

MAHKEME KARARLARI KRONİĞİ

Eski Hale Getirmenin Hukukî Mahiyeti

Temyiz Mahkemesi
Ceza Umumî Heyeti
Esas : 65
Karar: 68
Tarih : 15.5.1944

Talât Sabuncuya sövmekten suçlu Fuat hakkındaki dâvanın düşmesine dair verilen karara karşı dâvacı tarafından vaki eski hale getirme talebinin reddine ve 400 kuruş harcın kendisinden alınmasına dair Şebinkarahisar Sulh Ceza mahkemesinden verilip kat'ileşen 3/12/943 tarihli kararın, eski hale getirme talebi ret edilen dâvacıya fazla harç yükletilmesi yolsuz görüldüğünden mezkûr kararın usulün 343 üncü maddesine tevfiikan bozulması Adliye Vekâletinin yazılı emrine müsteniden Baş. M. U. likten ihbar edilmesine mebni Temyiz İkinci Ceza Dairesince tetkik olunarak; dâvacının eski hale getirme talebinin reddine dair mahkemece verilen kararların harca tâbi olduğu hakkında harç tarifesi kanununda hiç bir kayıt ve sarahat bulunmamasına nazaran fazla harç hükmedildiğine dair yazılı emre dayanan ihbarnamedeki bozma sebebi netice itibariyle varit bulunduğundan usulün 343 üncü maddesi mucibince hükmün bozulmasına ve bozma sebebine göre hükmolunan harcın tahsiline mahal olmadığına mütedair sadır olan 31/3/944 tarihli kararda; harç tarifesi kanununun 54 üncü maddesinin ve 50 nci maddede yazılı harçların 10 da üçü alınacağını âmir bulunan hallerden birinci bendini (eski hale getirme talebinin reddi) teşkil etmekte olduğundan adı geçen maddenin mutlâk olan yazılı bendi gözetilmeksizin dâvacının eski hale getirme talebinin reddine dair mahkemece

1) Ceza Umumî Heyetinin 15.5.1944 ve 27.6.1932 tarihli kararlarının tahlilinde istifade edilen eserler: *Beling*, Deutsches Reichstrafprozessrecht, Leipzig 1928.; *Bennecke - Beling*, Lehrbuch des Deutschen Reichstrafprozessrechts, Breslau, 1900.; *Birkmeyer*, Deutsches Strafprozessrecht, Berlin 1898.; *Erbs*, Handkommentar zur Strafprozessordnung, Frankfurt - Bonn, 1950.; *von Hippel*, Der Deutsche Strafprozess, Marburg, 1941.; *Kantar*, Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara, 1957.; *Kalthoener*, Probleme/aus/dem/strafprozessualen/Recht/der/Wiedereinsetzung/in/den/vorigen/Ctand, Berlin 1957.; *Kunter*, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 9164.; *KMR*, Kommentar zur Strafprozessordnung, Nürnberg, 1950.; *Rodolph*, JR. 1954.; *Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, Göttingen 1957.; *Stern*, JW. 1927.; *Schwarz*, Strafprozessordnung, München, 1953 - 1956.; *Taner*, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955.; *Ullmann*, Lehrbuch des Deutschen Strafprocessrechts, München 1893.

verilen kararların harca tâbi olduğu hakkında harç tarifesi kanununda bir kayıt ve sarahat bulunmadığından bahsile yazılı şekilde mahallince hükmolunan harcın büsbütün kaldırılarak harcın tahsiline mahal olmadığına karar verilmesi kanunî isabetten âri görülmüş olduğundan ceza umum heyetinde tetkik olunarak hususî daire kararının ref'ile muktazi kararın itası hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu bapta evrak 21/4/944 tarihli itirazname ile Birinci Riyaset Dairesine tevdi edilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Harç tarifesi Kanununun 54 üncü maddesinde eski hale getirme taleplerinin reddi halinde bu kanunun 50 nci maddesinde yazılı harçların onda üçü nisbetinde harç alınacağı açıkça gösterilmiş olmasına göre maddenin mutlak olan hükmü nazara alınmaksızın şahsî dâvacıların eski hale getirme taleplerinin reddine dair verilen kararların harca tâbi olmadığı hakkındaki hususî daire kararlarının kanuna mugayyeretinden bahsile itirazın tetkikile ref'i istenilmekte ise de; istinat olunan 54 üncü madde ile harç tâyinine esas tutulan 50 nci maddede ceza mahkûmiyetlerinden alınacak harçlardan bahsedilip şahsî dâvalardan alınacak harçlar hakkında bir hüküm bulunmadığından tarifenin 54 üncü maddesinde sözü geçen eski hale getirme taleplerinin reddi kararının şahsî dâva müddetleri hakkında verilen ret kararlarına şümulü olmadığı anlaşılmaktadır. Filhakika şahsî dâvalarda ve bunlar aleyhine kanun yoluna müracaat halinde alınacak harçlar harç tarifesinin müteakip 58 ve 59 ve 60 nci maddelerinde gösterilmiştir.

Bu maddelerde ise şahsî dâvacının eski hale getirme taleplerinin reddi hakkında verilen kararların harca tâbi olduğu hakkında hiç bir kayıt ve sarahat yoktur. Diğer taraftan eski hale getirme talepleri dâvadan vazgeçme kararını veren mahkemeden istenileceğine ve Ceza M. U. Kanunu mucibince kanun yolu itiraz ve temyizden ibaret olup bunun içinde kararı veren merciden gayri bir mercie müracaat lâzımgeldiğine göre umumî mahiyette kanun yoluna vaki müracaatların reddi halinde elli kuruş harç alınacağını gösteren tarifenin 56 nci maddesinin de hâdisede tatbik kabiliyeti görülememiştir.

Netice itibariyle bu gibi hallerde harç alınacağı hakkında tarifede bir hüküm bulunmadığından kanunî sebeplere dayanmayan itirazın reddine 15/5/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi².

I — Kararın tahlili :

Yukarıda dercettiğimiz Ceza Hey'eti Umumiyesinin mezkûr kararının yalnız bir noktasını tetkik etmek istiyoruz. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 41 ve müteakip maddelerinde tanzim edilmiş bulunan eski hale getirme müessesesinin hukukî bünyesi nedir?

Bu sorunun cevabı Yüksek Mahkememiz tarafından tam bir açıklık içinde olmasa dahi, görülebilecek derecede vuzuhla verilmiştir, ve eski hale getirme müessesesi bir kanun yolu değildir.

2) Bu karar «Temyiz Kararları Ceza Kısmı 1944, Ankara 1944. s. 105. ten alınmıştır.

İşte biz bu yazımızda eski hale getirme müessesesinin bir kanun yolu olup olmadığını tesbit edecek, kanun yolu değilse Ceza Muhakemeleri Usulü hukuku içinde müessesenin hukukî bünyesinin ne olması gerektiğini tesbite çalışacağız.

II — Hukukumuzdaki görüşler :

Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku ile meşgul müellifler eski hale getirme müessesesinin hukukî mahiyeti hakkında çeşitli fikirleri sürmüşlerdir. Kunter (365) müessese için, bir muamelenin süresinde yapılmaması aykırılığını giderme için, eski hale getirme adli talî mahiyette bir dâva açılması lâzımdır», demektedir, bundan sonra (s. 701) «Keza aykırılıkların bir çeşidini giderme için kabul edilmiş olan — eski hale getirme — bazen bir kanun yoludur. Fakat eski hale getirme yoluna gidilmeyen kararlara karşı dar mânada kanun yoluna gidilebilir. Eski hale getirme dâvasının reddi kararına karşı da acele itiraz yolu vardır. Görülüyor ki eski hale getirme yolu da geniş mânada bir kanun yoludur» hususunu ilâve etmektedir.

Taner (Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, İstanbul 1953) meseleye hiç temas etmemekte, Kantar (s. 66) bazı Alman müelliflerine atıf yapmak ve yukarıda dercetmiş bulunduğumuz Yüksek Mahkemenin de kararını göstermek suretiyle, eski hale getirmenin bir kanun yolu olmadığını kabul etmektedir. Erem (280) sarahatle, «Eski hale getirme bir «kanun» yolu değildir. Bu itibarla kanun yollarına ait hükümler burada tatbik edilemez» demektedir.

Yukarıda fikirlerini naklettiğimiz Türk hukukçularının tetkik mevzuumuz olan meseledeki görüşleri çeşitlidir. Bunları şöylece sınıflayabiliriz.

- a) Fikir beyan etmeyen müellifler (Taner)
- b) Eski hale getirme yolu geniş mânada bir kanun yoludur. (Kunter)
- c) Eski hale getirme bir kanun yolu değildir (Kantar) ve kanun yoluna ait hükümler burada tatbik edilemez (Erem).

III — Mevzu Alman Hukukundaki durum :

- a) *Tatbikattaki kanaat.*

Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesinin 4 üncü Ceza Dairesi 26 Mayıs 1891 tarihli bir kararı ile eski hale getirmenin bir kanun yolu olmadığını, eski hale getirme talebinin işi yüksek mahke-

meye götürmemesi ve infaza mâni olamaması, mahkemeden verilmiş bir karar veya hükme karşı da bir taarruz vasıtası olmaması, nihayet kanun yollarının gösterilmiş olduğu üçüncü kitapta da tanzim edilmemiş olması sebeplerini ileri sürerek kabul etmemektedir (Bu karar için bak. RG. 22/31 ve müt.).

b) *Doktrindeki durum.*

Alman doktrini çeşitli sebepler ile eski hale getirmenin bir kanun yolu olmadığını savunur. Bu fikirler şunlardır.

1) CMUK nun kabul ettiği teknik mânadaki kanun yolları, üçüncü kitabın ikinci ve üçüncü faslında gösterilmiş olup, bunlar, hukukumuzda göre İtiraz ve Temyizdir. Eski hale getirme ise bu kitap içinde mütalâa olunmadığına göre teknik mânada kanun yolu değildir³. Yüksek mahkememiz de «— kanun yolu İtiraz ve Temyizden ibaret olup..» şeklindeki mütalâası ile bu fikre yer vermiştir. Bu sebep, eski hale getirmenin bir kanun yolu olmadığını, CMUK nun sisteminden hareket etmek üzere, yani şekle dayanılarak göstermektedir⁴.

2) CMUK nun sistemine göre kanun yolunun karakteristik vasıflarından bir tanesi, Devolutiveffekt, yani talepten sonra işin yüksek vazifeli mahkemeye sevkinin icap etmesi keyfiyeti eski hale getirmede yoktur. Kanaatımızca Yüksek mahkememiz de, eski hale getirmenin bir kanun yolu olmadığını, biraz hatalı bir ifade tarzı ile bu sebebe de istinat ettirmekte, «Diğer taraftan eski hale getirme talepleri dâvadan vazgeçme kararını veren mahkemeden istenileceğine ve Ceza M. U. Kanunu mucibince kararı veren merciden gayri bir mercie müracaat lâzımgeldiğine göre..» şeklindeki ifade tarzı ile bunu kastetmektedir.

3) Eski hale getirme bir kanun yolu değildir; zira kanun yolunda esas fikir mevcut bir karar veya hükmün doğruluğuna veya yanlışlığına karşı bir taruz vasıtası teşkil etmesidir⁵. Eski hale iadede bu sebeple bir taruz vasıtası olmayıp, daha ziyade «kaçırılmış bulunan bir dâva muamelesi için özür dileme»⁶ «dâva mua-

3) Löwe - Rosenberg, 19/826.; Schmidt, 846.

4) Kalthoener, 2, 3.,

5) Rudolph, JR. 1954/4.; Hugo Stern, JW. 1927/533.

6) Kalthoener, 3 ten naklen.

melelerinin itmamı ve gecikmiş bulunan dâva muamelelerine ehemmiyet verilmesi, nazara alınması gayesini gütmektedir». Ancak, eski hale getirme talebi üzerine ilgili mahkeme mevcut bir kararı veya hükmü kaldırır, yani bunlar tesirlerini kaybederlerse, bu takdirde de yapılmış bulunan eski hale getirme talebinin bir taarruz vasıtası olduğu neticesi çıkarılamaz⁷. Bu neticeye şu sebeple varılmaktadır ki, eski hale getirme talebi bir vakıaya dayanacak, bir vakıa dermeyeran edilecek ve talebin kabul edilmemesi halinde verilecek kararda eski hale getirme müessesesine mevzu olan ve mehlin kaçırlmasına sebep olan vakıa tasrih olunacaktır⁸. Eski hale getirme talebinin tesirleri tamamen usulüdür. Ayırıcı vasfı, «Akzessorietät», yani muhakkak bir başka müesseseye bağlılık, ve bu bağlı olduğu müessese ile birlikte veya onun sebebi ile kabili tatbik olabilmesidir⁹. Bu doğrudan doğruya münasebet¹⁰ icra olunmak istenen dâva muamelelerini taarruzî mahiyet içinde telâkki etmemize ve dolayısıyla karar ve hükümlere karşı taarruz vasıtası olarak kabul etmemiz neticesini tevlit eylese dahi, eski hale getirme bir kanun yolu olarak kabul edilemez¹¹.

IV — Eski hale iade müessesesinin hukukî bünyesi nedir?

Eski hale getirmenin bir kanun yolu olmadığını gördük. Bazı müellifler ve tatbikat eski hale getirmeden bir kanun yolu olarak bahsederken, hukukî ıstılahlara gereken ehemmiyeti vermemiş olmaktadır¹².

Eski hale getirmeyi bir kanun yolu olarak kabul etmemek gerektiği gibi, bu müesseseyi «geniş mânada kanun yolu»¹³ veya «fevkalâde kanun yolu»¹⁴ gibi terimlerle de belirtmek hatalıdır¹⁵. Müessese için «hukukî müzaharet»¹⁶ ifadesi de renksiz olması sebebiyle

7) *Kalthoener*, 3.

