

## HAKİMLERİN VERDİKLERİ KARARLARDAN DOLAYI ŞAHSEN VE DEVLETİN DOLAYISIYLA HUKUKİ MESULİYETLERİ

Prof. Dr. İsmail Hakkı KARAFAKIH

Hukuk mahkemeleri usulümüzün aslı olan Nöşatel H.M.U, hâkimlerin mesuliyeti üzerinde hiç bir hükümü ihtiva etmez. Ancak İsviçre federal Anayasası yanında bir çok Kantonlar meyanında Nöşatel anayasası da (Mad. 21), memurların sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı şahsan mesuliyetlerini kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak, muhakeme usulümüz, onuncu bap ile Fransız usulünden naklen hakimlerin ve icra reislerinin hukuki mesuliyetlerini kabul etmiş ve Mad. 573 ve. müt. lerile bu mesuliyeti tanzim eylemiştir.

Bu hükümlerin kaynağı olan firansız usulünde, eski tabirile iştikai anilhükkam, (prise àpartie) denilen bu müessisenin kabulüne saik kararlardan memnun olmayan her hangi tarafın hakimi istediği şekilde dava etmesinin önünü almak olduğu kadar yaptığı kazaî muamelelerde hakimi ikaz etmek ve onu daha dikkatli olmağa sevk etmekte. Filhakika hakim, herkes gibi yanılabilir, hele bizde olduğu gibi, günde 30-40 dava gören hakimin yanılması pek tabii karşılanabilir.

Fıransada bu müessisenin tarihcesine bakılacak olursa, eski zamanlarda cermen adetlerinin tesiri altında davasını kaybeden kimse, hakimi kararını müdafaaya davet eder, ve bu müdafaanın netcesi karara müessir olurdu. Bu daha ziyade mahkeme derecelerinin bulunmadığı zamanlara tesadüf ettiği cihetle hakimin kararını mürafea bir nevi hükmün istinaf veya temyizi mahiyetinde tecelli ederdi. Sonraları bu mürafea yerine hakim aleyhine dava ikamesi usulü kaim oldu, fakat burada hakimin kasdan yaptığı hatalarlarla kasdi olmayan hataları arasında birtefrik yapıldı, fakat bunun için de kaza dairelerinin yüksek merciinden müsade almak zarureti ortaya kondu. Daha sonra Hakimin, açıkca vazifesini ihlal ettiği haller dışında, hiç bir suretle mesul olmayacağı esası kondu. Fakat bu mesuliyet de bir takım tahditlere tabi kılındı. Nihayet 7/2/1933 tarihli kanun iştikai anilhükkam müessisesine bir takım tadiller getirdi.

Nöşatel muhakeme usulünü alırken firansız, alman usulünden bir

çok maddeleri birbirine karışdırarak aldığımız cihetle hakimlerin mesuliyeti bahsini de Fransız kanunundan aynen iktibas edecek yerde onu bir takım ilavelerle kabul ettik bu meyanda takdimen izin noktasını da düşünmedik, hele 1933 tadilinden hiç müteessir olmak istemedik. Bu itibarla, memleketimize hakimlerin mesuliyeti, ve dolayisile Devletin münakaşya zemin teşkili etmiş ve bu hususda ihtilâfa düşülmüşdür.

Meselenin ehemmiyeti dolayisile, memurların sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı Devletin mesuliyeti üzerinde İsviçre hukukçular cemiyetine iki kıymetli rapor veren Şt. Gal yüksek ticareu mektebi profesörlerinden OTTO K. LAUFMAN ile Lozan avukatlarından Dr. P. GRAFF mutalaalarında bu mevzua da temas etmişlerdir.

Fransa, Belçika, ve Federal İsviçre hukukunda hakimın muamelelerinden, adli organların fena işlemesinden dolayı Devletin mesul olmaması prensip itibariyle kabul edilmiş ve mesuliyet hususi kanunlara bırakılmıştır. (1) Kaide olarak fert, medeniye, ceza, ve idari hukuk sahasında her türlü adli hatalardan, haksız tevkiflerden, ve hakimın tahkikat sırasında yaptığı kusurlardan dolayı (dosyanın kaybı, v.s.) maruz kalacağı zararları tahammüle mecburdur.

Fransada bu noktada iki hususi kanun bu mesuliyeti tayin ediyor: Biri, ceza davalarının iadei mahkemesine, ve adli hatalardan zarar gören kimselerin tazminine müteallik 1895 sayılı kanundur ki, bu iadei muhakemeden sonra hataya kurban olan şahsa tazminat hakkını tanımaktadır. Bu kanun sosyal tehlike düşüncesine dayanmaktadır. İkincisi ise, ferdi hürriyet teminatına dair 7/2/1933 sayılı kanundur ki iştikai aninhükâmın kabul olunduğu hallerde ağır kusurdan dolayı Devletin mesuliyetini hakimın mesuliyeti yerine ikame etmektedir. Bununla beraber, doktrin, hakimın kazai muamelelerinden dolayı ancak ağır kusur halinde bu tazminatın kabulüne temayül etmektedir.

Fakat Prof. Valine, diğer âmme hizmetlerinin ifası sırasında vukua gelen zararlardan dolayı Devlet mesul olduğu halde Adli kazanın faaliyetinden mütevellit mesuliyetin kabul edilmemesi sebebini soruyor ve bunu şöyle izah ediyor: Kazai kararların vazih ve bitarafane olması için kanun muhtelif tedbirler almıştır. Bu itibarla hükümler bir kanuni hakikat karinesidir. Usul kaidelerinde yer alan bu tedbirler sayesinde ki fena hükümlere az tesadüf edilmekte ve bu itibarla hükme bağlanmış

(1) Pierre Graff. Les responsabilit  des fonctionnaire et de l'Etat pour le domage caus    des tiers, en droit f d ral et en droit cantonal (Zeitschrift f r schweizerischenrecht. 1953, Heft. 4 sayı. 395).

bir vakıanın, dolayısıyla de olsa tekrar tetkikine kanun vazii müsaade etmemektedir. Ancak, hakimin ve Devletin mesuliyeti, verilen hükmün kaziyei muhakeme halini alması, ve üst mercie müracaat imkânı bulunmasına istinat ettirildiği takdirde bu vasfı haiz olmıyan adli tasarruflarda mesele ehemmiyet kesbeder. Cezai sahada tevkif, hukuki sahada ihtiyati tedbirlerde bu vasıf bulunmadığına nazaran hakimin yanlış kararlarından müteessir olan tarafı tazmin etmemek bir haksızlık olur. Hatta nihai karar da olsa, muhkem kaziyeye haline gelmiş bir hüküm, iadei muhakemeden sonra, meselâ mahkûmiyet beraat ile neticelense, iflâsı mucib sebep ortadan kalksa bu zarar daha bariz bir hal alır. Görülüyor ki, kazai muamelelerden Hâkimin ve Devletin, prensip olarak, ademi mesuliyeti fikri gittikçe zayıflamakta ve en muteber müelliflerin de tenkitlerini davet etmektedir. (2)

