

CEZA KANUNU ŞERHİ
TÜRK VE İTALYANCA CEZA KANUNLARI

CİLT 1

CEZA KANUNU ŞERHİ
TÜRK VE İTALYANCA CEZA KANUNLARI

CİLT 1

YARGITAY YAYINLARI No:3

Ankara, 20.10.1977

A. Cenan

RK

1-1

2 A+

CEZA KANUNU ŞERHİ

TÜRK VE İTALYAN CEZA KANUNLARI

CİLT: 1

Ahmet Cenan
tarafından bağışlanmıştır

Sevinç Matbaası

Ankara — 1977

Ö N S Ö Z

1926 yılından beri yürürlükte bulunan «Türk Ceza Kanunu» 1889 günlemlı eski İtalyan Ceza Kanununun Türkçeye çevrilmesi sonucu ortaya çıkmıştır. Ancak, Türk toplumunun gereksinmelerine tam uygunluğu sağlamak düşüncesiyle bazı maddelerde değişiklikler yapılmıştır. Bu arada, 1858 (H.1274) yılından bu yana ülkemizde uygulanmış olan eski «Ceza Kanunu» ndaki kurallardan, küçük ölçüde de olsa, yararlanıldığı bilinmektedir.

Cumhuriyet döneminin yasası olarak Türk Hukukunda yepyeni bir çığır açan «Türk Ceza Kanunu» nun uygulanmasında ortaya çıkabilecek güçlükleri ve duraksamaları önlemek için, yasanın aslı olan İtalyan Ceza Kanununun açıklamasını kapsayan yardımcı bir kitabın, hukukçularımıza sunulması, daha ilk yılda düşünülmüştür. Bunu sağlamak amacıyla ünlü İtalyan Hukukçusu Majno'nun dört ciltlik eserinin de Türkçeye çevrilmesi gerekli görülmüştür. Bu çeviri, o zamanki «Adliye Vekili» Mahmut Esat (Bozkurt)'un sunuş yazısıyla birlikte 1927 yılında yayınlanmıştır.

Anılan «Türk Ceza Kanunu Şerhi», eski harflerle basılmış olduğundan, bir yıl sonra resmî Türk alfabesi olarak uygulanmaya başlanan batı kökenli yeni alfabemiz döneminde, eskimiş bir metin durumunda görülmeye başlamıştır.

Gerçi eski yazıyı bilen hukukçularımızın uzun yıllar boyunca bu eserden yararlanmaları sağlanmıştır. Ancak, zaman ilerledikçe eski harfleri okuyanların azaldığı ve yeni kuşaklar için böyle bir yararlanmanın olanak dışı bir iş olmaya başladığı da bir gerçektir. Bugün, altmış yaşın altındaki hukukçular eski harflerle yazılı kitaplardan yararlanacak durumda değildir. Öte yandan, Türk Ceza Kanununun dayandığı ilkeleri, kaynak İtalyan Yasasının hazırlanışı sırasında geçirdiği evreleri, bu alandaki çeşitli görüşleri

KKH
3800
.T875
1977
V.1

B101705

ayrıntılarıyla ortaya koyması bakımından Majno'nun açıklaması her zaman için başvurulacak değerde ana eser olma niteliğini sürdürmektedir. Elli yıldan beri Ceza Kanunundaki birçok maddelerin değiştirilmiş olması, eserin önemini azaltmış değildir.

Bugüne dek adı geçen «Şerh» in tam olarak ve herkesin yararlanmasını sağlayacak çapta bir alfabe çevirisine rastlanamamıştır. Bunun içindir ki Yargıtay'ın yayın programında, anılan kitabın yeni harflerle basılıp yayılmasına öncelik tanınmıştır. Bu da aslı gibi dört cilt olarak plânlanmıştır.

Kitap yeni harflerle yeniden basılırken 1927'deki dil ve üslubuna dokunulmamıştır. Bunda, «Hukuk» kavramının «dil» kavramından önce geldiği düşüncesine dayanılmıştır.

Kitabın dilini bugünün diline çevirmemiz halinde birçok hukuk terim ve kavramlarının yanlış anlaşılmasına yol açılacağı kaygısı uyanmış olabilir. Ayrıca yanlış çevrildiği yolundaki eleştirilerle karşılaşmamak ve gereksiz tartışmalara yol açmamak amacı güdülmüştür.

Bununla birlikte, o zamanın üslubunu bozmayacak ve hiç bir yanlış anlamaya yer vermiyecek biçimde, çok sınırlı bir sadeleştirme tutumunu benimsemiş bulunuyoruz. Bunu belirtmek için birkaç örnek vermekle yetineceğiz: Bunlar da; Müstelzim-i ceza (cezaı müstelzim), kanun-u ceza (ceza kanunu), kanun-u medeni (medeni kanun), meclis-i meb'usan (meb'usan meclisi), şerait (şartlar), anasır-ı kanuniye (kanunî unsurlar), fill-i memnu (memnu fiil), hidemat-ı âmmeden memnuiyet (amme hizmetlerinden memnuiyet), ef'al-i cezaiye (cezaî fiiler), suret-i mutlakada (mutlak surette), tarz-ı telâkki (telâkki tarzı), eşhas (şahıslar), eşhas-ı salise (üçüncü şahıslar), aher (başkası), tarz-ı hareket (hareket tarzı), gayr-i tam (tam olmayan), biçiminde pek az sayıda sözcük ve tamlamaları kapsamaktadır.

Durum böyle olunca osmanlıca dediğimiz eski yazı dilimizi anlamakta güçlük çekeceğini düşündüğümüz genç kuşakların yararlanmaları için eskimiş ve kullanımdan düşmüş görünen yabancı kökenli sözcüklerin anlamları, sayfa altlarında dipnot olarak açıklanmıştır. Bu açıklamalar yapılırken ilgili sözcüğün asıl ve genel anlamından çok, o sayfadaki kullanılış yerine ve amaçladığı kavrama bağlı kalınmıştır. Kitaptaki metin, genel olarak, olduğu

gibi bırakılmış ise de, yeni harflerle yazılırken yazım (imlâ) kılavuzundaki kurallara bağlı kalınmıştır.

Kitabın yeni harflere çevrilen metninin denetiminde ve asıl metinle karşılaştırılmasında, sayfa altlarındaki sözlük çalışmalarının gerçekleştirilmesinde Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyesi Sayın Ali Rıza Önder'in, Yayın Kurulu Üyesi ve Özetleme - Tasnif Kurulu Başkanı olarak harcadığı emeği; bu konuda adı geçenle birlikte çalışan ve yeni harflerle basım işindeki her türlü denetimi üzerine alan, dizgi yanlışlıklarını düzelten, Yargıtay Tetkik Hâkimi ve Özetleme - Tasnif Kurulu Üyesi Sayın Teoman Üneri'nin çaba ve çalışmalarını burada anmayı borç bilirim.

İlk cildi 1977 yılı içinde basılıp dağıtıma hazır duruma getirilen eserin öteki ciltleri de aynı ilkelere dayanan çalışmalar sonunda geciktirilmeden meslektaşlarımızın yararlanmasına sunulacaktır.

Yargıtay Birinci Başkanı

Cevdet MENTEŞ

ADLİYE VEKÂLETİ
İhsaiyat Ve Müdevvenat-ı
Kanuniye Müdiriyeti¹

CEZA KANUNU ŞERHİ²
Türk Ve İtalyan Ceza Kanunları
Birinci Cilt

MUHTEVİYAT³

- Adliye Vekili** : Beyefendinin mukaddimeleri⁴
BİRİNCİ KİTAP : Umumi surette suçlar ve cezalar.
Birinci Bap : Ceza Kanununun tatbiki.
İkinci Bap : Cezalar.
Üçüncü Bap : Ceza mahkûmiyetlerinin neticeleri ve tarzı icraları⁵.
Dördüncü Bap : Kabiliyeti isnadiye⁶ ve bunu ortadan kaldıran veya eksilten sebepler.
Beşinci Bap : Teşebbüs.
Altıncı Bap : Müteaddit kimselerin bir suça iştiraki.
Yedinci Bap : Suçların ve cezaların içtimai.
Sekizinci Bap : Tekerrür.
Dokuzuncu Bap : Ceza davasının ve ceza mahkûmiyetinin sukutu⁷.
Onuncu Bap : Memnu hakların iadesi.

İstanbul Vatan Matbaası
1927

HÂKİMLERE MAHSUS

- (1) İhsaiyat Ve Müdevvenat-ı Kanuniye Müdiriyeti: İstatistik Ve Yasal Derleme Eserler Müdürlüğü.
(2) Şerh: Açıklama, açılama.
(3) Muhteviyat: İçindekiler.
(4) Mukaddime: Önsöz.
(5) Tarz-ı icra: Uygulama biçimi.
(6) Kabiliyet-i isnadiye: Yükleme yeteneği.
(7) Sukut: Düşme.

TÜRK HUKUKÇULARINA :

Eski Ceza Kanunu, saltanat devirlerinin eseri idi. Bütün kanunlar gibi bu da zamanın nizam ve manayı içtimaisine¹ göre yazıldı. Vatandaşların muasır medeniyet muvacehesindeki hak ve vazifeleri ile pek az alâkadar olan bu kanun, sultanların eliyle saltanatın müdafaası için vücuda getirilmiş bir müeyyide idi. İlmî bir tahlil ile denebilir ki idare ve siyaset esasatında, (idarei mutlakadan) büyük bir fark göstermeyen saltanat meşrutiyeti, ufak tefek tadillerle hatta bazı noktalarda eski idare icabatından daha geri muaddel² maddeler ilâvesiyle bu kanunu aynen ipka etti. Bunlardan biri (alenen nakzı sıyam³) hakkındaki ceza idi ki bununla meşrutiyet, vicdan hürriyetine açıkça tahakküm etmiş, onu cezalandırmış oluyordu. (Neron) gibi zalim imparatorlarla alelumum dinleri emel ve hırslarının tatminine vasıta ittihaz eden ve kendilerini yeryüzünde Allahın zabıta memurluğu vazifesi ile mükellef kılan tarihin meşhur hunriz ve cebbarları⁴ da böyle riyâkârlıklar yaptılar. Fakat ne aklı selimi aldatabildiler, ne de vicdanları korkutmaya muvaffak oldular.

Yeni Ceza Kanununa göre dinin veya dinsizliğin cebren telkini, ceza çekmesi lâzım gelen bir suçtur. Din ve icabatı sadece vicdan işidir. Din fert ile Allah arasında bir telâki⁵ vasıtasıdır. Bu, herkesin telâkkisine göre değişebilir. Hiç bir müdahale kabul etmez. Din, dünya işlerine karışmaz.

Görülüyor ki eski Ceza Kanunu inkılâbın yarattığı yeni nizamı içtimainin, yeni idare tarzının —ki cumhuriyettir— müeyyidesi olamazdı. Müeyyide olmak şöyle dursun bir tehlike idi.

- (1) Manayı içtimai : Toplumsal anlam.
- (2) Muaddel : Değişen, değiştirilen, değişik.
- (3) Alenen nakzı sıyam : Açıktan oruç bozma.
- (4) Hunriz ve cebbar : Kan dökücü ve zorba.
- (5) Telâki : Karşılaşma, ulaşma, birleşme.

İnkılâp, inkılâpçılar, yeni tarz idare ve bunu tutan zihniyet böyle bir kanun karşısında her gün ceza tehdidi altında bulunuyordu. Cumhuriyetin muhtaç olduğu müeyyideleri havi kanunlara zamanların mesafe ve fasılalarını aşarak sür'atle vücut vermek lâzım geldi. Türk Kanunu Medenisini, Türk Ceza Kanunu takip etti. Lâyiha, Adliye Vekâletince hazırlandı. Mahkeme-i Temyiz⁶ Birinci Reisi İHSAN Beyefendi Hazretlerinin niyasetinde müteşekkil temyiz rüesa ve azayı kiramından mürekkep⁷ güzide bir hey'eti aliye tarafından tettebbuğ ve tetkik olundu.

Kanun lâyihası 1 Mart 1926 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisince tasvip buyuruldu. 4 Martta Türk Reisi cumhuru Gazi Mustafa Kemal Paşa Hazretlerinin tasdiklerine iktiran eyleyerek⁸ aynı yılın 1 Temmuzunda tatbikine başlandı. Memleketimizin ve tarzı idaremizin hususiyetine göre yapılması zaruri bazı tadiller istisna edilirse Türk Ceza Kanunu, ceza alimlerinde medeniyetin en yüksek ceza asarından biri olduğunda ittifak olunan İtalyan Ceza Kanunu, aynen örnek ittihaz olunarak yazıldı.

Ceza Kanunumuzun aslına nazaran yapılan tadilat meyanında bilhassa İtalya'da tatbik edilen müebbet hapsi münferit⁹ yerine idam cezasının vaz'ı ve bir de irticaa karşı şedit bazı maddeler zikrolunabilir. Bundan başka İtalya'nın meşruti bir krallık Türkiye'nin de hakimiyeti milliyeye müstenit bir cumhuriyet olmaları dikkate alınarak Ceza Kanunumuzun bazı maddeleri asıllarından uzaklaştırılmak suretiyle cumhuriyet esaslarına göre tertip olundu.

Şu ciheti de kaydedelim ki bizim kanunun neşriden sonra İtalyan Ceza Kanunu idam cezasını yeniden kabul etmiştir. Esasen bugün İngiltere, Almanya, Fransa, Amerika gibi birçok mütemeddin devletler idam cezasını muhafaza etmektedirler.

Batıl itikatları ve onları temsil eden putları sernigün kılan¹⁰ yeni fikir cereyanları gibi Türk Cumhuriyetinin yeni kanunları da yaşamak ve yaşatmak kabiliyetini kaybetmiş bütün bir mazinin nizamı içtimaisini zirüzeber ederek¹¹ yerine muasır medeniyetin

- (6) Mahkeme-i Temyiz: Yargıtay (Temyiz Mahkemesi).
- (7) Temyiz rüesa ve azayı kiramından mürekkep: Yargıtay sayın başkan ve üyelerinden oluşan.
- (8) İktiran eylemek: Yaklaşmak.
- (9) Müebbet haps-i münferit: Yaşam boyu hücre hapsi.
- (10) Sernigün kılmak: Başaşağı düşürmek, tersine döndürmek.
- (11) Zirüzeber etmek: Altüst etmek.

nizam ve hayatını kurmuş bulunuyor. Yeni Türk Ceza Kanununun rolü ve gayesi sükûn bulmaz bir şiddet, nihayetsiz bir kıskançlıkla bu yeni nizamın bekçisi ve müdafii olmaktır.

Başta Türk Milletinin ve onu temsilen Türk hukukçularının bu mukaddes rolü ve gayeyi ifada her an tereddütsüz ve fütursuz¹² hareket edeceklerinde şüphem yoktur.

Türk Ceza Kanunu şerhleri aynen İtalyalı müellif Majno'nun dört ciltlik eserinden tercüme edilerek vücuda getirildi. Kanunumuzun mana ve mahiyetini aslından anlayıp tetkik etmek, onun samimi ve hakiki bir surette tatbikine imkân bahşolacağından, bu suret tercih edildi.

Bundan başka Kanunu Medeni şerhi mukaddimesinde de iliştiğimiz gibi Türk Milleti garp medeniyetini aynen almak kararını çoktan vermiş bulunuyor. Bu medeniyetin müessesatımızı alâkadar eden her ilminin aynen bize naklini de mezkûr medeniyet zihniyetini dürüst bir surette benimsemek için zaruri gördük. Türk Ceza Kanununun hazırlanması, Meclisin kabulüne iktirarı, tatbikata vaz'ı ve dört ciltlik şerhinin neşri geçen sene çıkan diğer büyük kanunlarımızla beraber bir sene devam eden geceli gündüzlü bir mesainin neticesidir.

Ceza Kanununun ve şerhlerinin hazırlanmasında büyük yardımları dokunan çok muhterem mesai arkadaşlarının Türklük ve medeniyet yolundaki yüksek faaliyetlerini burada hürmetle yad ve tezkâr¹³ eylerim.

Adliye Vekili

Mahmut ESAT

İstanbul ve Friburg Darülfünunları
Hukuk Fakültelerinden mezun ve
Hukuk Doktoru

- (12) Tereddütsüz ve fütursuz: Duraksamasız ve usanıp bıkmadan.
- (13) Tezkâr: Hatırlama, anma, anılma.

FİHRİST

BİRİNCİ KİTAP

UMUMİ SURETTE SUÇLAR VE CEZALAR

BİRİNCİ BAP

CEZA KANUNUNUN TATBİKİ

Madde Numaraları*	Muhteviyat	Maddenin muhtevi olduğu başlıca fıkralar	Sayfa Numarası
1	Cezalandırılmak, suçların tefriki ¹	1—8	1
2	Kanunun zaman noktasından tesiri	9—25	11
3	Krallık dahilinde işlenen suçlar	26—29	26
4—8	Ecnebi memleketlerde ² işlenmiş olan suçlar	30—51	29
9	Suçluların iadesi	52—60	50
10	Hususi Kanunlar	61—62	59

(*) Bu sütunda kaydedilen maddeler İtalyan Ceza Kanunu maddeleridir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu maddeleri ile yapılan mukayeseli bir cetvel cildin sonuna ilâve edilmiştir. — (Musahhah).

(1) Suçların tefriki: Suçların ayırımı.

(2) Ecnebi memleketlerde: Yabancı ülkelerde.

İKİNCİ BAP
CEZALAR

Madde Numaraları	Muhteviyat	Fıkralar	Sayfa Numarası
11	Cezaların neyleri	63—68	61
12	Müebbet ağır hapis	69	67
13—14	Muvakkat ağır hapis, mutavassıt hapis ³ müesseseleri	70—73	68
15	Hapis	74	71
16—17	Meşruten tahliye	75—80	72
18	Sürgün	81	77
19	Ağır cezayı nakdi	82—83	78
20	Hidematı ammeden memnuiyet	84—90	80
21—22	Hafif hapis	91—94	86
23	Hususi müesseseler: Islahhaneler ve nezarethaneler	95	90
24	Hafif cezayı nakdi	96	91
25	Bir meslek veya san'atın tatili icrası	97	92
26—27	Tevbihi adli ve hüsnü harekete dair kefalet ve meşruten mahkûmiyet	98—106	93
28	Emniyeti umumiye idaresinin nezareti mahsusası altına konmak	107—112	100
29—30	Cezaların ölçülmesi	113—124	106

ÜÇÜNCÜ BAP

CEZA MAHKÛMİYETLERİNİN
NETİCELERİ VE TARZI İCRALARI

31—33	Müebbet ve muvakkat ağır hapse mahkûmiyet	125—136	118
-------	---	---------	-----

(3) Mutavassıt hapis: Ortalama hapis.

(4) İntihab olunmak: Seçilmek.

Madde Numaraları	Muhteviyat	Fıkralar	Sayfa Numarası
34	İntihap olunmak ⁴ hakkında mahrumiyet: Bunun neticesinin şümü-lü ve vüs'atı ⁵	137	129
35	Bir hizmeti, bir mesleği, bir san'atı sulistimal suretiyle işlenen suçlar-da mahkûmiyet	138—141	130
36	Zabt ve müsadere	142—150	133
37—38	İstirdadı emval ⁶ , zarar ve ziyanın tazmini, mali tazmin	151—155	138
39	Muhakeme masrafları ve mahkûm-ların bundan dolayı müteselsil mes'uliyetleri	156—159	143
40	Mevkufiyet müddetinin mahsubu	160—163	146
41	Hidematı ammeden mahrumiyet, bir meslek veya san'atın icrasını tatil cezalarının cereyana başlaması	164	149
42	Emniyeti umumiye idaresinin ne-zareti mahsusası altına alınmak ce-zasının cereyana başlaması, tahdidi ve ortadan kaldırılması	165—170	150
43	Müebbet ağır hapse mahkûmiyet ilâmı hulâsasının tab ve neşri	171—172	155

DÖRDÜNCÜ BAP

KABİLİYETİ İSNADIYE VE BUNU ORTADAN
KALDIRAN VEYA HAFİFLETEN SEBEPLER

44	Kanunu bilmemek	173—175	157
45	Kast ve ihtiyar	176—184	161
46—47	Akıl maluliyeti	185—205	171
48	Sarhoşluk	206—211	198

(5) Şümulü ve vüs'atı: Kapsamı ve genişliği.

(6) İstirdadı emval: Malların geri alınması.

Madde Numaraları	Muhteviyat	Fıkralar	Sayfa Numarası
49	Kanunun hükmü ve salâhiyettar makamın emri, meşru müdafaa, zaruret hali	212—229	204
50	Mazur olan hududu tecavüz ⁷ hali	230—233	222
51	Tahrik	234—241	226
52	Şahista hata	242—245	232
53—56	Küçüklük hali	246—267	235
57—58	Sağır - dilsiz	268—272	251
59	Cezayı tahfif eden sebepler	273—277	254
60	Kabahatlerde üçüncü şahsın mes'uliyeti	278—283	260

BEŞİNCİ BAP

TEŞEBBÜS

61	Cürme teşebbüs	284—311	268
62	Gayri tam cürüm	312—320	303

ALTINCI BAP

MÜTEADDİT KİMSELERİN BİR SUÇA İŞTİRAKİ

63	Hemfiillik	321—340	313
64	Fer'an zimedhallik ⁸	341—356	335
65	Şahsi sebepler	357—365	354
66	Maddi sebepler	366—373	361

YEDİNCİ BAP

SUÇLARIN VE CEZALARIN İÇTİMAI

67—70	Şahsi hürriyeti tahdit eden cezaları müstelzim olan cürümlerin içtimai	374—387	369
-------	--	---------	-----

(7) Mazur olan hududu tecavüz: Mazeret sınırını aşma.

(8) Fer'an zimedhal: Yardımcı.

Madde Numaraları	Muhteviyat	Fıkralar	Sayfa Numarası
71—72	Kabahatlerin içtimai, cürümler ile kabahatlerin içtimai	388—389	384
73	Suçların içtimai halinde mahkûmiyetin neticesi	390	386
74	Hidemati ammeden muvakkaten mahrumiyet ile bir meslek veya san'atın tatili icrası cezalarının sureti tatbiki	391	387
75	Cezayı nakdilerin sureti tatbiki	392—394	388
76	Mahkûmiyetten evvel ve sonra işlenmiş olan suçlar	395—410	390
77	Murtabat suçlar	411—416	405
78	Kanunun muhtelif hükümlerini ihlâl eden fiil	417—428	410
79	Müteselsil suç	429—443	423

SEKİZİNCİ BAP

SUÇUN TEKERRÜRÜ

80	Umumi tekerrür ve birinci hususi tekerrür	444—461	437
81	İkinci ve onu takip eden hususi tekerrür	462—469	451
82—83	Aynı cinsten olan suçların hususi tekerrürdeki tesirleri	470—478	460
84	Müebbeten ağır hapse mahkûm olan kimsenin mükerrir olması	479	470

DOKUZUNCU BAP

CEZA DAVASININ VE CEZA MAHKÛMİYETİNİN SUKUTU

85	Maznunun veya mahkûmun vefatı	480—482	472
86	Umumi af	483—500	475

Madde Numaraları	Muhteviyat	Fıkralar	Sayfa Numarası
87	Fiili af ve hususi af	501—504	489
88	Mağdurun davadan vazgeçmesi	505—523	492
89	Emvalin müsaderesi ve cezayı nakdilerde tahdidat	524	510
90	Müebbet ve muvakkat ağır hapis cezasının tenzili hali	525	511
91—94	Ceza davasının müruruzamanı	526—565	512
95—97	Mahkûmiyet müruruzamanı	566—584	546
98—99	Müruruzamanın hesabı ve tatbiki	585—586	559
100	Hukuku memnuanın iadesi ⁹	587—605	561
101	Davadan evvel cezayı nakdiyi bilihtiyar ödemek	606—610	580
102—103	Hukuku şahsiye davası, malen mahkûmiyet	611—616	585

(9) Hukuku memnuanın iadesi: Yasaklanmış hakların geri verilmesi.

BİRİNCİ KİTAP

UMUMİ SURETTE SUÇLAR ve CEZALAR

BİRİNCİ BAP

CEZA KANUNUNUN TATBİKİ

MADDE : 1 (1)*

[Hiç kimse kanunun suç olmak üzere sarahaten beyan eylemediği fiil için cezalandırılmaz. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz. Suçlar cürüm ve kabahat diye ayrılırlar.]

§

Hulâsa : 1 — Ceza kanunlarının tefsiri. 2 — Suçların üçe ayrılması usulünün lağvı 3 — Cürümleri kabahatlerden ayırmanın tatbikatta ehemmiyeti. 4 — Cürümler kabahatlerden nasıl tefrik olunurlar? 5 — İkiye taksimin diğer kanunlara tevfiği 6 — Kazai kararlar. 7 — Cürümlerin ve kabahatlerin ceza davaları. 8 — Emniyeti umumiye idaresinin hususi nezareti ahkâmına riayetsizlik hakkında mütalâat.

§

1 — Medeni Kanunun başlangıcındaki umumi hükümlerin 4 ncü maddesi ceza kanunlarının, metinlerinde tasrih edilen hadiselerden gayrisine şamil olmadığını evvelce beyan eylemiş idi.

(*) Muteriza içindeki numaralar Türk Ceza Kanununun maddelerini gösterir.

(1) Tevfik : Uygunlaştırma, uydurma, uygunluk.

bül eylemelidir» diyor. Mamafih; çok güzel olan bu sözler, 1876 Komisyonunda irad edilen çıplak ve ziynetsiz itirazları cerh edememektedir.

43 ncü madde tab'ın HULÂSATEN yapılacağını söylediğine nazaran aynı ilâmda müteaddit mücrimlerden ve müebbet ağır hapis-ten başka cezalardan da bahsedildiği takdirde ancak müebbet kü-rek mahkûmiyetine dair olan kısım tab ve ilân olunur.

Sardunya Kanunu ise HULÂSATEN tabirini ihtiva etmiyordu. Bu itibarla ilâm, tab ve neşri icap etmeyen aksamı da cami ola-rak tamamen tab ve neşrolunmakta idi.

172 — Ceza kanunu başka hallerde de hükümlerin ilânını emretmektedir. Fakat bazı cürümler için müeyyede daha müessir kıldığı veya bazı hukuku daha müessir bir tarzda himaye ettiği veya tecavüze duçar olan kimsenin haysiyetini tamir eylediği için —kanun gazetelerle ilân tarzında yeni ve müessir bir vasıtaya ma-lık olduğu cihetle— 43 ncü madde hakkında dermeyeran edilen itiraz-lara yer kalmamaktadır.

Vezaifi umumiye'nin sulistimaline veya memuriyet unvanlarının bigayrihakkın¹⁰⁰ kullanılması hususlarında (Madde 185, 186) hâ-kim kendisi tarafından tayin olunacak gazetelerde mesarifi mah-kûma ait olmak üzere hükmün hulâsasının ilânını emrettirebilir. Bu suret, cezanın daha müessir ve ibretâmiz¹⁰¹ olmasına medar olur.

İsim, marka, işaret, resim, edebi ve sınai eserlerin modelleri-nin taklidi veya bu taklit edilmiş olan maddelerin kullanılması (Madde 296) halinde de hâkim tarafından tayin edilecek bir ga-zetede hükmün ilânı emrolunabilir. Bu hal hem cezanın tesirini artırır ve hem mutazarrırın hukukunun daha iyi bir tarzda hima-yesine veya suçun tekerrürünü men'e veya tesiratın daha fazla in-tişarını tahdide yarar. En nihayet, hakaret ve sövme hususlarında (Madde 399) tamir makamında olarak hükümlerin ilânı emroluna-bilir. Neşir keyfiyeti suçtan dolayı muhtel olan hukukun daha müessir bir tarzda himayesine matuf bulunduğu takdirde zarar ve ziyanın tamiri bahsine taalluk eder ve mütecavizinaleyh¹⁰² bunu talebe salâhiyettardır.

(100) Bigayr-i hakkın : Haksız olarak, haksız yere.

(101) İbretâmiz : İbret verici.

(102) Mütecavizinaleyh : Saldımlar, saldırıya uğrayan.

DÖRDÜNCÜ BAP

KABİLİYETİ İSNADİYE VE BUNU ORTADAN KALDIRAN YAHUT HAFİFLETEN SEBEPLER

MADDE : 44 (44) [Hiç kimse ceza kanununu bilmemeyi mazeret olarak dermeyeran edemez.]

§

Hulâsa : 173 — Hukuki cehil, fiili cehil. 174 — 44 ncü maddenin tefsiri : Ceza Kanununu bilmemek. 175 — Ceza Kanununun gayri kanunları bil-memek.

§

173 — 1887 tarihli Zanardelli projesine dair nezaret raporu di-yor ki : «Ceza Kanununca men edilen bir fiilin faili, tabii bir se-bebin mevcudiyetinden maada manevi bir sebep bulunmazsa veya onu isteyerek işlememiş ise bir cürmün mürtekibi değildir.»

Kanunun takip ettiği nazariyeye göre, failin hürriyeti ve aklı, suçların sübjektif yani enfüsî unsurunun şartlarıdır. Ve kanunun mülhem olduğu meslekte failin aklına veya hürriyetine tesir etmek suretiyle kabiliyeti isnadiyeyi bertaraf eyleyecek veya tahdit ede-cek sebepler kabul edilmektedir. Akıl üzerine tesir eden sebepler meyanında müelliflerin TABİİ VEYA FİZYOLOJİ¹, MANEVÎ VE-YA İDEOLOJİ² diye tarif ve tavsif ettiği sebepler vardır. Tabîi ve-ya fizyolojî sebepler : meselâ failin havasının noksan neşvüneması³

(1) Fizyolojî : Canlılarda doku ve organların görevlerini inceleyen bilim kolu.

(2) İdeolojî : Toplumla ilgili düşünce ve kanılar.

(3) Neşv-ü nema : Gelişme, yetişme.

veya tağyiri gibi manevî veya ideoloji sebepler ise cehil, hatadan ibaret olup onlar da hukukî (di diritto - yâni kanunu bilmemek) veya fiilî (di fatto - bir şeyi yanlış bilmek) olabilir.

44 ncü madde, HUKUKÎ CEHLÎ (İgnoranza di diritto) tetkik ile iktifa eylemekte ve Ceza Kanununu BİLMEMENİN mazeret olarak dermeyeran edilemeyeceğini beyan etmektedir.

1877 tarihinde Meb'usan Meclisince tasvip olunan lâyiha FİİLÎ HATAYI da mevzuubahs etmişti. Projenin 52 nci maddesinin 2 nci fıkrasında deniliyordu ki : «FİİLÎ müstelzimi ceza⁴ kılan veya cezayı teşdit eden hali fiiliye müteallik cehalet, failin isnat kabiliyetini ref veya tenkis eder. Cehil tahakkuk ettiği takdirde ceza kanununun basit hatayı tecziye ettiği hususlarda gayri kasdi suç (Reato Colposo) dan dolayı failin mes'ul tutulması lâzım gelir.»

Fakat sair sebepler meyanında 1877 de meclis tarafından tasvip edilen metnin her türlü tereddütleri izale edecek derecede açık ve kat'i olmasından dolayı yeni kanuna böyle bir hükmün ithali cihetine gidilememiştir. Filhakika o metinde fiili hatanın nasıl ve ne zaman kabiliyeti isnadiyeyi ref veya tenkis edeceği ve ikinci halde ceza ölçüsü üzerindeki müspet tesirleri ve kabiliyeti isnadiyeyi hata şeklinde nasıl ve ne zaman ipka edeceğini tayin etmemektedir.

Binaenaleyh fiili hata sureti mahsusada umumi bir kaide şeklinde kanunda derpiş edilmemiştir ve buna lüzum da yoktur. Çünkü fiilin şeraiti mürekkebe⁵ veya müşeddedesine⁶ müteallik maddi yanlışlık daha umumi bir tarzda 45 nci maddede zikredilen kasıt ile imtizaç etmektedir ki bundan 45 nci maddede bahsedecek ve 52 nci madde şerhinde de bunun hususi tatbikatını göstereceğiz.

174 — 44 ncü maddenin bahsettiği kaide kat'i olup gerek cürümler gerek kabahatlerde gerek vatandaşlar ve gerek ecnebler hakkında tatbik olunur. Bununla beraber 3 ncü madde şerhinde söylediğimiz veçhile kendi memleketleri kanunlarında musarrah olmayan hususlar için —ecnebler kısa bir müddetten beri İtalya da bulunmak şartıyla— KABAHAHAT fiillerine dair hukuki cehlin, mazeret olarak kabul edilmesi lâzım gelmektedir. Buna mümasil

- (4) Müstelzim-i ceza : Cezayı gerektiren.
- (5) Şerait-i mürekkebe : Oluşum koşulları.
- (6) Şerait-i müşeddede : Şiddetlendirici koşullar.

mahiyette olan hadiseleri ve onlara dair takarrür eden içtihadı nazarı itibara alarak evvelâ 13 Kânunuevvel 1888 tarihli irade ile teessüs eden komisyonda şimdiki 44 ncü maddenin kaldırılmasını teklif etmiş ve «bu ahkâm karşısında fevkalâde ahvalde bile ecnebi için mazeret imkânı mürtefi olacaktır. Halbuki bugün mer'i olan ceza kanununun sükûtuna nazaran hâkim, meselâ yalnız taşınması caiz olan silâhtan birkaç santimetre farklı silâh taşıyan bir ecnebiyi mazur addedebilir.» demiştir. Mamafih (45 nci maddede göreceğimiz veçhile) maznun tarafından ispat edilmek şartıyla hüsnüniyete müstenit mazeretin kabahatlerde de kabul edildiği düşünülürse 44 ncü maddeden bu kadar müfrit neticeler istihracı mümkün değildir.

Hukuki yanlışlık, ekseriyetle askerliğe ademi icabet mesailinde⁷ ileri sürülmektedir.

Fakat eski kanunlar zamanında teessüs eden içtihadı; kaide-ten ecnebi memleketlerde sakin olup askerliğe çağırılan efradın, ana vatandan gaybubetleri esnasında ahzi asker⁸ kanunlarının tebeddülâtını dermeyeran etmeleri kabul edilmemekte idi. Ancak ve istisnaen uzaklık ve ispat edilen esbabı mücbire⁹ dolayısıyla kanundan haberdar olmak imkânsızlığında bulunanlar hakkında mazeret mümkün olduğu kabul edilmişti.

Maznunun kanun neşredildiği zamanda ecnebi memleketlerde ikamet eylemiş olmasının hukuki cehil mazeretini teşkil edemeyeceğine dair olan prensip nebatatın (vegetali) ithaline mütedair kanunlar hakkında dahi mehakimce kabul olunmaktadır.

Bil'akis, ecnebi memleketlerden gelenler için hıfzıssıhhaya ait muvakkat tedbirleri, meselâ eşyanın tebhiri¹⁰ hakkında belediye reisinin bir emrini bilmediğini iddia edebilmek de kabul edilmiştir.

175 — Zanardelli projesinin 45 nci maddesinde yalnız KANUNU BİLMEMENİN MAZERET SAYILMAYACAGI yazılı idi. Kanunun kat'i metni tanzim olunurken Profesör TOLOMEİ medeni ve idari kanunların bilinmemesinin ceza hususlarında meşru bir ma-

- (7) Mesail : Meseleler, sorunlar.
- (8) Ahz-i asker : Askere alma.
- (9) Esbab-ı mücbire : Zorlayıcı nedenler.
- (10) Tebhir : Buğu (buhar) ile temizleme.

zeret teşkil edeceğini söylemiş ve metne «Ceza Kanunu bilmemek...» şekli yazılmıştır.

Filhakika CEZA KANUNUNUN GAYRİ KANUNLARIN bilinmemesinin —cürmün kasda taalluk eden unsurunun ademi mevcudiyeti halinde— meşru bir mazeret olduğu hakkında kat'i olan ilmi içtihad, kazai kararlar ile de teyyüt etmiştir. Diğer tabirle cürüm telâkki olunan bir fiili kasten işleyen kimse o fiilin cürüm olduğunu beyan eden ceza kanununu bilmediğini ileri süremez. Fakat muayyen bir cürmün mevcudiyeti için bir kastı mahsusun bulunması veya iradenin gayri hukuki bir istikamet alması zaruri olan ahvalde, ceza kanunundan gayri kanunları bilmemek dolayısiyle fail, kastı cürmü ile gayri kabili telif bir vaziyette bulunursa cehil, fiilin kabiliyeti isnadiyesini kaldırır.

Bu hususa taalluk eden bir hadisede taaddüdü zevcat ile maznun ve hukuki bir hatanın kurbanı olan bir kimse Prusya'da beraat etmiştir. Hata, şundan ileri geliyordu : O kimse birinci zevcesi aleyhine istihsal ettiği ayrılık hükmünün tesirlerini boşanma hükmüne kıyas ederek rabitaların zail olduğunu zannetmişti.

Kezalik Berlin Mahkemesinin 11 Haziran 1874 tarihli kararında da aynı hali buluruz. Evini satan ve ferağı müteakip duvara bitişik dolapları götüren bir kimseyi mahkeme sirkat cürmünden tebrie etmiştir¹¹. O kimse Medeni Kanuna göre dolapların da ciheti tahsisleri itibariyle o gayrimenkulden addedildiğini ve binaenaleyh ev ile birlikte satılmış olduğunu bilmiyordu. Bizim mahkemeler dahi kastı ızrarı (dolo) bertaraf etmek şartıyla, Ceza Kanununa müteferri hususlarda Medeni Kanunu bilmemenin bir mazeret olduğunu kabul etmişlerdir.

