

## ÇOCUK SUÇLULUGU — KÜÇÜKLÜK — ÇOCUK MAHKEMELERİ VE İNFAZ MÜESSESELERİ

Doçent Dr. Naci Şensoy

### İKİNCİ KISIM

#### Ceza Kanununda Küçüklük

78. — «Ceza Kanununda küçüklük» tâbiri, geniş bir mânada alındığı takdirde, bir taraftan, çocuğun «suç faili olması» halinde, cezai mes'uliyetini, diğer taraftan, «suça hedef olması» halinde, onu himayeye matuf hükümlerin tetkikini tazammun eder<sup>1</sup>. Biz bu mebhaste bir tefrik yaparak, çocuğun «suç faili olması» hali ile meşgul olacağız; başka bir ifade ile suçlu çocuk meselesini, cezai mes'uliyet bakımından, kanun hükümleri muvacehesinde tetkik etmekle iktifa eyleyeceğiz. Fakat böyle bir tetkik, önce, ve müstakil bir «bölüm» altında, umumî olarak cezai mes'uliyetin müstenit bulunduğu nazari telâkkileri; esas ittihaz olunan telâkkiye göre bu mes'uliyetin unsurlarını incelemeyi, bunun gibi, cezai mes'uliyete tesir eden muhtelif sebepleri ve bu sebepler içinde küçüklüğün yerini tesbit eylemeyi iktiza ettirir. Kısaca da olsa, bu mukaddem tetkiklerin yapılmasında, suç işlemiş bir küçüğün neden dolayı bazen hiç cezalandırılmadığını, cezalandırıldığı ahvalde de tecziye tarzındaki hususiyeti anlamak mevzuunda fayda vardır.

Şu vaziyete göre, küçüklüğün cezai mes'uliyet bakımından kanunumuz hükümleri muvacehesinde incelenmesi ayrı bir «bölüm» ün mevzuunu

<sup>1</sup>) Çocuğun «suça hedef olması» halinde. Ceza Kanununun, onu himayeye matuf hükümlerini iki zümre halinde ifade etmek mümkündür: Birinci zümrede, — ana rahminde bulunduğu zamandan başlayarak — çocuğu hedef ittihaz eden bazı fiil ve hareketleri tecrim eyleyen ve bunları müstakil birer suç sayan hükümler yer alır; Türk Ceza Kanununun 414, 415, 421; 435, 436; 468, 469, 470, 471; 473, 476, 478, 545 inci maddelerinde olduğu gibi. İkinci zümrede ise, hattizatında müstakil birer suç olmayıp, fiilin bir küçüğe tevehhi halinde cezayı ağırlastıran hükümler yer alır; Türk Ceza Kanununun 430, 431; 456; 478, 479 uncu maddelerinde olduğu gibi.

teşkil etmek mevkiindedir; ancak bu incelemeğe, küçüklüğün sözü geçen mes'uliyet üzerinde icra ettiği tesirin tarihen tetkiki keyfiyetini takdim etmek muvafık olur.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### Yaş küçüklüğünün cezaî mes'uliyete tesiri

§ 1 — *Cezaî mes'uliyetin müstenit bulunduğu nazari tēlâkkiler :*

79. — Sosyal ilimler zümresi içinde hukuk ilminin hususiyeti ve ayırıcı vasfı «müeyyide» fikrine bağlı bulunmasından neş'et eder; müeyyidenin tatbiki ise, kendisini ihlâl edenin «mes'uliyet» ini intaç eyler; şu halde, umumî surette, hukuk ilminin belli başlı müeyyidesi mes'uliyettir. Keyfiyet muhtelif hukuk branşları için böyle olduğu gibi, hususile, bütün unsurları ve hükümlerile mesuliyet meselesi etrafında toplanan Ceza Hukuku bakımından büyük bir ehemmiyetle böyledir<sup>2</sup>; ancak, Ceza Hukukunda bu mes'uliyetin müstenit bulunduğu esas bakımından fikirler tehalüf eder. Gerçekten, bu hukukta, sözü geçen mes'uliyetin esasına müteallik olmak üzere iki ayrı kutup ve istikameti temsil eden ve biri «Libre arbitre» i diğeri «Détermnisme» i esas alan iki büyük ve ana teori vardır.

#### I — Klâsik teori :

80. — Aprioristique bir metod tatbik etmesi ve spiritüalist bir zeminde olması dolayısıyla, bu nazariye suç işlemiş bir kimsenin cezaen mes'ul edilebilmesi için, o kimsede temyiz kudretinin ve irade serbestisinin mevcudiyetini arar. Filhakika, nazariyeye göre «vicdanların sedası, âmmenin itikadı böyle bir serbestinin mevcudiyetini anlatıyor. Bir kimse kanunen suç sayılan bir hareketi yapmak veya yapmamak nususunda haiz olduğu ihtiyarı, onu yapmak suretinde kullanmış olursa, başka söyleyişle, o hareketi işlemiyebilirken ve hattâ işlememesi lâzım gelirken işlemiş ise, sorumlu olması iktiza eder. Bu suretle fiili isteyerek işlemesi failin ahlâkî ve manevî sorumluluğunu istilzam eder»<sup>3</sup>.

<sup>2</sup>) Sulhi Dönmezer, Cezaî sorumluluğun esasî bakımından klâsik teori ve bu tezinin karşılaştığı itirazlar, Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1945, cilt II, sayı 403, Sf. 65.

<sup>3</sup>) Tahir Taner, Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanununun Şerhi, 2 nci tabı, İstanbul 1946, Sf. 302.

Demek oluyor ki, klâsik teoride cezaî mes'uliyetin dayandığı esas manevî mes'uliyet, ika olunan suç için, faile tertip olunacak cezanın nev'i ve ölçüsünü tayine medar olacak unsur da, onun irade serbestisinden neş'et eden kusuru ve bu kusurunun derecesidir<sup>4</sup>.

## II — Pozitivist teori :

81. — Tecrübe ve müşahede metodunu esas ittihaz edip, suçtan ziyade suçluları ve onları harekete getiren sebep ve âmilleri tetkik eden pozitivist telâkkiye göre irade serbestisi diye bir şey yoktur; kendimizde mevcut olduğunu zannettiğimiz irade serbestisi, hattıyatında hareket tarzımızı şu veya bu şekilde tayine medar olan muhtelif ve mütenevvi sebeplerin bilinmemesi dolayısıyla kendisine bağlanmış bir hayalden ibarettir. Filhakika, serbest zannedilen irade insanları muayyen bir tarzda hareket etmeğe sevk ve icbar eden muhtelif ve çeşitli sebeplerin içinde «en kuvvetli olanının bir muhassalasından başka bir şey değildir; insanın kararlarına da, hareketlerine de hükmeden fizik veya psikolojik tabiat kanunlarıdır... İnsan müessir olamadığı dahili ve harici sebeplere daima itaat eder, kendisi bir esirdir; bu sebeplerden her hangi birinin sevk ve ilcasile bir fiil işlemiş ise, esasen onu işlememezlik edemezdi... Elhasıl pozitivist mektep manevî sorumluluğu külliyyen inkâr etmekte ve tamamiyle determinist bir zeminde bulunmaktadır. Fakat bu mektebe göre de sosyete suç işleyenlere karşı kayıtsız kalamaz, rahatını bozan zarar veren ve tehlikeli olan şahıslara karşı bir reaksiyon olarak tedbir almak, müeyyide (Sanction) tatbik etmek suretile sosyetenin kendisini müdafaa etmeğe hakkı vardır; suç işleyenlerin her ne kadar manevî sorumluluğu yoksa da, sosyete içinde yaşadıkları için içtimaî sorumluluğu, başka tâbirle kanunî sorumluluğu vardır»<sup>5</sup>.

Şu vaziyete göre pozitivist teoride de cezaî mes'uliyetin dayandığı esas, içtimaî veya kanunî sorumluluk, ika olunan suç için faile verilecek

<sup>4</sup>) Binaenaleyh, meselâ akıl hastalarında olduğu gibi, failde irade serbestisi, binnetice kusur yoksa, onu cezaen mes'ul addetmeğe imkân yoktur; ancak serbest bırakılması tehlikeli olduğu takdirde, hakkında bazı tedbirler alınmakla ıktifa olunur; böyle bir kimseyi sosyeteye zarar veremiycek bir hale koymağı istihdaf eden bu tedbirler, gayri mes'ul bir şahsa müteveccih olması dolayısıyla, cezal mahiyette olmayıp, onu tedavi etmeğe ve iyileştirmeğe matuftur. Diğer taraftan, failde, irade serbestisi, bunun gibi temyiz kudreti kısmen mevcut bulunursa, cezaî mes'uliyeti de buna göre azalmak lâzım gelir.

<sup>5</sup>) Tahir Taner, s.g.e., sf. 303.

cezanın, veyahut pozitivistlerin tâbirile tatbik olunacak müeyyidenin yani emniyet tedbirlerinin, nev'i ve ölçüsünü tayine medar olacak unsur da, onun cemiyet için arzettiği «tehlikeli hal» i ve bu halin derecesidir<sup>6</sup>.

82. — Bu iki ana telâkki arasında tecrübe ve müşahede metodunu tatbik etmesi ve determinist olması dolayısıyla pozitivist bir zeminde kalmış olmakla beraber, bir çok noktalarda pozitivist nazariyeden ayrılan «Üçüncü Mektep»; klâsik teorinin bir istihalesi olmak ve bu teorinin, hususile irade serbestisi, kusur ve manevî mes'uliyet prensiplerine bağlı bulunmakla beraber — tecrübe ve müşahede metodundan faydalanmak, yalnız suçu değil suçluyu dâ tetkik eylemek cezaları şahsileştirmek icabı-hale göre, bunların yanbaşında emniyet tedbirlerini de tatbik etmek — gibi pozitivist teorinin kabule şayeste telâkki ettiği ve suç ile mücadele bakımından faydalı olacağı kanaatinde bulunduğu fikirlerini benimsemiş olup, zamanımızın ekser cezacılarını sinesinde toplayan, ve, Türk Ceza Kanunu ve mehazı 1889 İtalya kanunu da dahil olduğu halde modern kanunların pek çoğunun kendisinden mülhem olduğu «neoklasik» denilen görüşler de vardır. Bu görüşlere, bir taraftan pozitivist teorinin tecrübî metodu ile determinizmine, diğer taraftan klâsik nazariyenin aprioristik metodu ile spirütüalizmine itiraz edip, «hukukî metod» diye tavsif ettiği ayrı bir metot tavsiye eden ve fakat cezaî mes'uliyetin esasına ait görüşü bakımından dolayısıyla ve netice itibariyle irade serbestisi ve manevî mes'uliyete varan ve bu itibarla klâsik mektebe yaklaşan «teknik - hukuk mektebi» ile, bazı mevzularda muayyen görüşleri ve kanaatleri olmakla beraber klâsik ve pozitivist mektepler arasında ortalama bir telâkkiye sahip bulunan «Ceza Hukuku Milletlerarası Birliği Grubu» nu ilâve etmek lâzım gelir<sup>7</sup>.

83. — Cezaî mes'uliyetin esasına müteallik iki ana telâkki ile bu iki telâkki arasında yer alıp kâh birine kâh ötekine meyleden ve mahiyeten muhtelit olan görüşler hakkında verilen kıymet hükümleri ve bu hükümlerin muhtevası üzerinde durmayarak, sayın hocam Tahir Taner'in çok veciz ifadesile diyeceğiz ki «ne iradenin mutlak serbestisi, ne de

<sup>6</sup>) 1922 ve 1926 Sovyet Rusya Ceza Kanunlarıyla Birleşik Amerika Devletlerinden bir çoğuna ait ceza kanunları pozitivist doktrini benimsemiş bulunmaktadır; Tahir Taner, s.g.e., Sf. 61.

<sup>7</sup>) Ceza vermek hakkının esası ile cezaî mes'uliyetin müstenit bulunduğu esas hakkında kısaca işaret etmiş olduğumuz muhtelif nazariye ve telâkkiler hakkında çok etraflı ve mufassal malûmat almak için: Tahir Taner, s.g.e., sf. 23 - 78; Sf. 302 - 304.

determinizm isbat edilememiş ise de, âmme vcdanında yer etmiş olduğuna şüphe olmayan manevî sorumluluk fikrinin terkedilmesi doğru olamaz. Sıhhati ve akli yerinde olan kimseleri, akılsızlardan, delillerden ayıran şey, birincilerde serbest iradenin bulunmasıdır. Sıhhati yerinde olan insanlarda serbest iradenin mevcudiyetini kabul etmek, hattâ bu fikri teyid ve teşvik eylemek gerektir. Bu telâkki bir kere suç faili için faydalıdır; şu itibarla ki, suç faili verilen cezanın, şahsî kusurunun bir neticesi olduğunu anlar ve uslanma hususunda iradesine kuvvet vermesine yardım eder; bu telâkkinin âmme için, henüz suç işlememiş olanlar için de faydası vardır. Şu itibarla ki, suçlulara ceza verildiğini görerek uyanık bulunurlar, suç işlemeğe saik olacak vesile ve tesirler karşısında mukavemet edilemeyeceği zan ve zehabına düşmezler, bu sayede kendilerini muhtelif tesirlere kolay kolay kaptırmazlar. Eğer serbest irade ve manevî sorumluluk kabul edilmezse insanlar muhtelif vesileler ve saikler karşısında bir fiili işleyip işlememek hususunda iradelerini iyi kullanmak için kuvvet sarfetmezler, fena tesirler kendilerini kolaylıkla sürükler; bu suretle her gün artan bir alışkanlık gitgide irade zafına kadar varabilir; bundan sonra artık cezanın da tesiri kalmaz.\*»

§ 2 — *Cezai mes'uliyetin unsurları; bu mes'uliyete tesir eden muhtelif sebepler, bu sebepler içinde küçükluğun yeri :*

84. — Klâsik nazariyenin mahiyetinden ve müstenit bulunduğu esaslardan hareket edilince kanunun suç olarak tavsif etmiş olduğu bir fiilin failini cezalandırabilmek onun mes'ul olmasına vabestedir.

Ceza Hukuku bakımından «mes'ul olmak» bir taraftan «ehliyet» i haiz bulunmağı, diğer taraftan, fiilin suç failine «isnad edilebilme» sini iktiza ettirir.

Bir fiilin bir kimseye «isnad edilebilme» si, neticenin onun fiilinden husule gelmesini — ki buna maddî sebebiyet alâkası denir — ve, kendisinin bir kusurunun mevcut olmasını — ki buna da manevî sebebiyet alâkası denir — gerektirir<sup>9</sup>.

Bir kimsenin ehliyeti haiz olması ise, onda «irade serbestisi» nin ve «temyiz kudreti» nin mevcudiyetini icabettirir<sup>10</sup>.

\*) Tahir Taner, s.g.e., Sf. 303, 304.

<sup>9</sup>) Cezai mes'uliyetin mesnetlerinden biri olan ve bir taraftan maddî, diğer taraftan mânevî sebebiyet alâkasını ihtiva eden «isnad edilebilme» hakkında etraflı malûmat için, Tahir Taner, s.g.e., Sf. 305 ve müt.

<sup>10</sup>) «irade serbestisi» ni haiz olmak demek, bir kimsenin bir hareketli yapış

İrade serbestisi, temyiz kudreti, maddî ve manevî sebebiyet alâkası, cezaî mes'uliyetin — birinciler faile, ikinciler faille fiile ve neticeye matuf olarak mütalâa edilen — unsurlarını teşkil ederler.

85. — Cezaî mes'uliyetin zikrettiğimiz bu unsurlarından birinin bulunmaması mes'uliyetin de bulunmamasını tevlit, unsurların mevcut ve fakat tam olmaması mes'uliyetin de azalmasını istilzam eder; faraza, irade serbestisi veya temyiz kudretinin tam olmayıp kısmen mevcut bulunduğu ahvalde indirilmiş bir cezanın tertibi, buna mukabil, irade serbestisi veya temyiz kudretinin hiç olmadığı ahvalde de, cezaî mes'uliyetin bir gûna mevcut olmaması lâzımgelir. Bu izahlardan anlaşıldığına göre, cezaî mes'uliyeti tamamiyle kaldıran veyahut onu tahfif eden sebepler vardır. Bu sebepler, umumiyet itibariyle objektif ve sübjektif olarak ikiye tefrik edilir.

Objektif sebepler fiile taallûk edenlerdir. Hâdisede bunlardan birinin bulunmaması halinde fiil suç teşkil etmez, bu itibarla nazariyatta, cezaî mes'uliyetin tevcihine mâni olan bu objektif sebeplere «beraat sebepleri» denilir: meşru müdafaa, mecburiyet halî... gibi.

Sübjektif sebepler failin şahsında bulunan ve onun irade serbestisi veya temyiz kudretine tesir eden sebeplerdir; bu sebeplerden birinin mevcudiyeti halinde cezaî mes'uliyet ya tamamiyle kalkar, yahut da tahaffûf eder; nazariyatta mes'uliyeti büsbütün kaldıranlarına «muafiyet sebepleri» denilen sübjektif sebeplerin bazıları psikolojik olur, cebir ve ikrâh... gibi; bazıları psikolojik ve psikopatolojik olur, akıl hastalığı ve muhtelif dereceleri gibi; nihayet bazıları da fizyolojik olur, yaş küçüklüğü gibi<sup>11</sup>.

Demek oluyor ki yaş küçüklüğü, cezaî mes'uliyete tesir eden sebeplerden sübjektif sebepler içinde yer almaktadır<sup>12</sup>.

---

yapmamakta ihtiyarını dilediği şekilde kullanabilmesi, başka bir ifade ile, işlemiyebilirken, o fiil bilerek ve isteyerek işlemesidir; cezaî mes'uliyetin ve cezaya ehliyetin önemli bir unsuru olan «temyiz kudreti» ne gelince, bu, aşağıda ayrıca tetkik olunmuştur. No. 105 e bakınız.

<sup>11</sup>) Tahir Taner, s.g.e., sf. 326.

<sup>12</sup>) Bu iki zümre sebeplerden başka, cezaî mes'uliyet üzerine tesir eden «mazeret sebepleri» vardır. Bu sonuncuların mevcudiyeti halinde kanun bazı içtimal mülahaza ve faydalara binaen, ya hiç ceza vermemeyi veyahut cezayı indirerek vermeyi münasip görmüştür. Cezanın hiç verilmemesini icabettirenlerine «tam mazeret sebepleri», indirilerek tertibini iktiza ettirenlerine de «hafifletici mazeret

86. — Düşünülürse, yaşı küçük kimseler, tam ve olgun bir insan gibi, akli melekeleri tekemmül etmiş mahlûklar değildir. Bunların, vücutlarının ve yaşlarının büyümesiyle mütenasip olarak mevzubahs melekelelerinde de, bir inkişaf ve olgunlaşma husule gelir. İşte zamanımızda, bütün memleketler kanunları, bu inkişaf ve olgunlaşma bakımından insanların hayatını — doğumdan itibaren muayyen bir hadde kadar — bir kaç devreye ayırmış ve yaş küçüklüğünün cezaî mes'uliyet üzerindeki tesirini kabul etmiştir.

Beyan edelim ki insanın doğumdan başlayarak, fizyolojik ve ruhi gelişme bakımından tedrici bir surette teşekkül bedahati, iptidaî medeniyetlere mensup milletlerce de ahlâkî ve hukukî mânasında değerlendirilmiş, eski devirlere ait hukuk da dahi, yaş küçüklüğünün cezaî mes'uliyet üzerindeki tesiri nazarı itibara alınmıştır. Bu sözlerimiz bizi, bu mevzuda, bir tarihçe yapmağa sevk etmiş bulunuyor.

§ 3 — *Eski devirlerde yaş küçüklüğünün cezaî mes'uliyet üzerinde icra ettiği tesir :*

87. — Çok eski ve Roma'ya takaddüm eden devirlerde yaşamış olmakla beraber zaman zaman parlak bir medeniyet seviyesine ulaşmış olan Kadim Hint, Çin, Mısır, Sumer, Asûr, Bâbil, Eti, İbrani milletlerinin hukukunda suç işlemiş kimselerin mes'uliyetlerinin muhtelif yaş derecelerine göre tesbit ve tayin edildiği söylenemez. Filhakika bu çok eski devirlerin, Âmme Hukuku gibi, Hususî Hukuk telâkkilerine makes teşkil etmiş olan büyük din ve hukuk kitaplarında — ve meselâ Kadim Hint Brahmanlarının Veda'sında, Manu Kanununda, Budizmin hukuk telâkkilerini ihtiva edip Kautilya veya Şanakya tarafından yazılmış Arthaçastra'da, kadim Bâbil'in Hamurabi Kanununda— yaş küçüklüğünün cezaî mes'uliyeti tahfif edeceğine müteallik bir işarete dahi tesadüf etmek mümkün olmadığı gibi, Thonissen'nin 1889 da Paris'te neşretmiş olduğu «Etudes sur l'histoire du Droit Criminel des Peuples anciens» adlı eserinin tetkikinden de, bu çok eski devirlerde suç işlemiş kimselerin yaşları

sebepleri» veya «kanunî hafifletici sebepler» denilen bu sebeplerden sonuncuları da failin şahsında bulunması ve onun kâh irade serbestisi, kâh temyiz kudretine tesir eylemiş olması dolayısıyla «sübjektif sebepler» idadına ithal edilmek lâzım gelir.

Objektif ve sübjektif sebeplerle, tam ve hafifletici mazeret sebepleri dışında, cezayı hafifletici takdiri sebeplerle, ağırlaştırıcı kanunî sebepler de mevcuttur. Cezaî mes'uliyete tesir eden muhtelif sebepler için: Tahir Taner, s.g.e., sf. 326<sup>v</sup> ve müt.

nazarı itibara alınmaksızın aynı derecede mes'ul addedildikleri anlaşıl-  
maktadır.

Şu izahlardan anlaşıldığına göre yaş küçüklüğünün cezaî mes'uliyet  
üzerinde husule getirdiği tesirin tarihen tetkikine Romalılar zamanından  
başlamak iktiza etmektedir.

#### I — Roma'da :

88. — Roma'da yaş küçüklüğünü klâsik hukuka takaddüm eden  
devre ile, klâsik hukuk devresini birbirinden tefrik suretile tetkik etmek  
lâzım gelir.

Klâsik hukuka takaddüm eden devrede, yani eski ceza hukukunda,  
hususile daha 12 Levha Kanunundan itibaren insanlar bâliğler ve bâliğ  
olmayanlar diye ikiye ayrılmakta ve cezaî mes'uliyet şu tefriğe göre  
mütalâa olunmakta, başka bir ifade ile, bir kimsenin cezaî mes'uliyet  
dışında bırakılabilmesi onun muayyen bir yaşa irtika etmiş olmasına de-  
ğil, bülûğa erip ermemiş bulunmasına bağlı tutulmakta idi<sup>13</sup>. Cezaî mes'u-  
liyeti tam telâkki edilen bâliğlere mukabil, gayri bâliğlerin işledikleri  
fiiller muvacehesinde sadece zabıta bazı tedbirler alınmakla iktifa  
edilirdi. Meselâ, ölüm cezasını müstelzim olan mezruatın geceleyin kesil-  
mesi veya tahribî suçu bülûğa ermemiş bir küçük tarafından işlendiği  
takdirde hakkında ölüm cezası tertip olunmaz, sadece zabıta tarafından  
ihtar mahiyetinde bir tedbir olan Castigatio'ya maruz bulundurulur<sup>14</sup>,  
ancak gayri bâliğ ika olunan zararın iki mislini tazmin ile mükellef  
tutulurdu.

Buna müşabih bir hüküm meşhuden işlenen hırsızlık fiillerinde de  
görülmede, bu nevi hallerde de bülûğa ermemiş olan küçüğe ceza ye-  
rine, bir zabıta tedbiri olmak ve ihtar mahiyetinde bulunmak üzere bir  
Verberatio tatbik edilmekte, buna zamimeten, hırsızlık fiili ile husule  
gelen zararın tam karşılığı kendisine tazmin ettirilmekte idi. İlâve ede-  
lim ki, Sénatus Consultus Silanianus bülûğa ermemiş köleleri de ihti-  
va ettiği müeyyidelerin dışında bırakmıştı.

Hülâsa, Roma'da klâsik hukuka tekaddüm eden eski ceza huku-  
kunda, umumî usulü muhakemeye müteallik kanunlar Leges Judiciorum

<sup>13</sup>) Théodor Mommsen; Le Droit Romain, traduit de l'Allemand par G.  
Duquesné, cilt I, Sf. 86.

<sup>14</sup>) Ferrini, Esposizione Storica e dottrinale del diritto penale Romano in  
Pessina, Enciclopedia del diritto Italiano, Cilt I, Sf. 62.

publicorum'un bazıları, kanunen cezalandırılmış fiilleri işlemiş olanlara tatbik edilebilmek için fiili işliyenin bâliğ olmasını arıyordu<sup>10)</sup>.

Klâsik hukuka gelince: zamanın tekâmülü ile devrin hukukçuları arasında meselenin ihtilâflı olduğu görülmektedir<sup>11)</sup>. Labeo Roma eski hukukunda mevcut bâliğ ve gayri bâliğ tefrikini bazı nevi fiillerde kabul etmekte, meselâ bir gayri bâliğın ne kasden ika ettiği ne de iştirak suretiyle işlediği hırsızlıktan dolayı cezalandırılmıyacağı ve çünkü birinci halde gayri bâliğde lüzumlu kast ve kurnazlığın bulunamayacağı, ikinci halde ise teşvik edebilme ve fikir verebilmenin olamayacağını söylemekte, buna mukabil, gayri bâliğın bizzat ve doğrudan doğruya yaptığı hırsızlıktan dolayı cezalandırılması lâzım geldiğini ifade eylemektedir<sup>12)</sup>.

Roma hukukçularından Ulpianus da gayri bâliğın mes'ul tutulup tutulmayacağı meselesini münakaşa etmiş ise de, bu mevzuda esas itibariyle hukukçu Salvius Jullianus'un büyük tesirler icra ettiği görülmüş ve bu zatın mesaisi bu mevzuda, klâsik hukukun istikrar kesbetmiş bir doktrinine bâdi olmuştur:

Salvius, Romada ötedenberi mevcut umumî ve hususî suçlar tefrikini nazarı itibara alarak, hususî suçlarda, doğumdan, çocuğun sühuletle konuşabileceği zamana kadar devam eden devreyi kat'i mes'uliyetsizlik devresi olarak telâkki etmiştir.