Alman hukukunda ise, hâkimin kazai muamelerinden dolayı mesuliyetini B. G. B. 839 ncu maddesi tanzim eder. Buna göre (bir davada verdiği hükümde vazifesinin icap ettiği mükellefiyeti ihlâl eden memur, bu yüzden tevellüt edecek zararı ancak, bu vazifeyi ihlâl kusuru ceza usûline göre takibi müstelzim olduğu takdirde tazmin ile mükellef olur. Bu kaide, vazifeyi ifa sırasındaki imtina ve tehhur hallerine ancak, mesleki ödevine aykırı bulunduğu müddetçe kabili tatbikdir. (3)

İtalyada ise, Hâkimin yaptığı muamelelerden dolayı şahsan mesuliyeti kabul edilmiş ve Devletin ademi mesuliyeti esası hâkim bulunmuştur. (4)

Mesuliyetin neticesini tâyin eden kanunlar bakımından bizi en ziyade ilgilendiren İsviçre hukukudur. Filhakika, B. K. 41 göre her şahıs başkasına ika ettiği zarardan mesuldür. Ancak, bir Devlet memuru olduğunda şüphe olmıyan hâkimler için de İsviçre hukuku hususi hükümler koymuştur. Gerçekten, C. C. S. 61 nci maddeye göre, konfederasyon ve kantonlar, memurların vazifelerini ifa sırasında sebebiyet verdikleri maddî vemanevî zararlardan mütevellit mesuliyetleri hususunda borçlar kanunu haksız fiillere mütedair fasıl hükümlerine muhalefet edebileceklerdir. Bu madde bize alınmamıştır. Esasen İsviçre Borçlar kanununun bu hükmü medeni kanununun neşrinden evveki eski kanunda da mevcuttu. Konfederasyon bu hükme tevfikân, askerlerin askeri vazife-

(2) Valine. Manuel de droit administratif 1946. Say. 360.

(3) Otto K. Kaufmann. Die Verantwortlichkeit der Beamten und die Schadensersatzpflicht des States in Bund und Kantonen Zeitschrift für Schweizerisches Recht.

(4) G. Zanobini İdare hukuku. terc. Atif Akgüç, Sahir Erman. Say. 294, 244,

lerini ifa ettikleri sırada ika ettikleri zararlardan dolayı şahsan mesuliyetlerini bertaraf eyledikleri gibi, posta memurlarını da şahsan mesuliyetten istisna eylemiş, kantonlar da kendi sahalarında bu hükümlerin istifade suretile bir çok istisnalar tesis eylemişler, hususile adli memurlar vazifelerini suiistimal suretile yaptıkları muameleden dolayı himayeye mazhar olmuşlardır. Kantonların bu hususta takip ettikleri sistemleri gösteren geniş malûmatı Kaufmann'ın raporunda bulabiliyoruz. (5) Meselâ Friburg kantonu 22/1/1949 tarihli kanunla hâkimleri haksız olarak veya hile veya ağır kusur dolayısıyla yaptıkları muameleden mesul tutar. Fakat eğer kanton mahkemesi, hâkim aleyhinde davaya müsaade ederse hâkim aleyhinde dava açılır, etmezse dava Devlet aleyhine tevcih olunur. Vo (Vaud) kantonunda ise mesuliyet davası hiç bir takyide tabi tutulmamıştır. Zarar gören istediği aleyhine dava eder ve izine de lüzum yoktur. Dilerse Devlet aleyhine, dilerse Hâkim aleyhine dava açabilir. Ancak hakim aleyhine dava halinde Hâkim yalnız ağır kusurundan mesuldür. Hatta Devlet rücu tarikile hâkim aleyhine dava açsa yine bu şart aranır. Devlet aleyhine dava için Hâkimin hafif kusuru da kâfidir. (6)

Hâkimler aleyhindeki davanın takyidini kabul eden kantonlar umumiyetle federal mahkemenin şu mülâhazasına dayanır (Hâkimin mevkii ve işi, davanın sebebiyet verdiği karışıklar ve hâdiselerin tesbitindeki zorluklar dolayısıyla nazikdir. Bu itibarla, kusurun isbat ve ihmalin takdiri bakımından, hâkim için müsamahakâr olmak lâzımdır. Bu hususta evel emirde kanunun açık ve âmir hükümlerine göze çarpacak derecede muhalefet ve ihmal, ve vazifesinin istilzam ettiği esaslı ödevlerle sadece basit bir tefsir ve takdir hatasını yekdiğerinden ayırmalıdır. Hususile takdir meselesinde kusur, ancak hâkimin kendi salâhiyetini açıkça suiistimal eylemesi halinde mevcut olabilir). (7)

Binaenaleyh, İsviçrede, prensip itibarile konfederasyon ve kantonların mesuliyeti ancak positif kanunlarla tâyin edilmiş olan hallere münhasırdır. Ve sadece zarar veren mesuldür. Bu itibarla ki medeni kanun 426 (TK. M 409) da vesayet dairelerinin mesuliyeti, Mad. 42 (T.M.K 41) de ahvali şahsiye memurlarının, Mad. 955 (T.M.K. 917) de Tapu sicil muhafızlarının ve İcra ve İflâs kanunu 7 (T. İ. İF.) icra me-

(5) Kaufmann. A. g. e, Say. 263 a.

(6) Roger Secrétan. Note sur l'arrêt Speziali. Journal des Tribunaux 1954, Say. 564.

(7) Federal mahkeme kararı. RO, 68, 111, 212. 10.11.1942, J. D. T 1943, Say, 76, kezalik, Secretan. La responsabilité civile extra-contractuelle de l'Etat et des fonctionnaire J. D. T. 1954. Say. 130.

murlarının mesuliyeleri ayrıca gösterilmiştir. Cenevre kantonu daha ileri gitmiş ve 13/5/1900 tarihli kanunu ile kantonu ve komünleri, hâkimin vazifesini ifa sırasında gerek kasden ve gerek ihmal suretile ika ettikleri haksız muamelelerden dolayı üçüncü şahısların marız kalacakları zararları tazmin mükellefiyetine tabi tutmuş ve bu hususda açılacak davalarda borçlar kanununun medarı tatbik olduğunu kabul eylemiştir. (8) Federal mahkeme, bir cenevre hâkimin vazifesini ihmal suretile aleyhine açılan davada, kendisine intikal hükümden dolayı tetkik eitiğimiz mevzua mütedair olarak gayet açık kaideler koymuştur. Ona göre,

a) Konfederasyon, ancak aktif hizmet dolayısıyla ika edilen zararlar dolayısıyla âmme kanunlarının sarahaten mesuliyet kabul ettiği hususi hallerde mesuldür. Medeni hukuk kaideleri ancak, sarahat olmıyan hallerde ikame suretile kabili tatbikdir. Hakkaniyet ve nasafet kaidesi ancak her hangi bir hususi şahsın diğerine nazaran nisbetsiz surette zarara maruz kalması halinde tatbik edilir.

b) Cenevre, hâkimlerin fiillerinden dolayı kantonun mesuliyetini kabul etmiştir. Kaldığı, içinde yaşadığımız asrın *doktrini de hâkimlerin vazifelerini ifa sırasında ika ettikleri zarardan Devletin mesuliyetini kabul etmektedir.*

c) Federal hukuk bu hususta hususi hükümleri ihtiva etmemekle beraber, prensip itibarile hâkim, hafif de olsa, ihmalinden şahsan mesuldür. Ancak hâkimin kanunun âmir hükümlerine açık muhalefetleri'ne basit tefsir ve takdir hatalarını birbirinden ayırmak lâzımdır. Ancak kaza vazifesinin mahiyeti bizzat hâkimin ve dolayısıyla Devletin mesuliyetini tayinde ağır kusurun nazara alınması lâzım gelip gelmiyeceği sorulabilir. Çünkü hâkim (kendisine arzolunan ihtilâfları kat'i surette hal ile mükellefdir. Binaenaleyh, kati bir kararın Devlet veya hâkim aleyhinde dava suretyile bilvasıta tetkikini talep etmek hakkın teminatına aykırı olur.