8) *Kalthoener*, 3.

9) *Buder*, 2.; *Kalthoener*, 3 ten naklen.

10) *Kalthoener*, 3.

11) *Kalthoener*, 3.

12) *Kalthoener*, 3.

13) Alman İmparatorluk Askerî Yüksek Mahkemesi müesseseyi bu şekilde kabul etmişti. Bu hususta bak.: *Kalthoener*, 3. Türk hukukunda *Kunter*, (701) de bu görüşe taraftardır.

14) *Siegel*, GS. 42/277. *Kalthoener*, 3 ten naklen.

15) *Kalthoener*, 3.

16) *Buder*, 2, *Kalthoener*, 4 ten naklen.

le tenkit olunmaktadır ¹⁷ ve bunun her kanun yolu veya hukukî çare için kullanılagelen bir tâbir olduğu ileri sürülmektedir. «Hukukî Çare» ¹⁸ ifade tarzı da kullanılmakta olup, bunun da müessesenin tipik hususiyetlerini tebarüz ettirmeğe kifayet etmediği, dâva taraflarının veya dâva ile alâkalı üçüncü şahısların menfaatlerinin teşrihinde, dâva muamelelerinin bir hukukî çare olarak vasıflandırılmakta olduğu hususu gösterilmektedir ¹⁹.

Müessese «fevkalâde hukukî çare» ²⁰ veya «mutad dışı hukukî çare» ²¹ olarak da vasıflandırılmaktadır.

Kalthoener ²² yukarıda göstermiş bulunduğumuz ve çeşitli ifade tarzları ile hukukî bünyesinin belirtilmeğe çalışıldığı eski hale getirme mevzuunda ileri sürülen fikirleri tenkit eder. Evvelâ, kelime mânasından hareket edildiğinde eski hale getirme «fevkalâde» bir hukukî çare değildir; zira müessese Ceza Muhakemesi Usulünde tanzim edilmiş olup, bunun dışında da değildir. Eski hale getirme usulü fevkalâde bir çare olmadığı gibi, normal bir usulde intizamın tesisine, adaletin tecellisine hizmet etmektedir ²³, ve bu sebeple «fevkalâde» değil «normal» bir çaredir. «Mutad dışı hukukî çare» ifadesi ise yerindedir ²⁴. Bu şekildeki ifade tarzı eski hale getirme talebinin bir hukukî çare olduğunu göstermekte, kanun yolu olmadığını belirtmekte, bundan başka, mutad dışı ifade tarzı da mehil içinde yapılmayan muhakeme muamelesinin yapılmasına cevaz verilmesini de imkân içine alması bakımından bir mazereti de ihtiva etmektedir ²⁵.

V — Kanun yoluna ait hükümler eski hale getirmede de tatbik olunabilir mi?

Eski hale getirme müessesesinin bir kanun yolu olmadığını gördük. Kanun yoluna ait umumî hükümlerin eski hale getirme müessesesinde tatbik edilebilip edilemeyeceğini de araştırmak gerekir.

17) *Kalthoener*, 4.

18) Alman Eyalet Yüksek mahkemelerinden Hamburg, München bu görüşe iltifat etmektedirler. Bu hususta bak: *Kalthoener*, 4.

19) *Beling*, 329/1.

20) *Löwe - Rosenberg*, 20/151.; *Schmidt*, 91.

21) Rostok Eyalet Yüksek mahkemesinin görüşü. *Kalthoener*, 4 ten naklen.

22) S. 4.

23) *Kalthoener*, 4.

24) *Kalthoener*, 4.

25) *Kalthoener*, 5.

Yukarıda dercetmiş bulunduğumuz Yüksek mahkememizin kararı bu meseleye temas etmemektedir. Hukukumuzda Erem²⁶ eski hale getirmenin bir kanun yolu olmadığını beyan ettikten sonra, kati bir ifade ile «Bu itibarla kanun yollarına ait hükümler burada tatbik edilmez» demek, eserinin 285 inci sayfasında ise «Merciin eski hale getirme talebinin reddine dair olan kararına karşı acele itiraz merciine başvurmak lâzımdır. Bu sebeple yanlışlıkla başka bir mercie (meselâ temyize) başvurulmuş ise, müracaat yetkili mercie havale edilmelidir. Zira kanun yolunda mercide hatâ, talebin reddine sebep olamaz» şeklindeki bir ifade tarzı istimal etmekte, bu şekilde hem eski hale getirmenin bir kanun yolu olmadığını ve bu sebeple kanun yollarının umumî hükümlerinin tatbik edilemeyeceğini beyan ettikten sonra, CMUK nun 293 üncü maddesini, yani kanun yolları hakkındaki umumî hükümleri eski hale iadede de tatbik edilebileceği fikrini kabul etmektedir.

Kanaatımızca da²⁷ meselenin hallinde şu şekilde düşünmek gerekir. Eski hale getirme, yukarıda göstermiş olduğumuz sebeplerle, bir kanun yolu değildir. Ancak, dolayısıyla de olsa karar veya hükümlere karşı olan taarruz vasfı dolayısıyla ve kanun yollarına benzer tesir icra etmesi sebebiyle, kanun yolları hakkındaki CMUK nun umumî hükümlerinin (md. 289 - 296) bu müesseseye de kıyasen tatbik edilebilme neticesini tevlide müsait midir? Kanun yolları umumî hükümlerinin teker teker müesseseye tatbiki ile bir neticeye varabiliriz. Kanun yolları umumî hükümlerinin eski hale getirmede kabili tatbik olup olmadığını üç kısım içinde mütalâa etmek mümkündür.

- 1) *Kanun yolları umumî hükümlerinden bazıları mutlak surette eski hale getirmede tatbik edilemez.*

Kanun yolları hakkındaki umumî hükümlerin bazıları eski hale getirme müessesesinde, bu iki müessesenin mahiyet ve muhteva farkı arzettiği hususlarda, mutlak surette tatbik kabiliyeti yoktur.

CMUK muzun 294 ve 296 ncı maddeleri bu şekilde olan hükümlerdir. 294 üncü maddedeki, «cumhuriyet müddeiumumiliği tarafından aleyhine kanun yoluna müracaat olunan karar maznun lehine bozulabileceği gibi tâdil de olunabilir», şeklindeki hükmü eski hale

26) 280.

27) Bu düşünüş tarzımız hemen hemen bütün Alman müellifleri tarafından bahis konusu yapılmıştır.

getirmede tatbik edilemez. Çünkü CMUK nun 294 üncü maddesi münhasıran mevcut bir karar veya hükme karşı tatbik edilebilen bir maddedir ²⁸. CMUK nun 296 ncı maddesi ise ,kanun yoluna müracaat üzerine verilecek karar duruşma ile verilecekse, bu müracaatın geriye alınması ancak hasmın muvaffakati ile olabilmektedir. Demek ki, bu madde münhasıran duruşma yapılan işlere inhisar etmektedir. Halbuki eski hale getirme müessesesi duruşmasız tatbik edilir ²⁹.

2) *Kanun yollarının umumî hükümlerinin eski hale getirme müessesesi-ne tatbik için kıyasa dahi müracaata lüzum yoktur.*

Kanun yolu umumî hükümlerinden bazılarının eski hale getirmeye kıyasa gidilmeden (falsa demonstratio non nocet) olarak kabili tatbik olunacağı ileri sürülmektedir ³⁰. Bu, CMUK numuzun 293 üncü maddesidir. Kabule şayan bir müracaatta kanun yolunun veya merciin tâyininde yapılan bir hatâ müracaat edenin hukukunu ihlâl etmeyeceği kaidesi mutlak surette eski hale getirmede de tatbik olunmalıdır; zira 293 üncü madde hükmüne hâkim olan fikir umumî olup, bütün ceza muhakemesi hukukuna şâmil ve hâkimdir ³¹.

Ceza Muhakemesinde, dâvaya dahil olanların, bilhassa maznunun, hakikî iradesini bulmak ve bunu tesbit ettikten sonra kabul etmek gerekir ³².

Bundan başka CMUK nun 295 inci maddesinin birinci fıkrasındaki, kanun yollarına müracaatta bulunmak hakkının ıskat olunması veya vukubulmuş bir müracaattan vazgeçilmesi, bu müracaat için muayyen mehlin bitmesinden önce dahi muteber olabileceği kaidesi, eski hale getirme için de tatbik edilir. Esasen eski hale getirme mevzuunda müracaatta bulunabilecek olan kimsenin bu hakkını istimal etmemesi yanında, ettikten sonra vazgeçemeyeceğini kabul tenakuz olur ve CMUK nun 295 inci maddesi hükmü olmasa dahi, eski hale getirme mevzuunda yapılan müracaattan vazgeçilebileceğini kabul etmek gerekir ³³.

28) *Kalthoener*, 5.

29) *Kalthoener*, 5.

30) *Schmidt*, 92.

31) *Löwe - Rosenberg*, 19/159.; *Schwarz*, 19/408.; *KMR*, 471.; *Schmidt*, 865.; *Erbs*, 255.

32) *Kalthoener*, 5.

33) *Kalthoener*, 5.

- 3) *Kanun yolları hakkındaki umumî hükümlerin kıyasen eski hale getirme müessesesine tatbikinın kabil olduğu hükümleri.*

Beyan edelim ki, doktrinde en fazla münakaşa mevzuu olan husus budur. Löwe - Rosenberg 19 uncu basısına kadar 296/2, 297, 298 inci (TCMUK, 289 ikinci cümle, 290, 291) maddelerin eski hale getirmede kıyasen tatbik edileceğini kabul ettikten sonra, bu basısında fikir değiştirmiş, 20 nci basısında ise, meseleye umumî bir ifade ile temas etmiştir.

CMUK nun 292 nci maddesinin eski hale getirmede tatbikinde herhangi bir müşkülâtla karşılaşılmaz. Mevkuf olan maznunun tev-kifhanenin bulunduğu mahaldeki mahkemenin kâtibine beyanda bulunmak suretiyle de kanun yollarına müracaat edebilecektir. Bu hüküm, hürriyeti tahdit edilmiş bulunan maznunun kanun yoluna müracaatta karşılaşacağı zorluğu izale etmektedir. Hürriyetin tahdit edilmiş olması, eski hale getirme talebinin de yapılabilmesini güçleştirmiş olabilir. Beyan etmek gerekir ki, böyle bir güçlük çok nadir olarak meydana gelecektir ³⁴, zira eski hale getirmede kanun, muayyen bir şekli aramamaktadır ve CMUK nun 292 nci maddesi yazı bilmeyen ve talebini muntazam bir şekilde zabta geçirmeyi arzu eden hürriyeti tahdit edilmiş bulunan kimse bakımından ehemmiyet arzedecektir ³⁵.

CMUK muzun 290 ıncı maddesi hükmü, yani müdafî maznunun açık arzusuna muhalif olmamak şartıyla kanun yollarına müracaat edebilmek hakkı, eski hale getirme müessesesi içinde kıyasen tatbik olunabilir mi? Beyan edelim ki, bu hususta doktrinde ittifak olup ³⁶, CMUK nun 290 ıncı maddesinin eski hale getirmede tatbik edileceği merkezindedir.

CMUK muzun 291 inci maddesine göre maznunun kanunî mümessili ve maznun kadın ise kocası bunlara açık olan kanun yollarına müddeti içinde kendiliklerinden müracaat edebileceklerdir. Bu hükmün eski hale getirmede tatbik edilip edilemeyeceği münakaşalıdır. Beyan edelim ki, münakaşalı olan husus kanunî mümessil ve maznun kadın ise kocasının eski hale getirme talebini kendilerine ait olan hakkı istimal edip etmeme hususunda değil, temsil ettikleri kimseye ait olan hakkın onların lehine olarak istimalidir. Yoksa

34) *Kalthoener*, 5, 6.

35) *Kalthoener*, 6.

36) *Schmidt*, 92.; *Bennecke - Belinğ*, 306/20.

kanunî mümessil veya kocanın kendilerine ait olan eski hale getirme hakkını mutlak olarak istimal edebilecekleri kabul edilmektedir³⁷. Maznunun lehine olarak kanunî mümessilin veya kocanın eski hale getirme talebinde bulunabilip bulunamayacağının münakaşalı olduğunu kaydetmiştik. Ekseri müellifler³⁸ CMUK undaki 291 inci maddenin yalnız kanun yolları hakkında kabul edildiği gerekçesi ile maddenin eski hale getirmede tatbik edilemeyeceği kanaatındadırlar. Alman tatbikatı da³⁹ bu merkezdedir. Diğer bazı müellifler ise⁴⁰ maddenin kıyasen eski hale getirme içinde kabili tatbik olduğunu menfaatler münasebetinden ve müessesenin bir nevi kanun yolu fonksiyonunu da ifa etmesinden çıkartmaktadırlar. Mademki kanunî mümessil veya koca temsil ettikleri kimsenin menfaatlerine uygun hareket eden kimselerdir, öyle ise bunlar kendileri bakımından mevcut olmayan ve fakat temsil ettikleri şahıs için bahis konusu olabilen sebeple eski hale getirme talebinde bulunabilmelidirler.

CMUK muzun 289 uncu maddesinin eski hale getirme müessesinde kıyasen tatbik edilebilip edilemeyeceği meselesine ise Temyiz Mahkememiz Ceza Umumî Hey'tinin 27.6.1932 tarih ve 79/85 sayılı kararı hakkında yazmış olduğumuz tahlilde geniş bir şekilde aşağıda temas ettik.