Hukuki cehlin mazeret teşkil ettiği haller, Carrara tarafından ayrıca bir eserde tetkik edilmiştir. Carrara diyor ki : Hukuki cehil, mazeretini bertaraf eden kaideyi, tecziyesi müstelzim fiilin hukuki hedefine göre tahsis ederek yani tatbiki arzu edilen ceza kanunu ile tahdit eyleyerek nazarı itibara alınmalıdır. Hiç kimse ben bunu yaparken memnu bir fiil işlediğimi bilmiyordum demekle mes'uliyeti üzerinden atamamalıdır. Fakat cehil iddiası, o davada tatbiki lâzım gelen kanundan gayri kanunlara ait olursa bu gibi kanunların bilinmemesi mazeret olarak kabul edilmelidir. Bu sarih maddi bir meseledir. (quid facti).

(11) Tebrie etmek : Aklamak, temize çıkarmak.

Carrara işbu esasları vaz ettikten sonra Viyana Temyiz Mahkemesinin 17 Teşrinievvel 1877 tarihli bir kararını tenkit ediyor. Bu mahkeme bir jandarmaya vazifesi esnasında sarhoşluk isnadı iftirasından dolayı mahkûm olan bir kimsenin müracaatını reddetmişti. Mahkûm, Askeri Ceza Kanununca ve jandarma nizamlarıncaya vazife esnasındaki sarhoşluğun bir CİNAYET sayıldığını bilmediğini ve binaenaleyh mazur olduğunu iddia ediyordu. Temyiz Mahkemesi hukuki cehlin mazeret sayılamayacağına hükmetmişti. Carrara bu beyanata şöyle cevap veriyor : «O davanın hedefi jandarma nizamı ve askeri ceza kanunu olmadığı gibi maznun tarafından hükümleri ihlâl edilen kanunlar da askeri kanunları değildi. Binaenaleyh bu davada mevzuubahs olan mesele MADDİ olup HUKUKİ (quid juris) değildir.

MADDE : 45 (45)

[Hiç kimse bir cürmü teşkil eden fiili istemedikçe o cürümden dolayı cezalandırılmaz. Meğer ki failin bir şey yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir halden dolayı kanun aksini tasrih eylemiş ola.

Kabahatlerde failin kanuna mugayir bir fiil işlemek istediği sabit olmasa bile herkes kendi fiil veya ihmalden mes'uldür.]

§

Hulâsa : 176 — Cürümlere ve kabahatlere şamil kaide : Kasıt ve ihtiyar (volontarieta). 177 — Cürümlere mahsus kaideler. 178 — Ne zaman kasıt yoktur? 179 — Fiili hata. 180 — Hile. 181 — Tecavüzü niyet (preterintenzionalita), hata (colpa). 182 — Kabahatlere mahsus kaideler. 183 — Dikkatsizlik, Kabahatın sübjektif unsuruna dair kazai karar : Kabahat fiillerindeki kasıt. 184 — Kabahatlerde hüsnüniyet.

§

176 — Bu maddenin ibaresine bakıldığı halde cürümler için bir ve kabahatler için diğer bir kaideyi muhtevi olduğu zannedilir.

Fakat kanunun ihzari mesaisi tetkik edilince, bundan cürümler ve kabahatlere şamil olmak üzere KOLAYCA UMUMİ bir kaide istihraç olunur.

1887 tarihli Zanardelli projesi hakkında Meclisi Meb'usan Encümeni mazbatasında deniyor ki : «Cürüm teşkil eden fiil iki unsura ayrılır : Birisi sübjektif yani failin kendisinde mevcut icrai veya ihmali unsur diğeri objektif yani taarruz, fiili müessir, aharın hakkına iras edilen maddi veya manevi zarar unsurudur.»

Meb'usan Meclisi Encümenince suçun sübjektif unsuru diye tesmiye edilen hal yani kasıt ve ihtiyar (volontarieta) bütün suçlara şamil bir kaidedir. «İster kendisinde izrar kastı olsun ister kastı izrara mukarin¹² olmasın ister cürüm ve ister kabahat olsun her suçta her memnu fiilde fiili icra eylemek veya ihmal etmek kastının mevcut bulunması lâzım geldiği noktasında ısrar etmek fazladır.

Gayri kasdi olan suçlar da izrar neticesinde kasdi olacaklardır : Meselâ insanın ölümü, fakat mevti¹³ müeddi¹⁴ hadiseyi tevli eden icra veya ihmal; kasdi olmak gerektir. Bu itibarla, kabahatlerde, maddi unsuru teşkil eden fiil hiç bir fena fikir bulunmaksızın da yapılmış olabilir. Fakat mücrimin kendiliğinden ve bile rek hareket ettiği daima aranmak lâzımdır. Hayvanların idaresinden âciz kalan seyis, eşyası arasında bilmeksizin silâh veya sair memnu eşya bulunduran yolcu ve ilâh... asla bu suçlardan mes'ul tutulamazlar.»

177 — Ceza kanununda gerek cürüm ve gerek kabahat olsun bütün suçlara ait olan ve sübjektif unsura müteallik bulunan kasıt vasfı müştereki hakkında şu suretle tafsilâta bulunduktan sonra 45 nci maddenin cürüm ve kabahatler için objektif unsur noktai nazarından vaz eylediği hususi kaidelere geçelim : 45 nci maddenin 1 nci fıkrası diyor ki : «Hiç bir kimse bir cürüm teşkil eden fiili istemedikçe o cürümden dolayı cezalandırılmaz. Failin icra veya ihmalinin neticesi olan bir halden dolayı kanunun ceza tertip ettiği ahval müstesnadır.» 1887 tarihli Zanardelli projesinin buna tekabül eden 46 ncı maddesinin 1 nci fıkrası daha az sarıh idi. Fakat bu son proje hakkındaki nezaret raporunda daha iyi bir hale ifrağ edilmiş olan bugünkü 45 nci madde hakkında bile tefsir edici bir kaide kıymetini muhafaza eden izahat mevcuttur.

(12) Mukarin : Yakın.

(13) Mevt : Ölüm.

(14) Müeddi : Eda eden, doğuran, sebep olan.

«Kasdi bir icra veya ihmal olmadıkça suç bulunmadığı esasını vaz etmek kâfi değildir. Kasıt fiilin icrasına sebep ve saik olduğu halde netice gayri kasdi olabilir. Kanun arzu edilmeyen veya arzu edilmesi mümkün olmayan bir neticeden dolayı meselâ (106 ncı maddede, 218 nci maddenin 2 nci fıkrasında, 297, 301, 307, 352, 356 ncı maddelerde olduğu gibi) dikkatsizlik, ihtiyatsızlık, ihmal, san'at veya meslekte acemilik misillu hata veya (104 ncü maddenin 2 nci fıkrasının 2 numarasında, 110 ncü maddede, 115 nci maddenin 1 nci fıkrasında, 163 ncü maddenin 2 nci fıkrasında, 203 ncü maddede, 205 nci maddenin 2 nci fıkrasında, 220 nci maddede, 278 nci maddenin 1 nci fıkrasında, 291 nci maddede olduğu gibi), kendisinde izrar kastı bulunan bir cürümün (delitto doloso) doğrudan doğruya veya muahhar bir neticesi için sureti sarıhada mes'uliyeti ilân etmedikçe arzu edilmeyen bir neticede, isnat olunmak kabiliyeti olmamalıdır ve olamaz da. Sayılan haller müstesna olmak üzere arzu edilmeyen neticede de isnat olunmak kabiliyeti yoktur. Çünkü sureti umumiyede fiili cehil veya hata eşyanın mahiyeti itibariyle ve bütün dünyanın kabul ettiği veçhile hadisedeki mes'uliyeti bertaraf eder.»

Cürümlere müteallik kaidenin birinci kısmı, yani hiç bir kimse cürüm teşkil eden fiili istemedikçe o cürümden dolayı cezalandırılmayacağı hususu kanunun kat'i metnine dair krala takdim olunan raporda daha sarıh bir tarzda izah edilmiştir : «KASIT tan murat kastın tahassülü için lâzım olan ahval bilinerek failde vaki olan ve muayyen bir hadiseye teveccüh eden bütün bir faaliyeti zihniye ve kanunun daima izafe eylediği bir mefhuma göre hadiseden murat yalnız failin fiili olup husule gelen netice değildir. Ve suçun kanunda tarif edilen bütün anasırı mürekkebesiyle birlikte her ikisi de (yani hem fiil ve hem netice) olduğunu tasrih etmeğe hacet yoktur. Meselâ 107 nci maddede mevzuubahs edilen cürümden mes'ul olmak için yalnız orada tasrih olunan neviden bir vesikayı isteyerek âhere vermiş olmak kâfi olmayıp o vesikada hükümetin emniyetine müteallik siyasi veya askeri bir sırrın mevcut bulunduğunu bilmek de lâzımdır ve 1 nci fıkrada tasrih kılınan şiddet sebebi için de vesikaların verildiği kimselerin sıfatını bilmek muktezidir. Ayniyle ortada sarf olunan paraların sahteliğine vukuf bulunmadığı halde 258 nci maddede tarif edilen cürümün isnadına ve 421 nci maddenin ruhuna nazaran kabul edilen, satın alınan veya saklanan eşyanın bir cürümden husule geldiği bilin-

mediği takdirde cürüm eşyasını satın almak ve saklamak yani yataklık, fiilinin isnadına imkân yoktur. Diğer hususlarda da keyfiyet bu merkezdedir.» Hulâsa edilirse cürümlerin tecziyesi için, kaideten fail tarafından işlenen FİİLİN kasdi olmasından maada NETİCESİNİN de ARZU EDİLMESİ lâzımdır. Tabiri âherle¹⁵ kanunun sarahaten tespit ettiği haller müstesna olarak cürümler fiil ve netice cihetlerinden mücrim tarafından arzu edilmedikçe tecziye olunamaz.

Bir kere bu umumi kaide vazedildikten sonra Ceza Kanunu; 2 nci kitapta evvelce Sardunya ve hatta Toscana Ceza Kanunlarından takip edilen sistemi, yani her bir cürmün tarifini İZRAR KASTIYLA, BİLEREK, İHTİYARİYLA, UNSURU KASDI gibi hususi tabirlerle beyan etmeyi terk etmiştir. Bugün bunlara müşabih tasrihlere hacet kalmaksızın 45 nci maddenin 1 nci kısmına da vazedilen umumi bir esas ile cürümlerin, ancak onları ika eden kimse-nin fiilinde ve bu fiilden tahassül edecek ihlâli hukukta¹⁶ kastın mevcudiyeti şartıyla cezalandırılacağı, umumi bir kaide olarak telâkki edilmelidir.

Yalnız istisna tarikiyle kanun bazı hallerde mücrim tarafından istenilmemiş olsa bile ihlâl edilen bazı haklardan dolayı mücrimi cezalandırmaktadır.

178 — Kast için yukarıda zikredildiği veçhile failde vaki olan ve muayyen bir hadiseye tevcih olunan bütün bir zihnî faaliyet şart olduğuna göre (46 ncı madde ile onu takip eden maddeler hükümleri baki kalmak şartıyla) maznunun fiili veya ihmali yalnız mücbir bir kuvvetin, maddi bir tazyikin neticesi değil, hatta hakkın ihlâlinde cinai (criminoso) mahiyeti teşkil eden şerait ve ahvalde fail bir maddi hataya düştüğü halde bile kasıt yoktur ve kastın bulunmamasıyla failin tecziyesi imkânı mürtefi olur.

Ceza kanununun bir maddesine muhalif hareket eden kimse-nin maruz kaldığı maddi cebir vaziyeti hakkında fazla söz söylemeye lüzum yoktur. Muayyen tarzda hareket için maddi bir şiddetin kurbanı olan kimse kendisi hareket etmiş sayılmaz. O hareketin mevzuu olmuştur (non agit sed agit). Mamafih diğer birisinin

(15) Tabir-i âherle : Başka bir deyimle.

(16) İhlâl-i hukuk : Hakları çiğneme, hukuka aykırılık.

iradesine tamamen muta¹⁷ bir kimseyi tasavvur etmek ve böyle bir halin tahaddüsünü tahayyül eylemek güçtür. Ceza hukuku müellifleri bir uçurumun veya bir nehrin kenarında gezinen üç kişiden birincisinin, ikincisini dürttüğünü ve ikincinin üçüncüyü dürterek uçuruma veya nehre düşürmesini bu hususta misal olarak zikrederler. Fakat Tolomei'nin işaret eylediği veçhile, maddi tazyikin, harekete icbardan ziyade hareketten men etmesi de varittir. Maznunun kanun maddesini ihlâl etmemek için yapmaya mecbur olduğu şeyleri yapmaktan faik kuvvet¹⁸ karşısında men edilmek suretiyle bu vaziyet tahmin edildiğinden pek fazla bir surette ihmali cürümlerde tahaddüs edebilir.

13 Kânunuevvel 1888 tarihli irade ile teşkil olunan komisyon-da Profesör Lucchini'nin işaret eylediği gibi uyuyan bir kimsenin yapacağı şeylerde, irade nakis olduğu cihetle uyku halini de 45 nci maddeye, yani kastın ademi mevcudiyeti haline irca etmek lâzımdır. Bu hal akli maluliyetin bir nevi olan ve bu itibarla 46 ncı maddenin şümülü dairesine giren sairifilmenamlikten¹⁹ ayırdır. Mamafih uykuda yapılan şeylerin imkânı şeraitinden gayri kasti katil (omicidio colposo) bahsinde beyan edilen ve süt ninenin uykuda çocuğu havasızlıktan öldürmesinden ibarêt olan misalin gayrisi da sırf hayalden ibarettir.

179 — Fiili hata dahi cürmün anasırı mürekkebe veya müşdedesine taalluk ettiği zaman, kastı kısmen veya tamamen kaldırır ve binaenaleyh ihlali hukuktaki cürmiyeti izale eder. Nazariyatta ESASLI hata (errore essenziale) ARIZÎ HATA dan (errore accidentale) tamamen ayrılır.

Birincisi, bilinmemesi failde cürüm işlemek fikrini imkânsız kılan bir fiil veya rabıtaya taalluk etmek şartıyla cürmü bertaraf eder. Meselâ kendisinin zanniyle başkasına ait bir şeye temellük eden kimse sirkatten mes'ul olamaz. Keza vaziyetine vakıf olmaksızın evli bir kadınla münasebette bulunan kimseye zina isnat edilemez.

ARIZÎ HATA, bir kimsenin yerine diğerinin öldürülmüş olması gibi hallerde tesirsiz olabilir; çünkü istenilmeyerek işlenen bir ka-

(17) Muta : İta olunmuş, verilmiş, veri.

(18) Faik kuvvet : Üstün güç.

(19) Sair-i fi'lmenam : Uyurgezer, uykuda yürüyen.

til fiilindeki mücrimiyet, mütecavizünaleyhin tesadüfen değişmesiyle tebeddül etmez. Bilâkis bu hal bazan suçun kemiyeti üzerine tesir icra eder: 421 nci maddenin 1 nci fıkrasında açıklanan kaideye tevfikân hileli yataklık (Ricettazione dolosa) fiilinin cezasını tezyit eden şiddetlendirici sebepleri bilmeksizin, bir cürümden hasıl olan para veya eşyayı kabul eden, satın alan veya saklayan kimşenin hali buna misaldir.

Fakat şimdiden şunu bilmelidir ki fiili hata, esaslı da olsa kendisinden tevakkî²⁰ mümkün bulunduğu takdirde KASTI IZRARA müstenit cürüm (delitto doloso) isnadını bertaraf etmekle beraber GAYRÎ KASDÎ veya hataya makrun cürüm (delitto colposo) şekline meydan bırakabilir. Bir avcı atımıyla, yaralanacak bir kimseyi görmeksizin silâhı muayyen bir istikamete ateş ederse kasten katil cürmünden mes'ul olmamakla beraber etrafına iyi bakmaktan mütevellit ihtiyatsızlıktan dolayı gayri kasdi bir katil veya cerhten mes'ul tutulabilir. 52 nci maddeden bahsettiğimiz sırada fiili hata meselesine avdet edeceğiz.

180 — 45 nci maddede cürümlere dair zikrolunan kaidenin 1 nci kısmı KASTI IZRARA yani (dolo) ya mütealliktir. Ve kastı ızrardan dolayı mes'uliyet için, mücrimin cürmünü teşkil eden fiili istemiş olmasını şart etmektedir. İlmi içtihadlarda fiili cürminin neticeleri mücrim tarafından sureti MAHSUSA da ARZU EDİLMİŞ olması haline DOĞRUDAN DOĞRUYA KASTI IZRAR (dolo diretto) bilâkis evvelden neticelerin yalnız DERPİŞ EDİLMİŞ olması haline de BİLVASITA KASTI IZRAR (dolo indiretto) denilir. Sureti mahsusada yalnız bir vak'a'ya tevcih edilen MUAYYEN kastı ızrar (determinato) vahametleri AZ VEYA ÇOK OLAN müteaddit vak'alara tevcih edilen GAYRÎ MUAYYEN kastı ızrardan (indeterminato) ayrılır. Fakat 45 nci maddenin 1 nci kısmı karşısında bu taksimin müspet bir neticesi yoktur. Çünkü neticelerini derpiş ederek bir fiili işleyen kimse o neticeleri arzu eder. Ve bir kavga esnasında netayici görülebilen vahametinin hafif veya ağırlığına bakmaksızın darbeler saçan kimse bunun her biri için tamamen kastı ızrar halindedir ve cürmün tecziyesi hususu mücrimin redaeti ah-lâkiyesini asla tağyir etmeyen, iskolastik farklara bağışlanamaz veya lüzumsuz incelikler nisbetinde tenkis olunamaz. Son komis-

(20) Tevakkî : Sakınma, korunma.

yonda bu hususta cereyan eden münakaşalar metninin tamikinden²¹ tahassul eden netice de bu merkezdedir.

181 — Fakat 45 nci madde bazan mücrim tarafından arzu edilmeyen fiil veya ihmalden mütevellit netayici de mücrime tahmil etmektedir.

45 nci madde bu hükmiyle, cürümler için HATA VE TECAVÜZÜ NİYETE²² ve maddeten üçüncü şahıs tarafından ika olunan kabahatlerden dolayı 60 ncı maddeye işaret etmektedir. İhlâli haka müeddi olan fiil bir tecavüze matuf ise ve netice, failin niyetini geçmiş ise TECAVÜZÜ NİYET vardır. 368 ve 374 ncü maddelerde zikredilen katil ve müessir fiiller (Lesione Personale) bu cümledendir. Ve şiddetli dürtmek neticesinde husule gelen zararlı fiilde bu tasvir edilen vaziyet daha sade bir suretle anlaşılmaktadır. Failin fiili doğrudan doğruya tecavüze matuf olmayıp ikanda tedbirsizlik, ihmal, dikkatsizlik, acemilik ve yolsuzluk bulunduğu ve bu ihtiyat noksanından dolayı zararlı bir fiil tahaddüs ettiği halde adi HATA vardır. 371 ve 375 nci maddelerde mevzuubahs edilen katil ve müessir fiiller bu kabildendir.

Maddeten başkaları tarafından ika edilmiş olan kabahatlerden mütevellit mes'uliyetlerin 60 ncı madde şerhinde bahsedeceğiz.

Arzu edilmeyen ve fakat kanunen faile yüklenen netayice müteallik haller 177 nci numarada nakleyeceğimiz 1887 tarihli Zanardelli raporunda görülmüştü.

Şimdiye kadar verilen tafsılattan sonra, arzu edilmeyen fiillerden mütevellit mes'uliyeti cezaiye hallerinin ancak sureti mahsusada kanunen muayyen olanlardan ibaret bulunduğunu ilâveye hacet yoktur. Şu kadar ki adi HATA veya TECAVÜZÜ NİYET ten mütevellit cürümler hakkında kanunun tadadının tahdidî olduğunu işaret eylemek lâzımdır.

182 — 45 nci madde, en nihayetinde kanuna muhalif bir fiil işlemek kastı sabit olmasa bile kabahatlerde herkesin kendi fiil veya ihmalden mes'ul olduğunu tasrih etmektedir. 1887 tarihli

(21) Tamik : Derinliğine inceleme.

(22) Tecavüz-ü niyet : Niyetin aşılması.

Zanardelli projesinin 46 ncı maddesinde bi'âkis kabahat fiillerini ika edenlerin istihdaf eyledikleri HEDEF VE GAYENİN ARANILMASI şayanı kabul olmadığı zikredilmekte idi. Bu şekil, fiildeki sebep ve hedeflerle müterafık olarak cürümler için kabul edilen ve bu itibarla kabahatlerde de kabulü lâzım gelen esbabı beraat ve mazereti bertaraf eder gibi görüldüğünden reddedilmiştir. Projedeki ibarenin şekli kabahatlerde FİİLİ MADDİ NAZARIYESİ (Teoria del fatto materiale) diye tevsim edilen²³ nazariyenin en haşın neticelerini meşru kılacak bir tarzda idi.

1887 tarihli Zanardelli projesi hakkındaki Ayan Meclisi Encümeni mazbatası şöyle diyor : «Bu sözlerle kabahatlerde kasdı fiilin kâfi olduğu ve hilâfı sabit oluncaya kadar, delilini ibraza lüzum kalmaksızın kastın mevcudiyeti kabul edildiği söylenmek isteniyorsa bu ibarenin bir dereceye kadar kıymeti vardır. Fakat niyet ile gayeyi karıştırmamalıdır. Ve bazan failin gayesi, fiildeki kası cürmiyi izale etmek suretiyle, mes'uliyeti ortadan kaldırmak tesirini de haiz olabilir.» Ayan Encümeni bu beyanatı müteakip vahşi bir hayvan veya kudurmuş bir köpeğe karşı koymak için ateşli bir silâh alıp caddede koşan bir adamın vaziyetinden bahsediyor. Bu ve buna müşabih tenkitler nazarı itibara alınarak kanunun şekli hazırı kabul edildi. Kat'i metin hakkında krala takdim olunan raporda deniyor ki : «Bu hususta ilmi ve kazai içtihadlar noktai nazarından daha emin bir hale getirilen ibarenin mefhumu şudur : Cürümlerde; kanunun koyduğu istisnalar hariç olmak üzere, cürmü teşkil eden fiilin istenerek işlendiği sabit bulunmak lâzım geldiği halde kabahatlerde kanuna mugayir bir kabahatı teşkil eden fiilin fail tarafından arzu edilerek yapıldığını isbata lüzum yoktur. Hilâfında bir arzusun mevcudiyeti ispat edilmedikçe, kabahatı tevhit eden fiil veya ihmalin vukuu kâfidir. Cürümler ve kabahatler arasında bir fark vardır : Birisinde ancak istisnaen tasayvur edilen şey diğerlerinde kaideten hilâfı sabit oluncaya kadar mevcut farz olunur.» Bu ifadeler 1887 tarihli Zanardelli projesi hakkında Meclisi Meb'usan Encümeni mütalâalarına tevafuk etmektedir.

Bu encümen suçu teşkil eden sübjektif ve objektif unsurları ayırdıktan ve cürümlerde manevi unsurun gerek sübjektif ve gerek objektif olarak bulunması zaruri olduğunu işaret eyledikten

(23) Tevsim edilmek : İsimlendirilmek, adlandırılmak.

sonra kabahatlerde afaki kasıttan bahsedilemeyeceğini ve çünkü fiilin bütün mevzuu fail tarafından ika olunup onun şu veya bu hukuki mefhuma müteallik tehlike yani kabahatin en yakın neticesini vücuda getiren bir fiil veya ihmalden neş'et eylediğini ilâve eylemektedir.

1887 tarihli Zanardelli projesinde de bu suretle idarei kelâm edilmiş ve cürümlerde, kanun hilâfını emretmedikçe, sebebe müteallik kasıttan maada neticeye mütedair kastın mevcudiyeti şart olduğu halde bilâkis kabahatlerde yalnız fiil veya ihmalin kasdı olmasının kâfi bulunduğu zikrolunmuştur. İmpallomeni ise meseleyi şöyle izah ediyor : «Kabahatlerde manevi unsurun mevcudiyeti için aranılacak şey, yalnız failin ihtiyari bir karar neticesinde —hukuka muhalif bir şeyin ispatı bertaraf edilerek— fiilin vücuda gelmesidir.»

183 — Buraya kadar söylenilen sözler hulâsa edilince görülüyor ki kanun, muhalefet fiillerinde tecavüz ruhunu mevcut farz ediyor. Fakat aksini ispat suretiyle maznunun her türlü mes'uliyetten kurtulmasını kabul ediyor.

Bu hâl Del Longo tarafından evvelce müdafaa edilip bilâhare Avukat Stoppato'da belîğ²⁴ bir müzâheret bulan nazariyedir.

Kanunun faraziyesi, müşabih hallerde maddi kabahatlerdeki kasta müteallik unsurun inkârını men etmez.

Filhakika, yukarıda görüldüğü veçhile, kabahatlerde de failin maddi fiil veya ihmalinin kasdı olması zaruridir. Bu esasa müsteniden, temellük ruh ve arzusu olmaksızın memnu bir şeye malik bulunmanın bir kabahat teşkil etmeyeceğine hükmolunmuştu. Meselâ kaçakçılıkla maznun bir kimsenin sepetinde kendisinin haberi olmaksızın av bulunması; mürsilin hilâfı hakikat beyanatını hüsnüniyetle ve aynen gümrük idaresine nakleden şömendöfer memurunun ifadesi; inhisar idaresi tarafından satın alınarak evvelce kullanılmış ve fakat istimal alâmetleri pertevsizden gayri bir şeyle fark edilemeyen bir pul alıp kullanan adamın vaziyeti ile bir kimsenin hayvanını ipe zaptetmiş olduğu halde hayvanın ürkerek ipi koparıp demiryolu üzerinde dolaşması hususları bu kabildendir ve bu hallerde pul, gümrük, demiryolları nizamatına tecavüz ve muhalefet mutasavver değildir.

(24) Belîğ : Belâgatli, fasih, düzgün.

Bu esaslara nazaran gazetenin ilk nüshasını makamı aidine tevdi hususunu ahire emrettiği halde o kimsenin emri ifa etmemesi hasebiyle mes'ul müdüre ve uzakta bulunan bir kimsenin tekâlifi harbiye komisyonlarınca muayene için mahallindeki adamlarına emir vermiş iken hayvanların muayeneye sevk edilmemesinden dolayı hayvan sahibine nasıl mes'uliyet tahmil edildiği anlaşılamaz ve umuru hayriye²⁵ ile meşgul bir müessesenin bahçesinde birkaç fidan tütün bulunduğu için o müessese müdürünün inhisar nizamına muhalefetten dolayı mahkûmiyetini büyük bir yanlışlık olmak üzere tavgiz ederiz.

İmpallomeni'nin de işaret eylediği veçhile, mes'uliyeti kaldırmak veya tahdit etmek için konulan kaidelerin, kabahatlere de teşmil edilecek tarzda derpiş olunduğunu ilâve edelim. Bu itibarla, yangından kurtulmak için çıplak olarak sokağa fırlayan bir kimse Ceza Kanununun 490 ncu maddesine uygun olarak cezalandırılmaz. Kabahat nevinden bir fiil, aynıyle cürümlerde olduğu gibi esbabı mücbire dolayısıyla, tamamen suç mahiyetini kaybeder: Vukuundan korktuğu muhik bir taarruzu def etmek üzere elinde tüfekle sokağa çıkan bir maznunun, memnu silâh taşımak kabahatinden beraatine karar verilmiştir. Yine aynı mütalâalara tevfi-kan, elinde şahadetnamesi olmadığı halde müstacel ve sıkışık vaziyette bulunan bir gebeyi, doğurtan kadın da beraat etmiştir.

184 — Hüsniyetten münbais²⁶ mazeret de bazı hallerde kabul edilmiştir. Meselâ komün idaresinin memnuiyeti kaldırdığını zannettirerek tarzda yazılmış olan ilânından aldanarak, bir koruya otlamak üzere hayvanlarını sevk eden adam; saflığı tağşış edildiği²⁷ şüphesini vermeyen bir tarzda mağşuş²⁸ bazı mevad²⁹ satın alıp bilâhare mağşuş mevad fûruhtundan³⁰ dolayı mahkemeye sevk olunan dükkâncı; kör bir hayvanı, gerek körlüğünden dolayı ve gerek belediye reisinin muvafık bir mütalâasından dolayı muayeneye sevk etmeyen hayvan sahibi beraat etmişlerdir. Bilâkis bir kabahat fiilini ika dolayısıyla ihlâl edilen kanunun hükümetçe uzun müddettenberi tatbik edilmediği iddiaları —kanunu bilmemek ma-

(25) Umur-u hayriye: Hayır işleri, iyilik çalışmaları.

(26) Münbais: İleri gelen, doğan.

(27) Tağşış edilmek: Karıştırılmak, katıştırılmak.

(28) Mağşuş: Tağşış edilmiş, karıştırılmış.

(29) Mevad: Maddeler.

(30) Fûruht: Satma, satış, satım.

zeret sayılamaz kaidesine muhalif olduğu cihetle— hüsniyeti ispata kâfi görülmemiştir. Hüsniyetten mütevellit mazeret sebepleri hakkında İstoppato objektif kabahatlerin sübjektif kabahatlerden nasıl tefrik edileceğine dair pek muvafık mütalâalarda bulunmaktadır. Bu müellif, kabahatin bizzat mevzuu, meselâ: Memnu bir mahalde satış keyfiyeti gibi bizzat muhalefet eden kimse olduğu takdirde buna da, sübjektif kabahat ismini vermektedir.

Aşikârdır ki mazeretler bu ikinci kısım kabahatlerde birincilerinde olduğundan fazla nazarı itibara alınmalıdır.

Kabahatlerin sübjektif unsuru hakkında Temyiz Ceza Mahkemesinin içtihadlarında ittirat³¹ yoktur. Fakat fiili maddi nazariyesinin şiddetli tatbik olduğu bir çok hükümler sayabiliriz. Bununla beraber hüsniyetten münhais mazeretin kabul olduğu ve sübjektif unsurun tasavvur edildiği kabahatlerde kanuna muhalefet etmediği kanaatinin ispatı suretiyle faile mes'uliyetini ref imkânının bahşedilmesi lüzumunun tasrih edildiği haller de yok değildir.

MADDE : 46 (46)

[Fiili işlediği zaman şuurunu veya hareketinin serbestisini selbedecek surette akıl maluliyetine müptelâ olan kimseye ceza verilemez. Şu kadar ki hâkim, ademi mes'uliyetine karar verilen maznunun serbest bırakılması tehlikeli olduğunu takdir ederse hakkında, kanuni tedbirler tatbik edilmek üzere ait olan makama teslimini emreder.]

§

Hulâsa: 185 — Ceza hukukunda klâsik ve pozitivist meslekler. 186 — Fransız ve Sardunya Kanunlarında gayri kabili mukavemet kuvvet. 187 — İhtirasat, mes'uliyetin ref'ini istilzam eder mi? 188 — Ceza verilememek keyfiyetinin, akıl maluliyetine hasrı. 189 — Akıl maluliyeti nedir? 190 — Şuur ve hareketlerin serbestisi. 191 — Akıl maluliyeti ne vakit bulunmalıdır? 192 — 46 ncı maddeye müteallik kazai içtihad. 193 — Akıl maluliyetin-

(31) Ittirat: Düzenli gitme, ritim.

den dolayı ademi mes'uliyetine karar verilen maznunlar hakkındaki tedbirler. 194 — Bu tedbirlere müteallik usûl. 195 — Bu tedbirlerin ref'i. 196 — Akıl maluliyeti dolayısıyla gayri mes'ul olanlar hukuken zarar ve ziyana mahkûm olabilirler mi?

§

185 — 46 ncı madde ile onu takip eden maddeler kabiliyeti isnadiyeyi ref veya tahdit eden hallerden bâhis olmak itibariyle Ceza Kanununun esaslı hükümlerinin en mühimlerinden. Bu mevzuada, ceza hukuku klâsik ve pozitivist meslekleri arasındaki münakaşa gayet şiddetlidir. Bu son meslek; mücrimlerin antropolojik tabayine³² ve ef'ali beşeriye³³ üzerine müessir sair avamili tabiiyeye³⁴ istinat eder ve tartılması gayrikabil olan manevi mes'uliyet kıstası yerine tecziye kıstası olarak, mücrimin cemiyet korkunçluğunu (temibilita) ikame eder.

1887 tarihli Zanardelli lâyihası aşağıki satırlarla hiç şüphesiz bu yeni istikameti kastetmektedir: «Medeniyet ve ilim daima yeni ve muhtelif tettebbu ve tahlil vesaitiyle bizi zenginleştirerek maul kanunlar hazırlamak vazifesini kolaylaştırdılar: Antropolojik ve ruhi taharriyatın³⁵ müessir muavenetiyle vazın kanun, mücrimi daha derin bir surette tanımağa ve onun hakkında tatbik edilecek en münasip tarzı muameleyi bulmağa çalışmaktadır.» Fakat, bilâhare kanunun tanziminde klâsik meslek unsurları üstün geldi. İki meslek arasındaki farkları göstermek suretiyle bu mevzua girmek bizi uzaklara götürecektir ve bu şerhi, hedefinden tecavüz ettirecektir. Esasen bu meseleyi diğer bir eserimizde tetkik etmiştik; (Yeni Ceza Kanunu Ve Pozitivist Meslek) burada mülhem oldukları fikirlerden kaideler çıkarılması suretiyle kanunun maddelerini tafsil ile iktifa edeceğiz.

186 — Mevzuu itibariyle Sardunya Ceza Kanununun 94 ve Toscana Ceza Kanununun 34 ncü maddesine tekabül eden 46 ncı madde, ademi mes'uliyeti AKIL MALULİYETİNE hasretmektedir.

Bu maddede Sardunya Kanununun 94 ncü maddesindeki GAYRİ KABİLİ MUKAVEMET KUVVET den bahis yoktur. Forza İr

(32) Tabayii: Tabiatlar, doğalar, yaratılışlar.

(33) Ef'ali beşeriye: İnsana ilişkin eylemler.

(34) Avamili tabiiye: Doğal etkenler, tabii âmiller.

(35) Taharriyat: Araştırmalar.

resistibile mefhumunu ve şümülünü, daha iyi izah etmek için 46 ncı maddenin şerhine bu kuvvetten bahsile başlayacağız.

Sardunya kanunu tatbik edildiği zamanlarda, bilhassa jürinin bulunduğu davalarda, GAYRİ KABİLİ MUKAVEMET, büyük sui-istimallere yol açmış ve mes'uliyeti kaldıran bu sebebe müsteniden verilen birçok hükümlerdeki garabet, cür'etkârane tatbikata mani olmak için bir tedbir ittihazını zaruri kılmıştı. Avukat Augusto Setti gayri kabili mukavemet kuvvetin, aklın marazi bir teşevvüşüne ve daha sarıh olarak ilcai cinneti vahide³⁶ (monomanie impulsive) haline hasrı lâzım geldiğini beyan suretiyle ilk teşebbüste bulundu.

Fakat gayri kabili mukavemet kuvvetin bu tarzı telakkisi, bu hususta Fransız Ceza Kanununun 64 ncü maddesini istinsah eden³⁷ 94 ncü maddenin menşelerine tevafuk etmiyordu. Gerek Fransız Kanununun resmi esbabı mucibesi, gerek Fransız ilmi ve kazai içtihadları, KENDİSİNE KARŞI MUKAVEMET MÜMKÜN OLMAYAN KUVVET mefhumundan, marazı ruhi manası istihracını teyit etmemektedirler. 1810 tarihinde Şûrayı Devlet Azasından Faure, Berlier ve Portalis taraflarından serdedilen mütalâalara göre: «Fiili ika anında cinnet (demenza) halinde bulunan VEYA EN BÜYÜK MUKAVEMETE RAĞMEN KUVVET KARŞISINDA EĞİLMEĞE MECBUR KALAN KİMSE, MÜCRİM ADDOLUNAMAZ. Her cinayet ve cünha fiil ve kasıttan mürekkeptir. Bahsettiğimiz hallerde ise, birisi melekâtı aklîyesine sahip olmadığından, diğeri MADDİ KUVVETLERİNİ ANCAK CEBİR ÜZERİNE İSTİMAL ETTİĞİNDEN MAZNUNLARDA KASDI CÜRMİ tasavvuruna imkân kalmaz.»

Kanunlar Encümeni azasından Riboud'un aynı tarihli raporunda şöyle deniyor: «64 ncü maddeye nazaran bir fiil failinin MUKAVEMET ETMESİ İMKÂNSIZ OLAN bir kuvvet neticesi ise veya fail melekâtı aklîyesine tamamen sahip bulunmuyorsa veya bilâ temyiz hareket etmiş ise; o fiilde cinayet veya cünha vasfı kalmaz. Bu takdirde ortada ne cinayet ve ne de cünha vardır ve müttehim³⁸ gayri mes'ul addolunmak lâzımdır. Bil'âkis fail işlediğini az, çok takdir edecek bir halde bulunuyorsa vasıflar ortadan kalkmaz.»

