

Hukukî Bilgiler Mecmuası

SAHİP VE BAŞMUHARRİRİ

Paris Hukuk Fakültesi Doktoru

AVUKAT

GAD FRANKO MİLÂSLI

Adres : Galata, Bahtiyar han Bay Gad Franko yazıhanesi

Telefon : 43009

Bir nüshanın bedeli 25 kuruştur.

Bir senelik abonmanı posta ücretile beraber 250 kuruştur.

Türkiye harici için 300 kuruştur.

İSTANBUL

HANRI ZELLİÇ VE MAHDUMU BASIMEVİ

1939

nun kendilerine tahsis ettiği o mualla mevkie lâyık olduklarını isbat etsinler».

Bu kudreti ise onlardan beklemek hakkımızdır. Değilmiki kanun bu selâhiyeti kendilerine tanımıştır.

Avukat

Dr. Münib H. Ürgüblü

Sümer Bank Hukuk Müşaviri

MAHKEME İÇTİHATLARI

JURISPRUDENCE

Mükerrirlik — İctimai Ceraim

İsrar Kararı

İstanbul 9 numaralı Adli İhtisas Hâkimliği (Esas 937/261 — Tarih 9/4/937)

Hulâsa : İctimai ceraim ahkâmı dairesinde hapse ve ağır para cezasına mahkûm olup hakkında yalnız haps cezası tenfiz edilen suçlunun üçüncü kerre ika ettiği cürüm hakkında da mükerrirlik hükümleri değil, yine içtima kaideleri tatbik olunur.

18/1/937 tarihinde eroin sattığı sabit olan İstanbulda, eroinden sabıkalı olduğunu söyleyen Tahir'in ceza kanununun 403 ve 81 ve 2313 N. lu kanunun 29 uncu maddeleri mucibince bir sene ve dört ay müddetle hapsine ve o kadar müddetle Kangala sârgün edilmesine ve ikiyüz altmış altı lira altmış kuruş ağır para cezasının kendisinden istifasına ve 1400 kuruş duruşma harcının kendisine tahmiline dair mahkememizden verilen 18/2/937 tarihli hüküm Yüksek Temyiz Mahkemesi 4 üncü ceza dairesinin 23/3/937 tarihli ve 635 N. lu ilâmile ve evvelce 9 N. lu İhtisas Mahkemesinin 19/9/935 tarihli ve 292 sayılı ilâmile maznunun mahkûm bulunduğu ceza tamamen infaz edilmemiş olmasına göre ceza kanununun 77 inci maddesi mucibince içtima ahkâmının tatbiki ve evvelce yattığı müddetin mahsubunun icrası lâzımgeldiği ve bu cihet maznu-

nun lehinde bulunduğu halde bazı mütalaalar serdile yazılı olduğu üzere karar verilmesinin yolsuzluğundan bahisle bozulup kâğıtlarının geri gönderilmesi üzerine yapılan duruşma sonunda: mahkememizce maznunun mahkûmiyetine dair evvelce verilen 19/9/935 tarihli hüküm esasen bir sene hapis ve ikiyüz lira para cezasını muhtevi iken maznunun yine eroin kaçakçılığından 8 N.lu İhtisas mahkemesince hakkında verilen hükmün hapse müteallik kısmı infaz edilmiş ve para cezası hakkındaki kısmı infaz edilmenden ikinci suçunu yapmış olduğu cihetle bir sene hapis cezasından 69 ve 77 inci maddelere göre tenzilât yapılarak yalnız 8 ay hapsine karar verilmiş olduğu cihetle bu ceza hakkında tekrar içtima hükümlerinin tatbiki lâzım gelmiyeceğine ve maznun mezkûr sekiz ay hapis cezasını da cektikten ve 8 sayılı ihtisas hâkimliği hükmünün evvelce infaz edilmemiş olan para cezasına ait kısmı da infaz edildikten sonra kanunen muayyen müddet zarfında son suçunu ika etmiş olmasına göre hakkında tekerrür hükümlerinin tatbiki kanuna muvafık bulunmasına ve suçlarla cezaların içtimai bir şahsın muhtelif suçlar yapmış ve muhtelif cezalarla mahkûm edilmiş bulunması hali demek olup suçların ve cezaların birleştirilmesi hasebile bir küll ifade etmesi demek olmadığına ve bel' ve kalbi mucazat şeklinde olmayarak kanunen her suç için ayrı ayrı ceza tayin edilmekte ve fakat bir şahsın yaptığı muhtelif suçlara ait cezaların tamamen çektirilmesini muvafık görmemiş olan kanunun emri dairesinde bu cezalardan muayyen şekil ve nisbette tenzilât yapılmakta bulunmasına ve bu tenzilât ise her suç için verilen cezaların mustekil ve hususî vaziyetlerini ihlâl ve bunlara birlik vasfı izafe edemiyeceğine ve netekim bir şahsın mahkûm bulunduğu muhtelif cezaların taalluk ettiğı suçlardan birinin ahiren cürmiyetinin zail olması veya diğerk kanunî bir sebep altında tecil ve iskatı gibi haller o şahıs hakkında ayrı ayrı hükmedilen diğerk cezaların infazına mani olamayacağı ve yine her suç için muayyen cezaların infaz edilebileceğı bedihi ve cezaların nevilerinin değıştirilerek diğerk cezalara zamedilmesi hali de aynı mahiyette bulunmasına ve mururu zaman hesabında ve fer'i cezalar hük-