C. Müddeiumumisinin Eski Hale Getirme Talebi

Temyiz Mahkemesi

Ceza Hey'eti Umumiyesi

Esas No : 79

Karar No: 85

Karar tarihi : 27/6/932

Hasan karısı Ayşenin geceleyin gizlice hanesine girerek kama ile tehdit etmek suretiyle ırzına geçmekten suçlu Ali ve Mehmedin beraetlerini mutazammın karar C.M.U. liğinin temyizine binaen bozulup ilede edilmekle eski hükümde ısrara dair verilen hükme karşı C.M.U. liğinden verilen temyiz istidamesi her ne kadar müddeti kanuniyenin mürurundan sonra verilmiş olduğu görülmekte ise de mezkûr istidanemede bahsedilen kanunî sebepleri tetkik edip eski hale getirme talebinin muvafıkı usul olup olmadığına dair karar vermek

37) KMR, 64.

38) Löwe - Rosenberg, 20/.; Schwarz, 16/379.; Erbs, 254.

39) RG. 38/9. 1. CD. 25 Mart 1905 tarihli olan bu kararın Würzburg Asliye Mahkemesinin bir kararı sebebiyle vermiştir.

40) Bennecke - Belling, 306/20.; Kalthoener, 101.

temyiz hey'eti umumiyesine ait olduğuna dair (Nevşehir) ağır ceza M. den ahiren verilen 27/4/932 tarihli ısrar kararının dâvacı ve 23/5/932 tarihli kararında C.M.U. liği taraflarından temyizen tetkiki istida edilmesine mebni bu bap-taki evrak C.B.M.U. liği memuriyeti aliyesinin, 23/6/932 tarihli tebliğname-siyle birinci riyaset dairesine tevdi edilmekle umum ceza hey'etinde okundu:

Müddeiumumilik makamından muta temyiz istidasında eski hale getirme talep edilmemiş ve esasen mahkemelerin eczasından olan müddeiumumilerin mazaretleri halinde vazifeleri vekili kanunileri tarafından icra edileceğinden taraflar için mehle riayet imkânsızlığının husulü ihtimaline binaen kabul olunan eski hale getirme talebinin müddeiumumiler için lüzumu da varit bulunmamış ve mezkûr istida müddetinden sonra verilmiş olduğu ve dâvacı tarafından ısrar kararı temyiz edilmiş ise de evvelce sadır olan hükmü temyiz etmemekle merkumun da ısrar kararını temyize salâhiyeti bulunmadığı cihetle her iki istidanın esbabı mezkûreden dolayı (reddine ve 4 lira ilâm harcının müsted'ii temyiz dâvacıdan alınmasına 27/6/932 tarihinde müttefikan karar verildi ¹.

Mezkûr Ceza Umumî Hey'eti kararı, eski hale getirme müessesesinin Cumhuriyet Müddeiumumileri için tatbik edilemeyeceğini, oldukça umumî bir ifade tarzı istimal etmek suretiyle belirtmektedir.

Kanaatımızca, Cumhuriyet Müddeiumumiliğinin eski hale getirme müessesesine müracaat edebilip edemeyeceğini çeşitli noktalardan incelemek gerekir.

Evvelâ, C. Müddeiumumisi iddia makamı olarak kanunun kendisine tanıdığı bir mehle riayet edememiş olması sebebiyle, yani kendisi için, eski hale getirme müessesesine gidebilip gidemeyeceği problemi üzerinde durmak lâzımdır.

Bundan sonra, CMUK muzun 289 uncu maddesine göre C. Müddeiumumisinin maznunun lehine olarak da kanun yoluna müracaat edebileceğine mütedair olan hükmün, eski hale getirme müessesesi için de kıyasen kabili tatbik olup olmadığı hususu da incelenmelidir.

I — C. Müddeiumumisi kendi namına eski hale getirme talebinde bulunabilir mi?

Yukarıda tesbit ettiğimiz ve halli gereken bu meselenin çeşitli kısımlar içinde incelenmesi mümkündür.

Evvelâ, C. Müddeiumumisi kendisine tanınan bir muamele mehline CMUK nun 41 inci maddesinde gösterilen sebeplerin mevcudiyeti dolayısıyla riayet edememiş ise eski hale getirme müessesesine müracaat edebilir mi?

1) Bu karar «Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi 1930 - 1934, Halk Basımevi 1935, sah. 288» den alınmıştır.

Saniyen, C. Müddeiumumisi müddeiumumilik memurlarından birisinin kusuru sebebiyle mehle riayet edememiş ise, teşkilât olarak eski hale getirme müessesesinden istifade edilebilir mi?

A) *CMUK nun 41 inci maddesinde gösterilen sebeplerin mevcudiyeti halinde C. Müddeiumumisi eski hale getirme talebinde bulunabilir mi?*

Öyle mücbir sebepler veya beklenilmeyen veya sakınılması kâbil olmayan hâdiseler olabilir ki, mehle riayet imkânsızlığını tevhit edebilir. Hattâ 4473 sayılı ve 16 Temmuz 1943 tarihli yangın, yersarsıntısı, seylâp veya heyelân sebebiyle mahkeme ve adliye dairelerinde ziyaa uğrayan dosyalar hakkında yapılacak muamelelere dair kanunun 43 üncü maddesince, kanunî mehillerin bu kanunun mahallinde tatbikine başlandığı tarihten itibaren bir ay işlemeyeceğine dair olan hüküm dahi, mücbir sebep veya beklenilmeyen veya sakınılması kabil olmayan hâdise dolayısıyla mehlın kaçırılmasına mani olmayabilir. Bunun gibi, ihtilâl, dahilî harp, umumî grev vesaire sebebiyle ² adlî mekanizmanın işlememesi mehillerin kanunî uzatılması neticesini tevhit etmeyeceğine göre, bu hallerde CMUK nun 41 inci maddesinde ifadesini bulan ve beklenilmeyen hal veya sakınılması kabil olmayan hâdiseler sebebiyle C. Müddeiumumiliğine de eski hale iade talebinde bulunabilme hakkı tanınmalıdır.

Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesi de, adlî faaliyetin tatil edilmiş olması halinde mehillerin uzamayacağını, fakat bu halde eski hale getirme talebinin mümkün bulunduğunu kabul etmiştir ³.

Türk doktrininde Taner ⁴ eski hale getirme yalnız şahsî mani ve mazeretlere dayanmaz, yangın, zelzele, su baskını gibi tabiî hâdiseler de mehle riayet edilmemesini intaç edebilir demektedir. Kantar ⁵ da şartları varsa savcıların da eski hale getirme talebinde bulunabileceklerini kabul eder. Kunter ⁶ de aynı kanaattadır.

2) Löwe - Rosenberg, 19/158.

3) RG. 53/300. 4. CD. 19.9.1919. Bu karar Leipzig Asliye mahkemesinin bir kararı sebebiyle verilmiştir.

4) Taner, 238.

5) Kantar, 67.

6) Kunter, 365.

Yüksek mahkememizin yukarıda dercedilen kararı, eski hale getirmeyi C. Müddeiumumileri için tatbik edilemeyen bir müessese olarak kabul ediyor ve sebep olarak da C. Müddeiumumiliğinin mahkemenin eczasından olması halini gösteriyor. «Mahkemenin eczası» şeklindeki ifade tarzı ile Yüksek mahkemenin neyi kastetmiş olduğu sarahatle anlaşılamamakta ise de, zannımızca, bu ifade C. Müddeiumumiliğini mahkemeye dahil bir müessese olarak aksettirmekte ve mahkemeye dahil olan bir makamın, nasıl ki mahkeme re'sen eski hale getirme yoluna gidemezse, C. Müddeiumumiliği de bu hukukî çareden istifade edemeyecektir. Yüksek mahkemenin, C. Müddeiumumiliğinin mahkemeye dahil bir müessese olduğu hususundaki hatalı görüş üzerinde durmayacağız. Ancak, bu görüş kabul edilse, yani C. Müddeiumumiliğinin mahkemeye dahil bir müessese olduğu fikri benimsense, acaba re'sen eski hale getirme müessesesinin talep edilebilip edilemeyeceği yine bir problem olarak incelenebilecektir⁷.

Yüksek mahkemenin C. Müddeiumumisinin eski hale getirme müessesesinden faydalanamayacağını «.. taraflar için mehle riayet imkânsızlığının husulü ihtimaline binaen kabul olunan eski hale getirme talebi müddeiumumiler için mevzubahis olamaz» şeklinde diğer bir ifade ile göstermiştir. Bu sebebin mesnedi üzerinde uzun uza-
dıya durmak ve C. Müddeiumumisinin taraf olup olmadığını çeşitli şekillerde halletmek mümkündür⁸. Biz, zamanımızda da devam eden bu münakaşalı meseleye girmeden şunu söyleyebiliriz ki, eski hale getirme müessesesinin C. Müddeiumumisinin taraf olma veya olma-
ma hususu ile hiç bir alâkası yoktur. Ceza muhakemesinin muayyen bazı müddetlere riayet edilmek suretiyle intizam içinde cereyan et-
mesi yanında, maddî hakikatin de araştırılması en başta gelen prensiplerdendir. C. Müddeiumumisi de ceza muhakemesinde mehiller ile bağlıdır. Bir mehlin kaçırılmış olması halinde C. Müddeiumumisinin şartları varsa eski hale getirme hukukî çaresinden istifade edeme-
yeceğinin sebebini izah imkânsızdır. Kanunun maddî hakikati usulün şekli intizamına feda ettiğini düşünebilmenin mümkün olmadığını zannediyoruz. Kanun, C. Müddeiumumisinin de mehillere riayet et-
mesi gerektiğini vazederken, kaçırılması halinde, şartları varsa, es-

7) Bu mesele üzerinde ayrı bir yazımızda durmayı ve tetkik konumuzu genişletmemeyi daha uygun telâkki etmekteyiz.

8) Bu hususta ileri sürülen fikirler ve tenkitleri hakkında bak.: *von Hippel*, 227.

ki hale getirme müessesesinin işlemeyeceğini kabul edememezlük görüşünü benimseyemez.

Bu husustaki kanaatimiz netice olarak şudur ki, CMUK nun 41 inci maddesinde tasrih olunan hallerin vukuunda prensip olarak C. Müddeiumumisi de eski hale getirme müessesesine müracaat edebilir. Ancak, aşağıda tekik ettiğimiz veçhile, savcılığın kusurlu olması hali bilhassa nazara alınmalı ve buna göre mesele halledilmelidir.

B) *C. Müddeiumumisi müddeiumumilik memurlarından birisinin veya kendisinin kusuru sebebiyle mehle riayet edememiş ise, teşkilât olarak eski hale getirme müessesesinden istifade edilebilir mi?*

Bahis konusu problem Yüksek mahkememizin tatbikatında temas ettiği bir haldir. Ceza Umumî Hey'eti müddeiumumilerin mazeretleri halinde vazifeleri vekili kanunileri tarafından icra edileceğinden taraflar için mehle riayet imkânsızlığının husulü ihtimaline binaen kabul olunan eski hale getirme talebi müddeiumumiler için mevzubahis olamayacaktır. Karar çeşitli sebepler ileri sürmekte ve bu sebepler mahiyetleri ile de değişik vasıflar arz etmektedir. Karara göre, müddeiumuminin mazereti halinde eski hale getirme talep edilmez; zira müddeiumumilerin vekilleri mehle riayet ile mükelleftirler. Mazeretleri CMUK nun 41 inci maddesine göre eski hale getirme sebebi olamayacaktır.

Yüksek mahkememizin bu görüşü hakkındaki kanaatımızı belirtmeden önce, meselenin mehzaz kanunun tatbikatında ne şekilde halledilmiş olduğunu inceleyelim. Alman tatbikatı zaman içinde değişiklik göstermiştir.

1) İmparatorluk Yüksek mahkemesi bir tip kararında⁹ belirttiğine göre, müddeiumumilik memurlarından birisinin kusuru neticesi mehil kaçılmış ise, bu CMUK nun 44 üncü (Türk CMUK. 41) maddesine göre beklenilmeyen hal değildir. Nasıl ki avukat bürosunda çalışan bir kimsenin kusurlu hareketi sebebiyle mehli kaçırır ve eski hale getirme talebinde bulunamazsa, aynı esastan hareket etmek suretiyle müddeiumumilerin de müddeiumumilik kaleminde çalışanların kusuru sebebiyle eski hale getirme talebinde bulunamayacaklarını kabul etmek gerekir.

9) RG. 3. CD. 26.1.1925, JW. 54/996.

2) Neuwied Asliye mahkemesi 6 Ağustos 1925 tarihinde vermiş olduğu bir kararda ¹⁰, bazı hallerde eski hale getirmeyi kabul etmiştir. Bu kararın esasları şöyledir: Kanun beklenilmeyen halden neyin anlaşılması gerektiğini tasrih ve tarif etmemiştir. Kanunun hazırlık çalışmaları da meseleye ışık tutabilecek mahiyette değildir. Hukukî bir mefhum olarak beklenilmeyen halden neyin anlaşılması gerektiği hususu çeşitli şekillerde halle müsaittir. Müddeiumumilik kaleminde yazı işleri ile meşgul memurları müddeiumuminin veya yardımcılarının devamlı olarak kontrol etmeleri bugün imkânsızdır. Şayet, müddeiumumi veya dâvanın fiili ve maddî cephesi ile meşgul olan memur vazifesini lâıyıkı ile yapmış ise, bu halde bunlardan gayrı memurların yaptıkları kusur eski hale getirme sebebi olmalıdır. Hâdisede, mübaşir zamanında kendisine verilen istinaf dilekçesini zamanında götürmemiş ise bunda müddeiumuminin kusuru yoktur. Kanunun tefsirinde genişletici yoruma gitmeli, maddî hakikat şekle feda edilmemelidir.

Görüldüğü üzere mahkeme, mehle esas olan vakıa ile maddî ve fiili münasebet halinde bulunmayan müddeiumumilik memurlarının kusurlu hareketlerini eski hale getirmede beklenilmeyen hal olarak kabul etmiştir.