(36) İlcai cinnet-i vahide: Bir deliliğin zorlaması, delirme sonucu.

(37) İstinsah etmek: Kopye etmek.

(38) Müttehim: Suçlanan, itham olunan.

Fransız Kanununun esbabı mucibesi bunlardan ibarettir. Fransız ilmi ve kazai içtihadları kanunun esbabı mucibesinde bu derecede gayri muayyen olan gayri kabili mukavemet kuvveti, ilcai cinneti vahideye teşbih etmekten uzaktır. Hatta ilcai cinneti vahideyi yine 64 ncü maddede tasrih olunan cinnet pazzia (démence) tabirine ithal etmektedir.

Chauveau, Elie, katil cinneti vahidesini (monomania omicida) harik ikai³⁹ cinneti vahidesini daüssirkat⁴⁰ (incendiaria) cinneti vahidesini (cleptomania) ve buna benzer sair halleri sarahaten cinnet şekilleri meyanına ithal ve gayri kabili mukavemet kuvvet ile maddi veya manevi cebri kastetmektedirler. Carnode 64 ncü maddede şerhinde mücbir ismini vermek suretiyle gayri kabili mukavemetteki cebri daha aşikâr bir tarzda izhar etmekte ve mukavemet imkânsızlığını takdir için cebre maruz kalan kimsenin yaşını, cinisini, kuvvet veya zaafını nazarı itibara almak lâzım geldiğini de ilâve etmektedir.

Bertauld da gayri kabili mukavemet kuvveti MÜCBİR SEBEP diye tavsif etmekte ve ilcai cinneti vahideyi, cinnet şekillerinden biri addeylemektedir. Fransız Kanununun 64 ncü maddesi istinsah olununca GAYRİ KABİLİ MUKAVEMET KUVVET mefhumuna, o vakte kadar Fransız ilmi ve kazai içtihadlarınca kabul edilen manadan başkasının verilmek istenildiği zannedilemez. Kaldı ki Fransız Kanunu marazi hiddet (morboso furore) den bahsetmemektedir. İlk defa olmak üzere Sardunya Ceza Kanununun 99 ncü maddesine ithal edilen bu yeni ademi mes'uliyet şekli her nevi ruhi halet ve hadiseden ziyade ilcai cinneti vahide şekline tetabuk etmektedir.

Bu itibarla gayri kabili mukavemet kuvvetin bir ihtiras fevranında da mevcut olduğunu kabul etmek fazla sayılamaz ve bu düşünce iledir ki Manchini, projesinin 59 ncü maddesindeki tarifte mevcut olan ve muhtelif diğer projelerde mütemadi bir tebedül ile kabul ve reddedilen HARİCİ (esterna) tabirini hazfetmiştir⁴¹. «Bütün hallerde adaletin tatbiki isteniyorsa, bazı defalar DAHİLİ bir ihtirastan tevellüt eden gayri kabili mukavemet ve hazine manevi bir kuvveti gözönüne getirerek zikredilen tavsifi tayyet-

mek⁴² lüzumu hiss olunuyor. Bazan kanun nazarında bile faziletkâr ve fevkalâde necip⁴³ ihtiraslar vardır ki onlara tecavüz bir kimseyi cürme sevk edebilir. Vaziyeti cürmiyeye göre kabiliyeti isnadiyeyi tahfif; son ve ender hallerde büsbütün ref'edecek olan bu gibi sebepleri takdir hususundan hâkimi men etmek bir hata ve haksızlık olur. Bir baba tasavvur ediniz ki, masum kızı aldatılmış ve lekelenmiş olsun. Muhabbet ve ızdırab saikasıyla kan ağlayan ve deni⁴⁴ olan muğfil⁴⁵ tarafından istihfaf⁴⁶ edilen o baba, ruhunun devamlı taşkınlığı, kendisini tehevüre getirerek intikam hırsı ile görmez bir halde şiddetli ve gayri kabili mukavemet bir saika uyarak kendisinden geçmek suretiyle bir yere gizlenip muğfili öldürürse, onu öldürmeğe sevk eden kuvvet, HARİCİ değildir diye kendisinde kabiliyeti isnadiyeyi tamamen bulacak ve onu cezaya çarptıracak mıyız?»

Sardunya Kanununun tatbiki zamanında teessüs eden içtiha-da göre gayri kabili mukavemet kuvvetin, başkaları tarafından kullanılan kuvvet olup failin haleti ruhiyesinden veya cinai ihtirasından münbais olmadığı söylenmiş ise de Manchini'nin zikrelediğimiz raporunda tasvir edilen halde olduğu misillu necib ve faziletkâr bir heyecan saikasıyla cürme sürüklenen kimseler hakkında da 94 ncü maddenin kabiliyeti tatbikiyesi kabul edilmiştir.

187 — Yeni kanun, gayri kabili mukavemet kuvvetten bahsetmeyi tamamen ihmal ve 46 ncü maddeyi AKIL MALULİYETİNE hasretmiştir. Yeni kanun vazı, artık gayri kabili mukavemet kuvvetten ne maddi ve ne de manevi ikrah şeklinde bahse lüzum görmemiştir: «1887 tarihli Zanardelli projesi hakkındaki rapora göre sadece ikrahın kabiliyeti isnadiye meselesiyle bir alâkası yoktur. Çünkü insan kendisi hareket etmiş sayılmaz. O, HAREKETE İC-BAR edilmiştir. Binaenaleyh niyetten mütevellit kabiliyeti isnadiye; fiilden münbais kabiliyeti isnadiyeyi ref'eder. Hissiyata karşı olan cebre gelince: Mutlak surette hissiyat, mevzuubahs ise herkes BUNLARIN KABİLİYETİ İSNADİYEYİ REF'EDECEK NEVİDEN OLMADIĞINI KABULDE MÜTTEFİKTİRLER. Gayri meş-

(42) Tayyetmek : Atlamak, üzerinden geçmek, çıkarmak.

(43) Necip : Soylu, temiz.

(44) Deni : Kötü, alçak.

(45) Muğfil : İğfal eden, aldatan.

(46) İstihfaf : Hafife alma.

(39) Harik ikai : Yangın çıkarma.

(40) Da'üs-sirkat : Hırsızlık tutkusu, hastalığı.

(41) Hazfetmek : Aradan çıkarmak, silmek, kaldırmak.

ru veya gayri kabili mukavemet kuvvet nazariyesine fena bir şöret kazandıran ve o nazariyenin tatbikini pek müfrit gösteren saiklerden bahsolunuyorsa, bunlar aklen hiç bir zaman kabiliyeti isnadiyeyi ref veya tenkis etmemelidir.»

Bundan anlaşılıyor ki yeni kanun, kanunda açıklanmış hususi hükümler (meselâ tahrik halinde cezanın hafifletilmesini emreden 51 nci madde; ağır bir hakaret veya edep ve hayaya mugayir ağır bir hal neticelerinde vaki düelloya davet keyfiyetinde cezayı kaldıran 237 nci maddenin 2 nci fıkrası; muayyen şartlar altında nesebi imha veya değiştirmek, çocuğu öldürmek, çocuk düşürmek, çocuk bırakmak fiillerinin, namusu muhafaza maksadiyle işlenip işlenmediğini takdir hususunu kabul eden 363, 369, 385, 388 nci maddeler ve zina halinde yatakta bulunan kimselerin öldürülmesini veya yaralanmasını bir mazeret sebebi olarak kabul eden 377 nci madde bu kabildendir) haricinde ihtirasat ve hissiyat için kabiliyeti isnadiyeyi ref veya tenkis edecek bir sebep kabul etmemektedir.

Kanunun sistemi budur. Mamafih nezaret raporunda denildiği veçhile şunu da kabul etmelidir ki, nazariyata göre hissiyatın galeyanını cezanın kaldırılması için bir sebep telâkki etmemekte HERKES MÜTTEFİK değildir. Filhakika Manchini'nin raporu bunun hilâfıdır. Garofalo da bu mesele ile meşgul olarak yeni kanunda, kâfi bir cürmün evsafını ihtiva ettikleri halde, umumi vicdan nazarında ahlâka muhalif olmayan ve cezaya müstahak bulunmayan ef'ali göstermiş ve tatbikatta tesadüf ettiği misallerini de zikretmiştir. Hemen katil fiilinin ikâi akabinde o mahalde bulunup katili öldüren ana ve baba tekerlekleri altında bir çocuğunu ezen arabacıyı takip ederek yaralayan baba ve ilâh... Ferri de Meb'usan Meclisinde, Ceza Kanununun müzakeresi sıralarında (1888) buna benzer fikirler dermeyer etmişti. En nihayet şunu da hatırlatmak lâzım gelir, Viliani projesi, 62 nci maddesinde akıl maluliyetine ve gayri kabili mukavemet harici kuvvete, kabiliyeti isnadiyeyi ref'edecek bir mahiyet vermekte idi. Bu proje hakkındaki nezaret raporunda 1887 tarihli Zanardelli projesinde olduğu gibi, ademi mes'uliyetin tarifinde, ihtirasların (Passioni) de dahil olduğu beyan edilmekte idi ve fakat müteakiben şöyle deniyordu: «Lâkin bunlar, tesadüfen, tehevürü cürmî» (furia del delitto) ol-

(47) Tehevür-ü cürmî: Suçla ilgili öfkelenme.

mayan bir marazi tehevür husule getirerek ruhi, akli kabiliyetlerini izale edecek bir hezeyan (delirio) haline koyarlarsa o takdirde failin kabiliyeti isnadiyesi, maddenin 2 nci değil 1 nci kısmında tasrih edilmiş olan sebeplerden dolayı mürtefi olur.»

Chauveau; Elie de devamlı bir maraz halini almadıkça ihtirasların akıl maluliyetine teşbih edilemeyeceğini söylemekle bu noktai nazara iştirak etmektedirler.

188 — Yeni Kanunun 46 ncı maddesi, gayri kabili mukavemet kuvvet hakkında Sardunya Ceza Kanununun 94 ncü maddesinden ayrıldığı gibi serbestisini intihaba ve hareketlerinin şuuru-na malik olmayan kimseler tarafından kanunun ihlâlinin mucibi mücazat olamayacağını beyan ederek Toscana Ceza Kanununun 34 ncü maddesinden de ayrılmaktadır. Toscana Kanunundaki usule muhalif olarak yeni kanunun kabul ettiği şekle göre «kabiliyeti isnadiyeyi kaldırmak için harekâtındaki serbesti veya şuurun bulunmaması kâfi değildir. Aranılan şey bu şuur veya serbestinin akıl maluliyetinden ileri gelmesidir.» Kat'i metin hakkında Krala yazılan rapor yukarıdaki mütalâalara «tekrar tetkike memur komisyon tarafından akıl maluliyeti tabirine izafe edilen geniş mana nazarı itibara alınınca, projede takip edilen maksatların yine husul bulunduğunu ve yeni şeklin daha açık olduğunu ve beşeri ihtirasların nazarı itibara alınamayacağını daha kat'i olarak anlattığını ve aklın marazi bir halinden ayrı olarak gayri kabili mukavemet kuvvete müracaat edilebileceği» sözleri de ilâve edilmektedir.

Görülüyor ki kanunun resmi esbabı mucibesinde, ihtirasatın cezai mes'uliyetini kaldırıcı tesirleri inkârda ısrar olunmaktadır. Aynı sebep ve aynı maksatla 1887 tarihli Zanardelli projesi, ademi mes'uliyeti HAREKÂTIN ŞUURUNDAKİ noksandandır VEYA BAŞKA TÜRLÜ HAREKET İMKÂNSIZLIĞINDAN ibaret olarak kabul ettiği halde onu doğuran maddi esbab tayin etmeksizin ademi mes'uliyet şartlarını tarif eylemeyi tehlikeli bularak bu halin aklındaki noksandandır veya marazi tagayyürden ileri gelmesini şart koymaktadır.

189 — Şimdi AKIL MALULİYETİNDEN ne anlamak lâzım geldiğini görelim: Zanardelli projesinin 47 nci maddesi bilâkis, AKLIN NOKSANINDAN veya MARAZİ TAGAYYÜRÜNDEN bahsetmekte idi. Nezaret raporunda «Noksanı tabirinden, melekâtı akli-

yenin ademi inkişafı veya natamam inkişafı veya bir seyrifilmenamde⁴⁸ olduğu misillu yalnız muvakkaten faaliyette bulunamaması halleri maksut olduğu ve bunların kabiliyeti isnadiyeyi ref'eyledikleri MARAZİ TAGAYYÜRLERİN —daimi veyahut arızı, umumi veya kısmi olsun— her nevi akıl maluliyetlerine (patologica mentale) şamil bulunduğu» zikredilmekte ve AKIL (mente) kelimesi enşü-mullü manasında alındığı yani hafızadan vicdana, zekâdan irade-ye, muhakmeden ahlâk hissine kadar —insanın fitri veya mük-tesep, basit veya mürekkep bütün melekâtı ruhiyesi— maksut bu-lunduğu açıklanmaktadır.

Fakat AKLIN NOKSANI tabiri mühim bir surette ve kat'iyet olmaksızın belâhati⁴⁹ yani aklın hakikatı kavramaması veya eşya-nın hakikatını görmemesi halini ifade eylediği cihetle müphem bir tabir olduğundan dolayı terk edilmesi lâzım geldiği ve meselâ dimağî melekâtın azalmasını ifham ederek az çok mes'ul olması icap eden kimse hakkında, ademi mes'uliyeti intaç eyleyeceği söy-lenerek itirazatı badi oldu⁵⁰. Bundan maada uyku ve seyrifilme-nam hallerini ifade için, AKLIN NOKSANI tabirini kullanmak za-rurî olduğunu ve çünkü uyku halinin, kasıt ve irade ile ademi teli-finden naşı daha ziyade 45 nci maddeye dahil olacağı ve seyrifil-menamın da bir nevi akıl maluliyeti olduğu da itirazen dermayan edildi. Şimdiye kadar yazdıklarımızdan anlaşılıyor ki kanun, son nezaret projesinden ehemmiyetli bir surette ayrılmamakta ve kat'i metin hakkındaki raporda denildiği veçhile, lâyihadaki bütün mak-satları temin etmektedir.

AKIL tabiri 1887 tarihli Zanardelli projesinde açıklanan şü-mulü ile kalmaktadır. Tali tetkik komisyonu da bunu muhafaza etmiştir. Komisyonun 23 Şubat 1889 tarihli celsesinde Faranda tarafından «bu şekilde irade hastalıklarının dahil olmayacağı» yo-lundaki mütalâasına karşı Auriti gerek nezaret projesine gerek tali komisyon projesine nazaran AKIL, tabiri ile bütün ruhiyatın yani yalnız zekânın değil, iradenin dahi kastedildiği cevabını ver-miştir. Muteriz, böyle bir tefsir karşısında kendisi için tali komis-yonun teklifini kabulde bir müşkilât kalmadığını söylemiştir.

MALULİYET : (İnfermita) daha doğrusu mesuliyeti tamamen kaldıran maluliyet tabirine gelince : Evvelki AKIL NOKSANI tabi-

(48) Seyr-fi'l-menam : Uyurgezerlik.

(49) Belâhat : Alıklık.

(50) Badi olmak : Sebep olmak, yol açmak.

rinin bir tarafa bırakılmasına, daha muhtasar olan ve suitefeh-hüm⁵¹ manı bulunan akıl maluliyeti tabirinin tercihinin sebep olan mütalâaları hatırlarsak, kanunun son nezaret projesindeki fikir-lerde esaslı tadilat yapmak istediğine dair delâil olmadığı görü-lür. İki meşhur akıl hastalıkları mütehassısı olan Tamburini ve Raggi taraflarından, münferit AKIL MALULİYETİ tabiriyle, zekâ-nın neşvünemasındaki tevakkufun da kastedilip edilemediği hak-kındaki vaki münakaşa üzerine Profesör Tamasia diyor ki : «Bu-rada maluliyet kelimesine verilecek mana hakkında münakaşaya lüzum yoktur. Hususi vezaifini ifaya tekabül edemeyen uzuv has-tadır : Bu itibarla, gerek tabii tekemmüle varan nesiçlerin⁵² fena tagaddisi⁵³ ve gerek nesiçlerin nispetsiz inkişafı dolayısıyla vazifesini yapamayan uzuv, hastadır. Netice daima birdir. Faaliyet ya durur veya yavaşlar veyahut bozulur. Anasırı mürek-kebesi tabii surette noksan olan fedim⁵⁴ idiota veya ebleh imbe-cile'nin dimağı ile anasırı mürekkebesi bozuk veya onun yerine atıl unsurlar kaim olan bir dimağı nasıl tarif etmeli. Bunlara el-bette tabii dimağlar denilemez. Bunlar fizyoloji kaidelerine mu-halif olarak teşekkül etmiştir. Bu takdirde marazın esasını teşkil eden muvakkat ve gayri tabii tagaddi nazarı itibara alınmasa bile daima marazi telâkki edilmek veya daima marazi teşekkül etmiş aza meyanına ithal edilmek lâzımdır.» 1887 tarihli Zanardelli pro-jesi dahi cürmiyeti kaldıran marazi haller meyanına noksan neş-vünemayı da ithal eylediği cihetle biz de bu mütalâalara iştirak ederiz.

Şurasını ihtara hacet yoktur ki : AKIL MALULİYETİNİN, mevcudiyet veya ârazı ruh hastalıklarına mütealîk fenni mesele-lerdendir. Burada tabii mahiyette teşrih ve tasniflere girmeye ma-hal yoktur. 46 ncı maddenin tatbikatı için bazı ahvale, zarurî ola-rak ruh hastalıkları ilminin feyiz ve terakkiyatından istifade ede-rek, kanun vazımız tarafından AKIL MALULİYETİ tabirine izafe edilen umumi mefhumu bilmek kâfidir.

190 — Akıl maluliyeti, 46 ncı maddenin 1 nci kısmında bahse-dilen tesiri husule getirebilmek için FÂİLİN ŞUURUNU veya HA-

(51) Su-i tefehhüm : Kötü anlayış, yanlış anlama.

(52) Nesiç : Doku.

(53) Tagaddi : Beslenme.

(54) Fedm : Budala, kalın kafalı.

REKÂTIN SERBESTİSİNİ selbedecek derecede olmalıdır. Tabiri aherle 46 ncı madde her biri mesuliyeti tamamen kaldırmak için kâfi ve her birisi muhtelif meselelere mevzu teşkil eden iki hali ihtiva etmektedir. HAREKÂTIN ŞUURU tabiri Sardunya Ceza Kanununun 34 ncü maddesinden alınmış olup, manasını iyice anlamak zaruridir. Harekâtın şuurunun bulunmaması, her türlü temyizinin tamamen noksanı anlamına alınmamalıdır. Tamasia diyor ki: «Şuurun noksanını akıl maluliyetine mahsus bir alamet telâkki etmek fenni değildir... Birçok deliler kendilerince düşünülmüş ve yapılmış harekâtın şuuruna sahiptirler. Fakat, bunların hepsinde bizzat ahlâki şuur yani HAREKETLERİNİN AHLÂKÎ ve salim HÜKMÜ, yoktur. Çünkü dimağî teşekkülleri, fikri muhakemeden muarradır⁵⁵. Halbuki CİDDÎ BİR TEMYİZ ancak böyle bir teşekkülâtan doğabilir. Bu itibarla, tatbikatta HAREKÂTIN ŞUURU, tabirinin en yüksek ve en genel manasında alınması, ihtisasattan münbais basit tagayyürat⁵⁶ ile karıştırılmaması lâzımdır. Aksi takdirde birçok akıl hastalıkları malulleri ve bilhassa sakin (Tranquille) ve açık zihinli (Lucide) delilik tabir olunan hastalığa tutulanlar ceza müesseselerini dolduracaklardır.» Aynı müellif 1887 tarihli Zanardelli projesini tetkik ederken, daha mufassal şekilde (paranoici) ve malihulya⁵⁷ (melanconici) ve hezeyanı birsami⁵⁸ (allucinati) ve manya⁵⁹ (maniaci) nın kendi fiillerinde (yaptıklarının şuurı ile hareket eylediklerini) ve niyetlerinin icrasını da teemmül ve tanzim ettiklerini mevzuubahs etmişti. Fakat kabiliyeti isnadiyenin esasını teşkil eden cihet aklın tamam oluşudur. Münhasıran ruhun (psiche) bir tagayyürünü ifade eden hareketin BASİT ŞUURU haddizatında, bizzat o hareketin AHLAKÎ TEMYİZİNİ ifade etmeyen adi bir fiildir. Bu itibarla hareketteki basit şuurun AHLAKÎ ŞUUR haline gelmesi, tabiri aherle zihin açıklığı ile tasavvur ve teemmül edilmiş sebeplerin muhassalası olması lâzımdır.

Akıl maluliyeti, failin HAREKÂTINDAKİ SERBESTİYİ SELBEYLEDİĞİ vakit de ceza mes'uliyetini ref'eder.

(55) Muarra : Soyulmuş, uzak kalmış, yoksun.

(56) Tagayyürat : Değişmeler, başkalaşmalar.

(57) Malihulya : Kuruntu, hamhayal, vesvese.

(58) Hezeyanı birsami : Olmayan şeyi görüp işitme saçmalığı.

(59) Manya (Maniaci) : Bir çeşit delilik.

1887 tarihli Zanardelli projesi, bilâkis BAŞKA TÜRLÜ HAREKET ETMEK İMKÂNI tabirini kullanmakta idi. Tali komisyon bu günkü şekli kabul etti. Komisyon, esası tadil etmemiş, yalnız son nezaret projesindeki tabir yerine daha sarıh ve müessir bir tabir bulmayı düşünmüştür. Kanunun kabul eylediği şekle, bazılarınca itiraz edilmiştir. Profesör Lucchini bu şekilde sureti mahsusada ihtiyar (libero arbitrio) keyfiyetinin anlaşılmasının bertaraf olunamayacağını, halbuki nezaretçe hazırlanan metnin daha ziyade harekâtın serbestisini ifade eylediğine işaret eylemiştir. Faranda ise kanunun, insanın efaline yalnız haricen bakabileceğini dermeyer ederek Sardunya Kanununun 34 ncü maddesinde kullanılan ve ihtiyar keyfiyetini ifham eyler görünen SERBESTİİ İNTİHAP⁶⁰ tabirini reddederek SERBESTİİ FİİL⁶¹, tabirini teklif etmiştir.

Sardunya Kanununun 34 ncü maddesinde kullanılan ve bazıları tarafından müdafaa edilen SERBESTİİ İNTİHAP tabiri yerine ikame olunan SERBESTİİ HAREKÂT tabiri de 46 ncı maddenin diğer tabirleri ile beraber, basit ihtirasatın mücrimiyeti kaldırıcı tesirlerini bertaraf eylemekte ve kanunun ancak bunların marazi bir sebep mahiyetine inkılâp ettikleri halde nakabili mukavemet⁶² saiklerin mücrimiyeti ref'edici tesirini kabul eylediği yolundaki nazariyeyi teyit etmektedir.

Kabiliyeti isnadiyeyi ref'edebilmek için akıl maluliyetinin tevilit eylemesi lâzım gelen tesiratin bahsine nihayet verirken İmpalomeni ile birlikte diyebiliriz ki şuurun noksanı (mancazà di coscienza) cinnet veya marazı akliye (malattia intellettuale) ve serbestii harekâtın noksanı ise, cinneti ilcaiye (pazzia impulsiva) veya irade hastalığına (malattia della volonta) inhisar etmektedir.

191 — Kabiliyeti isnadiyeyi ref'edici akıl maluliyeti, fiilin işlendiği anda mevcut bulunmalıdır. Bu şart 46 ncı madde tarafından harfiyen talep edilmekte olup fazlası aranılmamaktadır. Bu itibarla akıl maluliyetinin DAİMİ VEYA MUVAKKAT olması müsavidir. Diğer birkaç projede teklif edildiği veçhile bunların sarahten beyanına lüzum yoktur. Çünkü akıl maluliyeti, tabiri haddizatında umumi ve gayri mahdud olduğu gibi maluliyetin, fiilin

(60) Serbesti-i intihab : Seçim özgürlüğü.

(61) Serbesti-i fiil : Eylem özgürlüğü.

(62) Nakabil-i mukavemet : Karşı konamaz.

işlendiği anda mevcudiyeti lüzumunu tasrih etmekle o andan mukaddem⁶³ veya muahhar⁶⁴ olan anları tefrike ihtiyaç kalmamaktadır.

Fiil anında daimi veya muvakkat akıl maluliyetinin, mevcudiyeti her bir hadisede mevzuu dava zımında takdir edilmelidir. Ceza Kanununun 46 ve 47 nci maddelerinin hemen tatbiki için maznun hakkında sadır olmuş bir mücrimiyet ilâmının mevcudiyeti kâfi değildir. Çünkü ceza keyfiyeti böyle bir ilâmın vaktu zamanıyla iptal edilip edilmemiş olması gibi bir tesadüfe tabi tutulamaz. Maluliyet; cezanın ref'i, mevzuubahs olan fiil zamanında aranılmak icap ettiğine nazaran aynı davada muhtelif fiiller muhakeme edildiği takdirde, araştırmaya girişmek ve jüriye her fiil için ayrı ayrı sualler iradetmek lâzımdır. Sardunya Ceza Kanununun tatbiki zamanlarında gayri kabili mukavemet kuvvetin kabulü için bu tarzda hükmolunmakta idi. Akıl maluliyeti için de aynı sebepler vardır.

Fiilin işlendiği anda, akıl maluliyetinin mevcudiyeti keyfiyeti ortaya zihin açıklığı fasılası (lucido intervallo) meselesini koymaktadır. İşbu devre zarfında işlenen fiillerden dolayı ceza mes'uliyetinin, bertaraf olup olmayacağı münakaşa olunmuştur. Bizce de muhik görüldüğü veçhile, menfi hal tarzı tefevvuk etmiştir. Pesina diyor ki : «Zihin açıklığı fasılları marazi bir halin inkıtaı olup o halin zevali demek değildir : En sarıh devrelerde bile melekâtı ruhiyenin tagayyürü berdevamdır.» Bu mesele Friedreich tarafından mufassal bir tarzda tetkik olunmuş ve mumaileyhde teşevvüşatı dimağiye⁶⁵ arazının zihin açıklığı fasılları zarfında da saklı olduğu neticesine varmıştır. En mühim müellifler ve meselâ başkalarını zikre lüzum görmeyerek Giuliani, Chauveau, Elie ve Le Sellier bu noktada müttefiktirler.

192 — Kanunun tatbikine başlandığı tarihten itibaren 46 nci madde hakkında, gerek akıl maluliyeti mefhumu ve gerek kanunun ağır ceza mahkemelerindeki tatbik şekli noktasından zengin bir içtihad teessüs etmeğe başlamıştır.

Şurası sureti katiyede sabittir ki 46 nci maddeye nazaran basit ihtirasat ile karıştırılması gayri kabil hakiki bir akıl maluliyeti

(63) Mukaddem : Evvel, önce, önceki.

(64) Muahhar : Sonra, sonraki.

(65) Teşevvüşat-ı dimağiye : Dimağ karışıklığı, zihin düzensizliği.

yeti şarttır. Tatbikatta bu esas sureti umumiyede oldukça şiddetli bir tarzda cereyan etmektedir.

Kanunun yukarıda bahsettiğimiz ihzari mesaisini nazarı itibara alan bir kimse, hastalık ile basit ihtirasatı karıştırmaktan bilhassa ihtiraz eylemeli⁶⁶ ve fakat aynı zamanda ruhun bazı tagayyüratının tam ve hakiki bir hezeyana inkılâp ettiğini de tasdik etmelidir. (Numara 187).

Ağır ceza mahkemelerine gelince, maznunun müdafaa vekilinin jüriye akıl maluliyetine müteallik suali sordurabileceği veya hut mahkeme reisinin bazı hallerde bu bapta talebi reddetmek hakkını haiz olacağı meselesi ise münazaünfih⁶⁷ bir noktadır. Temyiz Mahkemesinin bu hususta pek vazıh bir hareket hattı takip ettiği ve daima aynı nazariyeye iltihak eylediği iddia olunamaz.

Bizce gayri kabili inkârdır ki akıl maluliyeti hakkındaki hüküm (maznunun haleti ruhiyesine taalluku dolayısıyla), fiile ait bir hüküm olması noktai nazarından jüriye aittir, ağır ceza dairesi hâkimlerine değil. Bu hususa dair kararlar da vardır. 46 nci veya 47 nci madde şartlarını içine almamasından veya muhakemde maluliyeti ispat edecek fiillerin mevcut olmamasından dolayı maluliyet sualini red suretiyle takdir hâkimlerinin salâhiyetinin gasp edilmesi, itibariyle AĞIR CEZA MAHKEMELERİ ilâmlarının salâhiyet tecavüzü noktasından red olunduğuna dair kararlar da mevcuttur. Fakat bunun hilâfına olarak, müdafi tarafından kabul edilen maddelerin tam manasiyle maluliyeti teşhis ettirip ettirmemesi noktasında ağır ceza mahkemesine salâhiyet vererek ona maluliyet sualini red hakkını bahşeden başka bir çok kararlar da mevcuttur. Biz bu nazariyeyi terviç edemeyiz : Evvelâ, Usulü Muhakematı Cezaiye Kanununun 497 nci maddesi mucibince mes'uliyeti ref'edici sualler bihakkın irad olunmak lâzımdır.

Saniyen, akıl maluliyeti fiile ait bir sual olmak dolayısıyla jüriden sorulmalıdır. Salisen akıl maluliyeti mefhumu, alakadarların muhakeme esnasında jüri için münakaşa ve tafsil etmeleri icap eden sair mefhumlardan farklı değildir.

Herhangi suretle olursa olsun, mahiyeti itibariyle kontrolü imkânsız olan akıl maluliyetinin, mevcut olup olmadığı hususu-

(66) İhtiraz eylemek : Çekinmek.

(67) Münazaünfih : Münazaah, çekişmeli.

nun takdirini ağır ceza dairesi hâkimlerine bırakmak bizce fiil hâkimlerinin (yani jürinin) salâhiyetini gasptan ibarettir. O hâkimler, orada bulundukça salâhiyetlerinin hududu dahilinde mazharı riayet olmaları ve suallerin iradı için kendilerine hususi kayıtlar vaz olunmaması lâzımdır. Akıl maluliyetinin, şartları hakkında ağır ceza dairesi hâkimlerinin kontrolünü kabul edince, bunun mes'uliyeti ref'eden sair sebepler için de kabul olunması lâzım gelir. Fakat bunu söylemeye şimdiye kadar kimse cesaret edememiştir ve bundan sonra da edemeyecektir.

193 — Cezanın ademi tatbikine dair olan karar, akıl maluliyetine müptelâ olan kimsenin kayıtsız ve şartsız cemiyete iadesi için bir sebep teşkil etmez. Çünkü o kimse bilhassa deliliği dolaşısıyla cemiyet için bir tehlikedir. Ceza hukuku, pozitivist mesleği nazariyatına göre makul bir zaruret neticesi olarak zecrî tenkil vazifesi meyanına giren bu fikir 1887 tarihli Zanardelli projesince zarureti eşya neticesi olarak kabul edilmiştir.

Projeye göre (Madde 47) hakkında ceza tatbik edilmeyeceği beyan olunan maznunun, makamı aidi zarurî gördüğü müddetçe kalmak üzere, adi veya cezai şifahanelerden birine konulmasını hâkim emredebilir.

Bunun zarureti eşya neticesi olarak kabul edildiğini söyledik. Çünkü mevzuubahs eylediğimiz projeye dair raporda şöyle deniyor: «Böyle bir tedbirin alınmasına iptidaen teşebbüs eylemek hakikatı halde ceza hâkiminin teknik salâhiyeti haricindedir. Fakat idari tasarruf ve siyasi maslahat hadiseyi ve şahsı tanıyan hâkime, maznunun her türlü cezai mes'uliyetlerden muafiyetini bildirmekle beraber, onun bir şifahanede muhafazası hususu hakkın da da salâhiyet itasına sevk etmiştir.»

Nazırın teklifi parlamentonun her iki kısmında şiddetli muhalefetle karşılandı. Gerek Meclisi Meb'usan ve gerek Ayan Meclisi Encümenleri, lâyihalarında ve meclislerin müzakereleri sırasında buna itiraz edildi. Meclisi Meb'usan Encümeni bu teklifte keyfi hareketler tehlikesi görmekte ve bundan başka bu hususu, ceza hâkiminin salâhiyeti haricinde bulmakta idi. Ayan Encümeni de aynı mütalâalarda bulunarak akıl maluliyetinden dolayı ademi mes'uliyetine karar verilen maznunun idari makamlarca tedabiri lâzıme ittihaz edilmek⁶⁸ üzere ciheti idareye teslimi hususunda hâ-

(68) Tedabir-i lâzıme ittihaz etmek: Gerekli önlemleri almak.

kime salâhiyet verilmesi neticesine varıyordu. Bu suretle bugünkü şekil vücuda gelmiştir. Hâkim, ademi mes'uliyetine karar verilen maznunun serbest kalmasını tehlikeli addettiği takdirde kanuni tedbirlerin tatbiki zımnında ait olduğu makama teslimine karar verir.

Aşıkârdır ki mevzuubahs olan şey bir ceza değil, hakkında tatbik olunan kimsenin o sıradaki halinden mütevellit bir emniyet tedbiridir ve bu itibarla eski kanunlarda buna mümasil hiç bir kaide bulunmamakla beraber, yeni kanunun meriyete vazından mukaddem işlenen fiiller hakkında şu tedbirin tatbiki karar girir oldu.

46 ncı maddede kabul edilen ibare şekli; **DEVİRİ SERBESTİ** (liberazione periodica) de zikredilen hükümlerin akıl maluliyetinden dolayı mes'uliyetsizliğine karar verilen bütün maznunlara mı, yoksa dava esnasında mevkuf bulunanlar hakkında mı tatbik edileceği meselesini ortaya çıkarmıştır. Temyiz Ceza Mahkemesi 46 ncı maddenin, mevkuf bulunmayan maznunlar hakkında da tatbik olunacağına karar vermiştir. **SERBESTİ TABİRİ TAHLİYEDEN AYRI** ve daha geniş bir mana ifade etmesine göre bu nokta nazar bizce kanunun ruhuna daha muvafık ve esasen kanunun ibaresiyle de reddedilmemiş gibi görünmektedir. Mamafih tatbikatı kabl'hüküm⁶⁹ mevkufiyet bulunmaması, kabiliyeti isnadiyenin vahametindeki azlığı göstermektedir; bu takdirde 46 ncı maddede bahsedilen hükümler için sebep bulmak daha güç olacaktır.

194 — 46 ncı maddenin son fıkrasının tatbiki hususu 6509 numaralı ve 1 Kânunuevvel 1889 tarihli iradenin 13 ve 14 ncü maddeleriyle teminat altına alınmıştır.

Ağır ceza dairesi, esbabı mucibeli bir karar ile maznunun emniyeti umumiye idaresine teslimini emreder. İşbu idare, maznunu muvakkaten bir şifahanede müşahade altına koyar. Sair mahkemeler ise mes'uliyetsizliği mutazammın hüküm ile işbu ciheti de emniyet altına alırlar. Her halde bu tedbir re'sen ittihaz olunur. Hiç kimsenin bunu talebe hakkı yoktur.

Bundan sonra, dairei kazası dahilinde karar veya hükmün tefhim olunduğu hukuk mahkemesi reisinin salâhiyeti gelir. Reis,

(69) Kabl'e'l-hüküm: Hükümden önce.

müddeiumumiliğin talebi üzerine, icap eden malumatı edindikten sonra mes'uliyetsizliğine karar verilen maznun veya müttehemnin sureti kat'iyede şifahanede muhafazasını veya serbest bırakılmasını emreder. Reis, teminatı kâfiyenin mevcudiyetini kabul ettiği takdirde tedavi veya muhafaza hususunu talep eden bir kimseye de teslimini emretmek hakkına maliktir.

46 ncı maddenin son fıkrasına dair olan 1 Kânunuevvel 1889 tarihli iradenin 13 ve 14 ncü maddelerinde mevzuubahs edilen tedbir bundan ibarettir. Kanunda bu cihet gayet açık bir tarzda tanzim edildiğinden bu hususta ayrıca tafsilâta hacet yoktur. Yalnız şurasını işaret etmek kâfidir ki, hâkim 46 ncı maddenin son fıkrasında açıklanmış tedbiri düşünürken işlenen fiilin mahiyetini ve vahamet derecesini nazarı itibara almalıdır. Meselâ : Kasıt unsurunun ortadan kalkmasıyla, her nevi zarar ve tehlike mahiyetini kaybeden hakaret ve sövme gibi bir fiilde de 1 Kânunuevvel 1889 tarihli iradenin 13 ve 14 ncü maddeleri hükümleri tatbik edilmek üzere maznun emniyeti umumiye idaresine teslim edilememelidir.

