarüz ettirmeğe kalkarsak takip etmek istediğimiz yoldan fazlaca uzaklaşmış oluruz. Bu cihet ayrıca bahse mevzu teşkil edecek değerdedir. Onun için biz bu noktaya yalnız bahsimizi alâkadar edecek bir ölçüde temas edeceğiz.

İlk defa antropolojik noktadan Torino tıbbı adlî profesörü ve «Mücrim İnsan» (Uomo delinquente) (1876) müellifi Cesare Lomproso'nun tesis Pozitivist mektep Enrico Ferri de içtimaî cepheden tekâmülünü bulmuş ve R. garafalo ile de hukukî bakımdan tatbik sahasını bulmuştur.

Pozitivistler suçtan ziyade suçlu üzerinde durdukları için bazı itiyadî ve profesyonel mücrim addettikleri kimseler hakkında kanunun vaz'ettiği cezalar haricinde ve aynı mahiyette bir takım müeyyidelerin tatbikını isterler. Hattâ bazı kimseleri suç işlemedikleri halde fizik veya ruhî anormaliteleri sebebiyle doğuşta mücrim ve binaenaleyh cemiyet için tehlikeli sayarak onlar hakkında da bazı emniyet tedbirleri tatbik etmek suretiyle cemiyetten uzaklaştırmayı tavsiye ederler. (Kanunsuz suç ve ceza olmaz.) Kaidesinin resaneti işte böylelikle sarsılmış oluyor. Gerçi bu prensip red ve inkâr edilmemiş kanunlardaki mevkiini muhafaza etmiştir. Halâ da etmektedir.

Fakat diğer taraftan pozitivist mektebin tesirleri teşriî sahada da mevcutiyetini hissettirmekte gecikmedi. Ceza kanunlarında her cürüm için tek ve değişmez cezalar yerine asgarî ve âzamî hadli müeyyideler tâyin edildi. Hâkimlere kendi şahsî kanaatlerine ve her suçlunun vaziyetine göre bir birinden oldukça mesafeli bu asgarî ve âzamî hadler arasında bir ceza takdir edebilmek salâhiyeti verildi. Tamamen hâkimin takdirine bağlı olmak üzere cezayı hafifleten ve şiddetlendiren sebepler vaz'edildi. Bazı şartlar dahilinde cezaların tecili hakkı kabul olundu. Cezanın şahsileştirilmesi temayülü başladı. Bunlar küçük ölçüde birer kıyasdı, ve prensibin eski müfrit sarsılmazlığını bir derece tadil ettiler.

Maamafih ceza hukuku sahasında kıyasın tatbikına taraftar olanların, ileride göreceğimiz veçhile, bunu mübalâgalı bir şekilde tefsir ederek iddialarına delil gibi saymaları müfrit ve hatalı bir görüş olur.

No: 45

Bibliyografya

Genç Hukuk Doktorlarımızın Tezleri Serisinden [III]

Yazan:

Prof: Tahsin A D A M

Osman Fazıl Berki: Türk Devletler hususî hukukunda kanunî miras (Tez Fribourg) 1941 Sahife 116 [1]

Müellif Mirasın açık mefhumundan yani intikal ve iktisap hareketlerini tazammun eden ameliyeden hareket ederek miras hukuku bakımından ecnebilerin hukuk vaziyetini mevzubahis eden birinci kısmın ilk iki fasılını tevris ve tevarüs haklarına tahsis etmektedir. Bütün bunlar bu günkü mevzuatın kıymet ve ehemmiyetini daha iyi anlamayı mümkün kılan bir tarihçeyi takip etmektedir.

Menkul miras hususunda yabancılarla yerliler arasında tam bir müşabehet (Türk medeni kanunu madde 8)

Gayri menkul miras bakımından müellif müşabeheti ancak ahdî veya kanuni muameleyi mütakabile şartiyle kabul ediyor. Çünkü kadastro makamları Türk tebeasına ecnebi memlekette gayri menkul mülkiyeti tanıyan bir mukaveleden istifade eden devlete mensup oldukları veya hariciye vekâletinin, Türklerin, ecnebinin tâbi olduğu memleketde gayri menkul hakkından istifade ettiklerini gösteren bir emri bulunduğu takdirde yabancıların gayri menkul mülkiyeti iktisabını is'af etmektedir.