3) Neuwied mahkemesinin bu kararından sonra Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesi bu mesele hakkında kanaatını tekrar belirtti. Yüksek mahkemenin 3. Ceza Dairesinin 3.7.1933 tarihinde vermiş bulunduğu kararın esasları şunlardır ¹¹ :

«Hâdisede müddeiumumi temyiz sebeplerini yazmış ve daktilo edilmesi için kaleme vermiş, fakat kalem diğer acele işlerle meşgul olduğundan temyiz müddeti geçtikten bir gün sonra daktilo edilen temyiz lâyihası imzalanmak üzere müddeiumumiye verilmiştir. Bu hal eski hale getirme sebebi olamaz. Müddeiumumilik kalemdeki intizamsızlık sebebiyle mehil kaçırılırsa eski hale getirme talebinde bulunamayacağı gibi, yalnız yazı işleri ile meşgul memurun veya müddeiumuminin kusuru da eski hale getirme talebine sebep olamaz; zira burada dâvaya iştirak edenlerin kusurunu kabul etmek gerekir».

Almanyada meselenin tatbikatını zaman içindeki değişikliği ile gösterdik. Bugünkü tatbikat, müddeiumuminin kendisinin veya dâva dosyası le fiili alâkası olan veya olmayan müddeiumumilik me-

10) Bu kararın tam metni için bak: JW. 1925/2503.

11) Bu kararın tam metni için bak: RG. 67/265.

murunun kusurunu eski hale getirme sebebi olarak kabul etmemektedir. Doktrin de bu görüşü benimsemektedir ¹². Kanaatımızca, hukukumuz bakımından da aynı neticeye varmak gerekir. Müddeiumumi ne kendi kusurlu hareketini ne de müddeiumumilik kaleminde vazifeli bir memurun kusurlu hareketini sebep olarak ileri sürerek eski hale getirme talebinde bulunamamalıdır. Vazifeli memurun dâvanın fiili ve maddî hususları ile alâkalı olup olmamasının da ehemmiyeti yoktur ve neticeyi değiştirmemelidir.

II — C. Müddeiumumisi CMUK un 289 uncu maddesine göre maznunun lehine eski hale getirme talebinde bulunabilir mi?

Yüksek mahkememizin yukarıda dercetmiş bulunduğumuz kararı meselemizin bu şikkında iki şekilde anlaşılabilir. Ya mezkûr karar meseleyi bütün cepheleriyle halletmiştir ve bu takdirde C. Müddeiumumisi ne kendi namına ne de maznunun lehine eski hale getirme talebinde bulunamayacaktır, veya karar yalnız müddeiumuminin kendisi için bahis konusu olan mehiller sebebiyle eski hale getirme talebinde bulunamayacağını belirtmekte, maznunun lehine olarak yapılacak müracaat hakkında herhangi bir hükmü ihtiva etmemektedir.

Tesbit ettiğimiz ihtimallerden birinci şekil gibi düşünmek için kararda ileri sürülmüş bulunan bazı hususlar vardır. Mahkemenin eczasından olan müddeiumumi ifade tarzı ile eski hale getirme talebinin müddeiumumiler için lüzumu da varit bulunmamış şeklindeki beyan böyle bir tefsire imkân vermekte, bundan başka, C. Müddeiumumisi için bahis konusu olmayan bir selâhiyet maznunun lehine olarak evleviyetle kabul edilmeyecektir.

İkinci ihtimal içinde düşünebilmemizi imkân dahiline sokan husus, mezkûr kararın verilmesinin sebebinin C. Müddeiumumilik makamının kusurlu hareketine dayanması ve bu sebeple verilmiş olması, maznunun lehine gidilen bir hukukî çare olması keyfiyetine ve CMUK nun 289 uncu maddesinden hiç bahsetmemesidir. Bundan başka, taraflar için mehle riayet imkânsızlığının husulü ihtimaline binaen kabul olunan eski hale getirme müessesesinin bu vasfı kabul olununca, taraflardan maznun için de müddeiumuminin 289 uncu maddeye kıyasen gidebileceği neticesi çıkabilecektir.

12) Schmidt, 95.

Bizce, mezkûr karar meselenin yalnız bir cephesini halletmekte, yani müddeiumumilerin kendileri için bahis konusu olan mehle riayet imkânsızlığı halinde eski hale getirme hukukî çaresine gidemeyeceklerini tesbit etmekte, tetkik konumuz olan ve maznunun lehine eski hale gidilip gidilemeyeceği hususuna hiç temas edilmemektedir. Beyan edelim ki, Türk doktrininde de mevzuumuzun bu kısmına hiç bir müellif temas etmiş değildir. Bu sebeple, CMUK muzun 289 uncu maddesi muvacehesinde C. Müddeiumumisinin maznunun lehine de eski hale getirme yoluna gidip gidemeyeceği meselesini tetkik etmelidir.

A) *Tatbikattaki temayül.*

Tetkik konumuz, Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesinin tatbikatına mevzu teşkil etmiş, ve müddeiumumilerin maznunun lehine olarak eski hale getirme müessesesine müracaata selâhiyetli olmadıklarını sebepler göstererek içtihat etmiştir. Bu kararın serbest yapılmış tercümesi şudur ¹³ :

«S. mahkemesinin 17 Nisan 1891 tarihli olup maznunun ağır pezevenklik suçundan dolayı mahkûmiyetine mütedair olan hükmü, maznun tarafından 24 Nisan 1891 tarihinde temyiz edilmiştir. S. Mahkemesine gönderilen temyiz dilekçesi 24 Nisan 1891 de S. Mahkemesinin savcılığının eline geçmiş, fakat savcılık istidayı 25 Nisan 1891 tarihinde kaydetmiş ve mahkemeye sevk etmiştir. Kanun yoluna müracaat müddeti geçirilmiş olmasına rağmen, ve talebin reddinden evvel savcılık, 27 Nisan 1891 tarihinde maznunun lehine mehlın kaçırılmış olması sebebiyle eski hale getirme talebinde bulunmuştur.

Bu talebin terviğine imkân yoktur.

Eski hale getirme müessesesi mahiyeti ve hukukî bünyesi itibariyle bir kanun yolu değildir; zira bu müessesenin ne devolutiv (işin yüksek vazifeli mahkemede tetkiki) ve ne de suspensiv (şekli kesin hükme mani olması ve infazı durdurması) tesiri olmadığı gibi, kanun yollarının gösterildiği üçüncü kitapta da tanzim olunmadığı gibi bu kitap hükmünün bu müessese için de tatbik edileceğine dair bir sarahat dahi mevcut değildir. Bu sebepler dolayısıyla CMUK

13) Yüksek mahkemenin 4 üncü Ceza Dairesinin 26. Mayıs 1891 tarihli olan bu içtihadı Schweidnitz Asliye Mahkemesinin bir kararı sebebiyle verilmiştir. Kararın tam metni için bak: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Leipzig Cilt 22, sah. 31 ve müt.

nun 338 inci maddesinin ¹⁴ 2 nci fıkrası hükmü ve kanun yoluna müracaat hakkındaki kaideler eski hale iade müessesesine tatbik edilemezler. Bir hukukî çare olan eski hale iade müessesesi için kanun yolları hükümlerinin kıyasen de tatbikine imkân olmamalıdır.

Eski hale iadenin tatbik edilemeyeceği hususunda ilk sebep, bu müessesenin mahkemeden sadır olmuş bulunan kararlara karşı bir taarruz vasıtası olmaması ve kararları tekrar tetkik tesirini göstermemesindedir. Bunun temin ettiği imkân dâvaya dahil olanların kusurları olmadan ve kanunun muayyen bir müddet içinde yapmaları gereken muameleyi müddet geçtikten sonra da yapabilmeleri imkânını vermesidir. Müessese, kaçırılan mehil içinde yapılmamış olan muameleyi, mehil içinde yapılmış hale getirir. Eski hale iade talebi ile birlikte yapılması gereken hususlar dâvanın taraflarınca yapılacağına göre, bunun neticesi şu olmaktadır ki, eski hale iade şahsa ait usulü bir müessese olmaktadır ve ancak neticelerini de tahakkuk ettirecek kimse tarafından talep edilebilecektir. Müddeiumumilik kaçırılmış bulunan dâva muamelesini maznunun lehine olarak yerine getirebilecek bir makam olmadığına göre maznun için tanınmış bulunan eski hale iade talebini onun lehine ikame edemez.

Kanunun vazının müesseseyi bu mahiyeti ile kabul etmiş bulunduğunu CMUK nun 44 üncü ¹⁵ maddesindeki ifade tarzı da göstermekte, buna göre eski hale iade talebinde bulunan kimsenin mehle riayet edememiş olması şartı aranmaktadır. Aynı netice kanunun diğer bir hükmünden de istihraç olunabilmektedir: CMUK nun 382/3 üncü maddesine ¹⁶ göre eski hale getirme talebinde bulunmaksızın temyiz yoluna gidilmiş ise bu muamele, eski hale getirme talebinden vazgeçmeyi gösterir. Bu hüküm de şu şartı ihtiva etmektedir ki, kanun yoluna müracaat eden kimse aynı zamanda eski hale iade talebinde de bulunabilecek olan kimsedir.

Eğer eski hale iade müessesesinin muhakemenin iadesinde olduğu gibi, fevkalâde bir kanun yolu olduğu kabul edilirse, bu halde de kanun yoluna ait hükümlerin bu müesseseye tatbikine yine de imkân yoktur. Zira iadei muhakemede kanun yolu hükümlerinin tatbik edilebileceğini CMUK nun 405 inci ¹⁷ maddesi sarahatle belirtmiş olduğu halde, eski hale iade hakkında böyle bir hüküm sevket-

14) TCMUK. 289.

15) TCMUK. 41.

16) TCMUK. 311/3.

17) TCMUK. 333.

memiş olması, kanun vazının bu müessese için kanun yolu hükümlerinin kıyasen tatbik edilmesini istememiş olmasındandır.»

B) *Doktrindeki temayül.*

Hukukumuzda meseleye temas edilmediğini söyledik. Eski hale getirme müessesesinin hukukî bünyesi hakkında fikir serdeden müellifler de meseleyi bahis konusu etmemişlerdir. Alman doktrini meselenin hallinde ikiye ayrılmaktadır. Bir kısım müellifler İmparatorluk Yüksek mahkemesinin vermiş bulunduğu ve yukarıda dercettiğimiz kararın tatmin edici bulunduğunu kabul edip, müddeiumumiye maznun lehine eski hale getirme talep hakkını kabul etmezler. Buna karşılık diğer bazı müellifler ise eski hale iade müessesesinin müddeiumumi tarafından maznunun lehine talep olunabileceğini kabul ederler ve bunlar da iki grup teşkil ederler. Bir grup müellif hiç sebep göstermez. Diğerleri ise, çeşitli sebepler göstererek fikirlerini müdafaa ederler.

- 1) C. Müddeiumumisi maznun lehine eski hale getirme talebinde bulunamaz.

İmparatorluk Yüksek mahkemesinden verilen ve yukarıda dercetmiş bulunduğumuz kararda ileri sürülen fikirler müelliflerce de çeşitli bakımlardan kabul edilmektedir.

Bazı müellifler eski hale getirmenin bir kanun yolu olmadığı¹⁸, diğerleri ancak mehli kaçırmanın talep edebileceğini¹⁹, diğer bazıları ise²⁰ müessesenin hem kanun yolu olmaması hem de talebin mehli kaçırmanın tarafından yapılması gerektiğini ileri sürerek, C. Müddeiumumisinin maznunun lehine olarak eski hale getirmeyi talebe hakkı olmadığı kanaatındadırlar.

- 2) Bazı müellifler mesele hakkında fikir beyanından çekinmişlerdir.

Bu müelliflere misal olarak Beling ve Birkmeyer gösterilebilir²¹.

- 3) C. Müddeiumumisi maznunun lehine eski hale gidebilir.

Bu şekilde fikirlerini beyan eden müelliflerden bazıları sebep göstermeden, maznun için kanun yoluna müracaata selâhiyetli

18) *Schwarz*, 16/65.

19) *Löwe - Rosenberg*, 20/151.

20) *Ullmann*, 273.

21) *Beling*, 334/1.; *Birkmeyer*, 311, 553.

olan kimselerin (md. 338 ve müt., TCMUK. md. 289 ve müt.) eski hale getirmeyi de talep edebileceklerini beyan etmek suretiyle, C. Müddeiumumisine bu hakkı tanırlar ²².

Diğer bazıları ve bilhassa Kalthoener ²³ fikirlerini doktrindeki hâkim kanaatı ve Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesinin yukarıda dercetmiş olduğumuz kararını tenkit ederek, C. Müddeiumumisinin de maznunun lehine eski hale getirme talebinde bulunabileceğini iddia eder.

Müellifin fikirlerini kısaca şu noktalarda toplamak mümkündür :

a — Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesi Müddeiumumisinin maznunun lehine eski hale gidemiyeceğini, CMUK nun 405 (yeni 365, TCMUK. 333) inci maddesine dayanarak iddia etmekte, ve kanun yollarına müracaat hakkındaki umumî hükümlerin muhakemenin iadesi talebi hakkında dahi carî olacağı bu maddede sarahatle gösterilmiş bulunması ve fakat buna benzer bir hükmün eski hale getirmede bulunmaması sebebiyle CMUK nun 296 ve müteakip (TCMUK. 289 ve müt.) maddelerinin eski hale getirmede tatbik edilemeyeceği neticesine varmaktadır. Müellif, Yüksek mahkemenin bu görüşünün CMUK nun tasarısı hakkında yapılan müzakerelerde herhangi bir dayanağı olmadığını ²⁴, 405 inci madde olmasa dahi, hâkim kanaat, kanun yolu hakkındaki umumî hükümlerin muhakemenin iadesinde de tatbikte müttefiktir. Demek ki, CMUK nun 405 inci maddesinin mevcudiyeti meselemizin hallinde ehemmiyeti haiz bulunmamaktadır.

b — Yüksek mahkemenin, kanun yollarına ait umumî hükümlerin eski hale getirmede tatbik edilemeyeceği hususundaki diğer görüşü, eski hale iade talebinin, kanun yolunun aksine, mahkeme kararlarına karşı bir taarruz vasıtası olmaması sebebine dayanır. Müellife ²⁵ göre, her iki müessesese arasındaki fark 296 ve müt. maddelerinin eski hale getirmeye kıyasen tatbiklerine mani değildir. Zira, eski hale getirme müessesesinin esası akzessorietat'dedir ²⁶; yani eski hale getirme daima ya dâva muameleleri ile birlikte veya dâva muameleleri sebebiyle talep olunur. Bu, doğrudan doğruya münâ-

22) Bennecke - Beling, 306/20.

