

MAHKEME KARARLARI KRONİĞİ

ANAYASA HUKUKU

Düşünce ve kanaat hürriyetinin sınırı; hürriyetlerin özüne dokunan sınırlamalar

T. C.

Anayasa Mahkemesi Kararı

Esas No : 1963/16

Karar No : 1963/83

Tarihi : 8/4/1963

İtirazda bulunan : Ankara Birinci Ağır Ceza Mahkemesi.

İtirazın konusu : Anayasa Nizamı, Millî Güvenlik ve Huzuru bozan bazı fiiller hakkındaki 5/3/1962 günlü ve 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür.

Olay : Yeni Demokrat Parti Genel Başkanı Fuat Köprülü'nün 21/4/1962 gününde parti genel merkezinde yaptığı basın toplantısında, toplantıya katılan gazete muhabirlerine yazılı bir beyanı okuduktan sonra bir gazete muhabirinin sorusuna karşı verdiği cevapta «Siyasî kanattan dolayı kimseye ceza verilmeyeceğine göre af, ancak bir haksızlığın tamiri olacaktır.» demek suretiyle Anayasa Nizamını Millî Güvenlik ve Huzuru Bozan Fiiller hakkındaki 5/3/1962 günlü ve 38 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (B) bendine aykırı hareket ettiği iddiasıyla aleyhine kamu dâvası açılmış.

Ankara Sorgu Hâkimliğince de sanık Fuat Köprülü hakkında 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi uygulanmak ve duruşması Ankara Birinci Ağır Ceza Mahkemesinde yapılmak üzere Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 196 nci maddesi gereğince son tahkikatın açılmasına 21/9/1962 gününde karar verilmiştir.

Ankara Birinci Ağır Ceza Mahkemesinde 1/11/1962 gününde yapılan duruşmada sanık müdafileri tarafından müvekkilleri hakkında uygulanması istenilen 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendinin, Anayasanın 8, 11 ve 20 nci maddelerine aykırı olduğu söz ve yazı ile ileri sürülerek işin Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesi istenilmiş ve mahkemece de Cumhuriyet Savcısının kanunun Anayasaya aykırı bulunmadığı yolundaki düşüncesine ve Başkanın muhalif oyuna karşı verilen kararda sanık müdafilerinin iddiaları özetlendikten sonra aynen :

«Her ne kadar başlangıç hükmünde Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı Türk Ulusunun bir direnişi olarak tarif edilen 27 Mayıs İhtilâlinin maksat ve ifadesi olan 334 sayılı Anayasamızın insan hak ve hürriyetlerini, milli dayanışmayı, fert ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurarken bu temel hak ve hürriyetleri de en geniş ölçüde tanımış ve itiraz dilekçesi ve aykırılık iddialarında söz konusu edilen 11 inci maddenin ikinci fıkrasında kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik sebepleriyle de olsa bir hak ve hürriyetin özüne dokunulamıyacağı ve 20 nci maddesinde de herkesin hürriyetine sahip olduğu düşünce ve kanaatlerini söz, yazı ve resim ile veya başka yollarla tek başına açıklayabileceği ve yayabileceği bir yandan kabul edilmiş olmakla beraber, öbür yandan da yurtdaşlara tanınan her hak gibi bu temel hürriyet hakkı da hiçbir zaman sonsuz olmayıp başka hak ve hürriyetlerle sınırlandırılmış ve hiçbir kimse veya zümrenin kendisine bu temel haklardan serbestçe düşünmek ve kanaat sahibi olmak ve düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim ve başka yollarla açıklayıp yayabilmek hürriyetini Anayasa ile tanımış olan en başta 27 Mayıs ihtilâlini zedelemeye her bakımdan imkân bulunamayacağı tabii görülmüş ve istisnaları bulunan her kaide gibi 11 inci maddenin ikinci fıkrasında gösterilen sebeplerle de olsa özüne dokunulamıyacağı bildirilen bu temel hak ve hürriyetlerin birinci fıkrasında Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlandırılabilmesi hükmü konmuş ve bir temel hak ve hürriyetin özüne dokunmaksızın yalnız kanunla sınırlandırılabilmesi de mümkün görülmüş ise de;

Söz konusu edilen bu 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendinin Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunluk derecesinin, demokrasimizin en baş dayanağı olan Anayasa Mahkemesince de kontrolü ile bu kanunun en küçük ne bir itiraz ve ne de herhangi bir aykırılık iddialarına yer vermeyecek kesinlikte bir uygulama üstünlüğüne ve sonuç olarak da yayımlandığı gündenberi her çeşit basının maksada göre anlayış çerçevesindeki yaptıkları ayrı ve şaşırtıcı yayınlar karşısında güvensizliğe düşürülmüş olan umumî efkârın yatıştırılması ve sanıkların müdafaa haklarının da umumî ceza prensipleri içinde lâıyk olduğu bir üstünlük değerine ulaştırılabilmesi için 44 sayılı kanunun 27 nci maddesinin ikinci bendi gereğince sanık müdafinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varılarak» gerekli evrak örneklerinin çıkarılıp mahkememize gönderilmesine oyçokluğu ile karar verildiği belirtilmiştir.

İnceleme : Ankara C. Savcılığının 28/11/1962 gün ve 5/40837 sayılı yazısı ile mahkememize gönderilen dosyanın Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 15 inci maddesi gereğince 24/12/1962 gününde yapılan ilk incelemesinde sanık müdafinin Anayasaya aykırılık iddiasını kapsayan dilekçesi örneğinin gönderilmemiş olduğu anlaşıl原因 olarak bu eksiğin tamamlanması için dosyanın mahkemeye geri çevrilmesi hakkında verilen karar üzerine, dosya eksikleri tamamlanarak Ankara C. Savcılığının 16/1/1963 günlü ve 5/1564 sayılı yazısı ile gönderildiğinden esasın incelenmesi hakkında verilen 28/1/1963 günlü karar uyarınca düzenlenen rapor, sanık müdafinin Anayasaya aykırılık iddiasını kapsayan dilekçesi örneği, mahkeme kararı ile Başkanın muhalefet şerhi, ilgili yazı örnekleri, 5/3/1962 günlü ve 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi, bu

kanunun gerekçesi, kanun teklifini inceleyen Billet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu Karma Komisyonları ile Meclis ve Senato görüşme tutanakları, Anayasanın ilgili maddeleri ve bunlara ilişkin Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporu ve görüşme tutanakları okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Önce, 334 sayılı Anayasanın 151 inci ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 22/4/1962 günlü ve 44 sayılı Kanunun 27 nci maddelerinde mahkemelerin itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine gönderecekleri aykırılık itirazları, bakmakta oldukları bir dâva dolayısıyla uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılık itirazları, bakmakta oldukları bir dâva dolayısıyla uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılık görmeleri veya taraflardan birinin ileri süreceği aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varmaları ile mümkün olup, itirazın mahkemememizce tetkikine bazlanmasından önce yürürlüğe girmiş olan Bazı Suç ve Cezaların Affı hakkındaki 23/2/1963 günlü ve 218 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (A) bendi gereğince olayda söz konusu olan suç hakkında kovuşturma yapılmasına artık imkân kalmamış olduğundan itirazda bulunan mahkemece olayda 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi uygulanamayacağına göre itirazın tetkikine cevaz olup olmadığı incelendi :

Anayasanın 147 nci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Yasama Meclisleri İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemek amacı ile kurulmuş bir mahkeme olup bu denetlemeyi yine Anayasanın 148 ve 149 uncu maddeleri gereğince iptâl dâvası veya itiraz yolu ile gelen işler üzerinde yapmakta görevli bulunmaktadır. Mahkemelerde ileri sürülecek aykırılık itirazlarını Anayasa Mahkemesine intikal ettirmek yetkisi, fertlere tanınmış olmayıp, ancak bu iddiaların ciddi olduğu kanısına varan mahkemelere tanınmıştır. Yine Anayasanın 152 nci maddesi, bu iki yoldan kendisine intikal eden aykırılık iddiaları üzerine Anayasa Mahkemesince verilecek kararlar arasında kapsam ve sonuç bakımından bir ayırma yapılmış değildir; sadece mahkemelerden gönderilen aykırılık iddiaları üzerine verilen iptal kararlarının yalnız tarafları bağlayıcı olmasına karar verilebilmesi de istisnaen kabul edilmiştir. İstisnaların mevridine maksur olup esas kaideyi ihlâl edememesi ise bir hukuk kuralıdır. Anayasa Mahkemesinin görevi, Anayasa Hukuku bakımından, yasama organını denetlemek olduğuna ve 152 nci madde gereğince Anayasa Mahkemesi kararları Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayıcı nitelikte bulunduğuna ve fert veya mahkeme iradesinin Anayasa Mahkemesi kararlarına etkisi bulunmamasına göre, itirazın Anayasa Mahkemesine intikal ettirilebilmesi için Anayasanın 151 ve 44 sayılı kanunu 27 nci maddelerinin ön gördüğü bir dâvaya uygulanacak bir kanun hükmünün mevcudiyeti şartı *ancak iptidaen aranacak bir şart olup intihæen* bu şartın devamını aramaya yer olmamak lâzım gelir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesine intikal ettirildiği tarihte dâvaya 38 sayılı kanunun uygulanması mümkün bulunduğuna göre sonradan yürürlüğe girmiş olan 218 sayılı kanunun, dâvayı ortadan kaldırmış olması, Anayasa Mahkemesince usul ve kanun hükümlerine uygun olarak el konulmuş olan itirazın incelenmesini engelleyici bir tesiri haiz olamayacağı üyelerden Rifat Göksu, Lütfi Akadlı, İbrahim Senil, Ahmet Akar, Muhittin Gürün ve Ekrem Tüze-

men'in muhalefetleriyle ve oyçokluğu ile kararlaştırıldıktan sonra esasın incelenmesine geçildi.

Sanık müdafilerinin Anayasaya aykırılık iddiası, dosyada mevcut dilekçeleri örneğinde özetle şu gerekçelere dayandırılmıştır. «Demokratik memleketlerde Anayasa nizamını mer'i Ceza Kanunları korur, hatta Anayasa Nizamını korumak için dahi olsa ayrıca hususi kanunlar çıkarılamaz. Bu nizamı, Anayasa hükümlerine aykırı tasarruflarda bulunmamak suretiyle, korumak mümkündür. Anayasa sarih ve vecizdir. 27 Mayıs İhtilâli demokratik hukuk devletini bütün hukukî ve sosyal temelleriyle kurmak için yapılmıştır. 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendinin Anayasaya uygunluğu esasen meşhûktür. Bir kaza merciince verilmiş ve kesinleşmiş kararlar hakkında vatandaşın düşünce ve kanaat beslemesi ve bu düşünce ve kanaatini söz, yazı, resim ile tek başına veya toplu olarak açıklaması 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi ile yasak edilmiştir, veya daha doğrusu lehteki düşünce ve kanaatini açıklaması serbest, fakat aleyhteki düşünce ve kanaatini açıklaması suçtur. Halbuki düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olmak demek, bir mevzuda lehte ve aleyhte düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olmak demektir ve keza bir mevzuda lehte ve aleyhte düşünce ve kanaatini açıklayabilmek hak ve hürriyetine sahip olmak demektir. Düşünce ve kanaat hak ve hürriyetinin özü budur. Bu öze dokunulamaz. Bahis konusu mevzuu olan derdest dâvalar değil, kesinleşmiş hükümlerdir. Binaenaleyh teşriî organ tarafından 11 inci maddede yazılı sebep ve zaruretlerle de olsa ezcümle kamu düzeni ve millî güvenlik gibi Anayasanın 8, 11 ve 20 nci maddelerine mevzu âmir hükümlere aykırı kanun çıkarılamaz.» Aykırılık iddiasına mesnet tutulan 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 8 inci maddesi Anayasaya aykırı kanunlar çıkarılmayacağını, Anayasanın devletin bütün organlarını bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu, 11 inci maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında uyulacak esasları ve sınırlamada bir hak ve hürriyetin özüne dokunulmayacağını belirtmekte olup itirazla doğrudan doğruya ilgili bulunan 20 nci maddesi ise aynen şöyledir :

«Madde 20 — Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklayabilir ve yayabilir.

Kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz.»

Ankara Birinci Ağır Ceza Mahkemesince Anayasaya aykırılığı iddiasının ciddi olduğu kanısına varılan 5/3/1962 günlü ve 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi ile bu bendi de ilgilendiren 3 üncü maddesi aynen şöyledir :

«B) 27 Mayıs 1960 devrimini zedeliyebilecek şekilde :

Bu devrimin neticesi olarak Yüksek Adalet Divanıncı veya sair kaza mercilerince verilmiş ve kesinleşmiş olan karar ve hükümleri, söz, yazı, haber, havadis, resim, karikatür veya sair vasıta ve suretlerle kötöleyenler, veya üstü kapalı da olsa matufiyeti belli olacak şekilde kötölemeye çalışanlar veya mahkûm edilenlerin mahkûmiyetlerine esas teşkil eden fillerini, yahut şahıslarını övenler veya neticelenmiş hazırlık, ilk, son tahkikat veya infaz safhalarıyla ilgili resim, hatırat, röportaj yapanlar veya beyanat verenler.»

«Madde 3 — Birinci maddenin A, B, ve D bentleri ile ikinci maddede yazılı suçların tekavvünü için Türk Ceza Kanununun 153 üncü maddesindeki aleliyet şarttır.»

Gerekçe : Düşünce ve kanaat hürriyeti insanların en tabii haklarındanadır. Herkes istediği gibi düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç alemi kanunun her çeşit müdahalesinin dışındadır. Ancak kişinin iç aleminde kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına giren ve toplumsal yaşamın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir. İnsanların toplum halinde yaşayabilmeleri ancak toplum hayatının bazı esaslara ve kurallara bağlanması ile yani düzenlenmesi ile mümkündür. Bu zaruret insanın iç hayatı bakımından mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyetinin, söz, yazı, resim ve saire gibi çeşitli vasıtalarla açığa vururlarken toplumsal yaşamın sürekliliği (Devam ve bekası) sağlanmak için belli esaslara ve kurallara bağlanmak suretiyle kayıtlanmasını zorunlu kılar. Zira, toplum hayatına zarar veren düşünce ve kanaatlerin açığa vurulması toplumu huzursuzluğa sevk ederek toplumsal yaşamın ve Devletin güvenliğini sarsar. Bu bakımdan diğer hak ve hürriyetler gibi düşünce ve kanaat hürriyeti de her türlü sorumsuz davranışlara cevaz veren mutlak ve sınırsız bir hürriyet olarak telâkki ve kabul edilemez. Bu hürriyeti toplumsal yaşamın ve demokratik nizamın icaplarıyla bağdaştırmak ve toplumsal yaşamla düşünce ve kanaat hürriyetini denge halinde tutmak gereklidir.

Bu itibarla Anayasamızın, metni aynen yukarıya çıkarılan, 20 nci maddesi hükmünü düşünce ve kanaatlerin mutlak ve sınırsız bir şekilde ve hiçbir sorumluluk duygusuyla bağlı olmaksızın her düşünceyi açıklamaya cevaz veren bir hak gibi telâkki etmemek icabeder. Aksine olarak onu Anayasada yer almış diğer hükümler ve ilkeler ile birlikte Anayasamızın bütünü içinde bir parça olarak ele almak ve değerlendirmek gerekir. Nitekim maddenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında bu maddenin düşünce ve kanaat hürriyetine bir sınır çizmediği, bu şekli ile fertleri meselâ komünizmi, nasyonal sosyalizme veya irticaa kayan düşünceleri veyahut ahlâksızlığı teşvik eden fikirleri de açıklamak ve yaymak hususunda serbest bırakılmış gibi bir intiba yarattığı ileri sürülerek bu bakımdan kayıtlanması istenilmesine karşı, Anayasa Komisyonu sözcüsünün yaptığı açıklamada «Maddeyi yalnız başına ele alarak yani diğer hükümlerden tecrit ederek manalandırmanın caz bulunmadığını, hukukta doğru olan tefsirin gai tefsir yani hükümlerin gayeye göre tefsir edilmesi olduğunu, tefsir konusu olan hüküm hangi kanunda ve Anayasada ise o kanun veya Anayasamızın tümü ve ruhu gözönünde tutularak yorumlama yapılacağını, Anayasamızın esas itibariyle hürriyetleri imha edici faaliyetleri yasak eden ve realist bir hürriyet anlayışını kendisine temel olarak almış olan bir Anayasa olduğunu, bu bakımdan herkese tanınan düşünce hürriyetinin Anayasa ile tesbit olunan Devlet nizamına ve demokratik nizama uygun kanaatleri belirtmek için sağlandığını ve bu sebeple lâik ve demokratik nizamı yıkmak, Devletin ve milletin bütünlüğünü parçalamak isteyen düşüncelerin açıklanmasının düşünce hürriyetine dâhil sayılmayacağını ve bilâkis suç teşkil edeceğini» bildirmiş olması düşünce ve kanaat hürriyetinin de Anayasamızın temel hak ve hürriyetlerin niteliklerini açıklayan ikinci kısmının (Genel hükümler) ün-

vanlı birinci bölümde yer almış olan 11 inci maddesi uyarınca «Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini» kolayca anlatmaya kâfidir.

Sınırsız hürriyetin anarşiden başka bir şey olmadığı gözönüne alınca, 20 nci maddeye, düşünce ve kanaat hürriyeti hakkında hiçbir kayıtlama kısıtı konulmamış olmasını bu hürriyeti Anayasanın dayandığı temel ilkelere uygun olmak ve Anayasanın 11 inci maddesinde gösterilen esaslar dahilinde kalmak şartıyla; her istikamette sınırlayabilmek hususunda Anayasa vazunun kanun koyucuya takdir hakkı tanımış olduğu şeklinde yorumlamak tabii bulunmaktadır.

Öte yandan düşünce ve kanaat hürriyetini tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan basın hürriyeti ve düşünce ve kanaat hürriyeti gibi mutlak ve sınırsız bir hürriyet değildir. Anayasamız, 22. maddesiyle basın hürriyetinin millî güvenliği ve genel ahlâkı korumak, kişilerin şeref, haysiyet ve haklarına tecavüzü suç işlemeye kışkırtmayı önlemek maksadıyla sınırlanabileceğini kabul ettiği gibi, gerekli hallerde gazete ve dergilerin toplatılmasına da cevaz vermiştir.

Geniş halk kitlelerinin düşünce ve kanaatleri üzerinde etki yapan basının hür olması, toplumun huzur ve selâmetini ve Devletin güvenliğini ihlâl edecek mahiyetteki beyanların ve yazıların cezasız bırakılması demek değil, sadece basının önceden kayıtlama ve kısıntıya tabi tutulmaması demektir.

İçtimai görevini yerine getirebilmesi için basının hür olması kadar sorumluluk şuurunu ile hareket etmesi de şarttır. Sorumluluk şuurundan yoksun bir basın, her sorumsuz kuvvet gibi er geç soysuzlaşır ve toplum hayatını sarsan ve millî güvenliği tehlikeye koyan bir kuvvet halini alır. Düşünce ve basın hürriyetleri ne kadar mukaddes olursa olsun böyle bir durum karşısında toplum düzenini ve millî güvenliği korumakla görevli olan kanun koyucu gerekli tedbirleri almak zorunluğundadır.

İtiraza konu olan 5/3/1962 günlü ve 38 sayılı kanun, 27 Mayıs Devriminin bir sonucu ve felsefesi olan 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile kurulmuş demokratik ve sosyal hukuk devleti nizamını korumak ve yerleştirmek ve âmmenin huzur, güvenlik ve selâmetini sağlamak maksadıyla çıkarılmıştır.

Anayasanın metnine dâhil bulunan ve onun dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmında 27 Mayıs Devrimi «Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı Türk Milletinin direnme hakkını kullanması» olarak vasıflandırılmış ve Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeler «İnsan hak ve hürriyetlerini, millî dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini «bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurmak» şeklinde ifade edilmiştir.

Demokratik hukuk devleti ilkesi hukuka bağlı, istikrarlı ve gerçekçi bir hürriyet rejimini ifade eder; bu rejim, hiçbir suretle anarşi anlamına alınamaz. Bu esastan hareket edilince ve yukarıda yapılan açıklamalar da nazara alınca, düşünce ve kanaat hürriyetinin kapsamı içine Anayasanın dayandığı insan hakları, millî dayanışma, sosyal adalet, fert ve toplumun huzur ve refahı gibi temel ilkeleri yıkmaya ve yok etmeye varacak düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması serbestisinin de dâhil bulunduğunu kabule imkân ta-

savvur olunamaz. Nasıl ki Milletlerarası bir hukuk vesikası olan ve düşünce ve kanaat hürriyetini de kapsayan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde, bu beyannamenin hiçbir hükmünün, içinde ilân olunan hak ve hürriyetlerin bir devlet, zümre veya fert tarafından yok edilmesini güden bir faaliyete girişmeye veya fiilen bunu işlemeye herhangi bir hak verdiği şeklinde yorumlanamayacağı belirtilmek suretiyle bu esas açıkça ilân edilmiştir.

Anayasanın 11 ve 20 nci maddelerine aykırılığı ileri sürülen 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi ile yasaklanmış olan fiiller, 27 Mayıs Devrimini zedeleyecek şekilde bu devrimin neticesi olarak Yüksek Adalet Divanınca ve diğer yargı mercilerince verilmiş ve kesinleşmiş olan karar ve hükümlerin sözlü, yazı, resim veya diğer yayın vasıtalarıyla kötülenmesi, adı geçen divan tarafından mahkûm edilenlerin mahkûmiyetlerine esas teşkil eden fiillerinin veya şahıslarının övülmesidir ve 1 inci maddenin (B) bendi sadece bu bakımdan düşünce ve kanaat hürriyetini sınırlamaktadır.

Yüksek Adalet Divanı veya diğer yargı mercilerinin verdiği kararların kötülenmesi ve mahkûm edilmiş olanların mahkûmiyeti intaç eden fiillerinin veya şahıslarının övülmesi, sonucu itibariyle 27 Mayıs Devriminin meşruluğunu ve haklılığını inkâra yol açan ve halk efkârına bu devrimi yani Türk Milletinin meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnmesini yersiz ve gayrimeşru gibi göstermeye müncer olan ve bu yoldan vatandaşları birbiri aleyhine tahrik ederek onlar arasında kin ve düşmanlık duyguları yaratan bir davranış teşkil etmektedir.

Böyle bir davranışa cevaz verilmesi, vatandaşlar arasında kin ve düşmanlık duygular yaratılmasına ve milli huzurun devamlı şekilde ihlâline yol açar; bu ise Anayasa'nın dayandığı temel ilkeleri tahrip etmek sonucunu doğurur; bu itibarla böyle bir davranış mezkûr ilkelerle bağdaştırmak mümkün değildir. Zira Anayasa'nın dayandığı milli dayanışma, fert ve toplum huzuru gibi ilkeler, ancak siyasi kanaatleri ne olursa olsun aynı toplumun fertleri olan vatandaşlar arasında karşılıklı anlayış ve saygı duygularının ve toplum suurunun kuvvetlenmesiyle doğar ve yerleşir. Bu duyguları yok etmeyi ve vatandaşlar arasında ikilik yaratmayı hedef tutan her hareketin Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı olduğuna şüphe edilemez. Bu bakımlardan düşünce, kanaat ve basın hürriyetlerinin bu istikamette sınırlandırılmasında kamu yararı bulunduğu ve bu sınırlamanın Anayasa'nın 11 ve 20 nci maddelerine aykırı olmadığı açıktır.

Demokratik memleketlerde Anayasa nizamının Ceza Kanunu ile korunacağı ve bu nizamı korumak için olsa dahi ayrıca özel kanunlar çıkarılamayacağı yollu düşünce hiçbir ilmi mesnede dayanmadığı cihetle yerinde görülmemiştir. Anayasa nizamını koruyan ve bu maksatla bazı hürriyetleri sınırlayan hükümler, umumî ceza kanununa konulabileceği gibi özel bir kanunla da düzenlenebilir. Bu, bir hukuk kuralı değil, bir sistem meselesidir. Anayasa nizamının Anayasa'ya aykırı tasarruflarda bulunmamakla korunacağı bir gerçek ise de bu gerçeğin kemaliyle tahakkuk edebilmesi Anayasa'ya aykırı tasarrufların kanun koyucudan sâdir olması kadar, vatandaşlardan sâdir olmasını da önlemekle yani hürriyetlerin kötüye kullanılmamalarını sağlayacak bazı kayıtlamalara tabi tutulması ile mümkün olabileceği de aşıkârdır. Elverir ki bu kayıtlamalar, hürriyetlerin özüne dokunmasın ve o özü tahrip etmesin.

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun raporundan ve Anayasa tasarisinin Meclisteki görümlerinden de anlaşılacağı veçhile bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir.

Bahsi geçen kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi ile yapılan kayıtlamayı bu mahiyette telâkki etmek mümkün değildir. Önce bu kayıtlama, itiraz dilekçesinde belirtildiği gibi vatandaşın 27 Mayıs Devrimi hakkında herhangi bir kanaat beslemesini men edici mahiyet taşımamaktadır. Esasen kanaat besleme, kişinin iç âlemini ilgilendirdiği cihetle bir kayıtlamaya da tabi tutulamaz.

Bu kanaatin söz, yazı, resim ve saire gibi vasıtalarla açığa vurulmasıdır ki 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi ile bazı kayıtlamalara tabi kılınmıştır. Kanunun 3 üncü maddesi hükmüne göre kayıtlamalara aykırı davranışların suç niteliği alması için bu davranışların, Türk Ceza Kanununun 153 üncü maddesinde belirtilen şekilde :

- 1 — Basın yolu ile veya herhangi bir propaganda vasıtasıyla,
- 2 — Umumi veya umuma açık olan mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda,
- 3 — Toplanılan yer veya toplantıya katılanların adedi veya toplantının konusu ve gayesi itibariyle özel mahiyeti haiz olmayan bir toplantıda işlenmiş olması,

Şarttır. Bu bakımdan 38 sayılı kanunla yapılan kayıtlama, düşünce kanaat ve basın hürriyetlerinin özüne dokunacak bir nitelik taşımakta, sadece toplum hayatını zarardan gorumayı ve güvenliği sağlamayı hedef tutmaktadır.

Kaldı ki, sözü geçen (B) bendindeki yasaklama ile basın sansüre tabi tutulmamış, gazete ve dergi çıkarılması önceden izin alma ve mali teminat gösterme şartına bağlanmamış, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayınlanmasını engelleyici ve zorlaştırmacı iktisadi, mali ve teknik kayıtlar konulmamıştır. Şu halde bahsi geçen bent ile düşünce ve kanaat hürriyetinin gayesine uygun şekilde kullanılmasını zorlaştıran veya imkânsızlaştıran bir sınırlama yapılmamıştır. Bu itibarla bent hükmü ile düşünce ve kanaat hürriyetinin özüne dokunulmamış ve bu öz tahrip edilmemiştir.

Sonuç : Yukarıda açıklanan sebeplerle Anayasa Nizamını, Millî Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller hakkındaki 5/3/1962 günlü ve 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi Anayasaya aykırı olmadığından itirazın reddine, üyelerden Ekrem Korkut'un muhalefetiyle ve oyçokluğu ile 8/4/1963 gününde karar verildi.

1 — Anayasa nizamını, millî güvenlik ve huzuru bozan fiiller hakkındaki 5/3/1962 gün ve 38 sayılı kanunun, 1. maddesinin A bendinin Anayasaya aykırı bulunmadığını tesbit eden Anayasa Mahkemesinin 8/4/1963 tarih ve E. 1963/17, K. 1963/84 sayılı kararı (Resmî Gazete sayı 11456), aynı kanunun 1. maddesinin B bendinin Anayasaya aykırı olmadığını tesbit eden 8/4/1963 tarih ve

E. 1963/16, K. 1963/83 sayılı karar (Resmî Gazete sayı 11449), yine aynı kanunun 4. maddesinin Anayasaya aykırı olmadığını belirten 8/4/1963 tarih ve E. 1963/25, K. 1963/87 sayılı kararı (Resmî Gazete sayı 11457) yayınlanmıştır. Anayasa mahkemesi aynı konularda diğer bazı kararlar da vermiş ve bunlarda da yukarıda tarih ve numarası kaydedilen kararlarını ve gerekçelerini tekrar eylemiştir.

38. Açıklamak lâzım gelir ki, Anayasa mahkememiz yukarıda tarih ve numaraları işaret olunan kararlarında, 38 sayılı kanunun 1. maddesinin A, B bendlerinin ve 4. maddesinin Anayasaya aykırı olmadığını belirtirken de aynı gerekçe ve prensipleri tekrar etmektedir. Bu itibarla yukarıya metnini nakletmiş bulunduğumuz kararın gerekçesinin tahlili, dolayısıyla, diğer kararların da analiz edilmiş bulunulması neticesini husule getirecektir.

Karar, muayyen bir kanunun bir maddesinin Anayasaya aykırılığını bulunmadığını tesbit eylemesi yönünden fazla önem taşımakta değildir; kararın asıl önemli olan görünüşü düşünce ve kanaat hürriyetlerinin yeni Anayasa muvacehesindeki sınır ve kapsamını göstermekte bulunması itibarıdır. Bizim dahi karara ilgi göstermemizin sebebi bu görünüşü dolayısıyledir.

2 — Anayasa mahkemesi esas konuya geçmeden usulî bir meseleyi hallediyor :

Anayasamızın 151. maddesine nazaran, esas mahkemesinde görülmekte olan bir davada Anayasaya aykırılık iddiasının Anayasa mahkemesine intikal ettirilebilmesi için «bir davaya uygulanacak bir kanun hükmünün mevcudiyeti lâzımdır». Zira 151. maddede «bir dâvaya bakmakta olan mahkeme,» uygulanacak «bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına vararsa » denilmiştir. İmdi bidayeten uygulanacak mahiyette bir hüküm mevcut bulunmuş ve bu hükmün Anayasaya aykırılığı ciddi görülerek durum Anayasa mahkemesine intikal ettirildikten sonra o hükmün olayda tatbikine mani bir husus meydana çıkmış olursa, Anayasa mahkemesi işi incelemeye devam ile intaç eylemek mecburiyetinde midir?

Olayda işin, esas mahkemesi tarafından, Anayasa mahkemesine intikal ettirilmesinden sonra Af Kanunu yayınlanmış ve işle ilgili dosyanın ortadan kaldırılması gerekmiştir. Arzolanın faraziyenin tahakkuku bakımından müruru zamanın işlemiş olması veya

sanığın ölmesi de mümkün idi. Anayasa mahkemesi çoğunluğunun bu konudaki kararı şöyledir : «... itirazın Anayasa mahkemesine intikal ettirilebilmesi için Anayasanın 151 ve 44 sayılı kanunun 27. maddelerinin öngördüğü bir dâvaya uygulanacak bir kanun hükmünün mevcudiyeti şartı ancak iptidaen aranacak bir şart olup intihæen bu şartın devamını aramaya yer olmamak lâzım gelir». Bu itibarla Anayasa mahkemesine intikal ettirildiği tarihte davaya 38 sayılı kanunun uygulanması mümkün bulunduğuna göre sonradan yürürlüğe girmiş olan Af Kanunu dolayısıyla dâvanın ortadan kaldırılması mecburiyetinin tahakkuku, Anayasa mahkemesince usul ve kanun hükümlerine uygun olarak el konulmuş olan itirazın incelenmesini engelleyici bir tesir yapamaz. Mahkemenin ekseriyetine göre 151. maddeye nazaran Anayasaya mugayeretin iptâl dâvası veya itiraz yolu ile aksettirilmiş bulunmasının önemi yoktur; zira bu iki yolun etkileri aynidir.

Mezkûr görüş tarzının aksini iltizam eden azınlığın noktai nazarına göre ise, dâvanın iptâl yolu ile açılmış olmasının tesiri başkadır; itiraz yolu ile ikamesinin tesiri ise yine başkadır. İtiraz yolu ile ve bir bekletici mesele olarak mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiası ancak bir dâva üzerine ileri sürülebilir. Böyle olunca Anayasa mahkemesinin esas bakımından bir karar ittihazi, mahkemece itiraz edilen kanun hükmünün uygulanmasının mümkün bulunmasına yani dâvanın devamına bağlıdır. Anayasanın 152. maddesinin 4. fıkrası dairesinde Anayasa mahkemesinin yalnız tarafları bağlayıcı kararlar ittihaz edebilmesi de bu görüş tarzını teyid eder.