münde ve 81 inci madde mucibince tekerrür için muayyen müddetlerin tayininde ve af kanununun tatbikinde dahi muhtelif suçların içtimaindan hasıl olan neticeye bakılmayıp bir suç için tayin edilmiş olan cezaların esas ittihaz edilmekte bulunmuş olması da bu ciheti teyit etmesine ve bir şahsın bir suçtan dolayı hükmedilen cezayı tamamen çektikten sonra işlediği suçun cezasının tayininde tekerrür hükümleri tatbik edilirken diğer bir şahsın aynı şekilde işlediği ve cezalarını kısmen çektiği iki suç arasında başkaca diğer bir suç işlenmiş bulunması suç ikaindaki itiyadı hasebile teşdidi cezasını istilzam edeceği yerde mücerret arada işlediği suçunun cezasının kısmen infaz edilmemiş bulunmasının evvelki suçuna ait cezayı tamamen çekmiş ve bu cihet son suçuna ait cezanın tayininde kanunen tekerrür hükümlerinin tatbikini müstelzim bulunmuş olduğu halde lehinde olarak cezasının azaltılmasına sebep adolunması o şahsın ve emsalının suç ikainda itiyadlarını teşvik ve tergibe ve işledikleri suçları cezalarının tahfifine medar ve nimelvesile telekki etmelerine ve bilakis iki suç arasında diğer bir suç işlememiş olanların da bu yüzden inkisarlarına ve suç işlememekten nedamet izhar eylemelerine saik olacağı gibi mahkûmların cezalarını çektikten sonra işledikleri diğer suçlar hakkında tatbik edilecek olan şiddetli tekerrür hükümlerinden kurtulmak için birinci suçlarına ait cezanın infazından evvel hakikaten işleyip te takib edilememiş olan adi darp ve hırsızlık gibi nisbeten az cezayı müstelzim suçları hakkında takibat yapılmasını istiyerek ve hatta delillerini de bizzat hazırlıyarak o suçun subutuna yardım etmelerine ve bu suretle sabit olacak suç için verilecek ceza hakkında birinci ceza ile içtima hükümleri tatbik edileceği cihetle o cezanın tamamilen infaz edilmediğinden bahisle aleyhlerinde tatbik edilecek olan tekerrür hükümlerinin ademi tatbikini ve tatbik edilmiş olan tekerrür hükümlerinin de refini temin edebilmek ve hatta aslı olmadığı halde bazı tertibat ve tasniat ile bu kabıl suçlar ve töhmetler ihdas ve telekkisile aleyhlerinde hüküm istihsal etmek gibi yolsuz hareketlere de sevk ve tahrik edeceğine ve suç ikaindaki itiyadlarının derecesine göre

aynı şerait altındaki maznunlardan itiyadları az olanlarının daha ağır ve bilakis itiyadları fazla ve şedit olanlarının daha hafif ceza ile cezalandırılmaları da kanunun ruhuna ve ceza vaz'ı hakkındaki esasata uygun olamayacağına ve para cezalarının mukassatan tediyesi hakkında kabul edilen infaz şekline göre icrai teşkilâta bir kusur ve ihmal de atfedilemeyeceğine binaen Yüksek Temyiz Mahkemesi bozma sebebine uyulmamasına ve evvelki hükümde *ısrara* temyiz edilebilmek üzere 9/4/937 tarihinde vicahen karar verilerek yöndemdeki gereği gibi bildirildi.