23) Kalthoener, 93 ve müt.

24) S. 94.

25) S. 94, 95.

26) S. 3.

sebet, mahkeme kararlarına karşı dolayısıyla bir taarruz vasıtası hizmetini görür. Ancak, buna rağmen eski hale getirme yine de bir kanun yolu vasfını iktisap edemez. Eski hale getirme talebi mahkeme kararlarına karşı dolayısıyla tesir iera etmekte ve kanun yolu gibi, aleyhte olan muhakeme durumunu bertaraf etmektedir ²⁷.

c — Müddeiumuminin maznunun lehine eski hale getirme hukukî çaresine gidemeyeceği hususunda, biraz tatmin edici sebep olarak ileri sürülen ²⁸ ve Alman Yüksek mahkemesi tarafından da temas edilen diğer husus şudur: Müddeiumumi maznunun lehine eski hale getirme talep edemez; zira, eski hale getirme talebinde bulunan aynı zamanda kaçırılmış olan dâva muamelesini de ikmal ve ikame etmeğe mecburdur. Müddeiumumi ise bu dâva muamelelerini maznunun lehine yapamaz.

Müellif ²⁹ bu fikrin doğruluğuna temas ettikten sonra CMUK nun 296 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında (TCMUK. md. 289) müddeiumumi için böyle bir selâhiyetin kanun yolu bakımından da çıkarılamayacağını, kanun yoluna müracaat eden müddeiumuminin, maznunun lehine olarak *kendine* ait olan bir kanun yoluna müracaat hakkının istimal edildiğini belirtir ve maznuna ait olan ve muayyen bir mehil içinde yapılması gereken dâva muamelesinin müddeiumumi tarafından yapılması halinde, başkasına ait bir hakkın müddeiumumi tarafından kullanılması sebebiyle, hakkın istimalinin tecavüzü olarak kabul eder. Ancak, müellif böyle bir düşünce tarzının meseleyi halletmediği, şayet maznun muayyen bir mehle bağlı olan dâva muamelesini, mehil bittikten sonra yapmış ise — tatbikat ekseri bu şekilde cereyan etmektedir — bu takdirde müddeiumumi maznunun lehine olarak kendisine ait olan eski hale getirme talebinde bulunabilmelidir. Bu şekilde düşünen müellif, eski hale getirmenin müddeiumumi tarafından maznunun lehine olarak, ancak mehil geçtikten sonra maznunun yapılmayan dâva muamalesini yapması şartı ile kabul eder, ve maznun dâva muamelesini yapmamış ise müddeiumuminin de talep hakkının olmadığını, eski hale getirmenin icra edilmiş bir dâva muamelesi sebebiyle yapılabileceğini belirtir.

d — Kalthoener, Alman Yüksek mahkemesinin eski hale getirme talebinin CMUK nun 44 üncü (TCMUK. md. 41) maddesine göre,

27) S. 95.

28) Löwe - Rosenberg, 20/151.

29) S. 95.

ancak dâva muamelesi kim tarafından yapılabilecek ve kim bu mehli kaçırmış ise onun tarafından talep olunabileceği hususundaki fikrine de muhalif ³⁰ olup, bu görüş kabul edilirse konsekan olmak için, maznunun müdafinin de, müdafilik fonksiyonu ifa etmedikçe, maznunun lehine eski hale getirme talebinde bulunamaması lâzımdır der, ve fakat CMUK nun 297 nci maddesinin (TCMUK. md. 290) kıyasen eski hale getirmede tatbik edilemeyeceğini hiç bir müellifin iddia etmediğini ilâve eder. Öyle ise, müdafî ile müddeiumuminin neden farklı muamelelere tâbi tutulduğunun sebebini sorar ve bunun herhangi bir usulü dayanağının da olmadığını belirtir.

e — Kalthoener, Buhmann ³¹ tarafından iddia edilen fikri de kabul etmeyerek, kendi düşüncesini müdafaa eder. Buhmann'a göre müddeiumumi kendisine ait olan mehli kaçırsa buna karşı eski hale getirme hukukî çaresine gidebilmelidir; zira bahis konusu mehil ve yapılmayan dâva muamelesinde âmme menfaati vardır ve bu menfaat müddeiumumiye eski hale getirme talebinde bulunabilme hakkını verir. Halbuki, maznuna ait olan bir mehil ve yapılmayan bir dâva muamelesi sebebiyle müddeiumuminin maznunun lehine eski hale getirme talebinde bulunması halinde korunan menfaat âmme menfaati değil, maznuna ait hususî bir menfaattir. Kalthoener ³², Buhmann'ın ileri sürdüğü fikirlerin yerinde olduğunu kabul etmekle beraber, maznunun lehine olarak eski hale getirme talebinin mutlaka maznunun hususî menfaati için yapıldığına muhaliftir. Müddeiumumi maznunun lehine eski hale getirme talep ederken âmme menfaati görmüş olabilir. Müddeiumumi kendisi için bahis konusu olan mehil geçikten sonra, eski hale getirme talebinde âmme menfaat görürse, ceza muhakemesinin gayesi olan maddî hakikatin tecessisi için neden maznunun lehine eski hale getirme talebinde bulunamamasın?

Kalthoener, bundan sonra maznunun lehine müddeiumuminin hangi şartlarla eski hale getirme talebinde bulunabileceğini hülâsa

30) S. 96.

31) *Buhmann, K.* Die Einlegung von Rechtsmitteln seitens der Staatsanwaltschaft zu Gunsten des Beschuldigten und anderer am Strafprozess beteiligten Personen nach S. 338/II der Reichstrafprozessordnung, Diss. Tübingen 1890. S. 69. Bu eseri elde etmek mümkün olmadı. Müellifin fikirlerini *Kalthoener*, s. 97 den naklediyoruz.

32) S. 97.

eder ve bunun çok mahdut ve aşağıda gösterilen sıkı şartlarla mümkün olduğunu beyan eder ³³.

aa — O muamelenin yapılmasında âmme menfaati olmalıdır. Müddeiumumi de maznunun lehine kanun yoluna gitmeyi arzu etmiş ve mehli kaçırmış olabilir veya mehil geçtikten sonra o işte âmme menfaati görebilir.

bb — Eski hale getirme talebi maznun mehli geçirdikten sonra dâva muamelesini yapmış ise bir mâna ifade edebilir ³⁴. Eğer, maznun kaçırılan mehil içinde yapılması gereken dâva muamelesini yapmamış ise, eski hale getirme talebi mevzudan mahrumdur ve müddeiumumi maznuna dâva muamelesini yapması hususunda herhangi bir tesirde bulunamaz.

cc — Maznun dâva muamelesini mehil bittikten sonra yapmış ise, müddeiumumi maznunun kusuru olmadan muameleleri geç yaptığını inanılır şekilde göstermelidir.

dd — Müddeiumuminin eski hale getirme talebi mevzuundaki tutumu hakkında maznunun fikri ehemmiyetli değildir ³⁵. Bunu şuradan istihraç etmek mümkündür: maznun eski hale getirme talebinde bulunsa ve bu talep reddedilse müddeiumumi CMUK nun 296 ncı maddesine göre (TCMUK. md. 289) maznunun lehine kanun yoluna gidebilir. Maznun bu red kararına karşı olmasa veya başka bir eski hale getirme talebinde bulunmayı istemese dahi müddeiumumi itiraz hakkını haizdir. Ancak, kaydetmek gerekir ki eski hale getirmeyi müddeiumumi maznunun lehine olarak talep edebilmesi ve bunun müsbet bir neticeye ulaşabilmesi için maznunun arzusuna muhalif olmamalıdır; zira, eski hale getirme talebi kabul edilse dahi CMUK nun 303 üncü maddesine göre (TCMUK. md. 296) maznun kanun yolundan vazgeçebilir. Müellif, müddeiumuminin maznunun lehine olarak eski hale getirmeyi talep edebilmesi için, elinde başka bir çarenin kalmamış olmasını kaybeder ve şayet maznun eski hale getirme talebinde bulunabilecekse, bu çareyi müddeiumumi önce maznuna denetmelidir demektedir ³⁶ ve neticede prensip olarak müddeiumuminin maznunun lehine eski hale getirme talebine selâhiyetli olmasını belirtmektedir.

33) S. 99.

34) S. 100.

35) S. 100.

36) S. 101.

Yukarıda etraflıca tetkik ettiğimiz gibi, müddeiumuminin maznunun lehine eski hale gidebilip gidemeyeceği meselesinde hukukumuz bakımından biz de Kalthoener gibi düşünüyor, şartlara bağlanırsa, tatbikatda çok az da meydana gelse, maznun lehine müddeiumuminin eski hale getirme talep hakkını kabul etmek gerekir.

Doç. Dr. Ayhan ÖNDER

113, 134 ve 218 sayılı Af Kanunları Hakkındaki 6/1/1964 günlü Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Ceza Hukuku Prensipieri Karşısındaki Durumu

YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI *

Tarih : 6.1.1964

E. No. : 1963/1

K. No. : 1964/1

I — Kararın metni :

23/2/1963 gününde yürürlüğe giren 218 sayılı Af Kanununun 4 üncü maddesine göre (Kanunda müstelzim olduğu cezanın genel affa girip girmediğine bakılmaksızın) 113 sayılı Af Kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesinin B ve C bentlerinden eylemli olarak yararlanmış olanların 27/5/1960 tarihinden sonra işledikleri suçlarda 217 sayılı Af Kanunundan yararlanıp yararlanmayacakları konusunda Yargıtay Beşinci Ceza Dairesinin 26/4/1963 gün ve 2591/3575 sayılı ilâmiyle Ceza Genel Kurulunun 8/7/1963 gün ve 5-40/38, 15/7/1963 gün ve 46/42 sayılı ilâmları arasında meydana gelen İçtihat uyuşmazlığının çözülmesi için 6/1/1964 gününde toplanan İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunda söz konusu ilâmlar incelenerek uyuşmazlık bulunduğu na oybirliğiyle karar verildikten sonra işin esası görüşölüp gereği düşünüldü:

Bir görüşe göre, 113 ve 134 sayılı Af Kanunlarının 1 inci maddesinin A bendindeki affın bir genel af olduğu, 5 yılı geçmeyen hürriyeti bağlayıcı bir cezayı gerektiren bir kanun maddesiyle açılan dâvanın duruşması sonunda sanığın kişiliğine, işin ve oluşun özelliğine uygun bulunarak 5 yılın altında hürriyeti bağlayıcı ceza tertibi ile verilmiş olan hükmün (Bunun dâva safhasındaki aslı genel affa girdiği için) genel affın kapsamına gireceği, bu sebeple bu şekilde verilmiş olan hükümlerin de Af Kanunu ile ortadan kaldırılmış sayılması gerekeceği, diğer bir deyimle özet olarak, hükümlünün eskiden işlediği suçların gerektirdiği ceza 5 yılı geçmediği takdirde genel affa tâbi bulunan

(*) 27.4.1964 tarih ve 11690 sayılı Resmî Gazetede intişar etmiştir.

ve Ceza Kanununun 97 nci maddesi uyarınca ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gereken cezanın 113 sayılı Af Kanununun 1 inci maddesinin A bendi yerine B bendi ile ortadan kaldırılmış olmasının hükümlünün hukukî durumunu değiştirmeyeceğinden 113 sayılı Af Kanununun 1/B maddesinden yararlanmış sayılamayacağı cihetle 218 sayılı Af Kanunundan yararlanacağı ileri sürülmüştür.

1 — 218 sayılı Af Kanununun 4 üncü maddesinde (113 sayılı Af Kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesinin B ve C bentlerinden faydalananlarla bunların 27/5/1960 tarihinden sonra işledikleri suçlar hakkında bu kanunun 1 inci maddesi uygulanmaz) diye hüküm konmuştur. Bu hükmün kanuna konmasıyla kanun koyucunun güttüğü amacı araştırmak lâzımdır. Madde hükmü, açık ve yoruma yer verir nitelikte bulunmamakla beraber kanun koyucu, (134 sayılı Af Kanununa göre) 2 sene 2 ay 23 gün önce çıkan Af Kanunlarından faydalananarak, hükümlü olduğu cezayı hiç çekmemiş veya bu cezadan indirme yapılmış veyahut cezanın bir bölümünü çektikten sonra geri kalanından (Af dolayısıyla) kurtulmuş ve böylelikle 113, 134 sayılı kanunlardan yararlanmış olduğu halde tekrar suç işlemiş olanları, bu defaki Af Kanununun dışında bırakmak istemiştir. 218 sayılı Af Kanunu da, diğer af kanunları gibi bir lûtf ve atifet eseridir; önce mahkûm olmuş ve fakat sonradan bir af kanunu ile affedilmiş bulunan bir kimseyi bu defa affa lâyık görmemiştir. Ancak, dâva safhasında veya kesin hükümlülükten önce affa uğramış bir kimse- nin kendisine yükletilen suçu işleyip işlemediği tesbit edilmiş olmayacağından, kesin hükme bağlanmadan önce 112 sayılı yasanın 1 inci maddesinin A bendi ile suçu affa uğrayanları, 218 sayılı Af Kaunnu, haklı olarak, affın kapsamına almıştır. Bu amaç, gerek 218 sayılı kanunun 4 üncü maddesi metninden, gerekse kanunun gerekçe ve tutanaklarının incelenmesinden açıkça anlaşılmaktadır. Gerçekten, adı geçen kanunun 4 üncü maddesinin yukarıda yazılı kesin metninden, kanunun (Gerekçe) sinde (...113 ve 134 sayılı kanunlardan faydalanmış olan şahısların 27/5/1960 tarihinden sonra işledikleri suçlar affın dışında bırakılmıştır.) denilmiş olmasından ve 13 üncü cilt (Millet Meclisi Tutanak Dergisi) nin 55 inci birleşim 20/2/1963 günlü tutanağın 674, 675 ve 676 ncı sahifelerindeki yazılardan anlaşılabileceği üzere, 113 ve 134 sayılı kanunların B ve C bentlerinden faydalanmış olanların bu Af Kanunundan (218 sayılı) faydalanamayacaklarının açıklanmasıyla kanun koyucunun maksadı belirtilmiştir. Bu itibarla, metnin başkaca yorumu, madde hükmü ve çeşitli belgelerle meydana çıkmış bulunan kanun koyucunun iradesine aykırı düşer. Bu sebeplerle gerektirdiği ceza 5 yılı geçmemiş olsa bile kesin hükme bağlanmış bir cezadan dolayı 113 ve 134 sayılı kanunlardan yararlananlar, 27/5/1960 tarihinden sonra işledikleri suçları yüzünden, 218 sayılı Af Kanunundan tekrar yararlanamayacaklardır.