Müntehası, hâdiseye göre tesbit edilmek iktiza eyliyen bu devreyi geçirmiş olan, yani konuşabildikleri halde henüz bülûğa ermemiş bulunan küçüklere, impuberes infantia maiores'e gelince:

Julianus bunları da proximi infantiae —konuşmıyanlara yakın olanlar— ve proximi pubertati —bülûğa yakın olanlar— diye ikiye tefrik etmiş, bunlardan birincileri tamamiyle gayri mes'ul kabul ettiği halde, ikincileri, işledikleri fiillerden dolayı mes'ul telâkki eylemiştir.

Klâsik hukukta küçüklüğün cezaî mes'uliyet üzerindeki tesiri Salvius Julanus'un bu tefrikine göre mütalâa edildiği muhakkak ise de, proximi pubertati devresinde olan yani bülûğa yakın bulunan ve mes'ul addedilen küçüklere işledikleri fiiller muvacehesinde bir miseratio aetatis —yaştan mütevellit rahmü şefkat— kabul edilmekte ve ceza indirilerek verilmekte idi.

<sup>10)</sup> Ferrini, Diritto penale Romano, Milano 1899, Sf. 128 ve müt.; Ferrini, s.g. ansiklopedi, cilt I, Sf. 64.

<sup>11)</sup> Manzini, Trattato di diritto penale Italiano, Torino 1920, cilt II, Sf. 40.

<sup>12)</sup> Ferrini, s.g. ansiklopedi, cilt I, Sf. 64.

Hususî suçlarda, mes'uliyetin tâyini bakımından müesses bu kaideler, umumî suçlara teşmil edilmemiş, bu nevi fiilleri işliyenlerin mes'uliyetini tesbitte ve umumî suçların cezalarının tatbik edilebilmesinde bülûğ esas alınmış, bülûğa ermemiş olanlara castigatio ve saire gibi zabıta tedbirleri tatbik olunmakla iktifa edilmişti<sup>19</sup>.

89 — Jüstinyen hukukuna gelince: bu hukukta cezaya ehliyetsizliğin müntehası 7 yaş olarak tesbit edilmiş, 7 yaşını ikmal etmemiş olanların mes'uliyeti mevzuunda da klâsik hukukun tefriki esas alınmıştı<sup>20</sup>.

## II — Kilise hukukunda:

90 — Geniş mikyasta Roma Hukukunun tesiri altında kalan ve hususiyle Jüstinyen hukukundan mülhem olan kilise hukuku, cezaya ehliyetsizliğin müntehasını 7 yaş olarak tesbit etmiş ise de, bu hukukta 7 yaşını ikmal etmiş olup da bülûğa ermemiş bulunanların işledikleri fiillerden dolayı mes'ul edilip edilmeyeceği münakaşa olunmuştur.

Bazılarına göre pubertati proximi'ler, yani bülûğa yakın küçüklerin temiz kudretiyle hareket ettiği tesbit olundukça kendileri mes'ul tutulmak ve fakat kâhillere nisbetle daha hafif bir ceza ile tecziye olunmak, infantiae proximi'ler ise gayri mes'ul addedilmek iktiza eder.

Diğer bazılarına göre de 7 yaşını ikmal etmiş gayri bâliğler herhalde mes'ul addedilmeli, ve fakat, cinsî suçlar müstesna olmak üzere ika ettikleri bütün suçlar hakkında kâhillere nisbetle daha hafif cezalara maruz bulundurulmalıdırlar<sup>21</sup>.

Bir taraftan kilise hukukunun ruhuna daha uygun olması, diğer taraftan adı geçen hukukta küçüklüğe müteallik bazı metinlerle telifinin kolay ve mümkün bulunması hasebiyle birinci fikri kabul eden müellifler varsa da<sup>22</sup>, esas itibariyle kilise hukukunun 7 yaşını bitirmemiş küçükleri, kendisinde kast bulunabilmesi imkânsız olan akıl hastası gibi telâkki ettiği ve binnetice gayri mes'ul addeylediği, 7 yaşını bitirmiş gayri bâliğ küçükler muvacehesinde de, hâkime her hâdisede maznun gayri bâliğ'in kasta ehil olup olmadığını araştırmak ve takdir etmek ve şüphe halinde maznun küçük lehine hareket eylemek külfetini tahmil ettiği muhakkaktır<sup>23</sup>.

<sup>19</sup>) Bütün bu noktalar için: Ferrini, diritto Romano, Sf. 128 ve müt.; Ferrini, s.g. ansiklopedi, Sf. 64 ve müt.

<sup>20</sup>) Manzini, s.g.e., Sf. 41.

<sup>21</sup>) Schiappoli, Diritto Penale Canonico, s.g. ansiklopedi, Cilt I, Sf. 688 ve müt.

<sup>22</sup>) Schiappoli, s.g. ansiklopedi, Cilt I, Sf. 689.

<sup>23</sup>) Manzini, s.g.e., Sf. 41.

## III — Cermen Hukukunda:

91 — Mebadide Cermen Hukukunda cezanın başlıca gayesi zararın tazmininden ibaret telâkki edildiğinden ve, zararın tazmini de suçlunun mensup olduğu zümreye terettüp eylediğinden, failin yaşına hiç bir ehemmiyet izafe edilmezdi; fakat, daha sonraları, Cermen Hukukunda da suçun mânevî unsuruna ehemmiyet verilince, fiiller iradî ve gayri iradî diye ikiye tefrik ile, çocuklar tarafından ika olunan suçlar daha hafif cezaları müstelzim olan gayri iradî fiillere ithal olunmuş, gayri bâliğ olmak devresinin intihası da 12 yaş olarak tesbit edilmiştir.

Bu mevzuda hususî hükümler ihtiva etmiyen statüler muvacehesinde hukukçular «kasda ehliyetsizlik» nazariyesini inkişaf ettirmişlerdi: Faraza adam öldürenin ölüm cezası ile tecziye edileceği sarahatini ihtiva eyliyen bir statü muvacehesinde, adam öldüren bir infans'ın kasda ehil olabilecek bir yaşta bulunmaması hasebiyle ölüm cezasına maruz bulundurulamayacağı, aksi takdirde kastsız olarak suç işliyen bir kimseyi tecziye etmek gibi bir durumun hasıl olacağı, bunun ise en büyük bir adaletsizlik tevlit eyliyeceği düşünülürdü.

Demek oluyor ki bu telâkkide mes'uliyetsizliğe esas bizatihi yaş küçüklüğü değil, küçük yaşta bulunan bir kimsede kasdın olamayacağı keyfiyettir<sup>27</sup>.

Kasda ehil olmamaları hasebiyle gayri iradî bir fiil işlemiş telâkki edilen küçükler cezalandırılmamakla beraber, mensup oldukları aile veya zümreye muayyen bir tazminat tahmil edilirdi. Bunu teyiden Gragas der ki: «12 yaşından küçük olan bir kimse adam öldürürse, faile hiç bir kusur isnadı mümkün olamayacağından kendisi cezaî takibata maruz bulundurulamaz; fakat yakınları uzlaşma bedelini ödemekle mükellef tutulur.»

Bu esaslar Cermenyada yaşayan muhtelif kavimlerin hukukunda carî bulunuyordu. Ezcümle «Lois Salique» 12 yaşından küçük olan suçlu çocuğun gayri mes'ul olduğunu tesbit etmekte bulunduğu gibi, «Frizia» kanunu da aynı esası vaz ile müessir fiillerde, ödenmesi mukatazi uzlaşma bedellerinin, büyüklerin ödiyeceklerinden daha az nisbetlerde ödenmesini başkaca tasrih eyliyordu<sup>28</sup>.

## IV — Ortaçağ'da:

92 — Küçüklük mevzuunda bir taraftan Roma, diğer taraftan Cermen Hukukunda carî ve yukarıda izahına çalışılan esaslar bütün Orta-

<sup>27</sup>) Manzini, s.g.e., Sf. 41.

<sup>28</sup>) Del Giudice, diritto penale germanico, s.g. ansiklopedi, Cilt I, Sf. 498.

çağ Garp Hukukunda memzucen icrai tesir eylemiş ve durum Avrupa reformuna kadar devam etmiştir<sup>25</sup>.

93 — Filhakika eski Fransız Jürisprüdans'ları, Roma hukukşinasları tarafından vaz ve kabul edilmiş kaideler çerçevesi içinde teessüs ederek 7 yaşını ikmal etmemiş çocuklarla, bülûğdan ziyade infans'a yakın küçüklerin işledikleri fiillerden dolayı tecziye edilemeyeceklerini kabul etmiştir<sup>26</sup>. Bunu teyiden söyleyelim ki, 1630 tarihli bir karar, adam öldürme fiilini işlediğinden dolayı mahkûm edilen 11 yaşındaki bir gayri bâliğe müteallik hükmü tâdil eylemiş, bunu cerheden diğer bir çok kararlarda aynı mânada gayri bâliğlerin işledikleri fiillerden dolayı mahkûm edilemeyeceklerini tazammun etmiştir. Bununla beraber Fransa'da gayri bâliğlerin iştirak suretiyle işledikleri hırsızlık fiillerinde âdet, bunların, muhtelif şekillerde cezalandırılmaları yolunda manzur olmuştur<sup>27</sup>.

Fransa'da ilk defa 1791 kanunudur ki cezayı tahfif eden sebepler meyanında küçüklerin durumunu da tesbit etmiş, 1810 kanunu ve küçüklüğe müteallik diğer bazı kavanin bu duruma bugünkü şeklini vermişlerdir.

94 — İngiliz mevzuatı da, Roma, hususiyle Jüstinyen hukukunun tesiri altında, 7 yaşını ikmal etmemiş çocukların işledikleri suçlardan dolayı hiç bir cezai takibe maruz bulundurulamayacakları prensipini kabul eylemiştir.

#### V — İslâm'da :

95 — Küçüklük mevzuunda bir taraftan kadim Roma, diğer taraftan onun tesiri altında kalmış olan kilise hukukunda olduğu gibi, İslâmın hukuk ve ceza telâkkilerinde de insanlar, esasta, bâliğler ve gayri bâliğler diye bir tefrike tâbi tutulmakta, cezai mes'uliyetin mevcudiyet veya ademi mevcudiyeti de bir kimsenin bâliğ olup olmadığına göre mütalâa edilmekteydi. Ancak İslâm'da cezai mes'uliyete esas alınan bülûğ, kadim garp memleketlerine nisbetle bir taraftan, bu mes'uliyete sebep gösterilmek bakımından çok daha mukni, diğer taraftan tesbit edilmiş yaş hadleri itibariyle çok daha ihatalı ve dakik tetkiklere tâbi tutulmuş bulunmaktadır.

<sup>25</sup>) Calisse, «Barbar İstilasından 18 inci asrın rōförmüne kadar İtalyada ceza hukukunun tarihi inkişafı» başlıklı makale, s.g. ansiklopedi, Cilt II, Sf. 69.

<sup>26</sup>) Ortolan, Droit Pénale, Cilt I, Sf. 119.

<sup>27</sup>) A. Chauveau et Faustin Hélie, Théorie du code pénale, Cilt I, Sf. 502.

96 — Mahiyeti ne olursa olsun, işlenen fiil cezai bir müeyyideyi müstelzim ise, failin cezalandırılması için, onun mecnun, matuh olmaması ikfiza ettikten başka, bâliğ olması da şarttır. Binaenaleyh bülûğa erişmemiş bir kimseyi, işlemiş olduğu fiilden dolayı cezai takibata maruz bulundurmak mümkün değildir.

İslâm'da bülûğun cezai mes'uliyete esas alınmasının sebebi şudur: Cinsî olgunluğu ifade eden bülûğ, buna erişmiş olan kimsede «ehliyeti kâmile» nin mevcut olduğunu gösterir. Bir taraftan hukukî, diğer taraftan cezai mes'uliyeti tazammun eden «ehliyeti kâmile», bedenî bir «kudreti kâmile» ile hasıl olur<sup>25</sup>. Bülûğ ise «istikmalî zat» için vücudu lâzım gelen sebeplerin tecelli zamanıdır. Başka bir ifade ile bülûğ, insanda aklın tecelli etmesine, teemmül ve tefekkür hassalarının tebarüz eylemesine sebep olacak bir haldir. Bülûğa erişen bir şahsın bedenî kuvvetleri tekemmül edip, mizacı itidal halinde bulunacağı gibi, bir takım hâdiselere ittila kesbederek bir hayli tecrübe devreleri geçireceğinden, akli kuvvetinin de kemal bulmuş olacağı zarurîdir. Bâliğ olmıyan kimseler «akılları henüz inkişafa başlamadığı, kendilerinde teemmül ve tefekkür kuvveti kâfi derecede inkişaf etmemiş olduğu cihetle, nefislerini eğlenmeye inhimaktan menedemezler; umurunun âkıbetlerini düşünmeğe, güzel hareketlerle çirkin hareketlerin vasıflarını tefrik etmeğe kadir olamazlar<sup>26</sup>». Binaenaleyh, bülûğa ermemiş olan bir erkeğin (mürahik), veya bir kızın (mürahika) işlemiş olduğu cezai fiillerden dolayı mes'uliyeti cihetine gidilemez.

Cinsî olgunluğu ifade ettiğine işaret eylediğimiz bülûğ, erkeklerde, ihtilâm, ihbal, inzal; kızlarda habil, hayz, ihtilâm gibi fizyolojik hâdise ve alâmetlerle tezahür eder. Bu olgunluğun mebdeî kızlarda 9, erkeklerde 12 yaşın hitamıdır. Bu yaşları ikmal etmiş olup da biraz evvel işaret ettiğimiz fizyolojik alâmetler kendilerinde beliren kız veya erkekler, hakikî bülûğa erişmiş bulunurlar.

Bülûğ yaşının müntehasına gelince: bu mevzuda fukahâ ihtilâfa düşmüşlerdir.

İmâmı Âzama göre, ihtilâm, ihbal, inzal gibi bir sebeple bâliğ olmıyan erkekler için bülûğ yaşının müntehası 18; hayz, ihtilâm, habil gibi bir sebeple bâliğ olmıyan ve erkeklere nisbetle neşvünüması daha

<sup>25</sup>) Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuku İsmailiye ve İstilâhatı Fikhiye Kamusu, Cilt I, Münakihat, Sf. 40 altındaki not; (bu eser müellifin el yazısı ile olup henüz nesredilmemiştir).

<sup>26</sup>) Ömer Nasuhi Bilmen, s.g. Kamus, cilt II, Ukubat, Sf. 137; bu cilt dahi müellifin el yazısı ile olup henüz nesredilmemiştir.

seri bulunan kızlar için de 17 dir. Çünkü bu yaşlardaki bir insan reşit olacağından artık onun bâliğ sayılmaması muvafık değildir<sup>20</sup>.

İmâmeyn (İmâmı Yusuf ve İmâmı Muhammed) e göre gerek erkek ve gerekse kızlar için bülûğ yaşının müntehası 15 tir. İnsanların ömürleri kısa olduğundan kendilerinin bu müddetten ziyade «ehliyeti kâmile» den mahrum tutulmaları muvafık görülemez.

Eimmei Selâse'ye (İmâmı Maliki, İmâmı Şafii, İmâmı Ahmet İbni Hambel) göre de bülûğun müntehası 15 olmak lâzım gelir<sup>21</sup>.

Bülûğun müntehası bakımından bu nevi ihtilâflar mevcut olmakla beraber, İslâm'da, umumî ve galip olarak kabul edilmiş bulunan esas, mebde için mevzu yaş hadlerini aştıkları halde bazı fizyolojik alâmetlerle bülûğa erişmemiş kız ve erkeklerin, 15 yaşlarını ikmal edince bâliğ sayılmaları şeklinde manzur olmuştur ki, buna da hükmen bülûğ denmiştir. Artık bu yaşı idrak etmiş olanların bülûğları galip ve şayidir<sup>22</sup>.

Şu izahlardan anlaşılmiş olduğuna göre İslâm'da bülûğ<sup>23</sup> hakiki ve hükmi olmak üzere ikiye ayrılmakta, bir taraftan hakiki bülûğ, diğer taraftan mebde ve müntehasıyla hükmi bülûğ kat'î, sabit yaşlara göre tayin edilmiş bulunmaktadır<sup>24</sup>.

97 — Hakiki olsun, hükmi olsun, bülûğa ermemiş kimseler İslâm hukukunda sabî diye tevsim olunmuşlar, bunlar da bir tefrika tâbi tutularak, gayri mümeyyiz sabîler, mümeyyiz sabîler diye iki kategoride toplanmışlardır. Gayri mümeyyiz sabîler hayır ve şerri müdrük olmıyan, mümeyyiz sabîler ise hayır ve şerri fârik çocuklardır. Bu iki kategori çocuklar, Medenî Hukuk bakımından olduğu gibi, ceza hukuku bakımından da farklı hükümlere tâbi tutulmuşlardır.

<sup>20</sup>) Ömer Nasuhi Bilmen s.g. Kamus, Cilt I, Münakihat, Sf. 40 altındaki not.

<sup>21</sup>) Ömer Nasuhi Bilmen, s.g. Kamus, Sf. 40 altındaki not.

<sup>22</sup>) Ömer Nasuhi Bilmen, s.g. Kamus, Sf. 40 altındaki not; bu esas Medenî Hukuk bakımından Mecellenin 986 ncı maddesinde ifadesini bulmuştur.

<sup>23</sup>) Cezal mes'uliyetin mesnedi olan bülûğun tesbit ve tayininde de şu esaslar gözönünde bulundurulur: Bâliğ olduğu iddia ve dermeyan olunan kimse mürâhik ise 12, mürâhika ise 9 yaşını ikmal etmiş olmalı; mürâhik veya mürâhika bülûğunu ikrar etmeli, mürâhik veya mürâhikanın cüsseî bülûğa mütehammil olmalı, mürâhik veya mürâhika bülûğuna ne ile muttall olduğunu beyan eylemelidir. Ömer Nasuhi Bilmen, s.g.e. Sf. 40 altındaki not.

<sup>24</sup>) Aksî kanaat için; Sabri Şakir Ansay, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, Ankara, 1946, Sf. 33.

Mümeyyiz olsun, gayri mümeyyiz olsun, bütün sabîler gayri bâliğ-ler grupta yer aldıklarına, gayri bâliğlerin ise cezaen mes'ul addedilmeleri —evvelce vermiş olduğumuz izahlardan anlaşılacağı veçhile— imkânsız olduğuna göre, mümeyyiz sabîlerle gayri mümeyyiz sabîlerin Ceza Hukuku bakımından farklı hükümlere tâbi tutulduklarına müteallik sözlerin mânâ ve medlûlünü tayin eylemek iktiza eder.

Filhakika, İslâm'ın cezaî mes'uliyet telâkkisinde, bu mes'uliyetin teveccüh edebilmesi için aranılan şartlardan biri de bülûğ ise de, yani bâliğ olmamış buldukça bir kimseyi işlediği fiilden dolayı cezaî takibata maruz bulundurmak mümkün değil ise de, cezalandırılmıyan bir gayri bâliğ —bu tâbirin bir taraftan mümeyyiz sabîleri, diğer taraftan gayri mümeyyiz sabîleri ihtiva eylediğine işaret etmiştik— bazan ta'zire düçar edildiği vâkidir.

Bu noktayı tebarüz ettirebilmek için, kısaca, İslâm'ın, «Ceza» telâkkisine temas zarureti vardır:

İslâm'da ceza tâbiri umumî bir tâbir olup, bir taraftan «had» di, diğer taraftan «ta'zir» i ihtiva eder. İslâm Hukukunda derin bir vukuf sahibi olan İstanbul Müftüsü sayın Ömer Nasuhi Bilmen, had ile ta'zir arasındaki farkları 13 noktada toplamaktadır<sup>21</sup>. Biz, bu ikisinin mahiyetini tebarüze medar olacak farklardan bir kaçını ele almakla iktifa edeceğiz:

Had, nevi, miktar ve ölçüsü şer'an muayyen ceza demektir; ta'zir ise «hakkında muayyen bir ukubet, bir haddi şer'i mevcut olmıyan cürümlerden dolayı tertip ve tatbik edilecek tedip ve ceza<sup>22</sup>» demektir. Ta'zirin nevini, miktarını, ölçüsünü, tayin ve takdir, Ululemr'e ve onun namına Kadılara aittir; bunu diledikleri ve münasip gördükleri şekilde tatbik ederler. Had ise, mukadderdir, muayyendir ve bunda ziyade ve noksan carî olamaz; haddin şüphe ile sakıt olmasına bedel, ta'zir şüphe ile sakıt olmaz.

Tebarüz ettirmek istediğimiz noktaya taallûku itibariyle had ile ta'zir arasındaki en mühim farklardan biri de, haddin —ika olunan fiil onun tatbikini müstelzim bulunduğu takdirde— sadece bâliğlere verilen bir ceza olmasına mukabil, ta'zir mevzuunda bâliğlerle gayri bâliğlerin müsavi bulunmasıdır. Başka bir ifade ile, haddi müstelzim bir fiil işlemiş olup bülûğa ermemiş bulunması dolayısıyla kendisine cezaî mes'uliyet tevcihi mümkün olmıyan bir gayri bâliğe, işlediği bu fiil neticesinde had tatbik edilemezken, hakkında şer'i had bulunmıyan ve fakat ta'ziri

<sup>21</sup>) Bu farklar için: Ömer Nasuhi Bilmen, s.g. Kamus, Sf. 279 ve müt.

<sup>22</sup>) Ömer Nasuhi Bilmen, s.g. Kamus, Sf. 256.

müstelzim bir fiil ika eylemiş aynı gayri bâliğe ta'zirin tatbiki müm-kündür; ancak bu gayri bâliğin mümeyyiz sabî olması meşruttur.

Gayri bâliğlerin gayri mümeyyiz sabîler grupunda yer alanlarına gelince: bunlar ika ettikleri fiillerden dolayı asla cezaya uğramazlar; yani haklarında, işlemiş oldukları fiillerin mahiyeti ne olursa olsun, ne had, ne de ta'zir tatbik olunabilir. İşte gayri baliğler grupunda yer alan mümeyyiz sabîlerle, gayri mümeyyiz sabîlerin Ceza Hukuku bakımından tâbi tutuldukları farklı hüküm, bu sonuncuların ta'zire dahi uğratılamı-yacakları esasında ifadesini bulmaktadır.

Hatıra gelebilir ve denebilir ki, İslâm'da bir kimseye cezaî mes'u-liyetin tevcih edilebilmesi şartlarından biri de o kimsenin bülûğa ermiş olması idi; hakkında şer'î had tatbiki mümkün olmayan gayri bâliğ bir mümeyyiz sabîye ta'zir cezasının tatbiki, onun cezaen mes'ul telâkki edil-diğini tazammun etmez mi?

Bu düşünce varid değildir. Bir kere, her ne kadar ta'zir, İslâm'ın geniş ve umumî ceza tâbirinde yer almakta ise de, bunda, cezanın bütün zecr ve cebredici karakterlerini ihtiva eyliyen haddeki şiddet ve değiş-mezlik yoktur.

Bundan başka adeden 17 ye baliğ olan ve ta'zir namı altında top-lanan cezalardan<sup>21)</sup> suç işlemiş mümeyyiz sabî hakkında sadece, ilâm, bilcelp ilâm, vaz'u nasihat, tevbih ve tekdir, sert yüz göstermek gibi, hâkimin ahval ve şeraiti ve hususiyle failin bir mümeyyiz sabî oluşunu gözönünde bulundurmak mecburiyetinde olduğunu ve bir cezadan ziyade küçüğün psikolojisine ve mânevî durumuna hitabı mutazammın ve ika ettiği fiilin kötülüğünü anlatmağa matuf ve bir müellifin de işaret ettiği veçhile<sup>22)</sup>, sırf terbiyevî tedbir nevinden olanlar kabili tatbiktir. Bunlar dışında ta'zir cezaları muvacehesinde, mümeyyiz sabîlerle gayri mü-meyyiz sabî arasında hiç bir fark mevcut değildir.

#### VI — Memleketimizde :

98 — Diğer bütün hükümleri gibi, İslâm'ın yaş küçüklüğünün cezaî mes'uliyet üzerindeki tesirlerine müteallik esasları da, teokratik bir bünyeye sahip olan Osmanlı İmparatorluğunun teessüs ve teşekkülü an-larından itibaren benimsenerek, 28 Zilhicce 1274 tarihli Ceza Kanunna-mei Hümayununun 40 ıncı maddesi —6 Cemaziyülâhar 1329 tarihli ka-nunla— tâdil edilinceye kadar tatbik olunmuş, yani bir kimsenin cezaen

<sup>21)</sup> 17 ye baliğ olan bu tazir cezaları hakkında mufassal malûmat için, Ömer Nasuhi Bilmen, s.g. Kamus, Sf. 256 ve müt.

<sup>22)</sup> Nicolaus Tornauw, Das Molamische Recht, Leipzig 1855, Sf. 87.

mes'ul edilip edilmeyeceği keyfiyeti onun bâliğ olup olmadığına bağlanmıştır.

Filhakika tetkik edilecek olursa görülür ki, bizde ne Fatih Sultan Mehmet, ne Birinci Süleyman Kanunnamelerinde<sup>99</sup>, ne Sultan İbrahim ve Dördüncü Mehmet zamanlarında mer'i. ceza kanunnamesinde<sup>100</sup>, ne de Tanzimattan sonra tedvin edilmiş olan 1 Rebiyülevvel 1256 tarihli Ceza Kanunnamesiyle, 15 Ramazan 1267 tarihli Kanunu Ceditte<sup>101</sup> cezaî mes'uliyete müstenit olarak bülûğdan gayri bir esasın nazarı itibara alınacağını gösterir metinler vardır.

Her ne kadar 15 Ramazan 1267 tarihli Kanunu Cedidin 3 üncü faslının birinci maddesinde «tarafı Devleti Âliyeden kimsenin mal ve emlakine vaz'iyed olunmağa ve büyük ve küçük bir kimse diğer birisinin mal ve emlakine bigayri hakkın taarruz ve tasallut ve müdahale etmek ve yahut cebren almak... caiz olmaya...» dendikten sonra «ol şahsın hilâfı kanun cesaretine binaen erbabı munasıp ve memuriyetten ise hizmetinden tard ve ihraç olunup bu takımdan olmadığı halde memleketinden şahr mahalle bir sene durmak üzere nefiy ve tağrip kılına» çağrı söylenmekte ise de, bu maddedeki «büyük ve küçük» tâbirinden maksat, büyük veya küçük, yaşı ne olursa olsun, mülkiyet hakkına tecavüz eden herkesin aynı suretle ve derecede mes'ul edilip cezalandırılacağı değil, her sınıf ve tabakaya mensup herkesin ve meselâ bir vezir ile bir çobanın mülkiyete vaki tecavüzlerinin müsavat prensipi üzere cezaî takibata maruz bulundurulacağı, başka bir ifade ile, 26 Şaban 1255 tarihli Gülhane Hattı ile ilân edilip 1 Rebiyülevvel 1256 tarihli Ceza Kanunnamesinde ifadesini bulmuş olan müsavat prensipinin teyit ve tekididir.