d) Cenevre kanunu Borçlar kanununa atf ettiğine göre haksız muamele tabirini 41 deki manada, yani yazılı veya âdet hukukunun bir hükmünü ihlâli olarak kabul etmek lâzımdır. Fakat, bunun için sübjektif bir hakkın ihlali zaruri değildir. Bir kimse kusur ile hukuki rejimin her hangi emrine muhalefet ederse, bu muameleden müteessir olan kimse, faiden kanunun bu emrine riayet edilmesini istemek salahiyetini veren sübjektif bir hakdan istifade etmese bile haksız fiil işlemiş olur. Bununla beraber, haksız muamele ile zarar arasında tam bir illiyet rabıtası bulunmasa bile ihlal edilen hükmün zarar göreni himaye maksa-

(8) Federal mahkeme kararı. RO 11: 272, 2.6.1953. J. D. T. 1954, Sahife : 551,

dile vaz edilmiş olması kafidir. Hakimlik bahis mevzuu olunca, haksız muamele ile hakimlik vazifelerinin ihlali tedahül eder. Muayyen bir vazifenin ihlali, keyfilik, ihkakı hakdan imtina, salâhiyetin suiistimali hakimnin haksız muamelelerini teşkil eder.

e) Prensip itibarile şu kaideyi nazara alınmalıdır. Normal olarak vazifesine mukayyet bir hakimnin yapımıyacağı bir kusur veya hatayı işleyen hakim, haksız muamelede bulunmuş olur. Binnetice, hakimnin esas vazifesi, vakıaları açık ve tam bir surette tesbit etmektir. Binaenaleyh, evrakın tetkikinde ve hükmün mesnedi olan vakıaların tesbitinde kafi derecede dikkat etmediği açıkca anlaşılan hakim, tazminat vecibesi doğurmuş bir kusur işlemiş olur (9).

Federal mahkemesinin şu kadar hulasasını Lege Ferenda bakımından olduğu kadar Temyiz mahkememizin içtihadına da veçhe verebilmesi bakımından tenvir edici bu düğumuz için nakilde fayda gördük. Şimdi şu mutalar karşısında, türk hukukundaki vaziyete bir göz atacağız.

Hakimlerin mesuliyetini tayin eden H. M. U. 573 ve müt. maddelerine göre mesuliyet hallerini şu sınıflara ayırmak mümkündür:

a) Hakim, vazifesinde gösterdiği ihmal ve terahiden ve kanuna göre verilen emrin makbul bir sebep olmaksızın yapılmamasından mesuldür. (573/7) Filhakika, hakim kanununun tefsirinde mutlak serbestiyi hazırlar. O kararlarında ancak temyiz mahkemesinin kazai kontrolüne tabidir. Fakat bunun dışında muhakemenin sevk ve idaresi kazai kontrole tâbi olmıyan hususlarda Adliye vekâletinin kontrolüne tabidir. (10) Mahkemelerin bütün idari muameleleri, tebliğler, bu fıkra içine girer.

b) Kanuna aykırı surette karar vermiş olması. Bu noktada şu kayıtları nazara almalıdır:

aa) Aykırılık, kanunun açık ve kabili tevil olmayacak derecede vazih bir hükmüne taallûk etmelidir. Bu fıkra hükmüne tevhide içtihat da girer. Emsalinde gördüğümüz gibi, bazı temyiz hakimleri, tevhide içtihat kararına iltihak etmediklerinden mahsile, tevhide içtihat kararları hilafına karar vermektedirler. Bu sebep hiç de inandırıcı değildir. Tevhidi içtihat kararı emsali hadiselerde her kaza merciini ittibaa mecburi karar. Fakat esasen münazaalı bir hukuki mesele hakkında yanlış bir karar verilmiş olması kusur sayılmaz (11).

(9) Aynı karardan.

(10) H. Karafakih. Hukuk muhakemeleri usulu esasları. 1952, Kaza.

(11) V. Thur. Partie générale des obligations du code fédéral. Tr. Thilo. Say 337

bb) Ara kararlarından dolayı mesuliyet cihetine gidilmemelidir. Çünkü usul hukuku prensiplerimize göre, yüksek mercilere müracaat kabil olduğu müddetce verilen karar bulunduğu mercide kabili tashih değildir. Binaenaaleyh temyiz imkânı bulundukca yanlışlığından dolayı hakim aleyhine mesuliyet cihetine gidilmemelidir.

cc) Muvakkat kararlardan dolayı mesuldür. Mesela hiç bir sebep yokken ihtiyati haczi kaldırmak veya kanunun gösterdiği şartlar mevcut olmadığı halde tetbir koymak bir kusurdur.

Bu sınıfta nazarı dikkati çeken cihet, mesuliyet için kusurun aranmamasıdır. Sadece Fransız kanununda olduğu gibi, cehalet ve dikkatsizlik hata sayılmaktadır. (12).

c) Kanunun hükmü açık olmasa bile, iki taraftan birini tesahüp maksadla kanuna ve adalete aykırı hüküm verilmiş olması (573/1).

d) Bir menfaat mukabilinde kanuna aykırı hüküm verilmiş olması. Bu c sınıfı içine de dahil olabilir.

e) Muhakeme zabıtlarının tahrif edilmiş ve zapta ilaveler yapılmış olmasıdır.

Dava hakim sıfatını haiz her şahıs aleyhine açılabilir. Buraya ceza hakimleri dahil olduğu gibi (tev. içt. 25/3/1931). Devlet şurası hakimleri, hatta hüküm mevkiinde bulunan köy ihtiyar heyeti de girer. Eğer hangi hakimin karar verdiği, toplu hakimli mahkeme yerde anlaşılamazsa, (İstanbul Ticaret Mahkemesinde, veya temyiz dairelerinde olduğu gibi) heyet aleyhine de dava açılabilir (13).

Ancak burada ehemmiyetle üzerinde durulacak nokta, hakim aleyhine dava için mütakaddem iznin aranmamasıdır. Fransızca dava istinaf mahkemesi reisinin iznine tabidir. (c, p, c 510) İsviçrede mesuliyet kabul eden bir çok kantonlarda da böyledir. Modern bazı kanunlarda, ferdi hürriyeti tahdit etmemek için - Polonya, Lituanya, Romanya gibi (14). - Bu mücadele zararlı görülmedikçe isede hakimi daimi bir dava tehdidinden kurtarmak için buna bizde lüzum vardır. Hakimler kanunu, üçüncü ve ikinci sınıf hakimlerin vazifeden doğan veya vazife sırasında işlenen suçlarından dolayı tahkikat icrasını yüksek dereceli hakime verdiği ve tahkikatın yapılmasını adliye vekilinin iznine tabi tuttuğu halde (Hakimler kanunu 101, 103) tazminat davaları için böyle bir müsademenin zaruri kılınmaamsı bir esastır. Hiç olmazsa bu hususda da

(12) R. Morel. *Traité élén De Procédure civile* 1949. No. 154,

(13) R. Morel. a, g, e, N

(14) Secretan. *Note s'asabilite. Speziali.* a, g, makale J. D. T. 1953. Say, 357.

reisler encümeninin müsaadesini istemek kaza vazifesinin seçâmetle cereyanını temin için yerinde bir tedbir olur.