Biz, böylece özetlenebilecek çoğunluk ve azınlık noktai nazarları muvacehesinde, ekseriyetin görüşünü menfaatler vaziyetine daha uygun sayıyoruz : Gerçekten Anayasa hukuku sahasında, metinlerin ruh ve esasına inerek, Anayasa koyucusunun asıl maksadına ulaşmağa çalışmak ve bilhassa menfaatler vaziyetini gözönünde tutarak karar vermek icap eder. Yoksa metinci bir görüş tarzından hareket etmek suretile Anayasanın sözünü ele alıp bunları hakiki maksatlarından çeliştirerek yorumlamağa çalışmak ve bundan neticeler elde etmeğe çabalamak tutulması gerekli yol değildir.

Aşikârdır ki, ekalliyetin görüşü menfaatler vaziyetine uygun değildir. Gerçekten bu noktai nazar kabul edilecek olursa iş Anayasa mahkemesine intikal ettikten sonra zaman aşımı husule gelmesi veya sanığın ölmesi halinde de Anayasa mahkemesinin dâva konusu hakkında karar verememesi icap edecektir. Böyle olunca

Anayasa mahkemesinin evvelâ dâvanın kabulü hakkındaki diğer şartların mevcut bulup bulunmadığını da incelemesi icap edecek ve hüküm zamanında dahi bu yönde tamamlayıcı inceleme yapılması lâzım gelecektir. Böyle bir hal tarzı ise, Anayasa mahkemesini esas fonksiyonundan çıkarmak neticesini hasıl eder. Kamu yararı ve hukuk devleti rejimi, mümkün oldukça, Anayasaya aykırı tatbikatın durdurulmasını ve aykırı kanunların izalesini icap ettirdiğinden bu amaca aykırı sonuçlar husule getirebilecek yorum tarzları menfaatler vaziyetine de uygun olmaz.

Diğer taraftan azınlığın görüşünü teyid için metinden çıkarılan delil de, bizce kuvvetli gözükmemektedir. Gerçekten itiraz yolu ile intikal eden bir dâvaya ait hükmün. Anayasa mahkemesince yalnız taraflar bakımından tesir husule getirebilecek bir kaziyeyi mahkeme etkisine tâbi tutulabilmesi, iptal ve itiraz yolu ile açılan dâvaların kabul ve intacı şartlarının farklı olabilmesini de elbette zarurî kılmaz; kabul şartları başka, hükümlerin etkilerinin kapsamı meselesi yine başkadır.

3 — Anayasa mahkemesi tetkik konumuz olan kararı ile esas bakımından aşağıdaki iki konunun hal tarzlarını getirmektedir :

1) Anayasamızın düşünce ve kanaat hürriyetine taallük eden 20. maddesinin mutlaklık derecesi neden ibarettir?

2) Hürriyetlerin özüne dokunan sınırlamalar hususundaki kıstas neden ibarettir?

Bu iki meseleyi ayrı ayrı incelemek lâzımdır.

4 — I. *Anayasanın düşünce ve kanaat hürriyetine taallük eden 20. maddesinin mutlaklık derecesi :*

Anayasamızın muhtelif maddelerinde ana hak ve hürriyetler sayılmış ve bunların hangi ölçülere göre ve maksatlarla sınırlanabileceği keza gösterilmiştir. Yine Anayasanın 11. maddesinde «*temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. — Kanun, kamu yararı genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz*» hükmü sevk edilmiştir.

Ancak Anayasanın 20. maddesinde düşünce hürriyetinden bahsedilirken «*herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; düşünce ve kanaatlarını söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına*

veya toplu olarak açıklayabilir veya yayabilir. — Kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamağa zorlanamaz» denilmiştir. Görülüyor ki, diğer birçok Anayasa maddelerinden farklı olarak 20. maddede düşünce ve kanaat hürriyetinin sınırlanabileceğine ve bu sınırlamanın hangi kıstas ve saiklere müstenid bulunacağına dair herhangi bir kayıt yoktur. Şu durum, düşünce ve kanaat hürriyetini Anayasamızın mutlak olarak tesbit edip etmediği konusunu ortaya çıkarır.

İmdi 38 sayılı kanunun bazı hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunduğu görüşünde olanlar 20. maddenin mutlak gözüken ibaresine dayanmağa çalışmışlardır. Filhakika Anayasa diğer bir takım ana hak ve hürriyetleri tesbit ederken bunların hangi esaslara ve ölçülere göre sınırlandırılacağını gösteren hükümleri ihtiva eylediği halde düşünce ve kanaat hürriyeti yönünden bu yolu tutmamış ve sınırlandırma ölçüleri göstermemiş bulunması vâkıasından çıkan neticenin bu hakkın mutlak olduğu ve her konuda leh ve aleyhteki düşünce ve kanaatları açıklayabilmek serbestisini tazammun eylediği ileri sürülmüştür.

5 — Anayasa mahkemesi, kararında 20. madde ile ifade olunan düşünce ve kanaat hürriyetinin mutlak olmadığı noktai nazarı belirtmektedir; gerekçeyi şu suretle özetleyebiliriz :

1° Kişinin iç hayatında kaldığı müddetçe kanunun müdahalesinden azade ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti söz, yazı, resim ve saire gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken toplu yaşayışın devam ve bekası sağlanmak için belli kurallara bağlanmak suretile kayıtlanır. Toplum hayatına zarar veren düşünce ve kanaatlerin açığa vurulması Devletin güvenliğini sarsar. Bu itibarlar mezkûr hürriyeti toplum yaşayışının ve demokratik nizamın icapları ile bağdaştırmak ve toplumsal yaşayış ile düşünce ve kanaat hürriyetini denge halinde tutmak gereklidir.

2° 20. maddeyi Anayasada yer almış diğer hükümler ve ilkelere birlikte ve Anayasanın bütünü içinde bir parça olarak ele almak lâzımdır. Anayasamız ise, realist bir hürriyet anlayışını kendisine temel olarak almıştır; binnetice düşünce hürriyeti Devlet nizamına ve demokratik nizama uygun kanaatları belirtmek için sağlanmıştır. Bu sebeple lâik ve demokratik nizamı yıkmak. Devletin ve milletin bütünlüğünü parçalamak isteyen düşüncelerin açıklanması düşünce hürriyetine dahil sayılamaz.

Nitekim İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi de, bu beyannamenin hiçbir hükmünün, içinde ilân olunan hak ve hürriyetlerin bir Devlet, zümre veya fert tarafından yok edilmesini güden bir faaliyete girişmeye veya fiilen bunu işlemeğe herhangi bir hak verdiği şeklinde yorumlanamayacağını teyid ve tesbit eylemiştir. Binaenaleyh düşünce ve kanaat hürriyeti de Anayasanın 11. maddesi gereğince «Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir».

c) Esaslar böylece tesbit olununca 27 Mayıs Devriminin meşruluğunu veya haklılığını inkâra yol açan ve halk efkârına bu devrimi yersiz ve gayrı meşrû imiş gibi göstererek bu yoldan vatandaşları birbiri aleyhine tahrik edip onlar arasında kin ve düşmanlık duyguları yaratan ve millî huzurun devamlı şekilde ihlâline yol açan düşünce ve kanaatların yayılmasını sınırlayan hükümler Anayasaya aykırı olmaz.

Kararın mucip sebepleri bunlardan ibarettir.

6 — Mukayeseli Hukuk yönünden diğer bazı memleketler Anayasa mahkemeleri ve Yüksek mahkemeleri kararlarına bakış :

Karar ve mucip sebeplerini tahlil etmeye girişmeden önce bir nebze Mukayeseli Hukuk üzerinde duracağız.

Amerika'da düşünce ve kanaatları izhar hürriyeti Amerikan Anayasasının birinci zeylinde yer almıştır. Bu zeyle nazaran Amerikan kongresi «söz ve basın hürriyetini tahdit eden bir kanun yapamaz».

Mezkûr hüküm birinci ve bilhassa ikinci Dünya savaşlarından sonra Amerika'da, iç karışıklıklara karşı devletin korunması maksadile çıkarılan çeşitli kanunlar dolayısıyla Amerikan Yüksek mahkemesince ele alınmış ve çıkarılan yeni kanunların Anayasaya uygun olup olmadıkları tartışılırken birinci zeylin muhtevasının ne suretle manâlandırılması icap edeceği hususunda Yüksek Mahkeme kanaatını belirtmiştir.

Birinci Dünya Savaşından sonra Âli mahkeme 1919 yılında verdiği meşhur bir kararında (Schenk v. United States) düşünce ve kanaat hürriyeti bakımından bugün dahi değerini muhafaza eden bir kıstas vaz'eylemişti. Buna nazaran düşünce ve kanaat hürriyetini tahdit eden bir kanunun birinci zeyle muhalif olup olmadığını tayin bakımından kıstas şudur : «her olayda kullanılan kelime ve ibarelerin, kullanıldıkları hal ve şartlar ve nitelikleri itibarile top-

luluk için açık ve halen mevcut bir tehlikeyi doğurabilecek mahiyette olup olmadıkları araştırılır. Böyle açık ve halen mevcut bir tehlike var ise, bu takdirde kongrenin önlemek hakkına sahip bulunduğu aslı bir takım kötülükleri meydana getirmeğe müsait bu nevi tezahürleri kanun men etmek hakkına sahip olur ve böyle bir kanun Anayasaya aykırı olmaz». İşbu kıstas 1940 yılına kadar bazı geçici muhalefetlere rağmen Yüksek Mahkeme tarafından devamlı surette tatbik edilmiş ve yerleşmiş idi. 1940 yılında *Smith Act* yayınlandı. Bu kanun Amerikan Hükûmetini imha etmek veya devirmek için her türlü faaliyette bulunan kimseleri cezalandırmakta idi. 1948 yılında bu kanunun komünist faaliyetlere karşı da uygulanmağa başlanması üzerine, *Smith Act*'in Anayasaya uygun olup olmadığı meselesi yeniden ortaya çıktı ve Yüksek Mahkeme komünist partisi liderlerinin mezkûr kanun hükümlerine tevfi kan takip edilmelerinde Anayasayı ihlâl eden bir mahiyet görmedi. Gerçekten bu kararında âli mahkeme (*Dennis v. United States*) 1919 yılında verdiği kararı bir miktar genişleterek «devletin, kendi müdafaasını sağlamak için fiilen bir ihtilâlin husule gelmesini beklemeğe ihtiyacı olmadığını» belirtmiş oluyordu. Buna nazaran, bir fikrin zararının hemen olmasa bile, oldukça yakın bir zamanda nisbeten ciddi bir tehlike husule getirebilmesi ihtimalinin mevcudiyeti takdirinde sınırlandırılabilceği kabul edilmiş oluyordu.

Bu karar, fikir ve kanaat hürriyetinin birinci zeylin verdiği imkân aşularak tahdit edildiği iddia olunarak bazı müelliflerce tenkit edilmiştir.

Ancak bu karardan altı yıl sonra 1957 yılında (*Yates v. United States*) verdiği bir kararında âli mahkeme *Smith Act*'in Anayasaya uygunluğunu teyid etmekle beraber bir tefrik yapmayı da uygun saydı :

Karara nazaran *mücerret bir doktrinin müdafaası ile kanuna aykırı bir eyleme (action) tevcih edilmiş çabayı* birbirinden ayırmak lâzımdır. Mücerret bir doktrinin müdafaasını men eden kanun ve kanunun bu manada tatbiki Anayasaya aykırı olur. Hâkim Holmes'in de dediği gibi, bu tefrikin çok nazik olduğunu ve her fikrin bir tahrik ve teşvik unsurunu ihtiva eylediğini söylemek lâzım gelir. Her halde âli mahkeme böylece «inanç, kanaat» ile «fiil» arasında bir tefrik yapmak istemiş bulunmaktadır.

7 — İtalyan Anayasasının 21. maddesi de hemen hemen bizim 20. maddemizin aynidir. İtalyan Ceza Kanununun 654. maddesinin Anayasanın bu maddesine aykırı bulunup bulunmadığı konusunda verdiği bir kararla İtalyan Anayasa Mahkemesi de bazı esaslar tesbit eylemiştir (8 Temmuz 1957). Bu karara nazaran Anayasa düşünce ve kanaatların serbestçe ifade edilebilmesi hakkını tesbit ederken topluluğun sulh ve sükûnunu ihlâl eden faaliyetlere rıza göstermiş olarak kabul edilemez. Bu nevi faaliyetler 21. maddede kabul edilmiş olan hakkın belirttiği esas mefhumu ve pratikteki ifadesine uyamaz.

Mezkûr karar müellifler arasında münakaşa edilmiştir :

Kararda atıf yapılan «*kamu emniyeti ve nizamına müteveccih tehlike*» mefhumu ile neyin ifade edildiği tartışılmış ve burada iki faarziyenin mevzubahis olabileceği belirtilmiştir : 1 — Mücerret olarak kamu nizamının ihlâl edilebilmesi imkânı ve 2 — bu nizamın ihlâl edileceği hususundaki müşahhas ihtimal.

İmdi 654. maddede menolunduğu üzere sulh ve sükûnu bozucu toplantıların âmme emniyeti için tehlikeyi tazammun ettiği belirtilirken biraz evvel bahsi geçen faraziyelerden birincisinin mi, yoksa ikincisinin mi mevzubahis edildiğinin kâfi derecede vazıh olmadığı beyan edilmiştir. Nizamın bozulması tehlikesi bir mkân olarak mütalâa edildiği hallerde âmme emniyetine müteveccih tehlike sadece bir faraziye mahiyetinde kalır; ve eğer Anayasa Mahkemesi kararı böylece anlaşılacak iktiza ederse, Ceza Kanununun 654. maddesi, bir *fikir suçu* ihdas etmiş bulunacağından, Anayasasının 21. maddesine aykırı olur. Buna mukabil fikrin, düşüncenin ifadesi kamu müesseselerinin devrilmesi konusunda bir nevi tahrik teşkil ediyorsa ve bu tahrik sulhün ve sükûnun bozulması *ihhtimalini* de ortaya koyuyorsa bu takdirde 654. madde Anayasaya uygun olur. Zira bu halde «*tehlike*» fiilen mevcuttur ve müşahhas bir tarzda değerlendirilebilir (Bu konuda bk. : *Annarozza Pizzi*, Problems Involved in the Protection of Fundamental Human Rights and Liberties in the Praticce of the İtalien Constitutional Court, Journal of the International Commission of Jurists, 1963, vol. IV, no. 2, s. 294).

Görülüyor ki, düşünce ve kanaat hürriyetinin hudutları bakımından Amerikan âli mahkemesinin koyduğu kıstaslarla İtalyan Anayasa mahkemesinin vaz'eylediği kıstaslar arasında büyük bir fark mevcut değildir.

8 — Biz konu hakkındaki görüşlerimizi şöylece arz ediyoruz :

Bir insanın düşünce ve kanaat alemi kendi içindedir. «Düşünceleri okumaya imkân veren bir makine henüz icad olunmamıştır. (Maurice Duverger, Droit Public, 1957, s. 199)». Bu itibarla bugün düşünce ve kanaat hürriyeti deyince anlaşılın, düşünce ve kanaatların çeşitli yollarla açıklanabilmesi ve yayılması hürriyetidir. Düşünce ve kanaat hürriyeti bunları yayabilmek ve herkesin kendi düşünce ve kanaatlarını tesis edebilmek serbestliğini ihtiva eder. İç âlemde kaldığı sürece, düşünce ve kanaat hürriyetile, esasta, Hukuk nizamının bir ilgisi olmadığı söylenebilir. Hukuk nizamının, haricîleşmediği müddetçe düşünce ve kanaatlarla ilgisi «hiç kimse nin, düşünce ve kanaatlarını açıklamaya zorlanamaması» ve herkesin kendisine mahsus düşünce ve kanaatlarını tesis edebilmek ve bunun için de gerekli vasıtalara müracaat edebilmek serbestliğine sahip bulunmasından ibarettir.

Düşünce ve kanaatların, sözle yayılabilmesi hürriyetinin lehinde olmak üzere iki esas gerekçe öne sürülmüştür (Bk. : Walter Gellhorn, American Rights, New York 1960, s. 46) : Demokratik bir rejimde vatandaşların kamu işlerini tartışmaları yalnız bir hak değil aynı zamanda bir vazifedir. Zira aydınlanmış bir âmme etkârı mevcut bulunmadığı takdirde, vatandaşların kendilerini idare edenleri yönetmek, onlara istikamet verebilmek kabiliyeti de ortadan kalkar.

Diğer taraftan tecrübe, en radikal hatta görünüşte tuhaf fikirlerin açıklanabilmesi imkânının dahi bazan, sosyal hareketsizliği bertaraf edici bir teşvik unsuru hizmetini gördüğünü ispatlamıştır. Bidayette husumet çeken fikirlerin sonradan ebedî hakikatler olarak kabul edildiği çok görülmüştür. Fikirlerin birbiri ile rekabet halinde bulunması, ileride muhakkak tahavvüle mahkûm olan vaziyetlerin infilâklarla değişmesini önler. Çok kere sıkıntı ve mesele yaratıcı kimselerin şikâyetleri uzun zaman geçiştirilecek olursa bu meseleler gittikçe kesafet kazanarak meseleleri ağırlaştırır. Bu itibarla mesele çıkaran kimseler dahi olaylara dikkati çekmek gibi bir içtimâî fonksiyon ifa etmiş olurlar. Nihâî iyilik, fikirlerin serbestçe tedavülü ile temin olunur. Hakikatların varlığını tesbit hususunda en iyi tez, pazardaki rekabette kendini kabul ettiren fikirlerin kuvvetidir.

9 — Düşünce ve kanaat hürriyeti haricileştiği andan itibaren esasen kullanılan vasıtalara ve güdülen maksatlara göre Basın hür-

riyeti, Vicdan ve din hürriyeti, Bilim ve san'at hürriyeti, Haberleşme hürriyeti haline tebeddül eylemiş olur. Mezkûr hürriyetleri ise, esasen Anayasa diğer maddelerinde ayrı ayrı tesbit eylemiş ve bunların ne zaman ve hangi ölçülerle göre sınırlanabileceğini göstermiştir. Düşünce ve kanaatların yalnız söz ile açıklanması haline taallûk etmek üzeredir ki, Anayasada 20. madde dışında başka bir hüküm yoktur.

O halde durumu şu suretle tesbit edebiliriz :

21. maddesinde eğitim ve öğretimi Devletin genel denetimi altına almış, 22. maddesinin 2. fıkrasında Basın hürriyetinin tahdit olunabileceği maksatları göstermiş, vicdan ve dinî inanç hürriyetine taallûk eden 19. maddesinin 2. fıkrasında ibadet, dinî ayin ve törenlerin tahdidine ait ölçüleri belirtmiş bulunan Anayasa'nın *sözle ve ferdî vasıtalarla* kanaat ve düşüncelerin yayınlanmasında hiçbir tahdit konulamıyacağı tarzında bir görüşün benimsenmiş olabileceğinin beyanı Anayasa vazı'nının bir çelişme içine düşmüş bulunduğunu ifade eylemek olur ve bu elbette benimsenecek bir görüş tarzı teşkil etmez.

Bu itibarla, düşünce ve kanaatların harice belirtilmesinde Anayasanın 11. maddesinin 2. fıkrası dairesinde kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle tahdit olunabileceğini kabul etmek zaruridir.

Bizce 20. maddenin mutlak olan ibaresini şu suretle anlamak uygundur : Bir kimsenin düşünce ve kanaatlarını söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklayabilmesi veya yayabilmesini önceden kontrol veya murakabeye tâbi tutacak herhangi bir hüküm sevkedilemez. Kanun yapılacak konuşmanın muhtevasının önceden kontrole tâbi tutulmasını temin edecek bir usul koyamaz. Bununla beraber umuma hitap edecek bir kimsenin konuşma zamanını ve mahallini muayyen bir usule tâbi tutan hükümler düşünce ve kanaatları ızhar hürriyetini kısıtlamış olmaz. Binnetice muayyen düşünce ve kanaatların ifadelerinden sonra her türlü takibattan, mutlak olarak, masun bulunmaları düşünce ve kanaatları açıklama hürriyetinin kapsamına dahil değildir. Mesele bir kimse hakkındaki kanaat ve düşüncelerin suç ve küfür teşkil edici kelimelerle haricileştirmesi halinde 20. maddenin mutlak ibaresinden söz açarak takibattan masuniyet beyanında bulunmak akla muhalif olur.

Amerikan Yüksek Mahkemesinin, muhtelif kararlarında belirt-

tiği gibi, kanaat ve düşüncelerin, muhatapları umumî sulh ve sükûnu açık olarak ihlâlâ teşvik edecek mahiyetteki beyanların yapılmasına imkân vermediği kabul edilmiştir.

Dikkate şâyân olan cihher şudur ki, Amerikan Anayasasının birinci zeylinde, hatta bizim Anayasamızdan da ileri derecede olmak üzere, Amerikan kongresinin söz hürriyetini sınırlayan bir kanuna vücut veremeyeceği tasrih edildiği halde Yüksek Mahkeme yukarıda bir misali verilen kararları ile tahdit unsurlarını tayin etmektedir.

Özetleyecek olursak diyebiliriz ki, düşünce ve kanaat hürriyetinin mutlak ve sınırsız olmadığı, 20. maddenin Anayasanın bütünü ve gayesi içerisinde mütalâa ve takdir edilməsi lâzım geldiği hakkındaki görüşlere ve bu maksatla öne sürülmüş mucip sebeplere iştirâk eylemekteyiz. Ancak neşredilmiş olan ve tahdidi ifade eden bir kanunun getirdiği sınırlamanın hem düşünce ve kanaat hürriyetinin özüne dokunmaması ve hem de genel ahlâk, kamu düzeni sosyal adalet, millî güvenlik gibi sebep ve saiklere müstenid bulunması lâzım gelir. Arzolunan sebeplere dayanmayan bir tahdit hem hürriyetin özüne dokunmuş olur ve hem de 11. maddenin 2. fıkrasına muhalif olarak bu hürriyetin tahdidini ifade edeceğinden Anayasaya aykırı olur.

11. maddeye göre bu sınırlama kanaatimizce hem şekil ve hem de muhteva yani esas bakımından olabilir. Bir düşünce veya kanaatin izharının sınırlanabilmesi için o düşünce ve kanaatin mutlak bir aksiyona davet edici mahiyet taşıması da mecburi değildir. Kaldı ki, fikirlerin pek çoğu esasen bir aksiyon değeri taşır.

10 — II. Hürriyetlerin özüne dokunan sınırlamalar hakkında kıstas :

Anayasanın ana hak ve hürriyetler konusundaki titiz tutumunu belirten hüküm hiç şüphesiz 11. maddenin 2. fıkrasında yer almıştır. Filhakika bu fıkrada «kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz» denilmiştir. Binaenaleyh kanunların koyduğu tahdidin ne zaman bir hürriyetin veya hakkın özüne dokunmuş sayılacağına ait kıstası göstermek elbette lâzımdır. Anayasa mahkemesi kararında bu kıstas şu suretle tayin etmektedir : «Bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onun kullanılamaz duruma dü-

şüren kayıtlara tâbi tutulması halindedir ki, o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir».

Bu kıstası, Anayasa mahkemesinin kararının bütünü içinde manalandırmak lâzımdır. Bir kere kararın bütününden anlaşılacaktır ki, düşünce ve kanaatların yayılması hürriyeti bakımından muayyen fikir ve düşüncelerin telkin edilmesinin, yayılmasının suç haline getirilmesi, yani men'i kamu yararı, genel ahlâk ... icabı ise, bunları men eden kanun hürriyetin özüne dokunmuş olmaz. Zira Anayasa hak ve hürriyetleri tesbit ederken realist bir açıdan hareket etmiş ve bu hürriyetleri Devleti ve topluluk hayatını tahrip için kabul etmemiştir.

O halde 11. maddenin 2. fıkrasında mevzubahis olan keyfiyet, Anayasanın cevaz verdiği kısıtlamalar dışında istimali mümkün bir hürriyet tanzim edilirken, hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıracak veya hürriyeti kullanılamaz duruma düşürecek kayıtlar koyarak hürriyetten faydalanma düzeyine vücut verilemeyeceğini beyan etmekten ibarettir.

Bu konudaki noktai nazarımızı da şöyle ifade edeceğiz :

Hürriyetten istifadenin tanziminde hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıracak veya hürriyeti kullanılamaz duruma düşürecek kayıtların hürriyetlerin özüne dokunacağı kabul edilmek lâzım gelir. Fakat düşünce ve kanaat hürriyetinin istimali mevzubahis olduğunda muayyen fikir, düşünce ve kanaatların izharının veya 11. maddedeki esaslara göre ve o maksatlarla mutlak surette men edilmesinin dahi bazan bu hürriyetin özüne dokunacak mahiyet taşıyabileceğini söylemek icap eder.

Filhakika yukarıda da arzettiğimiz gibi fikir ve düşüncelerin kanaatların bizatihî üstün değeri vardır. Topluluk fikir ve kanaatların nefislerinde taşıdığı değerden meselâ sosyal adalet yahut kamu menfaati yönünden arzedecekleri cüz'î bir muhtemel tehlikeye dolayısıyla yoksun hale getirilmemelidir. Binnetice yapılacak şey bir hesap ve muvazenedir. Fikir ve kanaatların taşıdıkları üstün değerle bundan Devlet ve toplum için husule gelebilecek tehlikenin dengeleştirilmesi ve fikrin çok üstün değeri karşısında kamu için mevcut tehlike ihtimalinin çok cüz'î bulunması halinde sınırlamanın hürriyetin özüne dokunmuş sayılması icap edeceğinin kabulü uygun olur.

Görülüyor ki, Anayasa vazıları, hürriyet ve hakları tesbit eder ve teminat alırken ne derece titiz davranırlarsa davranırlar, Devleti ve topluluk hayatını koruma, sosyal adalet isterlerini yerine

getirmek mecburiyeti, muhtevası oldukça geniş ve takdire açık yer bırakan tâbirlerin kullanılması zorunluğunu ortaya çıkarmakta ve nihayet iş, Anayasa mahkemelerinin her olayı takdir ederken gösterecekleri dikkat ve itinaya ve menfaatleri denge haline getirmek hususundaki kabiliyetlerine kalmaktadır.

Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZ

CEZA HUKUKU

Kanun yoluna müracaatta merciin tâyininde hata

T. C.

Yargıtay İçtihadı

Birleştirme Genel Kurulu

Esas : 2

Karar : 1

Tarih : 22/1/1962

Adana C. Savcılığının 11/2/1962 günlü ve 961/6 sayılı, Susurluk Ceza Hâkimliğinin 15/3/1961 günlü ve 961/2 sayılı yazularıyla, Savcılar tarafından ceza kararları üzerine verilecek temyiz dilekçelerinin nereye ve nasıl verileceği konularında verilen kararlar arasında birbirini tutmazlık olduğunun bildirilmesi ve bu meselede verilen kararlar arasında Ceza Genel Kurulunun bir kararının da bulunması üzerine, toplanan Yargıtay İçtihadı birleştirme büyük genel kurulunca yargıtay 6. Ceza Dairesinin 28/12/1960 günlü, 7852/9281 sayılı kararında mahkeme kararını temyiz eden Cumhuriyet Savcısının temyiz dilekçesini usulün 310. maddesi uyarınca kararını temyiz ettiği mahkemeye verecek yerde mahkeme Başkâtibine vermiş olması ve temyiz edenin sıfatı bakımından usulün 293. maddesinin uygulanmasının da mümkün bulunması dolayısıyla temyiz dilekçesinin reddine karar verilmiş olduğu halde Ceza Genel Kurulunun esas 7 (itiraz), karar 21 sayılı ve 13/2/1961 günlü kararında, Savcıların temyiz yoluna başvurularında dahi usulün 293. maddesi uygulanabileceği cihetle usulün 310. maddesine aykırı olarak Başkâtibe verilen ve onun tarafından kaydedilen dilekçe ile temyiz süresinin kesilmiş olacağı esası benimsenmiş olduğundan dolayı bu kararlar arasında birbirini tutmazlık olduğuna ve bu yüzden içtihadın birleştirilmesi gerektiğine oybirliği ile karar verildikten sonra konu tartışıldı, gereği konuşulup görüldü.

1 — Ceza Usulü Kanununun değişik 310. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası, temyiz dilekçesinin nereye ve nasıl verileceğini göstermektedir. Bu fıkralarda (dávaya temyiz talebi, hükmün tefhiminden bir hafta içinde hüküm veren mahkemeye bir istida verilmesi veya bu hususta zabıt varakası tutmak üzere zabıt kâtibine yapılacak bir beyanla olur. Zabıt varakası, Reis veya Hâkime tasdik ettirilir. Hükmün tefhimi maznunun giyabında olmuşsa, bu

mehil tebliğ tarihinden başlar) denilmektedir. Usulün değişik 293. maddesinde de (kabule şayan bir müracaatta, kanun yolunun veya merciinin tayininde yapılan bir hata, müracaat edenin hukukunu ihlâl etmez) hükmü vardır.

2 — Kurulda, usulün 293. maddesinin, bütün kanun yollarını ve bu arada temyiz yolunu düzenleyen üçüncü kitabın kanun yollarına ilişkin genel hükümleri kapsayan birinci faslındaki maddelerden birisi olması, yazılışında savcılarla kanun yollarına başvurulabilecek sanık ve diğer kimseler arasında hiç bir ayırımı gözetilmemiş bulunması, başvurma yerindeki yanılmanın, başvurunun hükümsüz sayılmasını önlemek üzere kanunla konulmuş olması dolayısıyla savcıların temyiz dilekçelerini (usulün 310. maddesinde gösterildiği gibi) Hâkime vermemiş olmaları halinde de uygulanması gerektiği, usulün 310. maddesinde dilekçenin hâkime değil, mahkemeye verilmesinin kabul olunduğu mahkeme kaleminin (mahkeme) sözünün kapsamına girdiği, temyiz dilekçesini hâkimin daha önce görmediği hallerde dosyayı Yargıtaya yollamak üzere yazılan yazıyı imzaladığı sırada da görebileceği, sözü geçen 310. madde hükmüyle temyiz dilekçesinin verildiği günün belgelendirilmesi amacının güdülmüş olması dolayısıyla Başkâtibin dilekçeyi bu işe ayrılan deftere kaydetmesiyle belgelendirme amacının gerçekleşmiş bulunacağı ileri sürülerek Savcı tarafından verilen temyiz dilekçesinin Hâkime havale ettirilmemiş veya mahkemeye verilmemiş olduğu hallerde dahi temyiz dilekçesinin yolunda verilmiş sayılacağı ve 293. madde hükmünün savcının temyizinde de uygulanacağı savunulmuştur.

3 — Usulün 293. maddesi, kanun yolu için nereye başvurulacağına, yanılma halinin, başvurunun hükümsüzlüğü sonucunu doğurmasına ve böylece fertlerin haksızlığa uğramasını önlemek için konulmuştur. Lâkin, 310. maddenin birinci fıkrası hükmü gibi açık ve kesin bir hüküm karşısında, Hukuk Fakültesini bitirmiş ve stajdan geçmiş bir savcının temyiz dilekçesini hükmü veren mahkemeye vereceğinde yanılması söz konusu edilemez. Bu yanılma, savcıdan gayri kimseler için, faraza sanıklar veya dâvaya katılanlar yani fertler için düşünülebilir. O halde, savcının 293. maddeden yararlanması, maddenin kanuna konuluş amacına aykırı düşer. Bu sebeple, hükmün kanundaki yeri ve yazılışında ilk görüşte savcı ile diğer ilgili kimseler arasında bir ayırım gözetilmemiş bulunmasına dayanılarak savcının temyizinde de uygulanması doğru olmaz. Çünkü, bir kanun hükmünün sadece sözüne dayanılarak amacına aykırı şekilde yorumlanması, hukukun genel kurallarına uygun değildir.