99 — Buraya kadarki izahlarımızdan, Osmanlı İmparatorluğunda yaş küçüklüğü bakımından İslâm'ın esaslarının aynen alınmış olup bu esaslarla amel edildiği anlaşılmış bulunmaktadır. Bu noktayı, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunundan nakil ve tercüme edilmek suretiyle vücade getirilmiş olan 28 Zilhicce 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununun muaddel 40 ıncı maddesinin tâdilden önceki şekli de kuv-

<sup>99</sup>) Birincisi üç bapta, ikincisi üç bapta 18 fasıldan mütesekkil olan bu kanunların tam metinleri için: Tarihi Osmanî Encümeni Mecmuası İlâvesi, Kanunname-i Âli Osman, İstanbul 1330, Sf. 9 ve müt.; Sf. 1 ve müt.

<sup>100</sup>) Bu kanunların metni için: Ahmet Lûtfî, Mir'atı Adalet yahut Tarihe-i Adliyyeyi Devleti Aliye, İstanbul 1304, Sf. 75 ve müt.

<sup>101</sup>) Bu kanunların metinleri için de: Ahmet Lûtfî, s.g.e., Sf. 127 ve müt.; Sf. 150 ve müt.

vet ve katiyetle teyit eylemektedir. Ancak yine aynı madde İslâm Hukukunda mevcut ve gayri bâliğlerin, evvelce yaptığımız tafsil dairesinde, mutlak mes'uliyetsizliğine müteallik esasından da ayrılmış bulunmaktadır; izah edelim:

Mehaz olan kanun, mutlak bir mes'uliyetsizlik devresinden sonra muayyen yaş hadleri içinde cezayı tenzil ve onun nisbetini yaşa göre tesbit ve tayin ettiği halde, 1274 tarihli kanunumuz —nakil ve tercüme edilirken, mehaz kanununun 66 ncı maddesi yerine ikame edilen 40 ıncı maddesinde— şöyle demektedir: «Haddi bülûğa vâsıl olmıyan mücrim, işlediği cürme mürettep olan cezaya müstahak olmayıp, kuvvei mümeyyize eshabından dahi olmadığı surette kefaleti kaviyeye rapt ile peder ve validesine veya akrabasına teslim olunur... amma, olmücrimi nabâliğ mürahik bulunduğu, yani fiil ve amelinin neticesi bir cürüm olacağını fark ve temyiz ederek müteammiden ol cürmü işlemiş olduğu surette...» fiile terettüp eden ceza, kanunî nisbetler dahilinde tahfif edilerek verilir.

Metnin tetkikinden anlaşıldığı veçhile, 40 ıncı maddeye göre, bülûğa ermemiş bir kimseye cezaî mes'uliyet tevcihi imkânsızdır, meğer ki o kimse kuvvei mümeyyizeden mahrum olmaya. Binaenaleyh, maddenin daha sonraki ibaresinin de tasrih ettiği gibi, bâliğ olmadığı halde fiil ve amelinin neticesini fark ve temyiz ederek cürüm işlemiş kimsenin cezaî mes'uliyeti vardır, ancak gayri bâliğ olması hasebiyle cezası indirilerek tertip olunur. Şu halde 1274 tarihli kanunumuz gayri bâliğlerin mutlak mes'uliyetsizliğini esas alan İslâm Hukukundan bu noktadan ayrılarak, kendisinde temyiz kudreti bulunan bir gayri bâliğe cezaî mes'uliyetin teveccüh edeceğini kabul etmiş bulunmaktadır.

40 ıncı maddede zikredilmiş olan bülûğun mebdede ve müntehası ile sureti tesbitine gelince: gerek adı geçen maddenin, gerekse ona takaddüm eden kanunların mer'i bulunduğu zamanlarda, fıkıhın bu hususlara müteallik ve evvelce izahına çalıştığımız esaslarının cari olduğunda şüphe yoktur.

100. — Bir kimsenin bâliğ olup olmadığına, bâliğ değilse mümeyyiz bulunup bulunmadığına göre cezaî mes'uliyetin tevcih veya ademi tevcihini esas alan 40 ıncı madde, 6 Cemaziülâhar 1329 tarihli bir kanunla tadil edilerek, bir çok hükümleri lâik esaslara iptina ettirilmiş olan 1274 tarihli kanunumuz, bu noktada dahi şer'i hükümleri ve binnetice bülûğu cezaî mes'uliyetin şartlarından biri olmak esasını terketmiştir.

Gerçekten muaddel 40 ıncı madde, 1810 Fransız Ceza Kanununun 66 ıncı maddesini — bazı farklarla — esas alarak, doğumdan başlamak suretile 13 yaşını doldurmamış kimseleri temyiz kudretinden mahrum

adedip mutlak bir mes'uliyetsizlik devri ihdas eylemiş, 13 yaşını ikmal etmiş ve fakat 15 yaşını bitirmemiş olanlarla, 15 yaşını bitirmiş ve fakat 18 yaşını tamamlamamış bulunanlara cezaî mes'uliyetin tevcih olunabileceği, ancak cezalarının, tasirh eylediği nisbetler içinde azaltılarak verileceği hükmünü vazetmiştir.

1274 tarihli kanunumuzun yaş küçüklüğüne müteallik şu esasları, 1 Temmuz 1926 ya kadar yürürlükte kalmış, bu tarihte meriyet mevkiine girmiş olan 765 sayılı bugünkü Ceza Kanunumuz, — ayrıca incelenmeğe değer ve eski kanundan farklı hükümlerile — küçüklüğün cezaî mes'uliyet üzerindeki tesirlerini, 53, 54, 55, 56 ıncı maddelerinde, muhtelif devreler ve yaş hadleri tesbit etmek suretile mütalâa eylemekte bulunmuştur.

101. — Bahse nihayet vermezden önce, ve hususile memleketimiz bakımından yaptığımız tarihçeyi itmam sadedinde, işaret edelim ki, İslâm'ın küçüklük hakkında yukarıda arzolunan esas ve hükümleri, teokratik bir bünyeye sahip bulunan Osmanlı İmparatorluğunun teessüs ve teşekkülü anından itibaren benimsenip — 1274 tarihli kanunun muaddel 40 ıncı maddesinin 6 Cemaziülâhar 1329 tarihli kanunla değiştirilmesine kadar — tatbik edilegelmekle beraber, İmparatorluk içinde her kabile veya mahal için, örf ve âdetlere göre, o mahallin hususiyetlerini cami kanunnameler istar olunarak bunlarda mevzu hükümlerle amel edilmiştir.

Bu kabilden olmak üzere, hakikî tarihi tesbit edilememiş olan Kanunnamei Kazai Bozok'un, «Ahkâmı Kuttauttarik ve Sürrak» başlıklı faslının 40 ıncı maddesine göre, bu nevi fiilleri işleyen «oğlancıklar baliğ olmadık olsa, yani 10 yaşından aşağı olsa cürüm alınmaya, lâkin tahfif idüp tazir ideler yani döğüp incideler»<sup>41</sup>.

Çok dikkate şayan olan bu maddenin ihtiva eylediği hüküm, bülûğ bakımından — İslâm'daki hadler hilâfına — 10 yaş ve hem de kat'i olarak almakla, fıkıhda bu mevzuda mevcut esasları bertaraf eylemiş bulunmakta, bülûğ haddinin her kabile veya mahal için başkaca tayin ve tesbit edilebileceğini tebarüz ettirmektedir.

Buna müşabih bazı esasları Alâüddevle Bey Kanununda, hususile bu kanunun livata fiillerine müteallik hükümlerinde tesadüf etmek mümkündür<sup>42</sup>.

102. — Tarihte, yaş küçüklüğünün cezaî mes'uliyet üzerinde husule getirdiği tesir bakımından yapmış olduğumuz şu uzun tetkiklerden bir

<sup>41</sup>) Bu kanunun metni için: Ömer Lütfü Barkan, XV ve XVI ncı asırlarda Osmanlı İmparatorluğunun Zıral, Ekonomik, Hukuki ve Mall esasları, birinci cilt, Kanunlar, İstanbul 1945, Sf. 124 ve müt.

<sup>42</sup>) Bu kanunun metni için: Ömer Lütfü Barkan, s.g.e., Sf. 121 ve müt.

netice çıkarmak lâzım gelirse denebilir ki, gerek Roma'da klâsik hukuka takaddüm eden devrede, gerekse klâsik hukuk devrinde, bunun gibi bir taraftan kilise ve cermen hukukunda, diğer taraftan Avrupa reformuna kadar ortaçağ'da, nihayet, İslâm'da ve 1274 tarihli kanunumuzun 40 ıncı maddesinin tadiline kadar memleketimizde, — hadler ve mebde ve mün-teha bakımından mevcut bazı farklar ve değişik esaslardan kat'ı nazar — bülûğ, suç işleyen bir kimseye cezai mes'uliyet tevcih edebilmenin şartlarından telâkki ve kabul edilmiş bulunmaktadır.

Eski devirlerde ve hattâ yeni zamanlara kadar bu şekilde bir telâkkiye bağlanılırken düşünölmüştür ki bülûğ, buna erişen kimsede bedeni bakımdan kuvvet ve kudret, fikri ve dimağı bakımdan da tam bir olgunluk bahşetmekte, binnetice bülûğa erişmiş kimse, içinde yaşadığı camiaca menfur telâkki edilip aksülâmeller ve cezri müeyyideler davet eyleyen ve bu itibarla kendisine suç vasfı izafe olunan fiil ve hareketleri; bir taraftan fikri ve dimağı olgunluk sayesinde, yine o camiaca uygun ve iyi telâkki edilen fiil ve hareketlerden tefrik ve temyiz etmeğe, diğer taraftan bedeni kuvvet ve kudret sayesinde de iyi veya kötü bir fiil ve hareketi tahakkuk ettirmeğe kadar bir hal arzulemektedir.

Fizyolojik bir hâdise ve cinsî olgunluğun bir işaret ve alâmeti olan bülûğun, bedeni ve fikri bir kuvvet ve kudretin de tecelli zamanı olduğu bugün fennen ve tıbben de teyid edilmekte ise de, bülûğa erişmiş bir insanın hususiyle bütün aklı ve psişik melekelerinin olgun bir hale gelip, kendisinde temyiz kudretinin, istemek ve anlamak kabiliyetinin tamamen tekemmül etmiş bulunduğu iddia olunamayacağı gibi, ileri bir yaşa ulaştığı halde bâliğ olamamış bir kimsenin de, temyiz kudretinin, anlamak ve istemek kabiliyetinin ademi mevcudiyeti ileri sürölerek, mutlak mes'uliyetsizliği cihetine gidilmesi lâzımgeldiği söylenemez; başka bir ifade ile 9 yaşını idrak etmiş bir sırada bâliğ olmuş bir çocuğun bütün aklı ve psişik melekelerinin, bunun gibi temyiz kudretinin ve anlamak ve istemek kabiliyetinin tamamen olgunlaşabilmesine imkân bulunamayacağından, kendisine, işlediği fiilin tam cezasını vermek, şartı ve mesnedi olmaksızın, ona, cezaya ehildir demeği tazammun edeceği gibi, 15 hattâ 18 yaşına geldiği halde henüz bülûğa erişmemiş bir kimseyi, bu sebepten dolayı temyiz kudretinden istemek ve anlamak meleke ve kabiliyetinden mahrumdur ve bu itibarla mutlak surette cezaya ehil değildir demeği istilzam eyler.

İşte, mebde ve müntehası bakımından da kat'î esaslara ve hadlere bağlanması mümkün olmayıp, bazı kimselerde 9, hattâ 7, bazılarında 15 hattâ 18 yaşında tecelli eyleyen bülûğ, arzetmekte olduğu ittiratsızlık ve katiyetsizlik, bunun gibi bir kimsede, her bakımdan ve her mevzuda

bedeni kuvvet ve kudret gibi psişik ve akli melekelerinde tam olgunluk ve tekemmülünün bir alâmet ve işareti olamamak dolayısıyla, cezaî ehliyete mesnet yapılmaktan vazgeçilerek günümüz ceza kanunlarının pek çoğunda — mer'î oldukları memleketlerin iklim, ırk, mizaç, terbiye şartları, tabii durum ve içtimaî telâkkiler gözönünde bulundurulmuş — doğumdan başlamak suretile insan hayatı, her memlekete göre değişen ve fakat o memleket bakımından muayyen olan bir yaş haddine kadar bir ehliyetsizlik devri tesbit edildikten sonra, çocuğun içinde bulunduğu ahval ve şeraîit gözönünde bulundurulmak ve kendisini suça sevkeden sebep esaslı bir tetkik ve müşahede ile tesbit olunmak suretile, halâkında, onu terbiye ve ıslaha matuf en uygun tedbirin alınması cihetine gidilmektedir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### Türk Ceza Kanununa göre yaş küçüklüğünün cezaî mes'uliyete tesiri

103. — Umumî olarak insanda irade serbestisi ve temyiz kudreti, seneler ilerleyip hayatla temas imkânları arttıkça yavaş yavaş teşekkül eder ve muayyen bir çağa gelindikten sonra bu kabiliyetler kemale ermiş bulunur. İmdi, iradenin serbestisi ve temyiz kudretinin kemale ermiş olup olmaması, cezaî mes'uliyetin tevcihi ve derecesi bakımından insan hayatının muhtelif devrelere ayrılmasını icabettirir. Bu esası gözönünde bulunduran muhtelif memleketler ceza kanunları cezaî mes'uliyet bakımından insan hayatını muhtelif devrelerde mütalâa ettikleri gibi Türk Ceza Kanunu da, serbest irade ve temyiz kudretinin bulunmaması, teşekkül etmesi ve fakat tam olmaması, olgunlaşması, ve yaşla zafa uğraması vetiresini nazara alarak, umumî bir surette insan hayatını 5 devreye ayırmıştır :

Birinci devre : — Doğumdan başlayan ve 11 yaşın ikmaline kadar olan ehliyetsizlik devresidir; bu devrede temyiz kudretinin bulunmadığı kanunî bir farzıyedir.

İkinci devre : — 11 yaşın bitirilip 15 yaşın ikmaline kadar olan ve temyiz kudretinin bulunup bulunmadığı şüpheli olan devredir.

Üçüncü devre : — 15 yaşının bitirilmesinden 21 yaşın ikmaline kadar olan devredir ki, kendi içinde ikiye ayrılır: 15 yaşın ikmalinden 18 yaşın bitirilmesine kadar olan ve temyiz kudreti az olgunlaşmış bulunan devre; 18 yaşın bitirilmesinden 21 yaşın ikmaline kadar olan ve temyiz kudreti daha fazla olgunlaşmış devre.

Dördüncü devre : — Suçu işledikleri sırada 21 yaşını ikmal eylemiş ve hüküm sırasında 65 yaşını bitirmemiş olanların yer aldığı devredir. Bu devrede çocukluk çağı tamamilen geçerek bedenî kudretler gibi akli melekeler ve temyiz kudreti de tamamilen tekemmül etmiş bulunduğundan mes'uliyet tamdır. Ancak bu devrede bulunan bir kimsenin akli melekeleri ve iradesi, meselâ akıl hastalığı gibi dahili ve marazî, yahut birisi tarafından zorlanma gibi haricî bir sebeple muhtel olursa, o halde cezaî mes'uliyetin bulunmaması bu bakımlardan mevzuubahs olur<sup>44</sup>.

Beşinci devre : — 65 yaşını bitirmiş olanların ve muhaffef mes'uliyeti bulunanların yer aldığı devredir. Her ne kadar mücerret yaşın ilerlemiş olması keyfiyeti, cezaî mes'uliyeti kaldıracak bir hal değilse de, Türk Ceza Kanunu 56 ncı maddesile, hüküm sırasında 65 yaşını bitirmiş olan ihtiyarları, cezaî mes'uliyet bakımından suçu işlediği sırada 18 yaşını bitirmiş ve fakat 21 yaşını bitirmemiş olanlarla aynı tutmuş ve cezalarının indirilerek verilmesini muvafık görmüştür. Ancak 21 yaşından küçük olanlar hakkında mes'uliyetin derecelenmesi bakımından bunların suçu işledikleri tarihteki yaşları nazarı itibare alındığı halde, cezaî mes'uliyeti tahfif eden yaşlılık bakımından failin hüküm zamanındaki yaşı nazara alınır; bu itibarla meselâ suçu işlediği sırada 63 yaşında bulunan, kimsese, kaçması ve ele geçmemesi sebebiyle işlediği suçtan dolayı hüküm verilebileceği zamanda 65 yaşını bitirmiş bulursa, hakkındaki ceza indirilerek verilecektir.

Yaşın çok ilerlemesi neticesiyle, bedenî düşkünlük gibi, akli melekeler de düşkünlüğe uğramış ve bunama denilen vaziyet hasıl olmuş ise, bu keyfiyet yaşın ilerlemiş olması noktasından değil, akıl hastalıkları bakımından nazara alınır<sup>45</sup>.

104. — İzah edegeldiğimiz bu muhtelif devrelerden ayrı ayrı üzerinde durmamız lâzım gelen ilk üç devredir. Kanunumuza göre bu üç devreden ikincisinde yer alan, yani 11 yaşını bitirmiş olup da 15 yaşını ikmal etmemiş olan bir küçüğe, işlediği suçtan dolayı ceza verebilmek için kendisinde «temyiz kudreti» nin bulunması iktiza eder. Demek oluyor ki ehliyetsizliği mucip olan yaş haddi tecavüz edilince, ilk hallolunması lâzım gelen mesele, temyiz kudretinin mevcut olup olmadığıdır, 11 yaşını ikmal etmiş olup da henüz 15 yaşını bitirmemiş olan çocuğun, suçu işlediği sırada «temyiz kudreti» ile hareket etmediği sabit olursa kendisine ceza verilmeyecek, buna mukabil «temyiz kudreti» ile hareket

<sup>44</sup>) Tahîr Taner, s.g.e., Sf. 329.

<sup>45</sup>) Tahîr Taner, s.g.e., Sf. 329.

ettiği tebeyün ederse, cezaî mes'uliyetin mevcudiyetine karar verilecektir. İmdi, kanunumuzun cezaî mes'uliyet mevzuunda, yaş küçüklüğü bakımından kabul etmiş olduğu üç muhtelif devrenin ayrı ayrı tetkikinden önce, «temyiz kudreti» nin ne olduğunu, yani mahiyetini, mevcut olup olmadığının ne surette tesbit edilebileceğini incelemek muvafık olur.

§ 1 — *Temyiz kudreti* :

I — Mahiyeti :

105. — Temyiz kudretinin neden ibaret olduğu hususunda doktrin ve içtihatla fikir birliği yoktur<sup>46)</sup>.

İtalyan doktrinine göre temyiz kudreti, bir kimsenin, hareketlerini ahlâkî ve hukukî bakımdan ve makul surette takdir edebilme ehliyet ve kabiliyetidir; şu suretle ki, failin, fiilin yalnız ve sureti umumiyede haksız olduğunu anlaması kâfi olmayıp, tam bir şekilde olmasa bile, adı geçen fiilin cezaî bir takım neticeler tevhit edeceğini derpiş ve takdir eylemesi de iktiza eder<sup>47)</sup>. «Fiilin cezaî bir takım neticeler tevhit edebileceğinin derpiş ve takdir edilmesi» nden maksat, fiile terettüp eden cezanın neden ibaret olduğunun bilinmesi demek değildir; çünkü fiile terettüp eden cezanın bilinmemesi, hukukî bir bilmeme olmak hasebile cezaî mes'uliyetin tevcihi bakımından zaten nazara alınmaz; bu tabirden maksat, failin bir suç işlediğinin, yaptığı hareketin bazı cezaî müeyyideleri davet eylediğinin farkında olması keyfiyetidir<sup>48)</sup>. Alman cezacılarından Von Liszt<sup>49)</sup> ve Fransız cezacılarından Roux'da<sup>50)</sup> aynı fikirdedir.

İtalyan Temyiz Mahkemesi de, 16 Mayıs 1894 tarihli bir kararile bu noktâ nazara yaklaşmış, sözü geçen karar «temyiz kudretinden, kendi hareketlerinin mahiyet ve neticelerini bütün tamamîyet ve şumulü ile takdire ehil yüksek bir zekâ derecesi değil, fakat bu hareketlerin umumî ve iptidâî ahlâkiliğini ve başkasına zarar vermek kabiliyetini idrake kifayet edecek fikrî ehliyet»<sup>51)</sup> anlaşılacağını ifade etmiştir.

<sup>46)</sup> Tahir Taner, s.g.e., Sf. 351.

<sup>47)</sup> Manzini, s.g.e., Sf. 50.

<sup>48)</sup> Manzini, s.g.e., Sf. 50.

<sup>49)</sup> Von Liszt, traité de droit pénal allemand, fransızca tercümesi cilt I, § 38.

<sup>50)</sup> J. A. Roux, cours de droit criminel français, 2 ème édition, Paris, 1927, § 47.

<sup>51)</sup> Jannitti Piromallo di Guyanga, in Conti, giurisprudanza der codice penale, 1927, Milano, Cilt I, Ks. I, No. 15.

Diger bazı müellifler ise, temyiz kudreti mevzuunda başka bir kriter ileri sürmektedirler; bunlara göre, hareketin yalnız ahlâki cephesine taallük edip, hukukî cihetine taallük eylemeyen temyiz kudreti, iyiyi kötüden, haklıyı haksızdan ayırmaktan, yapılan hareketin ahlâken iyi veya fena, haklı veya haksız olarak tavsif edilmekte olduğunu idrakten ibarettir<sup>32</sup>.

İtalyan Temyiz Mahkemesinin bu noktayı nazara yaklaşan içtihadı da vardır, sözü geçen mahkemenin 19 Mart 1901 tarihli bir kararına göre «54 üncü maddede bahsi geçen temyiz kudreti, yapılan hareketin tamamen bilinmesini ihtiva etmez, fakat iyi ve fena hakkındaki tafahhusî bilgiyi; tam olmamakla beraber muayyen bir hareketin neticelerinin takdirini ifade eder»<sup>33</sup>.

Nihayet bazı müellifler de Garofalo tarafından büsbütün başka bir maksatla ileri sürülmüş bir tefriki ele alarak, şöyle bir kriter vermektedirler: temyiz kudreti, tabii suçlarda — yani ahlâk kaidelerine, cemiyetin içtimai ve tabii düzenine aykırı olup, her zaman ve mekânda suç sayılmış olan fiillerde — iyiyi kötüden ayırmak buna mukabil, mevzu suçlarda — yani gayri ahlâki, ve içtimai düzene aykırı olmayıp da sırf içtimai fayda mülâhazasile cezalandırılan ve bazı memleketlerde veya devirlerde suç sayılmayan fiillerde — fiilin kanuna aykırı olduğunu anlayabilme ehliyetinden ibarettir<sup>34</sup>.

106. — Doktrinde temyiz kudreti hakkında sahip olunan şu farklı telâkkiler, muhtelif memleketlerin kanunları bakımından da varittir; 1810 Fransız Ceza Kanunu, mehzamız 1889 İtalyan Ceza Kanunu gibi bazı kanunlar temyiz kudretini hiç tarif etmemişlerdir; 1932 Polonya Ceza Kanunu gibi<sup>35</sup> bazı kanunlar bu mevzuda, fiilin ehemmiyetini derk hattı hareketi tanzim etmeğe müsait derecede fikri ve ahlâki olgunluğa ulaşmağı aramış nihayet başta Yugoslav Ceza Kanunu olmak üzere, bazıları da fiilin suç teşkil edip etmediğini, kanunun bir hükmünün ihlâl olup olunmadığını bilmeğe bakmıştır<sup>36</sup>.

<sup>32</sup>) Ortolan, *Eléments du droit pénal*, Paris, 1886, Cilt I, No. 289.

<sup>33</sup>) Jannitti Piromallo di Guyanga, in Conti, s.g.e. No. 28 bis.

<sup>34</sup>) Haus, *Principes généraux, du droit pénal Belge*, Gand 1879, Cilt I, No. 654.

<sup>35</sup>) Madde 69, § 1.

<sup>36</sup>) Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 2 ème édition, Paris 1943, Sf. 159, Not 1.

1903 Rus Ceza Kanunu da 41 inci maddesinde temyiz kudreti mevzuunda «failin yaptığı şeyin mahiyet ve mânasını anlamasına veya hareketlerini sevk ve idare edebilmesine» bakmakta idi.

Mehazı kanun tarifini vermemiş ve mahiyetinden bahsetmemiş olduğu halde, mülga 1274 tarihli Ceza Kanunumuz — 6 Cemazüülaha 1329 tarihli kanunla tadil edilmezden önce — 40 ıncı maddesinde, bülûğa ermemiş murahiki cezalandırabilmek için, onun «fiil ve amelinin neticesi bir cürüm olacağını fark ve temyiz» etmesini<sup>67</sup> aramak suretile, temyiz mevzuunda, fiilin suç teşkil edip etmediğini bilmek esasını almıştır. Sözü geçen kanunla tadilini müteakip, madde, birinci fıkrasında — mehazının 66 ıncı maddesindeki esasa rücu ederek — sadece «kuvvei mümeyyize» den bahsetmiş, bunun ne tarifini yapmış, ne de mahiyetini tebarüz ettirmiştir.

Türk Ceza Kanunu da, 54 üncü maddesinin ikinci fıkrasında «eğer çocuk işlediği fiilin bir suç olduğunu fark ve temyiz ile hareket etmiş ise» dediğine göre, temyiz kudreti mevzuunda, fiilin suç teşkil edip etmediğini anlayabilme esasına bağlanmıştır.

«Kanunumuzun mehazı olan 1889 İtalyan Kanununda böyle bir hüküm olmadığı gibi, mucip sebepler lâyihası da bulunmadığı için bu tarifin tercihi saik olan düşünceler»<sup>68</sup> bilinmemektedir.

107. — Temyiz kudretinin mahiyeti hakkında ileri sürülmüş olan ve yukarıda arzettiğimiz muhtelif kriterlerden birinin veya diğerinin kabulü tatbikat sahasında değişik neticelere götürür:

Fiilin suç teşkil edip etmediğini idrak kabiliyeti nisbeten erken çağda belirir; gerçekten çocuk, gözleri önünde cereyan eden bazı vak'alarından, işitip duyduklarından, şahsî tecrübelerinden, cezaevinin, zabitanın mevcudiyetini bildiği gibi, dolandırıcının, hırsızın... cezalandırılacağına da vakıftır.