Kadastro makamlarının tatbikatına verdiği hukuki kıymetden ve onu Türk kanunun vazıının fikrinin tercümesi olarak gösterildiğinden dolayı müellife itirazda bulunmağa içtisar ediyoruz.

Köylerde gayri menkul iktisabını yabancılara meneden 13 Mart 1924 Terihli kanun, müellifin fikrine göre gerek bu kanunun metninden ve gerek tapu kanunundan (Madde 36) İstinbat edilen sebepler dolayısiyle kanuni mirasa tatbik edilemez.

[1] *Suceessin Ab Intestot en droit international Privé Turc. Thère Fribourg .1941*

Eserin ikinci kısmı 1915 Tarihli (Ecnebilerin hukuk ve vezaifi hakkındaki) kanunun kabul eylemiş olduğu, âmme intizamına riayet kaydiyle, menkul mirasın müteveffanın millî kanuniyle ve gayri menkul mirasın gayri menkulun bulunduğu mahal kanuniyle idare edilmesi sistemini bütün hukuk mevzuatının kabul etmemesi dolayısyile doğacak kanun ihtilâflarına hasredilmiştir.

Bay Osman Fazılın fikrine göre ikame ve bir asalet unvaniyle beraber verilerek bu unvanla birlikte yalnız ailenin ekber evlâdına intikal eden (Majorats) Rejimleri âmme intizamını haleldar eder; halbuki büyük evlât hakkı (Droit d'ainesse) İle erkek evlâdın mirasda kız evlâtdan daha çok hisse hisse alması hakkı (Droit de Masculinité)Bu mahiyette değildir (Sahife 57 – 59)

Müellif bazı mevzuat tarafından devletin hükümranlığı sıfatiyle tevarüs etmesi kabul ve bazı mevzuat tarafından kanuni mirasçı addedilmesinden dolayı baş gösterecek tavsifat ihtilâfına işaret etmektedir. Bu son hal suretinin teyit eden Türk mevzuatı ile Türk topraklarında menkul mallar bırakarak ölen ecnebinin mensup olduğu devlet mevzuatının aynı hal suretini kabul etmemesi halinde nazik bir mesele ortaya çıkabilecektir. Bu takdirde bay Osman Fazıl Berkinin fikrine göre Türk kanunu mirasın mahlûliyetini kabul etmemesine rağmen Türk devleti sahipsiz mal olarak bu menkulleri iktisap edecektir.

Bütün mevzuat tevarus edecek olan miraslar için aynı ehliyeti derpiş etmezler. Türk topraklarında. Mirasçı olan ecnebilerin kanunlarının derpiş ettiği bazı ehliyesizlikler âmme intizamının tefevvuku hükmü altına düşe bilirler. Müellifin fikrine köre bu hususta yalınız dinî ehliyetsizlikler Türk âmme intizamını haleldar ederler ve binaenaleyh Türkiyede tatbik edilemezler. Bu fikir yalınız bizatihî değil aynı zemanda müellif bunu haklı gösterecek bir delil dermeyan etmediğinden nazarı itiraz ve dikkat celbetmektedir. Hususile ki medeni ölüm müellif tarafından âmme intizamı icapları dolayısıyle Türkiyede tatbik edilemiyecek olan bir ehliyetsizlik sebebi olarak gösterilmektedir.

Mirasın kabulüne; reddine ve mirasçının mirasa doğrudan doğruya mâlik ve zilyet olmasına (Saisine hereditaire) Ve mirasın resmî tasfiyesine taallûk eden meseleler hakkında müellif menkullerle gayri menkuller arasında tefrik yapan Türk kanun vazının kabul eylemiş olduğu sistemi tenkit etmekte ve demektedirki: Şahsen teşevvüş membaı olan böyle bir hal suretine taraftar değiliz. mirasın kabul ve reddini bir kanuna; tâbiri diğerle terekeye dahil olan malların mahiyeti ne olursa olsun müteveffanın millî kanununa tâbi kılmanın tamamen müreccah olacağını zannetmekdeyiz. Fakat Türk kanunu sarih metni karşısında mirasın menkul ve geyri menkul olmasına göre bir tefrik yapmamak müşküldir) (Sahife 79.)