Temyiz Ceza Umumi Heyeti
(Esas 4/142—Karar 33—Tarih 14/6/937)

Esrar satmaktan maznun Tahirin yapılan duruşma neticesinde: merkurün mahkûmiyeti sabıkasına binaen Ceza K. nun 403,81 ve 2313 numaralı K. 29 uncu maddelerine tevfi ken ve neticeten 1 sene 4 ay hapis ve 266 lira 60 kuruş ağır para cezasile mahkûmiyetine ve Kangal kazasına 1 sene 4 ay sürgün edilemesine dair hüküm C. M. Umu misinin temyizine binaen Temyiz 4üncü Ceza Dairesince tetkik olunarak 9 Numaralı İhtisas Temyiz 4üncü Ceza Dairesince tetkik olunarak; 9 Numaralı İhtisas mahkemesinin 19/9/935 tarihli ve 292 sayılı ilâm ile maznun Tahir hakkında verilen hükmün tamamen infaz edilmemiş olmasına göre C. K. nun 76 inci maddesi mucibince ietima hük münün tatbiki ve evvelce yattığı müddetin mahkûmiyetine mahsubu nun icrası lâzım geldiği ve bu cihet maznun lehine bulunduğu halde bazı mütelaa serdiyle yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz oldu ğundan bahsile bozulup iade edilmekle eski hükümde ısrara mütedair İstanbul 9 nolu İhtisas Mahkemesinden ahiren verilen 9/4/937 tarihli hüküm dahi temyizen tetkiki mezkûr mahkeme C. M. U. liği ile maznun tarafından müddetinde istid'a edilerek bu babdaki evrak baş Müddeiumumiliğin maznun para şartını yapmadığından istidasının reddi ve ceza kanununun 77inci maddesi sarahatı muvacehesinde boz maya uyulmak iktiza ederken yerinde görülmeyen bazı mütelaalar ser-

diyle ısrara karar verilmesi yolsuz olduğundan kararın bozulması talebini natık 3/5/937 tarihli tebliğnamesile Birinci Başkanlık dairesine gönderilmekle umum ceza hey'etinde okundu :

Maznunun Temyiz ısdidasının şarttan reddine ve 400 kuruş ilam harcının kendisinden alınmasına ve C. M. U. liğinin müddetinde verildiği anlaşılan temyiz ıstidasının kabulüne karar verildikten sonra bit-tetkik 8 inci İhtisas mahkemesinden verilen 6/12/933 tarih ve 33/38 No. lu ilam ile hükmedilen hapis ve para cezası henüz infaz edilmeksizin maznun hakkında 9 uncu İhtisas Mahkemesinde morfin satmaktan yapılan takibat neticesinde içtima hükümleri tetkik edilerek 19/9/935 tarih ve 35/292 No. lu hüküm verilmiş ve ictima neticesi verilen bu ilâmdaki para cezası tamamen infaz olunmaksızın esrar satmaktan dolayı maznun aleyhinde tekrar takibat yapılmış ve neticede subutu fiil kabul edilmiş bulunmasına göre ikinci suç üzerine ahiren verilen 8 mah hapis cezası suç için hüküm edilmiş müstakil ve ayrı bir ceza olmayup Türk ceza kanunun 77 inci maddesine tevfigan içtima esas tutalacak cezaya zam olunacak miktar nazara alınarak evvelce verilmiş olan bir sene hapse ilave olunmasına ve mühtelif suçların bir tek mesluliyette cemi demek olan içtima hükmünün tatbiki neticesi verilecek ceza bir kül teşkil etmesine ve son cürmü ikai tarihinde de hükmolunan para cezası tamamen infaz edilmemesine mebni hadisede dairei hususiye kararında gösterildiği üzere üçüncü cürmün ikai üzerine de içtima kaidesinin tatbiki icab ederken evvelki iki cürüm için 77 inci maddeye tevfigan zam suretile tayin olunan cezanın ayrı ayrı addiyle ve birinci cürme ait cezanın infaz edildiğinden bahsile tekerrür kaidesinin tatbiki kanuna muhalif olmakla mezkûr ısrar kararın C. M. U. K, nun muaddel 326 inci maddesine tevfigan bozulmasına 14/6/937 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