Kanun vazımız tarafından kabul edilen sistem, aklen büyük müşkilât ve nispetsizliklere meydan vermektedir. Maznunun halleti dimağiyesini ve ona müteallik bütün neticeleri tetkik vazifesini yalnız bir makama bırakması itibariyle son nezaret projesinin 47 nci maddesindeki sistem daha mantıki idi. Tabiidir ki mahkemenin aynı zamanda kendisine arz edilen iki şık —ceza veya şifahane— arasındaki irtibat dolayısıyla muvafık kararlar ittihazı için yukarıda mevzuubahs olan hale istinat eylemesi daha sağlam bir teminat idi. Halbuki kanunun kat'i metninin tespiti sırasında ittihaz olunan usule göre ceza hâkiminden gayri bir makam mes'uliyetsizliğine karar verilen maznunun yalnız şifahaneye sevkini emir ve onu serbest bırakmak hususuna da salâhiyettar kılındı. Halbuki cemiyetin maruz kalacağı tehlikeyi takdir için lâzım gelen bütün unsurlara malik olan ceza hâkimi, serbest bırakılmayı mahzurlu görebilirdi. Böyle mühim bir mesele hakkında iki muhtelif takdir tarzının mevcudiyeti, cezadan kurtulan bir maznunun şifahaneden de kurtulmasına imkân bahşedebilir.

195 — Mes'uliyetsizliğine karar verilen maznunun şifahaneye konulması maznunun şahsına müteallik bir takım şeraiti mahsusan mütevellit, sırf bir emniyet tedbirinden ibaret olduğuna göre bu tedbirin alınmasına saik olan sebeplerin ortadan kalkmasıyla ref'i kabildir.

Bu cihet 1 Kânunuevvel 1887 tarihli Kararnamenin 14 ncü maddesinin 1 nci fıkrasıyla tanzim edilmiştir : Şifahaneye sevk istilzam eden sebeplerin zevali halinde aynı hukuk mahkemesi reisi, tarafların müracaatı üzerine ve hatta re'sen kararı iptal eder.

196 — Hakikatı halde, medeni hukuka müteallik olmakla beraber, Ceza Kanununun 37 ve 38 ncı maddelerinde mevzuubahs edilen meselelere taalluku hasebiyle, Ceza Kanununun 46 ncı maddesine tevfi kan cezalandırılmayacağı bildirilen bir maznunun, bu karara rağmen fiilinden hasil olan zarar ve ziyanı tazmin edip etmeyeceği noktasıyla de meşgul olalım :

Bu mesele, bundan evvelki kanunların meri olduğu devrede de birkaç defa tahaddüs etmiştir.

Floransa Temyiz Mahkemesi ile (11 Mayıs 1881) Milano Ağır Ceza Mahkemesi (26 Teşrinisani 1881) ceza mes'uliyeti kıstaslarının, mes'uliyeti hukukiye kıstaslarından ayrı olduğunu düşünerek, bu meseleyi müspet tarzda halletmişlerdir.

Fakat muahhar içtihad; Medeni Kanunun 1151 nci maddesi tazmin mecburiyetinin esasında HATAYI şart kıldığını ve akıldan tamamen mahrum bir halde bir fiili işleyen kimsede, hata tasavvur edilemeyeceğini nazarı itibara alarak, hukuken de mes'ul edilemeyeceği yolunda mükerreren tezahür etmiştir. Pothier'nin salâhiyetine istinat eden Le Sellier'nin fikri de bu merkezdedir.

Mevzuubahs eylediğimiz meseleye dair nazariyat, Georci'nin VECİBELER nam eserinde kemali itina ile hulâsa edilmiştir. Georci, hukuku hazıra ahkâmına göre, mes'uliyetsizlik fikrine taraftar olup, tekemmülü hukuk noktasından gayri mes'ullerin de fiillerinden doğacak zararlardan dolayı malen tazmin ile mükellef olmalarını tercih etmektedir.

Medeni Kanunun 1151 nci maddesi karşısında bizde Georci'nin fikrindeyiz. Akli maluliyet halinde bulunan gayri mes'ullerin, hukuken mes'ul tutulmaları hakkındaki nazariyeyi reddederiz. Bu nazariye Cosenza tarafından belâgatla müdafaa edilmiştir. Mutlaka hataya istinat eden mes'uliyet esası bizce de merdud⁷⁰ bulunduğundan, tekâmülü hukuk noktasından Georci ile hem fikiriz. Bir kimse diğerine, hakkı bulunmadığı halde ne vakit bir zarar verir-

(70) Merdud : Redd olunmuş.

se, fiili muzırın⁷¹ kastı menşei hususunda araştırmaya girişmek-
sizin tazmine mecbur olmalıdır. Diğer tabirle bu şekilde bir kai-
deye cevaz verildiği takdirde, irtikâp edilmiş olan fiilin, sübjektif
unsuru itibarıyla deriz ki HAK OLMAZSIZIN (sine jure) husule
getirilen tekmil zararın; bu zararı şahsi bir fiiliyle husule getirip,
HAKKA KARŞI hareket etmiş kimse tarafından tamir edilmesi lâ-
zımdır. Bunun bir fiilden neş'et edip etmediğini aramağa lüzum
bulunmamalıdır. Bundan sarfı nazar, bir akıl maluliyetine duçar
olan kimsenin netayicini tahammül etmesi adaletle daha muva-
fıktır. Nasıl ki ilcaî cinnet nöbetinde, birisini öldüren veya yangın
çıkaran zengin bir malihulya aleyhinde hak davası bulunmaması,
insanı müteessir etmektedir.

Mevzuu tamamlamak için tekâmülü hukuk noktasından fikri-
mizi teyit eden Alighicri ve Castelli'nin DELİ MÜCRİMLER ALEY-
HİNDE HUKUKU ŞAHSİYE DAVASI (L'azione civile contro i
delinquenti pazzi) adlı eseri ile İspanya Ceza Kanununun 19 ncu
maddesini hatırlatalım.

İspanya Kanununa göre, onların namına mes'ul olacak bir
şahsın mevcut olmadığı veya babalık hakkına malik olan kimse-
nin veya vasinin malı bulunmadığı takdirde, akıl maluliyetine du-
çar olan veya bilâ temyiz hareket eden küçüklerin emvalinden
hakkını almak için onlar aleyhine, davayı şahsi ikamesi kabul edil-
mektedir.

MADDE : 47 (47)

[Yukarıki maddede beyan olunan akli
halet, ceza mes'uliyetini ref edecek surette
olmayıp ehemmiyetli bir derecede azaltabile-
cek mahiyette ise fiiller için muayyen ceza
aşağıdaki kaidelere tevfikân eksiltilir :

1 — Müebbet ağır hapis yerine altı sene-
den eksik olmamak üzere muvakkat ağır
hapis;

2 — Amme hizmetlerinden müebbeten
memnuiyet yerine muvakkaten memnuiyet;

(71) Fiili muzır : Zararlı eylem.

3 — Oniki seneden fazla muvakkat ceza-
lara bedel üç seneden on seneye kadar ve altı
seneden oniki seneye kadar mücazat yerine
bir seneden beş seneye kadar ceza tayin olu-
nur ve bundan başka hallerde tertip oluna-
cak cezanın yarısından aşağı bir miktarı
hükmolunur.

4 — Nakdi cezalar yarısına indirilir.

Eğer ceza şahsi hürriyeti tahdit eden ce-
zalardan biri ise mahkeme, bu cezanın (case
di custodia) namı verilen bir müessesede ic-
rasını emredebilir. Salâhiyetkar makam bu
tedbiri ref etmediği takdirde mütebaki ceza,
sureti adiyede tatbik olunur.]

§

Hulâsa : 197 — Kabiliyeti isnadiyenin tahfifi sistemi. 198 — 47 nci mad-
dede mevzuubahs akli halet. 199 — Akıl noksanı, sair esbabı mazeret ve
taammüt ile kabili telif midir? 200 — Kazai içtihada müteallik meseleler.
201 — 47 nci maddede mezkûr hallerde tatbik olunacak cezalar. 202 — Ce-
zanın (case di custodia) namı verilen müesseselerde çekilmesi. 203 — Ha-
fif hapis müesseselerinde çekilen cezanın zevali. 204 — 47 nci maddeye na-
zaran mahkûmların meşruten tahliyesi. 205 — Usulî muhakeme ve infazı
mücazat hususunda akıl maluliyetinin tesirleri.

§

197 — Yeni kanun, mes'uliyetin tamamen kaldırılmaksızın
tenkis olunmasını müstelzim olmak üzere, sağlam bir akıl ile ma-
lul bir akıl arasında mutavassıt bir saha kabul etmektedir.

Fakat bütün eski projelerde kabul edilen ve kanunların ekse-
risine geçen bu sistem hakkında ittifak mevcut değildir. Akıl has-
talıkları mütehassısları ile sair zevattan her birisi kendi noktai
nazarlarından, mahdud mes'uliyet esasına muarızdırlar.

Profesör Lombroso soruyor : «Siz ki cezanın çok küçük dere-
celere taksimini bertaraf ettiğinizi söylemekle iftihar ediyorsunuz.
Ancak senelerce süren araştırmalardan sonra muktedir akıl has-
talıkları mütehassıslarının yapabileceği tarzda, bir hâkimin yarı
veya dörtte bir derecesinde kabiliyeti isnadiyeyi tayin ve takdir
edebileceğini, hangi cesaretle tahmin ediyorsunuz?»

Gabelli, Sardunya Ceza Kanununun 95 nci maddesinden bahsederken derecelere bölünmüş mes'uliyet esasının, ortadan kaldırılması temenniyatında «nasıl anlatmalı ki mahkûm fiili, ikamı yarı derecede istemiş ve buna yarı derecede karar vermiş olsun, bu takdirde müstakil yarı delilerin mütenebbih olması için yarı derecede ceza tayini lâzımdır. Bunu bilmekten, tasavvur etmekten ve söylemekten aciziz. Maznun, yarı deli ise ona mes'uliyet isnadı hususunda bir şüphe mevcuttur ve halkın vicdanı, muhakkak surette onu affeyler. Biz şunu şimdiden diyebiliriz ki, jüri usulü kabul edildiği takdirde Yeni Kanunun (yani Sardunya Kanununun) birinci kitabının ikinci faslında maksut garip bir muamele, sahte bir tekâmül arayan incelikler ortadan kalkarak, onun yerine fail hareketinin şuuru malik olmadığı veya şuuru malikiyeti hakkında şüphe bulunduğu zaman, ne cürüm ve ne de mücrim bulunduğu yolunda, basit, açık ve feyizli bir esas kaim olacaktır.»

Mahdut mes'uliyet usulünü kabul etmeyen ve yalnız bir ve münferit mes'uliyet derecesinden bahseden başka kanunlar da vardır: Fransız Kanununun 64 ncü ve Alman Kanununun 51 nci maddeleri.

Esasat noktasından böyle olmakla beraber, Yeni Kanun ötenberi Sardunya Kanunu ile (Madde 95) ve TOSCANA Kanunu ile (Madde 64) teessüs eden usulden ayrılamamıştır.

198 — 47 nci madde ona takaddüm eden 46 ncı maddeye atfetmekte ve kabiliyeti isnadiyeyi tamamen ref eylememekle beraber, EHEMMİYETLİ nispette eksilten akıl maluliyetinden bahsetmektedir.

1887 tarihli Zanardelli projesi de aynı mealde idi. Ayan Encümeni mes'uliyetin derecesi tenakusu⁷², hususunda hâkime geniş bir hakkı takdir bahşedilmesi lâzım geldiğinden bahisle, ehemmiyetli nispette tabirinin tayını⁷³ teklif etmişti. Tali Komisyon da EHEMMİYETLİ nispette tabirinin, mefhumunu müphem bularak Ayan Encümeninin teklifini kabul ile mezkûr tabir yerine, YUKARIDAKİ MADDE MUCİBİNCE KABİLİYETİ İSNADİYEYİ REF EDEN HALE YAKIN bir hal cümlesini teklif etmişti. Ellero'da bu teklifi terviç ederek tali komisyonun takarrür ettirdiği şekil ile, kabili-

(72) Derece-i tenakus : Eksiltme derecesi.

(73) Tay etmek : Atmak, çıkarmak.

yeti isnadiyenin az derecede tenakusu hususunun, nazarı itibara alınmaması tehlikesi bertaraf edileceğini söylemiştir. Fakat tali komisyonunca, Toscana Kanununun 64 ncü maddesinin istinsahından⁷⁴ ibaret olarak teklif olunan şekil de müşevveş⁷⁵ ve elâstiki görümlere reddolundu.

İlk nazarda hangi tabir kullanılırsa kullanılsın, hâkimin takdirinde vüs'at bertaraf edilemeyeceği cihetle, bir şekil ile diğeri arasında fark olmadığı ve iki tabirin muhtelif noktai nazarlardan, aynı mefhumu ifade eylediği ve EHEMMİYETLİ nispette tabirinin neticeye ve yakın halin sebebe matuf olduğu zannedilir. Filhalka aynı mütalâalar Avriti tarafından, tetkik komisyonunda dermeyan edilmiştir. Fakat akıl maluliyetinin neticesine matuf bulunması itibariyle Toscana Kanununun 64 ncü maddesinden daha maddi bir mahiyeti bulunan, ehemmiyetli nispette tabirinin kat'i metinde kabul edilmesi, kanun nazarında, her hangi bir teşevvüşü ruhinin⁷⁶ değil, belki melekâtı akliye oldukça ihlâl eden teşevvüşün 47 nci maddede açıklanmış neticeleri tevhit edeceğini mutazammın noktai nazarı, daha bariz bir şekilde göstermektedir.

Bu sözlerle kabili tatbik ve kolay bir kaide vaz eylediğimiz iddiasında bulunmuyoruz. Fakat kabahat, ilim noktai nazarından mühim ve tatbikat itibariyle tehlikeli bir sistem takip etmek isteyen kanundadır. Müfessir⁷⁷, umumi bir kıtas ile iktifa etmek ve 47 nci maddenin tatbikinde, ihtiyatkârane hareket olunarak işin keyfi bir şekle sokulmamasını temenni etmek mevkiindedir.

Son bir mütalâa olmak üzere : Mahdut mes'uliyeti, kısmi mes'uliyet ile karıştırmamak noktasında Tamasia ile hemfikir olduğumuzu söylemeliyiz. Mezkûr müellif diyor ki : «Birinci halde dimağ her bir tezahüründe birkaç arıza göstermek itibariyle işlenecek HERHANGİ BİR FİILDEN dolayı fail, merhamete şayandır. Bilâkis ikinci halde fiillerden ANCAK BİR KAÇI merhamete lâyıktır. Meselâ, hezeyan (delirio) ve birsam (alluminazione) ile sıkı bir rabıtası olan ef'al affedilmek lâzım geldiği halde hiç olmazsa zahiren telkin hezeyanı (Suggestione delirante) halinden azade

(74) İstinsah : Kopya etme, benzer nüshasını alma.

(75) Müşevveş : Karıştırılmış, karışık.

(76) Teşevvüş-ü ruhî : Ruhsal karışıklık.

(77) Müfessir : Tefsir eden, yorumcu.

olanlar, dimağı sağlam kimselerin ef'ali gibi tecziye edilmek icap eder ve böyle bir nazariye ise emsalsiz bir gadre münker olur.»

199 — Aklın kısmen noksanlığı, kanunda açıklanan sair hafifletici ve şiddetlendirici sebepler ile kabili telif midir?

Hafifletici sebepler hakkında cevabın müspet olması lâzım geldiğinde hiç şüphe yoktur. Akıllı tam olanlar için cezanın eksiltilmesini mucip olan sebepler malul olanlar hakkında da aynıyle kabili tatbiktir ve şeraiti itibariyle daha vahim bir mes'uliyet derecesinde bulunan mücrimler için kabul edilen bir şeyin, bunlar hakkında kabul edilmemesi mantık ve adalet ile gayri kabili telifdir. Bu mütalâalara tebaan⁷⁸ tahrik, müdafaada tecavüz, tecavüzü niyet, hata ile akıl noksanının kabili telif bulunduğu hükmedilmiştir.

Şiddetlendirici sebeplere gelince: Taammüdün kısmen akıl maluliyeti ile birlikte bulunup bulunamayacağı noktasında gerek ilmi içtihadlarda, gerek kazai kararlarda, şiddetli bir fikir zıddiyeti baş göstermiştir.

Meriyetten sakıt olan kanunlar zamanında, adeden ihrazı tefevvuk eden⁷⁹ hükümlere nazaran taammüdün kısmen akıl maluliyetiyle birlikte mevcudiyeti kabul olunuyordu. Bu fikir Sighele ve Pugliese taraflarından da terviç olunmuştur.

Mamafih ademi telif noktai nazarını kabul eden müteaddit kararlar da verilmiş ve Alimena ve Manfredi bu fikri hararetle müdafa etmişlerdir.

1859 tarihli Sardunya Ceza Kanunu karşısında bir ademi telif nazariyesini kabul ederdik. Çünkü TAAMMÜT kelimesi fizyolojik manalara alındığı takdirde bir delinin de fiilden evvel niyet etmeye muktedir olduğu kabul olunabilir. Fakat kanunen şiddetlendirici sebeplerden sayılmalarını istilzam eden ahval düşünüldükte taammüdün bilâkis FENNI manada alınması lâzım gelir. Taammüt, kanunlarca kabul edilen mefhumda ise ancak mücrimde en yüksek derecede bir redaet ve mazarrat gösterdiği takdirde şiddetlendirici sebep addolunur. Bütün bu alametler, bir suçun yapılmasında akıl maluliyetinin müessir olduğu bir kimsede mevcut addolunamaz.

(78) Tebaan: Tabi olarak, bağlı kalarak.

(79) Ihrazı tefevvuk etmek: Üstünlük elde etmek.

Zikrettiğimiz sebepler dolayısıyla ve Sardunya Kanununun, tatbiki halinde bile, taammüdün akıl noksanlığı ile terafükünü kabul etmeyen nazariye tercih edildiği takdirde aynı kaide yeni kanun hakkında da evleviyetle kabul olunmak lâzım gelirdi. Filhakika Yeni Kanun, (Madde 336, numara 2) taammüdü her hangi suretle olursa olsun tariften içtinab etmiş ve —1887 tarihli Zanardelli raporunda harfiyen denildiği veçhile— hemcinsini öldürmekte (cinismo) yesaver⁸⁰ bir hayasızlık, merhametsiz bir ısrar ve en basit hissiyata karşı sağır bir ruh hakkında vicdanı ammede yükselen hissi kastetmiştir.

Fakat İtalyan Kanununun tatbikatı sureti umumiyede akıl noksanının taammüt ile telif edilebileceği merkezindedir.

200 — 47 nci maddenin ağır ceza mahkemelerinde tatbiki, 46 ncı maddede olduğu gibi, bazı meseleler doğurmuştur.

46 ncı madde, açık surette ŞUURUN VEYA HAREKETLERDE SERBESTİNİN bulunmamasından bahsetmektedir. 47 nci maddede ise kabiliyeti isnadiye kelimesi görünmektedir. Bu yüzden jüriye sorulacak sualler arasında aklın kısmen MALULİYETİNE dair sualde, akıl maluliyetinin şuur ve hareketlerin serbestisi üzerine tesirini açıklamalı, yoksa sadece ceza mes'uliyetinin eksilmesinden bahseylemek lâzım geldiği meselesi ortaya çıkmıştır. Tefevvuk eden içtihad nazaran ceza mes'uliyetinin ehemmiyetli nispette tenakusuna işaret etmek kâfidir. Bittabi şuurda ve serbestideki noksandan bahseden sualin de yolunda bulunduğu kabul edilmek lâzımdır.

Daha fazla sarahat ve kat'iyeti temin için sualin 46 ncı maddeye uygun bir tarzda iradını talep eden nazariye şayanı tercihtir ve bu tarzda verilmiş kararlar da mevcuttur. 46 ncı madde hakkında varit olduğu gibi, 47 nci madde için de ağır ceza mahkemesinin jüriye sual iradını reddetmek hakkını haiz olup olmadığı meselesi mevzuubahstır. Burada da içtihad gayri muttarittir⁸¹.

Ağır ceza mahkemesinden çıkmış bulunup özürün mevcudiyetinin münakaşa edilmesini kabul etmeyen kararlar olduğu gibi, tetkik edilen özürün anasırı mürekkebesine ve usulü muhakeme noktasından, neticelerine dair mahkemenin takdir hakkı olduğu

(80) Ye's-âver: Yeis verici, üzücü.

(81) Gayr-i muttarit: İttiratsız, düzensiz.

kaidesine tevfikân suali red salâhiyetini, kabul eden kararlar da mevcuttur. Sebeplerin aynı olması hasebiyle, 47 nci maddenin tatbikatında da 46 ncı madde şerhinde müdafaa ettiğimiz noktai nazarı tercih ederiz.

201 — 47 nci maddede mevzuubahs, akıl maluliyeti ancak mes'uliyeti eksiltir. Suç olmasını ortadan kaldırmaz. Bu itibarla daima bir mahkûmiyete ve bir cezanın tatbikine meydan verebilir. Bunlar hakkında tertip edilecek ceza, tabiatıyla kendisinde AKIL MALULİYETİ olmayan maznunlara sureti adiyede tatbik edilen cezadan aşağıdır.

Fiil hakkında tatbik edilecek cezanın takdirinde ve akıl maluliyetinden dolayı yapılacak tenzilatda 29 ncu maddenin 2 nci fıkrasındaki ahkâmı; yani, evvelâ tezyidi, sonra tenzili icap ettiren ahvali ve daima en nihayet olmak üzere sırasıyla yaşı, aklı haleti, hususi hafifletici sebepleri ve tekerrürü nazarı itibara almak lâzımdır. Bu hal, bir kere tayin edildikten sonra suçlu aklın hali sıhhatta olduğuna nazaran, takdir edilen cezalar yerine ikame edilecek cezalar —umumi hafifletici sebepler ve tekerrür tesirâtı müstesna olmak üzere— şunlardan ibarettir:

1 — Müebbet ağır hapis yerine altı seneden yirmidört seneye kadar ağır hapis (Madde 13).

2 — Amme hizmetlerinden müebbeten memnuiyet yerine üç seneden beş seneye kadar memnuiyet (Madde 20).

Kanunun burada ceza olarak hükmolunan müebbet memnuiyeti kastettiği aşikârdır. 31 nci madde mucibince mahkûmiyetin CEZAI NETİCELERİNDEN olan müebbet memnuiyet, beş seneyi mütecaviz ağır hapis cezasına mahkûm olan, akli kısmen malul bir kimse hakkında da tatbik olunur.

3 — Oniki seneyi tecavüz eden muvakkat cezalarda, aynı ceza üç seneden on seneye kadar tatbik olunur. Altı seneyi aşan fakat oniki seneyi geçmeyen cezalar bir seneden beş seneye kadar olmak üzere —amme hizmetlerinden muvakkaten memnuiyet de dahil olduğu halde— sair hallerde tatbik olunacak cezanın yarısından aşağı bir ceza hükmolunur. Bu takdirde kanun, cezanın ancak yarısından aşağı olmasından başka bir tahdit koymadığından dolayı ceza, asgari haddi kanunide olmak üzere tatbik eyleyebilir.

4 — Para cezası yarıya indirilir.

202 — Yarı gayri mes'ullerin hususi şartlarına göre bir tarz tedavinin münasip olacağını kabul eden 47 nci maddenin son kısmı ŞAHSİ HÜRRİYETİ TAHDİT EDEN CEZANIN —salâhiyetkar makam bu tedbiri kaldırınca kadar— (case di custodia) namı verilen bir hafif hapis müessesesinde infazını emretmekte hâkime salâhiyet vermiştir. Bu takdirde mütebaki ceza sureti adiyede tatbik olunur. Kanun, ceza şahsi hürriyeti tahdit eden nevinden olduğu takdirde diyor. Bu sözlerden ve 11 nci maddenin son fıkrasındaki beyanattan SÜRGÜNÜN de dahil olduğu anlaşılır. Fakat burada kanunun ibaresi kanun vazının fikrini tecavüz ettiği ve hapis nevinden bir cezanın sürgün yerine ikamesi muvafık ve adil olmadığı aşikârdır.

47 nci maddenin mahdud bir surette mes'ul olanlara taalluk eden bu son hükmü tamamen gayri mes'ul olanlar hakkındaki 46 ncı maddenin son fıkrası ile mütenazır olmak icap eder. Fakat her iki hüküm arasında ehemmiyetli iki fark vardır:

Evvelâ 47 nci maddeye nazaran, lüzumu takdir edildiği halde, maznunun hafif hapis müessesesine sevkî, hâkim tarafından verilen mahkûmiyet kararıyla birlikte emrolunur. Bil'âkis 46 ncı maddenin taalluk eylediği ahvalde hâkim, maznunun emniyeti umumiye idaresine teslimini emretmekle iktifa eder. Maznunun şifahaneye konulması hususu hukuk mahkemesi reisinin kararına mütevakkıftır.

Gerek 46 ncı ve 47 nci maddelerde mevzuubahs olan HÂKİM; jürinin bulunduğu davalarda, ağır ceza mahkemesi hâkimleridir. Saniyen tehlikeli gayri mes'uller, hukuk mahkemesi reisinin emriyle tehlikenin zail olduğu tebeyyün edinceye değin gayri muayyen bir zamana kadar kalmak üzere, şifahaneye sevk edildikleri halde 47 nci maddeye nazaran, bu hal daima muayyen bir müddet için olur ve azami haddi ceza müddeti ile mukayyettir. Hafif hapis müessesesi ancak şahsi hürriyeti tahdit eden cezanın bir tarzı tenfizidir. Ve mahkûmiyet müddetinin inkızasıyla⁸² yarı gayri mes'ulün bu müessesede ikameti, mahkûmiyet müddetinin inkızasıyla nihayet bulmak icap eder. Bu hal, ceza ile tedavinin mezc edildiği bir şekildir ve Ceza Kanununa nazaran hükümde muayyen müddetin

(82) İnkıza: Bitme, sona erme.

geçmesiyle, mahkûm akıl maluliyetinden mütevellit tehlike devam etse bile hürriyetini tekrar iktisap eder.

Cezanın bir hafif hapis müessesesinde infazı, hâkime tefviz edilmiş⁸³ bir salâhiyet olduğundan bu hususta karar alınması sebebinin hükümde tasrih edilmesine, hâkimin MECBUR OLMADIĞI yolunda karar verilmiştir.

203 — Yarı gayri mes'ullerin, hafif hapis müessesesinde muhafazaşından ibaret olan hususi cezanın infaz tarzı, hâkimin lüzum gösterdiği sebeplerin zail olmasıyla nihayet bulur.

1 Kânunuevvel 1889 tarihli ve 6509 numaralı iradenin 15 nci maddesine nazaran 47 nci maddenin son fıkrasında açıklanmış tedbirin kaldırılması hususu, mahkûmun bulunduğu müessesedeki murakabe meclisinin teklifi ve müddeiumuminin mütalâası üzerine, mahkûmiyetin tefhim olunduğu mahallin mahkemesi reisine aittir. Hafif hapis müessesesinde kalmak keyfiyetinin mahkûmiyet müddetinin hitamından evvel zevali halinde mahkûm mütebaki cezasını sureti adiyede çeker.

204 — Muvakkat ağır veya adi hapis cezasını çekmek üzere hafif hapis müessesesine gönderilmiş olmak, Ceza Kanununun 16 nci maddesindeki şartların mevcudiyeti halinde, mahkûmun meşruten tahliyesini men etmez. Hafif hapis müessesesi yukarıda söylenildiği veçhile, şahsi hürriyeti tahdit edici cezaların bir nevi şekli tatbiki olmak ve mahkûmlar hakkında tatbik olunan hususi bir muamele bulunmak itibariyle, muayyen bazı mahkûm sınıfları hakkında konulmuş olan umumî kaidelerin tatbikine mani teşkil edemez.

205 — Suçun ikai anında mevcut, tam veya tam olmayan akıl maluliyetinin tesirleri bu tarzda tetkik edildikten sonra dava esnasında husule gelen, akıl maluliyeti hakkında da bazı mütalâalar ilâvesi icap eder.

Bu tarzda husule gelen akıl maluliyeti, muamelâtı ve mahkûmiyetlerin infazını durdurur mu?

Avukat Pincherli bu meseleye müsbet cevap vermektedir. Bu zat diyor ki: Hüküm anına kadar maznun, masumiyetini ispat

(83) Tefviz edilmek: Havale edilmek, yükletilmek, üstüne bırakılmak.

için malumat ve izahat verebileceğinden davanın tevkifi⁸⁴ icap eder. Ve Usulü Muhakematı Cezaiye Kanununun 586 ncı maddesinde açıklanmış, insani faziletlerle tevfikân, hükmün infazı da durdurulmalıdır.

Muhterem müellifin, davanın durdurulması hakkındaki fikri, maznunun deliliğinin davanın temyizen tetkikini tevkif edeceği mealinde olan, Torino Temyiz Mahkemesinin kararıyla de kuvvet bulmaktadır. Fakat bu nazariyenin kabul edilebileceği bizce şüphelidir. Şimdi de davanın temyiz safhasından bahsedelim: Akıl maluliyetinden gayri bir maluliyetten dolayı bile kendisini müdafaa gayri muktedir bir kimse hakkında davanın durdurulması, haklı olabilirse de tam manasiyle, maznunun şahsen iştiraki hiç olan temyiz safhasında davanın durdurulmasının sebebi anlaşılmaz. Fakat, temyize müracaat halinden başka hallerde, meselâ davanın başlangıç safhalarında zikri geçen nazariye mühim müşkilât arz eder. Filhakika sonradan meydana gelen deliliğe dair olan beyanat, aynı sebepler dolayısıyla fiilin işlendiği anda mevcut delilik hakkında da kabul edilmelidir ve Ceza Kanununun 46 ncı ve 47 nci maddeleri ancak iyileşen maznunar hakkında tatbik olunmalıdır. Halbuki böyle bir şey abes ve kanunun ruh ve metnine muhaliftir. Diğer taraftan, tetkik ettiğimiz nazariye, merhamet hissiyatından mülhem görünmekle beraber tamamen merhametsiz neticeler tevhit edebilir: Hakkındaki itham, muvakkat hürriyeti kabul etmeyen bir mevkufun delirdiği gözönüne getirilirse buna kani olmak kolaydır. Mahkûm ateh⁸⁵ (demenza) halinde bulunduğu takdirde mahkûmiyetin infazının tevakkuf edeceği hususu, 1 Kânunuevvel 1889 tarihli irade ile metni tadil olunan Usulü Muhakematı Cezaiye Kanununun 586 ncı maddesinde, sarahaten beyan olunmuştur. Bu maddenin bilâhare hadis olan atehe atfedilmesi mecburen lâzım gelir: Aksi takdirde Usulü Muhakematı Cezaiye Kanununun, Ceza Kanununun 47 nci maddesini feshetmesi icap etmektedir. Fakat, cemiyeti tehlikeli delillerden korumak için 46 ve 47 nci maddelerde açıklanmış fikirleri kanun bir kere kabul ettikten sonra delilik, mahkûmiyetten sonrada husule gelse bile Usulü Muhakematı Cezaiye Kanununun bu derece umumî ve kat'i tabirâtı muhtevi olan 586 ncı maddesinin, Ceza Kanunu-

(84) Davanın tevkifi: Davanın durdurulması.

(85) Ateh (demenza): Bunama, bunaklık.

nun 46 ncı ve 47 nci maddelerindeki sistemle hemahenk olduğu hususunda bihakkın istibah olunabilir⁸⁶.

Bize kalırsa dava esnasında tahassul eden akıl maluliyeti hakkında daha başka tetkikata ve kanuni hükümlere ihtiyaç vardır.

MADDE : 48 (48)

[Kırkaltı ve kırkyedinci maddelerin birinci kısmında musarrah ahkâm, fiili işlediği anda arızı sarhoşluk dolayısıyla mezkûr maddelerde münderic halde bulunan kimse hakkında da tatbik olunur.

İhtiyari sarhoşluk mevzuubahs olduğu takdirde :

1 — Kırkaltıncı maddede musarrah halde, müebbet ağır hapis yerine bir seneden on seneye kadar ve sarhoşluk itiyadı ise üç seneden oniki seneye kadar ağır hapis cezası ikame olunur. Hıdematı ammeden müebbeten memnuiyet yerine muvakkaten memnuiyet ikame edilir. Sair cezalar ise altıda birden aşağı bir nispette indirilir ve sarhoşluk itiyadı ise ceza altıda birden aşağı ve üçtebirden yukarı olmamak üzere tatbik olunur.

2 — Kırkyedinci maddede musarrah halde, müebbet ağır hapis yerine on seneden ve sarhoşluk itiyadı ise onsekiz seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis ikame olunur. Diğer cezalar ise yarı ve sarhoşluk itiyadı ise ancak üçtebir derecede eksiltilerek tatbik olunur.

Sarhoşluk itiyat derecesinde olduğu takdirde şahsi hürriyeti tahdit edici ceza hususi bir müessesede icra olunur.

Sarhoşluk, suçun işlenmesini kolaylaştırmak veya mazeret hazırlamak için ihtiyar

edilmiş ise bu maddede tayin edilmiş olan tenzilât tatbik olunmaz.]

§

Hulâsa : 206 — Sarhoşluktan münbais sebebi tahfif. 207 — 48 nci maddenin umumi kıstasları. 208 — Arızı, ihtiyari, itiyadı ve evvelden kararlaştırılmış sarhoşluk. 209 — Sarhoşluğun kabiliyeti isnadiye üzerindeki tesirleri : Arızı sarhoşluk. 210 — İhtiyari, itiyadı ve evvelden kararlaştırılmış sarhoşluk. 211 — Ceza Kanununun 487 ve 488 nci maddelerine atıf.

§

206 — 46 ncı ve 47 nci maddelerdeki kaidenin, failin marazi şeraiti akliesine hasrı, sarhoşluk meselesi hakkında hususi hükümler konulması zarureti doğurmuştur. Filhakika akıl maluliyeti tabirindeki mahdut mana; 46 ve 47 nci maddelerde, sarhoşluğun mes'uliyet üzerindeki tesirinin de kastedildiğini, kabule imkân bırakmıyor. Halbuki Toscana Kanununun tatbiki zamanında mezkûr kanun, 34 ve 64 ncü maddelerinde harekâtın şuuru ve intihap serbestisini izale veya tenkis eden sebeplerin neden ileri gelebileceğini tahdit eylemediği için tam veya kısmen ademi mes'uliyet eşkâli umumiyesi meyanına sarhoşluk halini de ithal eylemekte idi.

Ceza Kanunu, sarhoşluktan münbais olan ruhi hallerin teşevvüşü hakkında, akıl maluliyetinde tatbik olunan, umumi kıstasları kabul etmekte ve harekâtın şuuru ve serbestisini izale veya tahdit eylemek itibarıyla sarhoşlukta ceza mes'uliyetini kaldıracak veya azaltacak bir sebep bulmaktadır.

Bu, klâsik hukuki mesleğe göre, sarhoşluğun telâkki tarzına mutabıktır. Fakat, ceza hukuku pozitivist meslek taraftarları sarhoşluğun mütalâası hususunda klâsik mektebin bir tenakuza düşüğünü iddia etmektedirler : Sarhoşluk, delilik gibi aklı teşviş eder. Sarhoşluğun ihtiyari olması, sarhoşluğun bir suç gibi cezalandırılmasını istilzam ettiği halde sarhoşluk halinde işlenen bir cürüm cezalandırılmamaktadır. Halbuki pozitivist mesleğine nazaran —burada Garofalo'nun fikirlerini naklediyoruz— sarhoş mücrimin cezalandırılması, fiili memnuun sarhoş edici maddelerin tahrikinden ziyade alâiminin⁸⁷ tezahürüne bağlıdır. Sarhoşluk, sarhoşta tehlikeli temayülâtın mevcudiyetini ispat ettiği anda bir

(86) İstihab olunmak : Şüphe edilmek, şüphelenilmek.

(87) Alâim : Alâmetler, belirtiler.

mücrim teşhis etmek mümkündür. Fakat hayatı sabıkası cürüm ile gayri kabili telif tabayı⁸⁸ arz eylediği takdirde fiilin sarhoşluk esnasında işlenmesi, onun tabii değil, belki gayri ihtiyarî olmak üzere cezalandırılmasını istilzam edebilir.

207 — 48 nci maddeye göre 46 ve 47 nci maddelerin 1 nci kısmında yazılı hükümler, mümkün ahvalde fiili işlediği anda sarhoşluk dolayısıyla o maddelerde musarrahalde bulunan kimseler hakkında da tatbik olunur.

Bu itibarla, 48 nci madde; sarhoşun şuurunu veya hareketlerindeki serbestliği tamamen kaldıran veya tamamen izale etmemekle beraber kabiliyeti isnadiyeyi ehemmiyetli nispette tenkis eyleyen sarhoşlukta mes'uliyeti tamamen veya kısmen kaldırıcı bir tesir kabul etmektedir. Kanun, FİİLİ İŞLEDİĞİ ANDA tabirini kullandığına nazaran ayrı ayrı her suçun işlendiği anda sarhoşluğun ayrı aranılması kastolunmaktadır. Bir davada müteaddit fiiller mevzuubahs olduğu halde bu araştırma, fiillerin her birisi için ayrı ayrı yapılmak lâzımdır. Mezuniyet olmaksızın silâh taşımak suçunda, memnu fiilin işlendiği an, silâh ile beraber mesken-den veya müstemilâtından çıkıldığı an olduğu ve binaenaleyh sarhoşluğun, kabahatin meydana çıkarıldığını takip eden devrede değil birinci anda vücudunun lâzım geldiğine hükmolunmuştur.

