

II

Mahkeme İçtihatları

- A) Uyusmazlık mahkemesi kararları; B) İdare mahkemesi kararları
C) Adalet mahkemesi kararları.

C) ADALET MAHKEMESİ KARARLARI :

Tevhidi İçtihat Kararları dolayısıyla karar tashihi, teşrii tefsirin makabline şumulü, itiraz ve karar tashihi yolları arasındaki fark, karar tashihi talebi kabul olunarak verilen karar aleyhine tekrar karar tashihi talebinde bulunulup bulunulamıyacağı

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genel Kurulunun 15/6/1949 gün ve E. 4/K 11 sayılı kararı.

ÖZETİ: Tevhidi İçtihat kararlarına dayanılarak daha önce müstakar bir surette tatbik olunan içtihatlar dairesinde muhkem kazıye teşkil etmiş olan kararlar hakkında karar tashihi yoluna gidilemeyeceği H.

Yargıtay kararlarına karşı cezada tashihi karar usulü lâyiha ve tebliğnamede dermeyan olunan hususlara hasredilmişken muahharan tevsi edilerek bunlar haricinde esas hükme müessir olan noksan ve hataların Yargıtay ilâmında meskût bırakıldığı bütün hâllere tesmil edilerek Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322 nci maddesi bu dairede tesbit kılınmıştır. Yargıtay Hususi Daireleri Usul Kanunumuzun 320 nci maddesi gereğince tetkiklerini temyiz istida ve lâyihasında ve tebliğnamede irat olunan hususlara hasretmiyerek hükme tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmiş olduğunu görürse talep haricinde kalan hususlara da tesmil edebilmek yetkisini haiz olduğu gibi 322 nci maddenin aldığı son şekle göre Bassavcılık da tashih talebini temyiz lâyihasında ve tebliğnamede evvelce dermeyan edilmemiş olmakla beraber zati hükme müessir mahiyette olan noksan ve hatalara da istinat ettirebilir. Bu suretle normal kanun yolu ile yapılan tetkikat ile olağanüstü kanun yolu ile yapılacak tetkikat bu bakımdan mütevazın bir hale getirilmiştir. Ancak; Usul Kanunumuzun 322 nci maddesinde karar tashihi usulü temyizen nazara alınmıyarak meskût bırakılan hususlarda cari olduğu tasrih edilmek suretiyle esaslı bir kayıt altına alınmıştır. Bu esaslı kayıt dolayısıyla karar tashihi usulünün mahiyeti bir içtihat mahsulü olarak verilen kararlardan rücu müsalet bulunmadığına ve bu olağanüstü yolun aynı zamanda mahdut bir yol olduğuna şüphe edilemez.

Temyiz kararında meskût bırakılmayıp bilâkis bahis ve münakaşa mevzuu itihaz edilerek mucip sebepleriyle halledilmiş olan hususlara karşı Bassavcılığın ancak Ceza Genel Kuruluna itiraz edebileceği ve bu hususlar hakkında tashih yolunun meskût bulunduğu kanun metninde hiçbir tereddüt ve ihtibasa mahal ver-

miyecek, şekilde açıklanmıştır. Yargıtay dairesinin muayyen bir mesele hakkındaki görüşünden tashih yolu ile rücu etmesi istenebileceği mantıkan da kabul edilemez. Kanun tatbikatından içtihat tesis ederek asliye mahkemelerine direktif veren bir mercie karşı değil asliye, hattâ sulh mahkemelerine karşı dahi hüküm ve kararlardan rücu edilmesi istenemez. Böyle bir kanun yolu mevcut değildir. İşlenmiş olan hatalar ancak yüksek mercelere müracaat edilmek suretiyle kabili ıslahtırlar. Kaldı ki, yukarıda izah olunduğu üzere Temyiz Mahkemesinin hükmü tasdik etmesiyle kaziyel muhkemenin tesekkül etmesi bütün memleketler mevzuatında ve daha önce kendi mevzuatımızda bir prensip olarak cari iken temyiz kararlarına karşı bazı zaruretler dolayısıyla olağanüstü olarak itiraz yolu açılmıştır.

Bu izahlardan sonra tevhidî içtihat kararına dayanılarak daha önce muhkem kaziyel teşkil etmiş olan temyiz kararları hakkında tashih yoluna gidilip gidilemeyeceği hakkındaki asıl ihtilâf mevzuunu teşkil eden meseleye gelince: 1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilâtına dair Kanunun sekizinci maddesinde tezat ve mübâyenet hakkında Yargıtay Genel Kurulunca ittihaz olunacak kararların Yargıtay Dairelerince mümâsil işlerde mahbûlîntisai oldukları ve taraflara tesir etmeyecekleri tasrih olunmuştur.

Adalet Komisyonunun 19/2/1928 tarih ve 31 karar ve 1/23 esas numaralı mazbatasında aynen (ittihaz edilecek kararların mesaili mümâsilede vacibûlîntisai olması kabul edilmiş ve bu suretle muamelâtı nâsin selâmeti cereyan ve mahkemeler arasında ahenk ve insicam temin kılınmıştır. Bu madde ile Temyiz dairelerinin imtisale mecbur oldukları keyfiyet ancak şekli mahsusunda in'ikad eden Temyiz Heyeti Umumiyesinin berveçhi mesruh ittihaz edeceği kararlara hasredilerek devârin karar ve içtihatlarındaki hakkı takdirleri serbest bırakılmıştır. Sekizinci madde mucibince verilecek kararların mukaddema verilmiş olan ilâmat hükümlerine müessir olamaması tabii görüldüğünden keyfiyet maddede ayrıca tasrih olunmuştur) denilmektedir.

İçtihatla vaki olan tebeddülün evvelce müstakar olarak tatbik olunan içtihat dairesinde kesinleşmiş olan hükümlere sari olmadığını bizzat kanun vazı maddeye koyduğu hüküm ile tesbit etmiştir. Zamanın ihtiyaçlarına ve şartlarına göre değişmeye mahkûm olan hukuk telâkkileriyle muvazi olarak kazal içtihatlarında da tebeddül vaki olur. Fakat bu içtihat tebeddülleri kaide olarak makabillerine samil olamazlar. Bu husus bir hukuk prensibi olarak Temyiz Teşkilâtının tevslîne dair olan kanunun 8 inci maddesinde de açıklanmış bulunmaktadır. Kanuni tefsir kazal içtihatlardan tamamıyla ayrı mahiyettedir. Kanunun esasında haiz olduğu hükmü açıklamış olmak itibarıyla Büyük Millet Meclisinde tefsir yolu ile verilen kararların makabline şumulü olduğunda tereddüt edilemez.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322 nci maddesiyle Temyiz Teşkilâtının tevslîne dair olan kanunun 8 inci maddesinin birbirini destekliyen mütevazın hükümleri ihtiva ettikleri görülmektedir. Bu hükümler kanaat ve içtihat mahsulü olan kararlara karşı tashih yolunu kesin şekilde kapalı tutmaktadırlar. Kaldı ki, sonraki içtihadı göre eski içtihat dairesinde katılmış olan Yargıtay kararları hakkında tashih yoluna müracaat olunabileceğinin kabulü için bütün kararlara karşı istisnasız bir şekilde bu yola müracaat edilmesi mecburiyetini sağlayacak kanuni bir mesnede ihtiyaç olduğu da ayrıca düşünülmalıdır.

Halbuki, 322 nci maddede Bassavcılığın alâkahların müracaatını tetkik ederek vârit gördüğü takdirde tashih talebinde bulunacağı yazılıdır. C. Savecariyle alâkahların müracaatları sebkemiyen hallerde de Bassavcılık tashih yoluna müracaat

edip etmemek hususunda mutlak takdir hakkına maliktir. Bundan başka 322 nci maddenin son fıkrasında tashihi karar talebi reddedilirse bir daha tashih talebinde bulunulamaz denilmektedir. Bu sarahata göre tashih talebi kabul olunarak karar verildikten sonra tekrar tashih talebinde bulunulamıyacağı anlaşılmaktadır. Yargıtay içtihadı da bu merkezdedir. Binaenaleyh eski içtihat dairesinde katılmış olan bir karar hakkında her hangi bir kanunî hataya dayanılarak daha önce tashih talebinde bulunulmuş ise sonrdan verilen tevhidî içtihat kararına göre artık ikinci bir defa tashih talebinde bulunulmasına imkân kalmamaktadır.

Yargıtayca tetkik edilmeksizin katılmış bulunan hüküm ve kararlar hakkında ise yazılı emir yoluna gidilebilmek için bu hükümle de kanuna muhalefet edilmiş olmak icabeder. Halbuki ittihaz edildiği zaman tatbik edilmekte olan müstakar içtihada uygun bir hükümde kanuna muhalefetin mevcudiyeti iddia edilemez. Yazılı emir yolu kanunun nef'ine açılmış bir yoldur. Hükümü bozulan mahkemeye karşı yaptığı kanunî hatalardan dolayı bir nevi ihtarı tazammun eder. Mahkemenin yaptığı hata üzerine dikkat nazarını çekerek emsli hâdiselerde uyanık bulunmasını sağlamak maksadıyla açılmış bir yoldur. Ancak, dâvanın esasını halleden hükümlerde yazılı emir yolu ile sanık aleyhine kanunî bir hata irtikâp edildiği anlaşılınca artık hatası sabit olan bir hüküm aynıyle infaz edilemeyeceği için Yargıtay vaziyete göre cezanın çektirilmemesini veya daha hafif bir cezanın tatbikini karar altına alır.

Su halde yazılı emir yolunun ihdasındaki asıl maksat ve düşünce de nazarı itibara alınacak olursa ittihaz edildiği zamanda mer'î olan müstakar içtihada uygun bulunan hükümler hakkında Adalet Bakanlığının bu yola müracaat edemeyeceği hakikatı bütün vuzuhu ile ortaya çıkar. Nitekim içtihat tebeddülü dolayısıyla eski içtihatlarla uygun olarak verilen hükümler hakkında şimdiye kadar Adalet Bakanlığının bir prensip olarak yazılı emir yoluna asla müracaat etmediği de bir vakiadır. Binaenaleyh eski içtihat dairesinde kesinleşmiş kararlar hakkında umumi ve istisnasız bir şekilde müracaat edilebilecek bir kanun yolunun mevcut olması da içtihatlarda vukubulan tebeddüllerin makabline şümulü olamayacağı hakkındaki hukuk prensibini ayrıca teyit etmektedir.

Yukarıda beyan olunan uyumsuzluk mevzuu üzerinde yapılan etraflı incelemeler ve esaslı tartışmalar sonunda: Tevhidî İctihat Kararlarına dayanılarak daha önce müstakar bir surette tatbik olunan içtihatlar dairesinde muhkem kazıye teşkil etmiş olan kararlar hakkında karar tashihi yoluna gidilemeyeceğine ilk toplantıda 15/6/1949 tarihinde üçte ikili aşan oy çokluğu ile karar verildi.

Yargıtayın metni yukarıya nakledilmiş bulunan Tevhidî İctihat kararile Ceza hukuku ve Ceza Muhakemeleri Usulü hukukumuzda taallük eden muhtelif meseleler halledilmiş bulunmaktadır. Kararın asıl ilgili olduğu meseleye temas etmeden önce bu mesele dolayısıyla temas edilen ve hal tarzları gösterilen diğer meselelere işaret etmek istiyoruz :

I) *Teşriî tefsirin makabline şümulü meselesi* : Doktrinde teşriî tefsirin makabline şamil olup olmadığı meselesi münakaşalıdır. Gerçi müelliflerin ekserisi teşriî tefsirin asıl kanuna matuf ve mülhak olması dolayısıyla mutlak olarak geçmişe şamil olması lâzımgeldiği fikrinde iseler

de (Roux: Précis de Droit criminel, C. I, s. 53; Vidal et Magnol: Cours de Droit Criminel et de Science pénitentiaire, 1064; Garçon: Code pénal Annoté, m. 14, not 54) bunun tamamile aksi mütalâada bulunanlar ve nihayet üçüncü olarak «teşriî yorumun geçmişe şumulünü kabul etmenin bazan tehlikeli olabileceğini ve çünkü yorum vesilesile kanun vazunun daha ağır hükümler sevketmesi ihtimali bulunduğunu, bu itibarla teşriî yorumun geçmişe şumulü keyfiyetini yorumda sarahaten bildirilmiş olması şartına tâlik etmenin daha doğru olacağını beyan edenler (Donnedieu de Vabres: Traité élémentaire de Droit Criminel No. 1586; Tahir Taner: Ceza Hukuku, 1949, s. 181) vardır. Tetkik eylemekte bulunduğumuz Yargıtay kararında «kanunî tefsir kazai içtihatlardan tamamile ayrı mahiyettedir. Kanunun esasında haiz olduğu hükmü açıklamış olmak itibarile Büyük Millet Meclisince tefsir yolu ile verilen kararların makabline şumulü olduğunda tereddüt edilemez» denilmek suretile doktrinde münakaşalı olmakta devam eden bu mesele kat'i bir hal tarzına bağlanılmış ve bu suretle teşriî tefsirin mutlak surette makabline şamil olduğu tezine iltihak edinilmiş olmaktadır.

Ancak beyan edeyim ki teşriî tefsirin mutlak surette makabline şâmil olduğunu beyan etmekle iş bitmiş olmaz. Teşriî tefsir evvelce verilmiş ve katiyet halini almış bulunan hükümlere tesir edecek midir? Katiyet kesbetmemiş olan hükümlere tesiri ne suretle olacaktır? Bütün bu meselelerin ayrı ayrı mütalâası lâzımdır ve bunun için de teşriî tefsirin mahiyetini tâyin eylemek lâzım gelir.

İlk önce üç noktayı tesbit eylememiz icap etmektedir: 1) Bir kere «kanunun yorumu kanunla olur. Yorum kanunlarına (tefsir kararı) denilmesi onları kanun olmaktan çıkarmaz». (Faruk Erem: Türk Ceza Hukuku, Ankara, 1949, s. 12). Demek oluyor ki bizdeki teşriî tefsirler, Büyük Millet Meclisi Tefsir Kararları ile yapılmakla beraber, bunlar maddî bakımdan kanundurlar.

2) Sonra hukukun resmî yolla teessüsü iki suretle olur: Mevzuat yolu ve içtihat yolu. Hukuku içtihat yolu ile yapmak vazifesi kaza organına mevdudur. Fakat teşriî organı olan Büyük Millet Meclisi de verdiği tefsir kararlarıyla hukukun içtihat yoluyla tesisinde rol oynar. Demek oluyor ki bizce teşriî tefsir kanun vasıtasıyla içtihat tesisi mânasını ifade eder. (Paul Roubier: Les conflits des Lois dans le temps, s. 463 ve sonrakiler).

3) Nihayet biz bazı müelliflerin iddia eyledikleri veçhile teşriî tefsirin yeni bir hüküm koymaması, sadece evvelce mevcut bulunan

hükümleri daha açık bir hale sokması dolayısıyla yeni bir kanun olmadığı, ortada sadece bir tek kanunun mevcut bulunduğu noktai nazarına da iştirak etmiyoruz. Bizce teşriî tefsir evvelki kanundan ayrı ve müstakil yeni bir kanundur; zira teşriî tefsirin evvelce neşredilmiş bulunan kanuna nazaran fonksiyonu başkadır: yukarıda da izah eylediğimiz veçhile teşriî tefsir ile bir içtihat tesis olunmakta, hukuk kaidesinin gayri muayyen yahut münakaşalı olduğu bir noktada mahkemelerce tesis edilebilecek bir hal tarzı kanun vâzınca gösterilmektedir.

Bu üç esasın ışığı altında teşriî tefsirin makabline şümulü meselesinin şu suretle halli lâzımgeleceği fikrinde bulunuyoruz: teşriî tefsir bir kanun olduğundan evvelce verilmiş ve katiyet kesbeylemiş hükümlere olan tesiri Ceza Kanunumuzun 2 nci maddesi hükmü dahilinde olmak lâzım gelir. Yâni tefsir kararı, evvelce verilmiş ve kat'ileşmiş hükümler bakımından, failin lehine olduğu ölçüde tatbik edilmek icap eder. Henüz katiyet kesbetmemiş bulunan hükümlere ve hâdiselere olan tesirine gelince: bu bakımdan teşriî tefsirin, teşri yoluyla müesses bir içtihat olduğunu gözönünden uzak tutmamak lâzımdır. Malûm olduğu veçhile teessüs eden yeni mahkeme içtihatlarının, hükme bağlanmamış hâdiselerde, ister lehte, ister aleyhte olsun, tesir etmesi ve bunlar hakkında tatbik olunması lâzımdır.

II) *Karar tashihi ile itirazın mevzuları itibarile birbirinden tefriki:* Kanunumuz Yargıtay kararlarına karşı Başsavcıya karar tashihi talebinde bulunmak ve itiraz etmek salâhiyetini vermiştir. Başka memleketlerin mevzuatında bulunmayan bu salâhiyetler tamamile olağanüstüdür (Tahir Taner: Ceza Muhakemeleri Usulü, 1945, s. 384). Sayın Ord. Prof. Taner yukarıda zikrettiğimiz eserlerinde itirazla karar tashihi arasında kanunun tesis eylemiş bulunduğu farkları anlatırken «... karar tashihi talebi kanunda yazılı sebeplere dayanmak lâzım geldiği hade, itiraz için kanun ayrıca bir sebep göstermemiş ve bunu Başmüddeiumumînin rey ve takdirine bırakmış» dır, demektedirler (Taner: s. g. eser, s. 384).

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun tashihi karar sebeplerinden bahseden 322 nci maddesinde bu sebepler sayılırken «Ceza dairelerinin veya Ceza Umumî Heyetinin kararlarına karşı tashihi karar usulü ancak hükmün ve kararın rüyet ve mahiyetine doğrudan doğruya müessir olmak üzere temyiz istida veya lâyihasında veya tebliğnamede dermeyen olunan bir hususun» denildikten sonra «ve bunlar haricinde esas hükme müessir noksan ve hataların temyizen nazara alınmayarak meskûtünan h kalmaları hallerinde caridir» kaydının mevcudiyeti dolayısıyla sebep bakımından tashihi karar ile itiraz arasında bir fark yok gibi gözükme-

tedir. Zira temyiz istida ve lâyihasında veya tebliğnamede dermeyan olunmasa bile esas hükme müessir olan her türlü noksan ve hatalar karar tashihi için sebep teşkil edebilmektedir. Bu suretle itiraz ile karar tashihi arasında sebepleri bakımından bir fark mevcut değilmiş gibi gözük-
mektedir.

İmdi bu bakımdan aradaki farkı Yargıtay kararı çok doğru olarak şu suretle tesbit etmektedir : Sebepler temyiz kararında meskût bırakılmayıp bilâkis bahis ve münakaşa mevzuu ittihaz edilerek mucip sebeplerle halledilmiş ise Başsavcı mezkûr sebepler dolayısıle ancak Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. Bu gibi hususlar hakkında tashih yolu mahduttur. Buna mukabil esas hükme tesir edebilecek sebepler temyiz kararında münakaşa mevzuu ittihaz edilmemiş ise bu takdirde karar aleyhine mezkûr sebepler dolayısıle karar tashihi yoluna gidilebilir. Yargıtay kararını bu noktaya müteallik esbabı mucibesini şu suretle hülâsa etmek mümkündür :

a) Yargıtayın hükmü tasdik etmesile kaziyei muhkeme teşekkül eder; bu cihet bütün memleketler mevzuatında böyledir. Bizde bazı zaruretler dolayısıle olağanüstü bir itiraz yolu açılmıştır. Bu yolu mevridine maksur olarak telâkki etmek ve kanun vâzının maksadına aykırı olarak genişletmemek lâzımdır.

b) İşlenmiş olan hatalar ancak yüksek mercilere müracaat edilmek suretile kabili ıslahtırlar; hiç bir merciden, bizzat ona müracaat suretiyle, münakaşa ederek hallettiği bir karardan rücu etmesi istenemez. Böyle bir hareket tarzı hukuk esas ve prensiplerine aykırı olur.