Bir de, sözü geçen 293. maddedeki (müracaat edenin hukukunu ihlâl etmez) sözleri de kanun dili bakımından (kişi olarak bir kimsenin sahip olduğu hakları halele uğratmaz) anlamına gelmektedir. Gerçekten ceza dâvasında savcı, kamu görevi yapan bir kimse olarak bir takım yetkilere sahiptir, fakat kişi olarak işle bir ilgisi yoktur. Savcının bir kararı temyiz etmesi veya etmemesi, şahsına ait bir takdir meselesi değildir. O, kamu yararına olacağı kanısına varınca, kanun yoluna başvurmak zorundadır. Bütün bunlar gösteriyor ki, savcının halele uğrayacak hakları yoktur. O kanun yoluna doğru olarak başvurmazsa görevini yerine getirmemiş olur. Halbuki, gerek sanık gerekse dâvaya katılan, kanun yoluna başvurup vurmamakta serbesttirler ve bunlar, kamu yararına değil, kendi yararlarını düşünerek bu konularda bir karara varırlar ve uygun bulurlarsa, kendi lehlerine ve haksız olduğunu kesin olarak bil-

dikleri bir kararı dahi temyiz etmeyebilirler; onların bu işte kişiliklerini ilgilendiren hakları söz konusudur. Demek ki, bu hükmün yazılışı da savcılar için uygulanmasına elverişli değildir. Zaten, aynı maddenin Alman Usul Kanunundaki karşılığı olan 300. madde, burada (Hukuki durumu değiştirmez) sözlerle çevrilebilecek olan unschädlich (ile bitmekte olduğu halde bizim metin (müracaat edenin hukukunu ihlâl etmez) sözlerle bitmekte ve böylece hükümler arasında bir fark meydana gelmektedir.

4 — 310. maddedeki (mahkemeye istida verme) sözlerle kanun koyucu, dilekçenin hâkime havale ettirilmesinden sonra kalemde kaydedilmesini hedef tutmuştur. Çünkü, Türk Hukukunda bir mahkemeye dilekçe vermek için ilk iş olarak hâkimin havalesi ve sonra dilekçenin kaydı aranır; temyiz süresi için de Hâkimin havalesindeki tarih esas olacaktır. Metindeki mahkeme sözünü, (mahkeme kalemi) olarak anlamak mümkün değildir. Zira, kanun dilimizde (mahkeme) sözünden, her şeyden önce mahkemenin Hâkimi anlaşılır; Türk Hukukunda tutanak kâtibinin tutanağa geçirmesi yoluyla temyiz isteğinde bulunma halinde, tutanağın Başkan ve Hâkim tarafından onaylanması zorunludur, halbuki Alman kanununda bu tutanağın Hâkim tarafından onaylanması hükmü konulmuş değildir (Türk kanunu madde 310, Alman kanunu madde 341). Bu da gösteriyor ki kanun koyucu, Hâkim tarafından belgelendirmeye, Türk Hukukunda, özel bir öncü vermektedir. O halde, dilekçeyi Hâkim havale etmeksizin, sadece Başkâtibin dilekçeyi deftere kaydetmesiyle belgelendirme işlemi, gereği gibi, yapılmış olmaz.

5 — Dilekçeyi temyiz olunan hükmü veren Hâkimin havale etmesiyle ona, temyiz isteğinin süresinde olup olmadığını inceleme ve istek süresinde değilse usulün 315. maddesi uyarınca dilekçeyi reddetme ödevini yerine getirme imkânı sağlanmış olur.

6 — Yukarıda açıklandığı üzere, usulün 293. maddesinin kanuna konulması sanığın ve ceza davasıyla ilgili diğer kişilerin başvuracakları yerde yanılmaları halinde haklarını yitirmemeleri amacı güdülmüştür ve maddenin yazılışından fertlerin bundan yararlanabilecekleri anlaşılmaktadır. Bundan başka, yurdumuzdaki kişilerin bilgi durumu böyle yanılmaların kolaylıkla olabileceğini göstermektedir. O halde, Savcıdan gayri ilgililerin temyiz dilekçelerinde usulün 293. maddesi hükmü uygulanabilecektir.

Sonuç : Savcıların temyiz dilekçeleri için Ceza Usulü Kanununun değişik 293. maddesinin uygulanamayacağına ve bu dilekçelerin sözü edilen kanunun değişik 320. maddesi uyarınca Hâkimin havalesiyle hükmü temyiz edilen mahkemeye verilmesinin gerektiğine, Savcıdan başka temyiz yoluna başvurabileceklerin dilekçeleri için usulün değişik 293. maddesinin uygulanabileceğine 22/1/1962 günü ilk toplantıda 3 te ikilyi aşan çoğunlukla karar verildi.

1 — Yukarıya metni nakledilen, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı ile, birbirine zıt bazı hal tarzlarına tâbi tutulmuş, esasında önemi az gözüken bir hukukî mesele nihâf bir sonuca bağlanmaktadır. Bizim mezkûr kararı ele alarak bazı mülâhazalarımızı belirtmek isteyişimizin sebebi, bu karar vesilesile, usul hü-

kümlerinin yorumlanmasında Yargıtay tarafından tutulduğu anlaşılan esas fikre işaret etmektir.

Yargıtay, bu kararı ile, esasında CMUK. nunun 293. maddesinin şumulünü tayin etmektedir : Gerçekten 293. maddeye göre «kabile şayan bir müracaatta, kanun yolunun veya merciinin tayininde yapılan bir hata müracaat edenin hukukunu ihlâl etmez.»

Mezkûr hükmün çok yerinde olduğu ve zarurî bir ihtiyacı karşıladığı muhakkaktır. Bu hüküm sayesinde ki, «kanun yolu için nereye başvurulacağına yanılma halinin, başvurmanın hükümsüzlüğü sonucunu doğurmasını...» önlemek mümkün olabilmektedir. Memleketimizin genişliği ve halkımızın ortalama eğitim derecesi nazara alınacak olursa böyle bir hükmün ne kadar yerinde olduğu kolayca anlaşılmış olur. Usul hükümleri, hukukun uygun şekilde tatbikini sağlamak ve kolaylaştırmak amacını güttüğünden, insanlara has bazı hatalar dolayısıyla hukukun ziyana sebebiyet vermemek için benzer hükümlerin sevki elbette yerinde sayılmalıdır. Bir müellifin dediği gibi «kanun yollarına müracaat edecek bir şahıs kanunu iyi bilmesi yüzünden yanlış bir makama hitap ederek istida vermesi o istidanın reddini icap ettireceği esas kabul edilecek olursa, sırf şekli sebebi yüzünden hukukun ihlâli neticesine varılmış olur (Bk. : *Ferit Yasa*, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun tâdil-leri hakkında bazı izahlar, Ankara 1937, s. 73)».

Arzedilen mucip sebepler Yargıtayın muhtelif dairelerince nazara alınmış olmak lâzım gelir ki, 239. maddeye, daha ziyade, geniş manâ verilmek yolu tutulmuş idi : Ezcümle Yargıtay 3. Ceza Dairesi 31/10/1951 tarih ve 4061/6875 sayılı kararı ile temyizi kabil olmayan bir karar için verilen temyiz dilekçesini, bu sebeple reddetmiş fakat böyle bir dilekçenin itiraz dilekçesi olarak kabul edilmesi lâzım geldiğini belirtmiş idi (Karar metni için Bk. : *Saymen - Erman - Elbir*, Türk İçtihatlar Külliyyatı, Yıl 1951, cilt 2, s. 1704).

Yine Yargıtay 2. Ceza Dairesi, belki de maddeyi çok genişletmek suretile, idarî bir mercie verilen bir temyiz dilekçesini, kanunî süresi içinde tevdi şartile, kabul eylemiştir. (2. Ceza Dairesinin 6/7/1938 tarih ve 9221/1744 sayılı kararı).

İmdi böylece yürütülmüş olan geniş yorumlama esasına metni ni yukarıya nakleyeceğimiz kararda uyulmamıştır. Aksine olarak içtihadı birleştirme kararı 293. maddenin şumulünü tahdit etmektedir.

Gerçekten, 293. maddenin mutlak gözüken metninde, kabule şayan bir müracaatta kanun yolunun veya merciinin tayininde hata yapması halinde savcının müracaatının hukukî netice husule getirmeyeceği hususunda herhangi bir sarahat mevcut bulunmadığı halde Yargıtay, savcıların temyiz dilekçeleri için Ceza Usulü Kanununun değişik 293. maddesinin uygulanamayacağına ... savcıdan başka temyiz yoluna başvurabileceklerin dilekçeleri için usulün değişik 293. maddesinin uygulanabileceğine karar vermiştir.

2 — Mucip sebepleri şu suretle özetleyebilmek mümkündür :

1° 310. maddenin 1. fıkrası hükmü gibi açık ve kesin bir hüküm karşısında, Hukuk Fakültesini bitirmiş ve stajdan geçmiş bir savcının temyiz dilekçesini hükmü veren mahkemeye tevdi edeceğinde yanılması söz konusu edilemez.

2° Hükmün kanunda yeri ve yazılışında ilk görüşte savcı ile diğer ilgili kimseler arasında bir ayırım gözetilmemiş bulunmasına dayanılarak savcının temyizinde de uygulanması doğru olmaz. Çünkü, bir kanun hükmünün sadece sözüne dayanılarak amacına aykırı şekilde yorumlanması, hukukun genel kurallarına uygun değildir.

3° 293. maddede «müracaat edenin hukukunu ihlâl etmez» sözleri kanun dili bakımından «kişi olarak bir kimsenin sahip olduğu hakları halele uğratmaz» anlamına gelir; savcı ise, ceza dâvasında kamu görevi yapan bir kimse olarak bir takım yetkilere sahiptir, fakat kişi olarak işle bir ilgisi yoktur. Binnetice savcının halele uğrayacak hakları mevcut değildir. O halde hükmün yazılışı da savcılar için uygulanmasına elverişli gözükmektedir.

3 — Kanaatımızca bu üç mucip sebepten ilk ikisi kuvvetli gözükmemektedir. Gerçekten bir hukuk mezunu olan savcının temyiz dilekçesini vereceği mercide yanılmaması icap eder ve böyle bir cihet düşünülmemek iktiza eder. Netekim yabancı Doktrinde de genel olarak müellifler böyle bir ihtimal ve faraziye üzerinde durmamışlardır. Amma fiilen bu nevi durumların tahakkuk eylediği; konu üzerinde bir içtihadı birleştirme kararı verilmesi zaruretinin ortaya çıkmasından anlaşılmaktadır. Yine şu ciheti arz etmek uygun olur ki, Yargıtayın gerekçesi kabul edilecek olursa, Hukuk mezunu olan avukat müdafinin de 293. maddeden faydalanamayacağı tarzında bir sonuca varmak zarureti kendisini ortaya kıyar.

Yine savcıların 293. madde hükmünden faydalanmalarını, maddenin sözüne dayanmak suretile, iddia eylemenin maddenin amacına ne için aykırı olabileceği de anlaşılmamaktadır.

Pekâlâ denilebilir ki, savcının bir noktadaki gafleti yüzünden, kamu hakkının korunmaması, yani yerine göre cezalandırılması icap eden bir kimsenin cezalandırılmaması veya cezalandırılması iktiza eden bir kimsenin cezalandırılması gibi bir neticenin husule gelmesi bütünü ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun amacına aykırı olur. Bir kimsenin akibetinin, merci tayininde savcının yanılması neticesine raptedilmesi kamu vicdanını müteessir eder. Bu itibarla ilk iki gerekçeyi kabule şayan telâkki eylememekteyiz.

Üçüncü mucip sebep kuvvetli ve maddenin sözüne de uyar gibi gözükmektedir. Filhakika kanunda geçen «müracaat edenin hukukunu ihlâl etmez» ibaresinin kanun dili bakımından «kişi olarak bir kimsenin sahip olduğu hakları halele uğratmaz» manâsına alınması lâzım geldiği ve buna nazaran da savcının halele uğrayacak hakları olmadığı tarzında metinden istikak eden bir yorum ilk nazarda uygun gibi gözükmekte ise de, savcının kamu davasındaki rolünün sadece, sanık aleyhinde mahkûmiyet tesisi için çalışmaktan ibaret bulunmayıp ve fakat kanaati mahkûmiyet istikametinde olunca, bunu temin için çalışmanın fonksiyonuna dahil bulunduğu, yani bir bakıma kanunun olduğu kadar sanığın haklarının da müdafii vaziyetinde bulunduğu gözönüne alınacak olursa, hükümler aleyhine kanun yoluna gitmek bakımından sanık, müdafii ve müdahil ile savcı arasında böyle bir ayırma yapmanın ne mertebe yerinde olabileceği konusu üzerinde elbette ki durulabilir.

Bizim düşüncemiz odur ki; 293. maddede bahis konusu «müracaat edenin hukuku» ibaresi ile müracaat edebilmek vaziyetinde bulunanlara ait sübjektif bir hak kastedilmiş değildir. Burada müracaat edenin hukuku kelimeleri ile bahis konusu edilmiş olan cihet kanun yoluna gidebilmek imkânının kaybedilmeyeceği ve kanun yoluna gitmenin hukukî neticelerinden, yani hükmün infazını durdurucu neticelerinden müracaat edenin mahrum hale gelemeyeceğidir.

Bu bakımdan me haz Alman metnindeki «hukukî durumu değiştirmez» ibaresi ile bizim metindeki «müracaat edenin hukukunu ihlâl etmez» tarzındaki ibareler arasında hükümlerin anlam ve kapsamını değiştirmeye zorlayacak derecede bir farkın mevcut bulunduğu kanısında değiliz.

Savcının, sanık lehine olarak da kanun yoluna gidebileceği ka-

bul olununca, savcının merciin tayinindeki hatası dolayısıyla hükmün düzeltilmesi imkânı ortadan kalkacağından, yine de sanığın hakkı ihlâl edilmiş olur; zira hukuka aykırı hükümlerle mahkûmiyete uğramamak her vatandaş için başta gelen haktır.

Netice olarak, kanunun sarîh ve istisna kabulüne müsait gözükmeyen bir hükmünü, yerine göre sanık hakkında da aleyhte neticelerin husule gelmesine sebebiyet verebilecek surette tahdidi ifade eden söz konusu içtihadı birleştirme kararına katılmadığımızı açıklamak isteriz.

Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER

TCK. nun 159. maddesi — Hukukî varlığını kaybetmiş bir yasama organının tahkiri

T. C.

Yargıtay

Ceza Genel Kurulu

Esas No. : 27

Karar No. : 23

Tarihi : 16/4/1962

YARGITAY KARARI

1) 2/10/1961 gününde Millî Birlik Komitesine alenen hakaret etmekten sanık Ş. A. nın Türk Ceza Kanununun 159/1 ve 173 sonuncu maddeleri gereğince bir sene ağır hapsine ve dört ay Ispartada genel güvenlik gözetimi altında bulundurulmasına dair Salihli Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 29/12/1961 günlü hükmün yargıtayca incelenmesi sanık tarafından süresinde istenmesi ve şartının da yerine getirilmesi üzerine dâva dosyası C. başsavcılığının «suç tarihine ve 157 sayılı kanunun 1. maddesine göre 159/1 ile ceza tayıni yolsuz olduğundan bahisle hükmün bozulması ve sanığın tahliyesine karar verilmesi» isteğini kapsayan tebliğnamesiyle Yargıtay Birinci Ceza Dairesine verilmiştir.

2) Yargıtay Birinci Ceza Dairesince incelenerek : Türk Ceza Kanununun 159. maddesindeki Büyük Millet Meclisine hakaretin suç sayılması yasama organlarını her türlü tecavüzdten korumak maksadına müstenittir. Gerçel me'haz kanunda mebusan ve âyan meclisleri denmek suretiyle ayrı ayrı yasama organlarından bahsedilmiş ise de, bizde maddenin tedvini sırasında tek meclis sistemi cari olduğundan böyle bir açıklamaya lüzum görülmemiştir. Millî Birlik Komitesi, Kurucu Meclisin toplantısından sonra da eski 924 tarihli Anayasanın 26. maddesinde Büyük Millet Meclisine mevdu gerek umumî mahkemelerden verilip Yargıtayca onaylanan, gerek Yüksek Adalet Divanınca verilmiş olan idam cezasına ait hükümlerin infazına karar vermek yetkisini tek başına taşıdığından müstakilen Büyük Millet Meclisi sıfatını hâiz bulunmuştur.

Bu itibarla Millî Birlik Komitesini alenen tahkir suçundan 159. maddenin uygulanması gerektiği cihetle tebliğnamedeki aksine vaki mütalâanın reddi-

ne karar verildikten sonra işin esası incelenerek ilâmda yazılı sebeplerle mahkeme hükmünün onanmasına 22/2/1962 tarihinde karar verilmiştir.

3) Bu karara karşı C. Başsavcılığının 11/4/1962 gününde kaydedilen dilekçesiyle :

Her ne kadar (1) sayılı geçici kanunun birinci maddesinde, Millî Birlik Komitesine Büyük Millet Meclisi yetkisi verilmiş ise de, sonradan çıkan 157 sayılı kanunla Büyük Millet Meclisi sıfat ve salâhiyeti Kurucu Meclise geçmiş bulunmakta ve itiraz konusu daire ilâmının gerekçesinde de yazılı olduğu üzere her türlü tecavüzdten koruma maksadı güdülen yasama organı Kurucu Meclistir.

157 sayılı kanunun birinci maddesinde «Millî Birlik Komitesiyle Temsilciler Meclisinden teşekkül edeceği sarahaten zikredilmek suretiyle Kurucu Meclis, Büyük Millet Meclisi sıfat ve salâhiyetini üzerinde toplamış ve bu tarihten itibaren de Millî Birlik Komitesinin (1) sayılı kanunla kullandığı teşri'î salâhiyeti Kurucu Meclise intikal etmiş oluyordu.

Nitekim 9/7/1961 de kabul edilen Anayasa Millî Birlik Komitesi tarafından değil, Kurucu Meclis tarafından kabul edilmiş ve halkoyuna sunulmuştur.

Suç 2/10/1961 de işlenmiş olduğuna göre ortada ancak 483. maddeyi ilgilendiren bir suç bahis mevzu'u iken 159. maddenin tatbikında isabet mütalâa edilmekte» olduğundan bahsiyle itiraz edilmekte keyfiyet Ceza Genel Kurulunda görüşülüp incelendi.

Geçici (1) sayılı kanunun birinci maddesinde O (Büyük Millet Meclisinin Teşkilâtı Esasiye Kanununa göre sahip olduğu bütün hak ve yetkilerin, yeni Anayasa ve seçim kanunları demokratik usullere uygun olarak kabul edilip buna göre en kısa zamanda yapılacak genel seçimlerle yeniden kurulacak olan Türkiye Büyük Millet Meclisine iktidarı devredeceği tarihe kadar) Millî Birlik Komitesine âit olduğu yazılı bulunmaktadır.

Sonradan bu kanuna ek mahiyette çıkarılan Kurucu Meclis hakkındaki 157 sayılı kanunun birinci maddesinde, Kurucu Meclisin, Millî Birlik Komitesiyle Temsilciler Meclisinden teşekkül edeceği açıklanmış, ikinci ve 18. maddelerinde, Kurucu Meclisin amacı ve yetkileri gösterilmiş ve diğer maddelerin de kanunun tasarılarının görüşme ve kabul usulleri belirtilmiştir.

Buna göre Millî Birlik Komitesi, Kurucu Meclis kurulduktan sonra da yasama yetkisini hâiz bir yasama organıdır.

Gerçi Anayasaya göre Büyük Millet Meclisi, Millet Meclisi ve Senatonun bir araya gelmesi haline, denilmektedir. Ancak, 159. maddenin tedvini sırasında meclis tek olduğu halde «Büyük» sıfatı, meclisi büyültmek için kullanılmıştır. Yeni Anayasa hükümlerince Cumhurbaşkanı seçimi yapılmadan Devlet Başkanına, Cumhurbaşkanı denmediği halde Devlet Başkanına hakarete 158. madde tatbik edilmiştir.

Kaldı ki, daire ilâmında da işaret olunduğu gibi Kurucu Meclis göreve başladıktan sonra dahi, gerek umumî mahkemelerce ve gerekse Yüksek Adalet Divanınca verilen ölüm cezalarının infazına karar vermek yetkisi münhasıran Millî Birlik Komitesine bırakılmıştır.

Buna göre Millî Birlik Komitesinin yasama yetkisi, yeni Anayasa gereğince Büyük Millet Meclisinin kurulduğu tarihe kadar devam etmiş ve üstelik

Kurucu Mecliste bulunmayan ölüm cezalarının infazına karar vermek yetkisini de müstakilen haiz bulunmuştur.

İki meclis sisteminin kabulünden sonra da gerek yasama organının bütününe, gerek bu organları meydana getiren bölümlerden (Meclislerden) birine karşı alenen vaki hakaret suçlarında yine 159. maddenin uygulanması gerekmektedir.

Sonuç : İtirazın reddine 16/4/1962 gününde oybirliğiyle karar verildi¹.

Olay

Kurucu Meclisin teşekkülünü sağlayan 157 sayılı kanunun mer'iyete girmesinden sonra, 2/10/1961 tarihinde Millî Birlik Komitesini tahkir ve tezyif eden Ş. A. mahallî Ağır Ceza Mahkemesince mahkûm edilmiş ve 159. maddeye göre verilen bu mahkûmiyet kararı, sanık tarafından temyiz edilmiştir. C. Başsavcısının, Millî Birlik Komitesinin, 157 sayılı kanunun mer'iyete girmesinden sonra, tahkirinin 159. maddeye göre suç teşkil etmeyeceği gerekçesi ile hükmün bozulması talebine karşılık, Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 157 sayılı kanundan sonra dahi, gerçek yasama organının MBK olduğuna ve tahkirinin suç teşkil ettiğine karar vermiştir. C. Başsavcısı, 159. madde ile korunan organın Kurucu Meclis olduğu iddiasını tekrarlayarak, 1. Ceza Dairesinin kararına itiraz etmiştir. Bu itiraz üzerine meseleyi inceleyen Ceza Genel Kurulu, 157 sayılı kanunun mer'iyetinden sonra dahi, MBK'nın yasama görevi gördüğüne ve bu bakımdan, 159. madde hükümlerine göre, MBK'nın tahkirinin suç teşkil ettiğine karar vermiştir.

Halli gereken hukukî meseleler

Ceza Genel Kurulunun kararı ile ortaya çıkan içtihat, halli gereken iki mesele, hukukî problem üzerinde durmaktadır :

a) TCK'nun 159. maddesindeki, «Büyük Millet Meclisi» ifadesinden anlaşılması gereken mana; 157 sayılı kanundan sonra MBK'nın durumu ve 1961 Anayasasından sonra TCK 159. maddenin koruduğu mevzu, nedir?

b) Mevcut Anayasa düzenine göre hukukî mevcudiyeti olmayan veya devresi bitmiş yasama organlarının tahkiri suç teşkil eder mi?

1) Kararın metni için bk. : Adalet Dergisi, 1962, sayı 11 - 12, s. 1323.

Ortaya çıkan bu iki hukukî problemin, halli bakımından, çeşitli kaza organlarının görüşlerini ve kanaatimizi, iki problem için ayrı ayrı belirtmeğe çalışacağız.

Kaza mercilerinin problemleri hal tarzı

I — Birinci problemle ilgili görüşler

27 Mayıs 1960 tarihindeki ihtilâli takiben, 1924 Anayasası MBK tarafından çıkartılan 1 sayılı kanunla tâdil olunmuş ve bütün yasama yetkileri ve sair iktidar kuvvetleri MBK da toplanmıştır (mad. 1). Yani 1 sayılı kanunun 1. maddesi ile MBK Türkiye Büyük Millet Meclisinin yetkilerine sahip olmuş ve onun yerini almıştır. 13/12/1960 tarih ve 157 sayılı, kanunla, «Kurucu Meclis» teşekkül edene kadar, MBK Türkiye'deki tek yasama organı durumunu muhafaza etmiştir. 157 sayılı, «1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanununun bazı hükümlerinin kaldırılması ve bazı hükümlerinin değiştirilmesi hakkındaki 12 Haziran 1960 tarihli ve 1 sayılı geçici kanuna ek, Kurucu Meclis teşkili hakkında Kanun» ile Kurucu Meclis kurulmuş ve bu Meclis, MBK ve Temsilciler Meclisi adları altında iki organdan meydana gelmiştir. Bu şekilde, Türkiye'de ilk def'a Parlâmento iki Meclisten teşekkül etmiştir. Buna karşılık TCK 159. madde, tek meclisli Anayasa düzeni içinde, tekvin edildiği için iki ayrı meclisten bahsetmemiş ve sadece, «Türkiye Büyük Millet Meclisi» demekle yetinmiştir. 157 sayılı kanun ise, iki meclisten meydana gelen «Kurucu Meclisi» kurmuştur. Nitekim 1961 Anayasası da, 63. maddesinde TBMM nin, «Millet Meclisi» ve «Cumhuriyet Senatosundan» meydana geleceğini belirtmiş ve bu şekilde çift meclisli Parlâmento sistemi Anayasa düzenimizde yer etmiştir. Bu durum karşısında, 159. madde de, Büyük Millet Meclisi» denildiğine göre, sadece iki Meclisin birleşmesi ile meydana gelen «Kurucu Meclis» veya 1961 Anayasasına göre, «Türkiye Büyük Millet Meclisi» mi korunmaktadır. Yani, tek olarak, «MBK», «Temsilciler Meclisi» ne hakaret suç teşkil etmemekte miydi? Şimdi de, «Millet Meclisi» ve «Cumhuriyet Senatosu» nu tahkir suç teşkil etmez mi? Bu halde, 159. madde ancak, iki meclisin bir arada toplanması, müşterek manâ bakımından tatbik olunacaktır. Buna karşılık, 159. maddedeki, Büyük Millet Meclisi, ifadesinin Meclisleri de kapsadığı ve bu bakımdan gerek senatonun, gerek Millet Meclisinin tahkirinin de suç teşkil ettiği de düşünülebilir.

Ceza Genel Kurulu, 1. Yargıtay Dairesi ve diğer kaza organları, konunun, hadisenin mahiyeti icabı, daha çok MBK nin tahkirinin suç teşkil edip etmediği meselesi üzerinde durmuştur. Fakat varılacak olan sonuç, bugünkü Anayasa düzeni için de tatbik olunabilecektir.

Mahallî Mahkeme, Yargıtay 1. Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu, 159. maddenin Meclisleri tüm olarak koruduğu, yani ayrı ayrı iki meclisi olduğu kadar, bütün halinde Parlâmentoyu da koruduğu fikrindedir. Bu sonuca varırken dayandıkları gerekçe şudur :

a) 159. madde, Yasama organlarını her türlü tecavüzdten korumak maksadına müstenittir. Maddenin iki meclisi ayrı ayrı tasrih etmeyişi, madde kabul edildiği vakit çift meclisli sistemin mevcut olmayışındandır.

b) Kurucu Meclisin toplantısından sonra dahi, MBK 1924 Anayasasının 26. maddesine göre, idam cezalarının tasdiki yetkisine sahip kalmıştır. Bu bakımdan MBK müstakillen Büyük Millet Meclisi sıfatını haiz olmuştur (Yargıtay 1. Ceza Dairenin görüşü).

c) 1 sayılı kanunun 1. maddesi MBK nin 1924 Anayasasına göre TBMM nin sahip olduğu bütün hak ve yetkilere sahip olduğunu belirtmektedir. 157 sayılı kanunun 1. maddesinde Kurucu Meclisin, MBK ve Temsilciler Meclisinden meydana geldiği belirtilmiştir. Bu durumda, MBK, Kurucu Meclisin teşekkülünden sonra dahi yasama yetkilerine sahip kalmıştır. Bu bakımdan, MBK nin yeni Anayasa gereğince Meclis teşekkül edene kadar, hukukî varlığını muhafaza ettiği muhakkaktır (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun görüşü).

Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre, Yeni Anayasa düzeni içinde de, 159. madde Parlâmentonun bütününi koruduğu gibi, onu meydana getiren meclislerin herbirini de ayrı ayrı korumaktadır.

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin ve Ceza Genel Kurulunun bu görüşüne karşılık, C. Başsavcısı, 157 sayılı kanunla Büyük Millet Meclisi sıfatının Kurucu Meclise geçtiği ve her türlü tecavüzdten korunan muhtevanın Kurucu Meclis olduğu fikrindedir. 157 sayılı kanunun 1. maddesi, Kurucu Meclisin MBK ile Temsilciler Meclisinden teşekkül edeceğini belirtmek suretiyle, Büyük Millet Meclisi sıfat ve selâhiyetinin Kurucu Meclisde toplandığını belirtmiş olmaktadır. Artık bu tarihten sonra MBK nin teşrii yetkisi kalmamıştır. Nitekim, 9/7/1961 de kabul edilen Anayasa da MBK tarafından de-

ğil, Kurucu Meclis tarafından kabul ve ilân edilmiş, halk oyuna sunulmuştur. Bu bakımdan, 159. maddeye göre MBK değil ve fakat sadece Kurucu Meclis korunmaktadır.

Başsavcının bu düşüncesinin tabii bir sonucu olarak, bugünkü Anayasa düzeni içinde de, sadece TBMM nin korunduğunu ve Millet Meclisinin veya Cumhuriyet Senatosunun tahkirinin suç teşkil etmediğini kabul etmek gerekecektir.

II — İkinci problemle ilgili görüşler

TCK 159. madde, TBMM nin tahkir ve teztifini cezalandırmaktadır. Burada, suçun pasif süjesi olan Meclisten anlaşılması gereken mâna nedir? Mevcut Anayasa düzenine göre hukukî mevcudiyeti kalmamış bir yasama organının tahkiri de suç teşkil eder mi? Meselâ, bugün MBK nin tahkiri suç teşkil edecek midir? Ayrıca, devresi bitmiş bir Meclisin tahkiri de suç teşkil edecek midir? Meselâ, 4. devre TBMM nin tahkiri 159. maddeye göre suç mudur?

Tetkik eylemekte bulunduğumuz içtihat açık bir şekilde bu meseleye temas etmemektedir. Fakat, 1. problemle ilgili görüşlerden bir sonuca varmak imkânı mevcuttur. Yargıtay 1. Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu ile C. Başsavcısı, tezlerini savunurken, hep MBK nin yasama yetkilerinin mevcut olup olmadığı meselesi üzerinde durmaktadırlar. Gene bütün bu kaza organları, 1 sayılı kanunun 1. maddesi ile, hiç olmazsa Kurucu Meclis teşekkül edene kadar, MBK nin yasama yetkilerine sahip olduğunu belirtmektedirler. Tartışma MBK nin 157 sayılı kanundan sonra da, yasama yetkisine sahip olup olmadığı noktası üzerinde cereyan etmiştir. Bu tartışma sonucunda ise varılacak nokta 159. maddeye göre MBK nin korunup korunmayacağı olmaktadır. Demek oluyor ki, MBK yasama yetkilerine sahip değilse, yani yeni düzene göre MBK bir yasama organı olmak durumundan çıkmışsa, artık 159. madde tatbik edilemeyecektir. Bütün kaza organlarının bu noktada oybirliğine vardıkları görülmektedir. Tartışma, C. Başsavcısının MBK nin yasama yetkisinin kalmadığı, diğerlerinin ise mevcut olduğu şeklindeki farklı görüşlerinden doğmaktadır. Tartışmaya esas olan, yasama yetkisinin mevcut olup olmadığı noktasının tartışılması, kaza organlarının, yasama yetkisi ortadan kalkan bir organın artık 159. maddeye göre korunamayacağı noktasında birleştiklerini göstermektedir. Bu bakımdan, zımnen de olsa, kaza mercileri mevcut düzene göre yasama yetkisi olmayan bir organın 159. maddeye göre korunamayacağını kabul etmektedirler.

Kanaatimiz

I — Birinci problem hakkında kanaatimiz

Kanaatimizce, gerek C. Başsavcısının gerek Yargıtay 1. Ceza Dairesinin görüşleri yerinde değildir. Görünüşde bu iki kaza merci birbirinin tam zıttı iki görüşü savunmaktadırlar. Fakat, bu zıt sonuçlara rağmen her ikisi de, hukukî bakımdan yanlış aynı esasa dayanmaktadırlar. C. Başsavcısı, 159. maddenin sadece tek bir organı koruduğu ve onu meydana getiren Meclislerin koruma sınırına girmediği kanaatindedir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi de hemen hemen aynı görüştedir. 159. maddenin, tek bir Meclisi koruduğu görüşündedir. Fakat 1. Ceza Dairesi, C. Başsavcısının görüşü aksine, tek yasama organının MBK olduğu fikrindedir ki, 157 sayılı kanunun 1. maddesine açıkça aykırı bir görüştür.