Dikkat edildiği veçhile, 48 nci madde tahsisen⁸⁹ SARHOŞLUK fiilinden bahsetmektedir. Bu itibarla müzmin küölperestlik⁹⁰ neticesi olarak ilcai (impulsivo) mücrim hakkında 48 nci madde gayri kabili tatbiktir. Çünkü, içkinin devamlı olarak kullanılması bir kimseyi bu hale getirdiği takdirde, akıl maluliyetinin şekli noktai nazarından 46 ve 47 nci maddelerdeki hükümlere tabi tutulmak lâzım gelir. 48 nci maddeye nazaran 46 ve 47 nci maddelerin 1 nci kısmı tatbik edileceği yani, tam mes'uliyetsizlik ve yarı gayri mes'uller hakkında hafifletici cezaların mevzuubahs olması, bizim bu fikrimizi teyit etmektedir. Şu takdirde 46 ncı maddenin 2 nci kısmı, yani şifahaneye sevk ve 47 nci maddenin 2 nci kısmı yani şahsi hürriyeti tahdit edici cezanın hafif hapis müesseselerinde infazı suretiyle, ceza ile tedavinin mezci halleri burada kabili tatbik değildir. Halbuki sarhoş edici maddelerin devamlı kullanılması

bir cinneti küölüye⁹¹ (frenosi alcoolica) tevhit etmiş ise, mücrimin bu haleti maraziye ile arz eylediği tehlike karşısında, kanunun lâkayit kalamayacağı aşikârdır.

208 — Kanunun 48 nci maddesi, mevzuubahs ettiği hükümler itibariyle, Nezaret Projesinin 49 ncu maddesine tekabül etmektedir. Fakat 1887 tarihli Zanardelli projesi, bugünkü 48 nci maddede görülen farkları nazarı itibara almıyordu. Mezkûr projenin maddesi, sarhoşluk halinde, o maddelerde açıklanmış şartlar dahilinde bulunan kimselere de evvelki iki maddenin tatbik edileceğini bildiriyor. Kabiliyeti isnadiyenin tenakusu halinde itiyadî sarhoşluk için cezayı artırıyordu ve ceza kanununda olduğu gibi cürümden evvel tasmin edilmiş⁹² olan sarhoşluk için hiç bir hafifletici tesiri kabul etmiyordu. Fakat Ayan Encümeninde ve kanuna takaddüm eden sair bazı münakaşalarda projenin MUSAMMİM sarhoşluğa⁹³ mütedair hükmü ipka edilerek ARIZÎ sarhoşluğu, İHTİYARÎ sarhoşluktan ve ADİYEN vaki olan ihtiyarî sarhoşluğu da itiyadî sarhoşluktan ayırmak hususu teklif edildi.

Bu tefrik meselesi 48 nci maddeye nazaran esaslı olduğu için ARIZÎ sarhoşluğun İHTİYARÎ sarhoşluktan ve bu son sarhoşluğun, teşdidi müstelzim, itiyadî bir şekil olan MUSAMMİM sarhoşluktan nasıl ayrılacağını anlamak lâzımdır.

Müelliflerin reylerine bakılırsa, tefriki müstelzim bir sebep daha vardır. Filhakika Carrara arızî sarhoşluğu (yani ona göre, haddinden fazla içmeksizin kendisine has bir marazi haletten veya içkinin taşışından dolayı sarhoş olan adamın hali) ihtiyarî sarhoşluktan (yani ona göre, sarhoş olmak fikri ile haddinden fazla içen adamın hali) ayırdıktan sonra her ikisi arasına hatalı sarhoşluğu (yani kasdı mahsus olmamakla beraber sarhoş olacağını tahmin edecek mevkide olan adamın hali) koymaktadır.

Bu orta, kanunda mezkûr değildir. Bu sebeple kasdı mahsusla olmaksızın ihtiyatsızlık neticesiyle vaki olan sarhoşluğun 48 nci maddeye göre ihtiyarî yahut arızî sarhoşluk meyanına ithal edileceğini tetkik lâzımdır.

(88) Tabayı': Tabiatler, yaratılışlar.

(89) Tahsisen : Özellikle.

(90) Küölperest : Alkolik.

(91) Cinnat-i küölüye : Alkol deliliği.

(92) Tasmin edilmek : Tasarlanılmak.

(93) Musammim sarhoşluk : Tasarlanmış sarhoşluk.

Tali tetkik komisyonu projesinin 49 ncu maddesinin 1 nci kısmı bugünkü 48 nci maddenin 1 nci kısmına uymaktadır. Yalnız orada arızî yerine gayri ihtiyarî deniliyordu. Tetkik Komisyonunun münakaşaları esnasında Costa ihtiyarî tabiriyle içmek fiilinden veya sarhoşluktan hangisinin kastedilmesi lâzım geldiğini ve sarhoş olmak niyetinin mevcudiyeti icap edip etmediğini bihak-kın sordu ve ahvali tabiiyede bu niyetin mevcudiyetine inanılamayacağını, çünkü bir şahsın evvelden sarhoş olmaya karar vermek-sizin içmeye başlayacağını ilâve etti. Avritti buna cevap olarak ihtiyarî sarhoşluğun mes'uliyeti müstelzim addedilmesi, bu hususun evvelden tahmininin imkân dahilinde olmasından ileri geldiğini beyan eyledi.

Bütün bunlar İHTİYARÎ sarhoşluğun vücudu için sarhoş olmak niyet ve arzusunun ispatının bertaraf edildiğini göstermektedir. Diğer taraftan tahmin ve kasıt mezç ve temsil olunmaktadır.

Fakat 45 nci maddenin kasıta aradığı şartlara bakılır ve 48 nci maddenin İHTİYARÎ sarhoşluk halinde işlenen fiiller hakkında koyduğu hükümlerin vahameti gözönüne getirilirse, ARIZÎ tabirinin tamamen harfi harfine kabul edilmemesi lâzım geldiğini zannediyoruz. Yani sarhoşluktan, ona duçar olan kimse için evvelden tahmini gayri mümkün bir arıza kastedilmemelidir. İhtiyatsızca içmenin netayici, mutedil bir kıstas dairesinde, arızilik ile kabili kıyas olmalıdır. Bunun sureti mutlakada hilâfını iddia eden müelliflerin reylerini ve mahkemelerin içtihadlarını, bu sebeple tasvip edemeyiz.

İHTİYADÎ SARHOŞLUK, fena bir alışma neticesi olarak, İHTİYARÎ sarhoşluğun tekrürüdür. Filhakika mantıken itiyattan mütevellit şiddet sebebi ancak ihtiyarî sarhoşlukta bulunabilmelidir.

MUSAMMİM sarhoşluk ise mücrimin ya bir mazeret sebebi hazırlamak veya bir suç işlemek hususundaki kararını ve cesaretini, sarhoşluğun vereceği tenebbüh⁹⁴ ile takviye etmek için içmesidir.

209 — 48 nci madde, 46 ve 47 nci maddelerin 1 nci kısmındaki hükümler dairesinde, cezanın ref veya tenkisini müstelzim tesirleri kabiliyeti isnadiyeyi tamamen veya ehemmiyetli nispette

(94) Tenebbüh : Uyanma, kendine gelme.

eksiltecek derecede olmak şartıyla yalnız arızî sarhoşlukta bulunmaktadır. Aksi takdirde arızî sarhoşluk ancak umumi bir hafifletici sebep addolunabilir.

Bu nevi sarhoşluk, akıl maluliyetine müsavi addedildiği cihetle, ağır ceza mahkemesinin jüriye bu baptaki suali (Usulü Muhakematı Cezaiye Madde 496) irad hususunu reddedemeyeceğine karar verilmiştir.

210 — Muhtelif nispetlerde kabahatli olanlar hakkında, kanun sert davranmaktadır.

İHTİYARÎ sarhoşluk şuuru veya hareketlerdeki serbestliği giderecek derecede olsa bile kabiliyeti isnadiyeyi izale etmez. Tam ihtiyarî sarhoşluk halinde işlenen fiiller için 48 nci madde adiyen verilecek cezanın hafifletilmesini gösteriyor. Natamam sarhoşluk halinde cezanın daha ziyade hafifletilmesi lâzım gelir. Her iki halde de sadece ihtiyarî olan sarhoşluktan itiyadî sarhoşluğu ayırmakta ve bu sonuncu hakkında cezanın hafifletilmesini daha ziyade ehemmiyetsiz bir derecede tayin etmektedir. 48 nci maddede kanunun tatbikine müteallik olan cihette sureti mahsusada tefsire muhtaç bir şey yoktur. Fakat, kanunu tenkit makamında şurasını da kaydetmek icap ediyor : Arızî sarhoşlukta işlenen bir cürüm için verilecek ceza, ihtiyarî sarhoşluktan dolayı tatbiki lâzım gelen cezadan daha ağır olması mümkün olacak tarzda tayin olunmuştur. Mehakimin içtihadı bunu kabul etmekte ise de bu hal, adalet ve mantığa muhaliftir. Bu hususa dair misal zikredelim : Yirmi sene ağır hapis ile cezalandırılacak bir cürüm, arızî sarhoşluk dolayısıyla oniki sene (48 nci maddenin 1 numaralı ve 47 nci maddenin 3 numaralı bentleri) ihtiyarî sarhoşluk halinde on sene (Madde 48 numara 2) ile cezalandırılabilir.

Cezanın hesap ve tenziline müteallik 47 nci madde şerhinde işaret eylediğimiz mütalâaları burada da tekrar ederiz. Yalnız şurasını da ilâve edelim ki 29 ncu maddenin hükümlerine göre, sarhoşluk halinin de akli halet gibi telâkki edileceği aşikârdır.

Bundan sonra kanun, gayet muvafık olarak, itiyadî sarhoşun cezasını çekmek için hususi bir müesseseye konulabileceğini emretmiştir. Bundan maksat, sarhoşu mümkün olduğu kadar mucibi hicap⁹⁵ bir sui-hali izale edecek tarzı tedaviye tabi tutmaktır.

(95) Mucib-i hicap : Utanmayı gerektiren.

En nihayet, 48 nci maddenin son fıkrası; ihtiyarî sarhoşluk için kabul edilen ceza tenzilâtının, MUSAMMİM SARHOŞLUK halinde tatbik olunamayacağını söylemektedir. İspatı tahkikinden daha müşkül olan MUSAMMİM SARHOŞLUK hakkında müelliflerin reyleri arasında ittifak yoktur. Pessina, sarhoşluk tam olduğu takdirde hukuken, muayyen bir kastı cürminin işlenmesi için sarhoş olmak hususundaki tasminin, nazarı itibara alınamayacağını ve çünkü fiili ika anında, melekâtı akliyenin iştiraki bulunamayacağını ve mücrim melekâtına tamamen sahip olsa idi belki tasmin eylediği şeyi işlemekten içtinap edeceği mütalâasındadır.

Fakat, bütün sarhoşluğa dair hükümler için, ruhi tegayyüratın bu hususi sebepteki çirkinliğini, kıstas ittihaz eden kanun, musammim sarhoşluk halinde failin niyeti, yalnız sarhoşluğa münhasır olmayıp sarhoşluğun vasıta vazifesini gördüğü sonraki fiile de sirayet edeceğine dair olan daha şedit nazariyeyi tercih etmiştir.

211 — Kanun, üçüncü kitapta (Madde 488, 489), gerek sarhoş olan ve o halde dışarıda gezen kimse ile gerek umumi veya umuma açık bir yerde başkasının sarhoşluğuna sebebiyet veren kimse, hakkında sarhoşluğu umumi adaba muhalif bir kabahat olarak telâkki etmektedir. Umumi adaba muhalif görülen bir hareket, ister sarhoş olan ve kendini bu vaziyette halka gösteren ve isterse umumi bir mahalde ve herkese açık bir yerde başkasını sarhoş eden kimse tarafından işlensin, bu gibiler hakkındaki hükümlerden ileride bahsedeceğiz.

MADDE : 49 (49)

[1 — Kanunun hükmünü veya salâhiyet-tar bir merciin infaza mecbur olduğu emrini ifa suretiyle;

2 — Gerek kendisine gerek başkasına karşı vaki ve filhal olan haksız bir taarruzu defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle;

3 — Gerek nefsin, gerek başkasını vukuuna bilerek mahal vermediği ve başka türlü tahaffuz imkânı da bulunmayan ağır ve muhik bir tehlikeden muhafaza etmek zaruretinin bais olduğu mecburiyetle.

İşlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

Bir numaralı bentte gösterilen halde, resmi bir memurun emrini, infaz yolunda işlenen fiil, suç olduğu takdirde o fiil için tayin olunan ceza, emri veren resmi memur hakkında tatbik olunur.]

§

Hulâsa : 212 — 49 ve 50 nci maddelerin bütün suçlara tatbiki kabiliyeti. 213 — Kanunun hükmü: Mercii emri. 214 — Kanunun hükmü. 215 — Mercii emri. 216 — Emri verenin mes'uliyeti. 217 — Memuriyet derecesi itibariyle tabiiyet, beyti münasebat itibariyle tabiiyet : Hümet. 218 — Müdafaai meşrua ve zaruret hali, 219 — Müdafaai meşrua ve zaruret haline şamil kaide : Bizzat kendisini veya başkasını muhafaza. 220 — 49 ncu maddenin 2 numaralı bendine göre müdafaai meşrua şartları, şahsi cebir. 221 — Şahsi. cebirden gayri haksızlıklara karşı müdafaai. 222 — Taarruzun filhal olması. 223 — Taarruzun haksız olması. 224 — Yine taarruzun haksız kalması. 225 — Müdafaai zarureti. 226 — Mazeret esbabının objektif noktai nazardan takdiri. 227 — Müdafaai meşrua (Moderame) için korku şart mıdır? 228 — Zaruret hali. 229 — Zaruret halinin şartları ve misalleri.

§

212 — 49 ncu ve 50 nci maddeler, KANUNUN HÜKMÜNÜN, SALÂHIYETTAR bir merciden sadır olan emrin ve MÜDAFAA VE ZARURET halinin, kabiliyeti isnadiyeyi izale veya tenkis tesirlerinden bâhistirler.

Sardunya Ceza Kanununun umumi kısmı, şimdiki 49 ve 50 nci maddelerde yazılı hükümlere mümasil ahkâmı ihtiva etmiyordu. Sardunya Kanunu, kanunun hükmünden, mafevkin⁹⁶ emrinden ve meşru müdafaadan hususi kısmında bahsetmekte idi. Meşru müdafaadan ve müdafaada tecavüzden, katil ve yaralama dolayısıyla bahsedilmiş idi (Madde 559, 563). Kanunun hükmü ve mafevkin—sureti umumiyede— meşru merciin emrinden de; yine katil ve yaralama (Madde 558, 563), şahsi hürriyete tecavüz (Madde 194), meskenin masuniyetine taarruz (Madde 205), salâhiyetin menfaati umumiye hilâfına olarak suiistimali (Madde 231) ve haberleşme gizliliğinin ihlâl edilmesi (Madde 237) hallerinde, bahseylemekte

(96) Mafevk : Üst.

idi. Mezkûr kanun, zaruret halini açık bir şekilde hiç bir hükümde zikretmemiştir. Halbuki bu hal, tatbikatta, zarar verme kastının fıkdanına⁹⁷ ve gayri kabili mukavemet kuvvete dair olan umumî kaidelere gidilerek bunlar ile noksan telâfi olunuyordu.

Ayan Encümeni, tetkik edilen kaidelerin ve bilhassa meşru müdafaa ve zaruret haline dair olanlarının kabulü, herhangi bir suç için cezadan kurtulmak hususunda kolay bir yol açacağına dair olan korkuyu büyüterek, Sardunya sistemine rücu fikrini müdafaa etmiştir. Fakat kanunun kat'i metni tayin olunurken, son nezaret projesinde olduğu veçhile kanunun hükmü, merciin emri, meşru müdafaa ve zaruret hali, yalnız katil ve yaralamayı değil, belki şahsi hürriyete, meskenin masuniyetine taarruz ve haberleşmelerdeki gizliliğin ihlâlini de mazur gösterecekleri cihetle, zikri geçen kaidelerin birinci kısma derci sistemi tercih olundu. Ceza Kanununun Ayan Meclisinde görüşülmesi sıralarında, Nazır Zanardelli bu fikirleri izah etmiş ve meskenin masuniyetine veya şahsi hürriyete taarruzda, zarar verilmesinde hatta hırsızlıkta da meşru müdafaanın veya zikredilen sair sebeplerin mazeret sebebi olabileceğini; kendisini öldürmek üzere takip eden bir kimseden kendisini kurtarmak için başkasının evine cebren giren veya o kimseyi bir odada hapseyleyen bir adamın halini misal getirmek suretiyle ispat etmiştir. Muhakkak bir fenalık ihtimali önünde yaralama veya öldürme için bir silâhın kullanılmasını kabul edip, bu silâhın emniyeti umumiye idaresinden ruhsat almaksızın taşınmasını kabul etmemek, lüzumundan fazla abestir.

Hulâsa, Yeni Kanunun takip ettiği usul, cezayı kaldıran sebepleri suça taalluk eden umumî hükümler meyanında tetkik eden müelliflerin usulüne ve sair yeni kanunlara ve meselâ Alman (Madde 52-54), Zürih (46 ncı ve onu takip eden maddeler), Felemenk (41 nci ve onu takip eden maddeler) kanunlarına mutabıktır. Sardunya Kanununun tatbiki devresinde bile mahkemelerin içtihadı 559 ncu maddede açıklanmış sebepleri —meselâ muayyen şartlar altında hodbehod hakkını almada, meşru müdafaayı nazarı itibara almak suretiyle— katil ve müessir bir fiilden başka suçlara da mecburen teşmil etmişti. İtalyan Ceza Kanununun tatbikatına taalluk eden kazai kararlarda kendisinin veya evinin zararına olarak taş atan mütecavizleri uzaklaştırmak için tüfekle

evden çıkan bir kimsenin halinde de silâh taşımaktan dolayı müdafaa meşrua (moderame) kabul edilmiştir.

49 ncu maddede ilk nazara alınan muafiyet hali, kanunun hükmünü veya salâhiyettar merciin, infazına mecbur olduğu, emrini ifa eyleyerek fiili işleyen kimseye mütealliktir.

213 — YENİ KANUN, zikrolunan bu iki sebebi AYRI AYRI İKİ ŞİK OLARAK kabul etmektedir. Halbuki Sardunya Kanunu (Madde 588), Fransız Kanununu (Madde 327) misal ittihaz ederek kanunun ve merciin emirlerinin içtimasını istiyordu. Fransız Kanununun kabulüne takaddüm eden görüşmelerde Teşrii Meclis Encümeni, cezadan muafiyetin, kanunun veya merciin emrine uyma hallerinden her biri için ayrı ayrı tanınmasını; tabiri diğerle 327 nci maddenin içtima kaidesinin tadiliyle iki halden birinin başlı başına muafiyeti müstelzim addolunmasını teklif etmişti. Teşrii Meclis Komisyonu, bir mevkufu kurtarmak teşebbüsünde bulunan birçok kimselerin birdenbire hücumuna maruz bir zabıta memurunun, kendisini müdafaa ederken mütecavizlerden birisini öldürmesi halini ileri sürmek suretiyle, mezkûr teklifin, hakka makruniyetini⁹⁸ izah ve mafevklerinden hiç birisi orada bulunmadığı ve silâh kullanılmasını emretmediği halde o memur için müdafaa zaruretinin kabulü lâzım geldiğini beyan ediyordu. Mafevk tarafından bir askere verilip, kanunun tecviz etmediği bir fiili işlemesini natık olan emrin asker tarafından emir münakaşa edilemeyeceğinden veya ademi meşruiyeti tanılamayacağından, ifa olunması hali de zikredilebilirdi.

Fakat Şûrayı Devlet; komisyonun bu teklifini reddederek zarureti tayin ve kuvveti istimal hususunu tanzim için, kanunun hükmü ile merciin emrinin aynı zamanda mevcudiyeti lâzım geldiği fikrini muhafaza etmiştir. İşbu fikre nazaran birinci şart bulunmadığı halde keyfi muamelelere ve ikincisi bulunmadığı takdirde kanunun en körcesine tatbikatına vatandaşların alet olmalarına yol açılacaktır.

İki şıkka da ayırmak cihetini kabul eden İtalyan usulü daha doğrudur. Fransız Şûrayı Devleti tarafından kabul edilen sebepler Teşrii Meclis Encümeni tarafından ileri sürülen mütalâaları cerh edecek kıymette değildir. Mafevk merciin emri, maddeten ve hu-

(97) Fıkdan : Yokluk.

(98) Makruniyet : Yakınlık.

kuken daima mümkün olamadığı gibi hadise, komisyonun tasavvur ettiği vaziyette de mümkün olamaz. Zabıta memurlarından olmasa bile meşhuden işlenmiş suç gibi herkesin tevkiye salâhiyet-tar olduğu (Usulü Muhakematı Cezaiye Madde 65) hallerde de bu fikri kabul, hukuken kabil değildir.

İşlenen fiile cevaz veren bir kanunun fıkdanı, o fiilin icrasına dair emir veren amirin, hiç olmazsa ceza görmesi için daima bir sebep teşkil edecektir. Hatta bu amirinin emriyle beraber zâtı maddenin şartları iktizasınca işlediği fiilin, meşruiyetine kani bulunduğu müdafaasında bulunamayan memurun da cezalandırılmasını mucip olabilecektir.

214 — 49 ncu maddenin 1 nci şıkkı için misal iradına lüzum yoktur. Kanunun ibaresi, fiilin meşruiyetini takdir hususunda kaidede teşkil edecektir. Maddiyeti itibariyle, başkasının hukukunu ihlâl eden bir fiili, müstelzimi ceza hassasından tecrit eden bir kanun maddesine müteferri⁹⁹ haller o kadar aşıkârdır ki üzerinde ısrara lüzum yoktur. Salâhiyet-tar merciler tarafından kanunen emredilen ve devlet memurları tarafından icra olunan tevkifler, şahısların üstünü aramak, hususi meskenlerde araştırma, mektupların açılması gibi fiiller bu kabildendir.

215 — Fakat 49 ncu maddenin salâhiyet-tar merciin emriyle işlenen bir fiil için ceza verilemeyeceğine dair olan ve 1 numaralı bendinde açıklanmış bulunan halde, emri veren memur hakkında işlenen fiilden dolayı tertip edilen ceza için tafsilâta ihtiyaç vardır.

Kanunun harfi mealine nazaran madun¹⁰⁰, mevkufun emrini İFAYA MECBUR OLMALI ve emir, gerek onu verenin ve gerek onu telâkki edenin vazifeleri cümlesinden bulunmalı, emrin çıktığı merci de SALÂHIYETTAR olmalıdır. (1887 tarihli Zanardelli projesi).

Bu itibarla, Ceza Kanunu elyevm¹⁰¹ asri tarzı tefekkür ve tahassüs ile gayri kabili telif olan ve başka zaman ve muhitte kendisine Niccolini gibi taraftar bulan BİLA İTİRAZ İTAAT (obbe-

(99) Müteferri : (...dan) ayrılmış, (...e) bağlı.

(100) Madun : Ast.

(101) Elyevm : Halen, şimdi.

dienza passiva) esasını reddetmektedir. Burada Niccolini'nin ekseriya şu sözleri hatıra gelir : «Meşru makamlar tarafından bir hususun icrası için emir alan zabıta memurları, o emrin haklı olup olmadığını düşünmek suretiyle icrasını tehir edemezler. Bütün mes'uliyet emredene aittir. Zabıta memurları esasen mutavaat¹⁰² ile mükelleftirler. Rütbe sırası itibariyle, itaata mecbur olduğu bir makam tarafından velev keyfi velev kanuna mugayir olarak verilmiş bir emre itaattan imtina, haddizatında bir suç teşkil eder.» Kanunumuzun esasları başkadır. Bunlara nazaran rütbe sırası itibariyle mafevkin emrini yerine getiren madunda işlenmiş olan fiilden dolayı cezaen mes'ul tutulabilir. Kabiliyeti isnadiyenin büsbütün ref edilmesi için; yukarıda gördüğümüz veçhile emri verenin salâhiyet-tar olması, işlenen fiilin emri veren amirin ve emri alıp icra eden memurun vazifeleri cümlesinden bulunması gibi iki şart vardır. Fakat zikrolunan şartlar yalnız objektif noktai nazardan telâkki edilmemelidir. Aksi takdirde failin emri veren mafevkin mes'uliyetine iştirakten çekinebileceği gayri kanuni bir emir mevzuubahs bile olamazdı. 49 ncu maddenin 1 numaralı bendine nazaran cezanın ademi tatbiki şartları —mücrimiyeti gideren ve mazeret teşkil eden diğer bütün şartlar gibi— sübjektif noktai nazardan, yani madun memurun şahsı ve haleti ruhiyesi cihetlerinden de takdir edilmek icap eder. Fiilin objektif noktai nazardan haksız olması, mutlaka icra vasıtası ile olan münasebetler noktasından haksızlığın ilânına sebep teşkil edemez. Carrara bu hususta rütbe sırası itibariyle itaat mükelefiyetinin, fiilin cürmiyeti hakkındaki şuuru bertaraf ettiği takdirde ve meselâ kendisine has gayri kanuni bir gaye elde edilmesi zımında emredebilmesi vazifeleri cümlesinden olan bir hususun icrası, madunu memnu bir fiil işlemediği zannına sevk edecek tarzda işlendiği halde mes'uliyetin mevzuubahs olamayacağını beyan etmektedir. Puccioni ve Le Sellier de aynı fikirdedirler. Pesina, mevkufun katli veya işkencesi gibi (quae habent atrocitatem facinoris) fiillerde rütbe sırası itibariyle itaatın mes'uliyeti bertaraf edemeyeceğini ve fakat (meskenin masuniyetini ihlâl yahut şahsi hürriyet aleyhinde keyfi bir surette icra edilen fiiller gibi) bazı şartlar altında emrolunup bazı memurların emir telâkkisi halinde icrasına mecbur oldukları bir takım ahvalin de mazeret makamında ileri sürülebileceği yolunda daha açık olarak mütalâa dermeyan etmektedir.

(102) Mutavaat : İtaat etme, boyun eğme.

216 — 1 numaralı bentte mevzuubahs olan halde, bir memurun verdiği emrin icrası zımında işlenen fiil memnu olduğu takdirde o fiil için muayyen olan ceza emri veren memur hakkında tatbik olunur.

1887 tarihli Nezaret projesinde hürriyet aleyhindeki cürümlere müteallik kaideler meyanında yazılmış olan ve 199 ncu maddede zikredilmiş bulunan bu hüküm 49 ncu maddenin 1 nci bendindeki hükümle sıkı irtibatı dolayısıyla buraya getirilmiş olup, KASTI CÜRMİSİNİ MEVKİİ FİİLE KOYMA ZİMNINDA gayri mes'ul birisini alet kabul eden manevi failin, bütün cezai neticeler noktasından o fiilin hakiki faili addedileceği umumi kaidesinin tatbikinden başka bir şey değildir.

Bil'âkis, fiili işleyen kimse hakkında kanunun, bu hüküm için koyduğu şart, tamamı ile gayri mevcut olduğundan veya fiilin icrası sırasında kanunun veya merciin koyduğu hududu tecavüz eylediğinden dolayı, 49 ncu maddenin 1 numaralı bendi kabili tatbik değilse; rütbe itibarıyla mafevk olan kimse ile madunlardan her birisine ait mes'uliyet, Ceza Kanununun 63 ncü ve onu takip eden maddelerine tevfikân tayin olunur.

217 — 49 ncu maddenin son kısmı aynı maddenin 1 nci bendine atfederken RESMÎ MEMURİYET ten bahsetmektedir.

Kanunun tatbikatında, hangi kimselerin resmi memur addolunacağı 207 nci maddede açıklanmıştır. Biz o maddenin şerhi sırasında bundan bahsedeceğiz. Kanunda açık olarak kullanılan resmi memur tabiri 49 ncu maddenin 1 numaralı bendindeki kastolunan manaya göre, ancak RÜTBE SIRASI noktasından olan, itaat mükellefiyetinin cezayı kaldırır olduğunu burada işaret etmek kâfidir.

Evlâdın ebeveyne, karının kocaya, hizmetçinin efendisine hürmeti şeklindeki aile münasebetlerine ait itaat, cezayı kaldıracak mahiyette değildir. Bunlar olsa olsa hafifletici sebeplerden addedilebilir.

Mamafih 60 ncı maddede bir başkasının emri üzerine işlenen KABAHAHLERE mütedair bazı kaideler bulacağız.

218 — 49 ncu maddenin 2 numaralı bendi MÜDAFAAİ MEŞRUA dan bahsetmektedir. Müdafaaî meşrua, 3 numaralı bentte

zikrolunan zaruret halinden farklıdır. Meşru müdafaa halinde cezayı kaldıran keyfiyet, failin ruhu üzerinde başkası tarafından vaki tazyik veya taarruz olduğu halde, ZARURET HALİNDE o keyfiyet bir hadiseden veya mücbir bir sebepten ibarettir.

Kanun, failin kendisine ve gerek başkasına filhal vaki ve haksız taarruzu def halinde bulunmasından bahseylediğine göre, meşru müdafaa'nın anasırı mürekkebesi şunlardan ibarettir: ŞAHSİ VE FAİK TAARRUZ, AYNİ TAARRUZUN HAKSIZ OLMASI, ONU DEF ETMEK ZARURETİ.

219 — Şimdi de meşru müdafaa ve zaruret haline şamil kaideleri mevzuubahs edelim : Bu iki sebebin ikisi de taarruz veya tehlike, failin nefesine veya başkasına müteveccih olduğu zamanda mevcuttur. 1887 tarihli Nezaret Projesinin 50 nci maddesi de bu mealde idi. Meclisi Meb'usan Encümeni herhangi bir yabancıya iyilik etmek için başkasının hakkını feda etmeyi mübalağalı ve mantıktan uzak gördüğünden dolayı memnu fiili, meşru kılmak üzere failin şahsından başka kimlerin kurtarılması lâzım geldiğinin tayinini teklif etti.

Alt komisyon ile tetkik komisyonu da bu fikri takip ederek zaruret halinin, bir kimsenin ya bizzat nefsinin yahut yakın akrabasından birini kurtarmak zaruretinde bulunanlara hasredilmesini teklif ettiler : Bu tahdit bazı hallerde tatbikatta da kabul olunmuştu. Fakat kanunun kat'i metni kararlaştırılırken her hangi bir tahdit şıkkının, ortadan kaldırılması esası kabul edilmiştir. Çünkü gerek kurtarılması icap eden şahıslar arasında şayanı kabul bir tefrik yapılmasındaki müşkilât, gerekse büyük bir şeyi kurtarmak için küçük bir şeyi feda eden kimsenin fiilinde (meselâ bir kimsenin hayatını kurtarmak, ancak başkasının mülkiyetine zarar verme ile kabil olan bir halde) cürüm aramak haksız görünür. (Krala takdim olunan rapor).

Su halde, gerek kanunun açık ifadesine ve gerek dermeyan edilen resmi esbaba göre, başkasının taarruzu veya —aynı sebeplere ittibaen— her hangi bir tehlike karşısında leyhlerindeki hareketi, meşru telâkki ettirecek şahıslar hakkında hiç bir tahdit olmadığı hususunda şüphe bile kalmamıştır. Failin kendi nefsinin veya akrabasının, dostlarının yahut kendisine büsbütün yabancı kimselerin nefsinin muhafazayı istihdaf eylemiş olması bu hususta asla fark vücud getirmes.

49 ncu maddenin 2 nci 3 ncü bentlerindeki şartların tahakkuku halinde kanun, tehlikenin umumi bir tesanüt rabıtası tevhit eylediğini, kabul eylemekte ve her kim tarafından her kimin lehine olursa olsun vaki olan hareket ve müdafaalar, bu itibarla meşruyet halini iktasap etmektedirler. Şahsının veya yakınlarının müdafaası halindeki hodbinlik ve şahsi düşünce, hakkın müdafaasına müteallik tesanüdü gayri şahsi bir halde yükseltmektedir.

Kanunun kabul eylediği sebepler bu olduğuna göre MÜDAFAAYI sübjektif bir şart olarak kabul ile, hemfiillere sari olmadığını beyan eden bazı kararların mutlak surette tasvip edilemeyeceği zannındayız.

220 — Kanun, meşru müdafaanın cezaı kaldırması için, failin YA KENDİSİNE VEYA BAŞKASINA vukubulan taarruzu def etmesini talep etmektedir. Bu unsur meşru müdafaayı zaruret halinden ayırma hususunda esastır.

1887 tarihli nezaret raporu bu şartı, şu tarzda izah etmektedir: Meşru müdafa, ŞAHIS HAKKINDA (yani hayata, vücuda ve ırza müteallik bulunarak) vaki olmalıdır. Bunun emvale teşmili tehlikelidir. Hangi hallerde mülkiyetin müdafaası cana veya vücuda karşı işlenen suçlarda bir beraat sebebi (giustificazione) teşkil edeceğinin tayin ve tavzihi ikinci kitabın dokuzuncu bab'ına bırakılmıştır.

Filhakika 376 ncı madde; nehbüzapt¹⁰³, bir kimsenin elinde bulunan malın, kendisine teslimine veya kendisi tarafından alınmasına sükût etmeye o kimseyi icbar ve yağma fiillerine karşı veya merdiven koyarak veya kapıları kırarak bir haneye veya sair meskûn yerlere veya bunların müstemilâtına giren veya bunları yakan kimseleri def ederken, malı müdafa sırasında işlenen katil, müessir fiillere müteallik meşru müdafa şartlarını tayin etmektedir.

Bu itibarla, şu hususun nazarı dikkate alınması icap eder: 49 ncu maddenin 2 numaralı bendi haddizatında, ŞAHSIN müdafaasını kastetmektedir. Fakat, yalnız hayatın değil ŞAHSIN TAMAMİYETİNİN müdafaası da mevzuubahstır. Müelliflerin reyleri ve mahkemelerin içtihadı bu merkezdedir. Taarruza dair 49 ncu

(103) Nehb-ü zabt: Yağmalayarak ele geçirme.

maddenin 2 numaralı bendindeki tarifte yalnız hayat aleyhinde olan değil ŞAHSIN TAMAMİYETİ, hürriyet ve NAMUSA TECAVÜZ gibi mütecavizünaleyhi müdafa mecburiyetine sevk edecek taarruzlar da dahildir. Meselâ ırza tecavüze teşebbüs gibi namus aleyhinde olan taarruzlar, daha doğru olarak 51 nci maddede mezkûr tahriki mevzuubahs ettirebiliyorlar.

EMVALE KARŞI VAKİ OLAN taarruzdan mütevellit meşru müdafa, kanunun açık hükümlerine göre 376 ncı maddeye tevfik olunur.

Bu hale müteallik olarak 376 ncı maddenin şartları haricinde hırsızlık esnasında, hırsız hakkında istimal edilen tazyikler ve kaçan bir hırsız üzerine ateşli silâhlarla ika edilen cürmün meşru müdafa teşkil edemeyeceğine karar verilmiştir.

Aynı sebepten dolayı ŞEREF ve HAYSİYET aleyhinde vaki olan tecavüzler —tahrik edilmiş olan hakaretlerin tecziyesine dair mahallinde teşrih edeceğimiz bazı hususi kaideler müstesna olmak üzere— meşru müdafa mefhumuna dahil olamazlar. Bunlar tahrik meyanına girerler.

221 — 49 ncu maddenin 2 numaralı bendinin harfiyen istimal edilmiş olan tabirlerine nazaran manası budur. Fakat kanun vazının maksadı bazı kanunlar tarafından, katil ve müessir fiillere hasredilen meşru müdafa mefhumunu, bütün suçlara teşmil eylemek olduğu halde 49 ncu maddenin 2 numaralı bendi yazılırken bu tamim yarı yolda kalmıştır. Yani işbu tamim, hukuku ihlâl olunan veya tehdide maruz kalan kimse tarafından işlenen bütün suçlara münhasırdır. Daha sarîh olsa, mezkûr tamim hukuku ihlâl olunan veya tehdide maruz kalan, kimse tarafından işlenen fiillere münhasırdır. Yoksa ceza mes'uliyetini ortadan kaldıran bir mukavemete sebebiyet verebilecek her hangi bir taarruz hakkında konulmuş değildir. Diğer tabirle müdafa zarureti ile işlenen katil ve müessir fiillerden gayri suçlar için de ceza verilemeyeceği açıkça beyan edilmiştir.

Fakat, müdafa zarureti doğuran ve ilk mütecaviz aleyhine hareketi icap ettiren, fiil hakkında ŞAHSİ TAARRUZ MEFHUMU ipka edilmiştir.

Halbuki müdafa mecburiyetinde kalan kimse aleyhindeki taarruz veya ihlâli hukuk, şahsi bir taarruz mahiyetini arz eden

bir fiilde mevcut olmamakla beraber meşru müdafaa mazeretini kabul ettirecek bir şekilde olabilir. Meselâ şahsi taarruz ile müte-rafik olmayan ve netayici filhal vaki olan ve haddini tecavüz eden bir müdafaa ile akim bırakılan, bir hukuk ihlâli tasavvur edilsin, yani 212 numarada tasvir eylediğimiz, hodbahod hak alma meselesini kastediyoruz. Benzer hallerde, 49 ncu maddenin 2 numaralı bendinin harfiyen metni, müdafaayı müstelzim bir harekete sebebiyet veren kimse tarafından şahsi bir taarruz olmamakla beraber, meşru müdafaanın kabulüne aklen mani olmamak icap ederdi. Katil fiilini affettiren bir sebebin, aynı nispet dahilinde meselâ bir seddi yıkmayı mazur göstermemesi abes olurdu. Bu takdirde Ceza Kanununun 49 ncu maddesinin 2 numaralı bendi ile 376 ncı maddesini vücuda getiren umumi kaidenin EVVELİ BİTTARİK¹⁰⁴ tatbik olunması lâzımdır.