III) *Karar tashihi talebi kabul olunarak karar verildikten sonra tekrar tashih talebinde bulunulamaz :*

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 322 nci maddesinin son fıkrasında «... tashihi karar talebi reddedilirse, bir daha tashih talebinde bulunulamaz» denilmiştir. Tashihi karar talebi kabul olunduktan sonra verilen karar aleyhine tekrar — tabii sebepleri varsa — karar tashihi talebinde bulunup bulunamayacağı kanunumuz tarafından halledilmiş değildir. Bu vaziyet karşısında «sözü geçen 322 nci maddenin son fıkrasının sonunda (tashihi karar talebi reddedilirse bir daha tashih talebinde bulunulamaz) denilmesine ve yalnız red halinden bahis edilmesine ve muhalif mefhumuna göre, tashih talebinin kabulü ile yeniden verilmiş olan kararda da yine tashihi mucip bir hal mevcut olduğu takdirde ikinci bir tashih talebinde bulunulabileceği ileri sürülebilir» (Taner: s. g. eser, s. 386).

Yargıtayın bu mevzudaki müesses içtihatları, daima, karar tashihi talebi kabul edilerek karar verildiği hallerde, verilen karar aleyhine tekrar karar tashihi yoluna gidilemeyeceği yolunda olmuştur. Tetkik eylemekte bulunduğumuz Tevhidi İçtihat kararına göre de kabul edilen hal tarzı budur. Ancak bu bakımdan ileri sürülen mucip sebebe iştirak edemeyeceğiz. Gerçekten kararın bu noktaya taallük eden esbabı mucibesinde «... bundan başka 322 nci maddenin son fıkrasında tashihi karar talebi reddedilirse bir daha tashihi talebinde bulunulamaz denilmektedir. Bu sarahate göre tashihi talebi kabul olunarak karar verildikten sonra tekrar tashihi talebinde bulunulamıyacağı anlaşılmaktadır» deniliyor. Yukarıda da arzolunduğu veçhile bizce, 322 nci maddenin son fıkrasındaki sarahat dolayısıyla belki aksi olan hal tarzına vasil olmak tefsir metodlarına daha uygun sayılmak lâzımdır. Gerçekten gerek muhalif mefhuma dayanılsın, gerek tahditler dışında salâhiyetin mevcut bulunduğu hakkındaki hukukî esasa istinat olunsun netice aksi olmak lâzım gelir gibi gözüküyor. Herhangi bir yanlış anlamaya mahal vermemiş olmak için açıkça beyan etmek isteriz ki biz Yargıtayca vasil olunan hal tarzını terviç ediyoruz ve çok yerinde buluyoruz; fakat sadece esbabı mucibesine iştirak etmiyoruz. Gerçekten gerek itiraz gerek karar tashihi yolları, memleketimiz zaruretlerinin icap ettirdiği, fevkalâde yollardır ve işin hakikati kaziyeyi muhkeme esasını ihlâl eylemektedirler. İhtilâfları muayyen bir noktada bitirmek ve kaziyeyi muhkemeyi tesis etmek yalnız hukukî değil fakat aynı zamanda içtimai bir zarurettir. Yukarıda da arzolunduğu veçhile zaruret dolayısıyla itiraz ve karar tashihi usulleri kabul edilmiştir. Fakat zaruretleri de mevridine maksur olarak telâkki eylemelidir. Binaenaleyh bizim kabul ettiğimiz mucip sebep şudur: Prensip Yargıtaydan çıkan işin kat'ileşmesi ve hükmün kaziyeyi muhkeme halini almasıdır. İtiraz ve karar tashihi fevkalâde iki yoldur; binaenaleyh bu yola da müracaat olunduktan sonra iş bitmiş sayılmak lâzım gelir. Bu yollara da müracaat edildikten sonra verilen karara karşı yeniden karar tashihi yoluna gidilebilmek için, *kaziyeyi muhkeme prensibi icabı*, kanunda ayrıca bir sarahatin mevcut bulunması lâzım gelir. Sarahat bulunmayınca muhalif mefhuma veya başka bir tefsir metoduna müracaat suretile kaziyeyi muhkeme esası ve prensibi ihlâl olunamaz. Bu itibarla temyiz kararının bu noktasını esbabı mucibesine iştirak etmemekle beraber çok uygun telâkki ediyoruz.

Şimdi Yargıtay kararının taallük eylediği asıl meseleye gelelim: Kararın özü, Tevhidi İçtihat kararlarına dayanılarak daha önce müsta-

kar bir surette tatbik olunan içtihatlar dairesinde muhkem kaziye teşkil etmiş olan kararlar hakkında karar tashihi yoluna gidilebileceğidir.

Adalet Bakanlığınca 21/12/1936 tarih ve 51 sayı ile savcılıklara yapılan bir tamimde bunun tamamile aksi bir hal tarzı ihtiyar edilmiş idi: «Temyiz kararlarına karşı mahalli Cumhuriyet Müddeiumumiliklerince resen veya alâkalıların müracaatı üzerine tashihi karar talep edilmesi halinde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322 nci maddesinin son fıkrasile tahmil olunan vazifenin lâyükile ifası ve tashihi karar alâkalılar tarafından istenilmiş ise resen yapılacak taleplerde olduğu gibi dosyanın tetkiki ile tashihi karar dileğinin varit bulunup bulunmadığının mütalâaten bildirilmesi lâzımdır».

Yargıtayımız meseleyi kat'i olarak halleden bu Tevhidi İçtihat kararında şu mucip sebeplere dayandırmaktadır :

1) 1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilâtına dair Kanunun 8 inci maddesinde Tevhidi İçtihat kararlarının tesir dereceleri tesbit edilmiş ve 19/2/1928 tarih ve 31 karar ve 1/23 esas numaralı Adalet Komisyonu mazbatasında «... 8 inci madde mucibince verilecek kararların mukaddema verilmiş olan ilâmat hükümlerine müessir olamaması tabii görüldüğünden keyfiyet maddede ayrıca tasrih olunmuştur» denilmiştir.

2) İçtihatlarda zamanla tebeddüller olur; fakat bunlar makablerine şâmil olmazlar. Bu, kazai tefsir ile teşrii tefsir arasındaki ana farkı teşkil eder.

3) Karar tashihi yolu tamamile istisnai bir yoldur ve bu yola kanunun tayin eylediği hallerde müracaat edilebilir. Kat'ilemiş hükümlere müetallik hukukî meseleyi ilgilendiren ve sonradan çıkan bir Tevhidi İçtihat kararının mevcudiyeti halinde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322 nci maddesinin tesbit eylediği sebebe müteallik şartlar tahakkuk etmiş olmaz.

Yargıtay kararına ait mucip sebepler bunlardan ibarettir.

Biz, meseleye iki cihetten göz atmak isteyeceğiz : A) Hukukî bakımdan yani mevcut kanun hükümleri ve prensipler bakımından, B) Adalet bakımından yani maksada uygunluk bakımından.

A) Hukukî bakımdan yani mevcut kanun hükümleri ve prensipler bakımından temyiz kararının yukarıda ve 2 numara altında göstermiş bulunduğumuz mucip sebeplerine tamamile iştirak eylediğimizi beyan edelim. 3 numara altında gösterilen mucip sebep üzerinde biraz durmak lüzumunu hissediyoruz: Gerçekten Yargıtay kararından anladığımıza

göre, 322 nci maddede «Ceza dairelerinin veya Ceza Umumi Heyetinin kararlarına karşı tashihi karar usulü ancak ve bunlar haricinde esas hükme müessir noksan ve hataların temyizen nazara alınmıyarak meskûtanah kalması hallerinde caridir» denildiğine ve ittihaz edildiği zaman tatbik edilmekte olan müstakar içtihada uygun bulunan bir hükümde kanuna muhalefetin mevcudiyeti iddia edilemeyeceğine nazaran hüküm verildiği zaman mezkûr karar kanuna muhalif sayılmaz ve binnetice esas hükme müessir noksan ve hataların mevcut bulunduğu iddia olunamaz. Bu sebeple ortada karar tashihi şartı yoktur.

Biz bu mucip sebebe iştirak edemeyeceğiz. Hükümün taallük ettiği mesele hakkında müstakar bir içtihat yoksa, Tevhidi İçtihat kararı bir Temyiz dairesinin aynı neviden hâdiseye müteallik birbirine mübayin iki kararı dolayısıyla verilmiş ise ne olacaktır? Sonra karar ve içtihatları doğrulukları bakımından şu tarihe kadar doğru, şu tarihten sonra yanlışdır diye bir tasnife tâbi tutmak ta bize pek me'nus gelmiyor. Bununla beraber ne olursa olsun esasen 1 ve 2 numara altında göstermiş olduğumuz mucip sebepler Yargıtay kararında vasıl olunan hal tarzının doğruluğunu ifade bakımından kâfidir. Bunlara, aksinin kabulü halinde, mahkûmun leh ve aleyhinde bulunan bütün hallerde makable şumul mevzuubahs olamayacağına göre ihtilâfların bir türlü sona eremeyeceğini ve cemiyet içinde sıkıcı bir tereddüt halinin sürüp gitmekte devam edeceğini de ilâve edebiliriz.

B) Mesele adalet bakımından yani hukukî metinler dışında maksada uygunluk bakımından mütalâa edilince: Tevhidi İçtihat kararının mahkûmun aleyhine bir netice husule getirecek durumda olması halinde mesele yoktur. Fakat Tevhidi İçtihat kararının mahkûmun lehinde olması, meselâ bir suçta ait unsura külli bir mâna vererek fiili suç olmaktan çıkarmış bulunması halinde, evvelce kaziyei muhkeme teşkil etmiş bulunan kararlar hakkında karar tashihi yoluna gidilemeyeceğinden makabline şamil olmaması bazan ağır müsavatsızlıklara ve binnetice adaletsizliğe sevkedilebilir. Meselâ iştirak halinde suç işlemiş ve dâvaları tefrik edilerek görülmüş olan iki şahıs farzedelim: Birisinin dâvası sür'atle görülerek neticelendirilsin ve müstakar içtihada göre mahkûm olsun diğerine ait dâvanın neticeye vasıl olması ise muhtelif sebepler dolayısıyla uzamış bulunsun ve henüz hüküm verilmeden yahut iş temyizde iken meseleyi ilgilendiren bir Tevhidi İçtihat kararı çıkmış olsun ve o fiilin, bir unsuru itibarile artık suç olmayacağını tesbit eylemiş bulunsun. İmdi, metni naklolunan Tevhidi İçtihat kararı dolayısıyla, aynı fiili ika

eden şahıslardan birisi, muhakemesi çabuk görülmüş olduğu için, ceza çekmekte devam edecek diğeri ise, sırf dâvasının uzun sürmüş bulunması dolayısıyla, beraet edecektir. Mezkûr hal tarzının maksat bakımından tatmin edici olmadığı açıktır. Fakat mevcut metinler ve kanunumuzun hukukî müesseselere vermiş bulunduğu şekiller itibariyle yapacak bir şey de yoktur.

Bu itibarla kanun vazımızın, arzylediğimiz faraziyeyi, yani çıkan Tevhidi İçtihat kararının mahkûmun lehine olduğu vaziyeti nazara alarak Usul Kanunumuzun 322 nci maddesinde gerekli tadilatı yapmasını temenni edeceğiz.

Tevhidi İçtihat kararı bir meseleyi daha halleyilemektedir: Yargıtayca tetkik edilmeksizin kat'ileşmiş bulunan hüküm ve kararlar hakkında sonradan takarrür eylesmiş bir Tevhidi İçtihat kararına dayanılmak suretile yazılı emir yoluna da gidilemez. Esbabı mucibe olmak üzere ittihaz edildiği zaman tatbik edilmekte olan müstakar içtihada uygun bulunan bir hükümde kanuna muhalefetin mevcudiyeti iddia edilemeyeceği, halbuki yazılı emir yoluna gidebilmek için kanuna muhalefetin şart olduğu esasen Adalet Bakanlığının bir prensip olarak içtihat tebedülü dolayısıyla eski içtihatlarla uygun olarak verilen hükümler hakkında yazılı emir yoluna asla müracaat etmediği zikrolunmaktadır.

Biz şahsen kararın bu noktaya taallük eden kısmının pratik bir tesiri olabileceğini zannetmemekteyiz. Filhakika bir Tevhidi İçtihat kararı çıktıktan sonra Adalet Bakanı buna dayanarak yazılı emir yoluna gittiği takdirde Yargıtay hâdisenin ihtilâfın Tevhidi İçtihat kararından önce husule gelmiş ve hükme bağlanmış bulunması dolayısıyla yazılı emir talebini red mi edecektir? Bu takdirde doğru olan hukukî hal tarzlarını zaman itibarile bir tasnife tâbi tutmuş olmak neticesi hasıl olmaz mı? Kaldı ki yazılı emirde Tevhidi İçtihat kararından hiç bahsedilmese fakat sadece Tevhidi İçtihat kararının dayandığı hukukî prensip gösterilerek hükümde kanuna muhalefet edilmiş olduğu beyan edilse Yargıtay yine doğruluğu zaman itibarile bir tasnife tâbi tutarak aleyhine yazılı emir yoluna gidilen hal tarzı falanca tarihe kadar doğru ve kanuna uygundu bu itibarla yapılacak bir şey yoktur diyebilecek midir? Bu itibarlardır ki kararın mezkûr noktaya taallük eden kısmının pratik bir tesiri olamayacağı kanaatinde bulunuyoruz.

S. D.



Tekel ve Gümrük kaçakçılıkları bakımından işlenemez suçlar

T. C.

YARĞITAY

TEVHIDI İCTİHAT GENELKURULU

Esas : 8

Karar : 10

Tarih : 8/6/1949

1503 sayılı kanun ile Devlet Tekeline alınan çakmak ve sun'î çakmak taşı 10/2/1949 tarihinde yürürlüğe giren 5321 sayılı kanun ile Devlet Tekelinden çıkarılmış olmasından dolayı İnhisara tâbi çakmak ve sun'î çakmak taşı kaçakçılığı suçu; gümrük resmine tâbi esya kaçakçılığı suçuna inkılâp etmiş olması sebebiyle Türk Ceza Kanununun (2) nci maddesi hükmünün yalnız para cezası bakımından nazara alınması icabettiği yolundaki Ceza Genel Kurulunun 28/3/1949 tarihli kararı ile 1503 sayılı kanun yürürlükte bulunduğu müddet içinde işlenen çakmak ve sun'î çakmak taşı kaçakçılıkları gümrük resmi kaçakçılığını tamamiyle zayi ederek 1918 sayılı kanunun birinci maddesinin (B) fıkrası gereğince ithal kaçakçılığı mahiyetini almış ve 1503 sayılı kanunun ilgası müvacehesinde bu maddeler; suç olmaktan çıkmış olduğundan faillerine ceza tatbikine Ceza Kanununun ikinci maddesi sarahatlı müsait olmadığına dair Beşinci Ceza Dairesinin 5/4/1949 tarihli kararı arasında husule gelen ayrılığın İctihadı Birleştirme Genel Kurulunca halli için C. Başsavcılığından vaki müracaat üzerine İctihadı Birleştirme Kurulunda yapılan müzakere sonunda :

1503 sayılı kanun ile Devlet Tekeline alınan çakmak ve sun'î çakmak taşı 10/2/1949 tarihinde yürürlüğe giren 5321 sayılı kanunun birinci ve dördüncü maddeleriyle Devlet Tekelinden çıkarılmış ve çakmak ve sun'î çakmak taşlarına ilişkin hükümler kaldırılmıştır. Sözü geçen kanunun 7 nci maddesinde aynen: (Kaçak olarak tutulacak kabrit ve çakmaklar müsadere olunmakla beraber her kibrit kutusu için (25) kuruş, çakmak için 500 kuruş, her sun'î çakmak taşı için (25) kuruş para cezası alınır. Bu cezalar Tahsili Emval Kanununa tevfikân tahsil edilir. İnhisara muhalefet ve kaçakçılık edenlere kaçakçılık hakkındaki hükümlere göre ceza verilir) denmiştir.

Bu yedinci maddenin ihtiva ettiği ceza hüküm; ikidir. Biri Kaçakçılık Kanunundaki hürriyeti bağlayıcı olan asıl ceza; diğeri idarenin şahsî hakkı cümlesinden olan ve tazminat kabllinden bulunan para cezasıdır. 1503 sayılı kanun yürürlüğe girdiği sırada 1126 sayılı Kaçakçılık Kanunu mevcut idi. Gerek bu kanun ve gerek bu kanundan sonra yürürlüğe girmiş olan 1510 ve 1918 sayılı kanunlar kaçakçılık suçunun unsurlarını tayin etmiş ve kaçakçılığın nevelerini göstermiştir. 1503 sayılı kanun yürürlüğe girmezden evvel; çakmak ve sun'î çakmak taşı kaçakçılığı yalnız gümrük resmine tâbi esya kaçakçılığı suçunu teşkil etmekte ve hürriyeti bağlayıcı ceza, 1126 sayılı kanundaki hükümlere göre ve 1510 sayılı kanunla 1126 sayılı kanun kaldırılınca da asıl ceza 1510 sayılı kanuna istinaden verilmekte idi. 1510 sayılı Kaçakçılık Kanunu dahi 1918 sayılı kanunla ilga edilince, kaçakçılık suçunun cezası halen yürürlükte olan 1918 sayılı kanunla belli hükümlere nazaran tayin edilmektedir.

1503 sayılı kanun yürürlüğe girince, çakmak ve sun'î çakmak taşı kaçakçılığı, inhisara tâbi eşya kaçakçılığı sayıldığından bu maddelerin kaçakçılıklarına, Kaçakçılık Kanunundaki aslı ceza verildikten sonra evvelce gümrük resmi esası üzerinden verilmiş olan para cezası, Inhisar Kanununda yazılı miktar üzerinden hükmediliyordu. Bu kere yürürlüğe giren 5321 sayılı kanun müsterek hükümleri ihtiva eden ve bu bakımdan bir ana kanun olan Kaçakçılık Kanununa hiç dokunmadan; çakmak ve sun'î çakmak taşlarını eskiden olduğu gibi gümrük resmine tâbi mevât arasına sokmuş ve imlâl ve satışını serbest bırakmıştır. Bununla beraber 5321 sayılı kanunun; Kaçakçılık Kanunundaki hükümlere müessir olup olmadığını ve müessir olduğu takdirde derecesini ölçebilmek için Kaçakçılık Kanununun hâdisemizle ilgili olan hükümlerini ve kanunun, kaçakçılık suçunun tekevvünü hususunda tayin ettiği unsurları gözden geçirmek icabeder:

1918 sayılı Kaçakçılık Kanununun birinci maddesinde aynen (Aşağıda yazılı fiilleri işlemek kaçakçılıktır:

A — Her hangi bir maddeyi veya eşyayı gümrük muamelesine tâbi olmaksızın Türkiye'ye ithal veya Türkiye'ye ithaline teşebbüs etmek,

B — Türkiye'ye ithali veya Türkiyeden ihracı memnu olan her hangi bir madde veya eşyayı ithal veya ihrac veya bunlara teşebbüs eylemek,

C — A, B fıkralarında yazılı kaçak eşyayı memleket dahilinde bir yerden diğer bir yere bilerek nakletmek veya satın almak veya satmak veya saklamak veya satılığa arz etmek veyahut alınıp satılmasına delâlet etmek,

D — Devlet inhisarı altında bulunan maddeleri mezun ve salâhiyeti olmaksızın:

1 — Türkiye'ye ithal etmek,

2 — Memleket içinde bir yerden diğer yere sevk ve nakletmek,

3 — Saklamak,

4 — Satılığa çıkarmak ve satmak,

5 — Bilerek kabul etmek, satın almak veya istimal veya istihlâk etmek,

6 — Türkiye dahilinde imâl etmek ve imâl için haricîten alât ve edevat ithal eylemek veya bu alât ve edevatı dahilinde imâl etmek veya nakletmek veya hıfzetmek veyahut failin ne maksatla kullanacağını bilerek tedarik eylemek.)