Daha ziyade ahlâkî bir inkişafa vabeste bulunan ve bir tefrik suurunun iktisabını iktiza ettiren, iyiyi kötüden, haklıyı haksızdan ayırma kriterine gelince, bu da, çocukta mukayese yapabilmek imkânlarının mevcudiyetini iktiza ettirir; halbuki suçlu çocuğun içinde yaşadığı muhit, aldığı terbiye, sahip olduğu zekâ ve anlayış bakımından bu mukayeseyi yapabilmesi güçtür<sup>69</sup>.

İşte bu itibarla, tatbikatta birinci kıstas kabul edildiği takdirde, temyiz kudretini haiz sayılacak çocukların adedi artar; buna mukabil ikinci kriter bu adedi azaltır.

<sup>67</sup>) Yukarıda No. 100 e bakınız.

<sup>68</sup>) Tahir Taner, s.g.e., Sf. 351.

<sup>69</sup>) Tahir Taner, s.g.e., Sf. 352; Garraud, Précis de droit Criminel, XV ème édition, Paris 1934, Sf. 269.

108. — Temyiz kudretine müteallik olmak üzere, bir taraftan doktrin ve içtihat sahasında, diğer taraftan mevzuatta mevcut görüş farkları, ve, suçlu çocuğun «mes'ul edilmesi» fikri yerine kendisinin, ailesinin, maddî, manevî durumunun tetkikile, vaziyete göre, hakkında en uygun bir terbiye ve ıslah tedbirinin ikamesi iktiza ettiği düşüncesi, son zamanlarda, büsbütün başka bir yolun tutulmasında âmil olmuştur.

Bu cereyan önceleri, tatbikat sahasında başlamış, bilâhare, tesirlerini mevzuat sahasında göstermiştir. Filhakika, Fransa'da, henüz 1912 kanunu mer'î iken, temyiz kudreti artık mes'ul çocuklarla gayri mes'ul küçükleri biribirinden tefrike medar olamamağa başlamış, cezayı küçüğün şahsiyetine intibak ettirmek bakımından, hâkime bir rehber vazifesi görememekte bulunmuştur; bu itibarla hâkim küçüğün bir terbiye tedbiri ile uslanabileceğine kanaat getirince, kendisini gayri mümeyyiz addederek cezalandırmamak, ve hakkında gereken terbiye tedbirlerinden birini ittihaz etmek yoluna girmiş, sadece, cezalandırılması gerektiğini gördüğü çocukta temyiz kudretinin mevcudiyetine karar vermiştir<sup>60</sup>. Böylece temyiz kudreti psikolojik bir mesele olmaktan çıkarak, ceza siyasetine teferrü eden bir mesele telâkki edilmiştir<sup>61</sup>.

Belçika bakımından da durum böyle olmuştur: 1867 Belçika Ceza Kanunu, 71, 75 inci maddelerinde, 16 yaşından küçük çocukların cezalandırılabilmesini temyiz kudreti ile mücehhez olup olmadıklarına bağlamıştı. Hâkimler, çocuğa verilen cezanın lüzumsuzluğu ve faydasızlığı muvacehesinde, ceza kanununun sözü geçen hükümlerini tatbik etmemek için, yine ceza kanununda yazılı bir çareye başvuruyorlar, işlediği suç ve akli melekelerinin tekâmül derecesi ne olursa olsun, çocuğu farik ve mümeyyiz addetmeyerek, hakkında bazı islâh tedbirleri almakla iktifa ediyorlardı. Böylece, 1912 ye doğru, çocukların cezalandırılması keyfiyeti tatbik sahasından kalkmış bulunuyordu<sup>62</sup>.

İşte, bir taraftan doktrinde, diğer taraftan tatbikatta suçlu çocuğun mes'ul edilmesi, cezalandırılması yerine, kendisinin, ailesinin, maddî ve manevî durumunun tetkikile ve onu kurtarmak için hakkında en uygun bir terbiye veya islâh tedbirinin alınması lâzım geldiği hususunda varılan kanaat son zamanda, «temyiz kudreti» mefhumunun bazı kanunlardan çıkarılmasını intaç etmiştir.

<sup>60</sup>) Garraud, s.g.e., Sf. 278.

<sup>61</sup>) Garraud et Laborde -Lacoste, Précis élémentaire de droit pénal, Paris 1943, Sf. 559, No. 1331.

<sup>62</sup>) Faruk Erem, Ceza Hukuku önünde suçlu çocuklar, İstanbul 1940, Sf. 29.

Biraz evvel temas ettiğimiz veçhile, tatbikatta takip olunan isri gözönünde bulunduran Belçika, 1912 tarihli Çocukları Koruma Kanunu ile bu yola girmiş olduğu gibi, en yeni kanunlardan İsviçre Ceza Kanunu, nihayet suçlu çocuğa müteallik yeni Fransız mevzuatı da aynı yolu takip etmiştir<sup>64</sup>.

Bütün bu kanunlar, çocukta temyiz kudretinin bulunup bulunmadığı yerine adli anketler yapılmasını, müşahede merkezlerinin kurulmasını... derpiş etmektedirler. Bu suretle, hâkime, suç işlemiş bir çocuk muvacehesinde, temyiz kudretinin mevcut olup olmadığına dair bir tetkik ve tahkik tahmil olunmadığı gibi, prensip itibariyle, suçlu çocuğun «mes'ul» olup olmadığını inceleme keyfiyetine de müsaade edilmiyerek<sup>65</sup>, muayyen bir yaş haddine kadar, ondan sadece — yapılacak anketler, müşahedeler... neticesinde — çocuk hakkında gereken en uygun bir terbiye veya ıslah tedbirini alması istenmektedir.

## II — Temyiz kudretinin tesbit sureti :

109. — Kanunumuz 54. üncü maddesinde temyiz kudretinden sarahaten bahsetmiş olduğuna göre, bunun ne surette tesbit edileceğini araştırmak muvafık olur<sup>66</sup>.

Temyiz kudretinin ne suretle tesbit edileceği hususunda Türk Ceza Kanununda sarahat yoktur. Türk Yargıtayının bu meseleye müteallik kanaati esas mahkemesinin bilirkişiye müracaat etmesi lâzım geldiği yolundadır; «fark ve temyiz keyfiyeti fen ve ihtisasa taallük etmesine göre, bu cihet mahkemece resen takdir edilemez»<sup>67</sup>. Kendisine müracaat

<sup>64</sup> - <sup>64</sup>) Fransa'da çocuk mahkemeleri ve nezaret altında serbestiye müteallik 1912 kanunu, küçükler bakımından temyiz kudretli mefhumunu esas ittihaz etmiş olduğu halde, 1942 kanunu, 1945 emirnamesi, bu yoldan kat'î surette ayrılarak, temyiz kudretinden bahis dahi etmemişlerdir.

1930 İtalya Ceza Kanunu da temyiz kudretinden bahsetmeyerek, 98 inci maddesinde «İstemek ve anlamak kabiliyeti» ni esas ittihaz eylemiş, mes'uliyet için «normal bir kabiliyet» aramıştır.

<sup>65</sup>) P. Logoz, Commentaire du code pénal Suisse, Neuchâtel, Paris, 1939, Sf. 332; Alfred Von Overbeck, Le nouveau droit pénal Suisse, Friburg, 1942, Sf. 56.

<sup>66</sup>) Temyiz kudretinin tesbiti maddî ve fiilî bir mesele olması dolayısıyla esas mahkemesinin salâhiyeti cümlesindedir; binaenaleyh bu mesele Yargıtayda bir tetkik mevzuu olmaz; İtalyan Temyiz Mahkemesinin bunu müeyyed kararları için: Jannitti, di Gúyanga, in Conti, s.g.e. No. 257, 258, 259.

<sup>67</sup>) Yargıtay İkinci Ceza Dairesinin 22.II.1927 tarih ve 292 sayılı kararı: Cemal Köseoğlu, Hâşiyeli Türk Ceza Kanunu, İstanbul 1944, Sf. 71.

edilmesi lâzım gelen bilirkişilere gelince, bunlar Adli Tıp Müessesesi ve adli tabiblerdir<sup>98</sup>.

İşte Yargıtayın bu içtihadı muvacehesinde, bizde, mahkemeler 11 yaşını bitirmiş olup da 15 yaşını ikmal etmemiş olan küçüklerde temyiz kudretinin bulunup bulunmadığını tesbit keyfiyetini Adli Tıp veya Adli tabibe havale etmekte, ve hükümlerini — 54 üncü madde çerçevesi içinde — buralardan gelen mütalâaya iptina ettirmektedirler.

Yargıtayın bu şekilde tatbikata yol açmış olan içtihadında isabet olmadığını düşünüyoruz. Hocam Tahir Tanerin veciz bir surette ifade ettiği veçhile «hâkim kanaatini husule getirmek için münasip göreceği her türlü tahkik ve tetkikleri doğrudan doğruya yapabileceği gibi, başkalarına da yaptırarak mütalâalarını alabilir. Mahkemenin malûmatına ve mütalâalarına müracaat edebileceği kimselerin mutlaka hekim olması iktiza etmez; çünkü tesbiti iktiza eden husus tababete ait ve akıl hastalığında olduğu gibi, marazî bir hal değildir, çocuğun akli melekelерinin anlayış kabiliyetinin inkişafı derecesidir. Hâkim çocuğu yakından bilen ve tanıyanlardan herkese sorabilir, kendisini sorguya çekmek suretile kabiliyet ve temayülleri, mazisi, muhiti, ailesi, hayat telâkkisi vesaire hakkında malûmat edinebilir, münasip görürse, sırf tenevvür için bir hekimin veya sair ehli hibrenin mütalâasını alabilir<sup>99</sup>. Binaenaleyh «... bir hekime gönderilmemekle beraber, şayet mahkemenin kararı indî olmayıp resen yapılan tetkiklerle husule gelen kanaate müstenit ise, bu karar kanuna muhalif sayılamamak ve bozulmamak icap eder<sup>100</sup>».

110. — Arzedegeldiğimiz bu görüşü, mehzaz kanununun tatbikatı bakımından, İtalyan Yargıtayı da teyit etmekte ve hâkimin bilirkişiye müracaatını şart koşmamaktadır. Gerçekten sözü geçen Yargıtayın bir kararına göre «hiç bir kanun hükmü 9 ile 14 yaş arasında bulunan bir çocuğun temyiz kudretini haiz olup olmadığını tesbit maksadiyle, hâkimi bilirkişiye müracaata mecbur tutmamaktadır<sup>101</sup>».

Bu itibarla, 1889 tarihli kanununun mer'î bulunduğu sıralarda, İtalyada mahkemeler, çocukta temyiz kudretinin mevcut olup olmadığı

<sup>98</sup>) Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesinin 30/6/935 tarihli ve 9907 sayılı kararına göre, «salâhiyetli olmıyan sıhhat memurunun, suçlunun farik ve mümeyyiz olduğu hakkında verdiği rapora istinaden mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuzdur»: Cemal Köseoğlu, s.g.e., s. 72.

<sup>99</sup>) Tahir Taner, s.g. ikinci tab'ı, Sf. 353.

<sup>100</sup>) Tahir Taner, s.g. ikinci tab'ı Sf. 353 altındaki 1 No. lı not.

<sup>101</sup>) İtalyan Yargıtayının 14 Aralık 1909 tarihli kararı: Jannitti di Guyanga, in Conti, s.g.e., No. 123.

hususunda geniş ve derin incelemeler yapıyor ve bu maksatla failin karakterini, hareket tarzını, akli inkişafını ve fiilden evvel ve fiil ile müterafik bütün hallerini, bu halleri ile olan münasebeti bakımından fiilden sonraki durumunu hususî bir tetkike tâbi tutuyorlardı.

Diğer taraftan, İtalya mahkemelerinden bazıları da, temyiz kudretinin mevcut olduğunu gösteren bir takım karinelere itibar etmekte idiler; bu cürmleden olmak üzere Catania Bidayet Mahkemesi bir kararında şöyle diyordu: «14 yaşından küçük olan şahıs, duruşmadaki tavır ve hareketiyle ve sorgularda verdiği cevaplarla kendisini müdafaa ettiğini isbat ederse, kasdı geçen adam öldürme cürmünde temyiz kudretiyle hareket etmiş sayılmak icabeder<sup>71)</sup>.» Keza, Taranto Bidayet Mahkemesi de «14 yaşından küçük olan ve hırsızlık suçunu işlerken üzerine varılan maznunun kaçmış olması, temyiz kudretinin mevcudiyetine karine teşkil edecek kâfi bir emare<sup>72)</sup> olduğuna karar verdiği gibi, yine aynı mahkeme başka bir kararında «hırsızlık suçunda mukayyet mükerrer olmak keyfiyetinin, 14 yaşından küçük olan kimse de temyiz kudretinin bulunduğuna delil<sup>73)</sup> olacağını ifade eylemiştir.

Fikrimizce, bu kararlarda serdedilen bu nevi karinelerle de mutlak surette bağlanmak doğru olmaz; çocuk tab'an haşin olur da, mutavaat etmemek için kendisini az çok müdafaa edebilir, yahut suçüstü yakalanınca, insiyakî bir hareketle kaçabilir, veya aynı suçu ikinci bir defa işlemiş bulunabilir; bütün bunlar «muayyen» bir çocuğun temyiz kudretiyle hareket etmiş olduğuna karine teşkil edebilmekle beraber, bu haller tamim ve teşmil olunarak, bu suretle hareket etmiş olan bütün küçüklerin temyiz kudretine malik olduklarını ifade edemez; demek istiyoruz ki, bu hallerden biri bulunsa dahi, mahkeme, yukarıda sözü geçen inceleme ve araştırmalarda bulunmak ve ancak bu karineleri besliyecek sair delâil elde ettiği takdirde, temyiz kudretinin mevcudiyetine karar vermek iktiza eder.

111. — Bizde, —Yargıtayın kanaatına göre— temyiz kudretinin mevcudiyet veya ademi mevcudiyetinin esas mahkemesince resen tesbit edilemeyeceği ve keyfiyetin adli tıp müesseselerine veya adli tabiplere havale edilmesi icabeyliyeceği biraz önce anlatılmıştı. Şimdi, bu mevzuda sözü geçen müesseseler veya kimselerce gözönünde bulundurulan esasların nelerden ibaret olduğuna kısaca işaret etmek istiyoruz:

<sup>71)</sup> Kararın metni için: Jannitti di Guyanga, in Conti, s.g.e., No. 117.

<sup>72)</sup> Kararın metni için: Jannitti di Guyanga, in Conti, s.g.e., No. 118.

<sup>73)</sup> Kararın metni için: Jannitti di Guyanga, in Conti, s.g.e., No. 119.

Bu esaslar, Adalet Bakanlığı Adli Tıp İşleri Genel Direktörlüğünce neşredilmiş olan bir broşürde izah edilmiş bulunmaktadır<sup>25</sup>.

Sözü geçen broşürden anlaşıldığına göre, tatbikatta, temyiz kudretinin olup olmadığını tayin için, çocuğun akli inkişaf derecesine, irsi kabiliyetine, yaşama, tahsil ve terbiyesine, göreneğine, fiilin nevine, mahiyetine, irca şekline, çocuğun bulunduğu ve yetiştiği memleketin, mevzuubahs fiil hakkındaki telâkki tarzına bakılmakta, ve bu mevzuda bilhassa tahsil ve terbiyeye, broşürün tâbirince «muhatî müessirat»a daha üstün bir yer verilmektedir. Böyle hareket edilmekle, çocuğun bünyesine bağlı irsi kabiliyetinin uyanmasına, tecrübelerinin tevalisine, yani terbiyenin tesiriyle, fiillerinin gîtgede iyilik ve kötülüğü, güzellik ve çirkinliği ve nihayet Hükûmetçe memnuiyet ve gayri memnuiyeti hakkında sahip olduğu malûmata ve peydahladığı şuurâ vâkıf olunur. Ancak bir hareketin kötülük, çirkinlik, memnuiyet ve gayri memnuiyet evsafının bilinmesi adli mânâsiyle fark ve temyiz hassasının mevcudiyetini göstermeğe kâfi gelmez; çocuklar, bazan, pek ileri yaşlarda bile, görenek, terbiye, gerekse tecrübe tesiriyle bir çok fiillerin fenahlığını veya hiç olmazsa memnuiyetini bildikleri halde, bunların bir cürüm olup cezayı müstelzim bulunduğunu derkedemiyebilirler; zira bu gidiş, çocuklardaki şuur ve idrakten ziyade, büyüklerinin bu nevi fiilleri fena ve memnu telâkki ettiklerini anlamaları esasına müstenittir. İşte, tecrübe vesair muhatî tesirat ile birlikte, zekânın da nüma bulması ve bu itibarla çocukta, fiil hakkındaki malûmatın tezayüt ve teeyyüt etmesi dolayısıyla, gîtgede sevki tabiiyle fiil arasında bir tefekkür ve mülâhaza vetiresi peyda olmasına da bakmak lâzım gelir; fikir ve mülâhazanın bu kuvveti ihraz etmesi sayesinde ki, temyiz kudretinin mevcudiyetine kail olunabilir. Esasta şahsî istidat ve muhatî âmillere tebaiyetle binnisbe seri veya batî olabilen bu inkişaf, bazan, bir takım hastalıklar gibi ârızî haller dolayısıyla, daha da ağırlaşabileceği gibi, büsbütün tevakkuf da edebilir.

Demek oluyor ki bu mevzuda aranacak şey çocuğun «seciye» sahibi olup olmadığı, yani, sevkitabilleri yedi idaresine alabilip alamadığıdır.

Hâve etmeli ki, temyiz kudreti hakkında araştırmaya girişmezden önce, failin yaşını doğru olarak tesbit etmek de iktiza eyler. Bu mevzuda, ya hiç bulunmaması, yahut da hatalı olması dolayısıyla, nüfus kayıtlarına istinat eylemek yanlış yollara sevk edebilir; binaenaleyh çocuğun

<sup>25</sup>) Adliye Vekâleti Adli Tıp İşleri Genel Direktörlüğü, fark ve temyiz kudretinin tayin ve takdiri, İstanbul 1938.

boyu; elbiseli veya elbisesiz ağırlığı; dişlerinin adedi ve aşınma derecesi; koltuk altı ve kasık kıllarının, erkeklerde aynı zamanda sakal ve bıyıkların uzunluğu, sıklık ve seyrekliği, işgal ettikleri mahallin hudut ve vüsati; kızlarda meme ve fercin nüma derecesi, erkeklerde kadip ve husyelerin vüsat ve tulü... nazarı itibara alınmak lâzım gelir.

Hülâsa etmek lâzım gelirse, denebilir ki, adli tabiplerin veya Adli Tıp Müessesesinin çocuğun temyiz kudretiyle hareket edip etmediğini tâyine matuf ve izah edegeldiğimiz tetkikleri sonunda tanzim edeceği rapor şu hususları belirtecektir:

- a) Çocuğun içtimaî mevkii, terbiye ve tahsil derecesi,
- b) Akran ve emsaline nisbetle zekâ ve muhakeme derecesi,
- c) Tahkikat evrakına göre fiilin nev'i, mahiyeti, ve işleniş şekli,
- ç) Fiil hakkında mahalli halkın umumî telâkkisi,
- d) Çocuğun yaşını tesbite matuf olarak, boyu, ağırlığı, dişlerinin adedi, aşınma derecesi, koltuk ve kasık kıllarının uzunluğu, sıklık derecesi, nahiyelerinin hudut ve vüsati, erkeklerde kadip ve husyenin eb'adı, kızlarda meme ve fercin nüma derecesi...

112. — Beyan edelim ki, Adli Tıp İşleri Genel Direktörlüğünün muhtevasını izaha çalıştığımız broşüründe temyiz kudretinin tesbiti bakımından serdedilen ve yapılacak tetkiklerin matuf bulunduğu esaslar, işin mahkemece resen yapılması icabedeceğine müteallik düşüncelerimizi teyit etmekte, ve, Yargıtayca bir fen ve ihtisas işi addolunan meselenin böyle olmadığını ifade eylemektedir. Gerçekten, dikkat buyurulursa, Adli Tabipler veya Adli Tıp Müessesesince yapılacak araştırmalardan sırf yaşın tesbitini istihdaf eden tetkiklerin fennî bir surette yapıldığı görülmektedir; halbuki, işin adli tabiplere veya adli tıbbâ havalesini iktiza ettiren çocuğun yaşı hususunda tereddüde düşülmesi keyfiyeti değil, temyiz kudretinin bulunup bulunmadığının tesbit ve tayinidir; zira, Yargıtayın içtihadı muvacehesinde, mahkeme bu havaleyi yaparken, zaten çocuğun 11 yaşını ikmal etmiş ve fakat henüz 15 yaşını bitirmemiş çocuklardan olduğuna vâkıf bulunduğu gibi, maznunun yaşı mevzuunda şüphe ve tereddüde düştüğü takdirde —Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 255 inci maddesi sarahatine müsteniden ve Nüfus Kanunundaki usule göre— bunu tashih salâhiyetini de haizdir.

Bunun dışında kalan ve işin merkezi sikletini teşkil eden araştırmalara gelince: bunlar, hülâsaten, çocuğun aldığı terbiyeye, içinde bulunduğu ve yaşadığı muhite, memleketinin suç hakkında sahip olduğu umumî telâkkiye, suçun nev'ine, mahiyetine ve işleniş şekline müteallik, çocuğun tefekkür ve mülâhaza kabiliyeti hakkında fikir edinmeğe müte-

veccih bulunmaktadır. Fiilin nev'i, mahiyet ve ika tarzına müteallik araştırmaların hâkimin ihtisası ve esas vazifeleri cümlesinden olduğuna işaretle iktifa ederek, söyliyelim ki, bunun dışında kalan ve çocuğun aldığı terbiyeye, içinde yaşadığı muhite..... taallûk eden tetkiklerin de hâkim tarafından yapılmasında birgûna güçlük yoktur; hattâ sosyal ilimlerin önemli zümrelerinden biri olan hukuk ilmindeki vukufu ve hukuk sosyolojisindeki bilgisi sayesinde, hâkim, Adlîp Tıp Müessesesine veya Adlî Tabiplere bırakılan noktaları resen araştırmak hususunda daha salâhiyetli addedilmek lâzım gelir.

113. — Suçlu çocuğun —muayyen bir yaşa kadar— mesul edilmesi fikri yerine içinde yaşadığı muhit, aldığı terbiye, tahsil derecesi, ailesinin maddî ve mânevî durumunun araştırılmasıyla, hakkında gereken bir terbiye veya ıslah tedbirinin ikamesi düşüncesinin doğruluğu ve çok yerinde oluşu karşısında, kanunumuzdan temyiz kudreti mefhumunun çıkarılarak suç işlemiş çocuğun hakiki hüviyetini tesbite matuf çeşitli cephelerden ve esaslı bir tetkik ve müşahedeye tâbi tutulmasına ve bu araştırmalar sonunda bünyesine en uygun bir terbiye veya ıslah tedbirinin tatbikine şiddetle taraftarız; ancak, bu mesele, çocuk mahkemelerinin, bu mahkemelerin alacağı çeşitli kararlar ve hükmedeceği müte-nevvi tedbirlerin infazını mümkün kılabilecek esasların ve çocuk ıslah evlerinin<sup>76</sup> ihdası ile çok yakından ve çok sıkı bir surette alâkadardır.

§ 2 — *Türk Ceza Kanununa göre küçüklükte devreler:*

114. — Evvelce de işaret olunduğu gibi<sup>77</sup> kanunumuz, serbest irade ve temyiz kudretinin bulunmaması, bulunup bulunmadığının şüpheli olması, bu melekeler mevcut ise de tamamiyle olgunlaşmaması bakımlarından, küçüklüğü üç devreye tefrik etmiş cezai mesuliyeti de bu muhtelif devrelere göre mütalâa-eylemiştir.

Kanunumuzun 53, 54, 55 ve 56 ncı maddelerinde ifadesini bulan ve muhtelif yaş hadleri gözönünde bulundurulmak suretiyle tesis olunan bu üç devreyi ayrı ayrı tetkik edelim:

I) 11 yaşını bitirmemiş olanlar:

115. — Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesine göre «fiilî işlediği zamanda 11 yaşını bitirmemiş olanlar hakkında takibat yapılamaz ve ceza verilemez.»

<sup>76</sup>) Aşağıda No. 213 ve müteakibe bakınız.

<sup>77</sup>) Yukarıda No. 103 e bakınız.

Maddede «suçu işlediği zaman» denmeyip de «fiili işlediği zaman» denmesi sebepsiz değildir; keyfiyet cezaî ehliyeti olmıyan kimsenin suç işleyebileceğini kabul etmiyen klâsik doktrinin kanunumuzca esas tithaz edilmiş olmasından neş'et eder; ehliyet olmayınca, bittabi ceza da verilmeyecektir; 47 nci maddesinde «suç» tâbirini kullanmış olan kanunun, 46 nci maddesinde bunun yerine «fiil» tâbirini ikame etmiş olması da keyfiyeti teyit eder<sup>19)</sup>.

116. — Muayyen bir yaşa kadar bir ehliyetsizlik devresinin kabul edilmiş olması keyfiyeti, muhtelif memleketler kanunlarında carî umumî esas ve prensiplerden biridir. Bu devrenin başlangıcı çocuğun doğumu ise de, müntehasını tayin mevzuunda ayrı ayrı sistemler takip edilmektedir<sup>20)</sup>. Bir sisteme göre kanun ehliyetsizlik devresinin nihayetini tayin etmiyerek, her hâdisenin hususiyetlerine göre, bunu takdir keyfiyetini hâkime bırakır: 1932 Lehistan Kanununun 17 nci maddesinde olduğu gibi. Diğer bir sistemde ise —bizde ve ekser memleketlerde olduğu gibi— ehliyetsizliğin müntehasını kanun kendisi tayin eder.

İkinci sistemde yer alan memleketler kanun vâzılarını, bir ehliyetsizlik devresi ihdasına sevkeden âmil, çocuğun işlediği fiilin mahiyet ve vahametini takdire gayri muktedir farzolunmasından ileri gelir; binaenaleyh, meselâ kanunumuzda olduğu gibi, 11 yaşını bitirmemiş olan küçüklerin temyiz kudretine malik bulunmadıkları, aksinin isbatı mümkün olmıyan kanunî bir farziyye suretinde manzur olur; diğer bütün farzîyeler gibi bunun da bazı istisnai ahvalde hakikate uygun olmaması muhtemeldir; meselâ bizim kanunumuzun kabul ettiği münteha muvacehesinde, 9 yaşında olan bir çocuk, zekâsı, üstün kabiliyeti itibariyle fiilen temyiz kudretine malik bulunabilir; buna rağmen kanun vazı, çok küçük yaştaki bir çocuğun mümeyyiz olması nazara alınmak suretiyle mahkûm edilebilmesi ihtimaline mani olmak ve böylece bir çok suiistimalleri önlemek için, bazı istisnai halleri ihmal ederek, ekseriya doğru olan bir hali, yani muayyen bir yaştan evvel çocuğun ne yaptığını bilmediği kaidelerini bütün ihtimallere teşmil eylemiş ve ehliyetsizlik nazariyesi vazetmiştir<sup>21)</sup>.