Bizde hakiminin sebebiyet verdiği zararlardan dolayı Devlet mesul müdür? Doktrin bu noktada ihtilâflıdır. Prof. M. R. Belgesay (kıyas yolula Devletin hakim in ödemediği zararlardan mesuliyetini kabul etmek icabeder) diyor (15) Prof. R. Sarıca, Devlet ile memurlar arasındaki münasebetin hizmet akdine müntehi olmaması haseb ile borçlar hukuku kaidelerinin tatbik edilemeyeceği, kaldığı hizmet akdinde istihdam edenin âmir vaziyetinde olduğunu, halbuki Hakimin hiç bir veçhile emir almadığı, ve bu itibarla Devletin Hakimin muamelelerinden fer'an da mesul olmayacağı fikrindedir (16). Prof. S. Erbil, hakim in tasarruflarından dolayı B. K. 55 ni tatbik edilemeyeceği fikrindedir (17). Biz bu görüşe iştirak edemiyor, bilakis Prof. M. R. Belgesaya iltihak ediyoruz. Bu görüşümüz şu mülaazalara dayanır.

a) Türkiyede mademki Memurların tasarruflarından dolayı Devlet mesuldür. Hakimler için bu hususta bir istisnaya mahall yoktur. Hakimin emir almaması, hadisede müessir bir rol oynamaz. Memur da kanuna aykırı emirlerin icrasından memnudur. Hakim, Devletin kaza kudretini istimalde onun mümessili olduğu müddetce, memurlar gibi mesul olmak icap eder.

b) Türk kanun vazii İsviçre Borçlar kanununun memurların mesuliyetini kantonların ve konfederasyonun bertaraf edeceğine dair 61 nci maddesini almamakla umumi hükümlere tabi olmağı kabul etmiştir.

c) Devlet aleyhinde dava açmanın, muhkem kazıyye haline bazı hallerde gelmiş bir kararın yeniden tetkikini intaç edeceği görüşü, esasen Medeni kanunda Devletin mesuliyeti kabul edilmek suretile türk vazii kanunu tarafından kabul edilmemiştir.

d) İsviçre medeni kanununun 59 ncu maddesine tekabül eden T. M. K 52 de âmme hukuku müesseselerinin amme hukuku kanunlarına tabi olacağı tasrih edildiği halde Hakimin muamelesinden dolayı Devletin mesul olmayacağına dair şimdiye kadar bir hüküm sevk edilmemiştir.

e) Mesuliyeti tayin eden borçlar kanunumuzun mehazi olan İsviçre federal hukukunda da hakimler ile diğer memurlar arasında bir tefrik yapılmış değildir. İhtilâf, B. K. 55 nci maddenin tatbik edilip edilme-

(15) Belgesay. Hukuk usulü muhakeme kanunu şerhi ikinci kitap. cilt II kısım III. Mad. 573, Say. 562.

(16) Rağıp Sarıca. İdari kaza. Cilt I 1949, 11. esasla.

(17) Süheyp Derbil. İdare hukuku. 1955 Saycode fédé

mesindedir. Gerçekten, bir nazariyeye göre, Devlet, ve kommünler, diğerleri gibi memurlarının sebebiyet verdikleri zarardan mesuldürler ve B. K. 55 e tabidirlir (Becker, Rossel, bu fikirdedir).

İkinci bir görüşe nazaran, B. K 55, amme hukuku memurlarına ancak snai bir endüsriyi işleten kimse sıfatıyla tatbik olunur.

Üçüncü bir nazariyeye göre, Devlet B. K. 55 e tamamen tabidir. Ancak Devlet kendisini tebriye edecek delil getirebilir. Fakat kantonlar B. K. nin tatbikini bertaraf edebilirler.

Nihayet, Dördüncü görüşe nazaran, amme hukuku hükmi şahısların hukuki münasebetleri amme hukukuna tabidir. Oser bu fikirdedir. (18).

Bilhassa V. Thur bu mesuliyeti şu satırlarla belirtmektedir: (B. K. 61 e göre, kantonlar amme korporasyonlarının B. K. 55, 56 ye göre tabi oldukları mesuliyeti bertaraf edemezler. (19).

Binnetice, biz hakimlerin mesuliyetlerini mucip muamelelerden dolayı Devletin de B. K. 55 göre mesul olduğunu kabul etmekteyiz.

(18) Secretan. La responsabilite, ad. g. makale, J. D. T. 1944 Say, 139.

(19) V. Thur. a, g, e, Say, 357.

## CEZANIN TAYİNİNDE SUÇLUNUN ŞAHSİYETİ

Prof. Dr. Burhan KÖNİ

Konumuz, Ceza Kanunumuzun 29 uncu maddesinin 2 inci fıkrasında mevzubahis olan "cezaların şahsileştirilmesi" prensibidir. Ceza ilminin en mühim kazançlarından birini teşkil eden ve ceza adaletinin hakkiyle ve tatmin edici bir şekilde tevziini temin eden bu prensip, doktrinde etraflı bir şekilde işlenerek birçok kanunlarda yer almak suretiyle tatbi-kat safhasına intikal etmiş bulunmaktadır.

Mezkûr prensip Kanunumuzda oldukça müphem ve noksan bir şekilde ifade edilmiştir. Filhakika sözü geçen 29 uncu maddenin 2 inci fıkrasına göre: "kanunun muayyen bir nisbet dairesinde cezayı artırıp eksiltmeyi emrettiği yerlerde mevcut olan teşdit veya tahfif edici sebepler nazara alınmaksızın o fiil hakkında ne ceza tayin edilecekse tezyit ve tenkis keyfiyeti o ceza üzerinden icra olunur".

İleride tekrar temas edeceğimiz bu hükmün daha açık olarak manası şudur: Kanunun muayyen bir nisbet dairesinde cezayı arttırmayı veya eksiltmeyi sarih olarak emrettiği haller vardır. Bunlar dışında, cezanın miktar ve nev'i üzerinde her hangi bir değişiklik yapılamaz. Bu keyfiyet Ceza Kanunumuzun 1 inci maddesinde ifadesini bulan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kâidesinin tabiî bir neticesidir. Ancak, bir şeyi artırmak veya eksiltmek demek, mevcut bir (miktar) üzerinde ilâveler veya azaltmalar yapmak demektir. Şu halde hâkim, karşısına getirilen sanığın suçluluğuna kanaat getirmesi halinde, haiz olduğu takdir yetkisini kullanarak, işlenen suçun karşılığı olarak vazedilmiş bulunan cezanın aşağı ve yukarı hadleri arasında, husule gelen zararın mahiyeti ve fiilen işleniş tarzı gibi suçun yalnız maddî tarafını değil, bilhassa suçluyu ve onun şahsiyetini de nazara alarak, ilmî tabiriyle cezayı şahsileştirerek kanunun derpiş ettiği arttırma ve eksiltmelere esas olacak (miktarı) yani (temel cezayı) (1) tayin edecektir. Meselâ, bir suçun karşılığı olarak 6 aydan 36 aya kadar hapis cezası vazedildiğini kabul edelim. Hâkim, sözü geçen unsurları nazara alarak doğrudan doğruya 6, 12, 18, 25 ve hatta 36 ay hapsi (temel ceza) olarak takdir ve tayin edebilir. Bundan sonra kanunî arttırma ve eksiltme-

(1) EREM, F., Adı geçen eser (Sah. 167).

ler bu temel ceza üzerinden ve kanunun tesbit ettiği sıraya göre olunur.