Berner hakareti mutazammın yazılara temellükün de haysiyete taalluk eden bir meşru müdafaayı teşkil edebileceğini beyan etmektedir.

222 — Cezanın kaldırılması için taarruzun yani bir kimseye karşı yapılacak olan fenalık yahut tehlikenin mevcut bulunması zaruridir. Tehdit olunan kimsede hemen icra olunacak korkusunu veren fiil veya hareketle beraber vukua gelmeyen sade bir tehdit, mukabil hareketin ceza mahiyetini ref ve izaleye kâfi değildir.

DERHAL İCRA OLUNMAK korkusunun kifayet edeceğini söyledik. Zira eski hukuk ve umumi telâkkiye göre hiç bir kimse kendisine vuruluncaya kadar beklemeye mecbur değildir. (Nemo tenetur expectare donec percutiatur).

Eğer hücum def edilmiş olur ve mütecavizin husumette ısrar edeceği ve geri geleceği hakkında makul bir sebep bulunmazsa, mütecaviz aleyhinde muahhar taarruzlarda bulunmakla meşru müdafaa halinin iddiasına meydan kalmaz. Bütün bu haller muhtelif şartlara ve maznunu harekete sevk eden hissiyata göre müdafaa haddini tecavüz veya tahrik hükümlerini meydana çıkarır.

Tehlikenin ani olması hakkındaki işbu kayda müteferri olarak diğerlerini bir katil fiiline sevk edenlerin mukabele hakkından istifade etmelerine imkân bırakılmamıştır.

(104) Evveli bittarik : Öncelikle, ilk yol olarak.

223 — 49 ncı maddenin 2 numaralı bendi tatbik edilebilmek için, aksülâmel¹⁰⁵ husule getiren taarruzun haksız olması lâzımdır.

Bir hakka müstenit olmaksızın yapılan taarruz haksızdır. Taarruzun haksız olması için bundan mütecavizin mes'ul olacağı düşünülmemesinin, haddizatında fiilin haksız bulunması kâfidir. Mukabeleyi istilzam eden fiil bir malihulya illetine müptelâ olan birisi veya bir sarhoş tarafından gelse bile, aksülâmel keyfiyeti kanunun emrine uyularak cezadan beri tutulur.¹⁰⁶

192 nci madde şerhinde daha iyi göreceğimiz veçhile resmi bir memurun keyfi hareketleri de haksız bir taarruz teşkil edebiliyor.

Taarruzun haksız olması zaruretinden, münazaaya sebebiyet veren muharrikin meşru müdafaaya istinat edememesi neticesi çıkar.

Mamafih ilk mütecaviz tarafındaki her haksızlık bütün teakup edecek¹⁰⁷ fiillerin kâmilten ona tahmiline sebep teşkil edemez. Ceza Kanununun 49 ncu maddesinin 2 nci fıkrasıyla 50 nci maddenin tatbikine mani olan haksızlık tetkik edilecek, son neticeleri ile bilhassa mütenasip olandır. Bir kimsenin hayatını tehlikeye koyduktan sonra mütecavizünaleyhin mukabelesi neticesinde hayatını tehlikede görerek karşısındakini öldüren için hiç bir mazeret sebebi mevzuubahs olamaz. Fakat ilk haksızlık, kendisine tevcih olunan kimse tarafından, zarureti gayri mütehakkik¹⁰⁸ ef'al ile karşılanarak ilk mütecavizde mukabele zaruretini uyandırabilir. Muteber olan âraya¹⁰⁹ nazaran hırsız veya zina edeni bastırıp, onların hayatını tehlikeye koyduktan sonra bunların müdafaa yolundaki mukabelesi neticesinde ölen veya yaralanan mal sahibi veya kocanın vaziyeti bu kabildendir. Sadece tahrike karşı hayata kast ile mukabelede bulunan mütecavizünaleyhin, tahrike sebebiyet veren kimse tarafından yaralanması veya öldürülmesi de buna misaldir. Bu gibi hallerde başlangıçtaki haksızlık, her iki hasmın karşılıklı fiillerinin son neticeleri ile mütenasip değildir. Hırsız, zina eden veya tahkir eden kimse başka birinin hayatına taarruz

(105) Aksülâmel : Tepki.

(106) Beri tutulmak : Uzak tutulmak, kurtarılmak.

(107) Teakup etmek : Arka arkaya gelmek, birbirini izlemek.

(108) Gayr-i mütehakkik : Tahkik edilmemiş, araştırılmamış.

(109) Âra : Reyler, oylar.

etmiyorlardı. Ve onları son harekete zorlayan mal sahibi, koca veya tahkir edilen kimsenin mukabelesi meşruiyet hududunu aşıyordu. Bu son hareketin bütün mes'uliyetinin merhametsizce onu işleyene yüklenmesi kat'i değildir. Asıl bu gibi hallerde ilmi içti-hadlar ve kazai kararlar, müdafaada tecavüz noktasının tatbikini kabul etmektedirler. Bittabi hadiseye sebebiyet veren ilk fiilin mes'uliyeti istisna edilmek şartıyla son hareketin mes'uliyetini bertaraf etmeye kadar varanlar da vardır.

224 — Karşılıklı taarruzlara dair ileri sürülen mütalâanın tahrik bahsinde gözetilmesi için biraz evvel dermeyan olunan mülâhazalar üzerinde ısrar eylemeyi münasip addederiz. 51 nci maddede mevzuubahs hafifletici sebep için de kanun, haksız tahriki şart koymaktadır. Binaberin¹¹⁰ bu hususta yukarıda arz edilen ve şiddetlenen münazaalara taalluk eden mülâhazatın da tatbik olunması lâzımdır.

Yalnız şu farkla ki: 49 ncu maddenin 2 nci fıkrasıyla, 50 nci maddede mevzuubahs olan meselelerde fail, müdafa maksadı ile hareket ettiği halde 51 nci maddede bir kinin tatmini için, taarruz etmektedir. Bunu ancak Niccolini'nin sözlerini derhatır ederek¹¹¹ daha iyi anlatabiliriz: «Vukuu esnasında kavga yalnız ademi tenezzül ve istihkarı¹¹² mutazammın hareketlerden ibaret iken, karşılıklı suçlarla kanlı fiillere intikal ederse, bunu bir cürüm ile tahrik etmiş olan kimse, ancak kendi tarafından tamamı ile sebebiyet verilmişlerinden mes'ul olabilir. İmdi¹¹³ tahrik hududu dairesindeki müte-kabil taarruz ve tahkir halinde böyle bir mukabelenin müsebbibi tamamiyle muharrik ve bunun ilk hareketi bulunmakla ceraimi vakianın kabahati daima ve tamamiyle ve her halde kendisinin değilse bile büyük bir kısmının kendisine raci olduğu muhakkaktır. Fakat birincisi sadece bir tahkir üzerine tahrikin hududunu tecavüz edecek tarzda hareket ederse bu tecavüzün yegâne sebebi tahkirden neş'et etmiş olmayıp, tahkiri kendisine fırsat ittihaz etmiştir. Bunun asıl neş'et sebebi mübalâğalı bir surette hareket eden failin ruhundadır.

(110) Binaberin: Bundan dolayı, bunun üzerine.

(111) Derhatır etmek: Hatırlamak, anımsamak.

(112) İstihkar: Hor görme, hakir görme.

(113) İmdi: Buna göre, şu halde.

Bittabi şu mülâhazalar, fevkalâde dikkat ve itina ile tatbik olunmalı ki mütecavizler, kendi fiillerinin neticelerine karşı himaye mazhar olmasınlar ve tecavüze duçar olanlar, vaki cürümden dolayı bir felâketten müteallim olurken kolay kolay kendi hallerine bırakılmasınlar ve muhik bir nefsanîyetin¹¹⁴ tabii teheyücatın¹¹⁵ zebunu¹¹⁶ olmasınlar.

225 — 49 ncu maddenin 2 nci bendinde mevzuubahs olan diğer şart esası da müdafaada, ZARURET olmasıdır. Bu zaruret, gerek aksülâmel ile onu doğuran taarruz arasındaki nispet ve gerek onu başka suretlerle bertaraf etmek mümkün olup olmadığı noktai nazarıdan tetkik edilmelidir.

Aksülâmel ile taarruz arasındaki nispete, tatbikatta tesadüf olduğu veçhile maddi noktai nazardan bakılmamalıdır. Meselâ müdafaada; cerh için cerh tehlikesi, katil için de katil tehlikesinin mevcudiyeti araştırılmıştır. Bil'âkis tecavüz dakikasında, failin kullanabileceği vesaiti, muhakkak tehlike karşısında başka türlü hareket imkânının mevcut olup olmadığını ve —ileride daha iyi göreceğimiz veçhile— kendi haleti ruhiyesini nazarı tetkike almak lâzımdır.

Tehlikenin GAYRİ KABİLİ İÇTİNAP bir mesele olmasına gelince: En muteber ceza hukuku müellifleri bu şartın tahakku için tehlikenin evvelden tahmininin gayri mümkün olmasını şart addeylemekte ve tehlikenin kat'i ve fakat evvelden tahmini kabil olduğu takdirde ona karşı durmanın hata olduğunu söylemektedirler. Meşru müdafa, hak yerini haksızlığa bırakamaz tarzında olan basit mefhumu ile ortada mevcut oldukça bu kaide hiç olmazsa bu kadar mutlak bir tarzda kabul edilemez. Haksız bir hücumun evvelden keşfedilebilmesi ihtimali, onun haksızlığını gidermez. Aksi tarzda düşünülecek olursa, gece yolculuğu esnasında hücum maruz kalacağını düşünerek yanına silâh alan bir adam filhakika bir taarruza uğrayarak silâhı kullandığı takdirde, meşru müdafa halinde olduğunu iddia edememelidir.

Bu ifadeler aksülâmeli meşru kılan tehlikeyi tevhit eden şartlara dairdir.

(114) Nefsanîyet: Düşmanlık.

(115) Teheyücat: Heyecanlanmalar, coşkunluklar.

(116) Zebun: Zayıf, düşkün, argın.

Taarruzun gayri kabili içtinap olması meselesine gelince : Bu, haksız bir taarruz karşısında bulunan kimsenin maddeten bir suç teşkil edebilecek şekilde bir aksülâmele tevessül etmeksizin o taarruzdan tevakkı etmesindeki imkân noktai nazarından tetkik edilmelidir. Müdafanın bu son kıtası Carrara tarafından «tehlike kat'i olmalıdır» düsturu ile ifade edilmiştir. Yani rica, metih veya kaçma suretiyle içtihap imkânı olmamalıdır. Bu meşhur ceza müellifi, tehlikedeki kat'i mahiyeti izale etmek için bu vasıtaların hakikaten faydalı olduğunun ve mütecavizünaleyhin ruhunda böyle olarak, bu suretle tezahür eylediğinin tahakkuku lâzım geldiğini de ilâve etmektedir.

Kaçmaya gelince : Yine Carrara bu hususta müelliflerin reyleri arasındaki tehalüfün büyük olduğunu beyan etmektedir. Bunlardan çoğu, KAÇMAK İMKÂNI, KAÇMAK MECBURİYETİNİ tammun ettiği ve kaçmayıp kendisini müdafaa eden kimse için meşru müdafaa hükmünün kabul olunmayacağı noktai nazarını reddederler. Muayyen bir yeri müdafaa için emir alan bir kimse hakkında kaçmak mecburiyeti hiç bir zaman varit olamayacağından sarfı nazar, bizde korkaklığın, kanuni bir kaide mertebesine yükseltileceğini zannetmiyoruz. Haksız hücumdan müdafaa hakkı doğar. Fakat bazı müellifler, mütearrızın bir sarhoş, bir deli, bir çocuk, bir zabıta memuru olduğu halini istisna etmek istemektedirler.

Bu tefrik ahiren¹¹⁷, akıldan mahrum bir kimsenin önünden kaçmak bir alçaklık olmadığı ve diğer taraftan bir deli ve gayri mes'ul tarafından vaki bir taarruzun, akli başında bir şahsın taarruzu halindeki hissiyatın aynını tevhit etmediği mütalâasını beyan eden Trébutien tarafından da terviç edilmiştir.

Ne bu mütalâalar, ne de diğer mülâhazalar haksız bir taarruzun faili olan zabıta memurunun (Forra Pubblica) önünden kaçmak mecburiyetini asla ispat edemeyecektir. Ve aynı müellifin işaret eylediği diğer ihtimallerde de kendisince terviç edilen kaide, münferit hadiselerde meselenin sübjektif cihetini ve kendisini müdafaa edenin haleti ruhiyesini de nazarı itibara almak icap edeceğine nazaran sureti mutlakada kabul edilemez.

Macaristan Temyiz Mahkemesinin bir kararı, kaçmak imkânının meşru müdafaa vaziyetini bertaraf edemeyeceğini tasdik et-

(117) Ahiren : En son olarak.

mekle beraber mütecavizünaleyhin mütearrızın oğlu olması halini bundan istisna eylemiştir. Fakat bu istisnaya Heil tarafından kuvvetli esbabi mucibe ile itiraz olunmuştur. Usul¹¹⁸ aleyhine işlenen katil ve müessir fiillerde hiç bir hafifletici sebep kabul edilemeyeceğine dair Sardunya Ceza Kanununun 568 nci maddesinde zikredilen hüküm, İtalyan Ceza Kanununda tekrar edilmediğine göre mevzuubahs istisna, bizim kanunumuza nazaran da kabili tasvip değildir.

226 — 1887 tarihli Nezaret Projesinin 50 nci maddesi, 1 nci kısmında meşru müdafanın, mukabele, meşru müdafaa şartlarını tayin ettikten sonra müdafaa haddinin tecavüzü, taarruz veya tehlikeden mütevellit olan ruhi teşevvüş neticesi olduğu takdirde, failin cezadan berî tutulacağını tasrih etmekte idi.

Bu hüküm kanunda tekrar edilmemiştir : Her ne kadar mantıki bir mefhuma mutabık bulunmakla beraber mazeret, esasen sübjektif bir mahiyeti haiz ve bu itibarla failin haleti ruhiyesine bağlı bulunduğundan, suiistimal olunan tabirlerin müphem ve elâstiki olması hasebiyle kanuna dahil edilmesi, evvelden tahmini gayri mümkün tefsirlere meydan açacağından dolayı, bunun fazla olacağı mütalâa edildi. Bu itibarla kanun, 1887 tarihli projenin 50 nci maddesinin, son hükmünü ve bu hükmün mülhem olduğu mefhumu reddelediği için değil, belki cezayı kaldıran zaruret halinin sübjektif noktadan takdiri meselesini, kanuni bir hüküm ile hal etmeye lüzum gördüğünden dolayı bir tarafa bırakmıştır. Kanunun kat'i metni hakkındaki raporun zikrelediğimiz ifadeleri de kanun vazımız nazarında müelliflerin reylerine ve mahkemelerin içtihadlarına mutabık olan esasın bütün kuvveti ile baki kaldığı görülür. Hüsnü ahlâk ve akli selim de bunu amirdir. Filhakika aleyhine mukabelede bulunan kimsenin meşru müdafaa iddiasını serdeylettiği tehlikenin hakikatı, dava esnasında hâkim tarafından soğukkanlılıkla yapılacak kat'i hesaplarla değil, tehdit intibâi ve muhakkak tehlike altında bulunduğu sırada mütecavizünaleyhin makul kanaati ile ölçülmek lâzımdır. Ve mazeretlerde zannolunan şeyin hakikate muadil olduğu esası, yalnız zaruret nazariyesinde değil, diğer mazeret sebeplerinde de tatbik olunur.

Carrara gayet doğru olarak diyor ki : «Korkunun metin bir kimseyi de korkutması (qui cadat in virem constantem) lâzım gel-

(118) Usul : Altsoy, füru karşıtı.

diğine dair olan ve bir çok defalar tekrar edilen eski nazariye yanlışır. Zira, adalet nazarında hadisenin sübjektif cihetten hesap olunması lâzım geldiği halde korku, mücerret bir noktai nazardan tetkik edildiği için tatbiki tehlikelidir. Tehlikenin üzerine geldiğini gören kimse SABUR¹¹⁹ BİR ADAM olmayıp da korkak olursa siz onu MÜCRİM veya fena olduğu için değil korkak bulunduğundan dolayı tecziye ediyorsunuz. Benim korktuğum ve korkmak-taki manasızlığı takdir etmediğim ve meşru bir şey yapıyorum kanaatiyle hareket eylediğim sabit olduktan sonra başkalarının benim yerimde korkup korkmayacaklarının aranılmasında ne fayda vardır.»

1887 tarihli projeye dair Ayan Encümeni mazbatasında şöyle deniyor : «Bu korku, objektif noktai nazardan hiç bir tehlikeye maruz kalmayacak olan kimsede de mes'uliyeti cezaiyeti ref edecek bir mahiyet iktisap edebilir. Meselâ : Bir kimse yakın mesafede bulunan birisine karşı, bir silâh yakalayıp yüzüne nişan alsa, silâhın hakiki hali bilinmedikçe, dolu olsun olmasın nişan alınan kimsede uyanan haklı ve ciddi korku daima aynidir ve meseleyi takdir edecek olan hâkim; fiilin işbu hususi vasıflarına nazaran bu korkunun ciddiliğine kanaat getirdiği takdirde hadiselerin nevine göre ya tamamen veya kısmen cezayı kaldırıcı hususi ve müspet tezahürlerinden biri karşısında bulunacaktır.

227 — Failin ihtisasatına nazaran, korku cezayı kaldırıcı bir sebep olabiliyorsa da bazan nazariyatta ve mehakim içtiadlarında görüldüğü veçhile mukabelenin ceza mes'uliyetini ortadan kaldırması için korkunun esaslı şart gibi lâzım olduğu mugalâtasına¹²⁰ düşmekten içtinap etmek lâzımdır. Korkmuş bir kimsenin haleti ruhiyesi, fiilinin her hangi bir mahiyeti cürmiyesini izale ettiğinden cezadan berî olması başkadır. Kanunun 49 ncu maddesi mucibince cezanın ortadan kaldırılması için, failin tehlike önünde şaşırmış bulunması hali de başkadır. Bu şart lâzım değildir : Soğukkanlılıkla ve aklını kaybetmeksizin kendisini müdafaa eden bir kimseye 49 ncu maddeye tevfi kan ceza verilemez. Şu şartla ki o kimsenin tehdit olunduğu zararın haksızlığına dair olan şartlar ile kendini hemen müdafaa eylemesi zarureti tahakkuk etsin.

(119) Sabur : Çok sabırlı.

(120) Mugalâta : Yanıltmaca.

228 — 49 ncu maddenin 3 numaralı bendi ZARURET HALİN-DEN bahsetmekte olup, evvelce işaret kılındığı veçhile, aynı maddenin 2 nci bendinden farklıdır. 2 nci bentte haksız bir taarruza karşı TEPKİDEN bahsedildiği halde 3 ncü bentte, mücbir kuvvet veya tesadüf misillü ve faili tehlikeyi def zaruretine ilka eden¹²¹ bir hareket tasavvur olunmaktadır.

ZARURET HALİNİN TAHAKKUKU için kanunun istediği şartlar : Kendisinin veya başkasının nefsinin tehlikeden kurtarmak zarureti —bu tehlikenin ağır ve muhakkak olması— failin bu tehlikeye kendi ihtiyariyle sebebiyet vermemiş bulunması ve tehlikeden başka türlü korunma imkânsızlığı.

49 ncu maddenin 2 nci bendinin şerhine dair verilmiş olan tafsilât biraz evvel mevzuubahs ettiğimiz şartlar içinde ayrıca tafsile lüzum bırakmamaktadır. Aksi hal söylediklerimizi tekrardan ibaret olacaktır. Buraya ilâve edilecek bir şey varsa o da, 49 ncu maddenin 3 ncü bendinin tatbiki mevzuubahs olduğu vakit tehlikenin kaçınılmaz olması ve onun defi zaruretine dair olacak tahkikatta azami dikkat ile hareket edilmesi lüzumudur. Çünkü bu takdirde, failin hakkı masum bir kimsenin hakkı ile tesadüm¹²² halindedir. Yoksa kendi haksızlığı yüzünden müdafaa zaruretine sebep olan kimsenin hakkı ile değil.

229 — Zaruret hali; ya başkasının haksız bir fiili dolayısıyla tehlikeye maruz kalan kimsenin kurtulması için, tehdide yabancı ve masum olan birisi zararına olarak hareket eylemek zaruretinde bulunması veyahut hadise veya mücbir kuvvet başkasının hakkını ihlâl etmeksizin onu kurtulamayacak vaziyete düşürmesi suretleriyle tahakkuk eder. Öldürmek için kendisini takip eden bazı canilerin elinden kurtulmak maksadiyle, gayet sür'atle koşan bir adamın, koşarken yolda rast geldiği masum bir takım kimseleri ızzar etmesi halinde, o adama ceza verilemez. Yangın veya zelzele dolayısıyla bir tiyatrunun yıkılacağı tahakkuk ettiği zamanda kendini dışarı atmak üzere kapıya koşarken; kaçmak için orada toplanmış olan adamları, kendisinin ezmesi veya boğması halinde o kimseye ceza verilemez. Donmuş kimseleri kurtarmak için bir ağacı yıkıp ateş yakan şahıs cezalandırılmaz. Bütün müellifler

(121) İlka etmek : İtmek, sevk etmek.

(122) Tesadüm : Müsademe, çarpışma, tokuşma.

buna misal olmak üzere gemi batarken, felâket arkadaşının elinden yegâne tahlis¹²³ vasıtasını kapan adamın halinden bahsederler.

45 nci madde şerhinde ameli misallerle zaruret halinin, bir kabahati de nasıl mazur göstereceğini görmüş idik. Bu itibarla, acele bir yardım için hayvan veya arabayı büyük bir sür'atle süren kimse Ceza Kanununun 482 nci maddesine istinaden cezalandırılmaz.

49 ncu maddenin 3 ncü bendi, failin tehlikeye kendi ihtiyarıyla sebebiyet vermemiş olmasını şart etmektedir. Yangın çıkaran bir kimse; ateş tehlikesinden kurtulmak için, ihlâl edeceği hukuk veya istimal edeceği cebirden dolayı 49 ncu maddenin 3 ncü bendi hükümlerini ileri süremez.

Kanun, BİLİHTİYAR sebebiyet verilen tehlikeden bahsettiği zaman, failin tehlikeyi doğuran hadiseyi İSTEYEREK yapmış olduğu manasını anlamalıdır. Meselâ: Yangın halinde ona adi hata yüzünden sebep olan kimse için cezanın ref edildiği vaziyet kabul olunmalıdır. İmpallomeni haklı olarak diyor ki : «Müştail¹²⁴ maddelerin yakınında ihtiyatsızca ateş yakarak tevhit ettiği yangından diğer bir hakkı feda ederek kurtulan adama yüklenecek bir cezanın işbu fiillerin işlenmesine mani bir tesiri olduğunu anlayamıyoruz.»

ZARURET meselesinde; açlık dolayısıyla işlenmiş olan hırsızlığın cezalandırılıp cezalandırılmayacağı meselesi münakaşa olunmuştur. Chauveau, Elié; cemiyetin şimdiki halinde böyle bir şeyin gayri mümkün olduğunu söylemek suretiyle işin içinden çabukça çıkmışlardır. Onlar İMKÂNSIZLIĞINDAN değil, MÜŞKİ-LÂTTAN bahsetmeli idiler. Açlık tesiri ile işlenen hırsızlık hali, bu tarzda kat'i surette inkâr edilemez. Böyle bir halin tahakkukunda mazereti kabul etmek adalet muktezasıdır. Fransada Reis Magnaud tarafından verilen ve takdire şayan olan kararlar, Chauveau ve Elié'nin hafif nazariyesi ile tezat teşkil etmektedir.

MADDE : 50 (50) [Kırkdokuzuncu maddede beyan olunan şartlar dahilinde bir fiili işlerken, kanunun veya salâhiyettar makamın veya zaruretin ta-

(123) Tahlis : Kurtarma.

(124) Müştail : Yanan, tutuşan, alevlenen.

yin ettiği hududu tecavüz edenler; işlenen suç için tayin edilen ceza müebbet ağır hapis olduğu takdirde, altı seneden az olmamak üzere hapis ile cezalandırılırlar.

Sair hallerde asıl suça mürettep olan ceza; altıdabirden eksik ve yarıdan ziyade olmamak üzere indirilir ve ağır hapis, hapse ve amme hizmetlerinden müebbeten men-nuiyet, muvakkat mahrumiyete tahvil olunur.]

§

Hulâsa : 230 — Müdafaa hududunu tecavüz; nazariye. 231 — Müdafaa hududunu tecavüzün şartları. 232 — Müdafaa hududunu tecavüzün cezaları. 233 — Müdafaa hududunu tecavüz, tahrik ile kabili telif midir?

§

230 — 50 nci madde MÜDAFAA HUDUDUNU TECAVÜZDEN yani bundan evvelki maddede açıklanmış şartlar dairesinde, bir fiili işlerken kanunun veya salâhiyettar makamın veya zaruretin tayin ettiği hududun tecavüzünden bahsetmektedir.

Kanun, bundan evvelki maddede mezkûr bütün şartlara, atıfta bulunduğuna nazaran müdafaa hududunu tecavüz, gerek kendisini müdafaa ve gerek başkasını müdafaa halinde olabilir. Binnetice, fiile bağlı şartlardan olmak itibarıyla bütün iştirak edenlere şamil bulunur. Müdafaa hududunu tecavüz, gerek zaruret halinde, gerek haksız bir mütecavizin taarruzuna mukabelede, kanunun veya meşru bir makamın emrini ifada da mevzuubahs olabilir. Bu itibarla zabıta memurlarından birisinin zaruret olmaksızın silâhını kullanması, müdafaa hududunu tecavüzdür ve 50 nci maddede hükümlerine tevfiқан cezalandırılır.

Müdafaa hududunu tecavüz nazariyesi, binnetice mücrimi, namuslu olan kimse ve mütecavizi, mütecavizünaleyhin zararına olarak himayeye mazhar eylediği beyaniyle pozitivist mesleği tarafından boş ve lüzumsuz bir nazariye telâkki olunarak tenkit edilmektedir. Aynı itirazlar, Ayan Meclisinde, Ceza Kanununun müzakeresi sırasında ve 2 Mart 1875 tarihli celsede Pescatore tarafından da serdedilmiştir : «Meşru müdafaanın icap ettirdiği bir fiilin

cezalandırılmayacağını beyan etmekle gayet mukaddes bir esas koyuyorsunuz. Sonra meşru müdafaa şartlarını tarife geçiyorsunuz ve onu her şeyden evvel mütecavizin menfaati noktaî nazarından tarif ediyorsunuz. Adeta mütecavizünaleyhe diyorsunuz ki : Evet; kendini müdafaa etmeye müsaade veriyorum. Fakat bil ki müdafaa ancak ve yalnız hücumu def için zaruri olduğu kadar meşrudur. İşte bu mütecavizin hukukunu siyanettir¹²⁵.» Binnette Pescatore Alman Ceza Kanununun 53 ncü maddesini takliden —ve sonradan 1887 tarihli projede 50 nci maddeye ilâve edilen son fıkra ile yapıldığı veçhile— teşevvüş ve korkudan münbais müdafaa hududunu tecavüzün cezalandırılmayacağı hakkında bir hüküm ilâvesini talep ediyordu.

Eula teşevvüş; mütecavizünaleyhin müdafaasında riayet edeceği hududu, tefrikten sureti kat'iyede kendisini men edecek derecede olursa, kanunun açık bir hükmüne lüzum olmaksızın, müdafaanın meşru bulunduğu kabulü mümkün olduğu ve o takdirde hududu tecavüzün artık cezalandırılmayacağı tarzında olarak Pescatore'ye cevap vermiştir.

Bu beyanat, 1887 tarihli Zanardelli projesinin 50 nci maddesinin son fıkrasının hazfını intaç eden mütalâalar ile birleştirildiği takdirde kanunun 50 nci maddesinin doğru bir tarzda tatbiki için icap eden kıstası verir.

231 — Mamafih, müdafaa hududunu tecavüzün mevcudiyeti için, failin haleti ruhiyesinin müdafaaya matuf olması ve kendisini müdafaa mecburiyetinde bulunması lâzımdır. Failin niyeti, fiilin tarzına ve haleti ruhiyesine nazaran ciddiyetini muhafaza eden bir tehlikenin def'inden ziyade, bir kin hissinin tatminine matuf ise, MÜDAFAA HUDUDUNU TECAVÜZ den ziyade TAHİRİK HALİ mevzuubahstir.

Bundan maada 50 nci madde, kanunun veya salâhiyetkar makamın veya zaruretin tayin eylediği hududun tecavüzünü şart koymaktadır. Fakat işlenen fiil ile ona sebebiyet veren fiil arasında nisbetsizlik bulunduğu zaman, meşru müdafaa halinin ortadan kalkarak mevkiini yalnız cezayı tahfif eyleyen müdafaa hududunu tecavüz haline terk eylemiş olması failin sübjektif haline bağlıdır. Eğer failin sübjektif hali, tehlike karşısında vücudunun azasını

(125) Siyanet : Koruma.

serbestçe kullanacak ve melekâtı akliyesini serbestçe idare edecek derecede ise müdafaa hududunu tecavüzden bahsedilebilir. Aksi takdirde fiilin maddi nisbetsizliği, cezanın ref'ine mani teşkil etmez. Tekrar edelim : Hâkim, dava sırasında salim bir dimağla yapacağı ince tecrübelerle dayanarak hüküm vermemelidir.

Bil'âkis hadisenin vukuu sırasında failin ahvali ruhiyesine nazaran muhakkak olan tehlikenin tesirlerini temyize muktedir olup olmadığına bakarak hükmetmelidir. Aksi surette hareket edildiği halde, fiili asli yani manevi zorlama ile müdafaa aksülâmelinin maddi neticeleri, riyazi kat'iyetle aranıldığı takdirde, mücrimi bulunmayan bir suni suç meydana çıkarılmış ve ne hukuki bir fikrin ve ne de ahlâkın zaruri telâkki edemeyeceği bir ceza tatbik edilmiş olur. Tazmin ve telâfisi mümkün bir cürüm mevzuubahs olduğu zamanlarda müdafaa hududunu tecavüz, ancak hukuki tazminata sebep olabilmelidir.

Bu hal, kabul edildiği takdirde gayri hukuki bir maksatla hareket etmeyen bir kimse aleyhine ceza davası için kâfi sebep kalmaz. Nitekim bu yolda verilmiş kararlar da vardır.

232 — Müdafaa hududunu tecavüz suretiyle, işlenen suç, ahvali adiyede kanunun tayin eylediği cezalardan daha aşağı cezalarla cezalandırılır. İşlenen suç için muayyen ceza, müebbet ağır hapis olduğu takdirde altı seneden aşağı olmamak üzere hapis cezası verilir.

50 nci madde, cezanın azami haddi hakkında hiç bir şey söylemiyor. Bu halde hapis cezası (Madde 15) yirmidört seneye kadar gidebilir. Kanun, müdafaa hududunu tecavüze cezayı tecavüz suretiyle mukabele etmektedir. Diğer hallerde kanunen muayyen ceza altında birden aşağı ve yarıdan yukarı olmamak ve ağır hapis yerine daima adi hapis ikame edilmek üzere tenzil olunur. Ammê hizmetlerinden müebbeten mahrumiyet cezası da muvakkat mahrumiyete ve müddet hakkında maddede açıklık olmadığı cihetle yani üç aydan beş seneye (Madde 20) tahvil olunur.

233 — Müdafaa hududunu tecavüz halinin tahrik ile kabili telif olup olmadığı, daha doğrusu aynı fiil için aynı zamanda bu iki hafifletici ceza sebebinin, birlikte kabul edilip edilemeyeceği meselesi münakaşa olunmuştur. Mahkemelerin içtihadı, bu meseleye umumiyetle hayır diye cevap vermektedir. Bu bizce de doğru.

dur. Aynı muharrik sebep iki mazerete meydan veremez. Müdafaa hududunu tecavüz, sade tahrikten daha tesirli bir hafifletici sebeptir. Fazla ve noksanı ihtiva ettiği cihetle müdafaa, tahriki de muhtevidir.

MADDE : 51 (51)

[Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazabın veya şedit bir elemin buhran ve tesiri altında bir fiili işlerse, o suç için muayyen ceza müebbet ağır hapis olduğu takdirde yirmi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkûm olur.

Sair hallerde işlenen suçun cezası üçte bir nisbetinde azaltılır.

Tahrik ağır olursa müebbet ağır hapis yerine on seneden yirmi seneye kadar adi hapis hükmolunur. Ve sair cezalar, ağır hapis yerine hapis ve amme hizmetlerinden müebbeten memnuiyet yerine muvakkat memnuiyet kaım olmak üzere yarıdan üçte ikiye kadar azaltılır.]

§

Hulâsa : 234 — Tahrikin bütün suçlara kabiliyeti tatbikiyesi. 236 — Tahrikin şartları. 237 — Buhran. 238 — Tahrikin haksızlığı. 239 — Hafif tahrik ve ağır tahrik. 240 — Tahrik üzerine işlenen suçların cezası. 241 — Tahrikin sair sübjektif haller ile telif kabiliyeti.

§

234 — Mazeret sebebi teşkil eden TAHRİKİN kanuna geçtiği sırada 49 ncu ve 50 nci maddeler hakkındaki münakaşalar, baş gösterdi. Meclisi Meb'usan Encümeni; tahrikin Sardunya Kanununda olduğu gibi, şahıs aleyhindeki suçlara müteallik olan hususi kısmında değil; elem veya gazabın buhran ve tesiri, hürriyet, mülkiyet vesaireye karşı işlenen suçlarda da bulunabileceği cihetle, umumi kısma ithal edilmesi fikrinde bulundu. Ayan Encümeni ise, bilâkis Sardunya Kanunu sistemine rücuu iltizam ediyordu¹²⁶. 49

(126) İltizam etmek : Kayırmak, tutmak, gerekli bulmak.

ncu ve 50 nci maddeler hükümlerinin umumî kısma ithalini icap ettiren mütalâalara müsteniden tahrikin, umumî kısma derci tarafı galip geldi. Bu itibarla, kanun; tahrikin hangi fiiller hakkındaki tatbik edileceğine dair tefrikte bulunmamaktadır. Tahakkuk eden yasak fiil her hangi şekil ve mahiyette olursa olsun, haksız tahrikten mütevellit elem veya gazabın buhranı, failde ruhi bir amil olarak bulunmuş ise 51 nci maddenin emreylediği ceza tertibinin tatbik edilmesi lâzımdır.

235 — 51 nci madde, gerek gazabın ve gerek elemin buhranını mevzuubahs etmektedir. Bunların her ikisi de ayrı ayrı ihtimallerdir : Şöyle ki bunların münce oldukları cezai neticelerin bir olması itibariyle her ikisinin de birbirini müteakip ve fakat aynı zamanda jüriye sul olunabileceğine karar verilmiş ise de, vuku bulan iddia ve müdafaa muhassalasının¹²⁷ yardımıyla 51 nci maddede yazılı ihtimallerden, bilhassa birini göstererek tahrike dair, sul irad olunabileceği de tayin olunmuştur.

İhtiras (passione) tesiri olarak işlenen bazı memnu ef'ali mahsusa ayrıca ceza kanununun hususi kısmında da mevzuubahs edilmiştir. 237 nci maddeye göre, ağır bir hakaret veya hicabın tesiriyle düelloya davet için ceza verilemez. 240 nci maddede düellonun cezası da aynı sebeplerden dolayı azaltılmıştır. 377 nci madde koca veya karı; usulden birisi, erkek veya kız kardeş tarafından meşhuden zina veya gayrimeşru karı koca hayatı (illegittimo concubito) halinde yakalandıkları takdirde, karı veya kocadan veya fûruğdan biri erkek veya kız kardeş ve zinanın asli faillerinden biri veya her ikisi aleyhinde işlenen katil veya cerh fiillerinin cezası hafifletilmiştir. Bu maddelerde açıklanmış olan şartlar tahakkuk ettiği takdirde umumi bir hak; hususi haklar karşısında nasıl mevkiini terk ederse 51 nci maddede o şartlara mevkiini terk eder.

1883 tarihli Zanardelli projesi (232 nci maddenin 1 nci ve 2 nci fıkraları) ve ona benzeyen Sadelli projesi (337 nci maddenin 1 nci ve 2 nci fıkraları) ile gazabın feveranından maada haklı elem feveranından da bahsediyorlardı. Yalnız şu farkla ki bu Sadelli projesinin umumi kısmında değil, şahıs aleyhindeki fiiller sırasında zikredilmiştir.

(127) Muhassala : Elde edilen sonuç, bileşke.