Burada müellifi kendisinde çok takdire şayan hukuki bir fikre sahip olduğunu gösteren bu tenkidinden dolayı hararetle tebrik etmek İsteriz. Yalınız çok modern ve çok enteresan olan İtalyan sisteminin tahlili sırasında Türk sistemi hakkında umumî bir tenkit yapmış olsaydı yerinde olurdu.

Eserin üçüncü kısmı miras bakımından kazai salâhiyeti mevzubahis etmektedir. Lozan muahedesini akdeden veya türkiye ile lozan muahedesine müşabih mukaveleler yapan devletlere mensup kimselerin menkul miraslarını alâkadar eden ihtilâflar hakkında ve böyle mukaveleler akdetmiyen devlet Tabiiyetini haiz olan fertler birrıza müracaat etmezlerse veya Türk Tâbiiyetinde olan şahıslar alâkadar bulunmazsa veya Türk mahkemelerinde rüyet edilen dâvalara müteferri olmazsa Türk mahkemeleri salâhiyettar değildir.

Gayri menkuller bakımından bilâ istisna Türk mahkemeleri salâhiyettardır.

Neticede müellif iki teklifde bulunuyor:

Teşrii salâhiyet bakımından: terekeyi teşkil eden malların mahiyeti ve bulundukları memleket ne olursa olsun miras murisin vefatı anındaki millî kanunile idare olunmalıdır.

Menkullere müteallik miras hususunda kazai salâhiyet bakımından: Menkul mirasdan doğan ihtilâflar mirascıların tâbiiyetleri ne olursa olsun müteveffanın son ikametkâhı kanunun salâhiyeti dahilinde olmak icap eder.

Osman Fazıl Berkinin Tezi vesikalarına gösterilen ihtimam, mukayeselerinin zenginliği ve tahlillerinin ciddiyetile temayüz etmekte, müellifin de çok şayani takdir ve tam inkişaf halinde olan bir kabiliyet meydana çıkartmaktadır. Tez çok kıymetli bir hukukçunun ilk eserini teşkil etmektedir.

No. 44

Bibliyografya

Yazan :

Dr. Nurullah KUNTER

TEZER TAŞKIRAN VE SAMET AĞAOĞLU : *suçlu çocuklarımız (Ankara Çocuk Islah Evinde bir araştırma)*. Ankara, 1943, 64 sahife, 75 kuruş.

Çocuk ve genç suçlular meselesi, üzerinde hukukçuların, içtimaiyatçıların, terbiyecilerin ve memleket meseleleriyle alâkalı her aydının duracağı bir meseledir. İstatistikler her sene mahkûm olan küçüklerin miktarının arttığını göstermektedir. Buna karşı tedbirler almak zaruretindeyiz. Gerekli tedbirleri ise ancak, suçlulukla mücadele ilmi olan kriminiloji bize gösterebilecektir. Suç sebeplerini araştırıp bulmak ve sebeplere tesir etmek suretiyle suçlulukla esaslı bir şekilde mücadele etmek, işte kriminilojinin tuttuğu yol.

Memleketimizdeki çucuk suçluluğu ile mücadele için de çocuk suçluluğunu tanımak lâzım. Bu sahadaki kriminilojik tetkiklerin ilk adımını çocuk ruhiyatçısı Hilmi A. Malik 1932 senesinde «Türkiye'de suçlu çocuk» kitabiyle atmıştı. Bu eserde ceza evlerine Adliye Vekâletinin tavassutu ile gönderilen psikolojik suallere gelen cevaplar ve alelûmum çocuk suçluluğu tetkik edilmiştir. Prof. Dr. Fahrettin Kerim Gökay 1938 senesinde Paris Çocuk Psişiyatrisi Milletlerarası Birinci kongresine tebliğ ettiği raporun tercümesi olan «Türkiye'de çocuk cürümleri» ile Tıbbı Adlî müessesesinde, Bakırköy Hastahanesinde ve nihayet İstanbul Belediyesinin Çocukları kurtarma yurdunda yaptığı etütlerini neşretmiştir.