••

1. — Mecmuamızın tuttuğu yol, nazarı dikkatı calip, her hangi bir Temyiz ilâmını neşr etmek ve bu ilâmin ilham ettiği mutalea ve mülâhazaları arz etmektir. Bu kerre hem Heyeti Umumiye ilâmını, hem Asliye Mahkemesinin ısrar kararını dercetmekte iki gayemiz vardır. Evvela ısrar kararını veren hâkimin, kanaatını izhar için ne kadar ciddiyetle müteadid esbabı mucibeyi topladığını göstermek ve

İsrarda bulunacak muhterem hâkimlerimize bir nümune vermektir. Bizde bir çok defalar Asliye hâkimi «Serd edilen esbabı mucibeye nazaren nakz kararı gayri varid olduğundan ısrara karar verilmiştir» demekle iktifa edilmekte olduğundan ekseriya hâkim fıkru kanaatını layiki ile müdafaa edemeyecek mevkie düşmektedir. Hadisede ise Asliye hâkimi Heyeti Umumiye'yi ikna için elinden geleni yapmağa gayret etmiş ve mes'eleyi muhtelif noktaî nazardan münakaşaya çalışmıştır. İkinci gaye Heyeti Umumiyenin kararının layiki ile ihate edilmesini ve ısrar kararında münderic hangi fikirlere cevap verildiğinin anlaşılmasını temin etmektir. Asliye hâkiminin ileri sürdüğü delil ve mutalealara rağmen Heyeti Umumiyenin kararında, fikrimce, isabet bulunduğu kanaatındayım. Bu kanaatımın sebeblerini mulahhasen izah edeceğim.

2.— Münakaşaya girişmeden evvel bir kerre hadiseyi sonra da hadiseye mabihultatbik ahkâmın, nazariyat ve mevzuat itibari ile mahiyetlerini bir kaç kelime ile ifade edelim :

Hadise şudur : Bir kimse 1933 senesinde eroin satmaktan hapse ve ağır ceza parasına mahkûm oldu. Hapis cezasını çektikten ve fakat para cezasını vermeden yine eroin sattığından takibata maruz kalmış ve ikinci defa olarak, içtima kaidelerine göre 1935 senesinde tekrar hapsa ve para cezasına mahkûm oldu. Suçlu bu habside çaktı ; arada birinci mahkûmiyete ait para cezasını da verdi. Fakat ikinci mahkûmiyete ait para cezasını vermeden üçüncü defa olarak eroin sattığından mahkemeye sevk edildi. Mahkeme bu kerre 1937 senesinde suçluya mükerrirlik vasfı atf ederek o suretle mahkûm etmiştir. İddia makamı bunda isabet görmyerek Temyize müracaat etti. Yüksek Mahkeme temyizi varid görmekte mükerrirliğe müstenid mahkûmiyeti nakz etmiş ve ısrar üzerine, Umumi Heyet bu nakzi teyid etmiştir.

Hadiseye mabihultatbik ahkâma gelince, bütün hukuke okuyucularımın malûmları olan bazı prensipleri, hatırlatmış olmak için, buraya nakl ediyorum :

Mükerrirlik için bundan evvelki kanunlarda, mahkûmiyetin sebk etmesi kâfi iken mer'iyette olan kanuna göre geçmiş mahkûmiyetin tamamile mahkûma çektirilmiş olması icap eder. Mükerrirlik müessesesi, intibah ve islahi hal etmiyenlere karşı cezanın teşdidini istihdaf ettiğinden, mahkûmiyetin sebk etmiş olmasını kâfi görerek cezanın infazı luzumuna taraftar olmayan müellifler varsa da bu münakaşa, mevzuumuzun haricindedir. Gerek Asliye gerekse Temyiz kararları bu prensip noktasını aynen kabul ediyorlar.