Kaçakçılık Kanununun birinci maddesinin bu A, B, C ve D bendlerindeki hükümler ile 1503 sayılı kanunun çakmak ve sun'î çakmak taşları ile ilişkin hükümlerini karşılaştırdığımız zaman; Kaçakçılık Kanunundaki hükümlerin umumi ve mutlak olduğunu görürüz. Bir maddenin Devlet inhisarı altında iken Devlet inhisarından çıkması ile o madde; aslen gümrük resmine tâbi eşyadan ise Kaçakçılık Kanununun şumulü dışında kalmaz. Zira 1503 sayılı kanunun çakmak ve sun'î çakmak taşlarına ilişkin hükümleri yürürlükte bulunduğu zamanda bu maddelerin gümrük resmi, Tekel idaresi tarafından verilmek suretiyle yurda ithal edilmekte idi. Bu sebeple bu maddeleri inhisar altında olduğu zamanda kaçak olarak yurda sokanlar veya yurd içinde satanlar hem Inhisar Kanununa muhalefet etmiş ve hem de gümrük resmi verilmemesi sebebiyle Kaçakçılık Kanununa aykırı hareket etmiş oluyorlardı. Binaenaleyh çakmak ve sun'î çakmak taşlarının inhisar maddesi olmaktan çıkarılması bu maddelerin kaçakçılığını yapmış olan şahsın fiilindeki cürmiyeti tamamen izale edemez.

Zaten 5321 sayılı kanun, kaçakçılık suçunun tekmiil 'unsurlarını ortadan kaldırmış değildir, çünkü; Kaçakçılık Kanunu yalnız inhisara tâbi esya kaçakçılığı hakkında hükümleri ihtiva etmeyip aslen gümrük resmine tâbi esya kaçakçılığını da sümülüne almış bulunmaktadır.

Eğer bu maddelerin kaçakçılığından doğan cürmiyet halli yalnız 1503 sayılı kanunla tekevvün etmiş ve 1918 sayılı kanunla ilgisi bulunmamış olsaydı o vakit bu hükümler kaldırılmakla kaçakçılık suçu da ortadan kalkmış olurdu.

Bugün 5321 sayılı kanunla ortadan kalkan tek bir kaçakçılık durumu mülâhaza edilebilir. O da (Çakmak ve sun'î çakmak taşı memleket dahilinde imâl edilmiş ve elde mevcut dâva ve mahkûmiyet hükmü de, dahilde imâl edilen çakmak ve sun'î çakmak taşına taallük etmekte bulunuyorsa, iste o vakit ortada gümrük kaçakçılığı olmaksızın yalnız 1503 sayılı kanunla inhisar maddesinin kaçakçılığı bulunacağı için cürmiyetin devamı iddâ edilemez.

Vakıa, Devlet Tekeli altında olan bir maddenin dahilde imâlî de Kaçakçılık Kanununun birinci maddesinin «D» bendinin altıncı fıkrası hükmünce kaçakçılık suçunu teşkil etmektedir. Fakat bir madde, Devlet Tekelinden çıkarılınca, o maddenin dahilde imâlî tamamen serbest bir hal alacağından artık memnuiyetin düşülmesi mümkün değildir.

Kaçakçılık Kanununun sümülüne dahil olan bir maddenin Devlet inhisarından çıkarılması, yalnız para cezası üzerinde tesiratını gösterir.

İhtilâfa konu olan hâdiseler ise, dahilde imâl edilmeyen ve Devlet Tekeline tâbi olduğu zamanda hem kaçakçılık ve hem de 1503 sayılı kanun hükümlerine muhalefet edilmek suretiyle yurda ithal edilen ve satılmak üzere bulundurulmuş çakmak ve çakmak taşlarına taallük etmektedir. Olay zamanında gümrük resmini verecek durumda olmıyan sanıklar; çakmak ve sun'î çakmak taşı kaçak olarak yurda ithal etmek veya yurd içinde satın alarak yanında bulundurmakla yalnız İnhisar Kanununa muhalefet etmiş olmayıp aynı zamanda Kaçakçılık ve Gümrük Tarife Kanunlarına muhalefet eylemiş bulunmaktadır.

1503 sayılı kanunun yürürlüğü sırasında bir kimsenin gümrük resmini ödemek suretiyle çakmak ve sun'î çakmak taşı yurd içine sokması mümkün olamayacağına ve bu kanunun çakmak ve sun'î çakmak taşlarına ilişkin hükümlerinin ortadan kalkması ile gümrük kaçakçılığının muhal bir suç teşkil ettiğine ve 1918 sayılı kanunun birinci maddesinin (B) fıkrası hükmünce bu kabil suçların ithal kaçakçılığı mahiyetini alıp fallerine ceza verilmesine Türk Ceza Kanununun (2) nci maddesi sarahatının ve usulî hükümlerin mâni olduğuna ve bu maddelerin kaçakçıların hareketinde olay tarihi itibarıyla gümrük resmine tâbi esya kaçakçılığı kasdı bulunduğu dair olmak üzere Heriye sürülmüş olan mütalâanın isabete makrûn olup olmadığını tayin için muhal suçların ne gibi ahvalde tekevvün ettiğinin ve elde mevcut hâdiselerde kaçakçılık suçunun tarifine nazaran gümrük kaçakçılığının hukukan ve esasen gayri mevcut farzedilmesini icabettirecek imkânsızlık halinin mevcut olup olmadığını kısaca tahliline lüzum ve zaruret hasıl olmuştur.

Her cürüm teşekkül edebilmesi için bazı unsurların vücudu lâzımdır. Cürümler, bazan imkânsızlıklar dolayısıyla vücut bulmaz, bu imkânsızlığı 1 — mahallî cürme, 2 — suçu işlemek için istimâl olunan vasıtalara göre ayrılmış bulmaktayız. Meselâ zaten ölmüş bir adamı bir kimse öldürmeğe tasaddî etmiş olsa buradaki imkânsızlık mahallî cürme göre düşünülür. Zira; katil fiilinin vücudu için hayatın ortadan

kaldırılması şarttır. Halbuki, öldürmek istenilen adam esasen ruhsuz bir ceseden ibaret olduğuna göre* katil suçunun tekevvün edebilmesi için gereken hayatın izalesine imkân olamaz. Ve yine İstimâl olunan vesait; fiilin esasen ikaina kâfi değil ise bu takdirde mikânsızlık hali mütalâa olunabilir. Zehirlemek maksadiyle bir kimseye zehir yerine zühûlen toz şekeri verilmesi gibi. Bu kabül ahvalde; yalnız kasdî cürmisi bakımından faile ceza verilir verilmeyeceği hususu da hâdiselerimiz ile ilgili bulunmamaktadır. Cürmü müstehlîn ana hatlarını, bu suretle gözönünde bulundurduğumuz zaman hâdiselerimizde; 1503 sayılı kanundaki çakmak ve sun'î çakmak taşlarına taallûk eden hükümler kaldırılmazdan evvel İnhisar Kanununa muhalefet eden adamın fiili; aynı zamanda Kaçakçılık Kanununun birinci maddesinin A ve C bendlerine de muhalefet eylemiş olması itibariyle 5321 sayılı kanunla 1503 sayılı kanundaki çakmak ve sun'î çakmak taşlarına taallûk eden hükmünü kaldırmasından sonra dahi, ortada mahallî cürüm yani kaçakçılık suçunun tarifine uygun ve kaçakçılık suçunun unsurlarını câmi işlenmiş bir fiilli cürmi vardır; inhisarlara tâbi esya kaçakçılığının muahharan gümrük resmine tâbi esya kaçakçılığı vasfını alması suçun yalnız hukuki vasfında bir tebeddül meydana getirmiş bulunmaktadır. Bu hal; Kaçakçılık Kanununun tatbiki bakımından ve bütün anasını ihtiva etmekte olan kaçakçılık suçunun muhal suçlar arasında mütalâa edilmesini gerektirmez.

İstenen fiilin aslı mahiyetini tayin için 1918 sayılı kanunun esbabı mucibesini tetkik etmek de faydalı olur. 1918 sayılı kanuna ait Karma Komisyonu raporunda; (kaçakçılık vak'alarının çoğalması ve Gümrük ve İnhisarlara tâbi mevada müteallik ve mahiyetli itibariyle birbirinin aynı olması lâzım gelen bu fiil hakkında takip ve tahkik ve tecziye hususlarının müteaddit kanun ve nizamlarla muhtelif ahkâma tâbi olması hâdiseye müessir ve idaresinin mahzurlu olduğu aşikâr bulunmakla beraber şiddetli ve seri tedbirler almağa ihtiyac olan işte merasim ve usule müteallik umumî hükümlerden müstesna olarak bazı kaidelerin kabulündeki zaruret varid görülmüştür. Lâyhânın üçüncü faslı iki kısım olarak cezai hükümleri tesbit etmektedir.

Gümrük Kanununun kaçakçılığa ait hükümleri tamamen ve inhisara tâbi mevadın hususî kanunlarındaki cezaya ait maddelerde ancak hükmolunacak para cezalarında nisbeti gösteren kaçak inhisara tâbi esyanın kıymet ve adet gibi esaslara müstenit ahkâmından maada cismanî mücazâtına mütedair kısımları bu kanunda cemî ve telfik edilen hükümlerle ilga edilmiş olduğundan bu fiilin gerek münhasıran Gümrüklere ait ve gereken Gümrükler ile İnhisarlara müteallik cezai hükümleri, maksadı temin edecek şekilde cezaları ve fiilin mahiyetli, icrası tarzı ve fiillerin sıfatları itibariyle icabeden teşdidî hükümlerinde adilâne bir nisbet esasî gözetilerek bazı değişiklikler yapılmıştır) denilmektedir. Gerek 1918 sayılı kanunun baştan aşağı mütalâasından ve gerek mucip sebeplerinin tetkikinden anlaşılmaktadır ki, İnhisara tâbi bu madde kaçakçılığı Kaçakçılık Kanunu hükümlerinden tecrid ederek müstakillen mütalâa etmeğe hukuki imkân mevcut değildir. Esbabı mucibe raporunda açıklandığı üzere Gümrük ve gerek İnhisarlara tâbi mevada taallûk eden kaçakçılık fiilleri aslı mahiyetleri itibariyle birbirinin aynı olunca çakmak ve sun'î çakmak taşı kaçakçılığını 1503 sayılı kanun zamanında yapmış olan bir şahsın fiilini yalnız İnhisar Kanununa muhalefet şeklinde telâkki etmeğe ve bu maddenin İnhisardan çıkarılmasıyla kaçakçılık suçunu muhal cürüm olarak saymağa kanunen cevaz bulunmamaktadır. İnhisara tâbi olduğu zamanda kaçakçılığı yapmış olan bir şahsın

Kaçakçılık Kanununa da muhalefeti kasdeylemiş olması itibarıyla o maddenin İnhisardan çıkarılması; failinin kaçakçılık yapması hakkındaki kasdı cürmisini ortadan kaldıramaz.

5321 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yakalanan bu maddelerin idarenin toptan satışı çıkardığı mallardan mı yoksa evvelden başkaları tarafından yurda sokulmuş olup da şahıslar elinde kalan mallardan mı? olduğunun tefriki mümkün olamayacağı ve bu takdirde, aynı madde hakkında bir kısım vatandaşlara ceza verilmek ve bir kısmını beri tutmak gibi bir sonuca varılacağı yolundaki düşünce de yerinde görülmemiştir. Çünkü, bir maddenin kaçaktan mı? Yoksa gümrük resmi verilmek suretiyle mi tedarik edildiğinin tayini işi Ceza Yargıçlarının duruşma icrasıyla halledecekleri takdirli mesailden olduğundan bu sebep 5321 sayılı kanunun sümülünü tayin emrinde esas tutulamaz.

1503 sayılı kanunun yürürlüğü zamanında işlenen çakmak ve sun'î çakmak taşı kaçakçılıklarının 5321 sayılı kanun kargısında durumu tayin ve tesbit edilirken; bu kaçakçıların fiili; 5321 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle 1918 sayılı kanunun birinci maddesinin (B) fıkrası gereğince ithal kaçakçılığı mahiyetini almış olduğu ve ithalinin her gümrük resmi veren tarafından serbest bırakılmasıyla suçluluk halinin kalmadığını ve bu kabil kaçakçılara ceza verilmesine usul hükümlerin mâni olduğu yolunda ileriye sürülen mütalâada da isabet yoktur. Zira; 1918 sayılı kanunun değişen (57) nci maddesinde aynen: (56 nci maddede yazılı suçlar hakkında alt olduğu idarelerin memurları tarafından tanzim olunacak zabıt varakaları ve tahkikat evrakı muktazi takibatın icrası için bir müzekkere ile C. Müddeiumumilerine verilir. Gümrük ve İnhisar memurları bu müzakereler ile şahsi hak dâvacısı ve müdahalecisi sıfatını alırlar. Kaçakçılık dâvalarına alâkalı idarelerin müdahale etmemiş olması; kaçak esyanın müsaderesine ve kaçakçı hakkında para cezası hükmedilmesine mâni olmayıp bu cezalar; asıl ceza ile birlikte resen karar altına alınır) denmektedir. 1918 ve 1503 sayılı kanunlar gereğince çakmak ve sun'î çakmak taşlarına ait kaçakçılık dâvasını İnhisar İdaresi mahkemeye getirmiş olduğu ve Gümrük İdaresinin dâvası bulunmadığı takdirde dahi 5321 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra suçun gümrük resmine tâbi esya kaçakçılığı bakımından takip edilmesinde hiç bir usul mâni bulunmadığı sözü geçen 57 nci maddeden açık bir surette anlaşılmaktadır; kaçakçılık dâvalarının takibi; şikâyete bağlı olmadığından 57 nci maddede zikredildiği gibi idarenin şahsi hakkı cümlesinden ve tazminat kabilinden olan para cezası, asıl ceza olan hapis cezasıyla birlikte mahkemelerce resen karar altına alınmaktadır. 1918 sayılı kanunun değişen 25 inci maddesinin üçüncü fıkrasında da aynen: (Yukarıki fıkralar hükmü tatbik olunmayacak olan ve birinci maddede sayılan sair suçlar için altı aydan üç yıla kadar hapis ile beraber gümrük resmine tâbi işlerde tutulan esyanın gümrük resmi ile sair Devlet resimleri tutarınca ağır para cezası ve İnhisarlara tâbi işlerde hususî kanun ve nizamnamelerdeki para cezası hükmolunur) yolundaki esas cezal kaide konulduktan sonra bu maddenin (4) üncü fıkrasında; hususî kanun ve nizamnamelerinde para cezası bulunmayan yerlerde hapis cezasıyla birlikte esyanın gümrüklenmiş piyasa değerinin ve memnu esyanın da takdir edilecek değerinin iki katı ağır para cezası hükmedileceği gösterilmiştir. Bu maddelerin açık hükümleri de gösterir ki, İnhisara tâbi esya kaçakçılığında hususî kanundaki para cezası asıl ceza ile birlikte hükmolunur. Hususî kanunda müstakil para cezası olmayan ahvalde gümrüklenmiş piyasa değeri esası üzerinden para cezası tayin edilir. Bu tetkikat;

çakmak ve çakmak taşlarının 1503 sayılı kanunun yürürlüğü zamanında ithali memnu esyadan değil; ithali inhisara tâbi esyadan olduğunu göstermekte olması hasebiyle Besinci Ceza Dairesinin kararında bahsi geçen 1918 sayılı kanunun birinci maddesinin (B) fıkrasının elde mevcut hâdiselerle asla ilgisi yoktur. Zira (B) fıkrasında; Türkiye'ye ithali veya Türkiyeden ihracı memnu olan her hangi bir madde veya esyayı ithal veya ihrac veya bunlara teşebbüs edenlerden bahsedilmektedir. (1503) sayılı kanun ile çakmak ve sun'î çakmak taşları yalnız ithali inhisara tâbi tutulmuştur. Bu mevzuat ithali memnu esya meyanına ithal edilmemiştir.

1503 sayılı kanun ile çakmak ve sun'î çakmak taşlarının memlekete ithaline sed çektiği için bu maddelerin kaçakçılık fiilleri; Gümrük resmine tâbi esya kaçakçılığı mahiyetini tamamiyle zayi etmiş olduğu yolundaki düşünüşte; isabet yoktur. Zira; bir maddenin ithalinin inhisara tâbi olmasıyla o madde; ithali memnu esya adadına ithal edilmiş olmaz. İthal memnu esyayı kanunlar ve nizamlar irae ve tasrih etmiş bulunmaktadır.

Nitekim, Gümrük Kanununun 17 nci maddesinde aynen: (Kavanin ve Nizamı mahsusa ile ithali memnu olan esyanın transit veya aktarması da memnudur. Şu kadar ki, bu memnuiyet İcra Vekilleri Heyeti kararıyla kısmen veya tamamen ref'olunabilir) denmiştir.

Gümrük Tarife Kanunu tetkik edilince :

Tarife No. :

- 637 — d) Harp silâhları için türlü fişenkler,
- 638 — e) Harp silâhları için fişenk kovan,
- 640 — Eshha ve mühimmatı harbiye,
- 641 — Torpiller, bombalar vesair tahribat alât ve mevadı

gibi maddelerin ithalinin memnu olduğu ve resimden muaf bulunduğu görülür. İşte bu gibi mevad bizzatithal ithali memnu esyadandır. Bunları resimden muaf olarak ithal eden Hükümet piyasaya arzetmez. Çakmak ve taşlarını 1503 sayılı kanunun yürürlüğü zamanında ithal etmeğe mezun olan inhisar idaresi gümrük resmini vererek ithal eder. Ve piyasada inhisar metal olarak sattırır. Bunun içindir ki, inhisar altında iken çakmak ve çakmak taşı kaçakçılığını yapan şahıs; ithali memnu esya kaçakçılığında olduğu gibi yalnız Kaçakçılık Kanununun hükmüne değil; hem Kaçakçılık Kanununun hükmüne ve hem de aslen gümrük resmine tâbi olması itibariyle Gümrük Kanununa da muhalefet eylemiş olduğundan o maddenin inhisar altından çıkarılmasıyla kaçakçılık suçundan cürmiyet baki kalıyor. (5321) sayılı kanun, asli cezayı tayin eden, Kaçakçılık Kanununa tesir etmez. Bu kanunun tesirati yalnız mütemmim ceza olan para cezasındadır. Bu incelemeler 5321 sayılı kanun hükmünün çakmak ve çakmak taşı kaçakçıları hakkında bir af mahiyetini haiz olmadığını ve aksine mütâbis olan görüşün isabetsizliğini bütün vuzuhu ile meydana koymaktadır.

Sonuç: Kaçakçılık Kanununun hükümleriyle hususî kanun hükümlerinin mukayesesi sırasında yukarıda irae ve izah olunduğu üzere 1503 sayılı kanun ile Devlet Tekeline alınacak çakmak ve sun'î çakmak taşı 10/2/1949 tarihinde yürürlüğe giren 5321 sayılı kanunun birinci ve dördüncü maddeleriyle Devlet Tekelinden çıkarılarak çakmak ve sun'î çakmak taşlarına ilişkin hükümler kaldırılmış olmasına ve sözü geçen kanun 1918 sayılı kanunun tarif ettiği kaçakçılık suçunun unsurlarına dokunmamış ve Gümrük Tarife Kanununda bu maddelerin gümrük resmine tâbi olduğu gösterilmiş olduğuna ve 1503 sayılı kanun ile çakmak ve sun'î çakmak

taşı Tekele alınmış olunca bu maddelerin gümrük resimleri Tekel İdaresi tarafından gümrük resmi verilmek suretiyle yurda ithal edilmiş olması hasebiyle mutlak surette ithali memnu esyadan bâhis olan 1918 sayılı kanunun (B) bendinin elde mevcut hâdiselerle ilgisi olmamasına ve (B) bendinde bahsedilen memnu esyanın ithali, gümrük resmine tâbi olmaksızın muafien Hükümet tarafından ithal edilmekte olduğundan bu esyalar sözü geçen kanunun (d) bendinde ithali inhisara tâbi olan esyanın mahiyeten farklı olup 5321 sayılı kanun yürürlüğe girince; çakmak ve sun'î çakmak taşı kaçakçılığı aslı mahiyetini izaa etmemiş ve kaçakçılık mahiyetini muhafaza eylemiş olmakla beraber gümrük resmine tâbi esya kaçakçılığı suçuna inkılâp ederek hukuki mahiyeti değiştiği için para cezasına esas olan gümrük resmi ile sair Devlet resimlerinin tutarı hafif olduğu yerlerde Türk Ceza Kanununun (2) nci maddesi hükmünce yalnız para cezasının gümrük resmi ile sair Devlet resimleri esası üzerinden tayini iktiza eylemesine ve kaçakçılık suçlarına ait dâvalar mezkûr 1918 sayılı kanunun değişen 57 nci maddesi hükmünce şikâyete bağlı suçlardan olmayıp Gümrük İdaresinin müdahale etmediği yerlerde dahi aslı ceza ile birlikte para cezasının resen hüküm altına alınmasına kanuni cevaz bulunmasına göre hâdisede kaçakçılık suçunun unsurlarının baki olduğu yolundaki Ceza Genel Kurulunun görüşünde isabet olduğuna ilk oturumda üçte iki çoğunluk olduğundan ikinci oturumda salt çoğunlukla karar verildi.