Son zamanlarda İstabul Hukuk Fakültesi doktora sınıfı talebelerinin İstanbul ve Üsküdar Cezaevlerindeki suçlu çocuklar arasında bir anket yaptığını ve çocuk suçluluğu hakkında kriminolojik tetkiklerde bulunduğunu memnuniyetle işitiyoruz. İstanbul Belediyesinin de İstanbul'daki kimsesiz ve serseri çocuklar hakkında ilmî araştırmalar yaptığını, istatistikler tuttuğunu ve çocuk bürosu, çocuk zabıtası, ziyaretçi öğretmenler ve çocuk kolonisi gibi teşkiller hakkında hazırlıkları ayrı ayrı heyetlere ve mütehassıslara havale ettiğini Başvekâlete ve alâkalı vekâletlere verdiği rapordan sevinçle öğreniyoruz. Şimdi de Kalaba ıslahevinde tetkikler yapan Tezer Taşkıranla Samet Ağaoğlunun araştırmalarının neticelerini gösteren Suçlu Çocuklarımız kitabı neşredilmiş bulunmaktadır.

Müellifler önsözde memleketimizdeki ıslah evlerinin kısa bir tarihçesini yapmakta ve çocuk suçluluğu meselesine dikkati çekmekte ve « bugün için bu meselede icabeden her adımın atılmış olduğunu söylemiye imkân yoktur » demektedirler.

Müellifler suç işliyen küçüklerin gün geçtikçe arttığını istatistiklerle tesbit etmişlerdir. 1935, 1936 ve 1937 yılları içinde mahkûm olan çoçukların istatistikleri mukayese edilmiştir. 1938 ve 1939 istatistikleri halen neşredilmiş bulunmaktadır. Bunları nazara alırsak artış nisbetinin korkunçluğu daha çok meydana çıkar.

Meselâ 12—15 yaş arasındakilerden 1935 de 831 çocuk mahkûm olmuş iken 1939 da bu rakam 2453 e çıkmıştır. 16—18 yaş arasındakilerde de 1935 deki 3651 e mukabil 1939 da 5817 mahkûm vardır. 19—21 yaş arasındakilerde artış nisbeti daha azdır ve 5715 e mukabil 6505 dir.

1940 senesinde Kalaba çocuk ıslahevinde mevcut 86 çocuk üzerinde yapılan tetkiklere Müelliflerin kullandığı metod şudur: Çocuğun ferdî durumunu, sosyal muhitin ve irsiyetin tesirlerini ve nihayet işlenen suçu alâkadar eden 34 sual hazırlanmıştır. Bu suallerin cevapları, çocuklarla teker teker görüşerek, kayıtlardan, müdür ve öğretmenlerin müşahedelerinden istifade ederek hattâ çocukların mektuplarından ve defterlerinden faydalanarak elde edilmiştir. Çocukların çok defa yazı bilmeyişi ve inkişaflarının fazla olmayışı ve mazisi ve aile durumu hakkında kayıtlarda fazla bir sarahat bulunmayışı gibi sebeplerle bazı suallerin cevapsız kaldığı da olmuştur.

Tetkikler daha ziyade içtimaî bakımdan yapılmıştır. Elde edilen istatistikî neticeler ingiliz ve amerikan istatisikleri ile de karşılaştırılmış ve muhit farkına rağmen şayanı hayret benzerliklere raslanmıştır. Varılan neticeler kitabın sonunda birer birer gösterilmiştir. Bazılarını aşağı naklediyoruz.

1) Mütebaki cezası altı aydan yukarı olanların kabul edildiği ıslahevindeki suçluların hemem hepsi köylüdür. Bundan şehir çocuklarının cezası daha az suçlar işledikleri neticesine varılmıştır. Bize göre burada bir ikinci noktayı daha nazara almak lâzımdır. O da, küçükler tarafından işlenen suçların bir kısmının meydana çıkmaması veya failinin bulunmamas gibi sebeplerle cezaî takibattan kurtulmuş olması ihtimalinin köylere nisbetle şehirlerde çok fazla bulunmasıdır.

2) Zekâ seviyesinin aşağı oluşu ıslahevindeki suçlular için bir suç âmili olarak kabul edilemez.

3) Suçluların hemen hepsi rençberdir ve çoğu ailesine yardım etmektedir.

4) Çocukların çoğunun ana ve babası sağdır, ana babanın hepsi köylüdür.