2 — Öteyandan, 113 sayılı Af Kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesinin B bendindeki hüküm, ister özel, ister genel af olarak kabul edilsin, bu yön, 218 sayılı Af Kanununun 4 üncü maddesinin mutlak hükmünü değiştirecek bir dayanak olamaz. Adı geçen kanunların ilk ikisinden yararlanmış olmak, 27/5/1960 tarihinden sonra işlenen suçlardan 218 sayılı kanundan yararlanmaya engeldir. Zira bu kanunun 4 üncü maddesi, kesin hükme bağlanmış ve fakat 113 sayılı kanunun 134 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesinin

B ve C bentlerinden yararlanmış olanların, belli tarihten sonraki suçlarının hiç bir ayırım gözetmeksizin, affın dışında kalması hedefini gütmüştür. Gerçekten, Türk Ceza Kanununun 97 nci maddesi, hükümlülükten önce ve hükümlülükten sonra olan genel af hükümlerini kapsamaktadır, diğer bir deyimle genel af hem, henüz kesin hükme bağlanmamış suçlara, hem kesin hükme bağlanmış cezalara ilişkin olabilir (Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2/11, sahife 952, 953; Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku, 1 inci cilt, genel hükümler sahife 629, 630; Mehaz İtalyan Ceza Kanunu şerhi, Cilt 1, sahife 475). Şu suretle 113 ve 134 sayılı Af Kanunlarından yararlanan kimse- nin yararlandığı hükümlülüğünün genel veya özel affın kapsamında bulunma- sı, 218 sayılı kanunun 4 üncü maddesi hükmü karşısında, sonuca etkili değil- dir. Kaldı ki, adı geçen kanunun 4 üncü maddesinin söz konusu ettiği 134 sa- yılı kanunun B bendinde (... müstakillen hükmedilmiş para cezasına mahkûm olanlar...) ibaresi, bu bendin genel af niteliğinde olduğunu göstermesine rağ- men B bendinden yararlananlar affın dışında bırakılmıştır. Diğer taraftan (Af- fedilen suçlar Ceza Kanunundaki cezalarına göre tâyin edilmişlerse «mücerret ceza» nın esas tutulması) gerektiği prensibi gözönüne alınırsa, 4 üncü madde- nin başka türlü yorumuna da imkân yoktur (Faruk Erem, Aynı kitap sahife 630). Keza bir af kanunu «belirli suçlar kategorilerine tatbik edileceğine veya edilemeyeceğine dair sarahatı ihtiva» edebilir (Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, aynı kitap sahife 956). Nitekim, 5677 sayılı Af Kanununun 2/9 maddesinde te- kerrür hükümlerinin tatbikini gerektiren aynı cinsten suçları işleyenlerin, 2320 sayılı kanunda, hırsızlıktan mükerrir ve diğer cürümlerden herhangi biriyle iki- den fazla mahkûm olanların bu kanunlardan faydalanamayacakları belirtilmiş- tir. Halbuki bu kanunlarla tekerrüre ve hükümlülüklere dayanarak olanlar için- de genel affa uğrayanlar da bulunmasına rağmen, açıklanan sebeplerden dolayı bu gibilerin suçları affın dışında bırakılmıştır. Yine esası affa uğradığı ve af- tan yararlandığı halde belli şartların gerçekleşmesi halinde önceki hükümlülü- ğün çektirilmeyen kısmının yerine getirileceği, 5677 sayılı kanunun 3 üncü mad- desinde yazılı olduğu gibi bu kanunun ve 113 sayılı kanunun 6 ncı maddeleri affı, bazı şartlara bağlamıştır. Görülüyor ki kanun koyucu, kamu yararı, kamu oyunda yapacağı tepki, zaman şartı gibi düşünceler ve sebeplerle, aftan yarar- lanacakları sınırlandırma gereğini duymuş olabilir. Bu bakımdan da 113 sayılı kanunun 134 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesinin B ve C bentlerinden ya- rarlanmış olanların, 218 sayılı Af Kanunundan yararlanamayacakları yolunda- ki görüş, kanunun özüne ve sözüne, her yönden uygundur.

3 — 11/12/1950 gün ve 12/11 sayılı içtihadı birleştirme kararı, öz bir ya- zılış ve düzenleyişi bulunan 5677 sayılı Af Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu kanunun uygulanması sırasında çıkmış bir karardır. Eski af kanun- larında ve özellikle 5677 sayılı kanunda, 113, 134 ve 218 sayılı af kanunların- dakinden farklı olarak genel affın kapsamına alınan suçlar, kesinleşmiş hükme bağlanmış olup olmamasına bakılmaksızın, bir maddede genel olarak gösteril- dikten sonra, başka bir madde ile de özel affa giren suç ve cezalar ve yapılacak indirme oranları bildirilmiştir. Gerçekten, 5677 sayılı kanunun birinci madde- sinde genel affa giren suçlar belli edilmiş ve 2 nci maddesinde genel affın dı- şında bırakılan suçlar sayılmış ve 5 inci maddesinde de, genel affın dışında ka- lan cürümler için hükmedilmiş ve edilecek cezalarda indirme oranı gösterilmiş- tir. Her kanun gibi, af kanunlarının dahi, yazılışlarına ve çıkarılmalarıyla ka-

nun koyucunun güttüğü amaçlara göre yorumlanması gerekeceği cihetle, söz konusu içtihadı birleştirme kararı, 218 sayılı kanunun 4 üncü maddesinin uygulanmasında dayanak olacak nitelikte görülmemiştir.

4 — Genel af, suçluluğu ve suçu ortadan kaldığından, genel affa uğramış bir kimsenin, hiç suç işlememiş bir kimse sayılması gereklidir. Ancak, bu, bir Anayasa hükmü olmayıp Türk Ceza Kanununun 97 nci maddesinin hükmü olduğundan, başka bir kanunun buna aykırı bir hüküm koymasına engel yoktur. Nitekim seçim kanunlarında, seçileceklerde aranacak yeterlik şartları için bu türlü hükümler konulmuştur. (Meselâ Belediye Kanununun 307 sayılı ve 19/7/1963 günlü yasa ile değişik 24 üncü maddesinin A fıkrasının 2 nci bendi.) Hattâ, 334 sayılı Anayasa'nın 68 inci maddesinin ikinci fıkrasında da böyle bir hüküm yer almış bulunmaktadır.

Sonuç : Kanunda gerektirdiği cezanın miktarına bakılmaksızın, kesin olarak hükümlendirilmiş bulunup ta 113 sayılı Af Kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesinin B bendinden eylemli olarak yararlanmış bulunanların, 27/5/1960 gününden sonra işledikleri suçların, 218 sayılı Af Kanununun 4 üncü maddesi hükmü gereğince affın dışında bırakılmış bulunduklarına ve bu gibilerin 218 sayılı Af Kanunundan herhangi bir şekilde yararlanamayacaklarına 6/1/1964 gününde üçte ikiyi aşan çoğunlukla karar verildi.

II — Sözkonusu mesele :

Kararda sözü geçen mesele şudur: 5 yıldan az hürriyeti bağlayıcı bir cezaya kesin olarak mahkûm olanlar 113 sayılı af kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1. maddesinin B bendi hükmünce afftan istifade etmişler ve afla kalkan cezayı ortaya koyan kesin hükmün dayandığı kanun maddesindeki cezanın yukarı haddi 5 yıldan az hürriyeti bağlayıcı cezadan madut bulunmuş ise acaba bu şahısların 27.5.1960 tarihinden 218 sayılı af kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar işledikleri bu kanunun 1. maddesi kapsamına giren suçlar yine 218 sayılı kanunun 4 üncü maddesi dolayısı ile af dışı mı sayılacaklardır?

Bu konuda içtihadın birleştirilmesi gerekliliği Yargıtay Beşinci Ceza Dairesinin bir ilâmı ile Ceza Genel Kurulunun iki ilâmı arasında içtihat farklılığının ortaya çıkmış olmasındandır. Bu konuda hangisinin Genel Kurulca hangisinin Dairece benimsendiği kararda açıklanmayan iki fikir tebellür etmiştir;

A — Birinci fikir şudur: Kesin hükmün ihtiva etmiş olduğu cezanın dayandığı hükmün 5 yıldan az hürriyeti bağlayıcı cezayı mutazammın olması halinde eğer af kanunu dâva henüz kesin hükme bağlanmadan çıkmış olsaydı 113 sayılı Af Kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1/A maddesi hükmünce affa uğrıyacak ve bu du-

rumda da aynı şahıs hakkında 218 sayılı kanunun 4 üncü maddesi tatbik alanı bulamıyacağı veçhile 27.5.1960 tarihinden sonra işlediği suçlar da bu kanunun 1 inci maddesi kapsamına giriyorlarsa affa uğriyacaklardı. Aynı bir durumda ortada kesin mahkûmiyet hükmü olması hasebiyle şahsın 113 sayılı kanunun 134 sayılı kanunla değişik 1/B maddesinden istifade etmesi halinde de hukukî durumda bir değişiklik olmaması icabeder. Çünkü hükümlünün eskiden işlediği suçların gerektirdiği cezanın yukarı haddi 5 yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezadan madut olmadığı takdirde genel affa tâbi bulunan ve ceza kanununun 97 nci maddesi uyarınca ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gereken cezanın 113 sayılı Af Kanununun 1 inci maddesinin A bendi yerine B bendi ile ortadan kaldırılmış olması hükümlünün hukukî durumunu değiştirmeyeceğinden 113 sayılı af kanununun 1/B maddesinden yararlanmı şsayılamıyacağı cihetle 218 sayılı af kanunundan yararlanması gerekir.

B — İkinci ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun benimsemiş olduğu ve kararda dört madde ile açıklanan görüş ise kısaca şöyle özetlenebilir :

1 — 218 sayılı Af Kanununun 4 üncü maddesi ile kanunkoyucunun güttüğü gaye esas alınmak gerekir, kanunkoyucu 113 sayılı af kanunu çıkmadan önce mahkûm olmuş fakat af kanununun çıkması ile cezasını hiç çekmemiş, veya bu cezadan indirme yapılmış veya geri kalanından kurtulmuş olan kimselerin bundan sonra yeniden suç işlemeleri halinde bunları yeni aftan istifadeye lâayık görmemiş ve bunları 218 sayılı af kanununun dışında bırakmak istemiştir. «218 sayılı Af Kanunu da diğer af kanunları gibi bir *lûtuş ve atıfet eseridir*; önce mahkûm olmuş ve fakat sonradan bir af kanunu ile affedilmiş bulunan kimseyi (kanunkoyucu) bu defa affa lâayık görmemiştir.» Halbuki suçun dâva safhasında (yani kesin hüküm verilmeden) affa uğraması halinde ise bir kimsenin suçu işlemiş olup olmadığının tesbiti imkânı bulunmadığından kesin hükmün verilmesinden önce 1 inci maddenin A bendi ile aftan istifade etmiş olan kimseleri 218 sayılı af kaunu kapsamına almıştır.

2 — 113 sayılı Af kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesinin B bendinin genel veya özel af niteliğinde addedilmesi de meseleye bir tesir icra edemiyecektir. 218 sayılı af kanunu bu ko-

nuya temas etmeden mücerret olarak 113 sayılı af kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesinin B ve C bendlerinden yararlanmış olanların kendi getirmiş olduğu af atıfetinden yararlanamayacakları prensibini koymuştur. 113 ve 134 sayılı kanunların bu madde ve bendler ile getirdiği af, genel af olabilir, nitekim genel af kesin hükme bağlanmamış suçları içine alabileceği gibi haklarında kesin hüküm verilmiş suçları da kapsıyabilir. Ancak bu kanunların getirdiği affın genel af niteliğinde olması 218 sayılı Af Kanununun tatbik şartlarının bertaraf edileceği neticesine bizi götürmemelidir. Nitekim 5677 sayılı Af kanunu tekerrür hükümlerinin tatbikini gerektiren aynı cinsten suç işliyenlerin, 2330 sayılı Af Kanunu ise hırsızlıktan mükerrir veya diğer herhangi cürümden dolayı iki kere mahkûm olmuş olanların bu kanunlardan istifade edemiyeceklerini öngörmüşlerdir. Halbuki bu durumlarda bulunan şahısların buna dayanak olan mahkûmiyetleri arasında genel affa uğramış olanlar da bulunmakta idi.