1. Mesele ve hal şekli:

Tevhidi İçtihat Genelkurulu, yukarıda aynen neşrettiğimiz kararile çakmağın ve çakmak taşının Devlet Tekelinden çıkarılması üzerine husule gelen durumu ele almış ve bu münasebetle «işlenemez suçlar» a da temas etmiştir.

Tevhidi İçtihat Genelkurulunun halletmek için toplandığı mesele şöyle ifade olunabilir: Çakmak Devlet Tekelinden çıkarılınca çakmak kaçakçılığının Tekel kaçakçılığı olmaktan çıktığı muhakkaktır. Fakat acaba böyle bir çakmak kaçakçılığı, gümrük kaçakçılığı olarak nazara alınabilecek midir? Cena Genel Kurulu 28/3/1949 tarihinde bu suale evet cevabını vermiş ve Türk Ceza Kanununun 2 nci maddesinin yalnız para cezası bakımından nazara alınması icap ettiğine karar vermişti. Beşinci Ceza Dairesi ise 5/4/1949 tarihinde bu suale hayır cevabını vermiş ve her bakımdan suçun kalktığı mütalâasında bulunmuştur. İçtihadı birleştirmek üzere toplanan Yüksek Heyet de, yukarıki kararile, evet demek suretiyle Ceza Genelkuruluna hak vermiş bulunmaktadır. Netice şu olmaktadır ki, hâdisede gümrük kaçakçılığı kabul edildiğinden aslı hapis cezası ile birlikte gümrük kaçakçılığına mahsus para cezası hükümlenacaktır. Fakat bu para cezasının, Türk Ceza Kanununun ikinci maddesine göre Tekel kaçakçılığına mahsus para cezasından fazla olması lâzımdır.

2. Kararın gerekçeleri:

Tevhidi İçtihat Genelkurulu bu kararını şu gerekçelere dayamıştır:

I — Çakmağı Devlet Tekeline alan 1503 sayılı kanunun yedinci maddesi, para cezasını tayin etmiş, hapis cezası için Kaçakçılık Kanununa âtîf yapmıştır. 5321 sayılı kanun ise çakmağı sadece Devlet Tekelinden çıkarmıştır. Gümrük kaçakçılığının mevcut olup olmadığı ise, kaçakçılık mevzuatına bakmakla anlaşılır. 1918 sayılı Kaçakçılık Kanununun kaçakçılığı tarif eden birinci maddesinde herhangi bir malı gümrüksüz ithal gibi Devlet inhisarı altında bir malı mezuniyetsiz olarak Türkiyeye sokmak, memlekette nakletmek, saklamak vesaire de kaçakçılık sayılmıştır. Çakmağın gümrüğünü Tekel İdaresi vererek memlekete sokuyordu. Bu itibarla çakmak kaçakçıları hem gümrük vermemek suretile gümrük kaçakçılığı yapıyorlar, hem de İnhisar Kanunlarına muhalefet etmek suretile Tekel kaçakçılığı yapmış oluyorlardı. Tekel kaçakçılığının kalkması gümrük kaçakçılığının da kalkmasını gerektirmez. Zira gümrük kaçakçılığı hakkındaki hükümler mer'i bulunmaktadır. İnhisar kaçakçılığının gümrük kaçakçılığından tecriden mütalâasına imkân olmadığı 1918 sayılı kanunun Karma Komisyon gerekçesinde de bu suçların mahiyeten aynı olduğunun ve umumî kaçakçılığa ait cismanî cezanın Kaçakçılık Kanununda yazıldığıının, Tekel kaçakçılığına ait hususî kanunlardaki para cezaları hükümlerinin mer'i bulunduğuunun tasrih edilmesinden de anlaşılmaktadır.

II — 5321 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yakalanan maddelerin serbest satılan çakmaklar mı yoksa evvelce kaçak olarak yurda sokulmuş çakmak mı olduğu kolayca anlaşılamiyacağından aynı maddenin farklı şekilde tatbik edilebileceği ve bunun ise doğru olmadığı iddiasını, Tevhidi İçtihat Genel Kurulu varit görmemiştir. Buna sebep olarak, çakmağın ne şekilde elde edildiğinin muhakeme neticesinde sabit olacak bir husus olduğu ve bu itibarla kanunun şümulünü tayinde nazara alınamiyacağı söylenmiştir.

III — Tevhidi İçtihat Kurulu, Beşinci Ceza Dairesinin 5/4/1949 tarihli kararında ileri sürdüğü bir iddiayı da cevaplandırmıştır. Bu iddia şöyle hülâsa olunabilir : «Çakmak Tekelde iken herkes gümrüğünü verip ithal edemiyordu. Bu itibarla ithali memnu eşya idi. Bu sebeple 1918 sayılı kanunun birinci maddesinin B fıkrası gereğince ithal kaçakçılığı bahis mevzuu idi. İthal serbest bırakılınca suçluluk hali de kalmadı». Bu iddiayı çürütmek üzere Genel Kurul hülâsaten şöyle demiştir : 5321 sayılı

kanundan önce çıkmak, ithali memnu eşyadan değildir. Sadece ithali inhisara tâbi eşyadandı. Bir maddenin ithalinin inhisara tâbi olması ile o madde ithali memnu eşya meyanına girmiş olmaz. İthali memnu eşya, hususî kanunlarda tasrih edilmiştir. Zaten ithali memnu eşya için gümrük resmi bahis mevzuu olamaz. Halbuki çıkmak gümrük resmi vardır ve bunu Tekel İdaresi vermekte idi.

IV — Tevhidi İçtihat Genel Kurulu usule müteallik bir iddiayı da cevaplandırmak lüzumunu duymuştur. Bu iddia de şöyle hülâsa olunabilir: «Dâva Tekel İdaresinin müzekkeresiyle açılmıştır. Gümrük suçu ise Gümrük İdaresinin müzekkeresi ile açılır. Hâdisede böyle bir müzekkere mevcut değildir». Bu iddiaya karşı verilen cevap da hülâsaten şöyledir: Kaçakçılık Kanununun 57 nci maddesi alâkalı idarelerin müzekkeresini şahsî hak talebi ve müdahale mahiyetinde görmüş, müzekkere ile müdahale edilmemiş olmasının kaçakçılık hakkında aslî ceza ile birlikte para cezası alınmasına mâni olmayacağını tasrih etmiştir. Şu halde, hâdisede Gümrük İdaresinin müzekkeresinin bulunmaması, gümrük kaçakçılığın- dan, hapis ve para cezası verilmesine mâni olamayacaktır. Netekim aynı kanunun 25 inci maddesi hususî kanunlarda müstakil para cezası olmayan ahvalde eşyanın gümrüklenmiş piyasa değeri esasî üzerinden para cezası alınacağı kaidesini koymuştur.

V — Tevhidi İçtihat Genel Kurulu, ortada işlenemez suç olduğu iddiasını da cevaplandırmıştır. Bu iddia, Çıkmak Tekeli mevcut iken bir kimsenin gümrüğünü vererek çıkmak getirmesinin imkânsız olduğu ve bu itibarla gümrük kaçakçılığı suçunun muhal (işlenemez) bir suç teşkil ettiği yolundadır. Bu iddia Tevhidi İçtihat kararında şu şekilde çürütülmüştür: İşlenemez suç zehir yerine şeker vermek, ölmüş adamı öldürmeğe kalkışmak misallerinde olduğu gibi ya vasıta bakımından yahut mahalli cürüm bakımından bahis mevzuudur. Hâdisemizde ise böyle bir imkânsızlık yoktur. 5321 sayılı kanundan sonra dahi ortada kaçakçılığın bütün unsurlarını câmi bir suç vardır.

3. Netice ve gerekçeler hakkındaki düşüncelerimiz:

Biz işlenemez suç olmasına verilen cevap müstesna olmak üzere Tevhidi İçtihat kararında ileri sürülmüş gerekçeleri ve varılan neticeyi doğru ve yerinde bulmaktayız. Kanaatimizce neticenin doğruluğunu isbat için şu hususlar da ileri sürülebilirdi:

a) Çıkmak kaçakçılığının inhisar zamanında dahi, sadece inhisar suçu olmadığı, Kaçakçılık Kanununun birinci maddesinin yazılış şeklin-

de de anlaşılmaktadır. Her ne kadar bu kanunun 25 inci maddesinde cezalar tesbit edilirken gümrük kaçakçılığının cezasının altı aydan üç yıla kadar hapis ve gümrük resmi vesair Devlet resimleri tutarınca ağır para cezası, Tekel kaçakçılığının cezasının da altı aydan üç yıla kadar hapis ve hususî kanunda yazılı para cezası olduğu tasrih edilmiş olmasından ve farklı cezaları olan birbirinden farklı ve müstakil iki kaçakçılık suçu karşısında bulunulduğu mânasını çıkarmak mümkün ise de bu muhakeme tarzı kanaatimizce doğru değildir. Kaçakçılık Kanununun birinci maddesinde kaçakçılığın bir tek suç olarak tarif edilmesi ve müteaddit nevilerinin ve bu arada gümrük ve tekel kaçakçılıklarının gösterilmesi sebepsiz değildir. Kanun koyucu, kararda işaret edilen gerekçede de belirtildiği üzere, bunların hepsini aynı mahiyette görmüş, hepsine mutlak olarak aynı miktar hapis cezasını vermiş, fakat para cezalarını çeşitlerine göre farklı şekilde tesbit etmiştir. Kaçakçılık tarifine giren bir fiilin suç olmaktan çıkması için kaçakçılık şekillerinden yalnız birine değil, hiç birine uymaması lâzımdır.

b) Kaldı ki bu iki çeşit kaçakçılığın müstakil sayılması dahi aksi neticenin kabulünü gerektirmez. Tekel kaçakçılığının bazan gümrük kaçakçılığını da teşkil ettiğini, bir veya müteaddit fiil ile kanunun iki hükmünün ihlâl edildiğini bildiği halde kanun koyucu yalnız birinin cezasını vermekle iktifa etmiştir. Bu hal diğer hüküm ihlâlinin cezaî müeyyidesi olmamasından değil, çifte ceza vermemek bakımından kabul edilmiş bir hükümdür. Filhakika gümrük kaçakçılığının kanunda cezası yazılı bulunmaktadır. Şimdi bu hükümlerden biri kaldırıldığından sadece bir hükmün ihlâli bahis mevzuudur ve o hükmün ihlâlinin cezasının verileceği de tabiidir.

c) Tekelin kaldırılması ile hususî kanundaki para cezası da kaldırıldığı için, burada 1918 sayılı kanunun yirmi beşinci maddesinin, hususî kanunlarda müstakil para cezası olmadığı ihtimalini derpiş eden fıkrasının tatbik edileceği bir hal karşısında bulunuyoruz demektir.

4. İşlenemez suç

Tevhidi İctihat kararında (muhal suç) veya (cürmü müstahil) diye adlandırılan ve doktrinde işlenemez suç denilen suçlara taallük eden iddia ve cevaba gelince, bunların ikisine de iştirak edememekteyiz.

İddia, Çakmak Tekeli mevcut iken gümrük vererek çakmak getirmek imkânsız olduğuna göre böyle imkânsız bir suçtan yani işlenemez suçtan dolayı ceza verilmesinin doğru olmayacağı merkezindedir. Bu yolda bir

iddia, işlenemez suç mefhumunun ne gibi mülâhazalarla ortaya çıktığının, nazara alınmamasından ileri gelse gerektir. İşlenemez suçlar, bilindiği gibi, teşebbüs bakımından mütalâa edilegelmektedir. Fail suçun icra hareketlerine başlamış fakat elinde olmayan sebeplerle bitirememiştir, yahut icra hareketlerini bitirmiş fakat netice meydana gelememiştir. Bu vaziyetlerde, kaideten, teşebbüs cezası verilecektir. Çünkü suç neticesi meydana gelmiş suç tamamlanmış değildir. Fakat acaba her zaman teşebbüs cezası verilmeli mi diye bir soru ortaya atılmış ve bazı cezacılar kullanılan vasıta zaten o neticeyi meydana getirmeğe elverişli değilse veya suçun mevzuu mevcut değilse suç zaten işlenemez ki teşebbüs bahis mevzuu olsun demişlerdir. Bazı kanunlar da bu mülâhazaları kabul etmiştir. Meselâ bizim kanunumuz vasıta bakımından işlenemez suç kabul etmiştir. Kullanılan vasıta «vesaiti mahsusa» tâbirine girmiyorsa teşebbüs bahis mevzuu değildir (m. 61). İlâve edelim ki, yeni İtalyan kanununda olduğu gibi (m. 49) işlenemez suçun teşebbüsünde ceza vermemegi, fakat faileri hakkında emniyet tedbiri almağı kabul edenler de vardır. Buna mukabil İsviçre Kanunu (m. 23), suçun tahakkukunu kat'i surette imkânsız kılan bir vasıta ile veya suçun tahakkukunu imkânsız kılacak mahiyette bir mevzua karşı işlenen suça, işlenemez suç demek ve fakat teşebbüste olduğu gibi tam suç cezası vermektedir. Mamafih bu hallerde hâkime cezayı indirmek, hattâ nevini bile değiştirmek salâhiyeti tanınmıştır. Federal Mahkeme, bu tarif dışında kalan işlenemez suçlara teşebbüste, meselâ çocuk düşürmede kadının gebe olmaması gibi aranılan vasfın bulunmaması halinde ceza verilmeyeceğini kabul etmiştir¹.

Yine ilâve edelim ki işlenemez suçlarda failin kasdini, tehlikeli şahsiyetini nazara alanlar teşebbüs cezası verilmesine taraftardır. İşlenemez suç nazariyesi, Donnedieu de Vabres'in de belirttiği² gibi, bugün her yerde terkedilmek üzeredir. Türk doktrini de bu yolda yürümektedir. Hukukî imkânsızlık halinde ceza verilmemesine taraftar olmuş olan hocamız Prof. Taner³, son eserinde hukukî imkânsızlık halinde dahi ceza verilmesini istemekte ve bunu içtimai fayda ve adalet mülâhazalarına dayanmaktadır⁴. Prof. Erem de kanunumuza göre işlenemez suçun cezalandırılması imkânını aramakta, ve yorum yolu ile işlenemez suçun cezalandırılmıyacağı kanaati muhafaza olunduğu takdirde, bir çok yabancı kanunlarda olduğu gibi, kanunumuza işlenemez

1) Federal Mahkeme : 13/10/1944. *Journal des Tribunaux*, 1946, IV, 3.

2) DONNEDIEU DE VABRES : *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*. 1947, s. 142.

3) TANER : *Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu serhi*, 1. bası, 1936, s. 283.

4) TANER : *Ceza Hukuku*, 1949, s. 287.

suçun cezalandırılacağı hakkında hükümler konulması lâzım geleceğini söylemektedir⁵⁾. Biz de işlenemez suçların umumiyetle cezalandırılması lâzım geleceği kanaatindeyiz. Filhakika teşebbüs halinde zarar meydana gelmediğinden ceza zarar olduğu için değil, failin tehlikeli olduğunun anlaşılması sebebiyle verimektedir. Bu sebeple işlenemez suçlarda da teşebbüs cezası vermemek için zararın meydana gelmediği veya gelebileceği ileri sürülemez icap eder.

İşlenemez suçların teşebbüs bakımından nazara alınması, teşebbüste neticenin meydana gelmemiş, suçun tamamen işlenmemiş olması yüzündendir. Bu itibardır ki hakikaten tamamlanmış, işlenmiş suçların işlenemez olduğunun ileri sürülmesi doğru değildir. Hâdisede gümrük resmi verilmeden çıkmak memlekete ithal edilmiş olduğuna göre suç tamamlanmıştır, işlenmiştir. Nasıl olur da işlenemez diye tavsif olunabilir?

Tevhidi İçtihat kararının işlenemez suç olmasını reddedişi de kanaatimizce tatmin edici değildir. Filhakika kararda işlenemez suç olması esas itibarıyla kabul edilmiş, fakat hâdisede işlenemez suçun şekillerinden biri olmadığı cevabı verilmiştir. Kanaatimizce, iddia, işin esasına ve çeşitlerine girmeden reddolunmak iktiza ederdi. Hâdisede gümrük kaçakçılığı suçu işlendiğine göre artık bunun işlenemez olup olmadığı bahis mevzuu olan suçun işlenemez suç nevelerinden birine girip girmediğinin münakaşasına yer olmamak icap ederdi. Kaldı ki, Yüksek Mahkememizin bugün artık terkedilmekte olan bir nazariyeye sarılması ve mahalli cürüm bakımından imkânsızlık adını verdiği ve doktrinde mevzu bakımından imkânsızlık denilen halde de kanunumuzda sarahat olmadığı halde, işlenemez suç görmesi, içtimai müdafaa esaslarına aykırı bulunmaktadır.



Dâva izni ve dâva açma süresi

T. C.
YARGITAY
BİRİNCİ CEZA DAİRESİ
Esas No. : 1471
Tarihi : 12/4/1949

(Sır) başlığı altındaki yazılarıyla millî hissiyatı sarsacak ve zayıflatacak şekilde propaganda yapmaktan sanık Fâzıl oğlu «Büyük Doğu» mecmuası sahibi ve yazarı

5) EREM : *Türk Ceza Hukuku*, 1949, s. 429.

işleri müdürü Necip Fâzıl Kısakürek'in beraatine dair İstanbul Sekizinci Asliye Ceza Yargıcılığından verilen 19/4/1949 tarihli karar C. Savcılığının temyizine binaen Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesince bittetikik: sözü geçen yazılarda Türkiye ve Türklere yapılan isnatlarda hakaret mânası mündemiç iken Ceza Kanununun 159 uncu maddesinin birinci fıkrası ve dolayısıyla görev ciheti gözetilmeksizin beraat kararı verilmesi yolsuz olduğundan bahisle bozularak iade edilmesi üzerine mezkûr mahkemece bozmaya uyulduktan ve verilen görevsizlik kararı ile dâva dosyası İstanbul İkinci Ağır Ceza Mahkemesine tevdi edildikten ve Asliye Ceza Yargıcılığınca bozmaya uyulduktan sonra suçun vasfı değişmiş olduğundan Türk Ceza Kanununun 160 inci maddesinin açık hükmü dairesinde dâvanın açılıp duruşma yapılabilmesi izne bağlı olup izin alınmadan dâva açılmıyacağına ve bir tetkik yapılamıyacağına göre Basın Kanunundaki zaman aşımı hakkında şimdiden bir karar vermeğe mahal olmadığından sanık hakkındaki duruşmanın ceza usulünün 253 üncü maddesi hükmünce tatiline ve kanuni gereği yapılmak üzere dosyanın C. Savcılığına tevdiine 8/12/1948 tarihinde karar verildikten ve C. Savcılığınca kovuşturma yapmağa izin alınıp evrakı mezkûre tekrar Ağır Ceza Mahkemesine tevdi edildikten sonra yapılan duruşma sonunda: Suçun kanuni vasfı zamanında tayin ve tesbit edilerek izin istihsal olunmamış ve suç mevzuu olan yazılar 1946 yılında intisar ettiği halde Matbuat Kanununun 54 üncü maddesinde yazılı altı aylık müddet geçtikten sonra izin alınmış ve daha evvel millî hissiyatı sarsacak ve zayıflatacak propagandâ yapmak suretiyle açılan dâvaya sonradan alınan izin tesmîl edilerek dâvanın zamanında çılmış olduğu kabul edilemeyeceğinden Türklüğü tahkirden dolayı dâvaya devamı imkân olmadığından mezkûr 54 üncü madde hükmüne göre sanık hakkındaki dâvanın istima olunamıyacağına dair İstanbul İkinci Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 23/2/1946 tarihli kararın Yargıtayca incelenmesi C. Savcılığı tarafından istenilmiş olduğundan dâva evrakı C. Bassaveılığı Yüksek Makamından tebliğname ile Yargıtay Birinci Ceza Dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

Gerçî sanık aleyhine Sıkıyönetim Komutanlığınca Ceza Kanununun 142 nci maddesine müsteniden dâva açılmış ve dâvanın konusu da Büyük Doğu Mecmuasının 53, 54 ve 55 inci sayılarında intisar eden (Sir) başlıklı roman teşkil eylemekte bulunmuş ise de, Sıkıyönetimin lâğvı ve dosyanın Adliyeye tevdi edilmesi üzerine Asliye Ceza Mahkemesinde yapılan duruşma sonunda: sanığın beraatine dair verilen hüküm Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesince mezkûr mecmualarda nesrolunan romandaki yazıların Türklüğü tahkirden ibaret olduğu kabul olunarak hükmün gerek vazife noktasından ve gerek suçun vasfı bakımından bozulmasına ve bozmaya uyularak vazifesizlik kararı ittihaz olunmasına ve buna nazaran suçun vasfı taâyyün ve tebarüz eylemesine ve Matbuat vasıtasıyla işlenmiş suçlardan dolayı altı ay zarfında açılmıyan dâvaların istima olunamıyacağı Matbuat Kanununun 54 üncü maddesinde yazılı olup Türklüğü tahkîr etmek suçundan dolayı dâva ikamesi ise Adalet Bakanlığının iznine mütevakkıf olmasına ve izin alınmadan evvel bu vasıfta bulunan bir fiil hakkında Sıkıyönetim tarafından yapılan takibat kanunen bir hüküm ifade edemeyeceğine mebnî savcının varit görülmeyen itirazlarının reddiyle hükmün tebliğnamedeki istem gibi onanmasına 12/4/1949 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

1 — Hâdise ve meseleler

Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin yukarıda aynen naklettiğimiz

kararı dâva izni müessesesi ile dâva açma süresi arasında münasebet olup olmadığı meselesini ortaya koymuş olması bakımından çok alâka vericidir.