Suçlar taadud ettiği halde, tekerrur kaidelerinin tatbikine imkân bulunmadığı takdirde içtima hükümlerini tatbik etmek icap eder. İçtima müessesinin pek insanî saiklerle ve maznuları himaye maksadı ile konulduğu malumdur ; Çünkü bir kimsenin işlediği müteadid cürümlardan naşi kanunun derpiş ettiği bütün cezalar tatbik edilirse, nazariyeten olsun, bu sistem müebbed hapse veya suçlunun bütün emvalının müsaderesine müncer olurki beşer Cemiyetinin, efradından birisine karşı bu kadar şiddetli davranmasına amme vicdanı mesag vermez. Bunun için Kanun-Koyanlar müteadid cürümler işleyenlere — evvelki cürümler neticesindeki mahkûmiyetler çektirilmemiş ise — en ağır cürmün cezasını ver-dirmeyi muvafik bulmuşlardır. «Bel' ve kalbi mücazat» usulü denilen bu şeklin mahzurları görüldüğünden — bu usul yine bazı hususda tatbik edilmekle bera-

ber (Ceza. K. M. 79) — yeni bir sistem ikame edilmiştir ki buda her cürüm için bazı tenzilatle ayrı ayrı cezalar tertibine mütedairdir.

Münakaşa bu ahkâmın ne suretle tefsir edilmesi lâzım geleceği noktasında dolaşiyor.

3 — Asliye hâkiminin mütaleası şöyle telhis edilebilir: Mademki suçlu üçün-cü cürmünü ika ettiği vakit, birinci cürmünün hem hapis cezasını çekmiş, hem ağır para cezasını tediye etmiştir, artık bu birinci cürüm tekerrüre esas tutul-malıdır; Zira — bel' ve kalbî ceza şıkkı haricinde — bütün cürümler birleşip bir kül teşkil etmez. Bu fikrini takviye için de asliye hakimi iki delil getiriyor: İctimada cezaların bir kül teşkil etmediği şununla sabittir ki, diyor, bu cezaların birisi affe ve ya mururu zemana uğrarse ancak o ceza bertaraf edilir. Birde ilâve ediyor, Temyiz Dairei Hususîyesinin mütaleası kabul edilirse bir çok mahzurlar baş gösterir.

Heyeti Umumiye veciz bir cevap veriyor: İctima esası üzerine verilen ceza müstakil ve ayrı bir ceza değildir; İctimaa esas tatalacak cezaya zam olunacak miktar nazara alınarak evvelce verilen cezaya bir ilâve yapılıyor: Binaenaleyh **İctima muhtelif suçların bir tek mes'uliyette cem'i demekdir:** o halde hadisede, ikinci cürüm için verilmiş olan para cezası de tediye edilmedikce tekrerrur yoluna gidilemez.

4. — Asliye Mahkemesince ileri sürülen ve mahkûmlerin tekerrürden kurtulmak için hafif bir cürüm ika veya tasni edebilecekleri hakkındaki düşün-cenin, ne dereceye kadar tatbikat ve amelîyatte varid olabileceği caî sual olduğu şöyle dursun yerinde olsa dahi bu düşünce içtima müessesesine karşı bir tenkid olabilir, yoksa nazarı prensibe ve mevzuata uygun olan Temyizin irşadını çürü-decek mahiyette değildir.

İctimai ceraimde cezaların bir kül olamayacağı mütaleası de muknî gö-zükmiyor. Cezalar, içtima dolayısı ile yekdiğerine müessir olup bir kül şeklinde tasavvur edilmese bile, yekdiğerine kuvvete bağlı ad edilebilir. Bir teşbih aramak lâzım gelse — muhtelif çiçeklerden demeyeyim — muhtelif otlardan müteşekkil bir demet olarak telakkî edebiliriz; Binaenaleyh demeti teşkil eden cezalardan birisinin mururu zaman veya afla ortadan kalkması, demeti bozmaz ve tekrerrur için — bir kül olmuş demesem bile — birleşmiş cezaların cümlesinin infazını aramak şartını bertaraf edecek bir delil olamaz.