3 — 5677 sayılı Af Kanununun af dışı bırakılan suçları tesbit eden ikinci maddesindeki suçlardan bunların kesin hükme bağlanmış olup olmadıklarına bakılmaksızın yapılacak indirimleri tesbit eden aynı kanunun 5 inci maddesinin hususî af niteliğinde oluşuna dair 11.12.1950 gün ve 12/11 sayılı içtihadı birleştirme kararı ise her kanunun olduğu gibi af kanunlarının da gayelerine göre tefsir edilmeleri gerekeceğinden 218 sayılı af kanununun 4 üncü maddesinin uygulanmasında mesnet olamaz.

4 — Genel af suçluluğu ve suçu ortadan kaldırdığından genel aftan istifade eden bir kimsenin hiç suç işlememiş kimse sayılması gerekir. Ancak bu bir anayasa hükmü olmayıp Türk Ceza Kanununun 97 nci maddesi hükmüdür. Bu böyle olunca da 218 sayılı kanunun buna aykırı bir hüküm koyabileceğini kabul etmek icabeder. Nitekim diğer bazı kanunlar ve anayasa da bazı hususlardan yararlanmak için belli durumlarda bulunmamış olmayı aramıştır. Bu sebeplerle haklarında tatbik edilen kanun hükmündeki hürriyeti bağlayıcı cezanın yukarı haddi 5 seneden az olsa bile kesin hükümle mahkûm olup 113 sayılı Af Kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1/B maddesince aftan istifade edenler 218 sayılı kanunun 4 üncü maddesinin sarahati karşısında 27.5.1960 tarihinden sonra işledikleri suçlar bakımından yeni aftan istifade edemezler.

III — Kararın İncelenmesi :

İhtilâflara sebebiyet veren mesele adı geçen af kanunlarındaki insicamsız ve vuzuhsuz ifade tarzlarından ve bu kanunların müşahhas durumlarda tevlit edecekleri neticeler nazara alınmadan kaleme alınışlarından ileri gelmektedir. Söz konusu olan 113 sayılı af kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesi şöyledir :

Madde 1. 27 Mayıs 1960 tarihine kadar işlenmiş olan suçlardan,

a) Taksirli cürümlerle kanunların suçu tesbit eden aslî maddesinde, yukarı haddi beş seneyi geçmeyen hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile yahut yalnız veya birlikte para cezası ile cezalandırdığı veya müsadereyi yahut bir meslek veya sanatın yapılmamasını veyahut bu cezalar-dan birini veya birkaçını istilzam eden fiiller hakkında takibat yapılmaz.

Bu fıkra hükmünden istifade edecek olanların affı kabul etmemeye hakları vardır. Bu hakkını kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bir ay içinde kullananlar hakkında tahkikat veya takibata devam olunur. Mahkûmiyet halinde bu hakkın kullanılmış olması aftan istifadeye engel olmaz.

B) Beş sene ve daha az hürriyeti bağlayıcı bir cezaya ve bu miktarı aşmıyan hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte veya müstakillen hükmedilmiş para cezasına mahkûm olanlar, fer'i ve mütemmim cezalar ile mahkûmiyetlerinin neticelerine de şâmil olmak üzere affedilmişlerdir.

C) Müstakillen beş seneden fazla hürriyeti bağlayıcı bir cezaya veya bununla birlikte para cezasına mahkûm edilenlerin cezalarının üçte biri indirilir. Ancak indirilen miktar beş seneden aşağı olamaz. Müebbet ağır hapis cezaları 24 sene ağır hapis cezasına çevrilir.

218 sayılı af kanununun sözü geçen 4 üncü maddesi de şu şekildedir :

Madde 4. 113 sayılı Af Kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesinin B ve C bendlerinden faydalananlarla bunların 27/5/1960 tarihinden sonra işledikleri suçlar hakkında bu kanunun 1 inci maddesi uygulanmaz.

Söz konusu maddeleri böylece tetkik ettikten sonra kararda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından benimsenen görüşler hakkındaki fikirlerimizi madde madde belirtelim;

a) Kararın kanunkoyucunun amacının araştırılması ile tefsire koyulmasına biz de iştirak ederiz. 218 sayılı Af kanunu ile güdülen gayenin bir lûtuftur ve atıfette bulunmak olduğu ve bu lûtufta atıfetin de bazı kayıt ve şartlarla sınırlandırılabileceği de gerçektir. Ancak mesele bunları tesbit etmekle ortaman kalkmamaktadır. Kanunkoyucu 218 sayılı Af Kanununun 4 üncü maddesi ile 113 sayılı Af Kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1/B maddesinden istifade edenlerin yani aftan önce kesinleşmiş hükümle mahkûm olmuş bulunanları af dışı tutmak isterken acaba bunların haklarında uygulanan maddenin yukarı haddinin 5 yıldan az hürriyeti bağlayıcı cezayı müstelzim olması halinde de aynı neticeye varmayı istemiş midir? Bu soruya kat'î bir cevap vermek çok zordur. Kararın varmış olduğu netice ilk bakışta kanunun lâfzına uygun gibi görülüyorsa da kanunkoyucunun 4 üncü madde ile, haklarında yukarı haddi beş seneyi aşmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı muhtevî madde uygulanarak kesin hükme bağlandıktan sonra 113 sayılı Af Kanunundan istifade edenleri 218 sayılı af kanunundan istifade ettirmemek gayesini gütmeye neticesine de varılabilir. Bu neticeye varmak için bize kuvvetli mantıkî deliller verecek gerekçeler de yok değildir. Bir kere kararda istinat edilen, B bendindeki halde kanun koyucunun ortada bir kesin hüküm olması sebebiyle haklarında kesin mahkûmiyet hükmü verilmiş olanları ikinci aftan istifadeye lâyık görmediği halbuki henüz hakkında kesin hüküm verilmeden 113 sayılı Af Kanunundan istifade edenlerin suçlu olup olmadıkları adlî hakikat olarak ortaya çıkmadığı için ikinci aftan istifade ettirdiği düşüncesi mutlak olarak kabul edilemez. Çünkü müsnet suçun gerektirdiği ceza beş yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza değilse A bendinin ikinci fıkrasına istinaden sanık hakkında af kanununun uygulanmasını reddedebilir fakat sonra mahkûm olacak olsa dahi bu fıkranın sarahati icabı yine aftan istifade eder. Bu durumda bu kimsenin hukukî durumu af kanunu çıkmadan önce mahkûm olan kimsenin hukukî durumundan hiçbir fark arz etmemesine rağmen bu şahıs hakkında 1 inci maddenin A bendi uygulandığından 218 sayılı Af Kanunundan istifade edecek, halbuki af kanununun çıkmasından önce 5 yıldan az yukarı haddi muhtevî madde ile mahkûm olmuş şahıs hakkında 1 inci maddenin B bendi uygulanacağından bu şahıs

218 sayılı Af kanunundan istifade edemiyecektir. Kararda benim-senen A bendi ile aftan istifade edenlerin haklarında henüz kesin hüküm verilmemiş olduğu cihetle suçlu olup olmadıkları tesbit edilmeden ilk aftan istifade ettikleri bu yüzden ikinci af kanunundan da istisna edilmedikleri, halbuki haklarında af kanunu çıkmadan kesin hüküm verilmiş olanların suçlulukları adlî hakikat olarak tesbit edildiğinden yeni aftan istifade ettirilmedikleri gerekçesinin arzedilen duruma bir cevap vermediği açıktır. Diğer yandan bir suçu işliyerek teslim olmuş ve hileli dâvayı uzatma yollarına başvurmadiğı için dâvası ve mahkûmiyeti kısa sürmüş olan bir failin beş seneden az yukarı haddi ihtiva eden bir madde ile mahkûm olması ve sonradan 113 sayılı Af Kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1/B maddesinden istifade etmesi halinde hakkında 218 sayılı af kanununun 4 üncü maddesi tatbik edilerek bu kimse 27.5.1960 tarihinden sonra işlediği suçlar bakımından 218 sayılı kanundan faydalandırılmıyacaktır, halbuki aynı suçu birlikte işleyen bu kimsenin şeriki cürmü ise suçu işledikten sonra kaçmış, saklanmış bu yüzden yakalanması ve hakkındaki dâvanın açılması gecikmiş, dâva esnasında da başvurduğu çeşitli hileli dâvayı uzatma çareleri ile dâva uzamış ve af kanununun çıkmasından önce kesinleşmiş bir hüküm¹ elde edilememiş ise hakkında 1 inci maddenin A bendi uygulanacak ve bu uygulandığı için de bu şahıs 27.5.1960 tarihinden sonra işlediği suçlar bakımından 218 sayılı af kanunundan istifade ettirilecektir. Adetâ adaletten kaçmaya ve adlî mercileri hileli yollarla iğfal ederek dâ-

1) Hattâ o şahsın af kanunundan evvel mahkûm olmuş sayılabilmesi için hükmün kesinleşmesi gerekeceğinden aynı mahkemede aynı kararla mahkûm olmuş sanıklardan birisi af kanunu yürürlüğe girmeden — ortada otomatik temyize tâbi bir mesele mevzuubahis olmadığına göre — CMUK 260/V gereğince temyiz etmekten vazgeçtiğini beyan etmiş olsa hakkında 113 sayılı Af Kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1/B maddesi uygulanacak bu şahıs 218 sayılı Af Kanunundan istifade edemiyecektir, halbuki böyle bir beyanda bulunmayan diğer mahkûm af kanunu temyiz süresinde çıktığı için mahkûmiyetten önce affedilmiş sayılacak hakkında 1 inci maddenin A bendi uygulanacak 218 sayılı Af Kanunundan da istifade edecektir. Çünkü ortada başvurulabilir bir kanun yolu (olağan) mevcut olduğu sırada çıkan af mahkûmiyet sonrası genel af (amnistia impropria) sayılmıyacak mahkûmiyet öncesi genel af (amnistia propria) sayılacaktır. SANTORO (A), *Manuale di Diritto Penale* cilt I, 1958 s. 564; aynı mealde, İtalyan Yargıtayının 8. Ocak. 1951 tarihli kararı, *Giustizia Penale* 1951, III, Coll. 394, mass. 359 (zikreden Santoro aynı eser, s. 564).

vaları uzatmaya mükâfat veren bu durumun adalet hislerini tatmin-den çok uzak olduğu aşikârdır.

218 sayılı Af Kanununun Millet Meclisindeki görüşmelerinde 113 sayılı Af Kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesinin B ve C bendlerine yapılan atıf söz konusu edilmişse de meseleye bu zaviyeden bakılmamış ve reddedilen bazı tâdil teklifleri de arzedilen adaletsiz neticeleri bertaraf eder mahiyette olmamıştır².

Bu konuda sonuç olarak şunları söyleyebiliriz, Yargıtayın varmış olduğu neticeyi bu yönden dayandırdığı kanun koyucunun iradesini izah yollu gerekçeleri arzettiğimiz hususî meseleleri halletmekten bunlara adil bir çözüm yolu bulmaktan uzaktır, ayrıca bu durumların meclis müzakerelerinde sözü edilmediği gibi komisyon-da da düşünülüp ele alındığı sanılamaz. Bu sebepten karar gerekçesinin 1 numaralı bölümü bakımından Yargıtayın 218 sayılı kanunun da bir lûtuf ve atıfet eseri olduğu ve bu lûtuf ve atıfetin de bazı tatbik şartlarına bağlanabileceği gerekçelerine iştirak etmekle beraber kanun koyucunun bu husustaki iradesinin kararda ele alındığı şekilde açık ve vazih olarak tesbit edilebileceğini şüpheyile karşılamaktayız.

b) Kararda 2 numaralı başlık altında verilen gerekçelere gelince burada da ana gerekçeye katılmakla beraber onu destekler mahiyette ileri sürülen fikirlerin bazılarına iştirak edememekteyiz. Eğer sonraki bir af kanunu bir takım tatbik şartları³ koymuşsa meselâ affa uğramış suçu bulunmamak veya muayyen bir af kanunundan istifade etmiş olmamak gibi durumları tatbik şartları olarak tesbit etmişse, bu şartlar kararda zikredildiği üzere evvelki af kanununun getirmiş olduğu affın genel af mahiyetinde olup olmamasına bakılmaksızın uygulama alanı bulacaklardır. Çünkü maddî bir fiil olarak işlenmiş olan suçun ortadan kalktığını iddiaya imkân yoktur⁴. Genel affın hem kesin hükümlülükten önce hem de sonra çıkarılabileceği de Ceza Kanunumuzun 97 nci maddesinin sarahati icabıdır. Kararda her af kanununa bazı tatbik şartlarının konulabileceği gerekçesini desteklemek için Dönmezer ve Erman'dan naklen

2) *Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, Dönem 1, cilt 13, 55 inci Birleşim, 20.2.1963 sah. 675 - 676.

3) ÖZEK (Ç.), *Umumî Af*, İ.Ü.H.F. Mecmuası cilt XXIV, sayı 1-4, s. 149.

4) KUNTER (N.), *Müselmel Suç ve Af* (İçtihat Tahlili), İ.Ü.H.F. Mecmuası cilt XVII, sayı 3-4, s. 903-904; BETTIOL (G.), *Diritto Penale*, Parte Generale 5 inci B. 1962, s. 649.

ileri sürülen ve «bir af kanunu belirli suçlar kategorilerine tatbik edilmeyeceğine dair sarahati ihtiva edebilir» şeklindeki ibare herhalde bir baskı yanlışı olsa gerektir. Çünkü adı geçen müelliflerin sözünü ettikleri mesele *suç kategorileri* değil *suçlu kategorileridir*⁵. Bu düzeltme ile kararda benimsenen affın muayyen suçlu kategorilerine tatbik edilmeyebileceğine dair Dönmezer ve Erman'ın fikirlerine biz de iştirak ederiz.