Pessina'nın fikrince HAKLI ve ŞİDDETLİ ELEM tabiri, gayri muayyen ve binaenaleyh tehlikeli olacak derecede müphemdir. İşbu müellif, failin haklı ve şiddetli elem altında hareket edeceği kabul edilen halin, Sardunca Ceza Kanununun 561 nci maddesinde açıklanmış olan kimseler tarafından zina ve fiili şen'i¹²⁸ (stupro) hallerinde yakalanmış olması hali olduğunun tadat kılınmasını teklif etmiştir.

Fakat Pessina'nın sonradan 1887 tarihli Zanardelli projesi hakkındaki ayan raporunda tekrar edilen fikirleri; ne son projede ve ne de kanunun kat'i metni kararlaştırıldığı zaman kabul edilmemiştir. 1887 tarihli Zanardelli raporunda diyor ki: «HAKLI VE ŞİDDETLİ ELEM tabirinin HAKSIZ TAHRİK tabirinden daha tehlikeli olduğunu zannetmiyorum. Hususiyle ELEMİN mazeret sebebi olması için FEVERAN neticesi olarak husule gelmesi lâzımdır. Haksız TAHRİKİN bulunduğu yerde haklı ve şiddetli bir elem, kuvvetli bir hissin feveran neticesi olarak insanı fiile sevk eder. Muhterem Pessina, diğer taraftan sureti umumiyede ilmin kabul eylediği tefrikin doğruluğunu da inkâr edememektedir. Fakat başka fiillerde nazarı dikkate alınmak lâzım geldiği halde Pessina'nın arzu ettiği tarzda onu yukarıda zikredilen iki hale yani zina ve fiili şen'i maddelerine hasreylemek bana mühim mahzurlardan gayri salim gibi görünmektedir. Filhakika, tecrübe gösteriyor ki, 1859 kanununun tatbiki sıralarında, fiil bir hakarete karşı gazabın ani feveranı neticesi olmayıp evvelce ve belki çok zaman evvel vaki ve fakat yaralı ruhu, daima tazyik ve tahrik ederek veya bir zaman sonra birden bire ruhen daha şiddetli hissedilmiş olan ağır bir tecavüzün neticesi bulunduğu zamanlarda, adalet müşkil mevkide kalmakta idi. Feveran, hakaretin ani bir neticesi olmak lâzım geldiğine nazaran bu takdirde gazabın feveranı vardır; denilemezdi ve meselenin vahametine nazaran bu halde yalnız esbabı muhaffifei adiyeyi kabul etmek gayet hafif düşerdi. O kadar ki jüri daima gayri kabili mukavemet kuvvet sualini kabul etmek suretiyle müşkilâtı hallediyordu.»

236 — 51 nci maddenin tatbik edilebilmesi için, fiilin gazap veya haklı elemnin buhran ve feveranı esnasında işlenmesi ve bunun haksız tahrikten mütevellit bulunması lâzımdır. Gazap ve elem, gerek faile gerekse failden gayri bir kimseye karşı vaki olan

(128) Fi'l-i şen'i: Kötü fiil, ırza geçme.

tecavüz veya fenalıklardan tevellüt edebilir. Kanunun aradığı şey, haksız bir tahrikin uyandırdığı elem veya gazap neticesi olarak failin fiile sevk edilmiş olmasıdır. Bu haksız tahrikin; fail aleyhi-ne veya ana babaya veya onun için sevgili diğer bir mahluka ve hatta lehinde insani hissiyatın uyandırdığı bir ecnebi şahsa karşı olması farksızdır ve kanun bu bapta hiç bir tefrik yapmamaktadır.

Bu itibarla, tahrikin hemfiil ve fer'an zimethallere¹²⁹ sirayet etmeyeceği mealindeki hükümleri ihtiyatla telâkki etmek mecburiyeti vardır. İhtiyatla diyoruz, çünkü hadisenin hususi şartlarına nazaran hemfiil veya fer'an zimethallerin, feveran saikasıyla hareket eyledikleri takdirde mazeretin onlara sirayetini kabul eden başka kararlar da mevcuttur.

Bundan başka kanun, gazap veya elemi tahrik eden sebebin ne olduğunu söylemiyor. Yeni kanun, tahriki yalnız ağır darbeler ve tecavüzler için kabul eden Fransız Kanunundan (Madde 321) bu itibarla ayrılmaktadır. Fransız mahkemelerinin içtihadı, hakaretler ve lisani tehditlerde haksız tahriki kabul etmemektedir. Bu hususta İtalyan Kanunu, AĞIR tahriki şahsa karşı darbeler ve tecavüzlerle tehdit ve hakaret hallerine hasr suretiyle kabul eden, Sardunya Kanunundan da ayrılmıştır. Hiç bir tahdit koymayan 51 nci maddenin metni karşısında hâkimler, takdirlerinde tamamiyle serbesttirler. Her hangi bir fiilden mütevellit olursa olsun failin ruhunda gazap veya elem hissinin doğması kâfidir. Bu itibarla İtalyan Kanununun tatbikinde tahrik ve onun ağırlığı hükümden sakıt olur. 1859 tarihli kanuna tevfikân tahriki hususi şeraiti maddiyede arayan hükümler, pek haklı olarak şiddetle tenkit edilmiş ve bir kardeşin yaralanmasından hasıl olan ruhi heyecanın tahrik teşkil ettiği kabul olunmuştur.

237 — Fakat, failde yalnız bir gazap veya elem hissinin bulunması kâfi değildir. 51 nci maddeye göre failin, gazap veya elemnin feveranında fiili işlemiş bulunması lâzımdır.

Sureti umumiyede, tahrikin kabulü için tahrik eden sebep ile aksülâmelin aynı zamanda vuku bulması lâzım geldiği söylenmektedir. Fakat, gazap ve elem gibi iki sebepten mütevellit mazeretin kabûlüne dair Zanardelli raporundan (numara 235) naklettığımız sözler gösteriyor ki kanun vazımızın fikrine göre BUHRAN HA-

(129) Fer'an zi medhal: Yardımcı.

DİSESİ, adeta kronometre ile ölçülmemelidir. Tahrik hususunda hükme medar olacak kıstaslar saatte değil, mazeret sebebinin hukuki ve ahlaki mahiyetinde aranılmalıdır. Bundan evvelki kanunlar zamanında teessüs eden içtihadta tahrikin kabul edilebilmesi için, aksülâmelin ani olması lâzım gelmediği, gazap ve elem hissinin sükûn bulmadan evvel aksülâmelin vukuu kâfi bulunduğu ilân edilmiştir.

İtalyan Ceza Kanununun tatbikinde de bu suretle hükmolunmuştur.

Bu hususta pozitivist ceza hukuku mesleği, klâsik nazariyat taraftarlarının kabul edebileceği fikirlerden daha kat'idir. Çünkü pozitivist meslek, mücrimin cemiyete karşı arz ettiği tehlikeyi onu fiile sevk eden sebeplerin manevi cihetleri ile ölçmekte ve arada geçebilecek bir zamandan ileri gelen tesadüfü nazarı itibara almamaktadır.

238 — Tahrik, haksız olmalıdır. Meşru müdafaa hakkında söylediklerimizi burada da tekrar ederiz. Mazeret sebebi eşyanın objektif hakikatinde değil, failin bu bapta makul fikrinde aranılmalıdır.

Kanunda sarıh olan metne göre 51 nci maddenin tatbiki için daima zaruri olan tahrikteki **HAKSIZLIK** şartı, evvelâ tecavüz eden veya vuran bir kimse tarafından tahrikin dermeyan edilmemesine manidir.

239 — 51 nci madde, cezai neticeler noktasından **ADİ** tahriki, **AĞIR** tahrikten ayırmaktadır. 1887 tarihli nezaret projesinde böyle bir tefrik yoktu. Meclisi Meb'usan Encümeni, mes'uliyeti ve ceza müeyyidesini aynı tarzda farklılaştırmak için evvelce Sardunya Kanununda (Madde 562) olduğu gibi böyle bir tefriki münasip gördü. Bu ayrılık tetkik komisyonunda Demaria tarafından hararetle müdafaa olundu: Tahrikin vahametine hüküm, haddizatında takdiri bir meseledir. Bu itibarla kanunun tayin eylediği cezanın geniş hududu arasında, takdir keyfiyetini kisveli hâkime terk etmek, jüri yerine hâkimin kaim olmasını ve jürinin beyanatını tesirsiz bırakmak tehlikesini tevhit edebilir.

Tam manasiyle manevi takdir meselesi mevzuubahs olduğu için, kanun hafif ve ağır tahrik arasındaki farkı maddi ve mer'i

bir tarzda tahsis etmemiştir. Sardunya Kanununun 562 nci maddesi vahim darbeler ve tecavüzler, silâhla tehdit ve dehşetli hakaretlerle müterafık olan tahriki **AĞIR** diye tarif ve bunu müteakip, tahrikin derecelerini ayırmak için bugün bile esas ittihaz edilebilecek bir şekil tayin etmiştir: **HADİSELERİN MAHİYETİNE VE TAHRİK EDEN VE TAHRİKE MARUZ KALAN KİMSELERİN HALİNE NAZARAN** evvelce işaret ettiğimiz veçhile İtalyan Ceza Kanunu ile, 1859 Kanunu arasındaki fark mühimdir. Bugün hâkim, tahrikin mevcudiyeti veya vahameti hakkında hüküm vermek için hususi kıstaslarla mukayyet değildir. (Numara 236). Bu nokta tamamen salâhiyetkar hâkimlerin (giudici del merito) hiç bir kayıtla mukayyet olmayan takdirlerine bırakılmıştır.

240 — Cezaya gelince: Hafif tahrik, kanunun müebbet ağır hapis ile cezalandırdığı bir fiilde mevzuubahs ise, yirmi seneden yirmidört seneye kadar ağır hapis tatbik olunur. Diğer hallerde fiil için muayyen ceza üçte bir nispetinde azaltılır.

Tahrik ağır ise, müebbet hapis yerine on seneden yirmi seneye kadar adi hapis hükmolunur; diğer cezaların yarısından üçte ikisine kadarı eksiltilmek suretiyle ağır hapis yerine adi hapis ve amme hizmetlerinden müebbeten mahrumiyet yerine muvakkaten mahrumiyet hükmolunur. Bu tenzilât, tahriki doğuran hususi şeraiti maddiye tasrih edilmeksizin, hafif veya ağır tahrikin vücuduna bağlıdır. Tahrike bâis olan fiillerin çokluğu, tahrikin ağırlığı için bir sebep teşkil edebilir. Fakat fiillerin adedince mükerrer tenzilâtı icap ettiremez.

Cezaların tayini sırasında, adi hapsin ağır hapis yerine ikamesi gibi ancak mazeretin, büyük olduğu hallere hasredilmek suretiyle muvafık ve ihtiyatkâr bir hattı hareket ittihaz edilmiştir. Filhakika haksız olmakla beraber hafif olduğu takdirde ağır hapis cezasının aynen tatbik edilmemesi için kâfi bir sebep yoktur.

51 nci madde, amme hizmetlerinden müebbeten mahrumiyet cezasından ancak ağır tahrik halinde bahsetmektedir. Hafif tahrik üzerine işlenen bir fiilden dolayı hükmedilmesi icap eden amme hizmetlerinden müebbeten mahrumiyet cezası hakkında kanun, hiç bir şey söylememektedir. Kanunun sükûtuna ve müebbet bir cezanın üçte bir nisbetinde tenkisi imkânsızlığına ve hafif tahrik halinde daha şiddetli olan ağır hapis cezasının ref'ini tecviz etmeyen resmi sebeplere göre, 51 nci maddenin 1 nci kısmında derpiş

edilen hallerde tahrikin amme hizmetlerinden müebbeten mahrumiyet cezasını ipka eylediğini kabul etmek lâzım gelir.

51 nci maddede tayin edilmiş olan cezalar, bazan ifrat derecededir. Bu hususta Garofalo tarafından beyan ve 46 ncı madde serhinde gayri kabili mukavemet kuvvetten bahsederken işaret eylediğimiz misalleri hatırlatalım : Bu nevi hadiseler için 51 nci maddede zikredilen tenzilât bize kâfi görünmemektedir.

241 — Tahrikin diğer sübjektif haller ile kabili telif olup olmayacağı hakkında mahkemelerce karar ittihazını istilzam eden birçok fırsatlar zuhur etmiştir. Bu hususa müteallik müteaddit ve haddizatında bedihi kararların tadadından sarfınazar ederek tahrik ve müdafaa hududunu tecavüzün —UMUMİ MEFHUMUNA nazarın soğukkanlılıktan ileri gelmesi, şiddetlendirici sebeplerden sayılmasını istilzam eden— tasmin ile ademi telifini hatırlatmakla iktifa edelim. Bu hal bilâkis akıl teşevvüşü ile kabili telifdir. Çünkü akıllı tam bir kimseyi tahrik eden hareketler, ruhen malul bir kimseyi evleviyetle tahrik edebilirler.

MADDE : 52 (52)

[Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü, kastettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden mağdur veya mutazarır kimsenin sıfatından neş'et eden cezayı şiddetlendiren esbab, faile tahmil olunmaz. Belki cürüm, kastolunan şahsa karşı işlenmiş gibi telâkki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhafifeden istifade eder.]

§

Hulâsa : 242 — Hata ve darbenin inhirafı. 243 — Yanlışlık ve darbe inhirafının muhaffef ve müseddet ceza esbaba nazaran tesirâtı. 244 — Darbenin inhirafı halinde cürmün bir veya ikiliği meselesi. 245 — Yanlışlık veya darbenin inhirafının tasmininden mütevellit teşdidi ref edip etmeyeceği.

§

242 — 1887 tarihli projede bu umumî hüküm, mevcut değildir. Yalnız katil ve müessir fiiller için 358 nci maddede yanlışlık veya başka arıza yüzünden failin tecavüz etmek emelinde bulun-

duğu kimseden gayrisinin ölmesi veya yaralanması hali derpiş edilmiş idi. Fakat katil ve cerh fiillerinden başka fiiller hakkında da mahalli tatbik bulacak olan umumi mahiyette bir hüküm mevzuubahs olduğundan dolayı pek doğru olarak bunun birinci kitaba ithali düşünüldü.

52 nci maddede bahsedilen halin, cürmü daima mevcut kılan ARIZİ yanlışlık olduğunu ve cürüm işlenmesini gayri mümkün kıldığından dolayı ESASLI yanlışlığın kastedilmediğini söylemeye tabii lüzum yoktur.

52 nci madde; mağdurun değişmesinden mütevellit yanlışlıktan maada cürmün, hakkında ikarı kastedildiği kimseden başkasının zararına işlenmesi halini de mevzuubahs etmektedir. Sonra vücuda karşı işlenen cürümlerde hamlenin inhirafı (aberratio ictus) meselesi vardır.

243 — 52 nci madde, fiilden mağdur olan veya zarar gören kimsenin sıfatından neş'et eden ve cezayı şiddetlendiren sebeplerin faile yüklenmeyeceğini ve bilâkis cürüm; kastolunan şahsa karşı işlenmiş gibi telâkki olunarak failin, cürmün tazammun edebileceği hafifletici sebeplerden istifade edeceğini söylemektedir.

Meselâ : Yabancı bir adam öldürmeyi kasteden kimse, yanlışlıkla veya darbenin inhirafiyle kendi babasını öldürürse baba öldürmek maddesinden mes'ul tutulamaz. Ve aksine babasını öldürmeyi niyet eden kimse yabancı bir şahsı öldürdüğü takdirde ancak adi katilden dolayı mes'ul olur. Birinci halde failin niyeti şiddetlendirici sebebe taalluk etmediğinden, kendisine o halin yüklenmesi 45 nci maddede açıklanmış kaideye muhaliftir. İkinci halde daha fena olan bir niyet fiile inkılâp etmediğinden husul bulmayan bir netice cezalandırılmaz.

Daima 52 nci maddenin tatbikatı cümlesinden olarak müdafaa ve tahrik sebepleri, yanlışlık veya başka arıza yüzünden mütecaviz ve muharrik olandan gayrisi zarar görmüş olursa bile, kabul edilir. Mağdurun değişmesi ve darbenin şaşırması hakikati halde hareketin manevi cihetini tağyir etmez.

244 — Darbenin inhirafı halinde birisi elde edilen ve diğeri arzu edilen neticeye müteallik olmak üzere iki cihetli bir isnadın mevzuubahs olup olmayacağı meselesi münakaşa edilmiştir.

Meclisi Meb'usan Encümeni azalarından birisi, darbenin şaşırması yüzünden bir kimse yerine diğerinin öldürülmesi halinde iki şekilde yani birisi tamam olmuş GAYRİ İHTİYARİ, diğeri tamam olmamış İHTİYARİ suç bulunduğu nazariyesini müdafaa etmiştir ve bu itibarla bir baba yerine yabancının öldürülmesi hakkında yukarıda zikredilen misale göre gayri ihtiyari adi bir katil ve tamam olmamış bir baba katli ortaya çıkacaktır. 1887 tarihli projeye dair olan Meclisi Meb'usan Komisyonu raporunda denildiği veçhile bu hal sureti birçok sebeplerden dolayı kabul edilemedi. Sebeplerden en mühimi şudur: Aynı zamanda iki muhtelif ceza kanunlarına muhalif olan ve müessir ile esere müteallik münasebat müstesna olmak üzere, yalnız bir hareketten ve bir cürmü niyetten, aynı nevide başlı başına iki fiil meydana gelemez. Aynı zamanda katil ve yaralama için tayin edilen cezalarla kanun, o şahısların her ikisini ayrı ayrı kimseler olarak değil, sureti umumiyede bir şahsın hayatını, tamamıyeti hukukunu¹³⁰ müdafaa etmektedir.

Tek bir cürüm kastı ve tek bir fiil olan yerde iki yasak fiil tasavvuru, hukuk mefhumıyla gayri kabili telif olmasına mebni mahkemelerin içtihadı sureti umumiyede isnadın ikileşmesi nazariyesi aleyhinde tezahür etmiştir. Meşhur ceza müellifi Haus'ın fikri ile İtalyan Ceza Kanununun tatbikatı da bu merkezdedir.

78 nci madde şerhinde, aynı zamanda kanunun muhtelif maddelerine temas eden muhtelit suçlar ¹³¹ (complesso) dan bahsederken bu mevzua döneceğiz.

245 — Birisi tasmin neticesinde muayyen bir kimseyi öldürecek yerde başkasını öldürürse şahıs yanlışlığı ve darbenin şaşırması, tasminden mütevellit sebebi teşdidi izale eder mi, etmez mi?

Torino, Napoli, Floransa Temyiz Mahkemelerinde buna, menfi tarzda cevap veriyorlar.

Carrara, Pessina, bu takdirde bir katil ve bir tasmin varsa da musammem¹³² bir katil mevcut olmadığını ve öldürülmesi tasmin edilen kimsenin hakikatte öldürülen kimseden ayrı bulun-

(130) Tamamıyet-i hukuk : Hakların bütünü.

(131) Muhtelit suç : Karışık suç, birbirine girmiş suç.

(132) Musammem : Tasmin olunmuş, tasarlanmış, kesinlikle kararlaştırılmış.

mak itibariyle tasminin harici bir fiil haline inkılâp etmediğini söyleyerek aksi reyde bulunmuşlardır.

Bu meseleyi başka bir eserde mufassal bir surette ve Torino, Napoli ve Floransa Temyiz Mahkemelerinin içtihadını müdafaa eder tarzda tetkik etmiştik. Bunları burada tekrara mahal yoktur. Şu kadarını söyleyelim ki Carrara'nın harfiyen tedrisatına nazaran tasmin, kasdı ızzarın, fazla olan vüs'atinden istihraç olunan bir vasıftır. İmdi katledilmek istenilen şahıs yerine başkası hataen katledilmiş, şu suretle ki berikinin yerine diğerinin katledilmiş olmasına rağmen ortada ihtiyari bir katil fiili mevcut olduğu halde, taammüdün ademi mevcudiyeti kabul edilirse, bu tahavvül dolayısıyla ceza kanunu nazariyatçılarınca bu derece mühim addedilen bir fiilin şiddetini kaybedeceği anlaşılmıyor. Taammüd, ızzar kasdının bir hassai mümeyyizesidir¹³³. Bir maddiyeti icraiye haricen göstermeye cidden çalışılacak bir şartı değildir.

MADDE : 53 (53)

[Fiili işlediği anda dokuz yaşını bitirmemiş olanlar hakkında takibat yapılmaz.

Ancak fiil, kanunen müebbet veya muvakkat ağır hapis veya bir seneden aşağı olmamak üzere hapis cezasını müstelzim nevinden ise, müddeiumuminin talebi üzerine hukuk mahkemesi reisi, istirdadı kabil tedabirden olmak ve rüşt yaşını tecavüz etmemek şartıyla çocuğun, terbiye ve ıslah müesseselerinden birisine konmasını veyahut —takayyüdde ihmal ile çocuğun her hangi bir cürüm işlemesine meydan verirlerse kendilerinden iki bin lirete kadar cezayı nakdi alınacağı ihtariyle— hareketine nezaret etmek üzere ana babaya veya vasiye teslimini emredebilir.]

§

Hulâsa : 246 — Kabiliyeti isnadiye hususundaki tesirâtı noktasından yaşa müteallik ahkâm. 247 — Dokuz yaşından aşağı olanlarda kat'i gayri mes'ullük. 248 — Yaş nasıl ispat olunur. 249 — 53 ncü ve onu takibeden

(133) Hassa-i mümeyyize : Ayırıcı özellik.

maddelerin hususi kanunlarda mevzuubahs fiillere kabiliyeti tatbikiyesi. 250 — Mahiyeti cürmiyeyi haiz bir fiil işleyen dokuz yaşındaki çocuklara müteallik tedbirler. 251 — Müesseseye vâz ve bu baptaki tedbirlerin istirdadı, çocukların ana ve babaya veya onlara bakmakla mükellef sair kim-selere teslimi. 252 — Bu nevi tedbirlerin evsafı.

§

246 — 53 den 56 ncı maddeye kadar maddeler, yaşın kabiliyeti isnadiyeye dair tesirlerine müteallik kaideleri muhtevidir.

Kanun, evvelâ dokuz yaşına kadar gayri mes'ullüğü mutazam-
mın bir devre tespit etmiştir. Ondan sonra dokuzdan ondört yaşına
kadar bir devre gelir ki, mes'uliyet noktası, temyiz kuvvetinde
aranılması şartıyledir. Müteakiben birisi ondörtten onsekize ve
onsekizden yirmi bire kadar olmak üzere iki devre tayin edilmiş
ve bunlarda, şahsın bedeni ve manevi derecesi inkişâfına nazaran
hakkında kanunun tayin eylediği bir tedrice¹³⁴ göre muhtelif nis-
betlerde tahfif ile mes'uliyet kabul edilmiştir.

Tam mes'uliyet, ancak yirmibir yaşını bitirenlerde aranır.
Yirmibir yaşından yukarı olanlar hakkında kanun, yaştan müte-
vellit hiç bir ayırımda bulunmaz. İhtiyarlık, ancak mahkûmiyet-
lerin tatbik tarzına müteallik şekillerde muhik ve muvafık bazı
tadilât hususunda mevzuubahs olabilir.

İhtiyarlık, hakiki bir akıl maluliyetiyle müterafık¹³⁵ ise cezayı
hafifleten sebep, ihtiyarlığın kendisinde değil akıl maluliyetindedir.

247 — 53 ncü maddeye nazaran fiili işlediği anda dokuz yaşını
bitirmeyen kimse aleyhinde takibat yapılmaz.

İtalyan Ceza Kanunu bu suretle, gerek Sardunya Ceza Kanu-
nuna ve gerek Toscana Ceza Kanununa nazaran ıslahat vazetmiş
oluyor. Sardunya Ceza Kanunu; kanuni ve meşru (juris et de jure)
mes'uliyetsizlik hakkında hiç bir devre kabul etmeyerek yaşı on-
dörtten aşağı olanlarda temyizi kabul ve bu hususun aranılmasını
talep ediyordu (Madde 88). 17 Şubat 1861 tarihli irade, Sardunya
Kanununu yalnız cenup vilâyetleri için ıslah ederek şimdiki kanu-
na tevfikân dokuz yaşındaki çocuklarda kabiliyeti isnadiyeyi ber-
taraf etmiştir. Toscana Kanunu; mutlak gayri mes'ullük devresini

(134) Tedric : Dereceli oluşma.

(135) Müterafık : Bir arada bulunan, refakat eden.

oniki yaşına kadar teşmil etmek itibariyle (Madde 31) yeni ka-
nundan daha rahim¹³⁶ idi.

248 — Yaş, sureti adiye ve tabiiyede doğum vesikası (Atto
di nascita) ile sureti fevkalâdede olarak muadil vasıtalarla ispat
edilir. Tatbikatta aynı esasın tekrarı ihtimali gayet ender olduğu-
nu hatırlatmakla beraber, kanun kaidelerinin tatbiki sırasında,
doğum saatinin de nazarı itibara alınması lâzım geleceğine hükmo-
lunmuştur.

Doğum vesikası bulunmadığı takdirde yaş, muadil vasıtalarla
ispat edilir. Bu hususta şüphe bulunduğu takdirde, ceza nazariya-
tındaki umumi esasa tevfikân, onu maznun lehine olan tarzda hal-
letmek lâzım gelir.

İşbu mütalâaların 54, 55, 56 ncı maddeler için de varit olduğu
aşîkârdır.

249 — 10 ncü madde mealine göre 53 ncü maddedeki hüküm-
ler —ve yaşa müteallik hükümlerle kabiliyeti isnadiyeyi ref veya
tadil eden sair bütün hükümler— hususi kanunlarda mevzuubahs
fiiller hakkında da tatbik olunur. Bu kanunların, ceza kanununda
açıklanmış olanlara muhalif hükümleri ihtiva etmeleri hali müs-
tesnadır.

İleride, maznunun yaşına ceza kanununda tayin edilmiş olan-
dan gayri neticeler ve tedbirler izafe edildiğine dair, hususi ka-
nunlara ait bazı hadiseler göreceğiz.

Burada hiç bir hususi kanunun, temyize malik olmayan çocuk-
ların mutlak gayri mes'ullüğü esasına, muhalefet etmediği ve ede-
meyeceğini aklı selime istinaden, söylemek kâfidir.

10 ncü madde şerhinde (numara 61) av hakkındaki 16 Tem-
muz 1884 tarihli Emirnâmenin 19 ncü maddesine göre çocuğun ya-
şının, cezayı hiç bir vakit kanuni haddin yarısından aşağı indire-
meyeceğini hatırlatmış ve bunun temyiz hassasının tamamen fık-
danından tevellüt eden cezayı KALDIRICI yaşa müteallik olmayıp,
cezayı AZALTICI yaşa müteallik olduğuna işaret eylemiştik.

Bu mütalâa, orada zikrelediğimiz Roma Temyizinin kararın-
dan başka, Torino Temyiz Mahkemesinin bir kararıyla de teyit
edilmiştir.

(136) Rahim : Merhamatli, acıyıcı, şefkatli.

250 — 53 ncü maddenin son fıkrası, kanunun kat'i metni yazılırken konmuş bir yeniliktir. 1887 tarihli nezaret projelerinde böyle bir şey yoktu. Bu fıkra, tali tetkik komisyonu tarafından teklif ve asıl komisyonca 26 Şubat 1889 tarihli celsede Lucchini tarafından serdedilen sebeplere binaen kabul edilmiştir: «Dokuz yaşındaki çocuk hakkında takibat yapılmamasına pekâlâ diyelim. Fakat o çocuk, ağır bir fiil işlemiş ise yalnız başına veya —hakkında o kadar az takayyüt göstermiş¹³⁷ olan— ailesine bırakılamaz. Bu itibarla küçüklüğünden beri, şirretliğini izhar edenlere karşı tedbirler ittihazi zaruridir.»

Kanun vazının cemiyete karşı genç nesillerin ıslahiyle iştigal eylemek suretiyle bir vecibe ifa etmesi doğru görülerek teklif, terviş edildi.

Tetkik eylediğimiz tedbirin tatbik edilebilmesi için, çocuk tarafından işlenen fiil, kanun nazarında müebbet veya muvakkat ağır hapis veya bir seneden aşağı olmamak üzere adi hapis cezasını müstelzim bir CÜRÜM olmak lâzımdır. Yoksa KABAHAAT nevinden bir fiil veyahut sürgün, ağır para cezası veya amme hizmetlerinden memnuiyet halleri, işbu tedbirlerin tatbik edilebilmesi için kâfi değildir. Ağır hapis veya adi hapis ile cezalandırılan cürümlerden bahsederken madde yalnız HAPİS HAKKINDA BİR SENEDEN AŞAĞI OLMAMAK kaydını koymaktadır. AĞIR HAPİS için müddet ne olursa olsun birdir. Tali Komisyonun yalnız «MÜEBBET VEYA MUVAKKAT AĞIR HAPİS CEZASINI MÜTELZİM CÜRÜM» tarzında 52 nci maddesi, nasılsa asıl komisyon tarafından «VEYA BİR SENEDEN AŞAĞI OLMAMAK ÜZERE ADİ HAPİS» tarzında yapılan ilâve ile tadil edilmiştir. Tetkik Komisyonunun zabıtları, bu hususta malumat ve izahat vermemektedir. Fakat, her ne olursa olsun, komisyonun müzakereleri sırasında hiç kimsenin, ağır hapis için asgari had tayin etmeyen metne itirazda bulunmaması hususuna, komisyonca teklif edilen ıslahatın merhametten ziyade şiddete matuf bulunduğu ve ibarenin sarf kaidesi¹³⁸ noktai nazarından terekübü¹³⁹ de bunu icap ettirdiği ciheti ilâve edilirse, bir seneden aşağı olmamak kaydının münhasıran ADİ HAPİSE matuf olduğu yolundaki fikrimiz teyyüt eder.

(137) Takayyüt göstermek : Dikkat etmek, özen göstermek.

(138) Sarf kaidesi : Gramer esası, dilbilgisi kuralı.

(139) Tereküp : Bileşme, oluşma.

53 ncü maddenin son fıkrası, tatbikat hususunda açıkça başka şartlar göstermemektedir. Fakat, mevzuubahs tedbir, sırf ihtiyari olduğuna göre fiilin şimdi işaret eylediğimiz vahametinden başka şahsa, aileye, muhite müteallik sair şeraiti mahsusa küçüğün bir müesseseye veya ailesinin veya terbiyesiyle mükellef olan sair kimselerin şedit¹⁴⁰ nezaretine tevdi hususunda nazarı itibara alınmak lâzım gelir.

251 — 53 nci maddenin son fıkrası çocuğun bir terbiye ve ıslah müessesesine konmasını veya ebeveynine veyahut çocuğun terbiyesiyle mükellef sair kimselere teslimini ayrı ayrı kabul etmektedir. Bu tedbiri ittihaz salâhiyeti, hukuk mahkemesi reisliğine verilmiştir. Ortada bir cürüm bulunmadığından hadisenin; Medeni Kanunun 221, 222 nci maddeleri mucibince aynı hâkimin salâhiyetine tevdi olunan mevat zümresine girmesine ve gerek Ceza Kanununun 46 ve 47 nci maddeleri hakkında 1 Kânunuevvel 1889 tarihli iradenin 13, 14, 15 nci maddelerinde açıklanmış haller ile müşabehetine mebni¹⁴¹ başka türlü hareket edilemezdi.

Bir müesseseye koymak veya ebeveynine teslim eylemek, zaruri olarak hadiselerin, tayin edilmemiş olan ve EVVELDEN TAYİNİ gayri kabil ve fakat her halde takdiri hâkime bırakılan hususî şartlarına bağlıdır.

Müesseseye koyma, müddeiumuminin talebi üzerine, fakat yine tamamıyla hâkimin takdirine bırakılan bir müddet için olur. Fakat bu müddet, müesseseye konulan küçüğün rüşt yaşını tecavüz edemez. Bu husustaki tedbir, Ceza Kanununun 46 ve 47 nci maddelerindeki tedbirler gibi geri alınabilir. Sardunya Ceza Kanununun 88 ve 89 ncu maddeleriyle konulan mümasil tedbirler için de bu yolda hükmedilmiştir. 53 ncü maddenin fıkrası da bunu açıkça bildirmektedir. İşbu tedbir, ittihazını istilzam eden şartların sona ermesi halinde geri alınır. Bu hususta salâhiyettar makam müesseseye koyma kararını alan makamdır.

Ahval müsaade ettiği takdirde hukuk mahkemesi reisi müesseseye konulmayı emredek yerde —ademi takayyüt halinde ve çocuk herhangi bir cürüm işlerse kendilerinden iki bin İtalyan lire-tine kadar para cezası alınacağını emredek yerde— ailesine veya

(140) Şedit : Şiddetli, sıkı.

(141) Müşabehetine mebni : Benzerliğinden ötürü.

veya çocuğun terbiyesiyle mükelef olan kimselere çocuğa bakmalarını emredebilir. Kanun, bu tedbirin devam müddetine ve ona müteallik mecburiyetler hakkında hiç bir şey söylememektedir. Bu tedbir rüşt yaşına varıncaya kadar devam edebildiği gibi 27 nci maddede hüsnühareket kefaletine müteallik hükümlere teşbihen daha kısa bir müddet için de tayin olunabilir.

Ademi takayyüt halinde ve küçük, herhangi bir cürüm işlerse —kanun burada cezanın kemiyet ve mahiyeti hakkında hiç bir tefrikte bulunmamaktadır— kendilerine çocuk teslim edilen ebeveyn veya sair kimseler iki bin lirete kadar para cezası itasına mecbur olurlar. Kanun burada, 27 nci maddede hüsnühareket kefaleti hakkında olduğu gibi MUAYYEN MEBLAĞ dan bahsetmemekte ve yalnız iki bin lireden ibaret azami haddi tayin etmektedir. 53 ncü madde hakkında şurasını hatırdı tutmak lâzımdır. Tediyesi iktiza eden para cezası, hukuk mahkemesi reisi tarafından çocuğun teslimine dair kararda değil hilâfına hareket halinde işlenen suçun ağırlığına ve nezaretteki kayıtsızlığın derecesine göre sonradan tayin olunur.

252 — 53 ncü maddenin fıkrasında mevzuubahs olan tedbirler, ceza mahiyetinde değil belki tahaffuzî¹⁴² çareden ibarettir. Bu itibarla tekerrüre esas teşkil edemeyeceği gibi Temyiz Mahkemesine de arz edilemez. Mevzuubahs tedbirler, MAHKÜMİYET mahiyetinde olmadığından muhakeme masraflarının tesviyesi mecburiyetini mutazammın bulunmadığını da 39 ncu madde şerhinde söylemiştik.

MADDE : 54 (54)

[Fiili işlediği anda dokuz yaşını bitirmiş olup da ondört yaşını doldurmamış olanların temyiz ile hareket ettikleri sabit olmazsa haklarında ceza tertip olunmaz. Ancak işlenen fiil, müebbet veya muvakkat ağır hapis veya bir seneden aşağı olmamak üzere adi hapis cezasını müstelzim bulunduğu takdirde, hâkim bundan evvelki maddenin fıkrasında mez-

kür tedbirlerden birinin veya diğerinin tatbikini emredebilir.

Temyiz ile hareket eylediği sabit olursa işlenen suç hakkındaki ceza aşağıdaki kaidelere göre indirilir.

1 — Müebbet ağır hapis yerine altı seneden onbeş seneye kadar ağır hapis.

2 — Diğer cezalar kırkaltıncı maddenin üçüncü ve dördüncü bentlerinde yazılı usule tevfikân indirilerek tatbik olunur. Ceza, velev cezayı nakdi yerine ikame suretiyle olsun, şahsi hürriyeti tahdit eder neviden olduğu takdirde mahkûmiyet zamanında onsekiz yaşını ikmal etmemiş bulunan mücrim, o cezayı bir ıslahhanede çeker. Hıdematı ammeden mahrumiyet ve emniyeti umumîye idaresinin hususi nezareti altında bulundurulmak cezaları tatbik olunmaz.]

§

Hulâsa : 253 — Temyiz hakkında taharriyat. 254 — Temyiz olmaksızın hareket eden ondört yaşındaki çocukların ebeveynine teslimi veya bir müesseseye konulmaları. 255 — Müesseseye konma hakkındaki tedbirin geri alınması. 256 — Temyiz bulunmaksızın hareket eden çocuklar (Madde 53, 54) zarardan dolayı hukuken mes'ul olurlar mı? 257 — Temyiz noktai nazardan matbuat suçlarına ait hususiyet. 258 — Temyiz ile hareket eden ondört yaşındaki çocuklar hakkındaki cezalar. 259 — Mahkûmiyet anında onsekiz yaşını bitirmeyen çocuklar hakkında şahsi hürriyeti tahdit edici cezaların hususi infaz tarzı.