Kararın mütalâasından anlaşıldığı üzere hâdise şöyle cereyan etmiştir : Resen takip olunabilen suç olduğu kanaatiyle Sıkıyönetim mahkemesinde dâva açılmış, Sıkıyönetim kaldırılınca iş Asliye Mahkemesine devredilmiştir. Duruşma sonunda sanık beraat etmiş, fakat Yargıtay, Ceza Kanununun 159 uncu maddesinin tatbik edilmesi gerektiği mütalâasıyla vazife bakımından hükmü bozmuştur. Ağır Ceza Mahkemesi ise «bu suç hakkında takibat yapabilmek için Adalet Bakanının izni lâzımdır» diyerek tatil kararı vermiştir. Bunun üzerine izin alınmağa teşebbüs edilmiş ve alınmıştır. Bu sefer de Ağır Ceza Mahkemesi iznin zamanında alınmadığı mülâhazasıyla «dâvanın istima olunamayacağına» karar vermiştir. Yargıtay, izinden evvelki takibatın hüküm ifade etmeyeceği mucip sebebiyle, Ağır Ceza Mahkemesinin hükmünü ittifakla tasdik eylemiştir.

Bizce, bu kararın cevaplandığı meseleler, şu şekilde ifade edilebilir :

1 — Adalet Bakanının izninin dâva açma süresi içinde verilmesi şart mıdır?

2 — Şart olduğu kabul olunursa, zamanında izin verilmediğini gören mahkeme ne kararı verecektir? Gerek mahallî mahkeme, gerek Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, birinci suale müsbet cevap vermişlerdir. İkinci suale sarîh bir cevap verilmiş değildir. Mahkeme «Dâvanın istima olunamayacağına» karar vermiş, Yargıtay da tetkik ve tasdik etmek suretiyle bu yolda bir karar verilebileceğini zımnen kabul etmiştir.

Kanaatimizce bu iki cevap da tenkide şayandır.

2 — Adalet Bakanının izni

İznin dâva açma süresi içinde verilmesinin şart olup olmadığı سوالini cevaplandırabilmek için izin müessesesini yakından tetkik etmek lâzımdır.

Malûmdur ki, mevzuatımız bazı suçlar hakkında takibat yapılabilmesini muayyen makam ve mercilerin iznine bağlı tutmuştur. Kanunlarımızda bazan izin, bazan mezuniyet, bazan karar tâbiri kullanıldığı görülmektedir. Biz bunların hepsini bir tek «izin» tâbiri altında toplamayayı tercih ediyoruz.

İznin Maddî Ceza Hukukuna mı, yoksa Usulî Ceza Hukukuna mı taallük ettiği meselesi doktrinde münakaşalıdır. Biz, iznin, büyük bir

ekseriyet ile birlikte, suçun cezalandırılabilme unsurunun bir şartı değil, fakat dâva hakkının mevcudiyeti şartı olan **takip şartı** olduğu kanaatinde bulunmaktayız¹. Suçun işlenmesiyle Devletin ceza vermek hakkı doğar, fakat bu hakkın kullanılabilmesi için, dâva (= takip) hakkının da bulunması lâzımdır. Takip hakkının mevcudiyetinin bağlandığı şartlardan biri de «izin» dir.

Mevzuatımız âmme dâvasının ikamesinin «mezuniyet veya karar» alınmasına bağlı bulunduğu takdirde mezuniyet veya kararın alınmasına kadar müruru zamanın duracağını kabul etmiştir (CK 107).

İznin, müşahhas hâdisede dâva açılıp açılmamasında uygunluk ve âmme menfaati bulunup bulunmadığı arandıktan sonra kanun tarafından âmme dâvasının açılmasına konulan engelin kaldırılması sonucunu doğuran idarî ve takdiri bir muamele olduğunu, biri aktif, diğeri pasif iki çeşidi bulunduğunu, birincisinin aynı zamanda Devletin bazı organlarını görevleri bakımından teminat altına almak, ikincisinin de münhasıran mahzur bulunması halinde dâva açılmasına mani olmak üzere kabul edildiğini bir başka vesile ile izah etmiş bulunuyoruz². Gerek aktif ve gerek pasif izni, mevzuatımıza göre, muhtelif makam ve merciler vermektedir. Adalet Bakanlığı da bunların arasındadır. Hülâsa, Adalet Bakanının izni de, âmme dâvasının açılmasına geçici olarak engel olan hallerden biridir³.

Maamafih, derhal ilâve edelim ki, «âmme dâvasının açılması» tâbirindeki «açılma» kelimesini dar mânada almamak, görülme mânasında almak lâzımdır. Çünkü âmme dâvasının açılmasına geçici olarak engel olan haller, eğer dâva her nasılsa açılmışsa, yürütülmesine de engel olurlar. Bu itibarla bu hallerden biri olan izin de dâvanın yalnız dar mânada açılması şartı değildir, aynı zamanda yürütülmesi şartıdır. Filhakika dâva, izin lüzumu unutulması veya fiilin izne lüzum göstermiyen bir suç olarak tavsifi gibi bir sebeple açılmış, izin lüzumu sonradan hissedilmiş olabilir. Bu takdirde, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 253 üncü maddesi mucibince, dâvanın düşürülmesine değil, fakat tatiline yâni durdurulmasına karar verilecektir.

Bu da gösteriyor ki, dâvanın yalnız açılması değil, açılmış ise yürütülmesi de izne tâbi tutulmuştur. İzin mevcut olmadığından bunun alınmasını beklemek üzere dâvanın durmasına karar verilmektedir.

1) KUNTER : *Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi*, 1949, s. 248.

2) KUNTER : *Ceza Dâvası Zamanasının durması*. İstanbul Barosu Dergisi, 1948 IV 170.

3) TANER : *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 1945, s. 87.

İlave edelim ki, iznin bulunmaması «hukuku âmme dâvasının kabule şayan olmaması» hallerinden birini teşkil ettiğinden, ilk tahkikat başında, sorgu yargıcı talepten reddine karar verecektir (CMUK 173). İzin lüzumu ilk tahkikat açılmasına karar verildikten sonra görülmüşse, dâvanın durması (tatili) kararı verilmesi gerektiğini bir başka yazımızda izah etmiş bulunmaktayız¹.

Hülâsa, Adalet Bakanının izni, dâvanın görülmesinde (açılmasında ve yürütülmesinde) maslahata aykırılık olup olmadığı meselesini halletmek üzere kabul edilmiş bir müessesedir. İşin başında anlaşılırsa dâvanın açılmasına, sonradan farkına varılırsa, dâvanın yürütülmesine mani olur. Fakat 253 üncü maddeden de anlaşılacağı üzere, Yargıtay kararında ileri sürüldüğünün aksine olarak izinden önceki takibat hükümsüz sayılmaz. İş olduğu yerde durur ve mani kalkınca yine durduğu yerden itibaren takibat devam eder.

3 — Dâva açma süresi

İznen dâva açma süresi içinde verilmiş olmasının şart olup olmadığı sualini cevaplandırmamız için, dâva açma süresinin mahiyetini de tetkik etmemiz gerekmektedir.

Malûmdur ki, Ceza Hukukunda bir çok süre vardır. Bu sürelerin hükümleri iki çeşittir: 1) Zamanaşımı, 2) Hakdüşümü. Bu hükümleri bakımından, süreleri de (zamanaşımı süresi), (hacdüşümü süresi) diye ikiye ayırmak kabildir. İlave edelim ki, hükümleri farklı olan bu iki çeşit süre, çok defa ve hattâ Tevhidi İçtihat Kararlarında², birbirine karıştırılmakta ve hattâ kanun koyucu da bu hataya düşmektedir³. Halbuki zaman aşımı Devletin belli bir zaman geçtikten sonra ceza vermek, eğer ceza verilmiş ise çektirmek hakkından vazgeçmesi demektir. Bir kelime ile ceza vermek hakkının düşmesi neticesini doğurur. Belli zaman kaideten bir süre olarak tayin edilir, fakat bu sürenin durma ve kesilmelerle yine belli bir hadde kadar uzaması mümkündür. Hak düşümü süreleri ise durma ve kesilmelerle uzamazlar. Kanunlar, belli bir hakkın muhafazası için belli bir zamanda yapılması gereken muameleler kabul etmişlerdir. İşte bu muamelelerin belli zamanda yapılmasının müeyyidesi o hakkın düşmesinden ibarettir. Maamafih hak

1) KUNTER: *Sorgu Yargıcının Verebileceği Asli Kararlar*, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1949 IV 933.

2) TİGk : 17/12/1947, 17 - 25.

3) Matbuat Kanununun ondokuzuncu fasıl başlığına bakınız.

düşümü süreleri de, mücbir sebeplerin nazara alınıp alınmamasına göre ikiye ayrılırlar :

a) Bazı sürelerin, gerekli muamele yapılmadan geçirilmesi halinde mücbir sebeplerin nazara alınması ve eski hale getirme yoluyla sürenin geçirilmesinden önceki duruma dönmek imkânı kabul edilmiştir. Meselâ temyiz yoluna müracaat hakkının kullanılması için kabul edilmiş sürede olduğu gibi. Bu sürelerle (âdi hakdüşümü süreleri) veya kısaca (âdi süreler) diyebiliriz.

b) Bazı sürelerin gerekli muamele yapılmadan geçirilmesi halinde mücbir sebepler dahi nazara alınmaz. Bu sürelerle (hakiki veya mutlak hakdüşümü süresi) adını vermek mümkündür. Hangi sürenin mutlak hakdüşümü süresi olduğu kanunlarda ekseriya açıkça yazılı değildir. Doktrin ve mahkeme içtihatları kanun koyucunun maksudından bunu tefsir yolu ile çıkarırlar. Hakiki hak düşümü süreleri içinde yapılması gereken muamele bazan fertlere, bazan Devlet organlarına terettüp eder. Birinciye misal olmak üzere «şikâyet» i (CK 108), ikinciye misal olmak üzere «dâva açılması» nı gösterebiliriz (Matb K 54, MKK 56 : 7). Fert zamanında o fiilden dolayı şikâyetini yapmazsa, şikâyet hakkını kaybeder. Âmme dâvasının görülmesi de şikâyete bağlı tutulmuşsa dâva açılmaz, suçlu cezalandırılmaz. Savcı da, dâva açmak için bir süre kabul edildiği hallerde o fiilden dolayı âmme dâvasını zamanında açmazsa, Devlet ceza dâvası açmak hakkını kaybeder. Dâva açılmaz ve suçlu yine cezalandırılmaz.

Kat'i hak düşümü sürelerinin belli zaman geçer geçmez, hakkı düşürmesi neticesinin kabul edilmesi, hattâ mücbir sebepler mazeretinin dahi kabul edilmemesi, işin ehemmiyetinden ve takip hakkının kullanılıp kullanılmıyacağına bir an önce belli olması, işin müsbet veya menfî kestirilip atılması lüzumundan ileri gelmektedir. Fertlerin ve onunla sıkı sıkıya bağlı olan cemiyetin menfaati beklemeğe müteharremil değildir. Eğer dâva belli zaman zarfında açılmamışsa, şikâyet belli zaman zarfında yapılmamış ise artık dâvanın görülmesine imkân yoktur. Açılmamış ise açılmaz. Açılmış ise yürütülemez. Düşme kararı verilmek lâzım gelir.

Hülâsa, dâva açma süresi, kat'i hakdüşümü sürelerinin bir çeşitinden ibarettir.

4 — İzin, dâva açma süresi içinde verilmesi şart değildir.

İzin ve dâva açma süresinin mahiyet ve gayelerini gördükten sonra,

iznin süre içinde verilmesinin lâzım gelip gelmediği سوالini cevaplandırabiliriz.

Başka başka gayelerle kabul edilen bu iki müessese arasında bızce bir münasebet mevcut değildir. Bir diğer söyleyişle iznin süre içinde verilmemesi şart değildir.

Dâva açma süresi içinde suç teşkil eden fiil hakkında dâva açılmış olmalıdır. Fiilin hukukî tavsifinin ehemmiyeti yoktur. Lâzım olan o fiilden dolayı dâva açılmış olmasıdır. Her ne kadar Usul Kanunumuzun 150 nci maddesinde «tahkikat ve hükmün iddianamede beyan olunan suçta inhisar edeceği» söylenmiş ise de burada suç kelimesini, mehzaz kanunda olduğu gibi fiil mânasına almak lâzımdır. Nitekim 257 nci maddede de «hükmün mevzuu duruşmanın neticesine göre iddianamede gösterilen fiilden ibarettir», denilmiştir. Demek ki dâva, fiilin hukukî tavsifi hakkında değil, fakat fiilin kendisi hakkında açılır. Hâdisemizde ise suç mevzuu fiil hakkında âmme dâvası zamanında açılmıştır. Şu halde Devletin takip hakkının düşmesi bahis mevzuu olamamak lâzım gelir.

İzin ise dâvanın görülmesinde mahzur olmadığını gösteren ve kanunun önceden ihtiyaten koyduğu bir engeli kaldıran bir idarî tasarruftur ve hâdisemizde de verilmiş bulunmaktadır. O halde dâvanın görülmesi için engel kalmadığından dâvaya devam olunmak icap ederdi.

Yukarıda arzedilen sebeplerle mahallî mahkemenin ve Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin görüşlerine iltihak edememekte ve bu görüşün, savcılarının ve hattâ mahallî mahkemelerin yanlış tavsifi yüzünden suçluların cezasız kalması neticesini doğurmasını bir mahzur olarak telâkki eylemekteyiz.

5 — Kabule göre, dâvanın istima olunamayacağı kararı değil, düşme kararı verilmek gerekirdi.

Mahkeme, dâvanın istima olunamamasına karar yerirken herhalde Matbuat Kanununun 54 üncü maddesinde «matbualar vasıtasıyla işlenmiş olan suçlar aleyhine altı ay içinde açılmıyan dâvalar istima olunamaz» denilmiş olmasına ve 12/11/1941 tarihli Tevhidi İctihat Kararının «Kanunun tâbir ve beyanı veçhile» karar verilmesi lâzım geldiği yolundaki gerekçesine dayanmış olacaktır.

Biz şöyle düşünmekteyiz:

1) Son tahkikat safhasında verilecek kararlardan hüküm sayılanları 253 üncü madde göstermiştir. Bunlar beraat, mahkûmiyet, düşme (sukut) ve durma (tatil) kararlarından ibarettir. İlk iki kararda dâva

sonuna kadar yürütülmüş ve esas mesele halledilmiştir. Diğer iki kararda dâvanın yürütülemediği belirtilmektedir. Dâvanın yürütülmemesi dâvanın düşürülmesi suretiyle kat'i bir mahiyet alabileceği gibi, durdurulması suretiyle geçici bir mahiyet de alabilir. Bu bekleme safhasında ya beklenen ve dâvanın yürütülmesine imkân verecek olan şart tahakkuk etmez, bu takdirde düşmeye karar verilir; yahut şart tahakkuk eder, bu takdirde de dâvaya kaldığı yerden devam olunur. Görülüyor ki dâva hakkının kullanılamamasıyla alâkalı olmak üzere ancak iki karar verilebilir : düşme ve durma. Takip hakkının düşmüş olduğu hallerde düşme, henüz düşmemiş olduğu hallerde durma kararı verilecektir. Meselâ şikâyet müddeti şikâyetsiz geçmiş veya yapılan şikâyet geri alınmış ise düşme kararı, şikâyet müddeti henüz geçmemiş ve şikâyet hakkı da vaz geçme gibi bir sebeple düşmemiş ise, bu müddetin sonuna kadar beklemek ve ileride icabı düşünülme üzere durma kararı verilmek icap edecektir. Bunun gibi izin müracaatına menfi cevap verildiği anlaşılırsa, düşme kararı, izin verilip verilmediği henüz meçhul ise izin istenmek ve neticesine intizar olunmak üzere durma kararı verilmelidir. İlâve edelim ki, dâvanın tecili hali de dâvanın durmasından ibarettir. Bu itibarla bu hallerde de durma kararı verilmelidir¹⁾. Görülüyor ki tecil, dâvanın istima olunmaması gibi kararlar vermek suretiyle 253 üncü maddede yazılı kararların sayısını arttıрмаğa lüzum yoktur. Zaten kanun koyucu da ayrı ayrı isimlerde kararlar verilsin diye, yâni kasden ayrı ayrı tâbirler kullanmış değildir. Bir yerde «dâva istima olunamaz», bir yerde «dâva düşer», başka bir yerde «takibat yapılamaz» gibi tâbirler kullanılması tamamen tesadüfidir ve hukuk dilimizde tekarrür etmiş bir ıstılah olmamasından ve kanun koyucunun da böyle bir ıstılah yaratmak veya evvelce kullanılanları muhafaza etmek hususunda lâzım gelen dikkat ve ihtimamı göstermemesinden ileri gelmiştir. Nitekim bir tarafta tatil, bir tarafta tecil denmesi de ancak bu suretle izah olunabilir.

2) Kanunda yazılı olmadığı halde tecil kararı verilebileceği hakkındaki 12/11/1941 tarihli ve 28/7 sayılı Tevhidi İçtihat Kararı ilk tahkikat safhasına aittir ve muhakemenin men'i kararı verilebilip verilemeyeceği meselesini halletmek üzere verilmiş bir karardır. Kaldığı biz, ilk tahkikat safhasında da sorgu hâkiminin tecil kararı vermesi gerekeceği fikrine²⁾ iştirak etmemekte, Usul Kanununun 253 üncü mad-

1) Prof. Kantar da bu fikirdedir, fakat tecil hükmü vermeyi de, aynı mahiyette olduğu için, kanuna karşı muhalefet saymamaktadır. (*Ceza Muhakemeleri Usulü*, k. 2, s. 194).