5. — Asliye Mahkemesi bel' ve kalbî mucazat halinde, cezanın tamamîi infazını tekerrüre esas tutuyor; o halde **İctima** kaidesinin bir usulünde tenfizi tamamı aramak ve diğeri bir usulünde bu kayyidden ayrılmak her iki usulün mesned ve menbaini teşkil eden esas prensibe mugayir düşer. Kaldıki bu hadisede çekilen hapis ve verilen para cezasının hangi cürme ait olduğunu ayırmak müm-kün oluyor; Halbuki bazen buna imkân görülmeyi verir. Meselâ: Ali bir sene hapse mahkûm oldu; sekiz ayını çektikten sonra hastalığından naşi hastahaneye kal-dirılmış; orada bir cürüm işlemiş ve içtima esası dairesinde on ay hapse mahkûm oldu; tekrar sekis ay haptiden sonra bu defa hapisnede bir cürüm işliyor; bu üçün-cü cürüm için tekerrürümü içtimaimi tatbik edeceğiz? Asliye mahkemesine göre üçüncü cürüm 16 ay haptiden sonra ika ve birinci mahkûmiyet on iki aydan ibaret olup tamamen tenfiz edilmiş olmasına göre bu suçlu mukerrir ad edilmelidir, Halbuki bu misalde görüldüğü veçhile, — bel' ve kalbî mucazat çerçevesi haricinde

olarak — cezalar bir birine ilâve edilmiştir; ve çekilen ilk sekiz ay hapsin birinici mahkûmiyete mahsuben çekildiği tayin edilse bile, ondan sonraki hapsin hangi mahkûmiyete mahsup olduğu tayin edilemez; ve binaenaleyh bütün hapis çekilmediğinden misalımızda tekerrür mevzuubahs olamaz.

Bu gibi mühim ahkâm prensiplere göre vaz edildiğinden, bir hadisede şu ve diğer bir hadisede bu suretle tatbikine imkân olamaz. Cezai ahkâmın daima maznunlar lehine tefsir ve tatbik edilmesi ceza nazariyatının en esaslı bir prensibi olmasına göre, gerek bel' ve kalbi mucazat şeklinde olsun, gerekse cezalara ilâve sureti ile olsun içtima esası dairesinde verilen bütün ceza tamami ile infaz edilmeyince tekerrür ahkâmının tatbikine imkân görmemek mevzuatın hikmet ve saikine muvafık düşer mütalesindeyim.

G. F. M.

İctihatlar Hulâsaları

270.— Mübadil bonolar

Müddei, Müddeialehten 800 liraya mukabil aldığı 2.000 liralık mübadil bonolarının devr ve temlikinden evvel Maliye Vekâletince iptal edildiğini öğrenmiş olduğundan devir muamelesinin iptali ve verilmiş olan 800 liranın tahsili zımında Asliye Ticaret Mahkemesine dava etmiştir. Muhakeme neticesinde devir muamelesinin iptalına ve 800 liranın müddealeyhten tahsiline karar verilmiş ise de, indeltemyiz:

1771 numaralı kanun hükmüne tevfikan istihkaklarına mukabil mübadillere verilen bonoların devr ve temlikî ticarî muameleden bulunmadığı cihetle, dava-nın rüyeti Ticaret Mahkemesinin vazifesi haricinde olduğu halde vazife noktası-nın nazara alınmadığından mümeyyizünbih hükmün nakzına karar verilmiştir.

(T. Tic. D. 49/11/37 — Ad. Cer. No. 938/9 H. K. S. 258)

271.— Kusur

Samsuna gönderilmek üzere, vapura tahmil edilen ve hasara uğrayan 18 kilo 660 gram hanimeli sigarasının bedeli olan 7464 kuruşun tahsiline dair verilen karar indeltemyiz:

Konoşimentonun 21 inci ve Deniz Ticaret Kanununun 1198 inci maddesi mucibince konoşimentoda «kırılma, akma, avarya frankodur» kaydı veya buna benzer bir kayıt yazılı ise kiralayanın kırılma, akma veya avaryadan mes'ul tutulamayacağı, kaptan ve diğer bir şahsın kusuru sebebiyle kırılma, akma, veya avarya husule geldiği surette mes'uliyet hükmünün ceryan edeceği yazılı bulun-masına nazaren, hasarın kaptan veya gemi adamlarının kusurundan ileri gelip gelmediği ve ona göre karar verilmesi lâzım gelir iken bu cihet düşünölmek-sizin noksan tahkikata müsteniden verilen mümeyyizünbih hükmün nakzına karar verilmiştir.

(T. Tic. 10/12/937 Ad. C. No. 938/9 H. K. S. 265)