5) Ailelerin maddî durumu, içinde bulundukları köye göre en çok orta derecededir.

6) Maddî saikten ziyade mânevî saiklerin suçta âmil olduğu neticesine varılmıştır.

7) İşlenen suçların 60 şı katil, 14 dü kız ve kadın taarruzu, 10 nu livata ve 2 si hırsızlıktır.

8) Katildeki başlıca saikler: a) aile şerefi, b) aile kan dâvası ve intikam, c) kaza, ç) başkaları hesabına katil, d) tarla ve hayvan ihtilafları dahil olarak tehevvür, kabadayılık ve kavga, e) büyük yeistir. En taşkın sayı (29) d gurupundadır. Ondan sonra 12 sayı ile b grupu gelmektedir. Üçüncü olarak 9 sayı ile kaza, dördüncü olarak ta 6 sayı ile aile şeref ve nâmusu gelmektedir. Büyük yeisle işlenen suç sayısı ikidir.

Görülüyor ki tetkikler mahtut bir sayı üzerinde yapılmış olsa ve şehirli küçük şuçlular tetkikten kariç kalmış olsalar bile bu neticeler dikkate şayandır. Suç saiklerinin tetkikinde tamamen çocukça denilebilecek suçla karşılaşılmamış ve büyüklerin mesuliyetten kurtulmak için suçu küçüklere işletmeleri ihtimali de tesbit edilmiştir. Biz de, suçu işlemedikleri halde büyüklerini ağır cezalardan kurtarmak için suçu üstüne alanların mevcut olduğunu ıslahevinin değerli müdürünün ifadesine atfen ilâve edelim.

Müellifler bu ve diğer neticelerden sonra memleketimizdeki suçlu çocuk mevzuu hakkındaki düşüncelerini kaydetmekte ve bu arada bir çok dertlerimizi teşhis ederek yaraya parmak basmaktadırlar.

Bu dertlerimizin birincisi ihtiyaca kâfi ıslahevi olmamasıdı. Türkiye'de bir tek ıslahevi vardır. Bu yüzden ıslahevine kabul edilebilenlerin sayısı pek mahduttur. Bunların hiç olmazsa faydalı bir tretmana tâbi tutulabilmesi için mütebaki mahkûmiyetlerinin oldukça uzun olması kararlaştırılmıştır. Bunlar da sıraya konulmakta ve yer boşaldıkça getirtilmektedirler. «Çocuk bazan uzun bazan kısa bir müddet yer açılmasını beklerken ne hayat yolunu tanzim ve ne de başlanmış bir işi varsa ona devam etmek imkânını bulamamaktadır. Hattâ bazan tam dürüst, temiz bir iş hayatına atılmış iken cezasını çekmek üzere ıslahevine çağırılmaktadır."

Mütebaki cezası altı aydan aşağı olanlar ise 18 yaşına kadar bekletilmekte ve o zaman cezasını çekmek üzere cezaevine gönderilmektedir. «Bir kimsenin çocuk iken her nasılsa yapmış olduğu bir suç dolayısile senelerce bekledikten sonra cezasını umumî cezaevinde çekmesinin hiç bir terbiyevî kıymeti olmadığı meydandadır."

Kızlar için vaziyet daha kötüdür. Çünkü kız çocukları için hiç bir ıslahevimiz yoktur. Bu yüzden çocuklukta işledikleri suçların cezalarını kız-

lar 18 yaşını doldurduğu ve belki de iyi bir ev kadını ve bir kaç çocuk anası olduğu zaman çekiyorlar. »Genç bir kızı tam hayata atıldığı ve belki doğru, temiz bir yolda yürüdüğü bir sırada iken, içinde bulunduğu muhitte suçu unutulmuş olduğu bir devrede geç kalmış bir adaletin tatbiki yüzünden mahkûm etmek faydalı değil, zararlıdır fikrindeyiz.„

Bir diğer dert de mevkuf çocuklar meselesidir. Mevkuf çocuklar çok defa büyüklerle bir arada bulundurulmaktadır. Müellifler mevkuf çocukların da ıslahevine benzer yerlerde ve mutlaka büyüklerden ayrı olarak bulnndurulmalarında haklı olarak ısrar etmekte ve »acaba çocuklar için hiç bekletilmeden muhakeme de düşülemezmi," diye sormaktadırlar.