Şu kısa girişten sonra (cezaların şahsileştirilmesi) müessesesinin işleme safhalarını, mahiyet ve muhtevasını inceleyelim.

\*

Cezanın, diğer gayeleri arasında, suçluyu islâh ve suçluluğa karşı miyeti koruma gayesine önem verildiği bir devirde, hâkimi, basit bir anliye yaparak ceza tevzi eden bir makine telâkki etmeğe artık imkân yur. Bugün, cezaların suçlunun şahsiyetine uygun bir şekilde tayini, ride izah edeceğimiz veçhile, eskiye nazaran basit bir iş olmaktan mıştır.

Şu sözlerimizle, cezaların (şahsileştirilmesi) prensibine memleketimizde riayet edilmediğini ima etmek istemiyoruz. Değerli birçok hâkimlerimiz mezkûr prensibe uymaktadırlar (2). Maksadımız, ceza adaletinin tevziinde büyük önemi haiz olan bir prensibin, daha şamil bir şekilde tatbik edilmesi zaruretine işaret etmek ve lâyük olduğu ehemmiyeti belirtmek için mahiyetini açıklamaktır.

(2) Temyiz Mahkememizin şu iki içtihadı dikkate değer. Her iki içtihadıda Ceza Kanunumuzun 59 uncu maddesinde mevzubahs olan (takdir hafifletici sebepler) hakkındadır. Bu hüküm de, başta 29 uncu maddenin 2 inci fıkrasındaki hüküm olmak üzere, (cezaların şahsileştirilmesi) prensibini tahakkuk ettiren müesseseler arasındadır.

1) (T. Hususî C. D. nin 21/2/1946 T. ve Es. 249, Ka. 493 No: 1 ilâmının gerekçesinden). "59 uncu madde, suçun saikleri, iktisadî şartların tesiri, failin ruhi haleti, mazisi, bilâhare vaki olan taahhüt ve itiraf, velhasıl yargıcın vicdanına nazaran fail hakkındaki cezanın indirilmesinde adalet icabı olarak nazarı itibare alınması gereken faile has bütün şartlar ve sebepler hakkında tatbik edilmek üzere tedvin olunmuştur. Maddenin metninde sayılmasına imkân olmayacak derecede birçok sebepler ve şartlar mevcut olduğu için bunlar yargıların takdirine bırakılmıştır. Şu kadar ki, cezanın tahfifini icabettiren sebeplerin teaddüdü bu madde mücahibince mükerrer tenzilâtı icabettirmez. Yani bu madde bir defaya mahsus olmak üzere tatbik olunabilir.

2) (T. İkinci C. D. nin 25/5/1951 T. ve Es. 6087, Ka. 6129 No: 1 ilâmından). "Cezanın şahsileştirilmesi esasına dayanan takdiri tahfif müessesesinin suç ve suçlunun durumu ile ilgili sebepleri nazara aldığı gözetilmeden mücerret mağdurun davadan feragatı dolayısıyla 59 uncu maddenin tatbiki yolsuzdur".

Bu içtihatlar, cezanın tayininde suçlunun şahsiyetine önem verildiğini açıkça göstermektedir.

Bahis konusu prensibi incelemeye başlamadan evvel sık sık şahit olduğumuz bir realiteye temas etmek faydalı olur. Bir suçun işlendiği haberi, matbuatın suç hadiselerini ceza siyaseti bakımından zararlı olabilecek şekilde ve bütün tafsilâtiyle açıkladığını da ilâve edecek olursak, âmme vicdanında derin bir tepki yaratır. Bu tepkinin ilk tezahürü, suçun ihlâl ettiği (değer) in (3) mahiyetine, husule gelen zararın derecesine ve mağdur ile suçlunun şahsî durumuna göre değişen heyecandır. Bu heyecanın tabii bir neticesi olarak, âmme vicdanı suçlunun cezalandırılmasını ister. Çünkü, iyiliğin mükâfatlandırılması gibi fenalığın da mukabil bir fenalıkla ödettirilmesi isteği insan tabiatının değişmez bir icabıdır. Bu itibarla, topluluğun suçlunun cezasız kalmaması yolundaki hissini tabii görmek lâzımdır. Ceza, gayelerinden biri olan ödetme (rétribution) mahiyetini muhafaza ettiği müddetçe, ceza adaleti bu hakikatı daima hesaba katmak mecburiyetindedir. Aksi takdirde içtimaî huzur ve emniyet tehlikeye düşebilir.

Âmme efkârında husule gelen tepkinin diğer bir tezahürü, konumuzu ilgilendirmesi bakımından dikkate şayandır. Filhakika, suçtan doğan ilk heyecanı müteakip birçok kimselerin dimağında istifhamlar belirmeğe bağlar. Herkes suçun kim tarafından işlendiğini, ne için işlendiğini, nasıl işlendiğini, suçlunun ve mağdurun ailevi ve içtimaî durumunu, suçlunun mazisini, ahlâk ve karakterini merak eder. Bu tecessüsünü etrafındakilere sormak veya gazetelerde okumak suretiyle tatmine çalışır. Suçtan haberdar olanların bu şekilde bilgi toplamaları ve bu bilgilere dayanarak, suçlu hakkında, noksan dahi olsa, bir kanaata varmaları, hâkimin cezayı tayin ederken yapması gereken asıl (şihşileştirme) nin basit bir şeklidir.

Görülüyor ki halk bir taraftan suçlunun cezalandırılmasını, diğer taraftan da bu cezanın suçlunun şahsiyeti ve mes'uliyet derecesiyle mütenasip olmasını ister. Şu halde cezalandırmanın ve cezaları şahsileştirmenin ilk kaynağı, âmmenin şuur ve vicdanındadır.

Suçun işlenmesiyle adalet cihazı harekete geçer ve mahkemelerde hergün şahit olduğumuz veçhile bütün gözler, önüne getirilen meseleyi halletmekle mükellef olan hâkime çevrilir. Hâkim, kürsüsünden eğilerek önüne serilen delilleri en ince teferruatına kadar incelemek, tartmak, karşısında meçhuller ve istifhamlarla doğu sanığın mazisini, karakterini,

(3) Suç, kanunen himaye altına alınan bir değerdir. Biz bu değere (hukukî değer) diyoruz. (Hukukî değer) tabirini geniş manada anlıyor ve almanca (Rechtsgüter), fransızca (bien juridique) karşılığı olarak kullanıyoruz. Meselâ, Ceza Kanunumuzun 195 ve 491 inci maddeleriyle himaye edilen değerler, muhabere hürriyet ve emniyeti ile mülkiyet hakkıdır.