Kararın bu bölümünde ayrıca 5677 sayılı af kanununda tekerrür hükümlerinin tatbikini gerektiren aynı cinsten suçları işliyenlerin, 2330 sayılı af kanununda ise hırsızlıktan mükerrir ve diğer herhangi biriyle ikiden fazla mahkûm olanların bu kanunlardan istifade edemiyecekleri hakkında hükümler sevk edilmiş olduğundan söz edilmiş ve burada tekerrüre ve hükümlülüklere esas teşkil eden mahkûmiyetlerin genel affa uğrıyanlarının dahi nazara alınarak bu şahısların aftan istifade ettirilmemelerinin gerektiği savunulmuştur ki bu doğru olamaz. Filhakika bu konuda Ceza Kanunumuzun 97 nci maddesi hükümlülük kararı kesinleştikten sonra genel af çıksa bile bu durumda affa uğrayan cezanın «bütün neticeleri ile birlikte» ortadan kalkacağını sarahaten ifade etmiştir. Ceza hukuku bakımından hukukumuzda büyük yakınlık arzeden İtalyan Ceza hukukuna bu konuda bir göz atacak olursak 1930 İtalyan ceza kanununun meseleye temas eden 151 inci maddesinin kanunumuzun 97 inci maddesine nazaran tamamen farklı bir şekilde kaleme alınmış olduğunu görürüz, sözü geçen 151 inci maddede mahkûmiyetten sonraki genel affın aslî ve fer'î cezaları ortadan kaldıracağı belirtilmekle yetinilmiş kanunumuzdaki gibi «bütün neticeleri ile birlikte» şeklinde bir ifade kullanılmamıştır. Bu yüzden İtalyan doktrin ve tatbikatı mahkûmiyetten sonra genel affa uğramış bir cezayı tekerrür bakımından değerlendirmekte bir tereddüt duymamıştır⁶. Halbuki kanunumuzdaki ifadenin sarahati karşısında memleketimiz doktrin⁷ ve Yar-

5) DÖNMEZER (S.) ve ERMAN (S.), *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku* cilt II/2 2 inci B. 1962, s. 956.

6) MANZINI (V.), *Trattato di Diritto Penale Italiano*, III. cilt 1950, s. 446.; ANTOLISEI (F.), *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale 2 inci B. 1949, s. 401-402; PANNAIN (R.) *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale I cilt, 3 üncü B. 1962, s. 869.

7) DÖNMEZER ve ERMAN a.g.e., cilt II/2. s. 963.; EREM (F.), *Türk Ceza Hukuku* cilt I 5 inci B. 1960, s. 631.; ÖZEK, a.g. makale, s. 155.

gıtay İçtihatları⁸ kesinleşmiş mahkûmiyet kararından sonra olsa bile genel affa uğrayan cezanın tekerrüre esas teşkil etmiyeceği hususunda birleşmişlerdir. Hal böyle olunca yani genel affa uğrıyan cezanın artık tekerrüre esas teşkil etmiyeceği kabul olunması gerekirken, mahkûmiyetlerinden birisi genel affa uğramış olan bir kimsenin bu mahkûmiyetinin meselâ 5677 sayılı af kanunu bakımından tekerrüre esas sayılarak bu kanundan istifade ettirilmeyeceğinin ileri sürülmesi ceza hukuku prensipleri bakımından tecviz edilemez. Çünkü 5677 sayılı Af kanununun 2 nci maddesinin (g) bendi ile teker-rür hükümlerinin tatbikini gerektiren halleri nazara almış, ayrıca tekerrüre esas teşkil edecek mahkûmiyetlerinden biri genel affa uğ-rasa bile o kimsenin af kanunu bakımından yine mükerrir sayılaca-ğın söylememiştir. Bunu söylemiş olsaydı Yargıtay İçtihadı Birleş-tirme Büyük Genel Kurulunun fikrine iştirakte bir mahzur bulun-mazdı. Halbuki ordada istisna vaz'eden bir hüküm mevcut bulunma-dığından esas kaideden ayrılmaya mahal yoktur.

c) Kararın 3 numaralı bölümünde sözü geçen 11.12.1950 tarih ve 12/11 sayılı içtihadı birleştirme kararının⁹ kararda benimsenil-miyen fikri savunanlar tarafından ne bakımdan dayanak olarak ele alındığı kararın metninden anlaşılmamaktadır. Biz burada yalnızca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun bu içtihadı birleştirme kararının meselemiz ve 113, 134 ve 218 sayılı Af kanun-ları bakımından kabili tatbik olamayacağı çünkü adı geçen içtiha-dın 5677 sayılı Af kanununun 218 sayılı Af kanunundan farklı veç-heler arzeden hükümleri muvacehesinde verilmiş olduğu şeklindeki fikrine iştirak etmekte olduğumuzu belirtmekle yetineceğiz. Ancak şunu da hemen belirtelim ki bu içtihadın elimizdeki mesele bakımın-dan kabili tatbik olmadığını ispat etmenin de meselenin esasına gö-rünür bir tesir icra edebileceğine inanmamaktayız. Belki adı geçen 11/12/1950 tarihli içtihadı birleştirme kararının lehine delil olarak sürüldüğü fikir bakımından daha açık ve geniş bir izahı kararda yapılmış olsaydı bu konuda daha etraflı fikir yürütebilmek imkân-ına sahip olurduk.

d) Kararda genel affın suçluluğu ve suçu ortadan kaldırdığın-dan bahsedilmekte ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel

8) Y. 1. CD 29/7/1950 E. 176, K. 11925; Y. 4. CD 21/12/1950 E. 11107, K. 11903; Y. CGK. 13/11/1950 E. 2-123, K. 125 (zikreden ÖZEK, a.g. makale, s. 155).

9) *Düstur*, (III. Tertip), cilt 31/II, s. 2224.

Kurulunun af ile suçun ortadan kalktığı hakkındaki nazariyeyi benimsediği anlaşılmaktadır ¹⁰. Bu nazariye teorik bakımdan esaslı temellere sahip olmamakla birlikte kanunumuz bakımından da hiçbir surette müdafaa edilemez. Burada nazari münakaşalara girmek istemiyoruz, ancak bazı önemli noktalara temasla yetineceğiz. Genel Kurulca benimsendiği anlaşılan bu görüşü yeni İtalyan Kanununa istinat ederek savunan müellifler arasında Bettiol ¹¹, Guadagno ¹², ve Vannini ¹³ gibi müellifler de vardır, ancak bu müelliflerin hepsi de bu fikirlerini yeni İtalyan Ceza Kanununda genel affın suçu ve cezayı düşüren sebepler arasında mütalâa edilmiş olmasına istinat ettirmektedirler. Halbuki Ceza Kanunumuz genel affı kapsayan dokuzuncu babında başlık olarak suç ve cezayı düşüren sebepler ibaresini kullanmamış sadece *dâva ve cezanın sukutundan* söz açmıştır. Öte yandan genel affın teorik olarak suçu düşürdüğü kabul edilebilse dahi, bu meselemiz olan kesinleşmiş mahkûmiyet kararından sonra çıkan genel af durumunda kabul edilemez. Filhakika kesin hükmün verilmesinden önce genel af çıkması halinde Genel Kurulca benimsenen görüşü savunan müellifler kesin hükümden sonra çıkan af halinde suçun ortadan kalkmayacağını sarahaten belirtmekte tereddüt göstermemişlerdir ¹⁴. Hele Kanunumuz bakımından en ufak bir tereddüde mahal yoktur ¹⁵, çünkü kanunumuz 97 nci maddesi ile genel affın kamu dâvasını ve hükmolunan cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldıracığını sarahaten ifade etmiş suçu ortadan kaldıracığını söylemiştir. Bu sebepten kesin hüküm verildikten sonra genel affın çıkması durumunda genel affı suçu ve cezayı düşüren sebepler arasında mütalâa eden yeni İtalyan ceza kanunu bakımından dahi savunulmamış ve savunulamayan bir görüşün kanunumuz hükümleri karşısında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca kararın gerekçeleri arasında ileri sürülmesi doğru değildir. Tekrar edelim Ceza Kanunumuzun bu hükmü karşısında kesin hükmün verilmesinden sonra çıkan genel af hükmolunan cezayı bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırır yoksa suçu değil. Büyük

10) DÖNMEZER ve ERMAN a.g.e., cilt II/2, s. 919.

11) BETTIOL a.g.e., s. 649.

12) GUADAGNO (G.), *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale e Speciale 1962, s. 423.

13) VANNINI (O.), *Manuale di Diritto Penale* 1947, s. 187 (zikreden KUNTER a.g. makale, s. 903, Not 59).

14) BETTIOL a.g.e., s. 665-666; GUADAGNO a.g.e., s. 422.

15) KUNTER a.g. makale, s. 904.

Genel Kurulun bu düşüncesine iştirak etmemekle beraber Türk Ceza Kanununun 97 nci maddesinin bir anayasa hükmü olmadığı ve bu yüzden adı geçen maddeye bir af kanununun aykırı hükümler koyabilmesine de bir mani bulunmadığı hakkındaki görüşüne biz de katılırız.

IV — Sonuç :

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun kararını istinat ettirdiği gerekçeleri teker teker ele alıp fikirlerimizi belirttikten sonra bu konuda varacağımız sonuç şu şekilde olacaktır: İçtihat uyuşmazlığına konu teşkil eden meselenin sözü geçen af kanunlarının ortaya çıkarmış olduğu pek çok adaletsiz sonuçlardan birisi olduğu muhakkaktır. Gerek 113 gerek 218 sayılı Af kanunları maalesef siyasî tatmin sağlamaları amacı ile aşırı çabuklukla kaleme alınmış ve getirecekleri sonuçların birbirlerine uygun olup olmayacakları düşünülmemiştir. 113 sayılı af kanununun hemen göze çarpan eksik ve uygun olmıyan noktaları 134 sayılı kanunla giderilmeye çalışılmış ancak bu da tam muvaffakiyetli bir netice vermemiştir. 218 sayılı af kanununun 4 üncü maddesi ile yapılan atfın da ne neticeler vereceği ve ne gibi hâdiseleri kapsıyacağı inceden inceye düşünülmüş değildir. 218 sayılı kanunun, tatbikini her ne sıfatla olursa olsun 113 ve 134 sayılı kanunlardan yararlananlara teşmil etmeyen 4 üncü maddesinin ilk şeklinin ¹⁶ bu kanunun şümülünü oldukça daraltmasına rağmen maddenin bugünkü şeklinden daha adil neticeler vereceği muhakkaktı. Sonra 4 üncü maddenin bugünkü yaptığı atıfta bir ayırım yapılmaksızın evvelki af kanunundan yararlananların bu af kanunundan yararlanamayacaklarını söylemesi bu maddenin sevk sebebi olan halk arasında *bir defa aftan istifade eden kimse bir daha aftan istifade edemez* düşüncesinin yerleşmesini tam mânası ile sağlayabilecekti. Halbuki kanunun bugünkü hali ile 113 ve 134 sayılı af kanunlarından istifade edenlerin bir kısmının 218 sayılı Af Kanunundan yararlanması bir kısmının ise yararlanamaması bu düşüncenin halk tabakalarında yer etmesine mani olmuştur, çünkü halk bu istifade ettirilip ettirilmeme keyfiyetinin dayandığı teknik hukukî gerekçeleri anlayacak durumda olamaz.

Fakat bütün bu adaletsiz ve arzu edilmiyen neticelere rağmen fikrimizce 113 sayılı af kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1 inci

16) *Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, Dönem 1, cilt 13, Birleşim 55, 20.2. 1963, s. 675.

maddesinin B bendi gereğince aftan istifade etmiş olanların haklarında tatbik edilen maddenin yukarı haddi 5 yılı aşan hürriyeti bağlayıcı cezadan madut bulunmasa dahi 218 sayılı af kanununun 4 üncü maddesinin sarahati karşısında bu kimselerin bu af kanunundan istifade ettirilmeleri imkânsızdır. Böylece verdiği gerekçelerin çoğuna iştirak etmemekte beraber içtiadı birleştirme kararının varmış olduğu neticeye iştirak ediyor ve kanun hükümlerinin sarahati muvahecesinde doğru olduğuna inanıyoruz. Çünkü bir af kanunu da her kanun gibi bazı tatbik şartları koyabilir ve bu tatbik şartları bu kanundan istifade edeceklerin muayyen durumlarda bulunmamış olması veya haklarında muayyen şekilde işlem yapılmış olmaması gibi hükümler ihtiva edebilirler. 218 sayılı Af Kanunu 4 üncü maddesi ile 113 sayılı Af Kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesinin B ve C bendlerinden istifade edenlerin af dışı bırakıldıklarını belirtmiştir. Kanun 5677 sayılı af kanunu gibi af dışı bırakılmak için mükerrir olmayı şart koşmamıştır, bu yüzden 113 sayılı Af Kanununun 134 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesinin B bendinin genel af mahiyetinde olup olmadığını araştırmaya mahal yoktur, aranan ne mükerrir olmak ne de genel aftan başka bir af çeşidi ile aftan istifade etmiş olmaktır, aranan mücerret olarak bu bend vasıtası ile 1 inci maddeden istifade etmiş olup olmamak keyfiyetidir. Buna bakılacak o kimse bendinden istifade etmiş ise 27/5/1960 tarihinden sonra işlemiş olduğu suçlar bakımından 218 sayılı Af Kanunundan istifade ettirilmeyecek aksi halde ettirilecektir.

Bu sebeplerle sözü geçen af kanunlarının kaleme alınış şekillerinin tevhit ettiği adaletsiz neticelerin içtiat yolu ile halledilebileceğini 218 sayılı Af Kanununun 4 üncü maddesinin sarahati karşısında mümkün görmemekteyiz, temennimiz bu aksaklık ve adaletsizliklerin yasama yolu ile bir an evvel giderilmesidir.

Asistan Mehmet R. ULUÇ

*
**