İkinci sistemde yer alan memleketler kanunlarında, bir ehliyetsizlik devresi ihdasında ana fikir bir olmakla beraber, sözü geçen devrenin

<sup>19)</sup> Nurullah Kunter, 1946-1947 Ceza Hukuku Ders Tâkrirleri, küçüklük bahsi (henüz neşredilmemiştir).

<sup>20)</sup> Tahir Taner, s.g. birinci tab'ı, Sf. 319.

<sup>21)</sup> Faruk Erem, s.g.e., Sf. 1.

hududunu, müntehasını tayin bakımından bir ayniyet yoktur; bunu da tabii telâkki etmek lâzım gelir; zira her milletin ırkı hususiyetlerine, mizacına, her memleketin iklim şartlarına, terbiye sistemine göre, çocukların akli melekelerinin inkişafının değişeceği ve değişik yaşlarda şekilleneceği bediidir. Bu itibarla mesuliyetsizliğin sonu meselâ Cenubi Afrika Birliğinde 7, İngilterede 8, Bulgaristanda 10, İranda 11, Macaristanda, Kübada, Venezüellada 12, Almanya, Norveç, Yugoslavya, Kolumbiya, Brezilya, İtalyada 14, Danimarka ve İsveçte 15, Belçika ve Rusyada 16 dır<sup>1)</sup>.

117. — Kanunumuz suçu işledikleri tarihte 11 yaşından küçük olanların cezaî takibata maruz bulundurulamayacaklarını kabul etmekle beraber, hayatlarının daha başlangıcında, suç işlemek gibi çok kötü bir yola girmiş olan ve ilerisi için hakikî ve ciddi bir endişe uyandıran bu nevi çocuklarla alâkadar olmak lüzumunu da duyarak haklarında bazı tedbirlerin alınmasını emretmiştir. Bu tedbirlerin nelerden ibaret olduğundan, alınabilmesinin vâbeste bulunduğu esastan, tedbiri alacak mahkeme reisinden bahseden 53 üncü madde üzerinde bu bakımlardan durmak lâzımdır.

1) — 11 yaşını bitirmemiş olan çocuklar hakkında alınabilecek tedbirler:

118. — Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesine göre, suçu işledikleri sırada 11 yaşını bitirmemiş olan çocukların işledikleri fiil «kanunen bir seneden ziyade hapis cezasına veya daha ağır cezayı müstelzim bir cürüm olduğu takdirde müddeiumumînin talebi üzerine mahkeme reisi, çocuğun, istirdadı kabil tedabirden olmak ve 18 yaşını geçmiyecek müddetle mukayyet bulunmak üzere terbiye ve ıslah için Devlet İdare veya murakabesinde bulunan bir müesseseye konmasını veyahut —tekayyüt ve nezaretinde teseyyüp ve ihmâl ile bir cürüm işlemesine meydan verilerse kendilerinden 200 liraya kadar cezayı nakdî alınacağı ihtariyle— ana baba veya vasiye teslimini emreder.»

Maddenin metninden anlaşıldığına göre, 11 yaşını bitirmemiş çocuk hakkında iki türlü tedbir alınabilir: çocuk ya Devlet idare veya mürakabesinde bulunan bir müesseseye konulur, yahut da ana baba veya vasiye teslim olunur.

A — Devlet idare veya mürakabesinde bir müesseseye konulma:

119. — 53 üncü maddede küçüğün terbiye ve ıslahı için bir mües-

<sup>1)</sup> Donnedieu de Vabres, s.g.e., Sf. 147 ve müt.

seseye konulacağı tasrih edildiğine göre, Devlet idare veya mürakabesindeki bu müesseseye, suçlu çocuğun terbiye ve ıslahını istihdaf eden ve onun ruhi ve uzvi hususiyetlerine uyan bir rejimi tatbika matuf mahsus bir müesseseye olmak lâzım gelir. Filhakika gaye, hayatının daha başlangıcında suç işlemek gibi çok kötü bir yola girmiş olan ve ilerisi için hakikî ve ciddi bir endişe uyandıran ve fakat, kendisini suçu işlemeğe sevkeden unsurlar teşhis edildikten sonra, terbiye ve ıslahı mümkün olabilen çocuğu, sözü geçen unsurlarla mücadeleyi esas ittihaz eyliyen hususî bir rejime tâbi tutmaktır.

Bu hususî rejimin şekil ve şartlarıyla hususiyetleri üzerinde Amerika Birleşik Devletleriyle garp memleketlerinde yapılmış olan uzun tecrübeler neticesi tesis olunmuş mahsus müesseseler, memleketimizde henüz mevcut değildir; binaenaleyh maddede çocuğun Devlet idare veya mürakabesinde bir müesseseye konulmasına müteallik hüküm, bugün için tamamiyle nazari bir mahiyet arz ve bizde, tatbikatta, daima, biraz sonra temas edeceğimiz ana baba veya vasiye teslim tedbirinin uygulanması cihetine gidilmektedir.

Bir müellife göre<sup>22</sup> bu mevzuda mahsus müesseseler mevcut olmadıkça, «çocuğun sinnine göre leyli, ana vesair Devlet idaresinde olan mektepleri muradetmek çocuğun lehinde ve kanunun herhalde maksadı dahilindedir. Ve böyle muradolunduğu takdirde çocuğun bulunduğu mahalde ve civar vilâyetlerde böyle mektep bulunursa ve böyle olursa bu tedbiri geri almağa da lüzum kalmaz.»

Bu düşünce tarzında isabet olmadığı kanaatindeyiz; fikrimizce, çocuğun Maarife bağlı resmî, veya onun mürakabesi altında hususî yatı mekteplerine yerleştirilmesi cihetine gidilmesi, 53 üncü maddenin icapsız tatbikatından addedilmek lâzımgelir. Zira ne de olsa suç işlemiş ve muayyen bir ahlâkî bozukluk göstermiş bulunan küçüklerin bu müesseselerde, suç işlememiş çocuklarla bir arada bulundurulması, hem birincilerin damgalı, lekeli kalarak, bunun daima yüzüne vurulup büsbütün yüz göz olması, hem ikincilerin kötü itiyatlar kazanabilmesini müeddi olabileceği gibi<sup>23</sup>, yatı mektepleriyle, suçlu çocukları hususî bir rejim altına almağa matuf mahsus müesseseleri birbirinin aynı telâkki etmek de mümkün değildir.

Yargıtay da çok doğru ve yerinde bir kararla, suçlu küçüklerin yatı mekteplerine konulmasını terviç etmemiş ve keyfiyeti «münhasıran ço-

<sup>22</sup>) Mustafa Nazmi, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Eskişehir, 1926, Cüz I, Sf. 173.

<sup>23</sup>) Tahir Taner, s.g. ikinci tab'ı, Sf. 345.

cukların talim ve terbiyesiyle ıstıgal edip, mücriminin terbiye ve ıslahı ile alâkadar olmıyan yatı mekteplerine bu kabil küçük mücrimlerin, sırf kararı mahkeme icabı olarak kabulü, mektep idare ve nizamatinca bir emri mülzem ve zarurî bulunmamasına ve esasen bu sureti hareket vâzı kanunun esas maksadını dahi teşkil etmemesine göre<sup>84)</sup> yolsuz telâkki eylemiştir.

Çocuğun bir müesseseye tevdi tedbiri gibi, Ceza Kanununun Meriyet Mevkiine Konmasına Müteallik Kanunun 16 ncı maddesinde ifadelenen ve «Ceza Kanununun 53 üncü maddesi hükmünce bir cürümden dolayı ıslahhaneye teslimi lâzım gelen çocukların bulunduğu mahalde bu kabil müessesat bulunmazsa, mahkemenin dairesi dahilinde bulunduğu vilâyet dahilinde mevcut bir müesseseye izamları» caiz olacağını ihtiva eyliyen hüküm de bugün için nazarı mahiyetini muhafaza etmekle beraber, bir taraftan kanun vâzınının her vilâyette en az bir ıslah müessesesinin bulunmasını iltizam etmiş olduğunu; diğer taraftan da, terbiye ve ıslah edilmesi muktazi çocuğun, başka bir mahalle gönderilmesinin oldukça ağır bir muameleyi tazammun edeceğini, zira çocuğun mensup olduğu ailenin ziyaretlerinden uzak kalabilmesi hasebiyle keyfiyetin mâneviyatı üzerinde kötü tesirler icra edeceğini düşünmüş bulunduğunu göstermesi bakımlarından dikkate şayandır<sup>85)</sup>.

120. — İslah ve terbiye sadedinde çocuğun bir müesseseye konulması tedbiri, 53 üncü maddeye göre istirdadı kabil tedabirden ve 18 yaşını geçmiyecek müddetle mukayyettir. Kanun vâzınının tedbiri, her zaman geri alınabilmesi mümkün bir tedbir olarak tavsif edişinin sebebini, çocuk hakkında verilen kararda kaziyei muhkeme esasını kabul etmemiş olmasında, bu suretle alınan tedbirin onun menfaat ve ihtiyaçlarına uydurulabilmesini temin ve kendisinin behemehal, 18 yaşını geçmiyecek zamana kadar müessesede bulundurulması cihetine gidilmesi ihtimalini bertaraf etmek istemesinde aramak lâzım gelir.

Uzunca bir zamana vâbeste bulunmakla beraber, mahsus bir rejim altına konulacak suçlu çocukların hepsinin muayyen bir müddet içinde terbiye ve ıslah olunabilecekleri düşüncesine hiç bir memleket mevzuatında yer verilmemiş, daima azamî bir hadle mukayyet olunmak şartıyla, bunların mahsus müesseselerde kalma müddetleri, bünyeleri, mizaçları, aldıkları terbiye ve içinde yaşadıkları şartlar gözönünde bulundurularak, takdire bırakılmıştır.

<sup>84)</sup> Yargıtay İkinci Ceza Dairesinin 3.X.1927 tarih ve 2839 sayılı kararı: Temyiz Kararları, 1927, Cilt V, Kısım 2, Sf. 106.

<sup>85)</sup> Tahir Taner, s.g. İkinci tab'ı, Sf. 346.

Bu esaslar gözönünde bulundurulursa, suçlu küçüğün müessesede ne kadar kalacağına, hükümde behemehal tasrih edilmesini aramağa mahal olmadığı gibi, bizce, hâkimin —karşısında kısa bir zaman bulunacak çocukla yapacağı görüşme ve konuşmadan, onun mizacını, bünyesini, ah-lâki temayülleri ile sair hususiyetlerini anlıyabilip ona göre muayyen ve kat'i bir müddet tayin edebilmesi mümkün olamayacağına göre— müddeti, şu kadar ay, bu kadar sene diye, önceden kestirip atması, kanunun ruh ve maksadına da uygun olmaz. Binaenaleyh, hâkim bir müddet tayin etmemişse —ki doğrusu da budur— 53 üncü maddedeki müddeti kabul etmiş ve bu takdirde küçüğün 18 yaşına kadar müessesede kalması ci-hetini iltizam eylemiş demektir; tadbir mahiyeten istirdatı mümkün ted-birlerden olduğuna ve çocuk daha evvel terbiye ve ıslah edildiği takdirde kaldırılacağına göre, hâkimin hükümde müddet tayin etmemek sure-tiyle, zımnen 18 yaşın ikmalini kabul eylemiş bulunmasında hiç bir mah-zur olmadığı âşikârdır. Bu itibarla, Yargıtay İkinci Ceza Dairesinin 3/X/1927 tarih ve 2839 sayılı kararıyla<sup>86</sup>, çocuğun ıslahhanede ne kadar müddet kalacağına tasrih/olunmamasını kanuna muhalif ve nakzı müs-telzim sayan düşüncesinde isabet olmadığı fikrindeyiz.

Çocuğun müesseseye konmasına müteallik tadbir, bunu almış olan mahkeme reisinin kararı ile istirdat olunur<sup>87</sup>.

#### B — Ana baba veya vasiye teslim:

121. — 53 üncü maddede, hâkimin takdirine muallak olarak derpiş edilen ikinci tadbir de, suçlu çocuğun ana baba veya vasiye teslimi ted-biridir.

Çocuk kendilerine tevdi olunan ana baba veya vasi<sup>88</sup> takayyüt ve nezarete teseyyüp ve ihmal göstermek suretiyle onun bir cürüm işle-mesine meydan verirlerse, kendilerinden 200 liraya kadar para cezası

<sup>86</sup>) Temyiz Kararları 1927, Cilt 5, Kısım 2, Sf. 106.

<sup>87</sup>) Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin 465/465 sayılı ve 22.II.1940 tarihli kararı: Kemal Bora, Haşiyeli Türk Ceza Kanunu Şerhi, üçüncü tab'ı, Sf. 58.

<sup>88</sup>) Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesinin 7629/8157 sayılı ve 27.VI.1946 tarihli bir kararına göre, Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin tatbiki neticesinde, kim olduğu açıkça gösterilmek suretiyle, ya anaya, ya babaya, yahut her ikisine birden veya varsa vasisine teslim olunması gerektiği, başka bir ifade ile, bunların hükümde şahsen tayini iktiza eylediği halde, «ana baba veya vasiye teslimine karar verildi» şeklinde hüküm itası yolsuzdur; Yargıtay İçtihatları, Adalet Dergisi 1946, Sayı XI, Sf. 163.

alınacağı ihtar olunacak ve Ceza Kanununun Meriyet Mevkiine Konmasına Müteallik Kanununun 16 ncı maddesi gereğince de müddeiumumî bunlardan bir taahhütname alacaktır.

Müesseseye konma tedbirinin her zaman istirdadı kabil tedabirden olması, ve, çocuğun 18 yaşını ikmaline kadar devam edebilmesi şartına mukabil, 53 üncü madde, ana baba veya vasiye teslim tedbirinin ne kadar devam edebileceği hususunda sarahat ihtiva etmemektedir.

Bir müellife göre<sup>99</sup>, çocuk 11 yaşını ikmal edince, kendisi için müstakillen cezai mesuliyet başhyacağından takayyüt ve nezaret de, 11 yaşını dolduruncaya kadar devam etmek lâzım gelir.

Bazı müelliflere göre ise<sup>100</sup> çocuğun müessesede 18 yaşını dolduruncaya kadar terbiye ve ıslah edileceğine müteallik hükümden istidlâlen ana baba veya vasiye teslim tedbirinin de çocuğun 18 yaşını ikmaline kadar devam etmesi ve bu müddetin hitamında sözü geçenlerin taahhütlerinden kurtulmaları iktiza eder; bu ikinci fikir birinciden üstün ve tercihe şayandır.

122. — Ana baba veya vasiye teslim tedbiri de, müesseseye koyma tedbiri gibi her zaman istirdadı mümkün bir tedbir midir?

Müesseseye koyma tedbiri gibi, ikinci tedbirin de vaz'ına saik çocuğun terbiye edilmesi ve ıslahı olduğuna göre, matlup hasıl olunca, bunun ref'i cihetine gidilmek iktiza etmekte ve bu şekilde hareket, kanun vâzının bu gibi çocuklar hakkında düşündüklerine ve maksadına uygun düşmekte ise de, 53 üncü maddedeki «takayyüt ve nezaretinde teseyyüp ve ihmalle bir cürüm işlemesine meydan verirlerse» kaydı, «istirdadı kabil tedabirden» kaydının müesseseye koyma tedbirine matuf olduğu düşüncesine götürmekte ve mesele üzerinde teemmülü icap ettirmektedir. Bu kayıttan, çocuğun terbiye ve ıslah edilmiş olması, bunun gibi, ebeveyn veya vasinin takayyüt ve nezarete ihmal ve teseyyüp göstermemiş bulunması keyfiyetinin, ikinci bir cürüm işlememesinden anlaşılacağı mânası çıkmaktadır; böyle olunca, sözü geçen tedbirin istirdadı mümkün bir tedbir olmaması ve çünkü çocuğun —ebeveyn veya vasinin taahhüdü 18 yaşın ikmaline kadar devam edeceğine göre bu yaşa kadar— ikinci bir cürüm işlememesini beklemek lâzım gelecektir; 53 üncü madde bu noktada tavzihe muhtaçtır.

<sup>99</sup>) Mustafa Nazmi, s.g.e., Sf. 174.

<sup>100</sup>) Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Adalet Bakanlığı tarafından yaptırılan tercüme, sf. 229; Nurullah Kunter, Cezai mes'uliyetli olmayan küçükler hakkında terbiye ve ıslah tedbirleri ve bunları tatbik ile vazifeli makam, Ceza Kanununun 53 ve 54 üncü maddeleri üzerinde bir tetkik, Adalet Dergisi, 1943, sayı 9, Sf. 731.

Kanunda sarahat bulunmamakla beraber, ebeveyn veya vasi kendilerine teslim edilen çocuğun terbiye ve ıslahı mevzuunda ağır surette ihmal ve lâkaydı gösterirse, bu durum karşısında, çocuğun ikinci bir cürüm işlemesini beklemeden, kararın geri alınarak 53 üncü maddedeki diğer tedbire tevessül olunmasına, yani çocuğun bir müesseseye konulmasına, kanunun ruhunun uygun olduğu fikrindeyiz<sup>91</sup>.

123. — Ana baba veya vasi, verdikleri taahhütnameye rağmen, çocuk hakkında gereken takayyüt ve nezareti göstermez ve onun bir cürüm işlemesine<sup>92</sup> meydan verirse, Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin 465/465 sayılı ve 22/11/1940 tarihli bir kararına göre<sup>93</sup>, usulü dairesinde kanunî mercie müracaat olunarak tedbir kararının kanunî merasime uygun bir surette istirdat ve refettirilmek, bundan sonra duruşma icrasiyle, ebeveyn veya vasi hakkında mahkûmiyet kararı vermek lâzım gelir.

Kanun ihmalkâr ebeveyn veya vasiden alınacak para cezasının azami haddini tesbit etmiş olduğundan, hâkimin, bu cezanın miktarını tesbit ederken, sözü geçen kimselerin nezaret ve takayyütteki ihmallerinin derecesini gözönünde bulundurması tabiidir.

124. — 11 yaşını bitirmemiş çocukların ağırca bir suç işlemeleri halinde, terbiye ve ıslah olunmaları için konulmaları muktazi mahsus bir müessese bulunmaması dolayısıyla, memleketimizde bu durumda olan çocuklar için daima tatbiki cihetine gidilen ana baba veya vasiye teslim tedbiri<sup>94</sup>, temiz ve mazbut ahlâklı ailelerin mevzuubahs olması halinde,

<sup>91</sup>) Nurullah Kunter, s.g. makale, Sf. 731.

<sup>92</sup>) 53 üncü madde bu noktada, sadece «bir cürüm işlenmesi» nden bahseylediğine göre, çocuğun ika ettiği fiilin müstelzim bulunduğu cezanın miktarının ehemmiyeti yoktur.

<sup>93</sup>) Kemal Bora, s.g.e., Sf. 58.

<sup>94</sup>) Cezaya ehliyetsizlik yaşını 13 olarak tesbit etmiş bulunan mülga 1274 tarihli Ceza Kanunumuzun muaddel 40 ıncı maddesi de, suçu işlediği sırada 13 yaşını bitirmemiş olan küçüklerin, cünha mahkemesi kararıyla, yaş rüstünü tecavüz etmeyecek bir müddetle berayı tevkif ve terbiye bir ıslâhaneye konulacaklarını, yahut da çocuk 15 yaşını ikmal edinceye kadar, takayyüd ve nezarete teseyyüple bir cürüm işlemesine meydan verdikleri takdirde, kendilerinden 1 liradan 100 liraya kadar cezal nakdi ahz olunacağını mutazammın bir taahhütname alınarak ebeveyn veya velli veya vasilerine teslim olunacağını âmiridir.

İlavê edelim ki 1274 tarihli Kanunumuzun mer'î olduğu sıralarda da, memleketimizde daima, ebeveyn veya velli veya vasiye teslim tedbirinin tatbiki cihetine gidildiği muhakkaktır; zira, o zamanlarda da, küçüklerin berai terbiye içine yer-

gerek çocuk, gerekse sosyete bakımından yerinde ve iyi bir tedbir olarak kabul olunabilir; ancak sözü geçen tedbirin bir çok ahvalde, maksadı teminden çok uzak olabileceğine de işaret etmemiz lâzımdır; çocuk suçluluğunun sosyal faktörleri üzerinde dururken de tebarüz ettirmeğe çalıştığımız veçhile, suçlu çocuk ekseriya içinde yaşadığı aile muhitini saran çeşitli bozukluk ve düzensizliklerin kurbanı olmaktadır; imdi, 11 yaşını bitirmemiş olması dolayısıyla cezaî mesuliyeti bulunmayan ve çok kere ailesinin alâkasızlığı yüzünden suç işlemeğe sürüklenmiş olan çocuğun —53 üncü maddedeki sarahat gereğince— yeniden bunların alâkasızlık ve ihtimamsızlığına veyahut kifayetsiz ve bozuk teşkilâtına, bunun gibi kötü hattı hareketine tevdi mevzuubahstır; bundan tevellüt edebilecek ve evvelce üzerinde uzun uzun durduğumuz mahzurların<sup>m</sup> vahametine işaretle iktifa edip, kaydedelim ki, 53 üncü madde esaslı bir şekilde islah edilmeğe muhtaçtır; filhakika kanunun, mahkeme reisine, müte-nevvi bakımlardan ehliyetsiz ve liyakatsiz olduklarını tesbit edeceği ana babaya veya vasiye tevdi etmeyip —çocuk suçluluğu ile müessir bir şekilde mücadele yoluna girmiş bir çok memleketlerde yapıldığı gibi —çocuğu, icabında, mazbut ve hayırkâr aileler nezdine yerleştirmesi hususunda geniş bir takdir hakkı vermesi lâzımdır; mesele, ana baba veya vasiyi— gayri müessir olduğuna kani bulunduğumuz ve sırf çocuğun ikinci bir suç işlemesini bertaraf düşüncesine matuf— muayyen bir para tehdidi altında bulundurmakla halledilebilecek basit bir mesele değildir.

## 2) Tedbirlerin alınabilmesinin müstenit bulunduğu esas:

125. — 11 yaşını bitirmemiş olan çocuklar hakkında alınacak ve 53 üncü maddemizde musarrah tedbirler, cezaî mahiyette olmayıp, küçüğün terbiye ve islahını istihdaf eden ihtiyat ve emniyet tedbirleridir; binaenaleyh bunlar, küçük hakkında, cezalara ait hiç bir netice ve mahrumiyeti tazammun etmez; şu hale göre, müddeiumumînin talebi üzerine,

lestirileceği müesseseler mevcut değildi; Mithat Paşanın Tuna ve havalîsi umumî valiliği zamanında kurulmuş olup bilâhare benzerlerinin İmparatorluğun bütün eyaletlerinde tesisi Dahiliye Nezaretince tamim edilmiş bulunan «Çocuk Islâhhaneleri» memleketin her tarafında tesis olunamamıştır; kaldı ki, sözü geçen Islâhhanelerde nizamnamesindeki hükümlere göre, sadece, 13 yaşından aşağı olup da, irtikâp, töhmet ve cinayetle kanunen 1 sene ve daha ziyade hapsi lâzım gelen çocukları Hükümetin resmi emriyle kabul etmek durumunda idi. Yukarıda not 108 e bakınız.

<sup>m</sup>) Yukarıda No. 51 ve müt.

mahkeme reisi işe el koymuş ve fakat neticede böyle bir tedbirin tatbikine mahal görmemişse, sözü geçen reisin, bu yolda aldığı karar kabili temyiz olmadığı gibi<sup>60</sup>, maddedeki tedbirlerin, ittihazına müteallik kararların da temyizi mümkün değildir<sup>61</sup>.

Mahkeme reisi, izah edegeldiğimiz tedbirleri nasıl bir esasa iptina ettirecek, başka bir ifade ile, küçüğün terbiye ve ıslahını istihdaf eden bu ihtiyat ve emniyet tedbirlerini alırken nasıl bir ölçü kullanacaktır?

Bu mevzuda, 53 üncü maddemiz, hâkimin, fiili ve onun ağırlığı derecesini ölçü ittihaz eylemesini emretmekte ve eğer fiil «kanunen bir seneden ziyade hapis cezasını veya daha ağır bir cezayı müstelzim bir cürüm» ise, gereken tedbirlerden birinin alınacağını tasrih eylemektedir. Demek oluyor ki, Türk Ceza Kanununun, tedbirlerin tatbiki sadedinde bağlandığı esas «objektif» bir esastır; şu vâziyete göre çocuğun işlediği fiil bir seneden az hapis cezasını istilzam etse, faraza, müteaddit kereler cezası bir sene haptisten fazla olmıyan bir cürüm ve meselâ basit şekli içinde müteaddit hırsızlıklar ika eylese, hakkında hiç bir tedbire tevessül olunamıyacak, tâbir caizse, çocuk, maddedeki ölçüden az cezaları müstelzim fiilleri işlemek hususunda kanunî bir mezuniyet ve ruhsat içinde bulundurulacaktır. Buna mukabil, ahlâki redaeti olmıyan, mazbut bir aileye mensup, hal ve yaşayışı, geçmişi, örnek ittihaz edilebilecek bir çocuğun, her nasılsa ve sırf bir tesadüf neticesi bir cürüm işlemesi ve meselâ taksir ile birinin ölümüne sebebiyet vermesi ve, mücerret bu fiilin cezasının bir sene ve daha ziyade hapsi istilzam eylemesi halinde, hakkında, 53 üncü maddedeki tedbirlerden birinin tatbiki cihetine gidilecektir, ve bu mecburîdir.

Bu durumun bir dereceye kadar telâfisi zımnında, maddedeki «cürüm»den maksadın «kasdî cürümle» olup, küçük çocuklarda aranması yersiz ve mânasız ve ezcümle tedbir, ihtiyat, dikkat, ileri görüş gibi bazı hasletler talep eden «taksirli cürümler» in, tâbir dışında tutulması teklif olunmakta ise de<sup>62</sup>, bu görüş, cezası bir sene haptisten az fiilleri müteaddit defalar işliyen çocuklar hakkında hiç bir tedbire tevessül olunamaması keyfiyetini ihata ve derpiş etmemektedir.