2) DÖNMEZER : *Umumi âdâb ve aile nizamı aleyhinde cürümler*, 1945, s. 78.

desine kıyasen dâvanın durması kararı verilmesi icap edeceğini düşünmekteyiz. Zira, bir taraftan, bu karar muhakkak ilk tahkikat sonunda verilmesi gereken bir karar değildir, bu itibarla son tahkikatın muvakkaten tatili kararı verilemez; diğer taraftan dâva hakkının doğup doğmayacağı meçhul, fakat doğması muhtemel iken düşme kararı da verilemez. Ve nihayet aynı mahiyette iki kararın biri tatil, diğeri tecil olarak iki ayrı adla anılması için de bir sebep yoktur⁹⁾.

Yukarıda arzolunan sebeplerle, hâdisede dâvanın süresinde açılmadığı, yâni dâva hakkının kat'i olarak düştüğü kabul olunduğuna göre, dâvanın düşmesine karar verilmek lâzım gelirdi, diye düşünmekte ve mahallî mahkeme ile Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin kararlarını bu bakımdan da tasvip eylememekteyiz.

N. K.



T. C.
YARGITAY
İÇTİHADI BİRLEŞTİRME
GENELKURULU

Kararın sayısı: E. 30, K. 2

Kararın günü: 14/1/1948

Kararın dayandığı hukukî esaslar :

Hükümetin izni ile genel ev acanların mal sahipleri ile yaptıkları aktler sahih ve müteber olup buna mütedair gayrimenkul kira aktlerinden doğan ihtilâflar Ticaret mahkemelerinin görevi dışındadır.

Umumhane olarak kullanılmak üzere ev kiralanması Ticaret Kanununun 20 nci maddesinde bahsedilen umumî mahallerden birinin kiralanması hükmünde sayılmıyacağı evvelce içtihat edilip İzmir Asliye Ticaret Mahkemesinden bu hususa müteallik olarak verilmiş olan bir karar Yargıtay Ticaret Dairesinin 13/4/1942 tarih ve 1582/1071 sayılı ilâmiyle görev noktasından bozulmuş olduğu halde sonradan umumhane işletmek üzere aktedilmiş olan hususî şirketten mütevellit dâvadan dolayı Beyoğlu Üçüncü Sulh Hukuk Yargıcılığında sâdir olan 22/2/1943 tarih ve 151/252 sayılı hükmün incelenmesi sırasında; umumhanelerin umumî mahallerden sayılacağı ve bu itibarla Ticaret Kanununun sözü geçen 20 nci maddesine girebi-

9) KUNTER : *Sorgu yargıcının verebileceği asli kararlar*, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1949, IV 936.

lecek ticari muameleler nev'inden olacağı hakkında yeni bir çoğunluk teşekkül etmiş olduğundan bu baptaki uyumsuzluğun ictihadın birleştirilmesi yoluyla çözülmesi adı geçen Daire Başkanlığının 21/9/1943 tarih ve 134 sayılı yazısıyla istenilmesine mebni toplanan Tevhidi İctihat Genel Kurulundan kayfiyet incelenerek; Sonuçta:

Olayda incelenmesi gereken hukuki mesele; genelev olarak kullanılmak üzere kiralanın gayrimenkule ait aktin muteber olup olmadığı ve ticari işlerden sayılıp sayılmıyacağı hususlarından ibarettir.

Borçlar Kanununun 19uncu maddesi muclbince aktin meyzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde serbestce tayin olunabilir. Ancak, bu maddenin ikinci fıkrasında bu serbestliği takyit eden bazı istisnalar vardır. Ezcümle aktin muteber olması için kanun ve ahlâka mugayir olmaması şarttır.

Aksi takdirde Borçlar Kanununun 20nci maddesi muclbince o akit bätıl olur. Sözü geçen maddelerde kanun ve ahlâka mugayir sayılan akitlerin nelerden ibaret olduğu her türlü şüphe ve tereddüde mahal vermeyecek bir tarzda beyan edilmiş olmayıp sadece kanun ve ahlâka mugayir olan akitlerin bätıl olduğu zikrolunmakla iktifa olunmuştur.

Binaenaleyh kanun ve ahlâka mugayir akitlerin tayini; tefsire tâbi bir meseledir. Bu hususun tefsir ve tayininde yalnız Borçlar Kanunu hükümlerini nazara almak doğru olmaz. Aynı zamanda memleketin genel sağlığını korumak, inzibat ve intizamı sağlamak ve genelevler üzerindeki mürakabe ve nezaret hakkını kullanabilmek için Hükümetçe vazolunan kanunlarla nizamnameleri, emir ve tebliğleri de gözönünde tutmak icap eder.

Mevzuatımıza göre genelevler; ancak Hükümetin izin ve müsaadesiyle açılabilir. Her ne kadar İçişleri Bakanlığının 12 Nisan 1930 günlü tamiminin altınca bendinde (bâdema Türkiyenin hiç bir mintakasında umumihane açılmasına müsaade ve müsamaha edilmeyeceği) bildirilmiş ise de, sonradan yürürlüğe girmiş olan Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 128inci maddesine istinaden nesredilen tüzük ile bu tamimin hükmü kalmamış ve nitekim 24 Mayıs 1931 günlü tamimle de 12 Nisan 1930 günlü tebliğin tüzüğe aykırı hükümlerinin kaldırıldığı ayrıca bildirilmiştir.

Bundan başka Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 128, 129, 130, 131 ve 132nci maddelerinde umumi kadınlar hakkında hususi hükümler konulmuş olduğu gibi zührevi hastalıklarla mücadele nizamnamesinde de bu evlerin nerelerde ve ne gibi şartlar altında açılacağı ayrıca gösterilmiştir.

Bu sebeplerden ötürü Hükümetin izin ve müsaadesi olmaksızın genelev açmak ve işletmek kanuna ve ahlâka mugayir bulunmuş ise de, Hükümetin izni telâhuk edince bu aykırılığın, bahis konusu edilmesine lüzum ve icap kalmaz, ve genelev olarak kullanılmak üzere kiralanın gayrimenkule müteallik akitlerin kanun ve ahlâka mugayir olduğu, yahut ahlâka mugayir bir maksadın istihsali zımında yapıldığı iddia edilemez.

Genelev için gayrimenkul kiralanmasının ticari muamelelerden madut olup olmadığına gelince: Ticaret Kanununun birinci kitabının üçüncü faslında ticari işlerin nelerden ibaret olduğu gösterilmiştir. Halkın beşeri ihtiyacının tatmini maksadıyla ve Hükümetin izniyle genelev işletmek üçüncü fasılda beyan olunan ticari muamelelerden madut olmadığı gibi mahiyeti itibariyle bunlara benzeyen yahut murtabit olan veya bunların icrasını kolaylaştıran işlerden de bulunmadığından bu maksatla gayrimenkul icar ve isticarı, ticari muamelelerden sayılmamıştır.

Bu sebeplere binaen Hükümetin izniyle genelev açanlara kiralanın gayrimenkule müteallik aktin sahih ve muteber olduğuna üçte iki çoğunlukla ve bu aktin

takip olunan maksada göre ticarî mahiyette bulunmadığına salt çoğunlukla 14/1/1948 tarihinde karar verildi.

I. — Plân. II — Kararın gerekçelerinde tezat. III. — Nizamnamenin fuhşa ancak âmme hukuku bakımından hakkı hayat tanıdığı, ve bu durumun hususî hukuka müessir olamayacağı. IV — Âmme hukuku ile hususî hukuk arasındaki farklar. V. — Devletin ferdi hürriyet karşısındaki mevkii ve kendisinin bilecümle gayri ahlâkî işlerin yapılmasını önlemek gibi bir fonksiyonla yükümlü bulunmadığı. VI. — Diğer memleketlerde mesele hakkında doktrin ve jürisprüdansın durumu. VII. — Ahlâkiliği kanun metinleri çerçevesinde tayine çalışın metodun tenkidi. — VIII. — Ahlâkiliğin icimai telâkkilere göre tayini lüzumu. IX. — Borç mevzuunun ne için ahlâka aykırı bulunmaması gerektiği. X. — Tevhidi içtihat kararından çıkan vahim neticeler. XI. — Fuhşun gayri ahlâkî sayılması ve buna müteallik mukavelelerin batıl olması keyfiyetinin fuhşun icrasına mâni olamayacağı; aynı haklarla alacak hakları arasındaki fark. XII. — Karşılıklı vecibeler tahmil eden mukavelelerde ahlâka aykırılık. XIII. — Batıl kira mukavelesinden çıkan fiili durumların tasfiyesi. XIV. — Nemo auditur... kaidesi ve Türk hukukunda tatbik kabiliyeti. Netice.

I. Bugün tahlilini yapmak istediğimiz tevhidi içtihat kararının neşrinden bir seneden fazla zaman geçti. Fakat şimdiye kadar bu karar doktrinde hiçbir tenkidi celp ve davet etmedi. Üstelik doğrudan doğruya kendisine tahsis edildiğini gördüğümüz tek yazı Yüksek Mahkemenin verdiği hal tarzını tasvip etti ve hattâ göklere çıkardı¹⁾.

Fakat bu durum, Yargıtay görüşü muvacehesinde bizim ilk edindiğimiz kanaati değiştirmemiştir. İlk günde olduğu gibi bugün de mevzuzahs içtihadın hatalı bir muhakemeyi ihtiva ettiğine kani bulunuyor, ve bu karar tarihine kadar hiçbir müellif ve bildiğimiz memleketlerin hiçbir mahkemesi tarafından benimsenmemiş olması itibarile hukuk edebiyatında cidden bir istisna mahiyetini taşıyan bu hal tarzından Yüksek Mahkememizin ilk fırsatta rücu etmesini temenni ediyoruz.

Öyle ümit etmek isteriz ki tevhidi içtihat kararının bu yolda alınmasına Milli Korunma Kanununun kiracıları himaye eden hükümlerinin mahfuziyetini temin düşüncesi bilvasıta âmil olmuş, mal sahibinden kira aktini bozmak ve tahliyeyi talep etmek yetkisini nez için, kira mukavelesini butlandan kurtarmak ve bunun için de muameleyi gayri ahlâkî vasfından tecrit etmek ciheti iltizam edilmiştir. Halbuki ileride izah edileceği üzere mal sahiplerini tahliye imkânından mahrum kılmak için bu yolun ihtiyarı zarurî değildi. Muamelenin butlanını kabul etmekle

1) Halit Kemal Elbir, Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuasının Ekim 1948 sayısında (Realist bir tevhidi içtihat kararı ünvanını taşıyan yazısı; muhalif tez için bk. İmran Öktem'in tevhidi içtihat kararından önce yazılmış kroniğine (Hukuk ve İctihatlar Dergisi, sayı 15).

beraber biraz daha çapraşık yollardan gitmek suretile aynı neticeye varmak imkânı mevcuttu.

Esasen tevhidî içtihat kararının tahlili bize birçok enteresan meselelere temas etmek fırsatını vermektedir. Filhakika bu vesile ile Borçlar hukukunun Âmme hukuku ile ve ahlâkla karşılıklı münasebetleri üzerinde durmak, ve ayrıca borçların ne için ahlâkî bir muhtevaya sahip olması gerektiğini belirtmek ve bu arada borçlarla aynı haklar arasındaki farklara dokunmak lâzım gelecektir. Nihayet hâdisemizde butlan kabul edildiği takdirde bundan mütevellit neticelerin ne yolda tasfiye edileceğini göstermek te, hukuk tekniğini ilgilendiren bir mevzu olmak itibariyle, faideden hali olmayacaktır.

II. — Her ne ise tevhidî içtihat kararı tahlil edilince şöyle bir muhakemeyi ihtiva etmekte olduğu görülür.

Umumî Hıfzıssihha Kanunu ve buna müstenit olan Nizamname genel evlerin açılmasını tanzim etmiş ve hattâ bunların açılmasını hükûmetin iznine tâbi tutmuştur. «Hükûmetin izin ve müsaadesi olmaksızın genelev açmak ve işletmek kanuna ve ahlâka mugayir bulunmuş ise de hükûmetin izni telâhuk edince bu aykırılığın bahis konusu edilmesine lüzum ve icap kalmaz, ve genel ev olarak kullanılmak üzere kiralanan gayrı menkule müteallik akiterin kanun ve ahlâka mugayir olduğu, yahut ahlâka mugayir bir maksadın istihsali zımmında yapıldığı iddia edilemez.» Yargıtayın bu muhakemesi daha kısa ve şematik şekilde ifade edilmek lâzım gelirse denilecektir ki; hükûmetin müsaadesi varsa genel ev işletmek gayrı ahlâkî değildir. Bilâkis böyle bir müsaade istihsal edilmemişse genel ev işletmek gayrı ahlâkidir.

Bu birbirini takip eden kazıyelerde zannımızca bir mantık hatası mevcuttur. Çünkü muayyen bir muamele veya iş, hattı zatında ya ahlâkî yahut da gayrı ahlâkidir. Bir işin ahlâkî veya gayrı ahlâkî veyahut sadece lâ ahlâkî oluşu bizatjhi mahiyetinin icabıdır. Hükûmet müsaadesi, velev kanuna müsteniden verilmiş olsun hattı zatında gayrı ahlâkî bir mahiyet taşıyan her hangi bir şeyi bu vasfından tecrit edemez. Olsa olsa denilebilir ki, kanun ve hükûmet esasen gayrı ahlâkî bir şeye müsaade etmiyeceğine göre, kanuna müsteniden hükûmetçe müsaadenin verilmiş olması o şeyin cemiyet nazarında gayrı ahlâkî bir vasıf taşımadığını ispat eder. İleride izah olunacağı üzere bu fikrin doğruluğuna kail olmamakla beraber bir an için isabetini kabul etsek bile yine tevhidî içtihat kararının hatalı bir muhakemeyi tazammun ettiğini teslim etmek gerekecektir.

Zira madem ki hükûmet müsaadesi, — taallük ettiği mevzuun gayrı ahlâkî olmadığını göstermek bakımından — bir miyar sayılmaktadır,

bu şu demektir ki hükümet müsaadesi hattı zatında gayrı ahlâki olan bir faaliyeti bu mahiyetinden tecrit etmiş değil, belki hattı zatında gayrı ahlâki bir veçhe taşımayan bir iştigal mevzuunun bu vasfını ortaya koymuştur. Başka ve daha açık bir deyişle, kanun ve ona müsteniden hükümet, fuhuşa gayrı ahlâki olmadığı için (?) müsaade etmişlerdir. Fakat bu taktirde, tevhide içtihat kararının kabulü hilâfına, hükümet müsaadesi olmaksızın dahi genel ev işletenlerin faaliyeti gayrı ahlâki addolunmayıp sadece idarî nizamlara aykırı bir durum telâkki olunmak icap eder. Filhakika, her hangi bir nizamnameye ademi riayet sırf bu sebeple gayrı ahlâki sayılmak iktiza etmeyip sadece idarî müeyyidelerin tatbikini istilzam eden bir durum olarak mütalâa edilmek lâzım gelir. Tıpkı ruhsatsız bir bina inşasının hattı zatında gayrı ahlâki bir mahiyet arzmemesi kabilinden... Halbuki Yargıtay, hükümet müsaadesi olmaksızın genel ev işletilmesini gayrı ahlâki saymış ve binaenaleyh bu evler hakkında Borçlar hukukunun derpiş ettiği hükümlerin tatbikini kabul eylemiştir. Fuhuşun kanun tarafından tanzim edilmiş olması keyfiyeti, cemiyet nazarında bu gibi faaliyetlerin gayrı ahlâki bir vasıf taşımadığı mânasını tazammun etmekte ise, müsaadesiz çalışan genel evler hakkında sadece idarî ve cezai müeyyidelerle iktifa etmek ve B. K. nun gayrı ahlâki muamelelere bağladığı müeyyidelerin tatbikine geçmemek iktiza eder. Yargıtay bu neticeyi kabul etmemekle, zannımızca kendi sistemi içinde dahi bir nevi tenakuza düşmektedir.

III. — Hakikat şudur ki, tevhide içtihat kararının sistemi bünyevî bir tezatla malûl olduktan başka hattı zatında yanlış bir hareket noktasına istinat etmektedir. Çünkü Yargıtay Umumî Hıfzıssıhha Kanunu ve ona müstenit olan Nizamnamenin fuhuşa âmme hukuku bakımından hakkı hayat tanımış olmasını bu faaliyetin gayrı ahlâki vasfından sıyrılması için kâfi görmüştür. Esasen tevhide içtihat kararının en ziyade vehamet arzeden ciheti de budur. Yargıtayın bu tarzda bir istidlâle hakkı bulunup bulunmadığını tayin etmek için en iyisi Nizamname hükümlerini bir defa gözden geçirmek lâzımdır.

Umumî Hıfzıssıhha Kanunu genel kadınlar ve evlerin tâbi olacağı rejimin hususî bir Nizamname ile tanzim edileceğini bildirmiş, ve kanunun bu hükmüne müsteniden vücuda getirilmiş olan Nizamname, genel evlerin açılması için mülkiye âmirine müracaat lüzumunu koymuş, (M. 47) ve bu müracaat üzerine yapılacak tahkikat neticesinde Nizamnamedeki şartların yerine getirilmiş olduğu anlaşıldığı takdirde, işe polisçe müsaade edileceği belirtilmiştir (M. 50). Eğer genel ev olarak kullanılacak ev kira ile tutmuş ise polisçe müsaade verilebilmesi için

ayrıca bu hususa mal sahibinin muvafakat etmiş olması şartı aranmaktadır (M. 64). Bu muhtelif hükümlere terettüp eden müeyyideler olmak üzere, bu yolda bir müsaade istihsal etmeksizin açılan evlerin 73 üncü madde mucibince idarî bir kararla kapatılacağı beyan olunduğu gibi nizamnamenin muhtelif yerlerine serpiştirilmiş cezaî hükümlerin de derece derece tatbiki ayrıca derpiş olunmuştur. Demek oluyor ki Umumî Hıfzıssıhha Kanununa ve buna müstenit Nizamname hükümlerine riayetsizlik idarî ve cezaî müeyyidelerin tatbikini gerekli kılan bir durum yaratmaktadır.

Fakat bilmukavele bu demek değildir ki, Nizamnamedeki hükümlere riayet suretile, polisten fuhşun icrası için izin istihsal edilmesi halinde, bütün cemiyet nazarında gayrı ahlâkî bir faaliyet telâkki edilmekte olan bu iş bu kirli mahiyetinden sıyrılacaktır. Nizamnamenin tetkikinden anlaşılacağı üzere polisin müsaadesi münhasıran âmme hukuku sahasında neticeler husule getirmektedir. Nizamnamenin hiçbir yerinde genel evlere müteallik yapılacak akitlerin hususî hukuk sahasında, — yani fertler arasında — sıhhat ifade edeceği beyan edilmemiştir. İctimaî bir vakıa ve fakat aynı zamanda içtimaî bir âfet olan fuhşa karşı Devlet için tutulacak iki yol vardı: ya bu fenalığı bilmemezlikten gelmek; yahut bu içtimaî âfetin mazarratını tahdit için bu mevzuu âmme hukuku bakımından tanzim etmek. Türk kanun vazı bu ikinci yolu «ehveni şer» telâkki ederek mevzuun tanzimi cihetini ihtiyar etmiş ve fuhşun icrasını âmme hukuku bakımından bir takım şartlara bağlamak suretile bu içtimaî hâdiseye âmme hukuku sahasında bir nevi istikrar sağlamıştır. Âmme hukuku bakımından fuhşa tanınmış olan bu hakkı hayatı yalnız bu sahada tutmak ve medenî hukuk sahasına taşırmamak lâzımdır. Zira evvelâ nizamnamede buna dair bir şey yoktur, saniyen nizamname hükümlerinin tevsîi yolda tefsiri imkânsızdır.