şahsî durumunu ve suçun sebeplerini aramak, velhasıl iç âlemine kadar nüfuz ederek sanığı hakkiyle tanımak ve ona göre âdil hükmünü vermek mecburiyetindedir. Ancak böyle bir hüküm vicdanları tatmin edebilir. Mevzuat, bu güç işin başarılabilmesi için hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımış bulunmaktadır. Hâkim bu yetkiyi, sanığın suçu işlediğini kesin olarak tesbit etmek ve tatbik edilecek müeyyideyi tayin etmek bakımından bilhassa iki safhada kullanır.

Birinci safha konumuzu doğrudan doğruya ilgilendirmediği için üzerinde durmayacağız.

..

Cezaların şahsileştirilmesi prensibinin doğuşunu iki tarihî sebebe bağlayabiliriz. Bunlardan birincisi, sabit cezalardan aşağı ve yukarı iki had arasında tesbit edilen cezalara geçilmesi, ikincisi ise, ceza hukukunda nazarların yalnız suça değil suçlu insana da yönetilmesi keyfiyetidir.

İstisnalar bir tarafa bırakılacak olursa ceza mevzuatımızda bir suçun karşılığı olarak vazedilen cezalar umumiyetle aşağı ve yukarı hadler tayin edilmek suretiyle gösterilmiştir. Bu usul, halen yabancı mevzuatın da umumiyetle kabul ettiği bir usuldür. Ancak, vaziyet her zaman böyle olmamıştır.

Ceza hukuku tarihini tetkik ettiğimiz zaman, cezanın hâkim tarafından tayini hususunda dört sistemin mevcut olduğunu görüyoruz (4).

**Birinci sistem**, hudutsuz serbesti sistemidir. Bu sistem hâkime, cezayı tayin ederken, keyfilikle ifade edilebilen hudutsuz bir serbesti tanımaktadır. Hâkim âdeta kanun vazı'ının yerine kaim olmuş gibidir.

**İkinci sistem**, gayet dar bir kanunîlik sistemidir. Sabit ve değişmez cezalara dayanan bu sisteme göre hâkimin hiçbir takdir yetkisi yoktur. Kanunda yazılı cezaları tevzi eden bir makine gibidir. Bu sistemde ise kanun vazı'ı hâkimin yerine geçmiş vaziyettedir.

**Üçüncü sistem**, bugün ekseriyetle tatbik edilen hudutlu serbesti sistemidir. Bu sistemde cezalar, kanun vazı'ı tarafından aşağı ve yukarı hadler tayin edilmek suretiyle vazedilmekte ve hâkime bu iki had arasında şahsileştirmeyi temin edecek şekilde, cezayı takdiren tesbit etmek yetkisi tanınmaktadır.

**Dördüncü sistem**, ise, pozitivist mektebin kabul ve müdafaa ettiği sistemdir. Pozitivistlere göre, suçluyu ıslâh ve cemiyeti koruma gayesiyle, hâkim, müeyyidelerin kemiyet ve keyfiyet bakımından tayininde geniş bir takdir yetkisine malik olmalıdır. Hudutsuz hüküm bu görüşün mahsulüdür.

(4) Florian. E., A.g.e. (Sah: 737):

Bu sistemler, biz de dahil, birçok milletlerin geçirdiği muayyen devrelere tekabül eder.

**Birinci sistem;** mutlakiyetin cari olduğu devirlerde, otoriter rejimlerde tatbik olunmuş bir sistemdir. Bu devrede hâkim, hâkimiyeti nefsinde toplamış olan hükümdar adına hareket ettiğine göre, cezaların tayin ve tesbitinde hudutsuz bir serbestiye malik idi. XVIII. asrın sonlarına kadar devam eden ve bilhassa XVI. XVII. ve XVIII. ci asırlarda gelişen bu sistemin bariz vasfı, nev'i ve müddetleri önceden sarîh olarak tesbit edilmediğinden, hâkimler tarafından tayin edilen cezaların keyfi, zalimane ve gayri müsavi oluşudur. Bundan başka, bu devrin ceza hukuku tamamıyla objektif bir mahiyet taşırdı. Ceza tayininde nazara alınan, suçun maddî unsuru olup suçlunun şahsiyetine, suçun manevi unsuruna bakılmazdı. Çünkü cezanın esas gayesi ibret ve korkutma idi. Böyle bir devirde cezaların şahsileştirilmesinden bahsetmek mevzuubahis olamazdı (5).

**İkinci sistem olan dar kanunîlik sistemi.** Kanunsuz suç ve ceza olmaz kaidesine ifrata varan bir taassupla bağlı olan bu sistem, halk hâkimiyetinin mutlakiyeti devirerek yerine geçtiği devirlerde tatbik olunmuştur. Filhakika, XVIII. asrın sonlarına doğru başlayan ve büyük Fransız inkilâbını hazırlayan fikir hareketi, ceza hukukunda da tesirini göstermiş ve (insanî devre) ismiyle anılan bir devir açmıştır. O zamanki rasyonel felsefenin mahsulü olan (Klâsik mektep) in doğuşu da aynı devreye tekabül eder. Fransız inkilâbından sonra hazırlanan kanunlar ve bunlar arasında tipik bir numune olarak gösterilebilen 1791 ve 1810 tarihli Fransız ceza kanunları, sözü geçen fikir hareketini yaratanların ve bilhassa İtalyan mütefekkeri (Beccaria) nın müdafaa ettiği esaslara göre hazırlanmıştır. Beccaria, (Cürümler ve Cezalar) adlı eserinde konumuza ilgilendiren hususlara da temas ederek, cezaların kanun vazî'î tarafından sarîh olarak tesbit edilmesi lâzım geldiğini ve kanunun çok kerre müphem olan ruhiyle değil lâfzile tatbik olunması icabettiğini ileri sürmüş ve böylece hâkime (takdir hakkı) tanınmamasını iltizam etmiştir.

Bu devrede ceza hukuku sahasında yapılan ilk ve acele islâhat, orta çağın ceza tayinindeki keyfilliğini ve cezalardaki şiddeti ortadan kaldırmak olmuştur. Sabit cezaların kabulü ve dolayısıyla hâkimlere hiçbir takdir hakkı tanınmaması bu devrin mahsulüdür. 1810 Fransız ceza kanununda olduğu gibi, bilâhare sabit cezalardan aşağı ve yukarı hadli cezalara geçilmiş ise de, bu değişiklikle hâkime hakikî mânasyle (şahsileştirme) yi temin edecek bir takdir hakkı tanınmamıştır. Zira, bu devrede hâkim olan prensibe göre, cezaî mes'uliyet objektif bir mahiyet taşırdı.

(5) Saleilles, R., A.g.e. (Sah: 22 ve devamı):

Bunun derecesini ölçerken yalnız suçtan husule gelen maddî zarar nazara alınır, suçlunun psikolojik durumuna, onun iradesindeki serbestinin derecesine bakılmazdı. Çünkü bu serbestinin, cezaî ehliyeti haiz her fertte aynı derecede mevcut olduğu kabul olunurdu.

Bize gelince, ceza işlerinde islâm hukukunun (ukubat) adı altında toplanan hükümlerinin cari olduğu Tanzimattan evvelki safha ile Tanzimat ve Tanzimatı takip eden safhayı izah ettiğimiz devre ile mukayese etmek mümkündür.

**Üçüncü sistem.** Bu sistem, ceza hukukunda ve betahsis cezanın hâkim tarafından tesbitinde, yalnız suçun değil suçlunun da nazara alındığı bir devirde tatbik olunmağa başlamış ve (cezaların şahsileştirilmesi) yolunda ilk adım da bu devrede atılmıştır.