C. Başsavcısının görüşü hatalıdır : C. Başsavcısı 159. madde ile korunan muhtevanın teşrii yetkiler olduğunu kabul ettiği halde, MBK nin teşrii yetkilere sahip olmadığını ileri sürerek, koruma dışı kaldığını belirtmektedir. C. Başsavcısı bütün teşrii yetkilerin sırf Kurucu Meclise ait olduğunu iddia etmektedir ki, bu iddia 157 sayılı ve 1 sayılı kanun hükümleri muvacehesinde kabul edilemez. Anayasanın kabulü Kurucu Meclise ait olmakla beraber, Kurucu Meclisinin vasıtası ile yapmaktadır. Kurucu Meclis, MBK ve Temsilciler Meclisinin birleşmesinden meydana gelmektedir (157 sayılı kanun 1. madde) ve Kurucu Meclisin bu iki Meclis dışında bir maddî varlığı mevcut değildir. Müşterek toplantı dahi bu iki meclisin birleşmesi ile teşekkül etmektedir. 157 sayılı kanunun 20. maddesine göre, kanunlar, 7. fıkradaki ihtilâf ortaya çıkmadığı takdirde, Kurucu Meclisin müşterek toplantısı yapılmadan ayrı ayrı iki Meclis tarafından müzakere edilmekte ve kanunlaşmaktadır. Bu dahi iki Meclisin ayrı ayrı yasama yetkilerine sahip bulunduğunu göstermektedir. Kurucu Meclis şeklinde ortaya çıkan müşterek toplantıda görüşülebilecek işler, kanunun 22. ve sair maddelerinde gösterilmiştir. 22. maddenin mefhumu muhalifinden çıkan anlam, Anayasa ve Kanun yapma yetkisinin tek tek iki Meclise ait olduğunu göstermektedir. 22. madde dahi, Meclislerin yasama yetkisine sahip olduklarına delildir. Öyleyse, kanaatimizce Başsavcının MBK nin 157 sayılı kanunun kabulünden sonra yasama yetkilerinin kalmamış olduğu şeklindeki iddiaları varit değildir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi de, 159. maddenin ancak tek bir Meclisi koruduğu düşüncesindedir. Buna göre de, yasama yetkisine sa-

hip tek organ MBK dir. Müstakilen BMM sıfatına sahiptir. Bu ifade dahi, 1 sayılı ve 157 sayılı kanunun hükümleri karşısında hukukî gerçeklere uymamaktadır. MBK, 157 sayılı kanun hükümlerine göre ikinci bir meclis, senato görevini görmektedir. Ne Temsilciler Meclisinin, ne de MBK nin müstakil kanun yapma yetkisi mevcut değildir. Fakat her ikisi de, kanun yapmak bakımından müşterek yetkilerini ayrı ayrı kullanmaktadırlar. Bu bakımdan, MBK nin ölüm cezalarını tasdik yetkisini müstakil olarak elinde bulundurması, yasama yetkilerine tek başına sahip olduğu şeklinde izah edilemez. Nitekim, 1961 Anayasamız da, Gensoru yetkisini 89. maddede müstakil olarak Millet Meclisine vermiştir. Parlâmenter sistemde yasama organının en önemli denetim yollarından biri ve yasama görevinin mütemmim cüzü olan gensoru yolunun sadece Millet Meclisine tanınmış olması karşısında, Senatonun yasama yetkisine sahip bulunmadığı iddia edilebilir mi? Ölüm Cezasının tasdik yetkisinin müstakillen MBK ne ait oluşu bir özel hükmün sonucu sayılabilir. 157 sayılı kanunun 41. maddesi, 157 sayılı kanunun iptâl ettiği hükümleri belirtirken, 1 sayılı kanunun 6. maddesinin son fıkrasını saymış ve maddenin 6. fıkrasındaki tasdik yetkisine dokunmamıştır. Böylece de, Yüce Divanca verilecek ölüm cezalarını tasdik yetkisini MBK ne bırakmıştır. Kanaatimizce, sair ölüm cezalarının tasdiki yetkisi gene her iki meclise aitti. 157 sayılı kanunun 18. maddesi, bütün yasama yetkilerine, Temsilciler Meclisini de ortak kılmıştır. Bu bakımdan MBK ni tek ve yegâne yasama organı olarak tanımak, Temsilciler Meclisinin hukukî varlığını yok eder. Kurucu Meclisi de, sırf MBK den ibaret saymak gibi bir duruma sokar. Yargıtay 1. Ceza Dairesinin vardığı bu sonuç, 1924 Anayasasını tamamlayan 1 sayılı kanunla birlikte mütalâası icap eden ve bir Anayasa metni olan 157 sayılı kanunun açık hükümlerine aykırıdır. 157 sayılı kanunun 1. maddesi, Kurucu Meclisin, MBK ve Temsilciler Meclisinden teşekkül edeceğini açık bir şekilde belirtmiştir. 157 sayılı kanunun, 1924 Anayasasını tadil eden 1 sayılı kanuna ek kanun olduğunu isminde dahi belirtmektedir. Bu durumda, Anayasanın muhtelif hükümleri şeklinde düşünülmesi icap eden 157 sayılı kanun Anayasa hükümlerinden mürekkeptir ve böylece de Temsilciler Meclisine verilen yetkiler kaynağını Anayasadan almaktadır. Temsilciler meclisine yasama yetkileri Anayasaca verilmiştir ve MBK yi müstakil yasama yetkilerine sahip görmek yer-sizdir.

Aşağıda hukukî esaslarını göstereceğimiz gibi, Kurucu Meclisin teşekkülünden sonra, demokratik hayatın yeniden doğuşuna kadar olan süre içinde, iki meclis ve birlikte olarak Kurucu Meclis yasama yetkilerine sahip olmuşlardır ve bu bakımdan her iki meclisin ayrı ayrı olduğu gibi, Kurucu Meclisin de tahkir ve tezyifi TCK 159. maddeye göre suç teşkil etmiştir. Bu bakımdan, Ceza Genel Kurulunun her üç organı da koruma mevzuu olarak gören - kararda bu husus açık olarak belirtilmiyorsa da zımnen bu sonuca varılıyor.- görüşü yerindedir. Yalnız arada şu noktayı belirtmek gerekir ki, Genel Kurul da, ölüm cezalarının MBK ne ait oluşunu, vardığı sonucun bir delili olarak ileri sürmüştür. Halbuki yukarıda da belirttiğimiz gibi, sırf bu nokta, varılan sonuç bakımından bir önem ifade etmemektedir. Önemli olan her iki Meclisin de, kanun yapma yetkisine sahip bulunuşudur.

Geçici devre bakımından çıkan ihtilâf, halen mer'î Anayasa düzenimiz bakımından da önemli bir konudur. Zira, 159. madde bir değişikliğe uğramamıştır. Eskiden olduğu gibi, sadece Büyük Millet Meclisi tabirini kullanmaktadır. Anayasamızın kurduğu temel siyasî kuruluşa göre ise, yasama organı Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi adını taşıyan iki meclisten teşekkül etmektedir. 961 Anayasası, «Cumhuriyetin temel kuruluşu» başlıklı üçüncü kısmının, birinci bölümü olarak «Yasama» yı kabul etmiş ve 63. maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisinin, Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosundan meydana geleceğini belirtmiştir. 64. maddede de, Türkiye Büyük Millet Meclisinin yetkilerini saymıştır. Bu maddede yasama yetkileri toplu olarak belirtilmiştir. Fakat bu yetkiler sonuç olarak Büyük Millet Meclisine ait olmakla beraber, Cumhuriyet Senatosu ile Millet Meclisi tarafından ayrı ayrı kullanılmakta ve bu tasarrufların birbirine uygunluğu halinde, Türkiye Büyük Millet Meclisine izafe edilecek bir şekilde kesinleşmektedir. Diğer bir deyişle, 64. maddenin, meselâ, kanun yapmak yetkisinin Büyük Millet Meclisine ait olduğunu belirtmesi, tek tek meclislerin yasama yetkisine sahip olmadıkları şeklinde açıklanamaz. Millet Meclisi ve Senato karar alma yetkilerine sahip ve Büyük Millet Meclisini meydana getiren birer cüz olarak yasama yetkilerine sahiptirler. Büyük Millet Meclisine münhasır olan yetkiler, 66., 92. maddelerde gösterilmiştir. Bunun dışında kalan hallerde, her iki meclisin ayrı ayrı yasama yetkilerini kullanacağı belli olmaktadır. Meselâ, kanun yapma yetkisi bakımından 92. madde, her iki meclisin ayrı ayrı kanunu görüşme durumlarını tesbit etmiş bulunmaktadır. Sadece iki

Meclis arasında ihtilâf çıkması halinde, Millet Meclisinin kararlarına bir üstünlük tanınmıştır.

1961 Anayasasının yasama organı anlayışına göre de, her iki meclis ve tüm olarak Büyük Millet Meclisi yasama yetkilerine sahiptir ve 159. maddenin koruma alanına, her üç hukukî değer de dahildir. 159. maddede, Türkiye Büyük Millet Meclisi tabiri kullanılırken, bir organ, bir kalıp olarak Yasama organı göz önünde bulundurulmuştur ve bu organ korunmuştur. Organ ne şekilde teşekkül ederse, o 159. maddenin koruma alanına girecektir. Türkiye Büyük Millet Meclisi tâbiri bir özel isim olarak kullanılmış değildir; yasama yetkilerini kullanan mercii göstermek için ifade edilmiştir. Kanunumuzun sistemi de bunu gösterir. Kanunumuz daima, icra organı, devlet reisi ve yasama organı aleyhindeki fiilleri cezalandırmıştır. Nasıl icra organı ne şekilde teşekkül ederse etsin, buna tecavüz suç teşkil ediyorsa, yasama organı da, teşekkül tarzı ne olursa olsun korunmaktadır. Ceza kanunu, gerek yasama gerek icra organının teşekkül ediş tarzı bakımından bir hüküm koymamış ve bu konuda Anayasanın tanzim tarzı ne olursa olsun, organları korumuştur. 1961 Anayasasına göre, yasama organı çift meclisten teşekkül ettiğine ve bu iki meclis Anayasa tarafından açık olarak yasama yetkileri ile yükümlü organlar olarak kabul edildiğine göre, 159. maddenin her iki meclisi de koruduğunu kabul etmek zorunluğu mevcuttur. 159 maddedeki Türkiye Büyük Millet Meclisi tâbirinin isim olarak kullanıldığını ve sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi adını taşıyan organların korunduğunu kabul edecek olursak, yasama organı tüm olarak bu ismi taşımadığı takdirde, yasama karşı girişilecek tecavüzlerin cezalandırılmamasını da kabul etmek gerekecektir. Meselâ, 1961 Anayasası yasama organı için, Türkiye Büyük Millet Meclisi tâbiri yerine, Parlâmento tâbirini kullansaydı, tüm olarak yasama organı koruma dışı mı kalacaktı? Tabiatıyla ki, bu sonuç kabul edilemez. Bu durumda 159. maddenin yasama organını, isimden ve kuruluş şeklinden mücerret bir şekilde, koruduğunu kabul etmek zorunludur.

159. maddemizin hukukî ve fikrî esaslarını incelediğimiz vakit de, aynı sonuca varmamız gerekmektedir. Doktrinin ve İtalyan temyiz Mahkemesinin açık bir şekilde kabul ettiği gibi, yasama organını meydana getiren şahıslardan mücerret olarak, organının prestij ve şerefi korunmaktadır. Organ fonksiyonu içinde bir bütün olarak ve onu meydana getiren şahısların dışında bir bütün teşkil et-

mektedir². Korunan mevzu, bu fonksiyon ve mânevî şahsiyet olmaktadır³. 146. madde, yasama fonksiyonunun yerine getirilebilmesini, yani fonksiyonun işleyişini koruduğu halde, 159. madde fonksiyonu icra eden organı ve dolayısıyla fonksiyonun şeref ve haysiyetini korumaktadır⁴. Fonksiyonun icra tarzının tenkidi suç teşkil etmezken, bu fonksiyonlar sebebiyle Meclisin şeref ve itibarının zedelenmesi suçu meydana getirir⁵. İtalyan doktrini, suçun görülen fonksiyon sebebiyle Meclislerin tahkiri sonucunda doğacağını çoğunlukla kabul etmektedir⁶. Yeni İtalyan Doktrini de aynı görüştedir⁷. İtalyan Ceza Kanununun (1930) 290. maddesi, icra ve yasama organlarının tahkirini birlikte tanzim etmiştir ve bu maddenin Anayasaca organlara verilmiş bulunan fonksiyonları göz önünde bulundurarak, organların şeref ve haysiyetini koruduğu kabul edilmektedir⁸. Mahiyeti ne olursa olsun Anayasa organları hi-maye edilmektedir⁹. Manzini, failin hem Senatoya ve hem de Meclisi tahkiri halinde birden fazla suç olduğunu ve suçların içtima edeceğini kabul etmektedir¹⁰. Bu da gösteriyor ki, her yasama yetkisini kullanan organın tahkiri ,gördüğü fonksiyon icabı suç teşkil etmektedir.

159. maddenin hukukî esası yukarıda belirttiğimiz gibi tezahür edince, Yasama Organını meydana getiren her meclis hukukî bir değer taşır ve tahkiri suç teşkil eder. Nitekim, Türkiye Büyük Mil-

2) İt. Tem. mah. nin 16 Ocak 1952 tarihli kararı, bk. Giust. Pen. 1952, II, col. 640.

3) *IMPALLOMENI*, Il codice penale illustrato, Firenze 1890, vol. II, 84.

4) *CRESPOLANI*, Dei delitti contro i poteri dello stato, Suppl. Riv. Pen. vol. VII, 79.

5) İtalyan Tem. Mahkemesinin 20 Mart 1892 tarihli kararı (Riv. Pen. XXXVI, 33).

6) Nitekim, Meclisin adli fonksiyonları icabı tahkir ve tezyif edilmesinin suç teşkil edip etmeyeceği hususu uzun boylu tartışılmıştır. Bu konuda bk. : *FLORIAN*, Dei delitti contro la Sicurezza dello stato, Trattato di diritto penale II/1, Milano, 427 - *CRESPOLANI*, 81 - *TUOZZI*, Corso di Diritto Penale Napoli, vol. II, 80.

7) *SABATINI*, I delitti contro la personalita dello stato, nel Codice Penale illustrato dell Conti, vol. II, 197, 198.

8) *SALVATORE GIALLOMBARDO*, In tema di vilipendio del Governo, Il Foro Penale 1951, II, col 9 - Aynı husus 1930 İtalyan Ceza Kanunu hakkındaki vekâlet Raporunda da belirtilmiştir : bk. Rel. Min. Sul prog. def. di un nuovo codice penale, Lav. Pre. Vol. V/II, 79.

9) *MANZINI*, Trattato di diritto penale italiano, Vol. VI, Torino 1950, 511.

10) *MANZINI*, 515.

let Meclisi, Anayasanın sarahaten belirttiği hususlar dışında, bir yetki sahibi değildir. Yasama faaliyeti gerçekte tek tek meclisler tarafından ifade edilmektedir. Bu konuda İtalyan Anayasasının 55. maddesinde açık hüküm mevcuttur. Biz de, bu konuda açık bir hüküm olmamakla beraber, Anayasanın yasama yetkilerinin kullanılmasını tanzim etmiş ve bu yetkilerin hangi hallerde birlikte oturumda kullanılacağını tesbit etmiştir. Bu durumun dışında kalan hallerde, TBMM müşterek oturum yapıp yasama yetkisi kullanamaz. Bu da gösteriyor ki, yasama yetkileri esas itibarıyla iki meclise verilmiştir. 159. maddede görülen fonksiyonu ve bu fonksiyon sebebiyle Meclisin şeref ve haysiyetini koruduğuna göre, kullanılan tâbir ne olursa olsun, gerek Senatonun gerek Millet Meclisinin ve gerek TBMM nin tahkiri müstakil suç teşkil edecektir. Parlâmanter Komisyonların tahkirinin suç teşkil etmeyişi, aksi bir delil olamaz. Komisyonlarla, Meclisler arasında fark vardır. Komisyonlar müstakil ve devamlı bir yapıya sahip olmadıkları gibi, asli yetkileri de mevcut değildir. Bunun dışında, kesin karar alma yetkileri de yoktur¹¹. Buna karşılık, Meclisler müstakil, asli ve karar alabilme yetkilerine sahip oldukları gibi, TBMM nin hukukî varlığı dışında da bir varlığa sahiptirler.

Netice olarak, TBMM nin dışında Cumhuriyet Senatosunun ve Millet Meclisinin tek tek tahkirinin dahi 159. maddemize göre suç teşkil ettiği kanaatindeyiz.

II — İkinci problem hakkındaki kanaatimiz

Yukarıda belirttiğimiz gibi, kaza organları bu ikinci nokta üzerinde uzun boylu durmamışlardır. Bununla beraber, MBK nin yasama yetkilerinin mevcut olup olmadığının tartışılması, Yasama yetkisi kalmayan bir organın artık korunamayacağı kanaatinin, kaza organlarınca benimsendiğini göstermektedir. Mesele, bilhassa bugünkü hukuk tatbikatımız bakımından önem taşımaktadır. 1924 Anayasasının kurduğu siyasî düzen ve onu takiben 1 sayılı kanunun yarattığı geçici devre son bulmuş ve yeni bir Anayasa düzeni kurulmuştur. Bu durumda, 27 Mayıs 1960 yılına kadar olan teşrii devrelerin ve hukukî varlığını kaybetmiş bulunan MBK nin, Temsilciler Meclisinin ve kurucu meclisin tahkiri 159. maddeyi ihlâl edecek midir?

11) MANZINI, 516.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, 159. madde, yasama fonksiyonlarını ve bu fonksiyonları temsil eden organın manevî şahsiyetini korumaktadır. Bu durumda, kanaatimizce, fonksiyonu kalmamış bir organın tahkiri suç teşkil etmeyecektir. Nitekim bu fikir İtalyada örneğini ve tatbikatını bulmuştur. 14 Eylül 1944 tarih ve 288 sayılı D. L. kadar, Gran Consiglio del Fascismo da 1930 kanunun koruma sahasına giriyordu ve bu tarihten sonra feshedilen bu meclisler koruma sahası dışında kalmışlardır¹². Aynı şekilde, «Camera dei fasci e delle corporazioni» hukukî varlığını kaybettikten sonra koruma sahası dışında kalmışlardır¹³. Bu örnekler de göstermektedir ki, bir yasama organının 159. maddeye göre himaye görebilmesi için, aktüel Anayasa düzenine göre bir hukukî varlığının mevcudiyeti şarttır. Bu durumda, hükmü kalmamış yasama organlarının himaye görebilmesi, ancak özel hükümlerin mevcudiyetine bağlıdır. Nitekim yeni İtalyan Ceza Kanununun 290. maddesi, 11 Kasım 1947 tarih ve 1317 sayılı kanunla tâdil edilmiş ve Kurucu Meclisin tahkiri de suç olarak kabul edilmiştir¹⁴. Bu hüküm halen mevcudiyetini muhafaza etmektedir. Doktrin, ancak bu hükmün mevcudiyeti halinde, kurucu meclisin 290. maddeye göre korunabileceğini kabul etmektedir. Yani, bu özel hüküm olmasa, hukukî hükmü kalmamış kurucu Meclisin korunması imkânı da olamazdı¹⁵.

Sadece şu noktaya işaret etmek istiyoruz : devresi bitmiş olsa dahi, aynı Anayasa düzeni içindeki geçmiş bir Meclisi tahkir suç teşkil eder. Meselâ, 1961 Anayasa düzeni içinde teşekkül etmiş bulunan bugünkü, TBMM yi takip edecek olan gelecek devre sırasında, bugünkü devrenin tahkiri suçtur. Zira, «istimrar» prensibi icabı, devrelerin değişmesine rağmen, tek bir manevî şahsiyet mevcuttur. Bu bakımdan, şahsiyet, Anayasa düzeni değişene ve Meclis hukukî varlığını kaybedene kadar devam eder. Bu bakımdan, Manzini'nin, ancak hali faaliyette olan meclisin tahkirinin suç teşkil edeceği şeklindeki görüşüne katılmıyoruz¹⁶. Bugün için, 1960'a kadar olan Meclislerin, MBK nin, Temsilciler Meclisinin ve Kurucu Meclisin tahkiri suç teşkil etmezse de, bunun sebebi, artık yeni düzene

12) MANZINI, 512.

13) MANZINI, 516.

14) Bu konuda bk. : Roma Mahkemesinin 5 Mart 1948 tarihli kararı.

15) MANZINI, 514. 1950 tarihli Piccioni projesinde, 281. maddede, bu hükmün, yani Kurucu Meclis tâbirinin çıkarılması istenmişse de, bu proje kabul edilmemiştir.

16) MANZINI, 516.

göre bu meclislerin hukukî şahsiyetlerinin kalmayıdır. Ama aynı düzen içindeki Meclis tek bir varlık halindedir. Devreler değıştikçe değışen husus, Meclisi meydana getiren şahıslardır. Suçun konusu da, şahıslar olmayıp fonksiyon ve hukukî varlık olduğuna göre, devrelerin değışmesi, aynı düzen içindeki bir eski devrenin tahkirinin suç olmamasına sebep teşkil etmez.

Adam öldürme — Askerî Ceza Hukukunda tahrik

T. C.

Askerî Yargıtay Daireler Kurulu

Esas No. : 3506

Karar No. : 10

Tarihi : 1/2/1963

ASKERİ YARGITAY KARARI

Kasten üstünü öldürmek suçundan maznun hakkında Tüm. K. lığı As. Mahkemesince verilen ve As. C. K. nun 91/4 ve TCK. nun 31, 33 ve 51/1 inci maddelerine müstenid mahkûmiyet kararını maznun temyiz etmiş olması sebebiyle bu hususta As. Yargıtay 1 inci Ceza Dairesinin 962/3393 sayılı ilâmı ile hüküm bozulmuş olduğundan, bu def'a Başsavcılık tarafından mezkûr daire kararına itiraz edildiğinden dâva dosyası daireler kuruluna gelmiştir.

Üstü bulunan Onb. kasten öldürmek suçundan sanık er Tüm. K. lığı As. Mah. sinin 22/8/1962 gün ve 962/456-181 esas sayılı kararı ile As. C.K. nun 91/4 ve T.C.K. nun 51/1 inci maddeleri gereğince neticeten müebbet ağır hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Hüküm ilgillilerce temyiz edildiğinden ve esasen Re'sen temyize tâbi olduğundan 1.C.D. sinin 12/12/1962 tarih ve 962/3506-3393 esas sayılı ilâmının 3 üncü maddesi ile (maktulün koğuş önünde sanığa karşı vâki hakareti ve sopa ile yüzüne vurması olayı yerine, daha önce futbol sahasındaki hakaretinin mahkemece tahrik olarak kabul edilmesinde isabet bulunmadığı) noktasından bozulmuştur. As. Yargıtay Başsavcılığı müsnet suçun tahriki müteakip hemen işlenmediğinden ve binaenaleyh hâdisede tahrik bulunmadığından bahisle 17/1/1963 tarihli tebliğname ile mezkûr daire kararına itiraz ettiğinden ve bu itirazın kanunî müddet içinde yapıldığı anlaşıldığından dosya bittetik *Gereği Düşünüldü* :

Cezayı azaltan sebeplerden olan ve T.C.K. nun 51 inci maddesinde yer alan tahrik, failin öfke ve hiddetini mucip olmak, huzur ve sükûnetini bozmaktır. Buna göre, haksız tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit elemin ceza-da kanunî tahfif sebebi olabilmesi için failin suçu bu gazap veya şedit elemin yani psikolojik buhranın (tesiri altında) bulunduğu bir sırada işlemiş olması, tahrik ile fiil arasında sebebiyet alâkasının mevcut bulunması şarttır. Bundan

da anlaşılıyor ki, fiilin tahriki müteakip hemen işlenmesi lâzım değildir. Haksız tahrikten uzun zaman sonra dahi fail ruhi buhran içinde bulunabileceğinden 51. maddenin tatbiki kanuna uygun olur. Ancak, kanunda gerek psikolojik buhranın süresi hakkında bir kıstas bulunmadığından buhran halinin devamını ve haksız tahrikin çeşidini suçlunun psikolojik yapısına ve hâdiseye göre hâkim tâyin ve takdir eder. Haksız tahrik konusundaki bu umumî kaide As. C. K. nun 92 nci maddesi ile değiştirilmemiş, ancak kaidenin vus'at ve şumulü daraltılmıştır. Bilfarz 92. maddede tadat olunan suçlardan dolayı *ast hakkında T.C.K. nun 51. maddesinin uygulanabilmesi için üst tarafından vaki haksız tahrikin suç teşkil etmesi ve astın tepkisinin ani olması şarttır*. Filhakika 92. maddede yazılı (hemen) tâbiri aniyet ifade eder. Fakat haksız tahrik prensibinin vus'at ve şumulü karşısında bu tâbiri (derekap) şeklinde anlamaya imkân yoktur. Burada mühim olan nokta haksız tahrike maruz kalan astın psikolojik buhran içinde bulunması ve buhran zail olmadan suç işlemesidir. Hâdisemizde futbol sahasında vuku bulan olayı koğuş önündeki hâdiseye takip ettiğine ve koğuş önünde maktûl Onb. galiz küfürler savurarak sanık erin suratına sopa ile vurduğuna ve sanık bu hakaret ve darbelerin husule getirdiği gazap veya şedit elemin tesiri altında bulunduğu bir sırada (hemen) denebilecek kadar kısa bir zaman zarfında müsnet suçu işlediğine ve filhakika bütün olaylar ikibuçuk saat içinde başlayıp sona erdiğine nazaran, Başsavcılığın suçun tahkiri müteakip (hemen) işlenmediği ve binnetice mahkemece haksız tahrikin kabulünde isabet bulunmadığı yolundaki itirazı yerinde görülmemiştir. Ancak, gerek futbol sahasındaki hadise ve gerekse koğuş önündeki olay gerekçeli hükümde izah ve birlikte mütalâa olunarak mahkemece adı tahrik şeklinde kabul ve takdir edildiğine göre daire kararının hükmün bozulmasına dair kısmında isabet görülmemiş ve Başsavcılığın itirazı yalnız bu yönden varit bulunmuştur. Bu itibarla ve As. M.U.K. nun 244/2 nci maddesine tevfi kan Daire kararının 3 üncü fıkrasının kaldırılmasına ve bu suretle mahkemece müttehaz mahkûmiyet hükmünün onanmasına oyçokluğu ile karar verilmiştir¹.

Olay

Bir er, üstü bulunan onbaşıyı, kendisine hakaret etmesinin doğurduğu gazab ve elemin tesiri altında öldürmüştür. 1. Ceza Dairesi, fiilin işlenmesinden önce tahakkuk eden bu tahrik edici olayı, tahrik teşkil etmeyeceği gerekçesi ile reddetmiştir. 1. Ceza Dairesine göre, ilk mahkeme esas tahrik teşkil eden olay yerine bir başka olayı tahrik teşkil eden olay olarak kabul etmiştir. 1. Ceza Dairesi bu kararı ile, prensip olarak tahrikin mevcudiyetini kabul etmiştir. Başsavcı ise, 1. Ceza Dairesinin kararına olayda tahrik bulunmadığı sebebi ile itiraz etmiştir. Ona göre, tahrik teşkil eden olay ile

1) Bu karar ve muhalefet şerhi için bk. : İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi, Temmuz 1963, sayı 31, s. 2284 - 2287.

suç aynı anda işlenmemiştir. Daireler kurulu ise, Askerî Ceza Hukukunda dahi, tahrik teşkil eden olay ile suçun aynı anda tahakkununun şart olmadığı kanaatindedir.

Halli gereken hukukî mesele

Tahrik teşkil edici fiil bir suç mu olmalıdır? Tahrik teşkil edici fiille reaksiyon olan suç'un ne zaman içinde ikâı gereklidir?

Kaza mercilerinin hal tarzı

Tahrik teşkil edici fiilin bir suç olması hususunda sadece Daireler kurulu kanaatini belirtmiştir. Buna göre, tahrik teşkil eden fiilin suç olması gereklidir. Gerekçe olarak herhangi bir husus gösterilmiş değildir. Sadece bir tahminde bulunabilir : daireler kurulu, ASCK nun 92. maddesinin son fıkrasına dayanarak bu sonuca varmış olabilir. Gerçekten, 92. maddede, «Birinci fıkradaki tahriki yapanlar tahrikin nev'i ve mahiyetine göre 116, 117 ve 118 inci maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılır» hükmü yer almıştır. Tahmin ediyoruz ki, Daireler kurulu bu hükme dayanarak, tahrik edici fiilin suç teşkil etmesini aramaktadır.

Tahrik teşkil eden fiille, suçun işlenme zamanları bakımından ise, çeşitli kaza mercileri aynı görüşü savunmamaktadırlar :

a) Yargıtay 1. Ceza Dairesi, ilk mahkeme ve daireler kurulu, reaksiyon teşkil eden suçun, tahrik teşkil eden fiilin yarattığı gazap ve elemin tesiri altında işlenmesini yeter görmüşlerdir. ASCK 92. maddede geçen, «hemen» tâbiri, suçun derakap işlenmesi şartını göstermektedir. Hemen tâbirinden maksat, fiilin gazap ve elemin tesiri altında işlenmiş olmasıdır. Haksız tahrikten uzun müddet sonra dahi, fail ruhî bir buhran içinde bulunabilir. Bu buhranın devam edip etmediğini ise hâkim takdir edecektir. TCK da mevcut tahrik haline nisbetle, ASCK tahrik durumunu daraltmış ise de, yine de derakaplığı aramış değildir; sadece, tahrik teşkil eden fiille, suç arasında uzun müddet geçmesini önlemek istediği söylenebilir.

b) Askerî Yargıtay Başsavcısı ile Daireler kurulundan karara muhalif kalan bir üye ise, suçun, tahrik teşkil eden fiille hemzaman olmasını aramaktadırlar. Muhalif üyeye göre, haksız hareketin yarattığı ani buhran içinde suçun işlenmesi şarttır; bu da bir aniyeti ifade eder. Kanunun maksadı üstleri, astlara karşı korumaktır. Bu bakımdan, hemen tâbiri buhranı ifade eder. Buhran ise, ani olan ve gazap ve şiddete nazaran devamsız olan bir durumdur.

Kanaatimiz

Askerî Yargıtayın, Askerî Ceza Hukukunda tahrik konusunda vardığı sonuçları ikiye ayıracak olursak, bu iki nokta hakkındaki kanaatimizi de ayrı ayrı belirtebiliriz.

a) Yargıtay, Askerî Ceza hukukunda bir fiilin tahrik teşkil edebilmesi için fiilin suç olmasını şart görmektedir. Kanaatimizce bu görüşe yargıtay, ASCK nun 92. maddesinin son fıkrasına ve maddedeki, «Bir âmir veya mafevk, askerî nizamlara ve askerlik kaidelerine mugayir muamelede bulunmak yahut makam ve mevkiinin salâhiyetini tecavüz etmek suretiyle» cümlecğine dayanmak suretiyle varmıştır. Askerî yargıtay'a göre, bu şekilde yetki suis-timali, 116, 117 ve 118. maddelere göre suç teşkil etmelidir ki tahrik edici mahiyet teşkil etsin. Aksi takdirde, fiilin tahrik edici mahiyeti kabul edilse dahi, reaksiyon teşkil eden suçu işleyen kimse-nin cezası tahrik sebebi ile indirilmeyecektir.

İşbu şekilde özetleyebileceğimiz Askerî Yargıtay'ın görüşünü doğru bulmadığımızı belirtmek isteriz. Gerçekten Askerî Ceza Hukuku ile sivil Ceza Hukuku arasında bir takım farklar mevcuttur ve netice olarak da, bazı diğer müesseseler gibi, tahrik bakımından da iki kanun arasında farklar mevcuttur. Askerî Ceza Kanunu bir hizmetin ihlâli durumlarını cezalandırdığı ve disiplinin temini bu sistem içinde şart olduğu için bu farklar normaldir. Muayyen askerî vazifeler karşısında suç işleyen kimselerin sorumlulukları daha ağır mahiyet taşır². Buna rağmen, bazı genel hukuk prensipleri ve müesseselerin mantıkî esası bakımından farklılaşmalar olamaz. Nitekim tahrik müessesesi bakımından da, ASCK tahrik müessesesinin tahrik alanını darlaştırmış ve belirli suçlar için tahriki kabul etmiştir³. Bunun dışında da, tahrik edici fiillerin de vasıflarını tâ-yin etmiştir. Tahrik teşkil edici fiillerin, askerlik hizmetinden doğan yetkilerin suistimali suretiyle ortaya çıkması gereklidir. Kanaatimizce, ASCK, sivil ceza kanununda olduğu gibi, haksız tahrik tâbirini kullanmakla yetinmemiş ve bir fiilin ne zaman haksız olacağını da tâyin eylemiştir. İç hizmet kanunu, askerî nizamdan maksadın ne olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan, tahrik teşkil edici fiilin, bir kanun, talimatname veya talimata aykırı olması yeter.