Bir diğer dert de tahliye edilen çocukların memleketlerine kadar gönderilmesi için tahsisat olmamasıdır. Çocukları kapı dışında bırakmamak için mücrimin sevkiyatı tahsisatından istifade düşünülmüş ve tahliyeden bir iki gün evvel jandarma ile ve kelepçeli olarak gidecekleri mahal cezaevine sevki formülü bulunmuştur" Tam hüriyete kavuştukları ve belki de içlerinde doğru bir adam olmak için yüksek duyguların en fazla coşduğu bir günde sırf seyahati kolaylaştırmak için onları jandarmaya teslim etmek, kelepçe takmak, halkın nefretle dolu bakışlarını celbetmek ne kadar hazindir.»

Müellifler son olarak ta çocuk mahkemeleri tesisi lüzumunda ısrar etmektedirler.

Çocuk suçluluğu mevzuuna yeni ışıklar getiren ve bugünkü dertlerimize işaret eden bu kitabı, daha geniş ölçüde müstakbel Türk kriminoloji tetkiklerinin mübeşşirlerinden biri olarak selâmlarız.

No: 46

Bibliyografya

Yazan : **Kâzım Dereli**

Devlet Camiasında

AVUKATLIK ve BARO

Yeni avukatlık kanununun karakteristik vasıfları

Yazanlar : Sadi Sağnak : Temyiz M. İcra ve İflâs Dairesi Âzası.
Kemal Boralıdağ : Adliye V. Neşriyat Dairesi Şefi.
Sayfa : 133 ; kuruş : 100.

Esere ön söz ve tarihçe mukaddemesiyle başlanarak Avukatlığın dünya medeniyetinin esaslarından biri olduğu ve eski devirlerde yaşamış Gildaniler, İraniler, Iraklılar, Mısırlılar, Venedik Cumhuriyeti ve Roma İmparatorluklarında bu meslek erbabının ne gibi ihtiyaçlar karşısında doğduğu ve geçirdikleri tekâmül safhaları izah edilmiş ve bundan sonra bütün memleketlerde avukatlık mesleğinin muasırı hukuk telâkkisi ile birlikte nasıl ve ne suretle doğarak inkişaf eylediği incelenmiştir.

Daha sonra memleketimizde Avukatlığın geçirdiği safhalar muhtelif bakımlardan tetkik olunarak, halen mer'i bulunan 3449 sayılı Avukatlık kanunu üzerinde durulmuştur.

Bundan sonra Avukat olabilmek için muktazi şartlarla stajden bahsedilerek Avukatların hak ve vazifeleri konusu uzun uzadıya izah olunmuş ve kanunun Avukatlara tahmil ettiği vazifeler ve bu kanunla Avukatlara temin edilen haklar tebarüz ettirilmiştir.

Kitapta ayrıca baro levhasiyle, barolar ve disiplin muameleleri incelenerek inzibat cezalarının geçirdiği safahat tetkik olunmuş ve disiplin cezalarının tatbikinde kanun vazıınca kabul edilen prensipler açıkca izah edilmiştir.

Eserde Avukat ücretleri, meslek sigortası ve adlî müzaharet müesseseleri de incelenmiş ve muhtelif memleketlerce bu hususta kabul edilen sistemler gösterilmiş ve Avukatlık kanuniyle Avukatlara bahşedilen hakların bir himayeden ibaret olup bu sınıf için imtiyaz teşkil etmediği izah olunmuştur.

Avukatlık mesleği hakkında toplu malûmatı ihtiva eden ve güzel bir tasnif ve üslûpla yazılan bu değerli eser okuyucularımız Adliye Vekâleti neşriyatı arasından tedarik edebilirler.

Mart/942 sonuna kadar terfi müddetlerini bitirip itirazları üzerine terfi defterleri değişenlerle terfi defterine alınanların sıra numaralarını gösterir liste.