Filhakika, neoklâsik nazariyelerin hâkim olduğu bu devrede, cezaî mesuliyetin derecesi tayin edilirken, yalnız suçtan husule gelen maddî zarar değil suçlunun psikolojik durumu, ondaki iradenin ne dereceye kadar serbest olduğu da nazara alınmıştır. Bunun neticesi olarak mütenavip cezalar ihdas edilerek bunlardan birini seçmek ve aşağı ve yukarı hadler arasında temel cezayı tesbit etmek hususunda, hâkime takdir yetkisi tanınmış (6) ve cezaların şahsileştirilmesi esasının bir halkasını teşkil eden takdiri hafifletici sebepler müessesesi kabul olunmuştur.

Bu sistem bugün dahi, bizimki de dahil olmak üzere birçok ceza kanunlarında mevcuttur.

**Dördüncü sistem.** Bu sistem 1871 tarihlerinde Lombrozo'nun çalışmalarıyla temeli atılan pozitivist mekteple onun devamı olan Kriminoloji ilminin ileri sürdüğü bir sistemdir.

Cezaların şahsileştirilmesi konusunda pozitivistlerin kabul ve müdafaa ettikleri sistemin esasını «tehlikeli hal» (7) mefhumu teşkil etmektedir. Tehlikeli halin hakikî kıymet ve ehemmiyetini belirten Garofalo olmuştur (8). Tehlikeli halin mahiyeti kısaca şöyle izah edilebilir. Suç

(6) CRIVELLARI, G., a.g.e., (cilt 2, No: 831); SALEILLES, R., a:g:e: s: 61 ve devamı; FLORIAN, E. a.g.e., no: 701:

(7) DE ASUA, L. J., El estado peligroso del delinquente, Madrid, 1920.

DE ASUA, L. J., La pericolosità, Torino, 1923.

GRISPIGNI, F.; La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato, Scuola positiva dergisi, 1920.

PETROCELLI, B.; La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica, 1940.

RANIERI, S.; La pericolosità criminale nel codice penale vigente, Scuola positiva dergisi, 1933.

(8) GAROFALO, R.; Di un criterio positivo di penalità, Napoli 1880.

GAROFALO, R.; Criminologia, (sah. 329), Torino, 1891.

biyolojik ve sosyal faktörlerin müşterek tesiriyle işlenir. Mezkûr faktörler suçlunun iradesini tahdit ederler. Binaenaleyh suçluda serbest bir irade ve bunun neticesi olan manevî mes'uliyet bahis konusu olamaz. Şu halde serbest irade ve manevî mes'uliyet ortadan kalkınca cezaî mes'uliyetin derecesini tayin edecek kıstas ne olacaktır? Tehlikeli hal, bu sualin cevabını teşkil etmiştir. Pozitivistlere göre suç, suçlunun cemiyete karşı arz ettiği tehlikeyi belirtir. Tehlikeli hal ise, bir kimsenin, kuvvetli bir ihtimal ile suç işleyebileceğini gösteren durumudur.

Tehlikeli hal mefhumuna bağlı olarak cezanın mahiyet ve gayesinde tertip ve tatbikinde önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Bu değişikliklerin en mühimlerinden biri, tenkil vasıtası olan cezanın yerine, suçluluğa karşı cemiyeti koruma hususunda daha müessir olduğu iddia olunan «önleme tedbirlerinin» ikamesi olmuştur. Bugün, modern ceza kanunlarında yer alan ve suç işlemiş bir kimsenin, tedavi, islâh, terbiye, muhafaza veya cemiyetten büsbütün uzaklaştırılması suretiyle tekrar suç işleyemeyecek bir hale getirilmesi gayesine matuf olan «emniyet tedbirleri», önleme tedbirlerinin en önemli bir kısmını teşkil eder. Emniyet tedbirlerinin tayin ve tatbikinde nazara alınan kıstas ise tehlikeli halin mahiyet ve derecesidir. Şu kadar ki, karakter ve şahsiyetleri itibariyle birbirine benzemeyen muhtelif tipte suçlu insan mevcut olduğuna göre, bunlardan herbirinin cemiyete karşı arz ettikleri tehlike de aynı derecede olmayabilir. Binaenaleyh, yapılacak şey, suçun vehamet ve işleniş tarzını, saikini ve suçlunun biopsikolojik bünyesi ile mazisini, sosyal ve ailevi durumunu gözönünde tutarak, tehlikeli halin derecesini tesbit etmek (9) ve böylece suçlunun şahsiyetiyle mütenasip bir tedbiri tatbik etmek yani müeyyideyi şahsileştirmektir.

Müeyyidelerin şahsileştirilmesini zarurî bir prensip olarak kabul eden pozitivistler, bu hususta hâkime geniş bir takdir yetkisi de tanımaktadırlar.

..

Şimdi, Ceza Kanunumuzdaki hükümlere istinaden şahsileştirmenin (10) nasıl tahakkuk edebileceğini inceleyelim :

Ferri, E. - A.g.e: (Sah: 284)

Florian, E. - A.g.e. (Sah: 910)

De Asua, L. J. - A.g.e:

Grispigni, F. - A.g. makale

(10) Şahsileştirme, teşriî, kazai ve idarî olmak üzere üç nevidir. Konumuz hâkimin, sanığın şahsiyetini göz önünde tutarak müeyyideyi tayin ettiği sırada yaptığı «kazai şahsileştirmedir».

Evvelâ şu noktayı belirtmek faydalı olur. İtalyan ve İsviçre Ceza Kanunları gibi, pozitivist mektebin ve Kriminoloji ilminin ileri sürdüğü prensipleri de nazarı itibara alarak hazırlanmış olan yeni kanunlar, bir taraftan «ceza» müessesesine sadık kalmakta diğer taraftan da emniyet tedbirlerine yer vermektedirler. Şu halde, müeyyidelerin hâkim tarafından şahsileştirilerek tayininde (ceza) bakımından üçüncü ve (emniyet tedbirleri) bakımından dördüncü sistem kabul edilmektedir.

Cezaların şahsileştirilmesini bir zincire benzetecek olursak, bazı müesseseler bu zincirin halkalarını teşkil ederler. Başta, aşağı ve yukarı hadler arasında temel cezanın tayini (T.C.K. Mad: 29, fıkra 2) ve mütenavip cezalardan birinin seçilmesi (meselâ, T.C.K. mad: 262) olmak üzere, suçlunun geçmişteki haliyle ahlâki temayüllerine istinaden cezanın tecili (T.C.K. madde: 89 - 95), mahkûmun ahvali mahsusasına ve cürmün işlenmesindeki şekil, suret ve hususiyete bakarak yapılan adlî tevbih (T.C.K. madde: 26, 27) ve takdiri hafifletici sebepler (T.C.K. Madde: 59), bu müesseselerdendir. Dikkat edilecek olursa bu müesseselere ait hükümlerin hakkiyle tatbikinde, suçlunun şahsiyeti bilhassa rol oynamaktadır.