2) *CIARDI*, Istituzioni di diritto penale militare, Roma, 346.

3) Nitekim İtalyan Sulh zamanları için Askerî Ceza Kanunu dahi, 49. maddesinde tahrik durumunun tatbik edilebilmesi için, işlenen suç bakımından açık bir hüküm mevcudiyetini şart koşmuştur : bk. : *CIARDI*, 348.

hatta, tahrik edici fiilin, örf ve âdete dahi aykırı olması yeterlidir⁴. Sadece, ASCK nun 119. maddesi, askerlik hizmetlerindeki özelliği göz önünde bulundurarak, üste, astı muaheze etmek imkânını vermektedir. Eğer, fiil 119. maddeye dahil olabilecek mahiyette ise, haksız sayılamaz. Demek oluyor ki, ASCK nu, bir fiilin tahrik edici haksız bir fiil olabilmesi için gerekli vasıfları tâyin etmiştir. Fakat bu demek değildir ki, haksız tahrik mutlaka suç teşkil etsin. Askerlik yetkilerinin suistimali tahakkuk ettiği halde, o fiil suç teşkil etmiyebilir. Yukarıda söylediğimiz gibi, örf ve âdetten doğan yetkilerin suistimali dahi bahis konusu olabilir. Bu durumda ise, fiilin kanunilik unsuru mevcut olmadığından fiil suç teşkil etmez. Eğer tahrik edici fiil zaten askerlik hizmeti ile ilgili değilse, bu takdirde zaten ASCK nun tatbiki bahis konusu olmaz ve yetkili mahkeme askerî mahkemeler olsa dahi, sivil ceza kanunu tatbik edilir ve tahrik de TCK 51. maddeye göre göz önünde bulundurulur. Demek oluyor ki, ASCK 92. madde her ne kadar, tahrik edici fiilde bazı vasıfların bulunmasını aramış ise de, bu tahrik teşkil eden fiilin suç olarak meydana çıkmasını temin etmek maksadına matuf olmayıp, bir fiilin ne zaman haksız olduğunu tesbit etmek içindir. 92. maddeye göre haksız olan bir fiilin ise suç teşkil etmesi şart değildir. Aksi halde, tahrik müessesesinin tatbik alanı, Askerlik düzeninin şartları göz önünde bulundurulsa dahi, çok daraltılmış olur.

ASCK nun 92. maddesinin son fıkrası, tahriki yapanların, tahrikin nev'i ve mahiyetine göre 116, 117 ve 118 inci maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılacağını belirtmiştir. Bu hüküm dahi kanaatimizce Askerî yargıtayın görüşüne hak verdirecek mahiyette değildir. Yani, fiilin tahrik edici mahiyet alabilmesi için suç teşkil etmesini zorunlu kılmaz. Gerçekten, 92. maddenin son fıkrası, tahrike sebebiyet veren kimseyi, fiili suç teşkil ettiği için değil, suça sebebiyet verdiği için cezalandırmaktadır. Diğer bir deyişle, bir kimseyi tahrik ederek onun suç işlemesine sebebiyet vermek, başbaşa müstakil suç olarak kabul edilmiştir. Kanun, 116, 117 ve 118. maddelerinde, asta kötü muamele fiillerini suç olarak kabul etmiş ve cezalandırmıştır⁵. Meseleyi tahrik bakımından inceleyecek

4) *ERMAN*, Askerî Ceza Hukuku, İstanbul 1960, 132.

5) Tahrik edici fiilli, bir ast, üste karşı veya aynı rütbede iki kişi birbirine karşı yaptığı takdirde, fiilin askerlik hizmetinden doğup doğmadığına ve işlenen suçun mahiyetine bakılmaksızın, TCK. 51. maddeye göre tahrikin tatbiki gereklidir. Zira, ASCK 92. madde sadece üstten, ast'a tahrik fiilini tanzim etmiştir. Sadece bu konuda, ASCK., TCK. na bir istisna vaz etmiştir. 92. mad-

olursak, tahrik teşkil eden fiilin cezalandırılabilmesi için, bu fiilin 116 - 118. maddelerdeki unsurlara uygun olup olmaması aranmayacaktır ve sadece tahrik neticesi bir suçun işlenmesi kâfi gelecektir. Aynı şekilde, üstün fiilin tahrik edici bir rol oynamadığı; yani, üstün fiiline karşılık, ast bir suç işlemediği hallerde de, eğer unsurları varsa, 116 - 118. maddelerdeki suçlar teşekkül edebilir. Görülüyor ki, tahrik teşkil eden fiili işleyen kimsenin fiili, 116 - 118. maddelerdeki suçlardan müstakil bir mahiyet arzetymekte ve cezalandırılmaktadır. Tahrik teşkil edici fiili işleyen kimsenin cezalandırılabilmesi için de, astın reaksiyon göstermesi, bir suç işlemesi ve bu suçun da 92. maddede gösterilen suçlardan biri olması şarttır. Eğer, ast bir reaksiyon göstermez veya işlediği suç 92. maddede yazılı suçlardan biri olmazsa, üst cezalandırılmaz. Demek oluyor ki, tahrik teşkil eden fiili işleyen kimse, fiili 116 - 118. maddelere uygun olduğu için değil, sırf bir astı suç işlemeğe mecbur ettiği için cezalandırılmaktadır. Tahrik eden fiil, 116 - 118. maddelerdeki kanunî tipe uygun olmayabilir. Meselâ, 116. madde bakımından ihtilât unsuru tahakkuk etmediği için, hakaret suçu teşekkül etmeyebilir. Fakat, ast bu fiil sebebi ile üste karşı suç işleyecek olsa, tahrik kabul edilecek ve üst de suça sebebiyet verdiği için cezalandırılacaktır. Görülüyor ki, üstün tahrik teşkil eden fiili müstakil suç olmadığı halde, sırf astın tahrikine ve suç işlemesine sebebiyet verdiği için cezalandırılacaktır. Netice olarak, bir fiilin tahrik edici karakter kazanabilmesi için, o fiilin suç teşkil etmesinin şart olmadığı kanaatindeyiz.

b) Üzerinde durulması icap eden ikinci mesele, ASCK nun 92. maddesindeki «hemen» tâbirinden neyin anlaşılması gerektiği meselesidir. Bu meselenin halledilebilmesi için, tahrik halinde cezanın indirilmesi sebebi üzerinde durmak gereklidir. Kanunlar, haksız tahrik halinde suçun işlenmesi durumunda, failin haksız bir fiilin yarattığı hiddet ve teessür tesiri altında suç işlemesini, suç saiki bakımından hafif bir durum kabul etmiştir. Ayrıca, suçun işlemesine mağdurun da kusurlu hareketiyle sebebiyet vermiş olması hafifletici bir sebep olarak kabul edilmiştir⁶. Demek oluyor ki kanun, psikolojik esaslardan hareketle, tahrikin hafifletici, suça tesir

denin dışında kalan hallerde TCK. daki genel hüküm tatbik edilir : bk. : *ERMAN*, 132.

6) *DÖNMEZER - ERMAN*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, II/1, İstanbul 1961, 347.

edici bir durum oluşunu kabul etmiştir. Esas önemli olan da, failin gazap ve elemin tesiri altında suç işleyişidir. Bu durumda, tahriki tatbik edecek olan hâkim, failin suçu gazap ve elemin tesiri altında işleyip işlemediğini araştıracaktır. Tahrikin hukukî mesnedi bu olunca, meşru müdafaada olduğu gibi, tahrik ile suçun aynı anda işlenmesini aramaya da imkân yoktur⁷. Psikolojik durum devam ettiği müddetçe, tahrik durumunu da kabul etmek mecburiyeti vardır. Bu tahrik bakımından genel prensip olup, ASCK veya TCK bakımından bir değişiklik düşünülemez. Nitekim, ASCK, tahrikin psikolojik unsurları bakımından bir şart ihtiva etmemektedir ve bu bakımdan TCK 51. maddedeki şartların tatbiki zorunluğu düşünülebilir. 92. maddedeki, «hemen» tâbiri de, bu psikolojik durumun mevcudiyetine işaret etmek için kullanılmıştır⁸. Tahrikin hukukî esası, failin içinde bulunduğu psikolojik durum olunca, bir hüküm olsun olmasın aynı şartları ASCK bakımından da aramak zarureti mevcuttur. Durum böyle olunca da, tahrik ile reaksiyonun aynı anda olması durumunu aramak imkânsızdır. Zira, ya gazap ve teessür hali mevcuttur ve bu takdirde tahrik vardır; ya da psikolojik durum tahakkuk etmemiştir ve tahrik yoktur. Psikolojik durum devam ettiği halde, reaksiyon hemen olmadı diye, tahriki kabul etmemek, tahrik müessesesinin mantıkî esasına uygun düşmez ve hiç gereği olmadığı halde yeni bir şart yaratmak olur.

Daireler kurulu kararına muhalif olan üye dahi, tahrikin, yaratılan psikolojik durumun tesiri altında suçun işlenmesi olduğunu kabul ettiği halde, derakaplığı aramaktadır ki, bu durumda kendi kendine tenakuza düşmüştür. Zira, tahrikin mevcudiyeti için, gazap ve elemin aradıktan sonra ani bir reaksiyonu aramak tenakuzdur. Tahrikin hukukî ve mantıkî esasına da aykırıdır. Fail, gazap ve elemin tesiri altında suç işledikten sonra, reaksiyonunu bu psikolojik durumun başında ve sonunda gösteren kişiler arasında fark yaratmaya sebep yoktur. Bunun dışında, muhalif üye, bir buhran halinden bahsetmektedir. Halbuki, 92. maddede ve TCK. 51. maddede böyle bir psikolojik durumdan bahis yoktur. Ayrıca, buhran hali dahi psikolojik olarak bir aniyeti ifade etmemektedir. Buhran hali dahi, uzun bir süre devam edebileceği gibi, tahrik teşkil eden fiilin ikâından sonra da doğabilir. Gerek buhran ve gerek gazap ve teessür hallerinin, haksız tahrik ile aynı anda doğması da şart de-

7) CIARDI, 347.

8) ERMAN, 133.

ğildir. Gazap ve elem, fiilin ikaindan sonra doğabilir; fail, gerekli psikolojik duruma haksız tahrikin ikainı takip eden sonraki bir zaman içinde düşebilir ve bu psikolojik durum ile haksız tahrik arasında illiyet bağı mevcutsa artık tahrik kabul edilebilir. Bu bakımdan, bir çok durumlarda, haksız tahrik ile reaksiyon teşkil eden suçun aynı zamanda ikai imkânsızdır⁹.

Muhalif üye hemen tâbirinin buhranı ifade ettiğini ileri sürmekte ise de, buhran halinin de, yukarıda belirttiğimiz gibi, haksız tahrikin ikai ile hemzaman olarak doğması şart değildir. Ayrıca, muhalif üye, mehaz İtalyan Ceza Kanunu ile 1930 İtalyan Ceza Kanunu aarsındaki tâbir değişikliğinin, haksız tahrik ile suçun aynı anda işlenmesini icap ettirecek tâbirleri önlemek için yapıldığını; mehaz kanunda kullanılan, buhran, tâbirinin ani reaksiyonları icap ettirdiğini ileri sürmektedir. Halbuki 1930 İtalyan Ceza Kanunu hakkındaki vekâlet raporunda, projenin 65., kanununun 62/2 maddesi ile ilgili olarak : «intenso dolore» tâbiri ile «stato d'ira» tâbirleri arasında esash bir fark mevcut olmadığı, sadece teessür tâbirinin psikolojik durumun özel bir izharı olmaması sebebi ile «Stato d'ira» tâbirinin kullanılmasının daha doğru olduğu belirtilmekte ve haksız tahrik ile suçun aynı zamanda olmasının aranmayacağı iki kanun arasındaki müşterek husus olarak izah edilmektedir¹⁰. Bu bakımdan, muhalif üyenin bu konudaki görüşünün isabetli ve gerçek olmadığı kanaatindeyiz. Hangi mehaza dayanarak bu mütalâayı ileri sürdüğünü de bilmiyoruz. Ayrıca, mehaz kanununun 51. maddesinde de buhran tâbiri yoktur ve sadece; «dolore - teessür» ve «impeto d'ira - kızgınlıktan doğan hiddet» tâbirleri kullanılmıştır.

Bu bakımdandır ki, ASCK daki «hemen» tâbirini bir anilik şeklinde anlamağa, ne hukuki ve ne de psikolojik bakımdan imkân yoktur ve bu tâbir gazap ve elemnin mevcudiyeti sırasında suçun işlenmesinin gerekliliğini ifade eder. ASCK bakımından, ne maksatla olursa olsun, genel prensipten ayrılmaya ne imkân ve ne de lüzum vardır :

Ayrılmak imkânı yoktur, zira, tahrikin psikolojik ve hukukî esası belirli bir sübjektif durumun mevcudiyeti halinde cezanın azaltılmasını icap ettirmektedir. Kanun, sübjektif durumun mevcu-

9) PANNAIN, Manuale di diritto penale, Padova 1954, I, 491 - FROSALI, Sistema penale italiano, Torino 1958, I, 639.

10) Rel. Min. sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, Lav. Pre. IV/1, 116, n. 82.

diyeyini suçta tesir eden bir sebep olarak kabul etmiştir. Bu sübjektif durumun mevcudiyeti esas ve yeter sebeptir. Sübjektif durumun ne zaman teşekkül edeceğini ve reaksiyona sebep olacağını ise, kanunların objektif olarak evvelden tâyin edebilmesi imkânı mevcut değildir. Aniliği aramak, sübjektif yapı bakımından gazap ve elemi geç hisseden kimse ile hemen hisseden kimse arasında fark yaratmağa müncer olur ki, bu da hukukun umumî prensiplerine ve tahrikin mahiyetine, adalet duygularına aykırıdır. Bir psikolojik durumun suçta tesir edebileceği ya kabul edilir veya edilmez. Edilince de, kişiler bakımından ayırım yapılamaz. Yeter ki, haksız tahrik ile reaksiyon arasında bir illiyet bağı bulunsun.

ASCK ve TCK arasında, bu konu bir ayırım yapmağa da lüzum yoktur. Zira, sübjektif durumun mevcudiyeti hâkimin takdirine kalmıştır. Bu konuyu hakim takdir edecek olduktan sonra, gazap ve elemi mevcudiyetinin zamanı ve reaksiyonu tahakkuku anı önemli değildir. Tahrikin esası olarak, failin içinde bulunduğu psikolojik durum kabul edilince, yeterli ve gerekli olan bu durumun varlığını aramaktır. Yoksa, bu durumun ani teşekkülü şart değildir. Bunu ise hâkim tâyin edecek, haksız tahrik ile reaksiyon arasında, normal bir insana göre, psikolojik durumun kalamıyacağı bir zamanda suçun işlenmesi halinde artık tahriki tatbik etmiyecektir.

Netice olarak, haksız tahrik karşısında suçun işlenmesi bakımından TCK ile ASCK arasında bir fark mevcut olmadığı kanaatindeyiz.

Asistan Dr. Çetin ÖZEK

MEDENİ HUKUK

Tapusuz gayrimenkullerin satışı

Yargıtay
Hukuk Genel Kurulu
Esas No. : 4/6
Karar No. : 188
Tarihi : 10/2/1960

Dâvacılar tarafından dâvalı aleyhine açılan akdin subutu, olmadığı takdirde onbin lira cezaî şartın tahsili davasının sabit görülmediğinden reddine mütedair Kaman Asliye Hukuk Mahkemesinden sâdır olan 7/11/1957 tarih ve

384 sayılı hükmün temyizden tetkiki davacılar vekili tarafından talebedilmesine mebnî Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesince dāvaya esas olan yazılı akidde gayrimenkulün tapuda kayıtlı olmadığına taraflarca kabul edilmiş bulunması karşısında ve tapuya yazılı olmayan gayrimenkullerin satışı bakımından menkul hükmünde tutulacağına göre taraflar arasındaki akdin muteber olduğunun kabulü gerektir. Bundan başka bir satış akdinin gayrimenkule ilişkin olsa bile borç doğuran akit olarak muteberliği satıcının mâlik olması şartına bağlı değildir. Bilhassa satış vaatlarında böyle bir şartın aranmasına ihtiyaç yoktur. Mahkemece bu cihetler gözönünde tutularak akdin ve ceza şartının muteber olduğu esastan hareket edilmemiş bulunması kanuna aykırı ve temyiz itirazları yerindedir. Dāvahı tarafın çekmiş olduğu protestodan akdi kesin olarak bozduğu anlaşıldığı cihetle akit hükümlerince onbin lirahk ceza şartından mes'ul olduklarına mahkemece karar verilmelidir.

Netice : Temyiz olunan kararın gösterilen sebepten dolayı nakzına karar verilip mahalline iade kılınmakla; yeniden cereyan eden mahkeme neticesinde : Bazı sebep ve mütalâalarla evvelki hükmünde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden dāvacılar vekili Avukat H. İsmet LENGER.

Temyiz kararı :

Hukuk Heyeti Umumiyesince bittetik; ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü :

1 — Tapusuz gayrimenkuller üzerindeki hakkın; mülkiyet olmayıp zilyedlikten ibaret olacağı ve bu hakkın karşılıklı veya karşılıksız akidlerle devrinin mümkün olduğu, zilyedliğin devrini hedef tutan akdin hiçbir şekle tâbi olmayıp muteber bulunduğu ve bu çeşit gayrimenkullere ilişkin satışların aslında zilyedliğin devrine ilişkin bir akidden ibaret olduğu, esas 6, karar 12 sayılı ve 9.10.1946 günlü içtihadı birleştirme kararı ile kabul olunmuştur. Nitekim, adı geçen kararın bütününden ve bilhassa bu karardaki (söz özetlenirse yukarıda yazılan kanun hükümlerine henüz mülkiyeti kazanılmamış olan bir gayrimenkul zilyedliğinin bağit konusu olabileceğini ve böylece bir elden diğer ele geçebileceğini tereddütsüz anlatır), (mülkiyet hakkı henüz iktisap edilmemiş bir gayrimenkulün hariçte satışı zilyedin, kendisine ilerde o malda mülkiyet iktisabını sağlayacak olan zilyedlik hakkını devre mahmul olur ki, bu hakkın devri için kanunda ne resmî bir şekil gösterilmiş, ne de bir yasak konmuştur. Kanunun açıkça resmî şekle tâbi tutmadığı bir akdin mutlak olarak sıhhati, BK. 11. ve MK. 5. maddeleri hükmü iktizasıdır). (bu açıklamalara göre tapuda kayıtlı olmayan bir gayrimenkulün ancak zilyedliğin devrine mahmul olan ve şekle tâbi bulunmayan satış muamelesini tapuda kayıtlı olan bir gayrimenkulün haricî satışına kıyas ederek muteber saymamak ve devreden bu malı geri almağa hakkı olduğunu kabul etmek doğru olmaz ve kanunun hükümlerine uymaz) sözlerinden bu cihet açıkça anlaşılmaktadır. O halde, tapusuz gayrimenkule ilişkin bir satış akdi, gerçekte zilyedliğin devrine ilişkin bir rızâ akit olup muteberliği herhangi bir şekle bağlı değildir. Bu itibarla dāvaya esas akdin konusunun bir tapusuz gayrimenkul olması halinde, ifa

dâvası yani gayrimenkulün dâvacıya teslimi dâvası açılabilir ve bu ciheti hedef tutan itiraz yerindedir. Ancak mal, devri vaadeden dâvalı tarafça üçüncü bir kişiye teslim edilmiş bulunduğundan dolayı dâvalıya karşı artık teslim dâvası açılmaz. Fakat muteber bulunan bir akdin yerine getirilmesi için kararlaştırılan ceza şartının ödenmesi ifa dâvasına imkân bulunmamış olması halinde dahi, istenebileceğinden mahkeme kararında tapusuz gayrimenkullerin satışından dönüldüğü takdirde ceza şartının istenemeyeceği yollu gerektirici sebep kanuna aykırı ve temyiz itirazları bu bakımdan yerindedir.

2 — Noterce re'sen tanzim edilmiş ve taraflarca imzalanmış bulunan gayrimenkul satış vaadi mukavelesinde tapusuz olduğu yazılan gayrimenkulün gerçekte tapulu bir gayrimenkul olduğu anlaşılmaktadır. Tapulu bir gayrimenkulün üçüncü kişi adına tapuda kayıtlı olması halinde dahi satışının vaadinin muteberliğine engel bir kanun hükmü yoktur. Zira gerek gayrimenkul satışı, gerekse gayrimenkul satış vaadi, borç doğuran birer akit olduklarından ve borç doğuran bir akdin muteberliği ise BK. 19. maddesinde aranan şartların ve şayet akit şekle bağlı bir akit ise şekil şartının gerçekleşmiş bulunmasına bağlı olup başka bir şarta ve bilfarz borç altına girenin mâlik olması şartına bağlı değildir. Burada satıcının veya satış vaadinde bulunanın üçüncü kişi adına kayıtlı gayrimenkul mâlikinden satın alarak alıcıya temlik etmesi imkânsız bulunmadığı cihetle akdin konusunun BK. 20. maddesi gereğince imkânsız olduğu ileri sürülemez. Esasen Borçlar Kanununun 20. maddesindeki imkânsızlık mutlak imkânsızlıktır ki burada böyle bir durum söz konusu olamaz. Satış akdinin muteberliği satıcının satılanın mâliki olması şartına bağlı bulunmadığı gibi kira akdinin muteberliği de kiralayanın kiralananâ mâlik olması şartına bağlı değildir. Zira, kira akdi de satış akdi gibi borç doğuran bir akitten ibarettir. Nihayet, Medenî Kanununun 642. maddesi gereğince (tescil) ifa dâvası, ancak adına gayrimenkul kayıtlı bulunan satıcıya karşı açılacağından ve gayrimenkul üçüncü kişiye geçmiş olduğundan dolayı ifa dâvasının reddi kanuna uygun ise de bu durum, borç doğuran akdin muteberliğine hâlel getirmez ve ceza şartının ödenmesini gerekli kılar.

Noter kanununun değişik 44. maddesi gereğince gayrimenkul satış vaadlerine ilişkin akitleri yapmağa Noterler salâhiyetli bulunmaktadır ve dâvaya esas akit de (bu itibarla) muteberlik şekline ait şart dahi gerçekleşmiş bulunmaktadır.

Satış vaadi senesinde vaade bulunanın (satışı vaadedirim) diyeceği yerde (sattım) demiş olması, mukavelenin hukukî mahiyetini değiştirerek ona gayrimenkul satışı akdi mahiyetini vermez. Zira bu takdirde mukaveleyi hükümsüz saymak gerekecektir. Çünkü Noterler, gayrimenkul satış mukavelesi yapamazlar. Halbuki bir akdin hükümsüz olacak şekilde değil, fakat muteber olacak şekilde mânalandırılması, akdin tarafların ortaklaşa maksatlarına göre tefsirini emreden Borçlar Kanununun 18. maddesi gereğidir ve gerçekten (sattım) (aldım) yolu beyanlarda (satmayı vaadettim), (almayı vaadettim) mânası dahi vardır

Mahkemece bu esaslar gözönünde tutulup kanuna uygun bulunan bozma kararına uyularak ceza şartına hükmedilmemiş olması kanuna aykırı ve temyiz itirazları bu bakımdan yerindedir.

Netice : Temyiz itirazlarının kabulüyle ısrar kararının usulün 429. maddesi gereğince ve ceza şartı hükmedilmek üzere bozulmasına ve dökümü aşağıda yazılı (1510) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 102/1960 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Kararın incelenmesi :

Karar aslında bazı meselelerde Yargıtayın prensip kararı mahiyetini almış görüşlerini aksettirmekte ise de bunun dışında, bir iki nokta beni bu kararın üzerine eğilmeye sevketti. Kararın konusu, tapuda kayıtlı bulunmayan bir gayrimenkulün satışıdır. Yargıtayın bu gibi gayrimenkuller hakkındaki görüşü bu karar tarafından da kabul edilmiştir; tapusuz gayrimenkuller üzerindeki hak mülkiyet olmayıp zilyedlikten ibarettir. Bu zilyedliğin bir akitle devri mümkündür ve bu akit hiçbir şekle bağlı da değildir. Buraya kadar karar, 1946 İçtihadı birleştirme kararının görüşlerini tekrar etmektedir. Bu görüşleri, inceleme konumuz olan içtihad vesilesiyle münakaşa etmeyi uygun görmediğimden bu noktalar üzerinde durmayacağım.

Karar bundan sonra borç doğuran böyle bir akde dayanarak ifanın, yani gayrimenkulün zilyedliğinin devrinin de istenebileceğini söylemektedir. Bu, Yargıtayın içtihadında beliren yeni bir temayüldür. 1946 içtihadı birleştirme kararı uyumsuzluk konusu olan tapusuz gayrimenkulün teslim edilmiş bulunduğu bir meseleyi çözmekteydi, bu bakımdan da ifa edilmemiş zilyedliği devir vaadinin ifayı talep hakkı verip vermeyeceği konusuna hiç temas etmemişti. Fakat Yargıtay sonradan tapusuz gayrimenkullerin zilyedliğini devir gâyesini güden akdin muteber olabilmesini, gayrimenkulün teslim edilmiş bulunmasına bağlayarak aksi halde bunun ifayı isteme hakkı vermeyeceğini kabul etti¹. Bu görüşün *sonucu* doktrin tarafından da başka ve farklı mülâhazalarla desteklenmiş, tapusuz gayrimenkulün devri gâyesini güden akdin muteber olmamasına rağmen bu akit ifa edilince artık gayrimenkulün geri istenemeyeceği ileri sürülmüştür². Akdin muteberiyetini onun ifasına bağlayan

1) 5. HD. 10/4/1950, 1709/1308, Ad. Der. 1950, sh., 1404; 7. HD. 24/6/1955, 3185/7078; — Türk Gayrimenkul Hukuku, *Türkmen/Kazancı/Yüksek/Önsev/Erten*, 1956, cilt I, sh. 292; 5. HD., 30/5/1955, 11959/5945, *Olgaç/Karahasan*, 1956, sh. 302.

2) *Tekinay* : Tapusuz gayrimenkullerin ferağı, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yıl II, sayı 2, sh. 141. — *Reisoğlu*, La prescription extraordinaire et le tranfert des immeubles non immatriculés en droit suisse et en droit turc, Lausanne 1956, sh. 110 - 1.

bu görüş, bir nevi Roma hukukunun aynı akit kavramının hortlatılmasıdır. Roma hukukundaki aynı akitler, örneğin ödünç, ancak ödünç konusunun da verilmesiyle tamamlanırdı. Ama akidlerin rızalığını kesin olarak kabul etmiş bulunan İsviçre-Türk hukuk sistemi bakımından böyle bir aynı akdin savunulması mümkün değildir³. Yargıtay 3 HD de bu karardan bir ay sonra verdiği bir kararla inceleme konumuz olan Genel Kurul kararına katılmış, zilyedliğin devri akdinin muteber sayılması için teslimin gerekli bulunmadığını kabul etmiştir⁴. Kanaatimce Yargıtay bu görüşten ayrılmakla kendi mantığı içinde tutarlı davranmış, hukuk tekniğine daha uygun bir sonuca varmıştır. Esasen Yargıtayın 1946 İçtihadları birleştirme kararı ile zilyedliğin devri gâyesini güden akitleri muteber tutmak için ileri sürdüğü gerekçelerden hiçbiri bu akdin muteberiyeti için bir de onun ifa edilmiş olmasını aramayı haklı gösterebilecek durumda değildir.

Olayda söz konusu olan gayrimenkul aslında bir üçüncü kişi adına tapu kütüğünde kayıtlı bulunmaktadır. Karara göre, gayrimenkulün bir başkası adına tapu kütüğünde kayıtlı bulunması, onun satışının muteber sayılmasına engel olmaz. Çünkü satım borç doğurucu bir akiddir ve satıcının mâlik olması, onun sıhhati için gerekli değildir.

Bu nokta da Yargıtay bakımından yeni bir görüş sayılabilir⁵. Çünkü doktrinde Postacıoğlu⁶ «Tescil edilmemiş gayrimenkuller üzerinde mülkiyet hakkı cereyan etmediğinden, mülkiyetin nakli vecibesi demek olan satışın da mevzubahs olamayacağı da tabiidir.» derken, 1946 İçtihadı birleştirme kararı da borçlandırıcı ve tasarru-

3) *Sungurbey*: İsviçre - Türk Hukukuna göre iktisabı müruru zaman, 1956, sh. 83. Yalnız burada guna işaret etmek gerekir ki, bizde menkul mülkiyetinin geçişi için rolü olan aynı akit, mahiyet itibarıyla yukarda sözünü ettiğimiz borçlandırıcı aynı akitten tamamen farklıdır. Almandada dinglicher Vertrag adı verilen bu sonuncu akit sadece eşya hukukuna müteallik sonuçlar doğurduğu halde, yine almandada Realvertrag adını alan Roma hukukunun aynı akdi, adına rağmen yine de bir borçlar hukuku akidir, *Schwarz*, Borçlar Hukuku Dersleri, 1948, sh. 168, not 1; *Kocayusufpaşaoğlu* — Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaatî, 1959, sh. 37, not 2.

4) 3. HD, 7/3/19960, 1412/1525, Ad. Der. 1960, sh. 422.

5) Bundan önce Birinci Hukuk Dairesi de bir kararında satım yapılırken satıcının henüz malik olmayışının akdin butlanına sebep olmayacağını kabul etmişti, 1. HD. 19/4/1955, 2819/2231, *Olguç*; Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Kanunu Medenîsi, 1957, No. 425.

6) *Postacıoğlu*; Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riyet Mecburiyeti, sh. 81.

fi muamele mefhumlarını tamamen birbirine karıştırarak, tapusuz gayrimenkullerin satışını Postacıoğlu gibi, satıcı mâlik olmadığı için hükümsüz saymış, ancak bunun zilyedliğin devrine *mahmul* olacağını söyleyerek - adını vermeksizin - *conversion*'a başvurmak suretiyle kurtarmıştır.

Bu konuda Fransız hukukundan ayrılarak borçlandırıcı ve tasarrufî muamelelerin istiklâlini kabul etmiş olan İsviçre - Türk hukuklarına tamamen aykırı olan bu görüşün⁷ Yargıtay tarafından terkedilişi sevindirici bir olaydır.

Ancak, 1946 içtihadı birleştirme kararı sonuçlarını, yani hiçbir şekle tâbi olmaksızın zilyedliği devir borcunun doğabileceğini, sadece tapusuz gayrimenkullere hasretmiştir. Oysa ki, olayımızda gayrimenkul bir başkası adına kayıtlı bulunmaktadır. Tapu kütüğüne kayıtlı gayrimenkullerde ancak resmî şekle uygun bir akit sonucunda devir borcu doğabilir⁸. Karardan anlaşıldığına göre satış vaadi gereken resmî şekle - yani noter senedine - tâbi olarak yapıldığından bu bakımdan da tereddüde mahal yoktur.

Karar, bütün bunlara dayanarak, satış vaadinde yer alan cezaî şartın ödenmesi gerektiğini söylemektedir. Gerçekten de başkasına ait bir gayrimenkulün satılması vaadedilip sonradan mülkiyetinin temin edilmemesi satıcı bakımından bir kusurlu imkânsızlık teşkil edip onun aleyhine bir tazmin borcu doğurur. Olayda özel olarak kararlaştırılmış cezaî şart da bu yüzden - ki, cezaî şart mahiyeti itibariyle bir götürü tazminattan ibarettir⁹. - ödenmek gerekir. Yoksa, *borç yerine getirilmemiş olduğu için*, burada asıl borç Yargıtayımızın eski görüşüne göre zilyedliğin devri gâyesini güden akdin tamamlanma şartı olan teslimdir, cezaî şart anlaşmasının da muteber olmadığını, cezaî şartın istenemeyeceğini söylemek, bu mefhumla tamamen aykırı bir tutum olurdu. Çünkü cezaî şartın asıl tatbik alanı da asıl borcun yerine getirilmemiş bulunduğu hallerden ibarettir. Meğer ki asıl borcu doğuran muamele başka bir sebeple bâtil bulunsun.