53 üncü maddedeki tedbirlerden birine tevessülünden maksat, suç işlemek gibi kötü bir yola girmiş olan çocuğun terbiye ve ıslahı ve ileride

<sup>60</sup>) Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesinin 8768/7679 sayılı ve 24.XII.1943 tarihli kararı; Yargıtay Kararları, Ceza Bölümü, 1944, Sf. 14.

<sup>61</sup>) Yargıtay Genel Kurulunun, 259/2 sayılı ve 10.I.1938 tarihli kararı; Kemal Bora, s.g.e., Sf. 58.

<sup>62</sup>) Nurullah Kunter, s.g. takrirler.

yeniden bir suç işleminin önünü almak olduğuna göre, sözü geçen maddenin, bu mevzuda umumî ve objektif bir kıstas vazeylenmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Fikrimizce, madde, işin mahiyetini, çocuğun bünyesini, ahlâkî redaat derecesini, mensup olduğu aile içindeki yaşama şartlarını, fikrî ve mânevî durumu ile sair hususiyetlerini derpişe, velhasıl çocuğu «sübjektif» bakımdan tetkike mesağ verecek ve binnetice hâkime geniş bir takdir hakkı tefviz eyliyecek surette tâdil ve ıslah, bunun için de her şeyden önce, çocuğun işlediği fiilin ağırlık ve vahametine bakmayı emreden hüküm, maddeden çıkarılmak lâzımdır; böylece işe vaz'iyed eden hâkim, bu tedbirlerden biri veya diğerine tevessül mü edilmek, yoksa hiç mi tatbik etmemek icabedeceğini serbestçe karar altına almak imkânlarını bulacaktır<sup>99</sup>.

126. — Mahkeme reisi iki tedbirden birini «emreder» demek suretiyle, bu mevzuda, hâkime bir mecburiyet tahmil eyliyen 53 üncü maddemize tekabül eden maddesinde «emredebilir» tâbirini kullanan mehz İtalyan Kanunu, bu suretle, meseleyi hâkimin takdirine bırakmış ve icabı hale göre, hâkimin, çocuklar hakkında hiç bir tedbire tevessül etmiyebileceğini de derpiş eyliyerek, sübjektifliğe de yer vermiş ise de, bu keyfiyet mehz kanunun —madde, fiilin bir seneden ziyad hapsi istilzam eylemesi halinde hâkimin tedbirlerden birini emredebileceğini tasrih etmesine, halbuki sözü geçen fiilin cezasının bir seneden az olduğu ahvalde de ahlâkî temayülleri ve durumu, çocuk hakkında, bir tedbirin alınmasını iktiza ettirebileceğine göre— objektifliğe daha fazla yer vermiş olmaktadır<sup>100</sup>.

Bu mevzuda mülga 1274 tarihli Kanunumuzun muaddel 40 ıncı maddesi dikkate şayandır; filhakika, sözü geçen madde 13 yaşını bitirmemiş olan çocukların sadece mesul olmadıklarını beyan ile iktifa ederek alınacak tedbirler için, mer'î kanunumuz gibi, umumî ve objektif bir kıstas koymaktan içtinap etmiş, böylece hâkime her çocuğu çeşitli bakımlardan tetkik edebilmek imkânlarını tahmil eylemiştir. Her ne kadar madde «cünha mahkemesi hükmü ile» tâbirinin kullanılmış olması hatıra, fiilin

<sup>99</sup>) Her ne kadar maddenin bugünkü şeklinde hâkim iki tedbirden birini seçerken, çocuğu sübjektif bakımdan mütalâa edebilüp, bu mütalâasına göre, onu ebeveyn veya vasisine teslim, yahut da Devlet idare veya mürakabesinde bir müesseseye koyma yoluna gidebilecek ise de, tatbikatta, tedbir adedi 1 e inmiş olmak dolayısıyla, hâkimin bu salâhiyetten dahi istifade edebilmesine imkân kalmamış olduğu meydandadır.

<sup>100</sup>) Tahîr Taner, s.g. İkinci tab'ı, Sf. 344.

«cünha derecesinde» olması iktiza edeceğini getirebilirse de, bu varit olmaz; aksi takdirde cinayet mahkemesinden bahsetmemiş olan maddenin, 13 yaşını bitirmemiş olup da cinayet derecesinde bir fiil işlemiş bulunan küçükler hakkında tasrih olunan tedbirlere tevessül olunamayacağı mânasını taşıdığı neticesine varmak lâzımdır ki, bunun ne kadar yanlış olacağı meydandadır.

Bu izahlardan anlaşılacağı veçhile, mülga kanununun 40 ıncı maddesine göre —ister cinayet, ister cünha, ister kabahat olsun— fiilin ağırlık derecesine bakılmıyacaktır; bu kayfiyet eski kanunumuzun sübjektifliğe yer vermiş olduğunu göstermekle beraber, kabahat nevinden de olsa, suç işlemiş her çocuk hakkında, tasrih ettiği tedbirlerin kayıtsız şartsız alınmasına âmil bulunması da mahzurlu telâkki olunmak iktiza eyler.

### 3) Tedbirleri alacak mahkeme reisi:

127. — Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesi, 11 yaşını bitirmemiş çocuklar hakkında gereken tedbirleri «mahkeme reisi» nin emredebilirdiğinden bahsetmekte ve fakat bunun, hangi mahkemenin reisi olduğu hususunda sâkit bulunmaktadır.

Sözü geçen tedbirlerin «Hukuk Mahkemesi reisi» tarafından emredilebileceği sarahatini ihtiva eyliyen mehzaz İtalyan Kanununun mukabil 53 üncü maddesinden «hukuk» kelimesinin alınmıyarak sadece «mahkeme reisi» tâbirinin ahzı ile iktifa edilmesi sebeplerinin, bir zuhul veya unutmadan mı, yoksa üzerinde teemmül edilmiş bazı saiklerden mi neş'et eylediği —kanunumuzun esbabı mucibe lâyihası bulunmaması hasebiyle bilinmemekte ise de, sayın hocam Tahir Taner'in dediği gibi, keyfiyetin iltizamî olmayıp nakil ve tercüme sırasında yapılmış bir yanlışlıktan ileri gelmiş olduğu ihtimali daha galiptir. Bu durum muvacehesinde kat'i olarak bilinen ve muhakkak olan şudur ki, 53 üncü maddemizdeki «mahkeme reisi» tâbiri tatbikatta ve doktrinde tereddütleri ve ihtilâfları mucip olmuş çeşitli içtihat ve kanaatlere mahal vermiştir.

128. — Tatbikatta, maddedeki «mahkeme reisi» tâbiri üzerinde husule gelen tereddütler ve muhtelif mercilerce verilen vazifesizlik kararlarından mütevellit selbi ihtilâflar dolayısıyla işi ele alan Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesinin, tâbirin Asliye Ceza Hâkimine matuf olduğu yolundaki içtihadına Yargıtay Başsavcılığınca vaki itiraz neticesinde, mesele Yargıtay Genel Kuruluna intikal ederek, sözü geçen kurulun 26/VI/1933 tarih ve 155/153 sayılı kararıyla<sup>101)</sup> bir hal şekline bağlanmış bulunmak-

<sup>101)</sup> 1930 - 1934 Temyiz Kararları, Ceza kısmı, Sf. 528.

tadır; bu karara göre, 53 üncü maddedeki reis tâbirinden, işlenen suçun mahiyetine, ve müstelzim bulunduğu cezaya göre, dâvayı rüyete vazifedar olan mahkemenin reisini anlamak lâzım gelir; şu halde bu telâkki, 53 üncü maddedeki tedbirlere, fiilin istilzam ettiği cezaya göre ya Sulh Hâkiminin, ya Asliye Hâkiminin, yahut da Ağır Ceza Mahkemesi Reisinin hükmedeceğini tazammün eylemektedir<sup>102</sup>.

Diğer taraftan, Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi 11/V/1943 tarih ve 5406/486 sayılı bir karariyle, 53 üncü maddedeki tedbirlerin «Hukuk Hâkimi» tarafından alınabileceğini beyan etmiştir<sup>103</sup>.

Bu izahlardan anlaşıldığına göre tatbikatta, kanundaki mahkeme reisi tâbirinden maksadın ne olduğu hususunda takarrür etmiş bir içtihat yoktur; keyfiyetin tevhidî içtihat yolu ile hallinde zaruret vardır.

Doktrindeki duruma gelince, Faruk Erem'e göre, kanunumuzla mehaz kanun arasında mevcut farkın tevlit edeceği tereddüdü, 53 üncü maddenin son fıkrasıyla yine aynı maddenin ilk fıkrasını karşılaştırmak suretiyle izale etmek mümkündür: birinci fıkra 11 yaşını doldurmayan çocuk hakkında takibat yapılamıyacağını ve ceza verilemeyeceğini tasrih etmiş olmasına nazaran Ceza Mahkemesi Reisi salâhiyettar telâkki olunamaz; binaenaleyh müddeiumumînin talebi üzerine, çocuk hakkında gereken tedbirler «hukuk mahkemesi reisi» almak lâzımdır<sup>104</sup>.

Kaydedelim ki, müellif bilâhare bu mevzudaki noktâi nazarını değiştirmiştir; yeni telâkkisi, ifadesini, şu satırlarda bulmaktadır: «kanunumuzda sadece mahkeme reisi tâbiri kullanılmış olmasına rağmen, Türk Temyiz Mahkemesi —Birinci Ceza Dairesinin 10/V/1937 tarih ve 1896 sayılı karariyle— bunun Ceza Mahkemesi Reisi olduğunu tebarüz ettirmiştir.....» daha yerindedir. Mehaz kanunda hukuk mahkemesi reisine bu salâhiyetin tanınmış olması sebebi 1889 yıllarında mevcut ceza telâkkilerine göre, ceza hâkiminin ancak cezaî mahiyette olan hususlarla meşgul olabileceği, bu sebeple cezaen mesul olmayacak yaşta çocuklar hakkında ceza mahkemesi reisince böyle bir tedbirin ittihazı düşüncesi idi. Halbuki halen emniyet tedbirlerinin ceza hukukunun sert kaidelerini zayıflatıcı tesiri ve ceza hâkimlerinin cezaî kararlardan başka kararlar ittihaz edemeyeceği yolundaki düşünceleri bertaraf etmiştir. Diğer taraftan bu tedbirin ceza hâkimi tarafından ittihazında tatbiki fayda mev-

<sup>102</sup>) Bununla beraber, Yargıtay Genel Kurulunun 10.I.1938 tarih ve 259/6 sayılı bir kararında, Sulh Mahkemesinin istisna edildiği anlaşılmaktadır: Nurullah Kunter, s.g. takrirler.

<sup>103</sup>) Bu karar henüz nesredilmemiştir. (Nurullah Kunter dosyasından).

<sup>104</sup>) Faruk Erem, s.g.e., Sf. 22.

cuttur. Çünkü bu emniyet tedbirinin iyi bir şekilde tatbikinde teseyyüp ve ihmali görülen kimsenin hakikaten suçlu olup olmadığının takdiri ve ödiyeceği paranın miktarının tayini için müracaat edilecek makam ceza mahkemesi olacaktır. Bu sebeple 53 üncü maddenin tatbiki için hukuk hâkimine, nezaretle mükellef olanların vazifelerini yapmamaları halinde tatbik edilecek ceza için ceza hâkimine müracaat etmek adli muameleleri karışık bir hale getirecektir<sup>365</sup>.

Tadbire hükmedecek mahkeme reisinin «ceza mahkemesi reisi» olduğunu beyan eden müellifin bu ifadesinden her ne kadar reisin, hangi ceza mahkemesi reisi olduğu açıkça anlaşılammakta ise de —Temyiz Kararları Mecmuası ile Adalet Dergisi nüshalarında bulamadığımız ve bu itibarla neşredilmemişlerden olduğu kanaatine vardığımız Birinci Daire kararı, Yargıtay Ceza Umumi Heyetinin yukarıda mealinden bahseylemiş olduğumuz karardan sonra verilmiş olduğuna göre— kendisinin, dâvanın esasına bakmağa salâhiyetli ceza mahkemesi reisini kastedtiği düşünülebilir.

«Ceza Kanununun 53 üncü Maddesinde Yazılı Mahkeme Reisi Tâbirinden Maksat, Hangi Mahkemenin Reisidir» başlıklı tahlili ve tenkidi bir makalesinde<sup>366</sup>, Yargıtay Genel Kurulunun biraz evvel zikrettiğimiz kararını ele alan sayın Hocam Tahir Tanerle, Nurullah Kunter'e göre<sup>367</sup>, maddedeki mahkeme reisinden maksat, Genel Kurulun içtihat eylediği gibi, işlenen suçun mahiyetine ve müstelzim bulunduğu cezaya göre, dâvayı rüyete vazifedar mahkemenin reisi değil, «asliye reis veya hâkimidir».

Sayın Hocamla Kunter'in bir çok noktalarda iştirak arzeden gerekçelerine esas olan düşünce ve mütalâalarını benimsemiş olduğumuzdan, bizce de, 53 üncü maddedeki mahkeme reisi tâbirinden, «asliye ceza mahkemesi reisi», yahut da —asliye mahkemesi müçtemi hâkimle teşekkül etmedikçe— «asliye ceza hâkimi»ni anlamak lâzım gelir:

Bir kere kanundaki reis tâbirinden sulh hâkimini anlayabilmeğe imkân yoktur; zira kanun sulh mahkemelerinden bahsederken hiç bir yerde reis tâbirini kullanmamış olduğu gibi, Yargıtay Genel Kurulu, 10/1/1938 tarih ve 259/6 sayılı bir kariyle, 53 üncü madde gereğince ittihaz olunacak tedbirlerin temyiz kabiliyeti olmadığını tebarüz ettirirken «ceza mahkemesi reisleri» nden bahsetmiş ve bu «reisleri» tâbirini kullanmakla,

<sup>365</sup>) Faruk Ekrem, Türk Ceza Kanunununda Emniyet tedbirleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1944, cilt I, sayı 3, Sf. 376.

<sup>366</sup>) İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1943, sayı 1-2, Sf. 3 ve müt.

<sup>367</sup>) Nurullah Kunter, s.g. makale, Sf. 738 ve müt.

asliye ve ağır ceza reislerini kastederek sulh hâkimlerinin hariç tutulması icap edeceğini ifham eylemek istemiştir.

Saniyen, küçüğün işlediği fiilin ağır ceza mahkemelerinin vazifesine dahil işlerden olması halinde de, 53 üncü maddedeki reis tâbirinden, ağır ceza reisini anlamağa imkân yoktur; zira, buna bizatihi 53 üncü maddenin metni ve bünyesi müsaade etmemektedir; filhakıka, sözü geçen maddenin birinci fıkrası 11 yaşını bitirmemiş küçükler hakkında takibat yapılamıyacağını âmir bulunduğu gibi, ikinci fıkrası da, bir ceza tâyiniyle alâkası olmıyan ve mücerret hususî önleme nevinden bazı ihtiyat ve emniyet tedbirlerinin tatbikini tasrih eylemektedir. Şu halde, ceza tesbit ve tâyini mevzuubahs olmadığına göre, vazifeli ağır ceza mahkemesini aramağa ve işi onun reisine tefvize mahal yoktur; esasen küçüğün mahkemeye değil de, reisin huzuruna sevkedilmesi, keyfiyetin vazife ile alâkası olmadığını göstermektedir.

Diğer taraftan, sayısı az bazı kazalar bir tarafa bırakılacak olursa, ağır ceza mahkemeleri kaideten vilâyet merkezlerinde bulunmaktadır; şu vaziyete göre, cezaî mahiyette olmayıp, sırf ihtiyat tedbirleri nevinden bulunan 53 üncü maddedeki tedbirlerin tatbikine matuf muameleler için, şu veya bu kaza merkezinde ağır cezalı bir suç işlemiş küçüğün vilâyet merkezindeki ağır ceza mahkemesi reisine sevketmenin ve bu suretle belki de günlerce sürecektir bir seyahat yaptırmanın ne derecelerde zararlı olduğu ve kanunun ruh ve maksadına aykırı bulunduğu meydandadır.

Bu izahlardan anlaşıldığına göre, 53 üncü maddedeki reis tabirinden dâvanın esasına bakmağa vazifeli mahkeme reisini değil, her hal ve kârda, umumî ve müşterek hukuka göre adliye teşkilâtında esas ve normal olan asliye mahkemesinin reis veya —Meriyet Kanununun 25 inci maddesine göre aslolarak bir reis, iki âzadan tereküp etmesi lâzım gelen ve fakat bugün memleketin her tarafından münferit hâkim esasına müsteniden vazife gören— hâkimini anlamak iktiza eder.

«Hattâ daha ileri giderek kaydedelim ki, kararlaştırılacak tedbir,, cezaî mahiyette olmamasına nazaran, sözü geçen tedbirden maksadın (asliye hukuk mahkemesi reis veya hâkimi) olduğu yolunda bir içtihadın tesisine bile imkân vardır<sup>109</sup>.»

129. — Henüz 11 yaşını bitirmemiş çocuklar hakkında ittihaz olunacak tedbirlere mahkeme reisi, yani bir hâkim karar verecektir; kanunun bu işi idarî mercilere bırakmamasının sebepleri, ifadesini, bir taraf-

<sup>109</sup>) Tahir Taner, s.g. makale, sf. 14; aksi kanaat için, Nurullah Kunter, s.g. makale, Sf. 737.

tan —cezaî mahiyette olmayıp çocuğun nefine birer ihtiyat ve emniyet tedbiri bulunmak ve bir azamî haddi mevcut olmakla beraber— bu tedbirlerin gayri muayyen bir müddetle hürriyeti tahdit edici bir mâna taşımada, diğeri taraftan da, çocuğun hüviyetinin, yaşının, fiili hiç işlememiş olmasının, işlemişse kanunda yazılı ağırlıkta bulunup bulunmaması keyfiyetinin ancak bir hâkim marifetiyle tesbiti iktiza eyliyeceği düşüncesinde bulur.

Hâkimin, çocuğun hüviyetini, yaşını, bunun gibi işlenmiş olan fiilin mahiyetini tesbit ve —ruhî durumunu, ahlâki temayüllerini..... velhasıl şahsiyetini gözönünde bulundurmak suretiyle— hakkında gereken tedbiri seçip tayin etmeğe matuf tetkiklerini, mahkeme salonunda değil, odasında, her türlü râsîmeden âri, sade ve basit, resmî elbisesini giymemiş olarak ve çocukla bir baba oğul gibi konuşarak yapması lâzımdır; kanunun bu işi mahkeme heyetine değil de, mahkeme reisine vermesi, bu düşünceden ileri gelmektedir<sup>100</sup>.

130. — Bu mebhastaki tetkiklerimize son vermeden önce, kaydedelim ki, 53 üncü maddemizin, 11 yaşını bitirmemiş ve ağırca bir suç işlemiş olan küçüğün bir müesseseye veya ebeveyn veya vasisine teslimini emreden hükmü, bazan icapsız tatbikata mahal vermeğe müsait olmak bakımından dikkate şayandır. Nitekim mesele, İzmir İkinci Asliye Ceza Mahkemesinin 28/IX/944 tarihinde verdiği bir kararla üzerinde durulmağa değer bir mahiyet kesbetmiştir; hâdise şudur: İzmir Asliye Ceza Mahkemesi, sekiz aylık ve konuşmasını beceremiyen Günay Kozcu adında bir çocuğun, elini sehpaye çarparak petrol lâmbasını devirmesi ve kardeşi Güner Kozcunun yanarak ölümüne sebebiyet vermesi üzerine, Günayın, 53 üncü madde gereğince, takayyüt ve nezarette teseyyüp ve ihmal ile ileride bir daha cürüm işlediği takdirde kendilerinden 200 liraya kadar cezayı nakdî alınacağı ihtarı ile ana baba ve vasisine teslimine karar vermiştir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 343 üncü maddesinin birinci bendi gereğince, Adalet Bakanlığından verilen yazılı emir üzerine C.

<sup>100</sup>) Tahir Taner, s.g. İkinci tab'ı, Sf. 349-350; Yargıtay İkinci Ceza Dairesinin 30.I.1937 tarih ve 2839 sayılı bir kararı «11 yaşını ikmal etmiyen ceraim eshabının sarahatli kanuniyeye rağmen asliye ceza mahkemesinde alenen icrai muhakemesi» nin yolsuz olduğunu tebarüz ettirmekte ise de, bu karar daha ziyade 15 yaşından küçük olanların duruşmalarının gizli yapılacağını âmir bulunan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 375 inci maddesine istinad eylemektedir; Temyiz Kararları, Ceza kısmı, 1937, Sf. 106.

Başsavcılığından Yargıtaya verilen ihbarnamede kararın —«taksirli cürümlerin de kasdî cürümler gibi iradî olmasına ve bunlarda netice istenmediği halde o neticeyi doğuran fiilin istenerek işlenmesi gerektiğine ve bu da failde bir şuur ve irade mevcut olmasına bağlı bulunmasına göre, nüfus kaydına göre 18/1/1944 doğumlu ve hâdise tarihinde 8 aylık olan ve henüz konuşmasını bile beceremiyen, şuur ve iradesi teşekkül etmemiş bir bebekten ne tedbir ve dikkat ne de meslek ve sanatta ustalık veya evamir ve talimata riayet beklenemeyeceği gözönünde tutularak, bebeğin elinin sehpa çarparak lâmbayı devirmesi fiilinin kaza sayılması gerekirken»— böyle sayılmaması esbabı mucibesıyla nakzı talebinde bulunulmuş, Yargıtay İkinci Ceza Dairesi de ihbarname münderecatını yerinde bularak sözü geçen kararın oybirliği ile bozulması cihetine gitmiştir<sup>100</sup>.

Bu izahlardan anlaşıldığına göre, tatbikatta, 53 üncü maddenin vâzetmiş olduğu tedbir mesuliyeti doğumdan itibaren başlatılmaktadır; bu telâkkinin hatalı olduğu âşikârdır; çocuk doğuşta iradeden ve temyiz kudretinden tamamiyle mahrum olup, bu melekeleri, yavaş yavaş ve büyüdükçe tekemmül eder; binaenaleyh irade ve temyiz kudreti bulunmadığı bir devrede reflekslerle hareket eden çocuk bir suç işlese ve hattâ bu suç bir seneden fazla cezayı müstelzim de olsa, hakkında tedbir alınmamak iktiza eder; zira irade ve temyiz kudretinin yokluğunun kast ve taksirin de yokluğunu istilzam edeceği bedihidir; binaenaleyh, bu nevi hallerde, biraz evvel sözü geçen ihbarnamede de yerinde olarak belirtildiği veçhile, ancak bir kazanın mevcudiyetinden bahsolunabilir.

Her ne hal ise, Sayın Hocam Tahir Taner'in belirttiği gibi, sorumsuzluk devresinde bulunan herhangi suçlu bir çocuğun, cezaî mahiyette olmasa bile, adli makamlarca yapılacak bazı muamelelere behemehal maruz bulundurulması yerinde değildir<sup>101</sup>. İtibaslara, 53 üncü maddenin icapsız, bazan garip tatbikatına mahal vermemek için, «... sözü geçen birinci devre içinde sabîlik çağı diyebileceğimiz ve doğumdan başlayıp bilfarz 7 yaşına kadar sürecektir olan bir kısım için tam ve kat'î bir sorumsuzluk kabul etmek çok muvafık olur<sup>102</sup>.» Bazı memleketler kanunları, hususiyle 82 nci maddesiyle yeni İsviçre Ceza Kanunu, III üncü faslındaki 1 inci paragrafta Finlândiya kanunu, 65 inci maddesiyle Mısır kanunu bu yola girmek suretiyle, birincisi 6, sonuncular 7 yaşı, kat'î

<sup>100</sup>) İzmir İkinci Asliye Ceza Mahkemesinin kararile, ihbarnamenin metni ve Yargıtay kararı için: Tahir Taner, s.g., ikinci tab'ı, Sf. 343, Not 1.

<sup>101</sup>) Tahir Taner, s.g. ikinci tab'ı, Sf. 341.

<sup>102</sup>) Tahir Taner, s.g. ikinci tab'ı, Sf. 342.

mesuliyetsizlik çağı olarak tesbit etmişler, sözü geçen yaşları doldurmuş suçlu çocuklar hakkında, sadece adli muamelelere tevessül olunamayacağını değil, aynı zamanda bunlar hakkında terbiyevi tedbirlerin dahi alınmayacağını derpiş eylemişlerdir<sup>131</sup>.

II — 11 yaşını bitirip 15 yaşını ikmal etmemiş olanlar:

131. — Türk Ceza Kanununun 54 üncü maddesine göre, «fiili işlediği zaman 15 yaşını doldurmamış olanlar, farik ve mümeyyiz olmadıkları surette, haklarında hiç bir ceza tertip olunamaz. Ancak işlenen fiil bir seneden fazla hapis veya daha ağır bir cezayı müstelzim cürümlerden ise bundan evvelki madde ahkâmı tatbik olunur.

Eğer çocuk, işlediği fiilin bir suç olduğunu fark ve temyiz ile hareket etmişse, suçunun cezası» kanunen muayyen ölçülerde indirilerek verilir.

Maddenin muhtevasından anlaşıldığına göre, kanun bu kategoride yer alan çocukları iki kısma tefrik etmiş bulunmaktadır:

1 — Temyiz kudreti olmıyan çocuklar:

132. — 11 yaşını bitirmiş ve fakat 15 yaşını ikmal etmemiş olup da bir suç işlemiş bulunan çocuk muvacehesinde yapılacak şey, kendisinin temyiz kudretiyle hareket edip etmediğini tesbite matuftur. Eğer çocuk fiili işlediği sırada temyiz kudreti ile hareket etmemiş se, cezaya ehil telâkki edilemeyeceğinden, 53 üncü maddenin vaz'ına saik olan aynı sebepler dolayısıyla ve sırf bir ihtiyat ve emniyet tedbiri olmak bakımından, ya Devlet idare veya mürakabesinde bir müesseseye veyahut da ana baba vya vasiye teslim olunmak lâzım gelir<sup>132</sup>, 53 üncü maddede mevzu esas gözönünde bulundurulmak suretiyle, 11 yaşını bitirmiş olup da 15 yaşını ikmal etmemiş ve temyiz kudretiyle de hareket eylememiş oldukları tesbit edilen çocukların bir müesseseye vaz veya ebeveyn veya

<sup>131</sup>) Tahir Taner, s.g. ikinci tab'ı, Sf. 342 ve not 2.