§

253 — Fiilin işlendiği zamanda, dokuz yaşını bitirmiş ve fakat ondört yaşını doldurmamış olanların temyiz ile hareket edip etmedikleri araştırılmak lâzımdır. Binaenaleyh bu tahkikatın yapıldığını ihtiva etmeyen hüküm batıl olmak icap eder. Şahsın ve ruhi hareketlerinin hadisenin ve ona müteallik bütün ahvalin tamamen tetkikinden sonra küçüklerin fiildeki ahlâksızlığı ve hukuka mugayereti ve bilerek hareket ettikleri kanaati husule gelirse, temyizcin mevcudiyeti ve binaenaleyh ceza mes'uliyeti bulunduğu

(142) Tahaffuzî : Korunmaya ilişkin.

anlaşılır. Bu hususta kat'i kıstaslardan bahsolunamaz: Her şey muhtelif hadiselerin başlı başına arz ettikleri son derecede mütehavvil⁽¹⁴³⁾ unsurları, fiilin mahiyetini ve umumi kaideleri nazarı itibara alan, manevi bir takdire bağlıdır. Nitekim HATAYA MAKRUN⁽¹⁴⁴⁾ OLAN bir cürüm veya bir KABAHAHAT hakkında hüküm verileceği zaman temyiz bulundugunu kabul hususundaki müşkilât daha fazla olacaktır.

Temyizin mevcudiyeti hakkında şüphe bulunduğ u takdirde onu maznunun lehine halletmek lâzımdır. 53 ncü madde ile temyize müteallik meselelerin mevzuabahs olduğunu müteakip hükümler; maznunun temyiz ile hareket eylediğ inin ANLAŞILMASINI şart etmektedir. Bu noktai nazardan ispat külfeti iddia makamına aittir.

Kabiliyeti isnadiyenin esaslı bir şartı mevzuubahs olmak itibarıyla bu gayet tabiidir.

254 — Ondört yaşındaki küçüğün temyiz ile hareket ettiğ i anlaşılmazsa, cezaya tabi tutulamaz. Fakat burada da tahaffuzî olmak üzere 53 ncü madde fıkrasının mülhem olduğ u aynı sebepler dolayısıyla, mevzuubahs maddede açıklanmış müddet ve şartlar dairelerinde bir müesseseye koyma veya ebeveynine teslim hususu emrolunabilir. Dokuz yaşındaki çocuklar hakkında olduğ u gibi temyiz kudretine sahip olmaksızın hareket edilmesi ve ondört yaşındaki çocuklar için müesseseye koyma veya ebeveynine teslim hususlarının kabul edilebilmesi için işlenen fiil; müebbet veya muvakkat ağır hapis ve bir seneden aşağı olmamak üzere adi hapis cezalarını müstelzim CÜRÜM nevinden olmalıdır. Fakat 54 ncü madde küçüklerin ıslahı veya nezareti hususunda karar alacak merci noktai nazarından 53 ncü madde fıkrasından ayrılmaktadır.

53 ncü madde için hukuk mahkemesi reisi salâhiyetlidir. 54 ncü maddede bu salâhiyet hâkime verilmiştir. Kanunun bu tarzdaki beyanıyla, kabiliyeti isnadiyeye karar veren münferit veya heyet halindeki hâkimleri kastettiğ i aşikârdır. Temyiz hususunu bertaraf ettiğ inden dolayı ademi mes'uliyeti tazammun eden kararda hâkim, takdirine göre, evvelki maddenin son fıkrasında gös-

(143) Mütehavvil: Değ işken.

(144) Makrun: Yakın, yakınlaşt ırılmış.

terilen tedbirlerden birisinin tatbikini EMREDEBİLİR. Ağır ceza mahkemesine ait davalarda birinci kısmın tatbiki, Usulü Muhakematı Cezaiye Kanununun —1 Kânunuevvel 1889 tarihli irade ile muaddel— 515 nci maddesi mucibince kisveli hâkimden (giudice togato) istenilmiştir.

255 — Ondört yaşındaki çocuğ un bir terbiye ve ıslah müessesesine konması hakkındaki tedbir, 53 ncü maddede bahsedilen hususlar misillu kabili istirdattır.

İstidat hususu, 1 Kânunuevvel 1889 tarihli iradenin 16 ncı maddesine nazaran dairei kazası dahilinde, hukuk mahkemesi reisine aittir. Reis; tarafların müracaatı üzerine veya re'sen bu bapta karar alır.

256 — Dokuz yaşındaki çocuklarla tecrübesiz hareket eden ondört yaşındaki küçükler; kendi hareketlerinin neticelerinden hukukun mes'ul müdürler? Bu sual, akıl maluliyetinden dolayı gayri mes'ul sayılanlar hakkında münakaşa ettiğ imiz sualin aynıdır. Hukukun şimdiki haline göre temyizsiz hareket eden çocuklar hakkında menfi olarak cevap veriyoruz. Ve teşekkül halinde olan hukuka göre tazminata müteallik nazariyenin bu kısmının değ iştirilmesi reyinde bulunduğ unuzu tekrar ediyoruz.

Hakikati halde, çocuklar tarafından ika edilen zararlardan dolayı, Medeni Kanunun 1153 ncü maddesi mucibince ebeveynler ve vasileri mes'ul olmaktadır. Fakat bu mes'uliyet, her hususta kat'i değildir. Bunlar, mes'ul tutulmalarını icap eden fiili men etmeye muktedir olmadıklarını ispat ettikleri takdirde, mes'uliyet mevzuubahs olamaz. Bu cihet sabit olduğ u halde, zarar gören kimse, mer'i olan kanuni hükümlere göre çocuğ un sahip olduğ u mallar tamamıyla tamire müsait olsa bile bu suretle tamir vaki olmaksızın ve her hangi bir tamir imkânı bulunmaksızın, küçüğün fiilinden mütevellit bütün zararlı neticeleri tahammüle mecburdur.

257 — 54 ncü madde, temyiz hususuna dair vaki olacak tahkikatı ondört yaşına kadar emretmektedir. Usulü Muhakematı Cezaiye Kanununun 1 Kânunuevvel 1889 tarihli irade ile muaddel 496 ncı maddesi mucibince, matbuat suçlarında temyiz meselesine taalluk eden tahkikat onaltı yaşına kadar yapılır.

258 — Çocuğun temyiz ile hareket ettiği anlaşılırsa işlenen SUÇUN müstelzim olduğu ceza, 54 ncü maddenin 2 nci kısmında açıklanmış tenzilâta tevfikân tatbik olunur.

Kanun, suçtan bahsettiğine göre dokuz yaşından büyük ve ondört yaşından küçük olan kimsenin, mümasıl fiillerin mahiyetine rağmen temyiz ile hareket ettiği sabit olursa, o kimsenin KABAHAAT lerden dolayı da cezaen mes'ul olabilmesi lâzımdır.

İŞLENEN SUÇ İÇİN, MUAYYEN ve hakkında 54 ncü madde-de açıklanmış tenzilâtın tatbik edilmesi, lâzım gelen cezanın evvel-emirde ve yaş dolayısıyla hafifletilmesi hususu nazarı itibara alın-mayarak, hâkim tarafından tayin olunmak lâzımdır. Yaş mesele-sinden sarfı nazar, eğer tatbiki lâzım gelen ceza müebbet ağır ha-pis ise, yerine altı seneden onbeş seneye kadar ağır hapis hükmo-lunur.

Diğer hallerde ceza, 47 nci maddenin 3 ve 4 numaralı bent-lerine tevfikân indirilerek tatbik olunur.

Cezaların takdirinde 29 ncu madde hükmünü daima gözönün-de bulundurmak lâzımdır. Yani bazısı artırmayı ve bazısı eksilt-meyi müstelzim sebeplerin içtimai halinde evvelâ birincilerden başlanır ve her halde mücrimin yaşı, akli haleti, esbabı muhaffifei takdiriye ve tekerrür hususları bu sıraya göre takip olunur.

Bunlar hakkında amme hizmetlerinden memnuiyet ve emni-yeti umumiye idaresinin hususi nezareti asla tatbik olunmaz. Bu esasın ondört yaşından yukarı ve onsekiz yaşından aşağı çocuklar hakkında da tatbikinın tekerrür eylediğini göreceğiz (Madde 55). Bu esas hukuk mesleği (scuolo giuridica) nazariyatına tevfikân ka-nunun kabul eylediği MES'ULİYETİN inkısam eylemesi¹⁴⁵ usulüne muvafıktır. Halbuki mücrimin korkunç (temibilita) olmasını ter-cihan nazarı itibara alan ceza hukuku pozitivist mesleği, mücri-min yaşının (müebbet ağır hapsin altı sene ağır hapse tahvili gibi) gülünç cezaları indirmek için sebep teşkil edemeyeceğini ve kendi-lerinde hilkî mücrimiyet¹⁴⁶ tohumları keşfedildiği takdirde çocuk-lar hakkında da müebbet hücrevi hapse (segregazione) kadar gi-dilebileceğini iddia etmektedir.

(145) İnkısam eylemek : Kısımlara ayrılmak, bölünmek.

(146) Hilkî mücrimiyet : Doğuştan suçluluk.

259 — En nihayet 54 ncü madde, şahsi hürriyeti tahdit eden cezaların infaz tarzına müteallik hususi bir kaide koymaktadır. Mahkûmiyet zamanında mücrim, onsekiz yaşını bitirmemiş ise şahsi hürriyeti tahdit eden ceza bir ıslahhanede imrar olunur.¹⁴⁷

Kanun, burada 55 nci maddeden farklı olarak emredici bir tarzda bahsetmektedir. Halbuki 55 nci madde, fiilin işlendiği za-manda ondört yaşından yukarı ve onsekiz yaşından aşağı olup da mahkûmiyet zamanında onsekiz yaşını bitirmeyenler hakkında şahsi hürriyeti tahdit eden cezanın bir ıslahhanede imrarını kabul etmekle beraber, mahkûmiyetin bu hususi tarzı infazını hâkimin ihtiyarına bırakmaktadır.

Tetkik ettiğimiz kaidenin tatbik olunabilmesi için dokuz yaş ile ondört yaş arasında olup da suç işleyen kimsenin MAHKÛMİ-YET ZAMANINDA onsekiz yaşını geçmemiş olması lâzımdır.

SÜRGÜN de (Madde 11) şahsi hürriyeti tahdit eden cezalar-dan olduğundan 54 ncü maddenin onun hakkında da teşmil edil-mesi lâzım gelmektedir. Fakat burada da 47 nci maddenin buna benzeyen son kısmında açıklanmış olan hükme dair yukarıda der-meyan eylediğimiz mütalâayı tekrarlarız. Kanunun tabirâtı kanun vazının maksadını tecavüz etmiştir.

MADDE : 55 (55)

[Fiili işlediği vakit, ondört yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını bitirmemiş olanlar hak-kında aşağıdaki kaidelere tevfikân ceza tayin olunur.

1 — Müebbet ağır hapis cezası yerine oniki seneden yirmi seneye kadar ağır hapis.

2 — Oniki seneyi geçen muvakkat ceza-lar, altıdan oniki seneye ve altı seneyi geçip oniki seneyi tecavüz etmezse üç seneden altı seneye ve sair hallerde ceza yarısına kadar indirilir.

3 — Mali cezaların üçte biri tenzil olu-nur. Eğer mahkûmiyet zamanında mücrim,

(147) İmrar olunmak : Geçirilmek.

onsekiz yaşını bitirmemiş ise hâkim, şahsi hürriyeti tahdit eden cezanın bir ıslahhanede icrasını emredebilir. Hidematı ammeden memnuiyet ve emniyeti umumiye idaresinin hususi nezareti tatbik edilmez.]

§

Hulâsa: 260 — Ondört yaşından büyük ve onsekiz yaşından küçük olanlar hakkındaki cezalar; mahkûmiyet zamanında onsekiz yaşını bitirmeyenler hakkında cezanın hususi tarzı infazı. 261 — Mahkûmiyet zamanında onsekiz yaşını bitirenler hakkında (Madde 54, 55) cezanın adi tarzı infazı.

§

260 — Ondört yaşın hitamında, her hangi bir suç hakkında temyizi kabul eden 55 nci madde metni haddizatında sarihtir.

Cezanın ölçülmesi ve çocukların amme hizmetlerinden memnuiyet ve hususi nezaretten istisnaları ve cezanın ıslahhanede infazı hususunda 54 ncü maddeye dair söylediklerimizden sonra artık burada diğer tafsilâta mahal kalmamıştır. Bu son nokta hakkında da suçu işledikleri anda ondört yaşını bitirenlerle bitirmeyenler arasındaki farkı izah etmiştik. Her iki maddeye göre de bunların mahkûmiyet zamanında onsekiz yaşını bitirmemiş bulunmaları, umumi bir kaide olduğu halde, birincileri için şahsi hürriyeti tahdit eden cezaların infazında ıslahhane mecburi bulunup ikinciler hakkında ise bu cihet yalnız hâkimin takdirine göre emredilebilen bir şekildir.

Suç işledikleri zamanda ondört yaşını bitirmiş olanlar hakkında —bilhassa onsekiz yaşını bitirmek üzere iseler— kanun vazının nasıl olup da amme hizmetlerinden memnuiyeti ve hususi nezareti kabul etmediği pek güç anlaşılır. Yaşa ve şahsın aileye müteallik kayıtlarına göre hususi nezaretin müfrit ve muzır bulunduğu mütalâası bütün hallerde mukni¹⁴⁸ bir sebep suretinde telâkki olunamaz.

Yaşın, ceza üzerindeki tesirini göstermek için 55 nci maddenin 2 nci fıkrasında kullanılan tabirler, yaş hasebiyle tahfifi cezaya, maddeten çekilen cezadan değil manevi cezadan başlamak icap

(148) Mukni': İkna edici, inandırıcı.

eylediğine dair bir fikir tevhit etmiştir. Fakat kanun metninde hâkime bırakılan geniş takdir hakkına nazaran yaşın, ceza miktarı üzerinde hakiki bir tesiri olamayacağı tatbikatta tahakkuk edebileceğinden mebdei hareketin¹⁴⁹ maddi ceza olması icap edeceği yolundaki düşünce daha mantıki ve doğrudur. Filhakika adi hallerde meselâ altı sene ve bir günlük maddi ceza kabil olabildiği gibi altı senelik bir ceza da kabildir.

261 — Gerek 54 ncü ve gerek 55 nci maddeye göre mahkûmiyet zamanında onsekiz yaşını bitiren mücrim hakkında ceza adiyen tatbik olunur. Kanun vazın bu yaştan yukarı cezanın ISLAH mahiyetinde değil, daha ziyade TEDİP¹⁵⁰ mahiyetinde olmasını münasip görmüş, cismi ve ruhi bir surette inkişaf etmiş olan mevcudiyetler üzerinde terbiyevi tedbirlerden ziyade, tahvifte¹⁵¹ daha fazla bir tesir, ümit eylemekte olduğunu düşünmüştür.

MADDE : 56 (56)

[Fiili işlediği anda onsekiz yaşını bitirmiş olup da yirmibir yaşını bitirmemiş olanlar hakkında işlenen suç için muayyen ceza, müebbet ağır hapis ise yirmi beş seneden otuz seneye kadar ağır hapis cezası verilir ve sair hallerde suç için muayyen cezanın altında biri indirilir.]

§

Hulâsa: 262 — Onsekiz yaşını bitirmiş olup yirmibir yaşını bitirmemiş olanlar hakkında yaştan mütevellit hafifletici sebep. 263 — Bu hafifletici sebebin hususi kanunlarda da açıklanmış cezalar üzerindeki tesirleri. 264 — Askeri suçlara dair hususiyet. 265 — Müttemadi ve müteselsil suçlar hakkında kanunun yaşa müteallik kaidelerinin tatbiki. 266 — Suçun mevcudiyeti için yaşın şart olduğu haller: Hileli iflâs, bahriye hizmetinden firar. 267 — Cezaen mes'ul olan çocukların hukuki mes'uliyetleri.

§

262 — 1887 tarihli nezaret projesi, cezai neticeler noktasından onsekiz yaşın bitmesini rüşt yaşı addediyordu. MEDENİ RÜŞTÜN

(149) Mebdei hareket : Hareket başlangıcı.

(150) Tedip : Edeplendirme, uslandırma.

(151) Tahvif : Korkutma.

yirmibir yaş olarak tayin edilmiş olması, aynı yaşın CEZADA DA kabulüne, kanunu teklif eden nazır için kâfi bir sebep teşkil etmiştir. Ona nazaran medeni muamelelerin yerine getirilmesi için, meşru olan şeyi gayri meşru olandan ve cezayı müstelzim olan bir hareketi adi veya şayanı takdir bir hareketten ayırmak için lâzım olandan fazla, dimağı tekemmüle ve hayat hakkında tecrübelerle ihtiyaç vardır.

Her ne kadar 1887 projesi lehinde olarak ortada ceza için rüşt yaşını, hatta onsekiz yaşından daha aşağı kabul eden Toscana Ceza Kanunu (Madde 39) ile diğer ecnebi kanunları mevcut idi ise de Meclisi Meb'usan ve Ayan Encümenleri ile Tetkik Encümeni; hafifletici kabiliyeti isnadiye devreleri arasında onsekizden yirmibir yaşına kadar diğer bir devreyi de ihtiva eden Sardunya Ceza Kanunu (Madde 91), sistemine rücu hususunu iltizam eylediler. Hukuku mevzuanın muhtelif kısımları arasındaki ahengi temin için onsekiz yaşından yirmibir yaşına kadar olan devreye; medeni kanunların herkesin hayatını tanzimde kabul etmediği mutlak salâhiyetin cezai kanunlara bahşedilemeyeceği Ayan Encümenince teemmül edildi. Meclisi Meb'usan Encümeni ise; Ceza Kanununun, bilhassa kabahatlerde ve doğrudan doğruya umuma ait şeye karşı işlenen cürümlerde, Medeni Kanunun şart kıldığı akli kemal ve sükûnetin mevcudiyetini talep etmekte olup mücrimiyetin yalnız, meşru şeyin meşru olmayandan ayrılması daha kolay olan, kanlı cinayetlerle maddi menfaat için işlenen fiillerden ibaret bulunmadığı mütalâasını serd ve beyan eylemiştir.

Cezai rüşt yaşının onsekiz olarak tayini hususunda 1887 tarihli nezaret raporunda kabul edilen sebepler, bize daha inandırıcı görünmektedir. Acaba aynı nazır ceza hukuku ile medeni hukuk arasında mevzuubahs olan ahengin teminini ancak üç komisyonun müttehit¹⁵² fikirlerine bir hürmet olmak üzere kabul etmemiş midir? Sardunya Ceza Kanunu sistemine rücu lüzumu tasavvur edilir idi ise hiç olmazsa bu kanunun en ağır cürümler (babayı ve anayı öldürmek, zehirlemek, haincesine katil ilah...) için konulan istisnaların kabulünü yani Sardunya Kanununda olduğu misillu (Madde 91) bu gibi fiilleri işledikleri anda 18 yaşını bitirenler hakkında adi cezanın tatbiki icap ederdi. Meb'usan Encümeninin mütalâaları bile hiç bir cürüm için istisna kabul etmeyen 56 ncı mad-

denin kat'i ve umumi hükmü bugün husule getirdiği neticelere taluk etmiyordu.

263 — Fiilin işlendiği anda yaşın onsekiz ile yirmibir arasında olması, haklarında müebbet ağır hapis cezası tayin edilen cürümler için, yirmibeş seneden otuz seneye kadar ağır hapis cezasının tatbikini istilzam ettirmektedir. Sair bütün cezaların altında biri indirilir, kanunun bu kısmını teşrihe lüzum yoktur.

Sardunya Kanununun tatbiki sıralarında onsekiz ile yirmibir yaş arasında bulunmak keyfiyetinin askeri vazifesini ifaya icabet etmemek hususunda bir hafifletici sebep teşkil edip etmeyeceği meselesi münakaşa edilmişti. Bu hususta şüphe hasıl olması sureti mutadede¹⁵³ davetin yirminci senede yapılmasından ileri geliyordu.

Yaştan mütevellit hafifletici ceza sebebiyle kabiliyeti isnadi (153) Sureti mutade : Alışılmış biçim. yeyi idare eden kaidelere tabi olmak itibariyle istisna kabul edilemeyeceği mütalâası ve mahkemelerin içtihadı sureti umumiyede maznunlar lehinde olan şıkkı ihtiyar etmiştir.

Diğer taraftan askerliğe çağırılan kur'a efradının daveti yirmibir yaşından sonra olması imkânsız değildi. Bu ihtimal de kanun vazının göziünden kaçmış olmamalıdır.

Bilhassa, Yeni Kanunun 10 ncu maddesinin açıklığı karşısında biz de bu noktai nazara iştirak ediyoruz. Yeni Kanunun tatbiki hususunda askerliğe icabet etmemenin yirmibir yaşını da aştığı zaman, mütemadi bir suç olarak adi cezanın tatbik edileceği kabul olunmak sureti; mehakimce ihtiyar edilmiştir.

264 — Onsekiz yaşından yukarı ve yirmibir yaşından aşağı olanlar hakkında kabul edilen hafifletici sebep, askeri suçlara kabili tatbik değildir.

Askeri Ceza Kanununun 51 nci maddesi, suçu işlediği zaman onsekiz yaşını ikmal etmiş olan bir kimsenin adi cezaya tabi olacağını beyan eylemektedir.

265 — Kanunun kaideleri küçüklük devresinde başlayıp rüşt yaşından sonra biten veya devam eden veya 54, 55 nci maddede mevzuubahs devrelerde başlayıp daha yüksek bir devreye intikal

(152) Müttehit : Birleşik.

(153) Sureti mutade : Alışılmış biçim.

eden MÜSELSSEL¹⁵⁴ ve MÜTEMADİ cürümler hakkında nasıl tatbik olunacaktır?

Aynı meseleyi kanunun makabline şümülü nazariyesi sırasında, bilhassa mer'iyetten sakıt bir kanun ile hükümleri daha şiddetli olan yeni bir kanun arasındaki ihtilâf dolayısıyla görmüştük. O zaman (numara 21) serdedilen mütalâaları burada tekrara lüzum görmeksizin bu hususu; ceza noktai nazarından mücrimin son hareketi işlediği zamandaki yaşının nazarı itibara alınması lâzım geleceği tarzında halleylemekte tereddüdümüz yoktur.

266 — Şimdiye kadar küçük yaşta olmayı kabiliyeti isnadiyeyi hafifleten bir hal olmak üzere telâkki etmiştik.

Fakat bazı kere küçük yaş muayyen bazı suçların esas unsuru teşkil etmek itibariyle mes'uliyeti bütün bütün kaldırabiliyor.

Bununla taksiratlı ve hileli iflâs ve bahriye hizmetinden firarı kastediyoruz. Taksirat ve hileli iflâs, Ticaret Kanununun 856 ncı ve onu takip eden maddelerindeki hallerden birisinde bulunan müflis tacirin işlediği cezayı mucip bir fiildir. Halbuki aynı kanunun 9 ncü maddesine göre küçüklerin ticaret yapabilmesi ve kendileri tarafından yapılacak ticari ukudatta¹⁵⁵ reşit tasavvur edilmeleri için, hale göre, ailesi veya aile meclisi veyahut vesayet meclisi tarafından salâhiyettar kılınmak ve bu cihet hukuk mahkemesince teşkil edilmek lâzımdır.

Gerek İtalyan ve gerek Fransız mahkemelerinin içtihadına göre kanunun müsaadesi olmaksızın ticarete başlayan bir küçük, tüccar sayılamaz ve bu itibarla taksiratlı ve hileli iflâs suçunu teşkil için, mevcudu zaruri olan sıfatı haiz olamaz. Hareketleri sureti umumiyede memnu fiilden birinin şartlarını içine almadıkça ceza tertip edilemez.

Aynı suretle, kayıtları zamanında kanuni temsilcilerinin rızası lâhik olmayan¹⁵⁶ onsekiz yaşındaki küçükler hakkında, bahriye hizmetinden firar suçunun mevcut olamayacağına da karar verilmiştir.

267 — Kabiliyeti isnadiyeyi haiz olan küçüklerin hukuki mes'uliyetlerine gelince : Hukuki bir cürüm veya şibih cürümden¹⁵⁷

(154) Müselsel : Teselsül eden, zincirleme.

(155) Ukudat : Akitler, sözleşmeler.

(156) Lâhik olmak : Eklenmek.

(157) Şibih cürüm : Cürüm benzeri, biçimsel suç.

dolayı küçüğün, yaş itibariyle, reşit ile bir tutulacağına dair, Medeni Kanunun 1306 ncı maddesini hatırlatmakla iktifa ederiz.

MADDE : 57 (57)

[Fiili işlediği anda ondört yaşını ikmal etmeyen sağır - dilsizler hakkında takibat yapılmaz. Fakat bunlar hakkında yirmidört yaşına kadar terbiye ve ıslah müessesesinde kalmak üzere ellüüçüncü maddenin ikinci fıkrası hükmü tatbik olunabilir.]

MADDE : 58 (58)

[Fiili işlediği zaman, ondört yaşını bitirmiş olup da temyiz ile hareket ettiği anlaşılmayan sağır - dilsizlere ceza verilemez.

Bununla beraber işlenen fiil müebbet veya muvakkat ağır hapis veya bir seneden aşağı olmamak üzere adi hapis cezasını müstelzim olan bir cürüm olduğu takdirde, hâkim yirmidört yaşını ikmal etmeyen sağır - dilsizler hakkında terbiye ve ıslah müessesesinde yirmidört yaşına kadar kalmak üzere ellüüçüncü maddenin ikinci fıkrası hükmünün tatbikini emredebilir. Eğer sağır - dilsiz yirmidört yaşını bitirmiş ise, hakkında tedabiri kanuniye ittihazı zımında salâhiyettar mercie teslimini emredebilir. Sağır - dilsizin temyiz ile hareket ettiği anlaşırsa onsekiz yaşını bitirmemiş olduğu takdirde ellidördüncü madde, onsekiz yaşını bitirmiş ve fakat yirmibir yaşını bitirmemiş ise ellibeşinci madde, yirmibir yaşını bitirmiş ise elli altıncı maddede mu-sarrah hükümler tatbik olunur.]

§

Hulâsa : 268 — Ondört yaşından aşağı sağır-dilsizlerin kat'i gayri mes'ul-lüğü. 269 — Herhangi yaşta olursa olsun sağır-dilsizler hakkında temyizın aranılması. 270 — Ondört yaşını bitirmiş ve fakat temyiz ile hareket etmemiş sağır-dilsizler haklarında yapılacak tedbirler. 271 — Mes'ul sağır-dilsizler ve cezaları. 272 — Hukuki mes'uliyet.

268 — Sağır - dilsizliğin ruhi kabiliyetlerin inkişafı hususunda teşkil ettiği maniler yeni kanunun sağır - dilsizlerin kabiliyeti isnadiyeleri hakkında hususi kaideler konmasını istilzam ettirmiştir.

Sardunya Kanunu (Madde 92, 93) DOĞUMDAN veya ÇOCUK-LUGUNDAN beri sağır - dilsizlikten bahsediyordu. Tetkik Komisyonunda da Locito aynı tefrikin tekrarı lüzumunu müdafaa etti. Fakat bu teklif reddedildi. Bir taraftan Coccini, sağır - dilsizliğin en ziyade doğumdan beri devam eylediğini ve bir kimsenin doğduktan sonra hem sağır hem dilsiz olması pek az muhtemel ve hakikatte bunun fevkalâde bir hadise olduğunu ileri sürdü. Diğer taraftan Carranda ve Puccioni, vevki ender olsun, sonradan meydana gelen bir sağır - dilsizliğin imkânı olduğunu ve bu takdirde 57 ve 58 nci maddede açıklanmış hafif hükümlerin tatbiki lâzım geleceğini beyan ederek bu tefrikin kabul edilemeyeceğini söylediler. Yukarıda gördüğümüz veçhile (Madde 53) adiyen dokuz yaşa kadar devam etmek üzere tayin edilen kat'i gayri mes'ullük devresini 57 nci madde ondört yaşına kadar uzatmıştır. Fakat fiil anında ondört yaşını tamamlamayan sağır - dilsiz hakkında da 53 ncü maddenin ikinci fıkrası hükümleri —şu kadar ki ıslah veya terbiye müessesesinde sağır - dilsizin kalması yirmidört yaşına kadar devam edebileceğinden ibaret bir hususiyetle— kabili tatbiktir.

269 — Ondört yaşını bitiren sağır - dilsiz hakkında, hangi yaşta olursa olsun, temyizinin mevcut olup olmadığı meselesi daima araştırılmalıdır.

Lucchini, asrî terbiye sistemlerine göre, sağır - dilsizin temyiz ile hareket ettiği asıl olduğunda ısrar ederek temyiz hususunu onsekiz yaşına kadar kabul eylemek kâfi olduğunu müdafaa etti. Fakat zavallı bir sağır - dilsizin ef'ali beşeriye için aranan tam kabiliyeti isnadiyesine muktezi temyizi haiz olduğu HİÇ BİR ZAMAN KATİYETLE bilinemeyeceğinden temyiz hakkındaki tahkikatın icrası lüzumuna dair Viliani'nin mütalâaları tercih edildi. Şurasını da bilmünasebe¹⁵⁸ söyleyelim ki yaş hususunda hukukun muhtelif kısımları arasındaki ahenkle meşgul olan bir kanun, Medeni Kanunun 340 ncı maddesi mucibince doğumdan beri sağır - dilsiz olanın sadece ehliyetsiz (inabilitato) olduğunu ve emvalini adeta idare hususunda muktezi ehliyetten mahrum bulunduğunu kolaylıkla unutmuştur.

(158) Bilmünasebe : İlişkisinden dolayı, yeri gelince.

Yeni Kanun, sağır - dilsizin mes'uliyeti için TEMYİZİ aramaktadır. Sardunya Kanunu (Madde 93) sağır - dilsizlerin ehliyetini okuyup yazmayı bilmesi ile maddi bir hale kalbeyledi¹⁵⁹. Bu ise doğru değildir.

Zira mes'uliyet, görülen tahsilden değil, kazanılan feyiz ve irfandan mütevellittir. Kanun vazının TEMYİZ tabiri ile kastettiği mana da bu olup bunun tahkikini, hâkimin takdirine terk etmek lâzım gelmektedir. Çünkü çocuklar hakkında söylediğimiz veçhile, her şey, evvelden tarifi gayri mümkün olan suçlunun şartlarına bağlıdır. Sağır - dilsiz herhangi yaşta olursa olsun, mahkûmiyeti için temyizinin mevcudiyeti şart olduğuna göre bu hususta tahkikatı ihmal eden hüküm keenlemeyekündür¹⁶⁰.

270 — 58 nci madde, 1 nci kısmında, ondört yaşını bitirmiş olan ve temyizsiz hareket eden sağır - dilsizleri, mevzuubahs edip, onları cezadan muaf tutmaktadır. Fakat işlenen fiil hakkında müebbet veya muvakkat ağır hapis veya bir seneden aşağı olmamak üzere adi hapis tayin olunmuş ise kanun, gayri mes'ul çocuklar hakkında olduğu gibi hükmetmekte ve fakat sağır - dilsizin fiil anında yirmidört yaşını bitirip bitirmediğine nazaran iki hal tasavvur etmektedir.

Eğer yirmidört yaşını bitirmemiş ise HÂKİM hükmünde 53 ncü maddenin son fıkrasındaki kaidenin tatbikini ve sağır - dilsizin yirmidört yaşına kadar bir terbiye veya ıslah müessesesinde kalmasını emretmeye salâhiyettardır. Fakat, müesseseye koyma tedbiri, onu icap ettiren sebeplerin zevali halinde tarafların müraacaatı üzerine veya re'sen hukuk mahkemesi reisi tarafından geri alınabilir. (1 Kânunuevvel 1889 tarihli iradenin 16 ncı maddesi).

Temyize sahip olmaksızın hareket eden bir sağır - dilsiz müebbet veya muvakkat ağır hapis veya bir seneden aşağı olmamak üzere hapis cezasını müstelzim bir fiili işlediği zaman, yirmidört yaşını bitirmiş olduğu takdirde HÂKİM, hükmünde merkumun¹⁶¹ mücrimiyetinden bahseden ceza ilâmı ile merciine teslimine karar verebilir. 58 nci madde bu mealdedir ve bu maddenin tatbiki 1 Kânunuevvel 1889 tarihli iradenin 17 ncı maddesiyle temin edilmiş

(159) Kalbeylemek : Değiştirmek, dönüştürmek.

(160) Keenlemeyekün : Sanki yokmuş, hiç olmamış gibi

(161) Merkum : Sayılmış, yazılmış, adı geçmiş.

tir. Bu son madde, temyize malik olmadığından dolayı mes'uliyetsizliğine karar verilen sağır - dilsizlere akıl maluliyetinden dolayı mes'uliyetsizliğine karar verilen kimseler misillu, muamele edilemeyeceğinden bahseder.

17 nci madde, iradenin 13 veya 14 ncü maddelerine de atıfta bulunmaktadır. Bu itibarla müesseseye koyma ve bu husustaki tedbirin geri alınması hakkında, 46 ncı madde şerhinde tafsil edilen hususları hatırlatmakla iktifa ederiz.

271 — En nihayet, 58 nci maddenin 2 nci kısmı, temyiz ile hareket eden sağır - dilsizlerden bahseder. Bunlar hakkında çocuklar için tatbik edilen kaidelere uygun tedrici cezalar tatbik olunur. Fakat şu tarzda ki reşit olan sağır - dilsiz, onsekiz yaşını bitiren bir küçük gibi ceza görür ve bu minval üzere sağır - dilsizler yaşlarına göre, daima sair küçüklerden birer derece aşağı olmak üzere cezalandırılırlar. Bu itibarla onsekiz yaşından yirmibir yaşına kadar olan sağır - dilsiz ondörtten onsekizine kadar olan ve ondört yaşından onsekiz yaşına kadar olan sağır - dilsiz ise dokuz yaşından ondört yaşına kadar olan küçükler gibi cezalandırılır.

272 — Temyizsiz hareket eden sağır-dilsizlerin hukuki mes'uliyeti hakkında da akıl maluliyetinden dolayı gayri mes'ul olanlar ile çocuklara dair söylediklerimizi hatırlatırız.

MADDE : 59 (59)

[Kanunda sarahaten tayin olunan esbabı muhaffifeden ayrı olarak mahkemece fail lehine cezayı hafifletecek sebepler kabul edilirse, müebbet ağır hapis yerine otuz sene ağır hapis cezası hükmolunur ve sair cezaların altıda biri indirilir.]

§

Hulâsa: 273 — Alehtlak esbabı muhaffifei takdiriye sistemi. 274 — Alehtlak esbabı muhaffifei takdiriye neden ibarettir? 275 — Esbabı muhaffifenin cezaya müteallik tesirleri. 276 — Esbabı muhaffifenin tatbik tarzı. 277 — Hususi kanunlarda mevzuubahs edilen fiiller hakkında umumî esbabı muhaffifei takdiriye.

§

273 — Esbabı muhaffifei takdiriye usulünün menşei Fransadır.

Eski hukukta cezaların derecesi hâkimin keyfine bırakılmıştı. Bu sistemdeki suiistimaller Müessesan Meclisini şiddetli bir aksü-lâmele sevk ederek, sabit cezaların tatbikine sebep oldu. 1791 tarihli Ceza Kanununun mümeyyiz vasfı budur. İşlenen suçun o kadar şekil ve dereceleri vardır ki cezaların kat'i müsavâtı tatbikatta hakiki bir müsavatsızlığa müncer olmakta idi. Bu halin mahzurları pek çabuk görüldü.

Dördüncü senenin 3 Brumaire Kanununun 646 ncı ve sekizinci senenin 25 Frimaire ve dokuzuncu senenin 7 Piovozo tarihli kanunları ile bu hususta bir takım ıslahat vücuda getirildi.

Nihayet 1810 tarihli Ceza Kanununun 463 ncü maddesi mucibince cünha maddelerinde esbabı muhaffifei takdiriye kabul edildi ve 28 Nisan 1832 tarihli kanun bu sebepleri cinayet maddelerine de teşmil etti.

Esbabı muhaffifei takdiriye sistemi; her fiil için, kanunda tayin olunan cezanın asgari ve azami hadleri arasında cezayı takdirde hâkimi, muhayyer⁽¹⁶²⁾ bırakmanın ve kanunda akıl maluliyeti, sarhoşluk, cebir hali, yaş, sağır - dilsizlik gibi cezayı hafifletici bazı sebepler kabul etmenin kâfi olmadığı ve fiillerin adi şartlarından ve kanunen muayyen hafifletici bazı sebeplerden maada, bazı hadiselerin nevine göre olsun keşif ve tarifi gayri mümkün ve adalet hissiyatı noktasından nazarı itibara alınması lâzım, namütenahi şartlar mevcut olabileceği mütalâatına müstenittir.

Esbabı muhaffifei takdiriye usulünün muarızları da yok değildir. Muarızlar cezadaki nisbetsizliği veya ifratı bertaraf etmek için kanunu düzeltmenin daha doğru olduğunu ve halbuki bu sistemden, jürinin hadise hâkimi olması sıfatından çıkarak ceza kanununu tashih ile ve ceza ile meşgul olduğunu söylemektedirler. Fakat kanun vazımız esbabı muhaffifei takdriyenin bir fiilin mes'uliyetini hafifleten bütün hallerin nazarı itibara alınması lâzım geldiği yolundaki adalet mefhumuna, tekabül ettiğini ve bunların kanun vazı tarafından tamamen tarif ve tadad⁽¹⁶³⁾ gayri mümkün olduğunu düşünerek bilâ tefrik her nevi suçlar için esbabı muhaffifei takdiriye usulünün muhafazası lüzumunu hissetti.

(162) Muhayyer : Beğenmeye bağlı, beğenmece, seçmeli.

(163) Tadad : Sayma.