7) *Tekinay*; sh. 134.

8) Yargıtay bu görüşü kesin olarak kabul etmektedir. Ancak 7. Hukuk Dairesi bir kararında gayrimenkul tapuda kayıtlı bile olsa hakkaniyet gerektilince haricî satışın dahi muteber sayılabileceğini ileri sürmektedir, 7. HD. 31/3/1956, 1179/1956, 3727/1956, *Jurisdicito* sayı s, sh. 148. Yargıcın takdir hakkının kesin ve açık kanun hükümlerine rağmen kullanılmasının doğru olabileceğini sanmıyorum.

9) *Tunçomağ*; Türk Hukukunda Cezaî Şart, 1963, sh. 29/30.

Karar son olarak bir gayrimenkul satış vaadinde «satışı vaaderim» yerine «sattım» denmesinin bunun satım akdi sayılmasına sebep olamayacağını, aksi takdirde Noterler gayrimenkul satımını senetlemek hakkına sahip bulunmadıklarından¹⁰ akdin bâtil olacağını, oysa ki, anlaşmaları tarafların müşterek maksadına uygun olarak BK. 18. maddeye göre yorumlamak gerektiğini, gerçekte «sattım» da «satmayı vaadediyorum» anlamının da mündemiç bulunduğu söylemektedir.

Sonuç olarak bu çözüm de doğrudur. Fakat burada bir noktaya temas etmek istiyorum. Burada bize yol gösterecek olan BK. 18. değil, fakat Alman MK.'dan farklı olarak İsviçre - Türk MK.'larında yer almamış bulunan, yine de hemen hemen herkesçe¹¹ bizde de tatbik kabiliyeti kabul edilen *conversion* (tahvil) müessesesidir. Gerçekten de BK. 18'in bizi gayeye ulaştırabilmesi, ancak tarafların asıl maksatlarının da satış vaadi yapmak bulunması hâlinde mümkündür. Oysa ki, taraflar çok defa bu farkı bilemeyecekler, bu bakımdan da BK. 18, akdi butlandan kurtaramıyacaktır¹². Bu bakımdan biz *gerçek* iradeyi arayan BK. 18'e değil, *mefruz* iradeyi arayan ve onu yerine getirmeye çalışan *conversion'a*¹³ dayanmalıyız. Böylece, «satım» taraflarca gerçekten satım akdi kastedilerek

10) *Sungurbey*; Noter K. 44'te sözü edilen satış vaadinin aslında borçlandırıcı muamele yani satım akdinin kendisi olduğunu savunmaktadır. Ona göre, önce modern hukuklarda von Tuhr'a uygun olarak (*von Tuhr*; Borçlar Hukukunun Umumi kısmı, çev. *Edege*, 1952, sh. 277) satış vaadinin, daha genel olarak akid yapma vaadinin uygulama alanı yoktur, anlamsızdır, gereksizdir. Bundan başka akid yapma vaadinin varlığı kabul edilse bile Noterlik kanunu hazırlayanlar tasarruf işlemi de satım akdinde birleştirmiş bulunan Mecellenin etkisi ile satış vaadini asıl borçlandırıcı muamele yani satım akdi sanmışlar, satış vaadini kastederken gerçekte bunu kastedmişlerdir, (*Sungurbey*; Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, 1963, sh. 10, 11, 12.). Bu sebepler yüzünden Noterlik Kanunu 44'teki Satış Vaadi ibaresini satış diye anlamak ve Noterlere gayrimenkul satışlarını senetlemek hakkı da tanınmalıdır. Bence tatminkâr olan bu deliller karşısında, satış vaadi kavramının müdafaa-sı ancak Von Tuhr ve Kocayusufpaşaoğlu'nun İsviçre - Türk hukukunda gayrimenkul mülkiyetinin geçişi konusunda borçlandırıcı ve tasarrufî işlemlerinin birlikte buldukları görüşünü kabul ile mümkündür. Zira ancak bu halde ön akid kavramına yapılan tenkitler bertaraf edilebilir, ona yerine getireceği bir ödev yükletilebilir. (Krs. Kocayusufpaşaoğlu, 70).

11) Aksi görüş, *Cornaz*; *La conversion des actes juridiques*, Lozan, 1937. sh. 105 ile sonrası.

12) *Sungurbey*; İkt. Müz. sh. 72, not 304.

13) *Esener*; Hukukî Muamelelerde Tahvil, Ankara, HFD. 1959, sayı 1 - . sh. 235, 239.

kullanılmış bulunsa bile, hâkim görüşe göre şekil hükümlerine aykırılıktan ötürü bâtil olan satım akdini, satış vaadine tahvil edip muteber saymak mümkündür¹⁴.

Bu son noktadaki görüş farkımıza rağmen, yine de Yargıtayın eskiden beri sürdürdüğü hatalı tutumların birkaçını değiştiren bu kararı sevinerek karşıladığımızı belirtmek isterim.

Asis. Kevork ACEMOĞLU

BORÇLAR HUKUKU *

296/6
16. Tazminat dâvasında faiz istenmemiş olsa da, sonradan ayrı bir dâva ile faiz istenebilir. Çünkü faizin ayrı bir dâva ile istenebilmesine BK. nun 113 ve ne de HUMK. nun 185. maddesi engeldir. Diğer taraftan, temerrüt faizinden hem mahiyeti ve hem de muaceliyeti yönlerinden ayrı bulunan tazminat faizi, asıl alacakla aynı yıllanma süresine tâbidir. Fakat buna rağmen, tazminat dâvası açılmakla, onun faizi hakkındaki yıllanma süresi kesilmiş olmaz; zira BK. 133 te böyle bir kesme sebebi yoktur. Nihayet dâvacının faiz isteyebilmesi için asıl alacak, yani tazminat dâvasının kazanılmış olması gerekir; bu yüzden her iki dâvanın birleştirilmesi HUMK. muzun hükümlerine uygun düşer. (YHGK, 15/11/1961 - T. 36/38 - Ad. Der. 963(Sy. 5/6, 629/632 den).

Bu Genel Kurul Kararının hükme bağladığı olayda, dâvacı taşınmaz taahhüdünün yerine getirilmemesi sebebiyle tazminat dâvası açmış ve dâva görülürken de, tazminat dâvasında faiz istememiş olduğunu ileri sürerek mahkemeden ayrıca 11/9/1953 tarihinden itibaren % 5 faizle birlikte, dâvadan sonra işleyecek faizlere hükmetmesini istemiştir. Fakat Mahkeme tazminat dâvasında faiz istenmemiş veya bu hak saklı tutulmamışsa, sonradan faiz istenemeyeceğini; zira bunun iddiasının genişletilmesi anlamına geldiğini ve BK. 113 e de aykırı bulunduğunu belirtmiştir. Buna karşılık Genel Kurul, mahkemenin bu görüşünü çok isabetli mucip sebeplerle reddetmiştir. Yüksek Mahkememize göre, «... Faiz her ne kadar fer'i nitelikte bir alacak ise de bunun asıl alacak dâvasından ayrı, başlı

14) Sungurbey; Kişisel Haklar, 37.

*) İlk on beş karar ile ilgili yazı İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuasının XXIX. cildinin 1/2. sayısında yayınlanmıştır.

başına bir dâva ile istenmesini engelleyen bir kanun hükmü yoktur. Bu bakımdan önceden açılmış tazminat dâvasında faiz isteme hakkının saklı tutulduğunun bildirilmemiş olması da faizin ayrı bir dâva ile istenmesine mâni değildir. Hak mevcut olunca dâva edilmesi de kabul edilmek gerekir ...». Üstelik BK. muzun 113. maddesinin ikinci fıkrası, ayrıca faiz istenebilmesine her zaman engel değildir. Çünkü ancak asıl borcun ifası esnasında alacaklının ihtirazî kayıt öne sürmemesi veya hal ve durumdan böyle bir sonuç çıkarılamaması halinde adı geçen fıkra sonradan faiz istenebilmesine engel olur. (bk. K. T u n ç o m a ğ , Borçlar Hukuku II, 1962, 704). Yoksa sadece asıl borcun dâva edilmesi vakiasından faizin sonradan istenemeyeceği sonucu çıkarılamaz. Yüksek Mahkememizin deyişiyle, «... BK. 113/II de kabul edilen esas, asıl borcun ödenmiş olmasıyla ilgilidir. Bu madde asıl borcun ödenmesi sırasında işlemiş faizleri istemek hakkı saklı tutulmamaşa, artık faizin istenemeyeceğini belirtmektedir. Olayda ise, faiz dâvasının açıldığı tarihte asıl borç ödenmemiş olduğundan mahkemenin BK. 113/II ye dayanarak dâvayı reddetmiş olması kanuna aykırıdır ...», (aynı yönde verilmiş diğer kararlar için, bk. Y 3 H D, 25/5/1958 - 3870/3309; Y 4 H D, 5/11/1957 - 2292/6660; 15/10/1957 - 2145/6147; 25/7/1957 - 6584/4791 - Olgaç, Türk Borçlar Kanunu, İst. 1959, 1716, 1717, 1718 ve 1719 dan). Nihayet sonradan faiz istenilmesi iddiasının genişletilmesi anlamına da gelmez. Yargıtayımızın deyişiyle, «... HUMK. nun 185. maddesinde yer alan bu hüküm asıl dâvada ayrı olarak açılan dâvadaki istekler için uygulanamaz. Alacağın bir bölümünün dâva edilmesinden sonra geri kalan bölümünün ayrı bir dâva ile istenmesi nasıl mümkün ise, ve bu durumda iddianın genişletilmesi söz konusu edilmezse, asıl alacak için dâva açılmasından sonra o alacağa ilişkin faizin ayrı bir dâva ile istenmesi de iddianın genişletilmesi olarak kabul edilemez. Mahkemenin bu görüşe uymayan gerekçesi de usule aykırıdır ...». Yüksek Mahkememizin yukarıya aldığımız fikirlerine aynen katılıyor ve bunlara bir şey eklemeyi tamamen lüzumsuz sayıyoruz.

Demek oluyor ki, faiz alacağı için sonradan bir dâva açılmasına HUMK nun 185. ve ne de BK. nun 113/II. engeldir. HUMK 185. engel değildir; zira bu hal dâvanın genişletilmesi olarak kabul edilemez. Diğer taraftan, buraya BK. 113/II de uygulanamaz; zira ayrı faiz dâvası açılmasına engel olan, asıl borcun ifasının ihtirazî

kayıtsız kabul edilmesidir. Yoksa sadece ifa dâvası açılması ve hatta bu dâvanın hükme bağlanmasının istenmemiş faiz alacağı üzerinde bir etkisi olamaz. Yargıtayımız da bir çok kararlarında aynı görüşü açıklamıştır, (bk. Y T D, 18/5/1953 - 3274/2642 - Ad. Der 1954, Sy. 2, 203 ve Y 4 H D, 15/10/1957 - 2145/6147 - Olgaç, Türk Borçlar Kanunu, İst. 1959, N. 1718 den. Maamafih Yüksek Mahkememizin bizim görmediğimiz bir başka kararında değişik bir görüş öne sürdüğü söylenmektedir, bk. Y 3 H D, 9/6/1958. Hukuk Postası, Sy. 3, 6 dan). Bundan başka, BK. nun 113. maddesinin ikinci fıkrası bütün tazminat faizlerine uygulanır. Faizi tarafların veya yargıcın tayin etmesinin bu yönden bir önemi yoktur. Yargıtayımızın kararları da bu yöndedir. Değişik bir söyleyişle, Yüksek Mahkememiz de, ancak hükmedilen alacağın ihtirazî kayıtsız kabulü halinde, faizin istenemeyeceğini, bunun dışındaki hallerde ise, faiz dâvasının açılabilmesini kabul etmektedir. Bu itibarla Fakültemiz Dergisinin önceki sayısında çıkan bir yazımızda (bk. K. Tunçomağ, Mahkeme Kararları Kroniği, İst. Huk. Fak. Mec. 1963, Sy. 1/2, 375) Y T D nin 18/5/1953 tarihli bir kararının sehven «yanlış» olarak tarif ettiğimizi belirtmek isteriz.

Genel Kurul Kararı, tazminat faizi ile temerrüt faizini de dikkatle ve isabetle birbirinden ayırmıştır. Gerçekten, Yüksek Mahkememize göre, «... tazminat konusunda hüküm altına alınacak faiz tazminat faizidir; yani borçlunun temerrüdü ile ilgili olmayan, tazminatı, miktar bakımından tamamlamaya hedef tutan bir faizdir. Zararın tamamıyla karşılanmış olması için tazminatın, zararın meydana geldiği anda, zarara uğrayan kimseye ödenmiş olması gerekir. Tazminat geç ödenirse zarar tam olarak kapatılmış olmaz. Bu konudaki faiz, tazminatın geç ödenmesi yüzünden meydana gelmiş bir ek zararın karşılığıdır ...». Değişik bir söyleyişle, temerrüt faizi, bir miktar parayı borçlunun alıkoyması yüzünden alacaklının uğradığı zararı karşılar ve borçlunun kusuru, hatta zararı, olmasa da ödenmek gerekirken, tazminat faizi «Schadenszins» akde aykırılık (veya haksız fiil) sebebiyle ödenecek tazminatın bir parçasını meydana getirir, (bk. B e c k e r, Komm., md, 104, N. 3). Yargıtayımızın haksız fiil tazminatlarında da, faizi, tazminatın bir parçası olarak mütalâa eden kararları vardır ve bunlar da çok doğrudurlar, (bk. Y 4 H D, 22/10/1957 - 2230/6228; 31/12/1953 - 7701/5573; 7/12/1953 - 2329/1576 - Olgaç, Türk Borçlar Kanunu, İst. 1960, N. 1127, 1128 ve 1129 dan). Temerrüt faizi ile tazminat faizi arasındaki ikinci farkı Yüksek Mahkememiz şöyle ifade etmektedir :

«... Tazminat faizini temerrüt faizinden ayıran önemli bir yön de, ihtardan veya dâvadan önce zararı yapan mütemerrit duruma girmediği halde, tazminat faizinin, tazminatın ödenmesi lâzım geldiği, yani zararın doğduğu günden başlanılarak ödenmesinin gerekmesinde belirlemektedir ...». Daha açık bir deyişle, temerrüt faizi temerrüt tarihinden itibaren ödenmek gerekirken, tazminat faizi, tazminat sermayesinin hesaplanacağı andan itibaren ödenmek zorundadır; meselâ haksız fiilin yapıldığı andan itibaren hesaplanacak haksız fiil tazminatına, fiilin yapıldığı; akde aykırılık sebebiyle hükmedilecek tazminata da, aykırılıkta bulunduğu tarihten itibaren faiz eklenir. Hatta ihtarda bulunulmamış olsa da.

Tazminat faizi, Yargıtayımıza göre, asıl alacakla aynı zaman içinde yıllanır (müruru zamana uğrar). Gerçekten tazminat faizi, tazminatı miktar yönünden tamamlamayı gaye edindiğinden, kısaca bir ek tazminat mahiyetinde olduğundan, onun da tazminatla aynı zamanda yıllandığını kabulde mantıkî ve hukukî bir zaruret vardır. İncelediğimiz olayda tazminat alacağı, dolayısıyla buna eklenecek faiz, bir taşıma taahhüdünün yerine getirilmemesinden doğduğuna göre, Yargıtayımızın, bunun Ticaret Kanunumuzun 767. maddesine göre bir yılda yıllanacağını söylemesi de tamamen isbetlidir.

Fakat tazminat ile tazminat faizi arasındaki bu yakın ilgiye rağmen, bunlardan biri hakkında açılan dâva diğerinin yıllanma süresini kesmez. Yargıtayımızın deyişiyle, «... tazminat alacağı hakkında açılan dâva, onun faizi hakkındaki zamanaşımını kesmeyeceği gibi, tazminat alacağına ilişkin zamanaşımının kesilmiş olması, tazminat faizi hakkındaki zamanaşımının da kesilmesini gerektirmez. Çünkü zamanaşımının kesilmesine ilişkin kanun hükümleri arasında böyle bir esasa yer verilmemiştir. Borçlar Kanunu müruru zamanın kesilmesi sebeplerini 133. maddesinde saymış olduğundan, kıyas yolu ile bunlardan başka bir sebeple de zamanaşımının kesileceği ileri sürülemez. Nitekim bir alacağın sadece bir bölümünden dâva edilmesi halinde zamanaşımı, alacağın ancak ve ancak dâva edilen bölümü hakkında kesilmiş olur ve fakat dâva dışı kalan bölümü için işler. Mahkemenin bütün bu yönleri gözönünde tutmayarak, faiz isteğine ilişkin dâvanın açıldığı günden önceki bir yıllık faiz için de zamanaşımının varlığını kabul etmiş olması kanuna aykırıdır ...». Genel Kurulun bu noktaya kadar açıkladığımız bütün düşünceleri daha önceki bir kararda da aynen ifade edilmişti. Yeri gelmişken, Y 4 H D nin 22/10/1957 gün ve 2230/6228 sayılı (O l - g a ç, 1127) den bu kararına da işaret etmeden geçemedik.

Nihayet Yüksek Mahkememiz aynı kararda «... *Dâvada, dâvadan sonra işleyecek faizlerin de hüküm altına alınması istenmişse de, dâvacı ancak dâva tarihinde var olan alacağının hüküm altına alınmasını isteyebilir. Dâva tarihinden sonra doğacak hakların hüküm altına alınması istenemez; o haklar ancak ilerde açılacak yeni bir dâvaya konu olabilir ...*» demektedir. Yargıtayımızın bu konudaki görüşü de tamamen yerindedir. Çünkü bir zararın tazmin ettirilebilmesi için bunun meydana gelmiş olması, yani hâlen mevcut bir zarar olması zaruridir. Sadece bir zarar doğması tehlikesinin bulunması bir kimseye tazminat isteme hakkı vermez. İsviçre Federal Mahkemesinin görüşü de bu yöndedir, (bk. BGE 29 II 131). Maamafih gelecekte doğacak zararın tazmin ettirilememesi kaidesinin bir istisnası vardır ve bu da, zararın doğacağının tam bir güvenle önceden görülebilmesi ve bu yüzden onun «meydana gelmiş bir zarar» şeklinde kabul edilebilmesi halidir. (bk. Becker, Komm. md. 97, N. 31). İncelediğimiz olayda ise, böyle bir hal söz konusu değildir.

17. Haczin tebliğinden itibaren yedi gün içinde İc. İf. K. 89'daki itirazlardan birini yapmayan ve binnetice borçlu olmadığı parayı ödemek zorunda kalan üçüncü kişi, BK. 147'ye göre, alacaklının yerine geçer ve borçluya karşı rücu hakkı kazanır. Bu itibarla üçüncü kişinin alacaklıdan ödediğini geri isteme hakkı yoktur, (Y. İc. İf. D, 2/12/961 - 10717/11436 - Ad. Der. Ö62, Sy. 5/6, 658/659 dan).

Bu kararın dayandığı maddî olay, üçüncü kişinin yapılan hacze, İcra İflâs Kanunumuzun 89/II. maddesine göre, yedi gün içinde itiraz etmediği için ödemek zorunda kaldığı parayı geri istemesiyle ilgilidir. Gerçekten de adı geçen fıkraya göre «... *Borçlunun üçüncü şahıs zimmetindeki alacağı veya bir malı haczedilip te üçüncü şahıs borcu olmadığı, malın yedinde bulunmadığı veya haczin tebliğinden evvel borç ödenmiş veya mal istihlâk edilmiş veyahut kusuru olmaksızın telef olmuş veya borçluya veya emrettiği yere verilmiş olduğu gibi bir iddiada ise, keyfiyeti haczin tebliğinden yedi gün içinde İcra Dairesine yazılı veya sözlü beyanla bildirmeğe mecburdur. Aksi halde mal yedinde, borç zimmetinde mevcut sayılarak teslimi veya ödenmesi istenir ...*». Şimdi eğer üçüncü kişi, yedi günlük süre içinde itirazda bulunmadığı için alacaklıya, borçlu olmadığı bir parayı ödemek zorunda kalmışsa, aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, genel hükümler çerçevesinde, yalnız borçluya baş

vurma hakkı vardır. Çünkü söz konusu halde alacaklıya yapılan ödeme, İcra ve İflâs Kanununun adı geçen fıkrası icabı tamamen muteberdir. İncelediğimiz Yargıtay kararında da bu noktaya kadar aynı düşüncelere yer verilmiştir. Buna karşılık Yüksek Mahkememiz «... *Def'ini müddeti içinde bildirmemesi yüzünden borçlu olmadığı bir parayı ödemek mecburiyetinde kalan üçüncü şahıs Borçlar Kanununun 147. maddesi mucibince alacaklı makamına tâyin ve ona halef olacağından borçluya rücu hakkını iktisap eder...*» demekle, borçluya baş vurma yetkisinin dayandığı hukukî sebepte kanaatimizce önemli bir hata yapmıştır. Çünkü, burada hakların geçişini (halefiyeti) düzenleyen BK. 147 nin uygulanabilmesine imkân yoktur. Gerçekten bu maddenin uygulanabilmesi (yani borçlu ile üçüncü kişi arasında gerçek bir teselsül münasebetinin bulunması) ve sonra da ödemede bulunan müteselsil borçlunun rücu hakkına sahip bulunması gerekir. Bunun dışında hakların geçişi (halefiyet) ise, ancak kanunda bu yolda bir hüküm bulunması halinde mümkündür; meselâ, BK. 103 ve 496 da olduğu gibi. (Fazla bilgi için bk., K. T u n ç o m a ğ, Borçlar Hukuku II, İst. 1962, 636/637 vd.). Halbuki borçlu ile üçüncü kişi arasında ne teselsül münasebeti doğuran bir akid yapılmıştır ve ne de İc. İf. K. 89 a göre yapılan ödemenin üçüncü kişi ile borçlu arasında teselsül münasebeti doğuracağı maddede belirtilmiştir. Bu iki yol dışında ise, bir teselsül münasebeti yaratılamaz. Şu halde incelediğimiz olaya BK. muzun 147. maddesinin uygulanabilmesine imkân yoktur. Burada aslında bir sebepsiz zenginleşme söz konusudur. Bu sebepsiz zenginleşme, üçüncü kişinin malvarlığının eksilmesi karşılığında borçtan kurtulan borçlunun malvarlığının zenginleşmesi biçiminde ortaya çıktığından, üçüncü kişi, BK. 61 vd. maddelerine göre borçluya başvurmak zorundadır. Maamafih zenginleşmenin alacaklının malvarlığında meydana geldiği de iddia olunabilir. Yalnız bu iddia doğru olsa bile üçüncü kişi alacaklıya başvuramaz, Çünkü İc. İf. K. muzun 89. maddesinin üçüncü fıkrası, üçüncü kişiye, borçlu dışında herhangi bir kimseye başvurma yetkisi tanınmıştır. Birçok hallerde borçlunun ödeme gücünden yoksun olması yüzünden alacaklı şüphesiz zarar görecektir. Fakat bu hal, ancak adı geçen fıkranın isabetsizliğini gösterir, yoksa açık olan bu hükmün uygulanmasına engel olmaz, (İc. İf. K. 89 üzerindeki diğer tenkidler için bk., P o s t a c i o ğ l u, İcra Hukuku Esasları, ikinci bası, İst. 1962, 351 vd.).

18. Alacağın temlik senedinde, temlik edenin borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumlu bulunduğu yazılı ise, temlik olunan, temlik edeni takip edebilir. Yalnız şartların gerçekleşip gerçekleşmediği ve temlik edenin sorumlu olduğu miktar üzerinde doğan çekişmeyi çözme sınırlı yetkili İcra Tetkik Mercii'nin görevi dışında kalır, (Y. İc. İf. D, 22/12/1961 - 11960/12419 - Ad. Der. 962, Sy. 5/6, 660/661 den).

Bu kararda açıklanan fikirler, bizce de, isabetli olduğundan onları, bir şey eklemeksizin aşağıya almayı uygun ve yeter gördük. Kararda önce, Borçlar Kanunumuzun 169. maddesi tekrar edilerek, alacağın temlikinin bir ivaz karşılığında yapılması halinde temlik edenin temlik anında alacağın varlığından sorumlu olduğu; buna karşılık, ayrıca taahhüt etmemişse, borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumlu bulunmadığı; temlik ivazsız ise, temlik edenin alacağın varlığından dahi sorumlu olmadığı belirtilmiş; sonra da 171. maddeye dayanılarak, temlik edenin borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumlu tutulmayı kabul etmesi halinde, temlik olunana karşı sermaye (re'sülmal) ve faiz olarak almış olduğu miktar nisbetinde sorumlu olduğuna ve ayrıca temlikin sebebiyet verdiği ve alacaklının borçluyu boş yere takip etmesi yüzünden yaptığı masrafları da ödemek zorunda olduğuna işaret edilmiştir. Nihayet aynı kararda, temlik edenin borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumlu tutulmayı kabul etmesi halinde, temlik olunan tarafından takip edilebilmesi kabul edildikten sonra, şartların gerçekleşip gerçekleşmediği ve temlik edenin sorumlu bulunduğu miktar üzerinde doğacak ihtilâfı çözme işinin mahkemeye ait olduğu, bunun, yetkisi sınırlı İcra Tetkik Mercii'nin görevi dışında kaldığı belirtilmiştir.

19. Mahkeme, her iki tarafa yüklediği avukatlık paralarını kendiliğinden takas edemez. Bunun için, taraflardan birinin takas konusunda iradesini açıklaması gerekir, (Y H G K, 24/1/1962 - 4 - /18 - Ad. Der. 1962, Sy. 7/8, 868 den).

Bu Genel Kurul Kararı, mahkemenin, her iki tarafa yüklediği avukatlık paralarını kendiliğinden (re'sen) takas etmesine dair hükmünü, haklı olarak, bozmuştur. Yüksek Mahkememize göre, «... Tarafların dâva ve cevap dilekçelerinde avukatlık parasına hüküm verilmesini istemiş olmaları, hükmedilen avukatlık paralarının mahkemece re'sen takas edilmesini gerektirmez. Borçlar Kanununun 12. maddesinin birinci fıkrası uyarınca takas, ancak borçlunun takas dermeyan etmek kasdini alacaklıya bildirmesiyle olur.

Olayda ise, taraflar avukatlık parasının takası konusunda iradelerini açıklamış değillerdir. Usul Kanunu ve buna dayanan İçtihadı Birleştirme kararı gereğince, dâva giderlerinin ve bu arada avukatlık paralarının re'sen hüküm altına alınması esası sadece hukuk dâvalarında hükmün isteğe dayanması kuralının bir müstesnasıdır; yoksa Borçlar Kanunundaki takasın beyana bağlı olması kuralının bir müstesnası değildir ...»

Öyle anlaşılıyor ki, mahkeme avukatlık paralarını kendiliğinden takas ederken, iki delile dayanmıştır. Önce, tarafların dâva ve cevap dilekçelerinde avukatlık parasına hükmedilmesini istemiş olmalarını, re'sen takas için yeter görmüştür. Halbuki avukatlık parasının istenmesi başka şey, takas iradesinin açıklanması başka şeydir. Takas bozucu yenilik doğuran haklardan olduğundan bir taraflı hukukî muamele ile kullanılır. Bu yüzden takas beyanında takas iradesinin açıkça belirmesi gerekir. İncelediğimiz olayda ise taraflardan hiç biri, açık veya zımnî olarak, mahkemeden hükmedeceği avukatlık parasını takas etmesini istemiş değildir. Sonra, taraflarca avukatlık parasının istenmiş olması da mahkemeye takas yetkisi vermez. Zaten Türk (İsviçre ve Alman) Hukukunda mahkemenin kendiliğinden (re'sen) takasta bulunabilmesi imkânsızdır. Diğer taraftan mahkemenin kendiliğinden (re'sen) takas yoluna giderken dayandığı ikinci delil, avukatlık parasının mahkemece re'sen hüküm altına alınacağına dair bir İçtihadı Birleştirme Kararıdır. Kararda sözü edilen İçtihadı Birleştirme Kararı, 29/5/1957 tarih ve 4/16 sayılı olup, tamamen aksi görüşü yansıtan 7/4/1945 tarih ve 4/19 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararını yürürlükten kaldırmıştır. Fakat Genel Kurul Kararında da belirtildiği gibi, bu karar ancak hukuk dâvalarında yürüyen hükmün isteğe bağlı olması esasına bir istisna getirmiş, yoksa takas konusunda herhangi bir şey söylemiş değildir. Gerçekten de İçtihadı Birleştirme Kararının mahkemeye avukatlık parasına kendiliğinden (re'sen) hükmetme yetkisi tanınmasından, karşılıklı olarak avukat parasına hükmettikten sonra mahkemenin bunları yine kendiliğinden (re'sen) takas edebileceği sonucunu çıkarmak oldukça zordur. Fakat bir an için bunun mümkün olduğu kabul edilse de, Türk Hukukunda kendiliğinden takas müessesesinin bulunmaması, adı geçen İçtihadı Birleştirme Kararının mahkemenin tarzında yorumlanmasına tam bir engel teşkil eder. Konuyu açmak için söylediğimiz bu birkaç söz de, Genel Kurul Kararının ne kadar isabetli olduğunu ortaya koymuştur, sanırım.

21. Dâvacının çektiği ihtarla, dâvalıyı, hem üç gün içinde ferağ takriri vermeğe çağırması ve hem de aksi halde akdi feshettiğini bildirmesi BK. 106 ya aykırı düşmez. Dâvacı, ihtarın karşı tarafa verdiği andan itibaren yürüyecek yıllanma süresi içinde dâva hakkını kullanmağa yetkilidir, (Y H G K, 21/2/1962 - 4 - 4/24 - Ad. Der. 1962, Sy. 7/8, 872 den).

Yukarki Genel Kurul Kararı pek açık sayılamaz. Bu karardan anladığımızı göre, dâvacı, Belediye kendisine ihale edilen iki arsanın üç gün içinde ferağ takririnin verilmesini, aksi halde akdi feshettiğini bildirmiştir. Belediye verilen süre içinde tapu işlemini ifa etmemiş, dâvacı da ihtardan yedi ay sonra açtığı bir dâva ile (satış ve inanca parası ile yaptığı giderlerin) ödenmesini istemiştir. Mahkeme ihtardan itibaren yedi ay sonra açılmış olduğu için dâvayı reddetmiş; Genel Kurul ise, bu dâvanın kabul edilmesi gerektiği içtihadında bulunmuştur.

Kanaatimizce, Mahkeme kararı yanlış, Genel Kurul Kararı ise doğrudur. Yalnız Genel Kurul kararı bazı yönlerden tamamlanmağa muhtaçtır. Şöyle ki, Genel Kurul kararında da haklı olarak belirtildiği gibi, «... borcu yerine getirmeğe çağırma beyanı ile fesih beyanının aynı zamanda yapılmış olmasında kanuna aykırı bir yön bulunmadığından, çekilen ihtar Borçlar Kanununun 106. maddesine uygundur ...». Bizce de çekilen ihtar BK. 106 ya uygundur. Çünkü alacaklının BK. 106 nın kendisine verdiği yetkileri kullanabilmesi için temerrüde düşmüş borçluya bir son süre «Nachfrist» tâyin etmesi ve borçlunun bu süre içinde ifada bulunmamış olması gerekir. Bu şartlar gerçekleşince, alacaklı borçludan ya gecikme tazminatıyla birlikte ifada bulunmasını ister veya gecikmeksizin ifadan vazgeçtiğini; onun yerine tazminat istediğini yahut akitten döndüğünü bildirir. Kanun, ifadan vazgeçip akdi feshedecek veya tazminat isteyecek olan alacaklıyı, bunu, gecikmeksizin borçluya bildirmek zorunda tutmakla, onun borçlu zararına spekülasyon yapmasına engel olmuştur. (Fazla bilgi için, bk., K. T u n ç o m a ğ, Borçlar Hukuku II, İstanbul, 1962, 557 vs.). Şu halde, son süreyi tâyin eden beyanla birlikte alacaklının, ifa etmeme halinde akdi feshettiğini bildirmesi, son sürenin bitiminden hemen sonra seçim hakkının kullanılmasını emreden BK nun 106. maddesinin konulmuş maksadına tamamen uygundur. Hatta aynı sebeble, ifa etmeme halinde aynen ifadan vazgeçecekse, alacaklının bunu, son sürenin bitiminden önce borçluya bildirmesinin de objektif hüsnüniyet kaide-leri icabı olduğu iddia olunmuştur. Şayet alacaklı son süreyi tâyin

eden beyanında süreye riayet edilmemesi halinde akdi feshedeceğini bildirmişse, artık sonradan tekrar fesih iradesini açıklamaya ne lüzum ve ne de imkân vardır. Alacaklı bu beyanı ile bağlıdır. Zaten İsviçreli müellifler ve İsviçre Federal Mahkemesi de son noktada aynı görüştedirler, (bk., Oser/Schönenberger, Komm. md. 107, N. 33; Becker, Komm., md. 157, N. 38; BGE 43, II, 174 ve 354; 50, II, 18).