Cezanın şahsileştirilmesi sırasında, hâkimin, takdir hakkını kullanırken nazarı itibare alması icabeden hususların kanunda gösterilmesine lüzum olup olmadığı meselesi de ehemmiyetli ve münakaşalı bir mevzudur. Bazı müellifler, bu gibi hususların kanunda gösterilmesi, hâkimin takdir hakkını tahdit edeceğini ve esasen bunların tadadına da imkân olmadığını ileri sürmekte ve bazıları ise, aykırı takdirleri önlemesi bakımından mevzubahis hususların kanunda tasrihini faydalı bulmaktadırlar (11). Kanaatimize gelince, hâkimin takdir hakkını tahdit etmiyecek şekilde olmak ve umumî bir direktif mahiyetini taşımak şartıyla, cezanın şahsileştirilmesinde nazara alınabilecek hususlara kanunda işaret edilmesine taraf-tarız.

Daha evvel de işaret ettiğimiz gibi, Ceza Kanunumuz cezaların şahsileştirilerek tayini hususuna gayet müphem ve noksan bir şekilde temas etmekte ve hâkimin, işbu takdir yetkisini kullanırken, ne gibi hususları nazarı itibara alabileceğini göstermemektedir. Halbuki, İtalyan Ceza Kanununun 133 üncü maddesine göre, hâkim, mevzubahis takdir yetkisini kullanırken, bir taraftan suçun vehametini diğer taraftan suçlunun suç işlemek hususundaki istidat ve kabiliyetini göz önünde tutmak mecburiyetindedir.

Suçun vehameti, fiilin mahiyetinden, nev'inden, vasıtalarından, hedefinden işlendiği zaman ve mekândan, işleniş tarzından, suçtan husule ge-

(11) Florian, E. - A.g.e. (Sah: 856)

len zararın tesir ve ağırlığından ve kasdın şiddetiyle taksirin derecesinden istidlâl olunur.

Suçlunun suç işlemek hususundaki istidat ve kabiliyeti ise, suçun saiklerinden, suçlunun karakterinden, cezaî ve adlî sabıklarından, suçtan evvelki hayat tarzından, suçun işlendiği sıradaki ve sonraki harekâtından, ferdî, ailevî ve sosyal hayat şartlarından anlaşılabilir.

İsviçre Ceza Kanununun 63 ünü maddesinde ise şöyle denmektedir. "Hâkim, suçun saiklerini, suçlunun mazisini ve şahsi durumunu nazara alarak cezayı onun kusurunun derecesine göre tesbit eder" (12).

Dikkat edilecek olursa mezkûr kanunlar, suç saikleriyle suçlunun karakteri üzerinde bilhassa durmaktadırlar. Suçun saiki, iradeyi harekete getiren, onu fiil haline inkilâp ettiren psikolojik sebeptir. Suçlu suçu ne için işlemiştir سوالini hâkim daima kendi kendine sormak mecburiyetindedir. Saikin ahlâki veya gayri ahlâki oluşu cezai mes'uliyetin derecesine tesir eder.

Suçlunun karakterine gelince, bu unsur suçun biolojik saikini teşkil eder. Kriminoloji ilmi, suçlunun şahsiyetini tayinde (karakter) üzerinde bilhassa durmakta ve bu yönden suçluları tasnif etmektedir. Çünkü, fetleri birbirinden tefrik eden ve insanın ahlâki ve ruhî veçhesini teşkil eden karakter şahsiyetin en bariz belirtisidir. Bu itibarla şahsileştirme hususunda ihmal edilmemesi lâzım gelen mühim bir unsurdur.

Cezaların şahsileştirilmesi, ceza hukukunun sübjektif mahiyetinin de icabıdır. Bu müessese, hâkime hâkimliğini, avukata avukatlığını hissettiren ve adaletin tevziinde birbirini tamamlayan bu iki mesleğin hakikî hüviyetini belirten bir müessesedir. Bu itibarla Ceza Kanunumuzun yukarıda işaret ettiğimiz noksanlarının biran evvel ikmalî zaruridir.

Cezaların şahsileştirilmesinde hâkime tanınan takdir hakkına gelince, (13) başlı başına bir etüd konusu olan bu mevzu hakkında da bir iki söz söylemek icabeder.

Bahis konusu takdir hakkı, keyfilikle izah edilemeyeceğine göre böyle bir keyfiliği bertaraf edecek teminat ne olmalıdır?

Bazı müellifler, takdir hakkının kullanılmasına mesnet teşkil eden sebeplerin kararda gösterilmesi lâzım geldiğinde ısrar ediyorlar. Bazı müellifler ise aksini düşünerek mürakabeye tabi bir takdir hakkının mevzubahis olamayacağını ileri sürüyorlar.

(12) Logoz. P. Commentaire du code penal suisse, Neuchâtel, 1939. Sa, 62,

(13) Karnevale. E. - L'arbitrio del giudice nell'applicazione della pena. Rivista penale. XLVI ve XLVII.

Temyiz Mahkememiz de meseleyi kat'i bir şekilde halletmiş değildir. Filhakika, Ceza Genel Kurulunun 4/4/1932 tarihli bir içtihadına göre, cezanın hususî aşağı hadden bir gün veya bir lira fazla hükmedilmesi halinde, bunun sebebinin kararda vazıhan gösterilmesi icabetmekte ve Temyiz, bu sebebin muvafık olup olmadığını mürakabe edebilmektedir. Bu içtihat ifratı ifade eder ve hakikaten takdir hakkıyla telifi kabil değildir. Yine ceza Genel Kurulunun 1/6/1942 tarihli diğer bir içtihadına göre ise, aşağı hadden fazla ceza verilmesi halinde, hiç bir sebep gösterilme dahi takdiren kelimesinin kullanılması kafidir. Bu içtihatta tefrittir. Çünkü (takdiren) kelimesinin kullanılıp kullanılmaması arasında hiç bir fark yoktur.

Konunun, 1957 de toplanacak olan Devletlerarası ceza hukuku Kongresinde görüşülecek mevzulardan birini teşkil ettiğini söylemek, meselelerin şümül ve önemi hakkında bir fikir verebilmek için kafidir.

Bu husustaki şahsi kanaatımıza gelince, umumi olarak adalet tevizii gibi mukaddes ve güç bir vazifenin ifası sırasında fertler için en büyük teminat ve hâkim için en doğru rehber, onun, bilgiye ve geniş bir kültüre dayanan kuvvetli muhakemesi, iç ve dış her türlü tesirden azade tertemiz vicdanıdır.

### KISA BİBLİYOGRAFYA

- SALEILLES, R., - *L'individualisation de la peine*, Paris 1909.
- ALTAVILLA, E., *Psicologia giudiziaria*, Torino, 1949.
- CRIVELLARI, G., *Codice penale*, (Cilt: 2, sah. 14 ve 811). Milano, 1891.
- EREM, F., *Türk ceza hukuku*, (sah. 165), Ankara, 1956.
- FERRI, E., *Principii di diritto criminale*, (sah. 352). Torino, 1928.
- ELORIAN, E., *Trattato di diritto penale*, (cilt 1, sah. 848), Milano 1934.
- KÖNİ, B., İtalyan ceza kanununda cezalar, emniyet tedbirleri ve bunların şahsileştirilmesi, (Pende, D., den telhisen), İst. Huk. F. M., 1936.
- LONGHI, S., *Repression e prevenzione*, Milano, 1911.
- MAGGIORE, G., *Dritto penale*, (cilt 1, sah. 721), Bologna, 1951.
- ROMANO DI FALCO, *L'applicazione giudiziaria della pena*, (Annali di diritto e procedura penale), 1936.