Filhakıka fuhuşla mücadele nizamnamesinin, bir Nizamname olmak itibarile Borçlar Kanunu hükümlerine aykırı hükümler ihtiva edemeyeceğinden sarfı nazar, Yargıtayın hiç olmazsa zimnen yaptığı veçhile, medenî hukuk sahasında bu gibi akitlere sıhhat verecek şekilde tefsir edilmesine bizzat Nizamnamenin mahiyeti ve gayesi mâni bulunmaktadır. Zira bu gaye doğrudan doğruya Nizamnamenin serlevhasında belirtilmiştir. O da fuhşun tamim ve himayesi değil bilâkis fuhuşla mücadeledir. Binaenaleyh bu maksatla vücuda getirilmiş bir Nizamnameye söylediğinden daha fazlasını söyletmeğe hakkımız yoktur. Fuhuşla mücadele serlevhasını taşıyan ve bu maksatla vücuda getirilen bir Nizamnamenin fuhşu gayrı ahlâkî vasmından tecrit ettiğini iddia etmek her halde bir garibe teşkil edecektir.

Nizamname fuhuşla mücadele için ona âmme hukuku sahasında asgarî bir hakkı hayat ve istikrar tanımak iztirarında kalmışsa, bu istikrarı medenî hukuk sahasına intikal ettirmek için hiçbir sebep yoktur. Bilâkis Nizamnamenin gayesi buna mânidir. Zira medenî hukuk sahasında fuhşa tanımlanabilecek olan istikrar ancak ve ancak fuhşun inkışaf ve tevessüüne yarayacaktır. Binaenaleyh bu sebeple de Nizamnamenin genel evlerin açılmasını mümkün kılmakla beraber bunlara müteallik akitleri sıhate kavuşturduğu söylenemez.

IV. — Bu muhakeme tarzı âmme hukuku ile hususî hukuk arasında bir tezat ve ikilik yarattığı için de muaheze edilemez. Zira iki hukuk nizamı beyninde tam bir ayniyet esasen mevcut değildir; ve ayrı ayrı gayelere müteveccih olan bu iki nizam arasında tam bir mütekabiliyetin bulunmaması da bir dereceye kadar tabiidir.

Evvelâ âmme hukuku bakımından tecviz edilen muamelelerin bizzarure medenî hukuk bakımından caiz olması icap etmez. Bu hususta bir çok misaller sıralamak mümkündür. Bilhassa bir takım muamelelerin ceza hukukunca tecziye edilmemiş olması o muamelelerin medenî hukuk bakımından muteber olmasını zarurî kılmaz. Bir muamele, ister sadece Ceza Kanununun o muameleyi içine almaması veya ister bazı şart ve unsurların inzınamı halinde cezasız bırakması dolayısıyla ceza hukuku sahası haricinde kalsın arada bu bakımdan bir fark yoktur. Polis müsaadesi suç olan fuhuştan bu suç mahiyetini kaldırmaktadır. Fakat fuhşun bu suretle suçluluk vasfından sıyrılması aynı zamanda gayri ahlâkîlik vasfından da sıyrılmasını ve medenî hukuk bakımından muteber bir akit mevzuu mertebesine çıkmasını intaç edemez.

Netekim ve bilmukabele Ceza Kanunu tarafından tecziye edilen bazı durumların, medenî hukuk bakımından aktin sıhhatine müessir olmaması kabildir. Evlenme formalitelerine riayet edilmemesi veya subaylar için gereken müsaade alınmaması halinde yapılmış nikâh aktinin muteber olması, faize ait mevzuata aykırı hareket edildiği halde ödünç verme aktinin batıl sayılmaması bu noktâi nazarı teyit eden misallerdendir. Nitekim aktin butlanını istilzam etmeyip sadece diğer bazı idarî veya cezaî müeyyidelerin tatbikini icap ettiren bu kabil memnuiyetleri ihtiva eden kanunlara Roma hukukundan gelen bir tâbirle (*lex imperfecta, leges minus quam perfectae*) denilmektedir. Yani temas ettiğimiz duruma Roma hukukundanberi tesadüf etmek mümkündür².

2) Oser, Borçlar Hukuku (Recal Seckin tercümesi), sah. 167; Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, 1948 sah. 339.

V. — Âmme hukuku ile hususî hukuk arasında yer yer görülebilecek farklar da gösteriyor ki polis müsaadesi, — kanun ve nizamnameye müstenit olsa bile — bir muameleye medenî hukuk bakımından sıhhat vermesi için kâfi değildir. Polis cemiyette herçebadabat ahlâkiliği temin vazifesile mükellef olmadığı için polis müsaadesi, tallûk ettiği muamelelerin ahlâkiliği hakkında şaşmaz bir miyar da olamaz.

Esasen Devletin fonksiyonu cemiyette asayîşi teminden ibaret olup fertleri cemiyet nazarında gayrı ahlâkî sayılmakta olan bilcümle muamelelerden alıkoymak değildir. Eğer Devlet, fertlere, sadece gayrı ahlâkî olmadığı tebeyyün eden muamelelere girişmek imkânını vermek, ve onları gayrı ahlâkî bilcümle muamelelerden tevakkîye icbar etmek gibi bir fonksiyonla yükümlü olsaydı, o zaman ve ancak o zaman kanun ve nizamnameye müsteniden genel ev işletilmesi hakkında verilen müsaade bu kabil faaliyetlerin gayrı ahlâkî addolunamayacağı mânasını tazammun edebilirdi.

Fakat modern Devletin fonksiyonları bu kadar geniş bir saha kaplamamaktadır. Sadece asayîşi âmmeyi ihlâl edecek derecede bir şiddet ve ehemmiyet gösteren fiillerdir ki ceza tehdidi ile önlemek istenmiş, ve diğer fiiller esas itibarile fertlerin şahsî irade ve ihtiyarına bırakılmıştır. Ve esasen fertlerin hürriyet sahasına Devletin sık sık müdahale etmemesi için bunun böyle olması da zaruridir. Fakat fertlere, Devlet cephesinden tanınmış olan bu hareket hürriyeti, onların bu hürriyeti istimal suretile girişebilecekleri teşebbüslerin ve ika edebilecekleri fiillerin bizzarure ahâka aykırı bir veçhe arzetyeacağı mânasını taşımamıştır.

Mükerrer izahlarda bulunmak bahasına da olsa bir daha beyan edelim ki fuhuş ahlâka aykırı olduğu kadar cemiyet bakımından bir takım vahim mahzurlar tevlit eden bir içtimai vakıadır. Bunu büsbütün ortadan kaldırmayı imkânsız gören Devlet hiç olmazsa başlıca mahzurlarının bir kısmını bertaraf etmek için bu faaliyeti murakabe altına almak istemiş, ve icrasını bir takım şartlara tâbi kılmıştır. Ezcümle bu faaliyet, cezaî ve idarî müeyyideler tehdidi altında polis iznine mütevakıf tutulmuştur. Polis iznile icra edilen fuhuşun, kanun vaznı nazarında, asayîşi ihlâl etmeyeceği mütalâa edilmiş ise, bu aynı zamanda fuhuşun ahlâka aykırı vasfından tecerrüt etmekte olduğu mânasını hiç bir suretle tazammun eyleyemez.

VI. — Kaldı ki içtimai bir vakıa olan fuhuşun, dünyanın hemen hemen hiç bir yerinde polisin açık veya zımnî izin ve müsaadesi olmadıkça icrasına imkân yoktur. Polis müsaadesinin medenî hukuk bakımından

akte sıhhat veremeyeceğini beyan hususunda tanıdığımız bütün müellifler ittifak halindedir³.

Ve esasen, muhtelif memleketlerin mahkeme içtihatları tetkik edilince görülür ki genel ev işletilmesine ait mukaveleler ve ezcümle bu maksatla yapılmış kiralar gayrı ahlâkî akitlerin tipik misallerini teşkil etmektedirler. Bu hususta Federal Mahkemenin (A. T. F. 24. II. sah. 864) ve bilhassa (A. T. F. 33. II. sah. 430) da münteşir kararlarını⁴, Alman Reichsgericht'in 29 Mayıs 1906 tarihli kararını⁵, ve hele hele meselenin birçok defa vazolunduğu Fransada bu istikamette birbirini teyit eden karar yığınlarını zikretmek kabildir⁶.

VII. — Buraya kadar yazdığımız satırlarda daha ziyade Yargıtayın metodunu benimseyerek, verdiği haltarzını münakaşaya ve çürütmeğe çalıştık. Yüksek Mahkemenin metodu ve daha açık bir ifade ile muhakemesini sevk hususunda mülhem olduğu zihniyet muayyen bir muamelelenin ahlâkîliğini tayin için sadece mevcut kanunları gözönünde tutmaktan ibarettir. Biz bu zihniyet çerçevesinde kalındığı halde dahi genel evlere müteallik muamelelerin sıhhat ifade edemeyeceğini belirtmek istedik. Zira mevcut mevzuat tahlil edildiği takdirde fuhuşun Türk vazı kanunu nazarında gayrı ahlâkî vasfından sıyrılmış olduğuna delâlet edecek bir metne tesadüf edilemeyeceğini, hali hazırdaki hükümlerden bu yolda bir mâna çıkarılmasına imkân bulunmadığını ortaya koymağa çalıştık (Bilhassa bakınız III-üncü paragrafımıza).

Fakat şimdi ayrıca bizzat bu zihniyeti tenkit etmemiz lâzımdır. Bir muamelelenin ahlâkî olup olmadığını tayin bakımından, her ne bahasına olursa olsun mevcut metinlerden bir mâna ve istikamet çıkarmağa çalışan metod cidden münakaşaya değer. Vakıa bu metod bir zamanlar revaçta idi. Filhakika Fransız Medenî Kanununun neşrini müteakip doktrinde teşekkül etmiş (Exégèse - Şerhcilik) mektebi, kanun vazının

3) *Ripert*, La Règle Morale dans les Obligations Civiles sah. 49 ve 51; *Operea*, Essai sur la Notion de Bonnes Moeurs dans les Obligations en Droit civil allemand, sah. 159 (1935); *Jacques Saiget*, Le Contrat immoral, 1939, sah. 47 ve zikrettiği *Sioufi*, Essai sur le critérium et la nullité des obligations immorales et illicites. (1925).

4) *Fick ve Schneider*, Code fédéral des Obligations, sah. 60.

5) R.G.E. 63 sah. 346 Operea tarafından zikredilmiş, a.g.e. sah. 123.

6) *Saiget*'nin a.g.e. sah. 117 de 3 No. II notunda zikredilmiş muhtelif İstinaf Mahkemelerinin müteaddit kararları (ezcümle Paris, 22 Mart 1923, Dalloz 1923.2.118).

iradesi haricinde bir takım muamelelerin ahlâka aykırılık iddiasile butlanına hükmedilmesi endişesile, bu hususta yegâne sınır olarak kanun hükümlerinin nazara alınmasını istemişti. Ezcümle bu mektebin son büyük mümessillerinden Huc, Fransız Medenî Kanununun B. K. muzun 19 ve 20 nci maddelerindeki ahlâk mefhumuna tekabül eden (Bonnes Moeurs) mefhumunu bu metodla tayine çalışmıştı. Onun nazarında «Hayra matuf olup mevzu kanun hükümleri tarafından tayin veya himaye edilmiş âdetler (Bonnes Moeurs) mefhumunu teşkil eder.»⁷⁾ İzdivaç dışı cinsî münasebetler ve bilhassa metres hayatının (Bonnes Moeurs)'e aykırılığı Medenî Kanunun gayrı meşru çocuklara, meşru çocuklara nazaran tayin ettiği dun mevkiden istihraç etmek kabildir. Diğer cihetten acaba riayet mecburiyetini de, iffete tasaddi hakkındaki Ceza Kanunu hükümlerinden, başkasını rahatsız edecek derecedeki sarhoşluğun tecziye edilmiş olması keyfiyetinden ve nihayet fuşsun icrası ve genel evlerin işletilmesi hakkındaki idarî hükümlerden istidlâl etmek mümkündür.

Doğrusu Huc'un yaptığı bu gibi istidlâllerin kifayetsizliği çoktan ispat edilmiştir⁸⁾. Ve hakikaten maruf şârihin nazara aldığı metinlerle bu metinlere bağladığı neticeler arasında zarurî bir illiyet rabitası kurmak zordur. Cidden Huc'un muhakeme tarzı bir hayli sun'îdir ve her şeyi kanuna irca etmek hususunda beyhude ve ümitsiz bir gayretten başka birşey ifade etmemektedir. Kaldı ki kanun mukavelelerin sadece kanuna değil ve fakat ayrıca ahlâka mugayir olmamasını beyan etmek suretile ahlâkî umdelerin kanuna irca edilemeyeceğini bizzat ifade etmiş bulunmaktadır⁹⁾.

Esasen mücerret kanun metinlerini nazara almak suretile muayyen bir muamelenin ahlâkî olup olmadığını tayin amelîyesinin insanı ne derece indî neticelere sürükleyebileceğini göstermek bakımından Huc'den naklettığımız son misal mevzuumuz zaviyesinden bilhassa şayanı dikkattir. Fuşsun tahdid ve tanzimi hakkındaki idarî nizamları Huc, bu gibi faaliyetlerin gayrı ahlâkî bir vasıf taşıdığına bir delil olarak kullanmak isterken bilâkis Yargıtay bu durumdan, muhalif görüşü desteklemek için ihticaç etmek istemiştir. Demek ki ahlâkîliği tayin hususunda münhasıran kanunî mevzuattan mülhem olmak yolunu tutan bir

7) Salget, a.g.e. sah. 43, (Huc, Commentaire théorique et pratique du C. civ. Cijt I. No. 194).

8) Bk. Sioufi, Essai sur le critérium et la nullité des obligations immorales et illicites, 1925.

9) Ripert a.g.e. sah. 75; ve Bonnecase'ın La notion juridique de Bonnes Moeurs isimli (Hommages à Capitant) serisinde müntesir etüdü, sah. 91 ve mül.

metod ahlâkla kanun arasında ayniyet bulunmaması itibarile hakikata tekabül etmedikten başka ayrıca indî tatbik şekillerine müstenit olmak itibarile de isabet ifade etmekten uzak bulunuyor.

VIII. — Nitekim (Exégétique - Şerhî) metod çok geçmeden yerini sosyolojik mektebin telâkkilerine terk etmiştir. Burada artık akitlerin ahlâka mugayir olup olmadığını tayin için mevzuat üzerinde az çok indî bir takım mülâhazalar serdetmeğe lüzum görülmeyip doğrudan doğruya içtimaî hâdiseler esas ittihaz edilmektedir. Bu sosyolojik mektepte de iki nevi cereyan sezmeğe mümkündür. Biri doğrudan doğruya mer'î teamülleri gözönünde tutarak bunları ahlâkın bir nevi müteradifi saymak... Diğeri de sadece mer'î teamül ve âdetlerle iktifa etmeyip ayrıca mer'î ahlâk telâkkilerini nazara almaktır. Meselâ fuhuş bugün birçok cemiyetlerde azçok yayılmış bir haldedir; izdivaç dışı cinsî münasebetler ender ve belki de nadir hâdiseler olmaktan çıkmıştır. Fakat buna rağmen bu gibi fiiller cemiyet nazarında gayrı ahlâkî vasfını kaybetmiş değildirler. Ahlâk, sadece olanı değil belki olması lâzım gelen kaideler külliyatını ifade etmektedir. Ve nasıl ki cemiyette mer'î teamüller ve olagelen hâdiseler varsa, bunların yanında daha iyiye, ideale doğru hasret ifade eden ve camianın şuurunda yerleşmiş içtimaî olaylar kadar canlı ve elle tutulur telâkkiler mevcuttur. İşte cemiyetin maşerî şuuruna mal edilebilecek olan bu ahlâkî telâkkilerin muhassalası gözönünde tutulmak suretile bir işin ahlâka aykırı olup olmadığını tayin etmek lâzım gelecektir¹⁰. Bu ahlâkî telâkkileri tespit bakımından mevcut kanunî

10) Şüphe yok ki hâkim için hukuk bakımından değerlendirmek mecburiyetinde olduğu ahlâkî kaidelerin tespiti işi bir hayli nezaket arzeder. Bu hususta tabiatîyle, ancak bazı direktifler vermek kabil olup âlemsümul bir mahiyet taşıyacak bir kaide vazetmek imkânsızdır. Hâkime terettüp eden işin mahiyetini *Salleilles*, Irade Beyanı hakkındaki meshur etüdünde açıklarken hâkimin evvelemerde mer'î âdetleri tespit etmesini istemekte ve fakat haklı olarak bununla iktifa olunamayacağını bildirerek şunları ilâve etmektedir: «Hâkim bir derece daha yükseğe çıkarak sadece dar bir ekalliyette mer'î olan iyi âdetleri değil ve fakat namuskâr insanların vasatîsinin nezdinde mer'î olanları araştıracaaktır. Ve hattâ yürürlükte olan iyi âdetleri bu insanlar hukukî ve içtimaî vazifeleri icabı yerinde telâkki etmiyor ve beyinlerinde daha mütekâmil âdetlerin yerleşmesini sayanı temenni görüyorlarsa o zaman hâkim takdir hükmünde bir üçüncü dereceye çıkarak camia şuurunun vasatîsinde erişilmesi gereken bir mertebe olarak yer almış olan bu mücerret âdetler tipinin ne olabileceğini araştırmak ve bunları tatbik etmek mecburiyetindedir.» Von Tuhr da Reichsgericht'in bir formülünü tekrarlamak suretile buna benzer

mevzuat bir malzeme - matérieel vazifesi görebileceği gibi cemiyette yayılmış dinî telâkkiler de cemiyete mal edilecek ahlâk idealinin taayyün etmesinde bir dereceye kadar rolü olabilecektir. Bazı hıristiyan müellifler hâkimin bilhassa cinsi münasebet mevzuunda takip edeceği kanunu ahlâkın hıristiyan dinin emirlerinden ibaret olduğunu, ve sosyolojik telâkkilerin bu bakımdan bir istikamet çizemeyeceğini söylüyorlar¹¹. Doğrusu gerek Fransız ve hattâ gerek Alman mahkemelerinin kararlarına hıristiyan dininin evamiri az çok müessir olmuşsa da bunu izam etmemek lâzımdır. Bize kalırsa Fransız mahkemeleri hıristiyan dininin bütün umdelerini değil, belki sadece bugün dahi cemiyet ahlâkı noktai nazarıdan yerine getirilmesi tasvip edilenleri değerlendirmektedirler. Nasıl ki Türk cemiyetinde fuhşun sosyal ahlâk zaviyesinden mahkûm edilmesinde, cemiyetimize yayılmış olan islâm dinine ait telâkkilerin tesirlerini bir dereceye kadar görmek kabildir¹². Dinin bütün emir ve nehiylerini değil ve fakat sadece cemiyet ahlâkına mal olmuş olanlarını gözönünde tutmakta da tabiatile lâiklik prensibini ihlâl eden bir taraf yoktur. Lâiklik ancak dinin bütün icapları, cemiyet tarafından benimsemiş olup olmadığı nazara alınmaksızın, istisnasız olarak değerlendirildiği taktirdedir ki ihlâl edilmiş olur.

Velhasıl fuhşun gayrı ahlâkî sayılması sırf garbın tanınmış bazı hıristiyan müelliflerinin fikrini ulu orta benimsemek gibi bir mâna taşımaktan ziyade doğrudan doğruya Türk cemiyetinde hâkim olan ahlâkî telâkkilerin icabı bulunmaktadır.

bir telâkkiye sahip bulunduğunu göstermektedir (Partie générale du Code Fédéral des Obligations sah. 223). Her ne kadar Operea, Reichsgericht'in 11 Nisan 1901 tarihli kararında yer edinmiş olan mevzuubahs formüle büyük bir kıymet izafe edilemeyeceğini ve Alman Medeni Kanununun 138'inci maddesindeki (Guten Sitten) teriminin ahlâk mânasına alınması icap ettiğini ve bunun da ancak hıristiyan ahlâkı olabileceğini beyan ediyorsa da (Bk. a.g.e. sah. 96-107), hıristiyan akidesinin dünyevî işlere ait olan bütün evamiri tatbik edilmeyerek ancak cemiyet ahlâkına mal edilebilen kısımlarına hukuk sahasında meriyet tanındığından biz Saileilles'in görüşündeki isabete kail bulunuyoruz.

11) Nitekim Ripert ve onu takiben Operea ve Salget a.g.e. bu telâkkiyi müdafaa etmişlerdir.