Bundan başka, Genel Kurul Kararına göre, «... dâvanın ihtarından yedi ay sonra açılması da reddi için bir sebep sayılamaz. Dâvayı ihtarın karşı tarafa ulaşması ile başlayacak olan zamanasını süresine değin açmak daima mümkündür ...». Karardan aynen aldığımız bu iki cümle gereken açıklıktan mahrum ve eksiktir. Bunların şu şekilde anlaşılması gerekir. Dâvacının üç gün içinde ferağ takriri vermesi, aksi halde aksi feshedeceğine dair ihtarına rağmen, dâvalı verilen süre içinde borcunu ifa etmediği için, akit üçüncü günün bitiminden itibaren önceye etkili «mâkable şâmil» surette ortadan kalkmıştır. Bu yüzden, o andan itibaren taraflardan her biri vaad ettiği edimi ifadan kaçınmaya ve eğer daha önce ifade bulunmuşsa, edimini geri istemeğe hak kazanır, (BK. 108, bu hakkı sadece alacaklıya tanımışsa da, borç münasebeti sona ermiş olduğundan aynı hakkın borçluya da tanınması gerekir). İfa edilen edimi geri istemeğe talebinin mahiyeti konusundaki görüşler değişik olduğu için, bu talebin ne kadar zamanda yıllanacağında da bir görüş birliği yoktur. Kararda yıllanma süresinin ihtarın karşı tarafa ulaşması ile başlayacağı belirtilmiş, fakat sürenin ne uzunlukta olduğu sessizce geçiştirilmiştir. Maamafih 2/2/1955 tarih ve 15/14 sayılı başka bir Genel Kurul Kararında (bk., Olguç, Türk Borçlar Kanunu, İst. 1959, N. 1692 den) geri isteme talebi «... akdin bozulmasına kanunen tereddüp eden bir borç ...» şeklinde tavsif ve on yılda yıllanacağı belirtilmiştir. Bu talebi akdi veya akit benzeri bir borç şeklinde tavsif edip aynı yıllanma süresine bağlayan başka müellifler de vardır. Kanaatimizce, bu geri isteme talebi bir sebepsiz zenginleşmeye, daha özel adı ile varlığı sona ermiş bir sebebe «condictio ob causam finitam» dayanmaktadır ve BK. 108 de açıklanmamış olsaydı dahi, aynı talep BK. 61 den de çıkarılabilecekti. Şu halde ifade edilen edimi geri isteme talebi, BK. 66 ya göre, bir veya en geç on yıl geçince yıllanmış olacaktır, (fazla bilgi için, bk., K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku II, İst. 1962, 559/560 vd.). Diğer taraftan, Genel Kurul kararında yıllanma süresinin ihtarın karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hesaplanacağını söylenmesi de

yanlıştır. Çünkü o andan itibaren üç günlük süre hesaplanacak ve o süre içinde yapılacak ifa borçluyu temerrütten ve borçtan kurtaracaktır. Bu itibarla, yıllanma süresinin son sürenin bittiği andan itibaren yürütülmesi bizce zarurîdir.

21. Dâvalı, tapuda adına yolsuz şekilde kayıtlı bulunan gayrimenkulü hüsnüniyetli üçüncü kişiye devredince, dâvacı kendisine karşı ancak bir şahsî dâva açabilir. Bu dâvaya 2613 sayılı Kanununun 22. maddesinin H bendindeki yıllanma değil de, yerine göre ya BK. 60 veya BK. 66 daki 10 yıllık yıllanma süresinin uygulanması gerekir, (Y H G K, 13/7/1960 -- 4 - 35/47 - Ad. Der. 1962, Sy. 9/10, 1116 /1118 den).

Bu kararda, Mahkeme, yolsuz tescil sebebiyle zarara uğrayan gerçek mâlikin açtığı dâvayı, tesçil tarihinden itibaren on yıllık yıllanma süresinin geçmiş olduğu belirterek reddetmiş; Dördüncü Hukuk Dairesi, olayda söz konusu edilebilecek üç ayrı yıllanma süresini inceledikten sonra, dâvacı hakkının yıllanmadığı sonucuna varmış; Genel Kurul da özel dairenin bu görüşüne katılmıştır.

Yukarıya aldığımız kararda açıklanan fikirler, Dördüncü Hukuk Dairesinin 2/5/1959 tarih ve 1166/3740 sayılı başka bir kararını incelerken söylediklerimize uymaktadır, (bk. K. T u n ç o m a ğ, Mahkeme Kararları Kroniği, İst. Huk. Fak. Mec. 1962, Sy. 3/4, 841/842). Bu yüzden kararı, bir şey eklemeksizin, aşağıya aynen almayı doğru bulduk. Yüksek Mahkememize göre, «... Mahkeme tesçil tarihinden itibaren on senelik müruru zamanın geçmiş olduğunu belirtmekte ise de, bu müruru zamanın hangi kanun hükmüne dayandığını karar yerinde açıklamış değildir. Şayet hadisenin kadastro tesbiti ile ilgisi dolayısıyla 2613 sayılı Kanununun 22. maddesinin H bendindeki müruru zamanı mahkeme tatbik etmiş ise, o müruru zaman, adı geçen bentte anılan kayıt ve şartlar altında ve hazine lehine tesçil edilmiş bulunan gayrimenkuller hakkında tatbik edilebilir ki, hadisemizde yapılan tesçil hazine adına olmayıp, dâvalı İzmir Valiliği, Yani İzmir Vilâyeti Hususî İdaresi adınadır ve bu itibarla hadisede söz konusu H fıkrasındaki müruru zamanın tatbik yeri yoktur.»

«Şayet Borçlar K. nunun 60. maddesindeki 10 yıllık müruru zamanın tatbiki kastedilmiş ise, gayrimenkulün iyi niyetli mâlik olan üçüncü kişi Taner'e geçmesi tarihine kadar kaydın düzeltilmesi dâvası açılabilirliğinden ve bu dâva aynı hak dâvası olması itibariyle dâva düşüren müruru zamana tâbi olmadığından Kâzım Taner'e

geçme tarihine kadar müruru zaman söz konusu olmayacağı cihetle ve 1945 yılında yapılan satış sonunda mülkiyetinin Kâzım Taner'e geçmesiyle ve adı geçenin iyi niyeti dolayısıyla dâvacı tarafın mülkiyet hakkı sona erip dâvalı Hususî İdareye karşı tazminat dâvası açma hakkı ancak o tarihte doğacağından ve o tarihten dâva tarihine kadar da 10 yıl geçmiş olmadığından Borçlar K. nun 60. maddesindeki 10 yıllık müruru zamanın dahi tatbik yeri yoktur. Bu itibarla mahkemenin hangi kanunun hükmüne dayanarak müruru zamanı kabul etmiş olduğunu açıkça göstermesi lâzımdır.

«Bir an için, dâvalı üzerine yapılan tescilde hiç kimsenin kusuru bulunmadığı ve dâvalının tamamiyle iyi niyetli, o yerin kendi malı olduğu (nu) sandığı kabul edilecek olursa, dâvalının bu durumu kendisine karşı aynı hak dâvası açılmasına engel olamayacağına göre, Kâzım Taner'e satış tarihine kadar aynı hak dâvası açılabilir ve Kâzım Taner'e yapılan satış sonunda dâvalının mâmelekine giren mal parası, onun mâmelekinde sebepsiz mal edinme teşkil edeceğinden, Borçlar K. nun 61. maddesi hükmünce dâvacının bu parayı dâvalıdan istemeğe hakkı olup bu halde de dâva BK. nun 66. maddesindeki müruru zamana tâbi olur. Kâzım Taner'e satış tarihi ile, yani sebepsiz mal edinmenin meydana geldiği tarih ile dâva tarihi arasında 10 yıl geçmiş olmadığından BK. nun 66. maddesindeki 10 yıllık müruruzaman dahi hadisede yine tatbik olunamaz...»

22. Bir gayrimenkul satış vaadinde ilişkin olup da satıcıyı tapuda ferağ vermediği takdirde, 400 lira ödemeğe zorlayan taahhüt, pişmanlık akçesi değil de, bir cezaî şarttır. BK. 158/III te cezaî şartın akitten cayma tazminatı olarak kararlaştırılabileceği yazılıdır. Fakat istisnaî olan bu hüküm uygulanabilmesi için akitte bu hususun açıkça kararlaştırılması gerekir, (Y H G K, 4/10/1961 - 1 - 105/41 - Son İçt. 19962, N. 176, 5312/5314 den).

Noterlikçe re'sen düzenlenen bir gayrimenkul satış vaadine taraflar şöyle bir hüküm koymuştur. «... ifraz muamelesini 1952 Nisan ayı sonuna kadar tamamlayarak alacaklı uhdesine tapu dairesinde ferağ vermeği kabul ve taahhüt ettim. Gerek ben ve gerekse müvekkilim bu taahhüdümüzü yerine getirmekten imtina eder ve bu gayrimenkulü diğer âkide satmaktan cayarsak, peşin aldığımız 400 lirayı kendisine geri vermekle beraber, ayrıca 400 lira ceza şartı ödemeği ... kabul ve taahhüt ederim...». Bu taahhüdün hukukî mahiyetini araştırırken Yüksek Mahkememiz cezaî şart konusunda

önemli bazı açıklamalarda bulunmuştur. Yukarıya aldığımız karar vesilesiyle söyleyeceklerimizi üç nokta etrafında toplamak isteriz.

Önce, Yüksek Mahkememizin bu ve bundan önceki bazı kararlarında cezaî şart terimi yerine, ceza şartı terimini kullandığı göre çarpılmaktadır. Kanaatimizce, Yargıtayımızın bu tutumu isabetli olmaktan uzaktır. Çünkü bunun cezaî şart terimine hiç bir üstünlüğü olmadıktan başka, çok yeni olmak ve müessesenin mahiyeti konusunda yanlış bir fikir uyandırmak gibi önemli bazı mahzurları da vardır. Gerçekten cezaî şart teriminin ifade ettiği müessese, hukukî yönden götürü tazminattan başka bir şey değildir. Bu itibarla onun mahiyetini yanlış aksettiren terimlerin kullanılması, bizce, doğru değildir. Her ne kadar, sonuncu tenkid cezaî şart terimi için de doğrudur. Fakat cezaî şart terimine, hiç değilse uzun bir zamandan beri kullanıldığı için, alışılmıştır. Mutlaka bir terim değişikliği yoluna gidilecekse, meselâ «götürü tazminat» veya «akdî tazminat» gibi müessesenin hukukî mahiyetine daha uygun bir terimin seçilmesi doğru olur, kanaatindeyiz, (Fazla bilgi için, bk. K. T u n ç o m a ğ, Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul 1963, 3/5).

Sonra, kararda taraflar arasındaki taahhüdün mahiyeti incelenirken cezaî şart ile pişmanlık akçesi arasındaki farka da dokunulmaktadır. Yüksek Mahkememize göre, «... mukavele hükmünde geçen 400 liranın Borçlar Kanunumuzun 156. maddesinin üçüncü fıkrasında zamanı rücu (cayma yahut pişmanlık akçesi) olmadığı kesindir. Çünkü cayma akçesi, kendisi için akitten cayma yetkisi kabul edilmiş olan tarafın akdin yapıldığı sırada diğer tarafa ödediği bir paradır ki akitten cayabilecek taraf akitten caydığı takdirde bu para alan tarafa kalır. Halbuki bu 400 lira akdin yapıldığı sırada satış vaadinde bulunan tarafından diğer taraf ödenmiş değildir. Bu para akdin yerine getirilmemesi halinde ödeneceği kabul edilen bir para olmak itibariyle hukukî mahiyetçe, BK. 158 ve sonraki maddelerinde düzenlenmiş bulunan bir ceza şartıdır. Gerçekten ceza şartı, borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde veya akit ile kabul edilmiş yerde veya zamanında yerine getirilmemesi halinde borçlunun alacaklıya vermeği kabul ettiği bir şeydir ...». Kararda tamamen isabetli bir şekilde belirtilen bu ana farka diğer bazıları da eklenebilir. Meselâ pişmanlık akçesinin akitten cayma halinde diğer tarafa kalmasına karşılık cezaî şartın ödenmesi için akitten dönme gerekmeyip akdin ifa olunmaması veya eksik ifasının da yetişmesi; pişmanlık akçesinin bütün hukukî münasebeti kaplamasına karşılık, cezaî şartın, daha çok taraflardan yalnız bi-

rinin borcuna ait bulunması; pişmanlık akçesinin (akitten dönme-yi kolaylaştırması sebebiyle) akdin hükmünü zayıflatmasına karşılık, cezaî şartın, tarafları ifaya zorlaması sebebiyle akdi kuvvetlendirmesi gibi. Yalnız hemen belirtelim ki, bu söylediklerimiz pişmanlık akçesi ile asıl cezaî şart, yani seçimlik cezaî şart (Alternativkonventionalstrafe) ile ifaya eklenen cezaî şarta (Kumulativkonventionalstrafe) ait bulunmaktadır. Yoksa, pişmanlık akçesi ile ifayı engelleyen cezaî şart (Exklusivkonventionalstrafe) veya fesih cezası (Wandelpönn) adı verilen üçüncü nev'i cezaî şart arasındaki fark o kadar büyük değildir. Çünkü her ikisi de akitten dönülmesi halinde bir miktar paranın verilmesiyle ilgilidir. Şu farkla ki, pişmanlık akçesi akdin yapılması sırasında diğerine verilirken, cezaî şart sadece taahhüt edilir; sonra pişmanlık akçesinde karşı taraf borçlunun ^{ve cezaî şart} taahhüt ettiği miktarı iki mislini vererek akitten dönebildiği halde, ifayı engelleyen cezaî şartta alacaklı bu imkâna sahip değildir, (bk., K. Tunçomağ age, 31/32).

Yüksek Mahkememiz, BK. 158/III te cezaî şartın akitten cayma tazminatı olarak kararlaştırılabileceğini, bu fıkranın yazılışından cezaî şartın cayma cezası olarak kabul edilmesinin istisnaî bir hal olduğunu; akdi yapan tarafın asıl maksadının akdin yerine getirilmesi olduğunu; bu yüzden ceza şartının, ancak akitte bu ciheti gösteren açık bir hüküm bulunması halinde cayma cezası olarak kabul edilebileceğini belirtmekte ve incelediğimiz olayda böyle bir durumun bulunmadığı sonucuna varmaktadır. Yargıtayımızın olayı tahlil tarzı açık olmadığı gibi, vardığı sonuç da yanlıştır. Olayı tahlil tarzı açık değildir; zira BK. 158/III te cayma cezası değil de, cezaî şartın bir nev'i olan ifayı engelleyen cezaî şart düzenlenmiştir. Gerçekten bu halde cezaî şart, borçluya, önceden kararlaştırdıkları bir miktar parayı ödemek suretiyle akitten dönme imkânını sağlamak ve alacaklı da, kaide olarak, bu miktarla yetinmek zorunda bulunmaktadır. Halbuki kararda bu noktaya hiç dokunulmamaktadır. Kararda kullanılan cayma cezası teriminin ifayı engelleyen cezaî şartın diğer adı fesih cezası karşılığı olarak kullanıldığını gösteren bir ibare de yoktur. Diğer taraftan, kararda varılan sonuç ta yanlıştır; zira incelediğimiz olayda gerçek anlamda bir cezaî şart yani (seçimlik veya ifaya eklenen cezaî şart) değil de, ifayı engelleyen cezaî şart söz konusudur. Bunun en açık delili ise, taahhütte yer alan, «... taahhüdümüü yerine getirmekten imtina eder ve bu gayrimenkulü diğer âkide satmaktan cayarsak 400 lira cezaî şartı ödemeği kabul ve taahhüt ederim ...» sözleridir. Yüksek Mahke-

memizin BK. 158/III ü uygulamak için bundan daha açık nasıl bir delil istediğini anlamaz bizce güçtür. Buna karşılık Yargıtayımızın aynı fıkranın uygulanabilmesi için, dâvacının öne sürdüğü iki sebebi, yani ferağ takririnin verilmemiş olması ve önceden pey akçesi olarak verilen paranın geri alınması vâkıalarını reddetmesi çok doğrudur. Çünkü bu vâkıalar değil de, taahhütten yukarıya aynen aldığımız sözler, bir ifayı engelleyen cezaî şart karşısında bulunduğumuzu göstermektedir.

Nihayet, Yargıtay kararı cezaî şartı, «... borcun hiç veya gerektiği gibi yerine getirilmemesi halinde veya akitle kabul edilmiş yerde veya zamanda yerine getirilmemesi halinde borçlunun alacaklıya vermediği kabul ettiği bir şeydir ...» şeklinde tarif etmektedir. Bu ifade Yüksek Mahkememizin paradan başka bir şeyin de cezaî şart olarak tâyin edilebilmesini kabul ettiğini göstermektedir. Bu görüş çoğunluğun fikrine tamamen uymakta ve bizce de isabetli bulunmaktadır, (fazla bilgi için, bk., K. Tunçomağ, 65/69).

23. Buz dolabı satışı sebebiyle dâvalıya verilen 1750 lira, dâvalının borcunu ifa etmemesi halinde, sebepsiz zenginleşme kaidelerine göre, dâvacıya geri verilmek icabeder. Ancak bu paranın pişmanlık akçesi olarak tavsifi halinde, dâvalı, aldığı iki katını geri vermek zorundadır, (Y 4 H D, 19/2/1959 - 58 - 7955/8279 - Son İçt. 1962, No. 173, 5218/5220).

Bu kararın dayandığı maddî olay, buz dolabı satışı dolayısıyla dâvacının dâvalıya verdiği 1750 liranın geri istenmesidir.

Mahkeme, iddiaya uygun olarak, bu paranın pey akçesi olduğunu kabul ve fakat iki katının geri verilmesine karar vermiş; (maamafih sonuncu nokta karardan açıkça anlaşılammamaktadır); Dördüncü Hukuk Dairesi ise, pey akçesi ile pişmanlık akçesi arasındaki farkı isabetle belirterek, ödenmiş paranın pey akçesi olduğuna ve sebepsiz zenginleşme kaidelerine göre geri verilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Kanaatimizce de dâvalıya verilmiş bulunan 1750 liranın pey akçesi şeklinde tavsifi doğrudur. Çünkü özel dairenin de belirttiği gibi bir akdin yapılması sırasında veya sonradan, verilmiş paranın pişmanlık (cayma) akçesi değil de pey akçesi şeklinde kabul edilmesi BK. 156/I deki açık hükme tamamen uygundur. Hal böyle olunca, parayı alanın (dâvalının) borcunu ifadan kaçınması halinde, aldığı sebepsiz zenginleşme kaidelerine göre, yani hüsnüniyetli olup olmamasına göre değişen bir miktarda, geri vermesi ge-

reker. İsviçreli hukukçulardan Oser ve Martin'e dayanan Yüksek Mahkememiz de aynı sonuca varmış ve ancak bu paranın pişmanlık akçesi olarak kabulü halinde dâvalının aldığı iki katını iade zorunda olacağını isabetle belirtmiştir.

24. Dâvacı şeref ve haysiyetine yöneltmiş tecavüz dolayısıyla, dâvalıdan, ceza dâvası için tuttuğu avukata ödediği 2000 liralık vekâlet ücretini maddî tazminat ve ayrıca 2000 lira da manevî tazminat olarak istemeğe yetkilidir, (Y H G K, 3/10/1962 - 4 - 118/77 - İl. Kaz. İçt. Der. 1962, Sy. 22, 1598/1599 dan).

Bu kararda incelenen maddî olay, dâvalının yazdığı bir mektupla dâvalının şeref ve haysiyetine tecavüz etmesinden ibarettir. Mahkeme, dâvacının isteklerine uyararak, dâvalıyı, dâvacının ceza dâvasında tuttuğu avukata ödediği ücreti karşılamak üzere 2000 lira da manevî tazminat ödemeğe mahkûm etmiş; Özel Daire, 2000 liralık maddî tazminatı, bunun, avukatlık parası isteğinin ayrı bir dâva konusu yapılmasına izin vermeyen 29/5/1957 gün ve 4/16 sayılı içtihadı birleştirme kararına aykırı olması; 2000 liralık manevî tazminatı da, «iki tarafın malî ve içtimai durumları incelenmeden manevî tazminat miktarını» tayine cevaz bulunmaması sebebiyle reddetmiş; Genel Kurul ise, özel daire kararında anılan İçtihadı Birleştirme Kararının yalnız hukuk dâvalarında uygulanabileceği, ceza dâvalarında uygulanan ve yukarki kararın uygulama alanı dışında kalan 15/11/1948 gün, ve 25/10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının avukatlık parasının istenmesine izin verdiğini öne sürerek, 2000 liralık maddî tazminatı ve dâva dilekçesinde dâvacı ve dâvalının sosyal durumlarının belirtilmiş ve buna karşı dâvalının hiç bir itirazda bulunmamış olması dolayısıyla de 2000 liralık manevî tazminatı isabetli bulmuştur.

Bu karar hakkında söylediklerimizi iki nokta etrafında toplayacağız. Önce bu dâvada dâvalının, dâvacının ceza dâvası için tuttuğu avukata ödediği 200 lirayı ödemeğe mahkûm edilmesi yerindedir. Çünkü Borçlar Kanunumuzun 49. maddesi şahsî menfaatlere tecavüz edenin kusurlu bulunması halinde, tecavüz edilen kimseye verilen maddî zararın ödetilmesini emretmektedir. Burada söz konusu edilen maddî tazminatın şartları, BK. 41 dekinin aynidir. Bu yüzden dâvacının, şeref ve haysiyetine yapılan tecavüz sebebiyle açtığı ceza dâvası için tuttuğu avukata ödediği parayı, yani fiilî zararını ödettirebilmesi pek tabiidir. Diğer taraftan, bu paranın istenmesine 29/5/1957 günlü İçtihadı Birleştirme Kararı da engel ola-

maz. Zira Yüksek Mahkememizin isabetle belirttiği gibi, «... 29/5/1957 gün ve 4/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının yalnız hukuk dâvalarında uygulanabileceğini ve 7/12/1945 gün ve 25/10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının kaldırıldığı sözü geçen kararda açıklanmıştır. 15/11/1948 gün ve 25/10 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında ise, (haksız hareketinden dolayı suçlu olarak ceza mahkemesine sevk edilmiş olan kimsenin dâvanın cereyanı sırasında yapmak zorunda kaldığı masraftan dolayı genel hükümler çevresinde bir hukuk mahkemesine başvurarak dâva açabileceği) kabul olunmuştur. Bu karar yürürlükte bulunmakta ve 29/5/1957 günlü İçtihadı Birleştirme Kararının kapsamı dışında kalmaktadır. Dâvacının maddî tazminat isteği bu karara göre ayrı bir dâvanın konusu olarak görülebilir ...». Değişik bir söyleyişle, 29/5/1957 günlü İçtihadı Birleştirme Kararının vekâlet ücretine, diğer mahkeme masrafları gibi, re'sen hükmolunmasını ve bu konudaki taleplerin ayrı bir dâva ile istenemeyeceğini belirtmesinin sebebi, vekâlet ücretini, ait olduğu dâvanın konusunu teşkil eden hakka sıkı surette bağlı olan fer'i haklardan saymasıdır. Böyle bir hal ise, ancak hukuk dâvalarında söz konusu olabilir. Kaldı ki, incelediğimiz olayda, ceza mahkemesi dâvacı için vekâlet ücretine de hükmetmemiştir. Bu durumda dâvacının ceza dâvası yüzünden yaptığı masrafları genel hükümlere göre dâvalıya tazmin ettirebilmesi, 15/11/1948 gün ve 25/10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı icabıdır.

Sonra dâvalının manevî tazminat olarak 200 lira ödemeğe mahkûm edilmesi de yerindedir. Özel daire ilâmında manevî tazminat konusunda söylenmiş şu sözler dikkati çekicidir. Özel daireye göre, «... Manevî tazminat hükmü, cismen zarara uğrama hallerine münhasır değildir. Borçlar K. nun 49. maddesi uyarınca menfaatleri halele uğrayan kimse lehine de manevî tazminata hükmolunabilir. Bu bakımdan sözü geçen madde hükmü, şeref ve haysiyet aleyhinde vukubulan tecavüzlere de şâmil bulunmak gerektir ve buna bağlı olarak dâvacının manevî tazminat istemeğe hakkı vardır ...». Bu düşünceler BK. 49 da söz konusu edilen şahsî menfaatlerin çevresini kesin bir şekilde tâyine imkân vermemesine rağmen, bizce ileri bir adımdır; zira gerek bu, gerekse Y 3 H D. nin 30/12/1960 gün ve 8667/7010 sayılı kararda (Bu kararı inceleyen bir yazımız için, bk., İs. Huk. Fak. Mec. 1962, XXVIII, Sy. Sy. 1, 272/273 den.) açıklanan düşünceler Yüksek Mahkememizin yetersiz bir şekilde de olsa, BK. 49 üzerine eğildiğini göstermektedir. Fakat yukarıya aldığımız sözlere rağmen, Özel Daire, iki tarafın malî ve iç-

timaî durumlarının incelenmemiş olduğu mucip sebebiyle, olayımızda manevî tazminata hükmedilemeyeceği sonucuna varmıştır. Genel Kurul ise, dâva dilekçesinde dâvacının ve dâvalının sosyal durumlarının belirtilmiş ve buna karşı dâvalının hiçbir itirazda bulunmadığının sabit olmuş bulunmasına göre, manevî tazminata hükmolunmasını yerinde bulmuştur. Bize göre de, Genel Kurulun düşüncesi Özel Daireninkinden isabetlidir. Çünkü gerek ceza, gerekse hukuk mahkemesindeki duruşmalardan tarafların içtimaî ve malî durumlarının anlaşılmasına ithimal yok gibidir. Fakat buna karşılık, Genel Kurul Kararında, «... Borçlar K. nun 49. maddesindeki genel hükümlerden önce Ceza K. 38 deki özel hüküm uygulanacağından manevî tazminat bu madde hükümlerine de uygundur ...» denmesi doğru değildir. Çünkü Ceza K. nun 38. maddesi manevî tazminat konusunda değişik bir hüküm koymamış, sadece «bir şahsın veya bir ailenin şeref ve haysiyetini ihlâl eden her nev'i cürüm ve kaba-hatlerde «... mağdurun talebine mebni manevî tazminat ...» istenebileceğini belirtmiştir. Maddenin bu ifadesinden, kanun koyucunun manevî tazminat konusunda Borçlar Kanununa atıfta bulunmak istediği, yoksa manevî tazminatı ayrı şartlara bağlamak istemediği çıkça anlaşılmaktadır. Zaten Ceza K. 38 de manevî tazminatın şartları hakkında herhangi bir açıklama yapılmadığından, bu maddenin, BK. 49 karşısında özel bir hüküm olduğunu söylemeğe de imkân yoktur. Bu itibarla, kanaatimizce, manevî tazminat bir suç sebebiyle istenmiş olsa da, bunun şartları ve hükümleri Medenî Hukuka göre tâyin olunmak zarurîdir.

25. Manevî tazminat miktarı tâyin olunurken kusurun özel ağırlığı ve adalete uygunluğu gözönünde tutulmalıdır, (Y H G K, 4/7/1962 - 4 - 15/66 - İl. Kaz. İçt. Der. 1962, Sy. 20, 1449 dan).

Genel Kurulun bu kararına göre «... Borçlar K. nun 49. maddede hükmüne dayanan manevî tazminat isteklerinin kabul ve miktarlarının tayininde gözönünde tutulması gereken hususlar, kusurun hususî ağırlığı ile adalete uygunluk esaslarıdır ...». Halbuki gerek BK. 49 un aslı olan İsviçre BK. nun 49. maddesinde, gerekse maddemizi aslına uygun şekilde yorumlayan Y 3 H D. nin 30/12/1960 günlü isabetli bir kararında, manevî tazminatın şartları olarak kusurun ve tecavüzün özel ağırlığı gösterilmiştir, (bu kararı inceleyen bir yazımız için, bk., İst. Huk. Fak. Mec. 1962, Sy. 1, 272/273). Değişik bir söyleyişle, manevî tazminata hükmolunup hükmolunmayacağı, hükmolunacaksa bunun miktarı bu iki unsur gözönünde tu-

tularak tâyin olunur; bu unsurlardan biri yerine adalete uygunluk unsurunun konulması BK. 49 un ruhuna aykırı düştükten başka, tamamen faydasızdır da. Çünkü manevî tazminat miktarının adalete uygun olacağı söylenmekle yargıcın eline bir kıstas verilmiş olmaz. Zaten yukarıki iki unsura uygun olarak tayin edilmiş manevî tazminat miktarının adalete uygun düşeceğinde şüphe yoktur. Bu itibarla, Genel Kurulun tecavüzün özel ağırlığı yerine, «adalete uygunluk» esasına yer vermiş görünmesi tamamen yanlış olduktan başka, Yargıtayımızın içtihatları arasında da yersiz bir aykırılık meydana getirmiştir. Bu aykırılığın, üçüncü hukuk dairesinin az önce andığımız kararı yönünde alınacak bir içtihadı Birleştirme Kararı ile düzeltilmesi zaruridir, kanaatindeyiz.

Doç. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ

MEDENİ USUL HUKUKU

Uyulan bozma ilâmının bağlayıcı gücü

T. C.

Yargıtay Genel Kurulu

Esas No. : 8/40

Karar No. : 2

Tarihi : 10/10/1962

Özet : «Hükmüne uyulan 7. Hukuk Dairesinin 3/5/1958 gün ve 2515/5212 sayılı ilâmındaki bozma sebebi 26/5/1954 gün ve 7/17 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararı karşısında doğru bulunmamaktadır. Ancak; mahkemenin bozma ilâmına uymuş bulunması ile bir kazanılmış hak meydana gelmiştir. Mahkemeler de, Yargıtay da usule ilişkin bu kazanılmış hakkı çiğneyemez. Bu bakımdan yerinde olan ısrar kararının onanması ve itirazların reddi gerekir. Sonradan çıkarılmış içtihadı birleştirme kararının kesinleşmemiş işlerde uygulanması gerektiği yollu 9/5/1960 gün ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararının burada uygulama yeri yoktur; Çünkü 7. Hukuk Dairesinin bozma kararını verdiği 1958 yılında 26/5/1954 gün ve 7/17 sayılı içtihadı birleştirme kararı çıkarılmış bulunmakta idi ve bu bakımdan sonradan çıkarılmış bir içtihadı birleştirme kararı söz konusu değildir» (HGK. 10/10/1962, E. 8/40, K. 2, İlmî ve Kazâî İçtihatlar Dergisi, sayı 27, s. 2025 - 2026).

Kararın incelenmesi :

I — İnceleyeceğimiz bu kararda olay şu şekilde cereyan etmiştir. Dâvacı dâvalılar aleyhine *tescil dâvası* açmıştır. Mahallî mahkeme tarafından yapılan muhakeme sonunda dâvacının dâvasının reddine karar verilmiştir. Fakat bu reddin hangi sebeplere dayan-

dığı kararın yayınlanmış olan bölümlerinden anlaşılammaktadır. Dâvacı reddedilen bu kararı temyiz etmiş ve özel Yargıtay Dairesi Medenî Kanununun 579. maddesi uyarınca dâva konusu yerin İ varisleri adına tapuya tescili lâzım geleceğine karar vererek mahallî mahkemenin kararını bozmuştur. Mahallî mahkeme bu kere, bu bozma kararına uyup, dâvayı bu esaslar gereğince yürüterek hükme bağlamıştır. Bu kararın da temyizi üzerine Yargıtayın özel dairesi (7. Hukuk Dairesi) bu kere, ilk bozma ilâmına uygun olarak verilmiş bulunan mahallî mahkeme kararını başka mülâhazalarla tekrar bozmuştur. Fakat mahallî mahkeme bu kere, ilk bozma ilâmındaki esaslara uygun olarak verdiği hükmünde ısrar etmiştir. İsrar üzerine dosya Hukuk Genel Kuruluna gönderilmiş ve bu kurul tarafından mahallî mahkeme haklı bulunarak onun tarafından verilmiş olan hüküm onanmıştır.