Sicil No.	Derece	Adı	Memuriyeti	Alındığı terfi defterindeki sırası
5176	7	Suphi Örs	3 üncü sınıf adliye müfettişi	Mümtazem terfi defterinin 2 Mükerrer 1.
5234	7	Mehmet Kabakçıoğlu	3. üncü sınıf adliye müfettişi	Mümtazen terfi defterinin 2 mükerrer 2
1706	7	Vahit Şener	Gemlik ceza hâkimi	Terfia lâyık defteri 21
3575	7	Zihni Çelikoğlu	Göle hâkimi	Terfia lâyık defteri 22
4371	7	İzzet Akçal	Üsküdar C. Müddeiumumisi	Tercihan terfi defterinin 3
4507	8	Nadir Ener	C. Baş Müddeiumumi muavini	Tercihan terfi defterinin başa
3992	8	Kadri Bilgin	Sivas sorgu hâkimi	Tercihan terfi defterinin sonu
5990	8	Reyhan Gökmenoğlu	Ankara sulh hâkimi	Terfia lâyık A. defterinin mükerrer 18
7574	10	Talip Güran	Eskişehir C. Müddeiumumi muavini	Mümtazen terfi defterinin 1
7153	10	Fevzi Alperen	İstanbul C. Müddeiumumi muavini	Mümtazen terfi defterinin 2
7443	10	Baha Akel	Üsküdar Millî korunma hâkim muavini	Tercihan terfi defterinin 11
6979	10	Liyuza Bilikser	Erzincan hâkim muavini	Terfia lâyık defterin 59
7224	10	Kâzım Bayer	Seyitgazi hâkim muavini	Terfia lâyık defterin mükerrer 82
5536	10	Memduh Çıdal	Ordu sorgu hâkimi	Terfia lâyık defterin 126
3588	11	Ethem Gönenç	Bolu sorgu hâkimi	Terfia lâyık defterin mükerrer 3
3378	11	Azmi Tunçay	Kandıra sorgu hâkimi	Terfia lâyık defterin mükerrer 12
5749	11	Hulûsi Aydın	Niksar sorgu hâkimi	Terfia lâyık defterin mükerrer 17
6027	11	İrfan Ökmen	Ilgın sorgu hâkimi	Terfia lâyık defterin mükerrer 22

İLÂN

Adliye Vekâletinden:

1 — Hâkim ve muavinlerin; 1/1/942 den 31/12/942 tarihine kadar temyiz mahkemesince tetkik olunan işlerinden dolayı aldıkları hakikî veya itibarî notları fena notlara nazaran % 80 den aşağı düşmiyenler terfia lâyık defterine geçirilirler. Bu 80 nisbetinin hesabında bir iyi iki orta ve bir pek iyi dört orta itibar edilir.

2 — Yukardaki nisbete nazaran terfia lâyık görülenlerin aldıkları notlardan % 50 ve daha fazlası iyi ve pek iyi olanlar tercihan ve % 75 ve daha fazlası iyi ve pek iyi olanlar Mümtazen terfia lâyık olurlar. Ancak; bunların temyiz mahkemesinde tetkik olunan iş miktarı 50 yi bulmak şarttır. Bu miktardan az işleri tetkik edilenlerden mahallerinde karara bağlanıp temyize intikal etmiyen işlerin % onunun temyizce tetkik olunan iş miktarına katılmasiyle iş adedi 50 yi bulduğu takdirde iyi ve pek iyi notları yukarda gösterilen % 50 ve daha fazlayı bulduğu takdirde tercihan terfi hakkını kazanırlar. Not verilmiyen işler yukarda gösterilen nisbetlerde hesaba katılmaz.

3 — Hâkimler kanununda tasrih edilen diğer kayıt ve şartlar da terfide esas tutulur.

4 — C. Müddeiumumi ve muavinleri de aynı esasa tâbidirler.

Resmî Gazetede neşredilen Koordinasyon Heyeti kararları

Kararın Tarihi	Kararın No.	Karar No.	Resmî Gazetenin Tarihi	Resmî Gazetenin No.
26/4/1943	2 19811	443	25/5/1943	5412
8/5/1943	2 19862	446	17/5/1943	5406
10/5/1943	2 19892	447	17/5/1943	5406
3/5/1943	2 19844	448	5/5/1943	5396
18/5/1943	2 19940	451	25/5/1943	5412
15/5/1943	2 19930	452	15/5/1943	5405
22/5/1943	2 19946	453	29/5/1943	5416
22/5/1943	2 19947	454	29/5/1943	5416