<sup>132</sup>) Binaenaleyh Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 5267/5506 sayılı ve 23.VI.1941 tarihli ve Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesinin 3794/5674 sayılı ve 30.VI.1944 tarihli kararlarında çok yerinde ve doğru olarak belirtildiği veçhile, 11 yaşını bitirmiş ve fakat 15 yaşını doldurmamış ve farik ve mümeyyiz bulunmayan çocuklar hakkında ceza tayinine mahal olmadığına, bu kararlar birlikte istidardi emval kabilinden olan orman mahsulünün müsaderesine karar verilebilip, ceza mahiyetinde müsaderesine karar verilemez; aynı mânada, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesinin 8540/8205 sayılı ve 11.X.1945 tarihli kararı; kararların metni için, sırasıyla: Yargıtay Kararları Ceza Bölümü, 1941 - 1942, Sf. 358; 1944, Sf. 142; 1945, Sf. 169.

vasilerine teslim olunabilmeleri için, işledikleri fiilin bir seneden ziyade hapis veya daha ağır cezayı müstelzim cürüm nevinden olması iktiza eder; şu hale göre; mümeyyiz olmıyan küçüğün işlediği fiil bir seneden az cezayı istilzam eden neviden ise, 53 üncü maddenin birinci fıkrasına tevfiakat hakkında hiç bir tedbire tevessül olunamaz.

11 yaşını bitirmemiş çocuklarda olduğu gibi, temyizle hareket etmemiş ve 11 yaşından büyük ve 15 yaşından küçük çocuklar hakkında tatbik olunacak ihtiyat ve emniyet tedbirleri de, 53 üncü maddede musarrah müddet ve şartlara tâbi olunarak daima istirdadı mümkün tedbirlerden olmak icabeder.

Kendilerinde temyiz kudreti olmıyan ve 54 üncü madde hükmüne giren çocuklar hakkında gereken tedbirlerin alınmasına kim karar verecektir?

Mehaz kanununun tatbikatı, bu tedbirleri' ittihaz etmek keyfiyetinin vazifeli mahkemeye ait olduğu yolundadır. Bununla beraber kaydedelim ki, bunun sebebi, mehaz kanununun 54 üncü maddesinin, 54 üncü maddemizden başka türlü sevk edilmiş olmasından fleri gelmektedir; filhakika mehaz kanunda, çocuğun, temyiz ile hareket ettiği sabit olmazsa «... hâkim bundan evvelki maddenin ikinci fıkrasında mezkûr tedbirlerden birinin veya diğerinin tatbikini emredebilir» denmiştir; başka bir ifade ile mehaz kanununun 53 üncü maddesi, gereken tedbirin ittihazını «Hukuk Mahkemesi Reisi» ne verdiği halde, 54 üncü maddesi sözü geçen tedbirin «hâkim» tarafından alınacağını tasrih eylemiştir. Bu itibarla orada, tatbıkatta, hâkim tâbirinden, dâvanın esasına bakacak olan «ceza hâkimi» ni anlamak lâzımdır<sup>115</sup>.

Bizim 54 üncü madde ise, sadece, 53 üncü maddeye atıf yapmakla iktifa etmiş olduğuna ve sözü geçen 53 üncü madde de sadece —asliye reis veya hâkimi olması lâzım geldiğine evvelce işaret ettiğimiz— «mahkeme reisi» nden bahseylediğine göre, 11 yaşını bitirmemiş çocuklarda olduğu gibi, kendilerinde temyiz kudreti bulunmıyan 11 den büyük 15 ten küçük çocuklar için de gereken tedbirleri asliye ceza hâkimi mi alacaktır?

Hukuku âmme dâvası açılmış, bunun neticesi, iş, dâvanın esasını rüyet edecek mahkemeye sevk olunmuştur; bu mahkemede çocuğun temyiz kudretiyle hareket etmediği, fiilin de bir seneden ziyade hapis veya daha ağır bir cezayı müstelzim bulunduğu tesbit edilirse, sözü geçen mahkemenin, 53 üncü maddede musarrah tedbirlerden birini ittihaz et-

<sup>115</sup>) Manzini, s.g.e., Sf. 52; Majno, s.g. tercüme, Sf. 231; Nurullah Kunter, s.g. makale, Sf. 739.

mesi daha muvafıktır; zira, tetkikler yapmak suretiyle işi olgun bir hale getirmiş olan vazifeli mahkemenin daha musip ve faydalı surette karar vereceği âşikârdır; binaenaleyh, artık, asliye reis veya hâkimine göndermek suretiyle işi uzatmağa mahal yoktur<sup>109</sup>.

## 2 — Temyiz kudreti olan çocuklar:

133. — 54 üncü maddede «farik ve mümeyyiz olmadıkları surette» denildiğine göre, 11 yaşını bitirmiş 15 ini ikmal etmemiş çocuklarda temyiz kudretinin olmayışı, aksi isbat edilebilen kanunî bir farziyedir<sup>110</sup>; binaenaleyh, çocuğun temyiz ile hareket ettiği tesbit olunarak, karine- nin aksi isbat edilirse, cezaî mesuliyeti mevcut olduğundan, suçun hukuki neticeleri kendisine izafe olunacaktır; ancak, mevcudiyetine rağmen, temyiz kudretinin tam inkişaf etmemiş olması dolayısıyla, sözü geçen mesuliyet yaş durumuna uydurulup, ceza ona göre tayin olunacaktır.

Bu ikinci kategoride yer alan küçükler üzerinde, bunlara müteallik muhakeme usulü, kendilerine verilen cezalarla, bu cezaların infaz edileceği mahal bakırlarından biraz durmak muvafık olur.

### A) Muhakeme usulünde hususiyet:

134. — 11 yaşını bitirmiş 15 yaşını ikmal etmemiş mümeyyiz küçük suçlu hakkında, dâvanın esasına bakan mahkeme, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 375 inci maddesine göre, duruşmayı mutlaka gizli yapmak mecburiyetindedir.

Bu hükmün vaz'ı sebebi ifadesini kanun vâzının bu nevi çocuklar hakkında düşündüklerinde bulur; maksat, âleni bir duruşma icrasiyle çocuğun yüz - göz olması, yaptığı ile övünüp kendisine bir kahraman vasfı izafe edebilmesi ihtimallerini bertaraf etmeğe matuftur.

<sup>109</sup> Tahir Taner, s.g. ikinci tab'ı, Sf. 353-354; Aksi kanaat için, Nurullah Kunter, s.g. makale, Sf. 739-740; müellife göre bu halde dahi — «mümeyyiz olmayan çocuklara ait tedbirlerin bir hâkim elinde toplanması faydaları...» ve buna ilâve eylediği mütemmim mucip sebepler muvacehesinde — gereken tedbirleri Asliye Ceza reisi veya hâkimi almak lâzımgelir; ancak işaret edelim ki, Kunter, sözü geçen 946-947 Ceza Hukuku Takrirlerinde bu meseleye matuf telâkkisini değiştirmiş bulunmakta, «bu kararı kalde olarak Asliye Ceza Mahkemesi reisi verecektir. Fakat şayet başka bir mahkemede duruşma esnasında temyiz kudretinin olmadığı anlaşılırsa, aynı mahkemenin tedbir kararı vermesi çok daha yerinde olur» demektedir.

<sup>110</sup> Tahir Taner, s.g. ikinci tab'ı, Sf. 351.

Sözü geçen kanun, tamamlayıcı bir hüküm olarak, aynı maddesinde «hükümün dahi gizli tefhim» olunacağı esasını koyduktan başka, 377 nci maddesiyle «gizli yapılan duruşmalarda icra kılınan muhakemenin neşri» memnuiyetini vaz, bu memnuiyet hilâfına hareket edenlerin fiillerini de tecrim eylemektedir<sup>198</sup>.

İşaret edelim ki, bu hükümler, duruşmada «fail» olarak bulunan çocukları istihdaf etmekte, «mağdur» küçüklere taallük eylememektedir.

15 yaşını bitirmemiş suçlu küçüklere müteallik Muhakeme Usulündeki hususiyetler muvacehesinde teemmüle değer bir nokta vardır: bunlar, yaşı büyük kimselerle müşterek bir suç ika ettikleri takdirde, hepsinin duruşması gizli olarak mı yapılacak, yoksa küçüğe ait dâva, diğerlerinden tefrik edilip gizli; buna mukabil, yaşı büyük şeriklerin dâvası alenen mi rüyet olunacaktır? Bu son halde, esasta ihtiyarî ve takdire muallâk olan dâvaların ayrılması mecburî mi olacaktır?

Fiili irtibat hallerinde dâvaların birleştirilmesinin temin edeceği faydalar nazara alındığı takdirde, mücerret, çocuğun muayyen bir yaşı ikmal etmemiş olması dolayısıyla ayırma cihetine gidilemeyeceği ve 375 inci maddenin katiyet ifade eyliyen metni muvacehesinde dâvanın bütün şerikler hakkında gizli görülmek icabedeceği hatıra gelebilirse de, fikrimizce, bu düşünce tarzı kabul edilemez.

Filhakika, kanun «çocuklara (ait) duruşma» demek suretiyle bunun sadece 15 yaşını ikmal etmemiş olanlara mahsus bulunduğunu ve bu itibarla bunlara ait duruşmanın yaşı büyük şeriklerin dâvası ile birlikte görülemeyeceğini derpiş eylemektedir; duruşmayı bütün şerikler hakkında haffiyen icra yoluna gitmek, tamamiyle istisnai bir hüküm vazeden 375 inci madde hükmünü —373 üncü maddenin birinci fıkrasıyla vazolunmuş umuñî aleniyet prensipi hilâfına— tevsi ve teşmil etmeyi tazammun eyler; diğer taraftan, çocuğun duruşmasının gizli olarak yapılmasındaki fayda, iştirak halinde dâvaların birleştirilmesiyle temin oluncak menfaate tercih edilmek lâzım gelir. Binaenaleyh, şeriklerden birinin henüz 15 yaşını ikmal etmemiş olması halinde, buna müteallik duruşmanın, diğerlerinininkinden mutlaka ayrılıp gizli yapılması, hükümün de haffiyyen tefhimi iktiza eder.

<sup>198</sup>) Bu mevzuda Matbuat Kanununun 35 inci maddesinin D bendini de hatırlamak lâzımdır; bu maddeye göre, gizli cereyan eden muhakemelere ait dâva zabıtlarının neşri — mahkemenin müsaadesi olmadıkça — bir matbuat suçu teşkil eder; ilâve edelim ki, küçüklere müteallik dâvalarda hüküm de haffiyyen tefhim edilip zapta geçeceğine göre yalnız hüküm fıkrasının neşri de suçtur.

15 yaşını bitirmemiş küçüklerin Muhakeme Usulüne ait diğer bir hususiyet de, ifadesini Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 138 inci maddesinde bulmaktadır; bu maddeye göre müdafii olmıyan küçüğe bir müdafii tayin «edilebilir». Görülüyor ki, keyfiyet, mahkemenin ihtiyarına bırakılmıştır; kanunun bu mevzuda mecburiyet tahmil eden bir hüküm ithiva etmesi çok daha yerinde ve muvafık olurdu.

#### B) Cezalarda hususiyet:

135. — 54 üncü maddeye göre, 15 yaşını bitirmemiş mümeyyiz küçük suçlu haklarında, âmme hizmetlerinden memnuiyet ve emniyeti umumiyeye nezareti altına alınmak cezaları tatbik olunmaz; bunun sebebi, birincisinin zaten pratik bakımdan imkânsız bulunmasından, ikincisinin ise, küçüğün yaşı ve ailevi rabitaları bakımından ağır ve tehlikeli bir tedbir olabilip, ona ıslahınefs hususunda daha büyük bir imkân bahşetmek düşüncesinden neşet etmektedir<sup>135</sup>.

Buna mukabil, işlenen fiil ölüm cezasını müstelzim ise, 8 seneden aşağı olmamak üzere, müebbed ağır hapis cezasını istilzam ediyorsa 6 seneden 15 seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur; diğer cezalar, 47 inci maddenin 4 üncü ve 5 inci bendlerinde yazılı olan usule göre indirilir; nihayet, maddenin son fıkrasına göre bu cezalardan mütevellit «mahkûmiyetler tekerrüre esas olmaz».

Şu vaziyete göre 15 yaşını bitirmemiş mümeyyiz küçüklere müteallik cezaların hususiyetleri ifadesini, bir taraftan bazı cezaların bunlara hiç tatbik edilmemesinde, diğer taraftan verilecek cezaların geniş bir ölçüde indirilerek tertibinde, nihayet mahkûmiyetlerinin tekerrüre esas olmamasında bulmaktadır.

Temyiz kudreti mevcut ise de, tam mânasiyle teşekkül etmemiş olması bakımından, cezaların yaşa uydurularak esaslı bir surette azaltılmasına bir şey denemezse de, bu cezalardan mütevellit mahkûmiyetlerin tekerrüre esas olamaması tenkide şayestedir. «Temyizin mevcudiyeti sebebiyle cezaî mesuliyet esas kabul edildikten sonra, vevki indirilerek verilmiş bulunsun, herhalde bir ceza ile mahkûmiyet vardır; artık bu ihtiyatî bir tedbir değildir; bu itibarla hükmedilen ceza çekildikten sonra ikinci bir suç işlenmesi Ceza Kanununa muhalefette taannüdü ve ahlâki redaeti gösterdiğinden ikinci suça ait cezanın tekerrür sebebiyle arttırılması daha doğru olurdu<sup>136</sup>.»

<sup>135</sup>) Manzini, s.g.e., Sf. 53.

<sup>136</sup>) Tahir Taner, s.g. İkinci tab'ı, Sf. 355.

Mehaz kanununun mukabil 54 üncü maddesi böyle bir hüküm ihtiva etmediğine göre, bu kanununun tatbikatında, şartları bulunduğu takdirde, bu nevi çocuklar hakkında da tekerrür hükümlerinin cereyan etmiş olduğu muhakkaktır.

Tekerrür meselesi ile haizi alâka olması dolayısıyla bir noktaya daha işaret edelim: Failin, «aynı neviden» cürümlerden dolayı mükerrir bulunması halinde, çalınan şeyin kıymetinin az olması hafifletici sebebinden istifade edemeyeceğini emreliyen, Türk Ceza Kanununun 522 nci maddesindeki hükmü gözönünde bulunduran bazı tatbikatçılarımız, 15 yaşını bitirmemiş mümeyyiz küçüğün, bir hırsızlık cürmünden dolayı mahkûm edilip cezasını çektikten veya kanunî sebeplerden biriyle düştükten sonra, müddeti içinde kıymeti cüz'î bir hırsızlık cürmü işlemesi halinde, sözü geçen hafifletici sebepten istifade edemeyeceğini beyan etmektedirler.

Biz, bu düşünce tarzında isabet olmadığı fikrindeyiz; filhakika, 522 nci maddenin son fıkrasında mevzuubahs olan «mükerrir» sıfatının ihrazı için, evvelce bir cürüm işlenmiş olması, bu cürmün mala karşı işlenmiş bulunması kâfi gelmeyip, fail hakkında tekerrür hükümlerinin tatbik edilebilmesi de şarttır; zira «mükerrir» diye, hakkında tekerrür ahkâmı tatbik olunabilen kimseye denebilir; fıkranın hususiyeti, mutlak tekerrürün ağırlatıcı bir sebep teşkil etmesinden çok, mukayyet tekerrürün cezanın tahfifine engel olmasından ibaret bulunmakla beraber, fail hakkında, tekerrür hükümlerinin tatbik edilebilmesi lâzımdır; halbuki 54 üncü maddenin son fıkrası, 11 ilâ 15 yaş arasında suç işleyip mahkûm edilen mümeyyiz küçüklerin bu mahkûmiyetlerinin tekerrüre esas teşkil edemeyeceğini tasrih etmektedir. İmdi, bu sarahat karşısında, ikinci bir suç işleyen küçüğün ne mükerrir sayılarak cezası ağırlaştırılabilir, ne de 522 nci maddedeki şartlar muvacehesinde ve hususiyle her iki suçun da mala karşı işlenmesi halinde, sözü geçen maddedeki indirmelerden istifade ettirilmemesi mümkün olabilir. 522 nci maddenin hususî bir hüküm olduğu ve bu itibarla, 54 üncü maddedeki umumî hükmü takyit eylediği de söylenemez; zira 54 üncü madde, tekerrür hükümlerine bir istisna vazeylemekte, 522 nci madde dahi bu tekerrür hükümlerine istisnat etmektedir.

522 nci madde «mükerrir» sözü yerine «evvelce suç işlemiş» ibaresini kullansa idi, mesele başka olabilirdi; nitekim Yargıtay İkinci Ceza Dairesinin 21/I/1944 tarih ve 690/538 sayılı kararı da<sup>m</sup> bunu müeyyettir; karara göre, «suçlunun evvelki mahkûmiyetine ait ilâmdaki yaş

<sup>m</sup>) Cemal Köseoğlu, s.g.e., Sf. 566.

vaziyetinin tetkiki ile neticesine göre 81 ve 522 nci maddelerin tatbiki icabetmiyeceğinin düşünülmemesi yolsuzdur»; demek oluyor ki 522 nci maddedeki indirmenin tatbik edilememesi için fail hakkında 81 inci maddenin tatbik olunabilmesi lâzımdır; 54 üncü madde ise, tasrih ettiği kimseler hakkında 81 inci maddenin uygulanamayacağını söylemektedir; şu halde, bunlar hakkında 522 nci maddedeki indirmelerin yapılması lâzımdır.

C) Cezaların infaz edileceği mahalde hususiyet:

136. — 54 üncü maddenin 4 üncü fıkrasına göre, «şahsî hürriyeti bağlayıcı cezalar, para cezasından çevrilmiş olsa dahi, suçlu cezanın çektilmesine başlandığı zaman 18 yaşını bitirmemiş ise, ceza bir ıslahhane de çektirilir.»

Fıkranın dikkate şayan tarafı, 15 yaşını bitirmemiş küçüklerin cezalarının infaz edilebileceği mahal bakımından arzettiği hususiyettir. Bunun ne kadar doğru ve yerinde olduğu üzerinde uzun uzadıya durmağa mahal olmasa gerektir; ancak, memleketimizde, —54 üncü madde şümulüne giren ve Başvekâlet İstatistik Umum Müdürlüğünün 214 neşriyat numaralı Mahkûmlar İstatistiğine göre 942 ye kadar adetleri kabarık yekûnlara baliğ olan, bunun takip eden yıllarda daha da arttığını zannettiğimiz mümeyyiz suçlular muvacehesinde, bunların cezalarının infaz edilebileceği— bir tek ıslahhane vardır; bu da Ankara Çocuk İslah eyidir<sup>132</sup>.

Sabit kadrosu 250 olan müesseseye 54 üncü maddeye göre mahkûm edilmiş ve 18 yaşını ikmal etmemiş olup da mevkufiyetten bakiye cezası 6 ay ve daha yukarı bulunanlar alınır<sup>133</sup>; şu vaziyete göre 6 ay kadar hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkûm olanlar müesseseye gönderilmiyerek, birazdan temas edeceğimiz surette, cezalarının infazı 18 yaşının ikmaline tehir edilir.

<sup>132</sup>) Müessese, evvelâ 1937 yılında, Adalet Bakanlığının teşebbüsü ile Edirne Umumi Ceza Evinin mahsus bir kısmının bu işe tahsisî ile teessüs etmiş ise de —İkinci Cihan Harbinin başlangıcında Edirne Umumi Ceza Evi ile bunun bir kısmını teşkil eden ıslah müessesesine muhtas ebniyenin Millî Savunma Bakanlığınca askerî hizmetlerin ifasına tahsisî neticesinde — muvakkaten Edirnedeki Ankara'ya bağlı Kızılcahamam kazasına naklolunmuş, oradan da 1940 yılında, Ankara Vilâyetine 4-5 kilometre mesafede, merkeze bağlı Kalaba köyüne getirilmiştir.

<sup>133</sup>) Ankara Çocuk İslah Evindeki infaz sistemine aşağıda No. 231 de temas olunmuştur.

137. — 1/1/1936 tarih ve 3038 sayılı kanunla bugünkü şekli almış olan maddenin sözü geçen 4 üncü fıkrasında —tadilden önce— «ıslahhane» yerine «çocuklara mahsus yerler» tâbiri kullanılmıştı<sup>24</sup>.

«Ceza bir ıslahhanede çektirilir» hükmü ile «ceza çocuklara mahsus yerlerde çektirilir» hükmü arasında büyük bir fark olduğu âşikârdır. Filhakika, 936 tadilâtından önce, «Hapishaneler Nizamnamesi» nin —ki bilâhare bunun yerine 31/VII/1941 tarihli Ceza ve Tevkifevleri Nizamnamesi kaim olmuştur— 90 ıncı maddesindeki «18 yaşını ikmal etmemiş olan çocuklar mevkuf buldukları halde gece gündüz sair mahbusından ayrı bir mahalde ikamet ettirilecektir» yolundaki hüküm de göz-önünde bulundurularak, 15 yaşını ikmal etmemiş mümeyyiz suçlu çocukların, cezaevlerinde, mümkün mertebe tecrit edilen kısımlarda kalabilmeleri sağlanıyordu; fakat 3038 sayılı kanunla yapılan tadilâttan sonra, kanun, bu nevi çocukların cezalarının «ıslahhanede» infaz edileceğini emreyleyince, Adalet Bakanlığı 7/1/937 tarih ve 1/1 sayı ile yaptığı tamimde, suçu işlediği tarihte 11 yaşını bitirmiş ve fakat 15 yaşını ikmal etmemiş mümeyyiz çocukların cezalarının 18 yaşlarını bitirinceye kadar umumî cezaevlerinde çektirilemeyeceğini bildirmesi üzerine, bir taraftan cezaevlerinde mevcut küçük hükümlülerin, diğer taraftan haklarındaki mahkûmiyet kararı kat'ileşir kat'ileşmez, mevkuf olanların tahliyesi cihetine gidilmiş ve bunların cezalarının infazı 18 yaşın ikmaline tehir olunmuştur.

Cezasının infazı bu suretle tehir olunan çocuklar —Adalet Bakanlığının 28/IX/945 tarih ve 88/45 sayılı başka bir tamimi gereğince— 18 yaşını ikmal eder etmez yakalanıp umumî cezaevlerine sevkedilmekte ve cezaları orada infaz olunmaktadır.

<sup>24</sup>) Bu münasebetle, 1936 tadilâtının 54 üncü maddede yapmış olduğu diğer değişikliklere de işaret edelim: «Suç» istilahının 1936 tadilâtille kanuna geçmiş olması hasebile, ikinci fıkradaki «Cezayı müstelzim» yerine «suç» kelimesi konduğu gibi, «filinin» yerine de «sucunun» denmiştir. İkinci fıkranın birinci bendinde «idam ve müebbet ağır hapis» yerine, sadece «ölüm cezası» denmesi ve bu halde «6 seneden 15 seneye kadar ağır hapis» yerine «8 seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis» ibaresi ikame olunarak cezanın miktarı değiştirilmiştir. Diğer taraftan, müebbet sürgün cezasının kanundan çıkarılması dolayısıyla, ikinci fıkranın ikinci bendi tamamen kaldırılarak, yerine şimdiki bend konmuş olduğu gibi, üçüncü bendle, 47 nci maddenin 3 ve 4 üncü bendlerine yapılan atıf 4 le 5 inci bendleri olarak düzeltilmiştir; filhakika âmme hizmetlerinden memnulyet cezası bu maddeye giren çocuklar hakkında tatbik edilemeyeceğine göre, 47 nci maddenin bu cezadan bâhis 3 üncü bendine atıf hata idi.

Yukarıki izahlardan anlaşılacağı veçhile, bu hareket tarzının sebepleri ifadesini iki esasta bulabilir; birincisi, 54 üncü madde şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaların bir ıslahhanede çektirilmesini emrettiğine ve memlekette bu durumda olan suçlu çocuklara yeter adette ıslahhane bulunmadığına göre, kanunun hükmünü yerine getirmek; ikincisi, 15 yaşından küçük mahkûmları yaşlı hükümlülerle ihtilâttan menetmek.

Sayın Hocam Tanerin beyan ettiği gibi, bu garip tatbikattan biran önce vazgeçmekte mutlak zaruret vardır; kanunun hükmünü yerine getirmek endişesi, 11 yaşını henüz bitirmemiş olup, mümeyyiz bulunması dolayısıyla işlediği suçun cezası 18 yaşın ikmaline tehir olunmuş bir çocuğun 6 seneden fazla bir müddet içinde ıslahınefs ederek muayyen bir meslek sahibi olması veyahut tahsilini muayyen bir dereceye getirmiş bulunması ihtimali karşısında, onu yakalayıp cezaevine sevk etmek, belki de iş veya tahsil hayatında tamiri kolay kolay mümkün olamayacak çok ağır bir rahne açmağa bâdi olabilir; diğer taraftan bazı çocukların da 18 yaşın ikmalıyla birlikte cezaevine gönderileceği devamlı tedhidi altında belli bir iş tutamayıp kendisini serserilik ve aylıklığa verebileceğini de düşünmek lâzım gelir.

54 üncü madde şümulüne giren mümeyyiz suçluların, büyük mahkûmlarla ihtilâttan menedilmek istenilmesi düşüncesine gelince: kötü huyların sirayetine mani olmak yanında, küçük mahkûmlarla büyüklerin bir arada bulundurulmasından neşet edebilecek sair çeşitli mahzurları bertaraf etmenin büyük faydalar sağlayacağı şüphesizdir; ancak, bahse mevzu çocukların cezalarının 18 yaşın ikmaline tihiri ile bu gayeye ulaşılmakta mıdır? zannetmiyoruz; çünkü bizde, ekser ahvalde, muhakemeleri esnasında küçükler tevkif edilip umumî cezaevlerine gönderilmekte, muhakeme yapıp hükmün kat'iyet kesbeylemesi hayli uzadığından, ve hattâ bazı ahvalde mevkufiyet devresinde hükmedilen ceza ikmal edildiğinden, bunların büyük mahkûmlarla ihtilâttan men düşüncesi mesnetsiz kalmaktadır. Kaldı ki, gaye, suç işlemek suretiyle kötü bir yola girmiş olan ve fakat uygun ve mahsus rejimlere tâbi bulundurulmak suretiyle uslandırılabilmesi kolay olan çocuğu 18 yaşın ikmaline kadar başı boş ve kendi haline bırakmak da değildir.