Dâvanın seyri hakkında verdiğimiz bu kısa izahattan sonra, şimdi işin hukukî tahliline geçebiliriz. Mahallî mahkeme yukarıda da söylediğimiz gibi, bu kararın yayınlandığı dergideki özetinden anlaşılmayan bir sebeple dâvacının tescil dâvasını reddetmiştir. Bu kararın temyizi üzerine Yargıtay özel dairesi ise aslında *netice itibariyle* doğru bulunan mahallî mahkeme hükmünü nakzetmiştir. Karardan açık olarak anlaşılmamakla beraber bu nakz ilâmına şu hukukî mütalâa esas teşkil etmiştir. Taraflar arasındaki dava miras sebebiyle istihkak davası olmayıp bilâkis, iktisabî müruruza- mana dayanan tescil davasıdır. Bu sebeple, Medenî Kanununun 579. maddesi gereğince zaman aşımı sebebiyle dava konusu yerin İ. vareseleri namına tescili gerektiği halde, bundan farklı olarak verilmiş olan mahallî mahkeme kararı nakzedilmiştir. Fakat Yargıtay özel dairesi bu bozma ilâmını verirken 26/5/1954 tarihli ve 7/17 sayılı Tevhidi İçtihat Kararının (Düstur, cilt 35, s. 2004) hâdiseye uyan hukukî çözüm tarzını unutmuştur. Zira bu karara göre, mirasçılık sıfatı sabit ve ihtilâfsız bulunan mirasçıya karşı, murisin ölümündenberi sicilde intikali yaptırılmamış bulunan bir gayrimenkule malik sıfatı ile yirmi senedenberi zilyet bulunmuş olan mirasçının müstakilen gayrimenkul üzerinde mülkiyet hakkı ihrazı caiz değildir. Yargıtay özel dairesi, olayda bu tevhidi içtihat kararını uygulamış olsa idi, belki de bu hukukî esaslara uygun olarak verilmiş olan veya netice itibariyle doğru bulunan mahallî mahkeme kararını tasdik etmesi gerekecekti. Fakat yargıtay dairesi bu tevhidi içtihat kararını atyarak, bu tevhidi içtihat kararının çözüm şekline aykırı düşen 3/5/-958 tarihli 2515/5212 sayılı bozma ilâmını vermiştir. Ve bu

durum karşısında mahallî mahkeme de artık eski hükmündeki hukukî mütalâadan vazgeçerek, bozma ilâmında gösterilen esaslar uyarınca yargılama yaparak ona uygun şekilde karar vermiştir. Bozma ilâmına uygun olarak verilen hüküm aleyhlerine olan tarafların temyizi üzerine bu kere aynı daire, hükmü başka sebeplerle tekrar bozmuştur. Ve bu ikinci bozma ilâmında olayda 579. maddenin, 26/5/1954 tarihli 7/17 sayılı tevhidî içtihat kararı karşısında artık tatbik edilemeyeceği mülâhaza edilerek, yani 26/5/1954 tarihli ve evvelce atlanmış bulunulan tevhidî içtihat kararı bu kere nazara alınarak, mahallî mahkemenin kararı tekrar nakzedilmiştir. Ve bu son durumda mahallî mahkeme artık eski hükmünde ısrar etmiştir. İsrar üzerine Hukuk Genel Kuruluna giden dosya üzerindeki araştırma sonunda, alt mahkemenin kararı bazı usulî gerekçelerle doğru bulunarak tasdik edilmiştir. İşte usul hukuku bakımından tahlile muhtaç olan hususlar kararda kısaca yer alan bu usulî gerekçeler olacaktır. Yani araştırmamızda, mahallî mahkemenin bozma kararına uyduktan sonra verdiği hükmü, yargıtay özel dairesi tekrar ve ilk bozma ilâmında yer alan hukukî prensiplerden başka olan hukukî esaslarla bozabilir mi? bozabilirse niçin? bozamaz ise niçin? Eğer bozamiyacak ise, ilk bozma ilâmı bir kanun veya bağlayıcı olan bir tevhidî içtihat kararı dikkate alınmaksızın verilmiş ise, bu halde dahi durum aynı mı olmak gerekecektir? sorularına cevap vermeğe çalışacağız.

II — Yargıtay özel dairesi mahallî mahkemenin kararını nakzedince, dosyayı bozma ilâmında gösterilen esaslar gereğince araştırma yapıp, ve bu esaslara uygun hüküm verilmesi için tekrar aynı mahkemeye veya münasip göreceği başka bir mahkemeye gönderir (HUMK. 429/I ve ZPO § 565/II). Bunun üzerine alt mahkeme ya bu bozma kararına uyar, ya da eski hükmünde ısrar (direnme kararı) eder. İsrar (direnme) kararının temyizi halinde, dosya Hukuk Genel Kuruluna gönderilir. Ve bu merciin vereceği karar artık mahallî mahkemeyi bağlar. Bu bağlılık bizzat kanundan doğmaktadır. (HUMK. 429 son fıkra). Alman hukukunda alt mahkemenin nakz kararı karşısında direnme hakkı yoktur. O nakız kararına uymak zorundadır (ZPO § 565/II). Bizim hukuk sistemimizde ilk safhada eski mahkeme (yargılama) safhasının yeniden açılabilmesi için, alt mahkemenin bozma kararına iradî olarak uymuş olması gereklidir. Uyma ile birlikte eskiden açılmış olup ta, nakza uğramış olan kararın verilmiş olması sebebiyle kapanmış olan yargılama yeni-

den açılır (RG., 149, 160; 4/2/1959 tarihli ve 13/5 sayılı tevhidî içtihat kararı, Ad. D. Eylül 1959, s. 408 vd.). Temyiz mahkememizin tatbikatına göre, uyma gerek iradî (sarih ve zımnî olabilir) (bkz. HGK. 30/10/1962, E. 1/156, K. 63, Ad. D. 1963, sayı 1 - 2, s. 161. Bu karar mahkemenin, bozma kararına uymadığını bildirmesine rağmen fiilen bozma ilâmına uygun şekilde inceleme yapmağa başlamış olması halinde sözle davranış arasındaki tezadı, davranış lehine yorumlamakta ve artık uymanın esas sayılacağına karar vermektedir), gerekse kanundan ötürü doğmuş bulunsun, bu, taraflardan birisi lehine ve diğeri aleyhine hüküm verme neticesini doğuracak bir durumdur ve buna usulî muktesep hak yahut usule ait muktesep hak denilmektedir Uyma sonucunda mahallî mahkeme artık bozma ilâmında yer alan hukukî esaslar gereğince karar vermek yükü altına girmiştir. Temyiz mahkemesi de temyiz edilen hükmü, temyiz edenin aleyhine nakzedemeyeceğine göre (Verbot der Reformatio in Peius) (aynı manada, HGK. 17/10/1951, E. 5 - 64 - 31, K. 76, İçt. Külliyyatı 1952, Cilt I, No. 582), bozma ilâmı temyiz edenin lehine bir durum meydana getirmiş demektir. Fakat şunu da belirtmek gerekir ki, gerçi temyiz mahkemesi bozma ilâmı ile, hükmün nakzını sağlamış olan tarafı mahallî mahkemenin kararındakinden daha kötü bir duruma getiremeyecek ise de, mahallî mahkeme bozma ilâmının gösterdiği istikametteki araştırmalarına rağmen bozulmuş olan eski hükmündeki fiilî neticelere tekrar ve aynen vasıl olabilecektir (Wieczorek, § 565, C II, bl). Hatta ikinci defa açılan yargılama safhasında, usule ithâl edilmiş olan yeni vakıalar ve deliller karşısında, hükmü nakzettirmiş olanın daha da aleyhine olan yeni bir kararın verilebilmesi daima mümkündür (Zöller/Karch/Scherübl, § 565/2). Tabii bu durumun gerçekleşebilmesi ancak, dosyanın temyize gittiği zamankinden farklı bir mahiyet almış olması ile mümkündür. Uyma gereğince yargılama yapılıp ta yine mahallî mahkemenin eski hükmündeki esaslara vâsıl olunmuşsa, bu halde eski hükümde bir ısrar değil, yeni bir hüküm verilmiş olduğu kabul edilerek, bu kararın temyizen tetkik mercii de özel yargıtay dairesi olmak gerekir (HGK. 18/4/1951, E. 4/107 - 51, K. 29, Tat. Y. K. sayı 32, s. 839; 2/1/1952, E. 4/199, K. 87, Son İçt. sayı 51, s. 1228 - 1229) ¹. Mahal-

1) «Evvelce müttehaz hükümde istinat olunan hukukî sebepten dolayı vâki bozma üzerine bu kere mahkemece başka hukukî sebebe dayanılarak ısrar kararı verilmesi halinde; bu hüküm ısrar mahiyetinde sayılamayacağından vazifeli olan yargıtay dairesinde temyize tâbidir» (HGK. 11/6/1952, 100/102,

lî mahkemenin bozma kararına uymasıyla, temyiz mahkemesi ve mahallî mahkeme görüş birliğine ulaşmış olmaktadır. Uyma kararı nihaî karar olmaması bakımından temyiz edilemez ise de, ara kararları gibi kabili rücu da değildir. Zira bu karardan rücu halinde, doğmuş olan usulî muktesep hakkın ihlâli bahis mevzuu olacaktır ki, temyiz mahkemesi haklı olarak buna cevaz vermemektedir (HGK. 6/12/1961, E. 1/122, K. 56, İlmî ve Kazâî İçtihatlar Dergisi, 1962, sayı 18 - 19, s. 1349 - 1350). Bu sebeple uyma kararından rücu edilerek verilen sonraki direnme (ısrar) kararı muktesep hakkı ihlâl ettiğinden dolayı temyizce nakzedilmek gerekir (HGK. 20/2/1963, E. 4/78, K. 23, İlmî ve Kazâî İçtihatlar Dergisi, sayı 30, s. 2244).

III — Uyma ile temyiz mahkemesi ve mahallî mahkeme arasında meydana gelmiş olan hukukî görüş birliğinden, ne temyiz mahkemesi ve ne de mahallî mahkemece artık inhiraf edilemeyeceği Alman hukuku doktrin ve tatbikatında da kabul edilmektedir (Wieczorek, § 565, C III, b5; Rosenberg, § 143, s. 717). Zira, aksi halde hukukî güvenlik ve mahkeme içtihatlarına duyulan itimat sarsılmış olacaktır. Bu itimat ve güvenlik ancak, bu mahkeme içtihatlarının aynı şekilde yani değiştirilmeksizin tatbik edilmesi ile sağlanabilecektir (Wieczorek, § 565, C III, b5). Alman Temyiz Mahkemesi bir kararında aynen şu cümlelerle, bu konudaki bağlılığı izah etmektedir. «Sadece İstinaf mahkemesi değil, aynı zamanda temyiz mahkemesi dahi, bu ihtilâf faraziyesi bakımından istinaf mahkemesi için tesbit etmiş olduğu hukukî mütalâaya bağlı olup, bozmadan sonra verilen İstinaf mahkemesi hükmünün *yeniden tetkikinde önceki hukukî mütalâasını* (bozma ilâmında yer alan) ha-

Son İçt. sayı 58, s. 1461 - 1462). Demek oluyor ki, teknik anlamında ısrar kararı, mahallî mahkemenin uymaya ve uyma gereğince müzakere yapmağa geçmeden önce verdiği bir karardır. Eğer o, yeni tahkikat safhasını açıp ta bu tahkikatın sonunda eski hükmünde ısrara karar vermişse, bu karar teknik birçok başka temyiz içtihatları gibi, anlamda ısrar kararı değildir. Zikrettiğimiz bu karar aynı zamanda *zumnen*, bağlayıcı bozma ilâmının muhakkak bir hukukî mütalâa ihtiva etmesi fikrini de kabul etmemektedir. Halbuki Alman hukukunda bozma ilâmının alt mahkeme için bağlayıcı olabilmesi için mutlaka bir hukukî mütalâa ihtiva etmesi gerekir (Zunnen *Wieczorek*, § 565, C III; *Rosenberg*, § 143, III, 1b). Temyiz mahkemesinin mahallî mahkeme kararları üzerindeki kontrol ve denetimi hukukî yönden olabileceğine göre, bozma ilâmında neden mahallî mahkemenin hukukî düşüncesinin hatalı bulunduğu açıklanarak doğru sanılan hukukî mütalâanın da beyan edilmesi gerekir.

reket noktası ittihaz etmeğe mecburdur. Temyiz mahkemesinin bu hukukî mütalâaya bağılılığı sadece ZPO § 318'den çıkmamaktadır. Bu maddeye göre, mahkeme kendisi tarafından ısdar olunan nihaf hükümler ve ara kararların (Zwischenurteil) - ara hükümlerin - ihtiva ettiği kararlar ile artık bağılıdır. Bundan başka muhakeme usulünün makul olarak inşasına esas teşkil eden mülâhazalardan da Temyiz mahkemesinin kendi hukukî mütalâasına bağılı olduğu sonucu çıkarılabilir. Temyiz mahkemesinin bozma ilâmı ile, müşahhas hukukî ihtilâf hakkındaki muhakeme, artık bir hukukî temele oturtulmuştur. Bu hukukî temel bundan böyle, tarafların davranışı ve İstinaf mahkemesi için artık esas teşkil etmesi gereken muayyen bir istikameti göstermektedir. Aynı hukukî ihtilâf durumunda, bozma ilâmındaki bu hukukî mütalâanın temyiz mahkemesince değiştirilmesi ile, bu suretle muhakemenin hukukî temelinin bertaraf edilmesi, makul herhangi bir muhakeme usulünde bulunması gereken icaplar ile de kaabili telif değildir. Kaldı ki, böyle bir değişiklik hukukî ihtilâf ile alâkalı olan herkes için tahammülfersah olacağı gibi, bundan başka, bu müşahhas ihtilâf faraziyesi için tesbit edilmiş olan hukukî düşünce nin, kesin hükme benzer derecede kuvvetli bir önem kazanmış olduğu fikri ile de bağdaştırılamaz» (RGZ. 149/164. Alman Temyiz mahkemesinin aynı mahiyetteki diğer kararları için de aynı kararın 163. sahifesine bkz.). Temyiz mahkememiz de müstakar tatbikatı ile, uyma sonucu meydana gelen, kendi deyimi ile usulî muktesep hakkın artık ne mahkeme ve ne de yargıtayca çiğnenemeyeceği esasını vazetmiştir (İncelediğimiz yukarıdaki Hukuk Genel Kurulu kararı bu esası açıkça belirttiği gibi; ayrıca bkz. 9/5/1960 tarihli 21/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, Resmî Gazete, sayı 10537, mülâhaza I) ². Eğer bozma ilâmının icapları yerine getirilmemişse, bu, kazanılmış olan hakkın çiğnenmesi sonucunu doğurduğundan usul hükümlerine aykırıdır

2) Bu Tevhidi İçtihat Büyük Heyeti Kararı, uyulmuş olan bozma ilâmına mahalli mahkemenin ve Temyiz Dairesinin bağılılığını izah için farklı gerekçelerden hareket etmektedir. Bu karar mahalli mahkemenin bozma ilâmına bağılılığını şu satırlarla izah etmektedir: «Mahkemenin doğru bularak uyduğu ve yahut kanun gereğince uymak zorunda olduğu bozma kararı ile dâva, usul ve kanuna uygun bir çığıra sokulmuş demektir. Buna aykırı karar verilmesi, usul ve kanuna uygunluktan uzaklaşılması manâsına gelir ki, böyle bir netice asla kabul edilemez». Aslında bu gerekçe bozma ilâmının daima hukuka uygun bulunması faraziyesine dayanarak inşa edilmiştir. Bozma ilâmının yanlış, yani hukuka aykırı olması halinde, söylenen bu gerekçe ile alt mahkemenin bozma ilâmına bağılılığını izah etmek mümkün olamayacaktır.

(HGK. 19/10/1960, E. 1/46, K. 55, Son İçt. No. 163, s. 4911). Hatta nakz kararına mahallî mahkemenin uyması ile nakza uğrayan hukukî hatalarının bozma ilâmında yer alanlardan ibaret olduğu kabul edilir ve aynı kararın temyizce ikinci defaki incelemesinde artık evvelce atlanmış olan eski hatalara avdet ile hüküm bozulamaz (4. HD. 5/12/1959, E. 2272, K. 8661, Son İçt. No. 185, s. 5603-5604).

Buraya kadar verdiğimiz bilgilerden anlaşılmaktadır ki, Alman hukuk doktrini ile Türk hukuk tatbikatı esas mes'eleler bakımından birbirine uygun bulunmaktadır. Ve Temyiz mahkememiz Usul Kanunumuzun bilhassa bu konulardaki boşluklarını isabetli bir şekilde doldurmuş bulunmaktadır. Yalnız Alman hukukunda temyiz mahkemesinin bozma kararına uymak zorunluğu daha ilk safhada mevcut bulunmakta olup, mahkemenin, nakız kararına karşı direnme hakkı mevcut bulunmamaktadır. Bundan başka, Alman hukukunda uyma sonrası meydana gelen durum usulî muktesep hak fikri ile de izah edilmemektedir. Yani alman hukuku usulî muktesep hak fikrine yabancıdır. Temyiz Mahkememiz uyma ile doğan kesin durumu izah için bu kavramı inşa etmiş bulunmaktadır. Alman hukukunda bozma ilâmı ile, ortaya sınırlı veya şartlı diyebileceğimiz bir kesin hükmün meydana geldiği kabul edilmektedir. Zira bozma ilâmında beyan edilmiş olan hukukî mütalâa artık, mahallî mahkemenin ikinci defa vereceği kararının bir unsurunu teşkil edecektir. Fakat bozma ilâmındaki hukukî mütalâanın kesin hükme muadil olan kuvvetine rağmen, bu kuvvetinin nisbî olduğu da kabul edilmekte ve bu yüzden de bazı şartlarla bu mütalâanın terk edilmesine cevaz verilmektedir (bkz. Wieczorek, § 565, C III, a ve d).

IV — Temyiz mahkemesinin nakız kararından sonra ve uyma sonucu tekrar vakıa mahkemesi usulü açıldığından taraflar, bu usulün icaplarını yerine getirmek kaydıyla mevcut dâvaya yeni maddî vâkıalar ve neticei talepler ve yeni deliller ithâl edebileceklerdir (HUMK. 185/2 ve 202/II; ZPO § 278, 283, 529/I). Bu usulde yeni iddia ve müdafaa sebeplerinin dermeyanı imkânını ancak kesin ve mutlak olan bir kaziye-i muhakemenin varlığı önleyebilir. Halbuki bozma sonunda meydana gelen kesin hüküm bu vasıflara sahip değildir. Taraflar yeniden açılan yargılamada yeni iddia ve müdafaa sebepleri veya isbat vasıtaları ileri sürmüşlerse, alt mahkemenin bu hususları nazarı itibare alması gerekir. Bu yeni ileri sürülen iddia ve müdafaa sebepleri bozma ilâmının dayandığı fiili temelleri (tatsächliche Grundlage) değiştirmişse, artık ne mahallî mahkeme

ve ne de temyiz mahkemesi ilk bozma ilâmındaki hukukî esaslarla bağlıdır (Rosenberg, § 143, s. 717; Wiczorek, § 565, C III, d3; Baumbach/Lauterbach, § 565, 2A, s. 874 - 875). Değişen fiilî temellere rağmen halâ eski bozma ilâmındaki hukukî mütalâalara bağlı kalınması usul hukuku esaslarına aykırı olacaktır. Nitekim Temyiz mahkememiz dahi birçok kararlarında, tarafların en kesin şekildeki bir bozma üzerine dahi iddia ve müdafaalarını değiştirmelerinin mümkün olduğuna temas ile, bu durumda mahkemenin bozma üzerine vermeyi düşündüğü hükümden başka bir hüküm verebilmesini caiz görmüştür (TD. 26/12/1949, E. 949/5861, K. 5543, Tat. Y. K. sayı 11, s. 322; bu kararında temyiz mahkemesi, dâvacının açtığı tazminat dâvasında, dâvacı lehine verilen hükmü dâvacının temyizi üzerine bozmuştur. Fakat dâvacı hükmün temyizine rağmen, ilâmı icraya koymuş idi ve taraflar ilâmın icrası safhasında sulh olmuşlardı. Fakat temyizdeki dosyanın nakzedilerek geriye çevrilmesi üzerine, alt mahkeme de dâvalı lehine olan bozma ilâmına uymuştu. Bu kere uyma gereğince tahkikat yapılırken, taraflar arasında icra safhasında yapılmış olan sulh sözleşmesinin yürüyen dâvaya intikal ettirilmesi üzerine, mahallî mahkeme nakz kararının icaplarından ayrılarak, bu kere icrada aktedilen sulh sözleşmesine binaen hüküm tesis etmiş ve temyiz mahkemesi de bu hükmü onanmıştır. Ayrıca bkz. Üstündağ, Temyizin nakzından sonraki hukukî durum, İHFM., 1962, sayı 1, s. 178'de zikredilen temyiz mahkemesi kararları; bu safhada da dâvanın değiştirilmesinin caiz olduğu hakkında açıkça bkz. Zöller/Karch/Scherübl, § 565/2). Görülüyor ki, bozma ilâmı ile meydana gelen kesin hüküm nisbî bir tesire sahip olup, bu sebeple de ancak bazı şartların gerçekleşmesi halinde değişikliğe uğraması mümkündür.

V — Şimdi, incelediğimiz karara dönecek olursak bir soru sormamız gerekecektir. Acaba temyiz mahkemesi tarafından verilen bozma kararı hukuka aykırı olarak verilmiş ise, buna rağmen dahi mahallî mahkeme ve temyiz mahkemesinin bozma ilâmına bağlılığı mevcut bulunacak mıdır? Hukuka aykırı bozma kararının verilmesi en çok iki ayrı faraziyede meydana çıkar. Birinci faraziyede olabilir ki, temyiz mahkemesi, bozma kararını olayda uygulanması gereken bir kanun hükmünü veya kanun kuvvetindeki bir prensibi atlayarak vermiştir. İkinci faraziyede ise, temyiz mahkemesi olaya uyan kanun hükmünü yanlış tatbik etmiştir. Bu sonuncu faraziyede, kanun hükmünün yanlış tatbik edilmiş olduğu meselâ, henüz

dâva derdest iken ilgili temyiz kurullarınca verilmiş olan kazâ tefsir kararları sonucunda da belli olabilir. Acaba bu iki faraziyede de varılması gereken sonuç aynı mı yoksa farklı mı olmak gerekir?

Alman hukukunda bu iki faraziye durumunda da aynı sonuçlara varılmaktadır. Temyiz mahkemesi bir kanun hükmünü atlıyarak veya yanlış tatbik ederek bozma kararı vermiş olsa bile, yine de bu bozma ilâmına mahallî mahkemenin ve temyiz mahkemesinin bağıllığı devam eder ve ihtilâf artık hukuka aykırı da olsa bozma ilâmındaki esaslar uyarınca halledilmek gerekir (RGZ. 76/91 ve Wieczorek, § 565, C III, bl). Alman Temyiz Mahkemesinin zikredilen bu kararına göre, Temyiz mahkemesi bozma kararında, yazılı olan veya olmayan hukukun (Örf ve âdet gibi) herhangi bir prensibini görmezlikten gelmiş veya onu yanlış uygulamış olsa bile, bu durum bozma ilâmındaki hukukî mütalâanın artık, taraflar, İstinaf mahkemesi ve Temyiz mahkemesi için esas sayılacağı kuralında bir değişiklik meydana getirmez (RGZ 76/91; aynı mânada, RGZ 58/289 ve 74/221; aynı düşünce için bkz. Baumbach/Lauterbach, § 565, 2A, s. 874). Meselâ bozma ilâmını vermiş olan temyiz dairesi, henüz bu ihtilâf sonuçlanmadan aynı mahiyette olan ikinci bir dâvada birincidekinden farklı hukukî mütalâa ile hükmü bozmuş olsa bile, ilk bozma ilâmı bundan etkilenmeyecektir. Hattâ Temyiz mahkemesinin Büyük Senatosu bozma ilâmında gösterilen düşünceden tamamen farklı bir mütalâyı *başka bir ihtilâf faraziyesi için* beyan etmiş olsa bile, yine de derdest dâvada eski bozma ilâmına bağıllık devam eder (Wieczorek, § 565, C III, a ve b). Bu suretle bozma ilâmındaki hukukî mütalâaya bağıllık kuvvetlendirilmiş olmaktadır. Ve bozma ilâmındaki hukukî hataya rağmen mahkeme kararlarına olan itimadı sarsmamak için, hususî ihtilâf durumunda bozma ilâmına bağıllığın devam etmesinde fayda mülâhaza edilmektedir.

Bizim hukuk sistemimizde durum nedir? Bizim hukukumuzda yukarıda belirttiğimiz iki faraziye ile ilgili olmak üzere bir tevhide içtihat kararı ve bir de incelediğimiz Hukuk Genel Kurulu kararı yayınlanmış bulunmaktadır.

Temyiz mahkememize göre, sonradan çıkan tevhide içtihat kararı, uyma ile meydana gelen muktesep hakka rağmen derdest dâvada uygulama alanı bulacaktır (9/5/1960 tarihli 21/9 sayılı Tevhide İçtihat Büyük Heyeti Kararı, Resmî Gazete, sayı 10537 ve bu kararın tenkidi için bkz. Üstündağ, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XXVIII, sayı 1, s. 187 vd.). Bu karar olaya uygulanan kanun hükmünün yorumunun yanlış yapılması suretiyle bir bozma

kararı verilmiş olması halinde, bu karar mahalli mahkemenin uyması ile nisbî bir kesinlik kazanmış olsa bile, sonraki bir kazaî tefsir ile bunun değiştirilmesine imkân vermiştir. Bu sebeple de madde hakka ulaşmak amacıyla hukukî güvenliğin ihlâline açıkça cevaz verilmiştir. Halbuki Alman hukukunda buna imkân tanınmamaktadır.

Fakat Temyiz mahkemesi Hukuk Genel Kurulu incelediğimiz kararında, bozma ilâmı, bir tevhide içtihat kararı görmezlikten gelinerek verilmiş olsa dahi, bu kararın artık bağlayıcı olduğuna karar vermiştir. Atlanan bir kanun hükmü olsa dahi durum farklı olmamak gerekir. Bu kararı ile Hukuk Genel Kurulu, bir dereceye kadar olsa da, yukarıda haklı olmadığını söylediğimiz Tevhidi İçtihat kararının tesirlerini sınırlamıştır. Aslında Hukuk Genel Kurulu 9/5/1960 tarihli Tevhidi İçtihat Kararının bu faraziye de uygulama yeri bulunmadığına şekli bir gerekçe ile vasıl olmaktadır. Zira ona göre, hâdisede bozma kararı verildikten sonra çıkan bir tevhide içtihat kararı değil, bozma kararından önce verilmiş olup ta bozma kararında atlanmış olan bir tevhide içtihat kararı mevcut bulunmaktadır (bozma kararı 1958'de verildiği halde; bu kararda dikkate alınmayan tevhide içtihat kararı 1954 tarihlidir). Bu sebeple 1960 tarihli tevhide içtihat kararının vaz ettiği prensiplerin hâdisemizde uygulama yeri yoktur. 1960 tarihli tevhide içtihat kararının prensiplerinin uygulanabilmesi için, derdest dâvaya uygun olan tevhide içtihat kararının bozmadan sonra çıkarılmış olması gerekir idi. Gerçekten bu gerekçe tamamen şekli esaslara dayanmakta ve 1960 tarihli tevhide içtihat kararının ya doğru olması, ya da riyeti mecburi olması esaslarına istinat ettirildiğinden, bu kararın doğruluğu üzerinde herhangi bir tartışmaya girilmemektedir. Halbuki pek âla denilebilir ki, 1960 tarihli içtihadın muktesep hakkın zedelenmesi hatta bertaraf edilmesi sonucuna varan gerekçeleri çürütülmedikçe, bu kararın çözüm şeklinden ayrılmak hâdisemizde dahi mümkün olmayacaktır. Zira, bu kararda yer alan gerekçeler atlanmış olan tevhide içtihat kararının dahi muktesep hakka rağmen uygulanması gerektiği fikrini ilham eder, mahiyettedir³. Hukuk Ge-

3) Zira 9/5/1960 tarihli tevhide içtihat kararının II no.'lu mülâhazasında ileri sürülen gerekçeler şöyledir : «İçtihadı birleştirme kararı daire kararından daha doğru bir içtihadı varmak için verilmiş bir karar olduğu cihetle onun mümkün olan her dâvaya tatbiki, usul kaideleri ile güdülen hakka varma gayesine dahi uygun olur. Nihayet içtihadı birleştirme kararı ile kabul edilen afaki esasları tatbik ederek istikrarı sağlama prensibinin sayısı belli hâdiselerle feda edilmesinde de bir yolsuzluk düşünülemez ve bu şekilde bir

nel Kurulu kendisini de bağlayan ve olayımızda dolayısıyla tatbiki düşünülebilecek olan 1960 tarihli tevhidî içtihadın vazettiği esaslardan incelediğimiz olayda ayrılabilmek için şekli de olsa bir gerekçe bulmuş olup, bu suretle hiç olmazsa hukuka aykırı olsa bile, bozma ilâmında yer alan hukukî düşüncelere bağlılığın artık devam edeceği sonucuna varmıştır. Böylelikle mahkeme içtihatlarının otoritesinin hak arayan kimseler indinde sarsılması da hiç olmazsa bu faraziye bakımından önlenmiş olmaktadır. Kaldı ki, Hukuk Genel Kurulunca 1960 tarihli kararın tesirlerinden kurtulmak için ileri sürülen gerekçe her ne kadar şekli bir gerekçe ise de, hukukî olmaktan uzak da değildir. Zira tevhidî içtihat kararları da, mahkeme ve diğer temyiz kurullarını, ancak hüküm fıkrası bakımından bağlar. 1960 tarihli kararın hüküm fıkrasını da bu şekli gerekçe ile bertaraf etmek mümkündür. Zira, bu karar hüküm fıkrasında muktesep hakkın istisnası olarak sadece sonradan *çıkan içtihadı birleştirme kararını* zikretmektedir. Demek oluyor ki, Hukuk Genel Kurulu incelediğimiz bu kararında hukuk tekniğine uygun karar vermiş olmakla beraber, vardığı sonucu haklı göstermek için daha kuvvetli gerekçeler ifade edebilirdi. Temyiz mahkemesi 1960 tarihli tevhidî içtihat kararında usulî muktesep hakkın da her kaide gibi bazı istisnaları bulunacağını beyan ediyorsa da, bu istisnaların sınırını oldukça dar tutmak gerekir (bkz. Postacıoğlu, Medenî Usul Hukuku Dersleri, 2. Bası, 1962, s. 506). Temyiz mahkememizin tevhidî içtihat kurulları bu gereğe riayet eder, görünmemektedir. Biz bu konuda daha hassas davranan ve böylece usulî muktesep hakkı koruyan yukarıdaki hukuk genel kurulu kararını bu sebeple de tasvip ediyoruz.

Asistan Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ

tatbikat adalete güveni sarsmak şöyle dursun, bilâkis bu güveni kuvvetlendirir» İşte bu ve tevhidî içtihat kararında yer alan diğer gerekçeler sebebiyle görmemezlikten gelinmiş olan tevhidî içtihat kararının dahi, bozmaya uymaya rağmen uygulanması düşünülebilirdi. Fakat Hukuk Genel Kurulunun incelediğimiz kararındaki temayül, daha çok 1960 tarihli Tevhidî İchtihat kararını ademi tasvip merkezindedir, denilebilir. Zira Hukuk Genel Kurulu isteseydi 1960 tarihli kararın gerekçelerinden faydalanarak bu hâdisede de tamamiyle farklı ve doğru olmayan bir sonuca varabilirdi.

Faydalanılan Eserler

Baumbach / Lauferbach — Zivilprozessordnung (Bektsche kurz Kommentare), 26. Neuarbeitete Auflage München und Berlin, 1961.

Leo Rosenberg — Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 8. Auflage, München und Berlin, 1960.

Wieczorek Bernhard — Zivilprozessordnung und gerichtsverfassungsgesetz, Handausgabe, Berlin, 1960.

Zöller, R./Karch, W./Scherübl, F. — Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, (Kommentar) 9. Auflage, München, 1958.