Görülüyor ki, hangi tarafından alınıralsa alınsın, bu tatbikat tarzı kötü ve zararlı ve biran evvel vazgeçilmek lâzımdır. Bunun için de, 54 üncü madde şümulüne girip hayli kabarık yekûnlara bâliğ olmuş suçlu küçüklerle mahsus müesseseleri, yeter adette kurmak meselesi üzerinde ehemmiyet ve dikkatle durmak iktiza eder.

## III — 15 yaşını bitirmiş, 18 yaşını ikmal etmemiş olanlar:

138. — Kanunumuz, temyiz kudretinin olgunluğu bakımından bu devreyi kendi içinde iki gruba ayırmış ve fakat hâkime, önce, temyiz kudretinin olup olmadığını araştırmak salâhiyetini vermiyerek, sözü geçen kudretin mevcudiyetini bir faraziye olarak kabul etmiştir. Bu devrede yer alanların temyiz kudreti hakikaten mevcut değilse, vaziyeti gayri tabii telâkki edip, keyfiyeti akli melekeler bakımından mütalâa eylemek ve bu takdirde, cezaî mesuliyetsizliği veya mahdut mesuliyeti, yerine göre, kanunumuzun 46 veya 47 nci maddeleri bakımından tayin etmek lâzımdır.

## 1) 15 ilâ 18 yaş arasındakiler:

139. — Türk Ceza Kanununun 55 inci maddesine göre, fiili işlediği zaman 15 yaşını bitirmiş olup da 18 yaşını bitirmemiş olanlar, temyiz kabiliyetinin mevcudiyeti farziyesi içinde cezaen mes'ul iseler de, sözü geçen kabliyet tam inkişaf etmemiş olması dolayısıyla kendilerine ter-tip olunacak cezalar, indirilerek verilmek lâzım gelir.

54 üncü madde şümulüne giren, mümeyyiz suçlu küçüklerin aksine, bunların mahkûmiyetleri tekerrüre esas olmaktadır; yani, ileride bir cürüm işlerler ve şartları da bulunursa, ikinci cürmün cezası ağırlaştırılarak verilir. Buna mukabil, bu grupta yer alanlar, tıpkı mümeyyiz suçlu küçükler gibi âmme hizmetlerinden memnuiyet ve emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezalarına maruz bulundurulmazlar.

15 yaşını bitirmiş, 18 yaşını ikmal etmemiş suçluların cezalarının nerede infaz edileceği meselesine gelince: 55 inci maddeye göre, bunlardan cezanın çektirilmesine başlandığı zaman 18 yaşını bitirmemiş olanlar hakkında hürriyeti bağlayıcı cezalar, para cezasından çevrilmiş olsa dahi, «mahsus cezaevlerinde» veya «büyüklere mahsus cezaevlerinin hususî kısımlarında» çektirilir.

Mahsus cezaevlerinde veya büyüklere mahsus cezaevlerinin hususî kısımlarında cezaları infaz edilmekte olanlar, 18 yaşını ikmal ederlerse, 55 inci maddenin ikinci fıkrasına göre, bunlardan, mahkûm oldukları ceza müddeti 3 seneden, geri kalan müddeti 2 seneden fazla olanlar büyüklere mahsus cezaevlerine nakledilecekler, ancak, geçirdikleri müddet içindeki hal ve durumlarına göre münasip görülenler, mahsus cezaevine veya büyüklere ait cezaevlerinin hususî kısımlarında alıkonulabileceklerdir.

Diğer taraftan, hükmün infazına başlandığı sırada, 18 yaşını bitirmiş ve mahkûm oldukları ceza müddeti 3 seneden az bulunmuş olup da geçmişteki hallerine nazaran mahsus cezaevinde veya büyükler ceza-

evinin hususî kısmında bulundurulmaları daha uygun görülenlerin cezaları bu evlerde çektirilir.

55 inci madde, mahsus cezaevlerinde veya büyükler cezaevlerinin hususî kısımlarında kalabilmek bakımından azamî bir had de koymuştur: 21 yaşını ikmal etmiş olan mahkûmlar, büyüklere mahsus cezaevlerine naklolunurlar.

55 inci maddemizin ihtiva ettiği bu esaslardan anlaşıldığına göre, bu grupta yer alan suçlu çocuklar, 11 yaşını ikmal etmiş, 15 yaşını bitirmemiş mümeyyiz küçükler gibi ıslah evlerine değil, «mahsus cezaevlerine» konulmak iktiza etmektedir; bunların büyük mahkûmlarla ihtilât etmelerini önlemek ve haklarında hususî bir rejimin tatbikine imkân vermek bakımından ihtiva ettiği esasların çok yerinde ve isabetli olduğunda şüphe edilmemek lâzım gelirse de, —1947 Temmuzundanberi, Eskişehirde eski cezaevi binasının tâdil ve tamiriyle kurulmuş müessese ile, İzmir, Büyükler Cezaevinde vücade getirilmiş mahsus kısım<sup>133</sup> istisna edilmek kaydiyle— memleketimizde henüz «mahsus cezaevleri» mevcut olmadığını, bunun gibi, büyükler cezaevlerinde ihdas olunmuş «mahsus kısımlar» da bulunmadığını söylememiz iktiza eder. Büyük mahkûmlardan ihtilâtı men ve hususî bir ıslah rejiminin tatbikine imkân verecek hususî cezaevlerinin memleketin muhtelif mintakalarında biran önce tesisî zarureti üzerinde uzun uzun durmağa mahal olmasa gerektir. Biz şu kadarına işaret edelim ki, bugün, 55 inci madde şümülüne giren çocukların büyükler cezaevlerindeki durumu hazindir. Bunlardan eski cezaevlerinde bulunanlar bir koğuştaki hiç bir iş yapmaksızın ve terbiye ve ıslahlarıyla katiyyen uğraşılmaksızın oturmakta, yeni cezaevlerinde bulunanlar da, sadece bazı atölyelerde çalışmaktadırlar.

140. — 55 inci maddemiz, 1/X/1938 tarih ve 3038 sayılı kanunla tâdil edilmezden önceki şeklinde hâkime, 15 ilâ 18 yaş arasında olan çocuklara hükmedilen cezaların —18 yaş ikmal edilmemiş olmak kaydiyle— bir ıslahhanede icrasını emredebilmek salâhiyetini vermişti<sup>134</sup>;

<sup>133</sup>) Tahir Taner, s.g. ikinci tab'ı, Sf. 338.

<sup>134</sup>) Bu münasebetle 55 inci maddenin birli, 2.VI.1933 tarih ve 2275 sayılı, diğeri, 1.X.1936 tarih ve 3038 sayılı kanunlarla olmak üzere iki defa tâdil edilmiş olduğuna işaret edelim: 933 kanunu birinci fıkradaki «cürüm ve kabahat» yerine «fîl» kelimesini, «mallî cezalar» yerine de «para cezası» tâbirini ikame etmiş, bend 1 e bend 2 ilâve edilmiştir.

936 tâdilâtı ise, önce, 933 tâdilâtı ile ilâve olunup müebbet sürgün yerine ikame edilecek cezaya müteallik bendi kaldırmış cezalarda bazı ağırlaştırmalar

sözü geçen tadilâtle, hâkime verilen bu takdir hakkı kaldırılarak, bunların cezalarının mahsus cezaevlerinde çektirileceği esas vazolunmuştur. Fikrimizce, tertip olunan ceza infaz edileceği zaman, icabı hale göre bunun «mahsus cezaevinde» mi yoksa, suçlunun, hüküm sırasında 18 yaşını ikmal etmemiş olması şartıyla 54 üncü maddede mevzuubahs bir ıslahhanede mi çektirilmesi iktiza edeceği noktasının, hâkimin takdir ve ihtiyarına bırakılması çok daha yerindedir; çünkü 54 üncü maddenin, çocuğun bir ıslahevine gönderilmesini emreden hükmünün matuf bulunduğu gaye yanında, 55 inci maddenin çocuğun behemehal «mahsus cezaevine» gönderilmesini âmir hükmü, bizce, bazı ahvalde esas gayeden uzaklaştırmayı müstelzim sert bir hüküm telâkki edilmek lâzım gelir; filhakika 15 yaşını bitirmeden pek az evvel suç işlemiş mümeyyiz küçüğün bir ıslah ve terbiye evine gönderilip uslanması bakımından başka esaslar içinde bir rejime tâbi tutulması muvacehesinde, 15 yaşını ikmalinden pek az sonra suç işlemiş —ve belki de aynı terbiye, ihtimam ve ıslaha muhtaç— bir çocuğun, mutlaka, ayrı esasların hâkim bulunduğu «mahsus cezaevi» rejimine tâbi tutulması, ekseriya umulan neticeyi vermiyebilir; 55 inci madde hâkime, çocuğu sübjektif bakımdan tetkike imkân verse, ve, hal ve vaziyetine uygun olarak, 54 üncü maddedeki ıslah evi rejimine mi, yoksa, mahsus cezaevi rejimine mi konulması lâzım geldiğini kararlaştırmak serbestisi içinde bulundursa, çok daha muvafık olurdu.

## 2) 18 ilâ 21 yaş arasındakiler:

141. — Türk Ceza Kanununun 56 ncı maddesine<sup>121</sup> göre suçu işlediği zaman 18 yaşını bitirmiş olup da 21 yaşını ikmal etmemiş olanlar hakkında da ceza, arzedegeldiğimiz devrelerdeki kadar olmamakla beraber, indirilerek verilmek iktiza eder. Kendilerinde temyiz kudretinin bulunduğu muhakkak olan bu gruptakiler hakkında, kanun vâzı, tecrübele-

yapmış, nihayet esas değişiklik, ifadesini, metinde üzerinde durduğumuz ve «ıslahhanede icrasını emredebilir» ibaresi yerine «onlara mahsus ceza evlerinde...» diye başlayan ve maddenin sonuna kadar sıralanan hükümlerde bulunmuştur.

<sup>121)</sup> Birli, 26.VI.1933 tarih ve 2275 sayılı, diğeri, 1.X.1936 tarih ve 3038<sup>\*</sup> sayılı kanunlarla olmak üzere, 56 ncı madde de, iki defa tâdil edilmiştir: birinci tadilât ile, maddedeki «cürmü» yerine «fili», «ıdam» yerine «ölüm» kelimeleri ikame edilmiş, maddenin son cümlesi de ayrı fıkra haline konmuştur; ikinci tadilât ise, maddedeki «fili» yerine «suç» kelimesini koyduktan sonra, ölüm cezasına bedel tertip olunacak ağır hapis cezasını teşdit eylemiş, nihayet, müebbet sürgüne bedel hükmedilecek cezadan bahis birinci fıkranın 2 ncı cümlesini kaldırmıştır.

rinin tam olmadığını gözönünde bulundurarak biraz müsaadekâr bulunmayı düşünmüştür.

Bir çok yabancı memleketler kanunları, bu mevzuda, işi kanunumuz kadar ileri götürmemekle beraber, bazı yabancı kanunlar da, aksine, aynı müsaadekârlığı göstermiş bulunmaktadırlar; meselâ İsviçrede 20, Brezilya, Yugoslavyada 21 yaşına kadar ceza indirilerek verilmektedir; İngilterede de, umumî mahkemeler, daha müessir telâkki ettikleri takdirde, 21 yaşından küçük olanlar hakkında ceza yerine bir terbiye tedbirine hükmedebilmektedirler.

Sayın Hocam Taner'in de ötedenberi belirttiği gibi, memleketimizin, irki mizaç ve iklimine müteallik hususiyetleri nazarı itibara alınacak olursa, tam mesuliyet çağının 21 yaşına kadar uzatılması hususunda ciddi bir sebep bulunmadığı ve mesuliyetin tahfifi çağının 18 yaşın ikmaline kadar uzatmayı kâfi telâkki eylemek lâzım geldiği<sup>128</sup> kanaatindeyiz. Kaldı ki, mehzaz kanun örnek ittihaz edilerek alınmış olan 21 yaşın orada kabulü sebepleri de memleketimiz bakımından varit değildir; gerçekten İtalyada, mesuliyet çağının 21 olarak tesbiti sebepleri ifadesini, rüşt bakımından 21 yaş esas almış olan İtalyan Medenî Kanunu ile bir âhenk tesis eylemekte ve Medenî Kanunun rüştü kabul için aradığı olgunluk ve fikrî ciddiyeti cezaî mesuliyet bakımından da aramakta bulur<sup>129</sup>. Rüşt için 18 yaşın ikmalini esas ittihaz etmiş olan Medenî Kanunumuz muvacehesinde, Ceza Kanununun mesuliyet çağını 21 yaş olarak kabul etmiş olması sebeplerini İtalyadaki sebeplerle izaha imkân olmadığı meydandadır.

Bu izahlardan anlaşılacağı veçhile, 18 yaşın ikmalinden sonra muhaffef mesuliyet esasının terkedilmesi ve kanunumuzda gereken tadilatın yapılması lâzımdır.

### § 3 — Yaş küçüklüğü maddelerine müteallik bazı umumî esaslar:

142. — Kanunumuz bakımından yaş küçüklüğünün cezaî mesuliyet

<sup>128</sup>) Tahir Taner, s.g. birinci tab'ı, Sf. 343; ikinci tab'ı, Sf. 358.

<sup>129</sup>) Manzini'nin İtalyan mevzu hukuku bakımından tesis olunmuş bu ahengi yerinde telâkki etmesine bedel, Majno, küçüklüğün intihasını 18 yaş olarak tesbit etmiş olan 1887 kanun profesine müteallik nezaret raporundaki mucip sebepleri daha yerinde ve muknî bulmaktadır; sözü geçen rapora göre, rüsd bakımından 21 yaş esas ittihaz etmiş olan Medenî Hukukun icapları, Ceza Hukukunun icaplarından daha üstün bir karışıklık arzelmekte olduğundan, Ceza Hukukunda küçüklüğün intihasını 21 yaşa kadar götürmeğe lüzum yoktur; Manzini s.g.e., Sf. 57; Majno, s.g. tercüme, Sf. 237.

üzerinde husule getirdiği tesirlere matuf tetkiklerimize son vermezden önce, bütün devrelere şâmil olmak üzere, bazı esaslardan, kısaca bahsetmek muvafık olur.

#### I — Yaşın tesbit sureti ve hesaplanması:

143. — Yaşın tesbiti için nüfus kayıtlarına bakmak lâzımdır. Yaşı tesbit edilmek istenilenin nüfus kaydında doğduğu ay ve gün belli değilse, Yargıtay 2 nci Ceza Dairesinin 10/3/938 tarihli içtihadına göre<sup>100)</sup> lehte hareket edilerek senenin son günü doğmuş sayılmak lâzımdır; buna mukabil ve yine Yargıtay Ceza Umumi Heyetinin bir kararına göre<sup>101)</sup> 65 yaşın bitirilmesinin mevzuubahs olduğu hallerde lehte olarak senenin ilk gününü doğum günü farzetmek iktiza eyler.

Diğer taraftan Rumî takvimin terk edilip Gregoryen takviminin kabul edilmesi üzerine, her iki yılbaşı arasında 13 günlük bir fark husule gelmiş bulunmaktadır<sup>102)</sup>. Bu farkın, doğum tarihleri Rumî takvime göre yazılmış bulunan suçluların yaş hesaplarında lehe olarak nazarı itibara alınacağı Yargıtayın müstakar içtihadı cümlesindedir<sup>103)</sup>. Bunun gibi nüfus kaydındaki doğum yılının —Hicri olduğu tasrih edilmedikçe— Rumî olarak kabul edilmesi lâzımdır<sup>104)</sup>.

Yaşı tesbit edilecek kimsenin zahir hali ile nüfustaki kaydı arasında mütabakat olmadığı görülürse, ceza mahkemesi, Usul Kanununun 255 inci maddesi sarahatine müsteniden, lüzum görülecek tashihleri Nüfus Kanunundaki usule göre yapacaktır<sup>105)</sup>.

<sup>100)</sup> Tahır Taner, s.g. 2 nci tab'ı, Sf. 343.

<sup>101)</sup> 26.X.1931 tarih ve 74/68 sayılı karar: Temyiz Kararları, ceza kısmı, 1930-1934, Sf. 169.

<sup>102)</sup> Rumî takvimle Gregoryen takviminde mebdede İsa'nın doğum günü olmakla beraber, sözü geçen 13 günlük fark katoliklerle ortodokslar arasında İsa'nın doğum günü bakımından mevcut fikir ihtilâfından tevellüd eylemektedir.

<sup>103)</sup> Ezcümle: Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin 4.V.929 tarih ve 2217 sayılı kararı; Ceza Genel Kurulunun 1.XII.1930 tarih ve 204 sayılı kararı; Cemal Köseoğlu, s.g.e., Sf. 75; Birinci Ceza Dairesinin 22.VI.1937 tarih ve 1542/2611 sayılı kararı; Temyiz Kararları, ceza kısmı, 1937, Sf. 258; Dördüncü Ceza Dairesinin 29.III.1941 tarih ve 3085 sayılı kararı; Cemal Köseoğlu, s.g.e., Sf. 77.

<sup>104)</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 21.X.1937 tarih ve 27 sayılı kararı; Cemal Köseoğlu, s.g.e., Sf. 79.

<sup>105)</sup> Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin 15.II.1940 tarih ve 573 sayılı kararına göre «maznunun muayene raporuna nazaran zahir halile kaydı arasında muvafakat görülmediği takdirde Nüfus Kanununun 11 inci maddesi sarahatli vechile doğumunu

144. — Suç işlemiş bir küçüğün yaşı nüfus kaydına göre tesbit edilecekse de, bu tesbit yapılırken yaşı nasıl hesaplanacağı üzerinde biraz tevakkuf etmek iktiza eder.

Şöyle bir misal düşünelim: 19/IX/1925 tarihinde doğmuş olan bir kimse, 3/XII/1940 tarihinde bir suç işlemiş olsa, yaşının tesbitine matuf hesap nasıl yapılacaktır?

Mesele basittir: Suçlunun doğduğu tarih, suçun işlendiği tarihten indirilmek ve çıkan rakamın sene hanesine bakmak lâzımdır; bu hanedeki rakam suçlunun yaşını gösterir:

$$\begin{array}{r} 3 \quad . \quad 12 \quad . \quad 1940 \\ -19 \quad . \quad 9 \quad . \quad 1925 \\ \hline \end{array}$$

14 (gün)      2 (ay)      15 (sene)

şu vaziyete göre acaba misalimizdeki suçlu kaç yaşındadır?

Bir fikre göre insan sıfır yaşında doğar ve 12 ay yaşadıktan sonra bir yaşında olur; binaenaleyh 12 ay tamamiyle yaşanmış olmalıdır ki, bir yaşında olabilsin; 12 nci ayın bitmesine bir gün, hattâ bir saat kalsa bile, o kimse henüz bir yaşında sayılamaz.

İmdi, bu düşünceye göre, yukarıki misalde suçlu, 15 yaşını ikmal etmemiştir; 15 defa 12 ayı yani 15 sene, 11 ay ve 30 günü tamamiyle yaşadıktan sonradır ki 15 yaşını bitirmiş addedilecektir; Halbuki misalimizdeki çocuk —15 sene 2 ay ve 14 gün yaşamış olduğuna göre— onun 15 yaşını bitirmesine daha 9 ay 16 gün vardır. İtalyan Temyiz mahkemesinin kanaati bu merkezdedir<sup>100</sup>.

Bizce bu telâkki tarzı kabul edilemez; insanın doğduğu «ande» sıfır yaşında olduğu muhakkak ise de, yukarıki telâkki 6 ay yaşamış bir kimseyi de —yarım yaşında olduğunu nazarı itibara almaksızın— sıfır yaşında kabul etmekte, bunun gibi meselâ 14 ay yaşamış bir kimseyi bir yaşında ve bu yaşı bitirmemiş olarak mütalâa eylemektedir; halbuki 14 ay yaşamış bir kimse bir yaşını ikmal ettikten gayri ikinci yaşından da iki ay almıştır; başka bir ifade ile sözü geçen kimse ikinci yaşını sürmektedir.

bilen kimselerin ve mensup olduğu köy ihtiyar heyetinin ve nüfus defterinde kayda esas olan ilmühaberî imzalatmış bulunan kimselerin celp ve istimai ve bu cihet mümkün olmadığı takdirde bir vesika mahiyetinde olması icabetmesi noktasından raporun buna inzılam eden mahkemenin takdirine uygun düştüğü takdirde hükme mesnet ittihazı icab eder». Nûrullah Kunter dosyasından.

<sup>100</sup>) Jannitti di Guyanga, in Conti, s.g.e., Sf. 1078.

Bu vaziyete göre, yukarıki misalimizde, fail, 15 sene 2 ay 14 gün yaşamış olduğuna göre, 15 yaşını ikmal etmiş, hattâ 16 yaşından 2 ay 14 gün bile almıştır.

Yargıtay da aynı şekilde düşünmüş olacak ki, 4 üncü Ceza Dairesi 13/III/1942 tarih ve 153/1916 sayılı bir kararında<sup>121</sup> yukarıda tasvir eylediğimiz hâdisede suçlunun 15 yaşını bitirmiş olduğunu kabul eylemiştir.

Bu izahlar gözönünde bulundurulmak suretiyle, Yargıtay İkinci Ceza Dairesinin 27/X/1939 tarih ve 11522/11665 sayılı kararı, arzedegeldiğimiz her iki telâkki tarzınca da kabul edilemez; sözü geçen karara göre «suçun 13/V/1938 tarihinde işlenmesine ve suçlunun 14/V/1339 tarihinde doğduğu kayden anlaşılmasına göre, 15 yaşını bitirmiş olduğunun düşünülmemesi yolsuzdur<sup>122</sup>.» Halbuki —13 günlük takvim farkıyla beraber— fail suçun işlenmesi halinde 14 sene 11 ay ve 16 gün yaşamış bulunmaktadır; bu itibarla o, birinci telâkkiye göre 13, bizim düşünce tarzımızda ise 14 yaşını ikmal eylemiştir; fakat her hal ve kârda ve her iki telâkkiye göre de 15 yaşını bitirmemiştir. Binaenaleyh, bağlanılan noktai nazar hangisi olursa olsun, Dairenin düşünce tarzına iştirak edilemez.

## II — Yaş sebebinin şümulü:

145. — Yaş küçüklüğü cezaî mesuliyeti bazan kaldıran, bazan hafifleten umumî bir sebep olduğu için, Türk Ceza Kanununun 53, 54, 55, 56 ncı maddelerindeki hükümler, sözü geçen kanunda mevcut bütün suçlarda olduğu gibi, hususî kanunlarla mevzu fiillerde de nazarı itibara alınmak ve yaş sebebiyle —yerine göre— mesuliyet büsbütün kalkmak veya azalmak, binnetice ceza da ona göre tayin olunmak lâzım gelir<sup>123</sup>; meğer ki, Ceza Kanunu ile hususî kanunlarda hilâfına sarahat ola.

Bu esasları gözönünde bulundurmak suretiyle, Yargıtay Ceza Umumi Heyetinin 13/VII/1942 tarih ve 3/73 sayılı olup<sup>124</sup> «yaş sebebiyle dükkân kapatma cezasının indirilmesi yolsuz» olduğuna müteallik kararında isabet bulunmadığı fikrindeyiz. Filhakika, Milli Korunma Kanununa göre, dükkân kapatma bir «ceza» kabul edildiğine ve sözü geçen kanun,

<sup>121</sup>) Cemal Köseoğlu, s.g.e., Sf. 78.

<sup>122</sup>) Cemal Köseoğlu, s.g.e., Sf. 72 - 73.

<sup>123</sup>) Bu mânada: Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin 9.IV.1941 tarih ve 1581/1328 sayılı kararile, Dördüncü Ceza Dairesinin 11.IX.1944 tarih ve 7875/8835 sayılı kararlarına bakınız; Metinler için, sırasıyla: Yargıtay Kararları, Ceza Bölümü, 1941 - 1942, Sf. 175; 1944, Sf. 152.

<sup>124</sup>) Yargıtay Kararları, Ceza Bölümü, 1941 - 1942, Sf. 175; Üçüncü Ceza Dairesinin 23.XI.1942 tarih ve 3859/7742 sayılı kararı; s.g. kararlar, Sf. 390.

hilâfına da bir sarahat ihtiva etmediğine göre, umumi hafifletici bir sebep olan yaştan dolayı tenzilât yapılamıyacağı düşüncesinin hukukî mesnedi kalmaz; nitekim, son olarak Yargıtay Hususi Dairesi, 29/V/1945 tarih ve 1743/1758 sayılı bir kararıyla<sup>14)</sup>, dükkân kapatmak cezasının yaş dolayısıyla tenzil edilmesi lâzım geleceğine haklı olarak karar vermiştir. Bu vaziyet karşısında meselenin tevhidî içtihat yolu ile halli iktiza etmektedir.

Diğer taraftan, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulunun 23/V/1941 tarih ve 28/11 sayılı olup «serseri ve dilencilerin boğaz tokluğuna veya müstahak oldukları ücretin yarısının verilmesi suretiyle muayyen müddet İdarei Hususiye ve Belediye işlerinde çalıştırılmaları ceza olmayıp, içtimai ve iktisadî bir tedbir mahiyetinde olmakla, Ceza Kanununun 54, 55, 56 ncı maddelerine tefikan yaştan dolayı tenzilât icrası<sup>15)</sup>» caiz bulunamıyacağını mübeyyin kararı hukukî esaslara uygun ve yerindedir,

### III — Mütemadî, müselsel, itiyadî suçlar:

146. — Cezaî mesuliyeti bazan büsbütün kaldıran, bazan hafifleten yaş küçüklüğünün, faraza 7 yaşından başlayıp, 16 yaşında veyahut diğer bir devrede başlayıp üst devre veya devrelerde, hattâ tam mesuliyet çağından sonra, nihayete eren mütemadî, müselsel suçlarla, tasvir eylediğimiz hallerde teşekkül eden itiyadî suçlar üzerinde icra edeceği tesir nedir?

Bu suçlara müteallik olmak üzere, müruru zamanın başlaması, kanunların geçmişe şâmil olmaması bakımından carî kaideler yaş mevzuunda da aynen varittir; binaenaleyh, çocuğun mütemadî suçlarda temadînin nihayete erdiği, müselsel suçlarla, itiyadî suçlarda da teselsül ve itiyadî husule getiren sonuncu fiilin vukua geldiği zamandaki yaşını göz önünde bulundurmak iktiza eder<sup>16)</sup>.

Naci Şensoy

<sup>14)</sup> Henüz nesredilmemiştir, Nurullah Kunter dosyasından.

<sup>15)</sup> Yargıtay Kararları, ceza bölümü, 1941-1942, Sf. 5.

<sup>16)</sup> Donnedieu de Vabres, s.g.e., No. 298; Majno, s.g. tercüme, No. 265; Manzini, s.g.e., Sf. 58.