12) Kur'an, Nisa sûresi 24 üncü âyeti, Furkan sûresinin 68'inci âyeti... (Bu husus için İzmirli İsmail Hakkı tercümesinin ikinci cildinde zina kelimesinin geçtiği diğer âyetlere bk.)

IX. — Ahlâki telâkkilerin ne şekilde tespit edilmesi hakkında verdiğimiz bu izahat bir başka yönden zihinlerde haklı bir suale yol açacaktır. Biraz önce (Bk. V inci paragrafa), Devletin fertleri bilcümle gayrı ahlâki hareketlerden alıkoymak gibi bir vazife ile yükümlü olmadığı beyan edildiği halde nasıl oluyor da şimdi Devlet fonksiyonlarından bir veçhesini teşkil eden kaza organlarının cemiyette yerleşmiş ahlâk idealini hukuk bakımından değerlendirmeleri icap ettiği ileri sürülebiliyor? Arada bir tezat yok mudur? Tâbiri aharle âmme hukuku bakımından tecviz edilen hareketlerin borçlar hukuku sahasında tecviz edilmemesinin sebebi hikmeti nedir? Bu sual hattı zatında kanun tarafından borçların ne için ahlâka aykırı olmayacak bir muhtevaya sahip olması icap ettiğinin izahına müncer olmaktadır, ki yolumuzda daha başkaca belirecek tereddütlere nihayet vermek bakımından da bu hususta biraz etraflı bir şekilde durmamız yerinde olacaktır.

Evet, Devlet ceza hukuku sahasına girecek kadar bir şiddet ve vehamet arzetmeyen gayrı ahlâki fiil ve hareketlerin işlenmesine, şahsî hürriyete sık sık müdahale etmekten tevakki için lâkayıt kalmak mevkiindedir. Fakat bilmukabele, bir ferdin şu veya bu şekilde gayrı ahlâki bir fiil ika etmesi veya ika etmeği vaad etmesi halinde, o ferdin bu gayrı ahlâki faaliyetinde devam etmesini veya vaadi mucibiince mevzubahs gayrı ahlâki fiili icra eylemesini temin maksadile kendisine, bunda menfaatı olan fertler tarafından yapılabilecek müracaatları Devlet tabiatile desteklemek mecburiyetinde değildir. Zira ahlâk muvacehesinde Devlet bir bakımdan passif kalıyorsa bu, Devletin gayrı ahlâki maksatların istihsali hususunda uhdesinde olan tazyik ve cebir vasıtalarının kullanılmasına müsaade edeceği mânasını taşımaz. İşte Borçlar Kanunundaki borç mevzuunun gayrı ahlâki olmaması hakkındaki hüküm Devletin ahlâksızlığa bir destek ve âlet olmasına mahal vermemek gayesile sevk edilmiştir.

Filhakika, muteber bir borcun farık vasfı, ademi ifa halinde alacaklıya Devlet kuvveti vasıtasile mevzubahs borç muhtevasının yerine getirilmesi yetkisini bahşetmesidir. Başka bir yerde de tebarüz ettirdiğimiz veçhile, her borç zaruri olarak zaman unsurunu ihtiva eder¹³. Zira borcun taahhüdü başka ifası başkadır; ve taahhüt ile taahhüdün ifası arasına kısa veya uzun bir zaman girmektedir. Bu zaman zarfında borçlu kendi rızasile borcunun icaplarını yerine getirmediği takdirde, alacaklı Devletin kaza kuvvetine müracaatla borçluyu vecibesini ifaya zorlayabilecektir. Eğer gayrı ahlâki borçların muteberliği kabul edilseydi o zaman

13) İktisat ve Ticaret Ansiklopedisinde (Borç) maddesine bk.

Devletin kaza ve cebri icrayı tahakkuk ettirecek organları gayrı ahlâki maksatların elde edilmesine vasıta olmak gibi elim bir duruma düşmüş olacaktı. Ve aynı zamanda taahhüt ettiği veya giriştiği ahlâksızlıktan vazgeçmek isteyen fertlerden bu imkân, vicdanları ağır bir tecavüz altında tutulmak suretile selbedilmiş bulunacaktı. Bu neticeyi ise hiçbir hukuk nizamı kabul edemez. Alman müelliflerinden *Cathrein*'in ifade ettiği gibi gayrı ahlâki bir şeyi ifaya zorlanmamak tabii hukuk hükümlerindedir¹⁴. Ve netekim borçların ahlâka aykırı bir muhtevası olamayacağını birçok memleketler mevzuatı istisnasız kabul etmişlerdir¹⁵.

Demek oluyor ki şahsî hürriyete hürmet gibi bir maksat tahtında fertlerin işleyebileceği gayrı ahlâki muamelelerden çoğuna lâkayt davranmak ızdırarında kalan Devlet buna mukabil gayrı ahlâki gayeler peşinde koşan fertleri kaza organlarının ve cebri icra kuvvetinin müzaheret ve yardımından mahrum bırakmak mecburiyetindedir. Biraz evvel tahlilini yaptığımız durum âmme hukuku bakımından gayrı ahlâki muamelelerin yapılmasına müsamaha gösteren Devletin borçlar hukuku sahasında aynı lâkaydıyı göstermesine mâni bulunmaktadır¹⁶. Bu mülâhazaları mevzuumuna tatbik edersek, bedahetle görülür ki genel ev işletilmesi hakkında polisten istihsal edilen müsaade, bu müsaadeyi almış ferdi, — bir borç münasebetinde olduğu gibi — mevzubahs faaliyete girişmeğe mecbur bırakmamaktadır. Bu fert bu müsaadeden kendi ihtiyarile her zaman için vaz geçmek iktidarına tabiatile maliktir. Onun için fuhuşun icrasına polisın müsaade etmesi başka bir şey, fuhuş icrasına

14) *Cathrein*, *Naturrecht und positives Recht* s. 76 (Opera tarafından zikrolunmuş, sah. 322).

15) Prof. Schwarz'ın kaydettiği vechile (Bk. Borçlar Hukuku Dersleri, sah. 353) bu hükme şu kanunlarda tesadüf edilmektedir. Fransız M. K. 1138, Alman M. K. § 138; 1916 tarihli ek kanunla tadil edilmiş olan Avusturya M. K. 879 uncu paragrafı, Japon M. K. § 90; Macar Projesi § 973; Polonya B. K. m. 56; İtalyan M. K. mad. 1343; Yunan M. K. § 178.

16) Böylelikle fertler ahlâk umdelerinden sürçseler bile bu inhıraflarında ısrara zorlanmayıp vicdanlarının sesini duymak ve ona uymak imkânını elde tutmuş oluyorlar. Fertlere hukuk nizamının tanıdığı bu imkânın anlaşmalarda bir istikrarsızlık ve emniyetsizlik unsuru olmaması için, fertlere tahakkuk ettirmek imkânı verilen ahlâk umdeleri yalnız kendi vicdanlarında yer edinmiş sübjektif bir mahiyet arzedenler değil ve fakat bütün cemiyete mal edilebilmesi mümkün olan objektif ahlâk kaideleridir. Hukuk bir yandan fertlere ideale kavuşmak imkânını mahfuz tutmak, diğer yandan da mukavelelerde bir istikrar sağlamak için bu ortalama hal tarzını kabul etmek mecburiyetinde idi.

müteallik borçların ahlâka aykırı olmadığını ve binnetice muteber bulunduğunu iddia etmek büsbütün başka bir şeydir. Elhasıl, birbirinden farklı neticeler tazammun eden bu iki durum arasında zarurî bir illiyet rabıtası kurmağa imkân yoktur. Ve Yargıtay bunu gözden kaçırmış olmakla, naçiz kanaatımıza göre, hata etmiştir.

X. — Bu münasebetle tevhidî içtihat kararının hukukî duygumuzu rencide eden taraflarını müşahhas bir tarzda göstermek ve bu görüşün tazammun edebileceği vahim neticeler üzerinde bir nebze durmak yerinde olacaktır.

' Evvelâ genel ev işletilmek üzere evini kiraya vermeği kabul etmiş ve bu bapta mukaveleyi imzalamış olan mucir bilâhara bundan vaz geçmek ve gayri menkulünü cemiyet nazarında gayri ahlâkî sayılmayan bir mevzuata tahsis etmek isterse bu imkâna malik olamayacak, ve müstecir, — tevhidî içtihat kararı mantığınca — genel ev kullanmak üzere mecurun teslimini dâva edebilecektir.

Saniyen ve bilmukabele müstecir genel ev işletmek üzere kiraladığı gayri menkulü herkes nazarında meşru sayılan başka her hangi bir faaliyet mevzuuna tahsis etmek isterse, bu defa mal sahibi kira aktindeki ciheti tahsisin değiştirilmemesini temin hususunda dâva hakkını haiz bulunacaktır.

Doğrusu kaza organlarının fertleri fuhuş yolunda ısrar etmeğe meçhur bırakacak şekilde işlemesi görülmüş şeylerden değildir. Halbuki tevhidî içtihat kararı maalesef böyle vahim neticeleri tazammun eylemektedir. Yargıtay madem ki fuhuş hükûmet müsaadesile icra ediliyor, artık bunun ahlâka aykırılığının bahis konusu edilmesine lüzum ve icap kalmaz demekle, bundan böyle bu yoldaki araştırmaların beyhude olacağını işrap ediyor gibidir. Halbuki bir evvelki paragrafımızda izah edildiği üzere borçların ahlâka mugayir olmayan bir muhtevaya sahip olması şarttır; ve her hangi bir borcun yerine getirilmemesinden dolayı elinde tuttuğu kaza kuvvetinin kullanılması istenerek kendisine müracaat edilen her hâkim, iddianın taallûk ettiği borcun ahlâka mugayir olup olmadığını araştırmak zorundadır. Mevzuubahs muameleye hükûmetin izin vermiş olması hâkimi böyle bir araştırmaya girişmekten müstağni kılamaz. Çünkü mükerreren izah olunduğu üzere hükûmet izni yalnız bir müsaadeyi ifade etmekte, halbuki borcun ifasına verilecek karar borçluya karşı zor kullanılabilmeyi tazammun eylemektedir. Müsaade ile cebir arasındaki fark birinin verilirken taallûk ettiği mevzuun ahlâkî olup olmadığının araştırılmasını lüzumsuz kılarken diğerinin ancak gayri ahlâkî olmayan maksatlara hasrını zarurî kılmaktadır.

XI. — Cerh etmeğe çalıştığımız hal tarzını meşru göstermek sadedeinde nihayet denilebilir ki, vâzı kanunun tanımak ıztırasında kaldığı bir içtimaî vakıayı gayrı ahlâkî telâkki ederek hukukî hayattan mahrum bırakmak doğru değildir.

Yargıtayın hal tarzına âmîl olup daha ziyade zımnen kabul etmiş görüldüğü bu düşünceyi arkadaşımız Elbir'in kaleminde bütün sertliğile ifade edilmiş buluyoruz: «Bizce bugünkü sosyal hakikatler ve ihtiyaçlar karşısında ahlâkî normları bu kadar şiddetli kullanmak ve sosyal vakıalara, beşerî ihtiyaçları karşılamak üzere tanzim edilen hukukî kaidelere uygun olarak vücuda getirilen genel evlere, buna rağmen, ahlâka mugayeret sebeble *hukukî sahada hiçbir hakkı hayat tanımamak*, onların bütün hukukî muamelelerini B. K. m. 19 ve 20 ye istinaden baltalamak, bu nizamı tanımış olmamamıza rağmen buna hukukî neticeler husule getirmemek olur ki, böylece hem bu nizam ile takip edilen gayelere erişilemez hem de mantıkan tenakuza düşülmüş olur.»

Neredeyse aziz arkadaşımızın bu gibi faaliyetleri âdeta bir âmme hizmeti mertebesine çıkarmasına ramak kalmıştır. Her türlü mübalâgadan sarfınazar, bu naklettiğimiz muhakeme tarzında kanaatımızca açık bir mantık hatası mevcuttur. Eğer fuhuş ancak binaların kiralanması suretiyle icra edilebilen bir faaliyet tarzı olsaydı, bu muhakemeye belki bir dereceye kadar bir kıymet verilebilirdi. Fakat vâzı kanunun içtimaî bir vâkıa olarak tanımak ve tanzim etmek ıztırasında kaldığı fuhşun mülk binalarda icrası tabiatıyla mümkündür. Borçların ahlâkî bir veçhe taşınmasını zarurî gören hukukî mevzuat aynı hükmü mülkiyet hakkının istimaline teşmil etmiş değildir. Filhakika M. K. nun 618 inci maddesi mülkiyetin istimaline yegâne sınır olarak kanunu koymuş, kanun da mülkiyetin ahlâkî bir çerçeve içinde istimali şartını aramamıştır. Kanunî mevzuattaki sınırlar ve bu meyanda M. K. nun 661 inci maddesindeki ölçüler aşılmadıkça veya hakkın suiistimali şeklinde tecelli etmedikçe, mülkiyetin her nevi istimali gayrı ahlâkî bir şekilde olsa dahi caizdir. Aynı haklarla borçlar arasındaki bu farkın sebebinin bulmak zor değildir. Mülk sahibi, mülkiyet hakkını ahlâka aykırı bir şekilde kullansa bile bu istimalinden her an vazgeçmek iktidarını hem fiilen, hem hukukan haizdir. Halbuki borç mahiyeti icabı bir başkasına bağlılığı tazammun etmekte, ve borç altına girmiş kimse kendi iradesiyle bu bağdan sıyrılamamaktadır. Bu itibarla borcun ahlâka aykırı olmayacak bir muhtevaya sahip olması gerekli bulunmaktadır (Bk. IX uncu paragrafa).

XII. — Bu gayrı ahlâkî borç vâdisinde tavzihi icap eden bir nokta da şudur: karşılıklı vecibeler tahmil eden mukavelelerde vecibenin biri

gayrı ahlâkî bir mahiyet taşımakta, diğeri ise sadece bir bedel tediyesini tazammun eylemekte ise, ahlâka mugayir olan edimin ifası halinde karşılıklı bedelin ne için ödenmesi icap etmiyeceğidir. Bilfarz genelev kullanılmak üzere ev teslim edilip bu maksada tahsis edildikten sonra, müddeti icar hitamında mukavelede yazılı bedelin ödenmemesi için hiç bir sebep kalmamış gibi gözükür. Fakat gayrı ahlâkî maksatlar etrafında beliren teşebbüslerde hemen hemen daima ödenmesi taahhüt edilen bedel normal fiyatın üstündedir. Zira ahlâksızlığa âlet olan taraf, bu ahlâksızlığını ekseriyetle nakten değerlendirmektedir. Bilfarz normal olarak ayda 100 lira getirmesi beklenen bir evin gayrı meşrû maksatlar altında kullanılmasına sahibi rıza gösterirse, bu suretle halk efkârı önünde itibarından kaybettiğini normalin fevkinde elde edeceği bedel farkıyla telâfi etmek istiyecektir. Öyle ki mukabil ivaz onun ahlâksızlığını bir dereceye kadar mükâfatlandırmak gibi bir hizmet görecektir. İşte buna mahal vermemek içindir ki, mukaveleyi kül halinde bâtil saymak lâzım gelmektedir.

Velhasıl ihtiva ettiği vecibelerden yalnız biri gayrı ahlâkî olsa dahi onun karşılığını teşkil eden vecibe, ahlâksızlığa bir nevi prim temin etmek istidadını göstereceğinden karşılıklı vecibelerin toplandığı mukaveleyi bir kül halinde mütalâa etmek pratik mülâhazalar bakımından da uygun bulunmaktadır. Esasen hukuk tekniği de bizi başka bir neticeye sürükleyecek değildi. Zira, mukaveledeki karşılıklı vecibelerden biri ahlâka aykırılığı itibariyle bâtil olunca bu bâtil vecibe diğeri vecibenin şartını teşkil etmekte olduğundan, diğeri'nin butlanını dahi istilzam etmektedir¹⁷.

Mevzu hakkında bir dereceye kadar tam bir görüş elde etmek için şunu da ilâve edelim ki, mukaveleden mütevellit vecibelerin mevzuu haddi zatında gayrı ahlâkî olmayıp, bu mukavele gayrı ahlâkî bir maksadın istihsaline hususunda kullanılacaksa mevzuubahs aktin butlanı ciheitine gitmek yine kabil bulunmaktadır. Bu münasebetle Federal Mahkeme diyor ki : «Yalnız taraflardan biri tarafından takip edilen gaye itibariyle gayrı ahlâkî bulunan bir aktin iptali için, mevzuubahs aktin gayrı ahlâkî bir gayenin istihsaline yarayacağını diğeri tarafın sadece görmüş olması

17) Fransız nazariyelerinde bir vecibe diğeri'nin sebebini teşkil ettiğinden vecibelerden biri gayrı ahlâkî bir mevzuu sahip olması itibariyle bâtil bulunursa diğeri de sebepten mahrumiyet sebebiyle bâtil bulunur. İsviçre doktrininde (sebepp-cause) nazariyesi kabul edilmemiş olmakla beraber karşılıklı borçların birbirinin şartlarını teşkil ettiği hakkındaki realitelere uygun olan noktalar nazar bizi aynı neticeye isâl etmektedir (Bk. Cause hakkında, Capitant'ın maruf eserine, ve İsviçre hukuku için de Simonius'un Hommages à Capitant serisinde müntesir etüdüne).

kâfi olmayıp, aynı zamanda bu gayenin tahakkuku keyfiyetinin âkidi nazarında mukavelenin sebebi hikmetini teşkil etmekte olduğunu idrak etmiş olması lâzımdır. Bu şerait dahilinde mukavele aktına rıza gösteren taraf ahlâka (âdâba) mugayir muamelede failin şeriki mevkiine girmekte ve kendi âkidi gibi artık onun da adaletin himayesini istemeğe hakkı kalmamaktadır¹⁸.

Velhasıl bu izahattan da anlaşılıyor ki, gerek bizzat gayrı ahlâkî gayelerin istihsali zımında koşan kimse ve gerek onun bu fiiline müzahir olan taraf Borçlar Hukuku sahasında sağlam bir anlaşma zemini bulamayacaklardır; yapacakları anlaşmalar her türlü hukukî müeyyide-den ârî kalacak, sadece hukuk dışı fiilî bir mahiyet arzedecektir. Bunun böyle olması ayrıca şu bakımdan da zarurîdir ki, butlan müeyyidesi, fertleri bu kabil akîtlere girişmekten alıkoyacak bir fren vazifesi de görecektir¹⁹. Bu frenin fiilî kıymeti küçümsense bile bir hukuk nizamının zaruriyatından bulunduğu da ayrıca itiraf etmek lâzımdır.

XIII. — Buraya kadar verdiğimiz izahatta gayrı ahlâkî akitlerin niçin muteber sayılmaması gerektiği hakkındaki sebepler üzerinde durduk. Ve bilhassa gayrı ahlâkî akitleri icraya tarafların zorlanmaması için böyle bir kaîdenin kabulünde zaruret bulunduğunu göstermek istedik. Fakat bu gibi akitler icra edildiği takdirde durum ne olacaktır?

Bu fiilî durumların tasfiyesi üzerinde de bir nebze durmak lüzumunu hissetmekteyiz. Tevhidi içtihat kararının verdiği hal tarzı meselelerin bu cephesini doğrudan doğruya ilgilendirmiyorsa da, yazımızın başında da işaret ettiğimiz üzere, mal sahibinden butlan sebebiyle tahliye talebini esirgemek düşüncesi herhalde mezkûr kararın verilmesine yabancı kalmamıştır. Bu itibarla meselenin bu cephesini kısaca tahlil edelim.

Evvelâ gayrı ahlâkî maksatla kiralanmış mahal, kiracı tarafından bilfiil işgal edilmiş, ve bedeli icar da ödenmiş ise, kiracı verdiği bedeli B. K. nun 65 inci maddesi mucibince geri istemek hakkını haiz değildir. Eğer bedeli icar ödenmemiş ise, mal sahibi de kira mukavelesindeki bedeli icarı istiyemez. Zira mukavele bâtıldır. Onun istiyebileceği yegâne şey mecurun bâtil bir sebebe müsteniden işgalinden dolayı ecri misil talep etmekten ibarettir. Filhakika kiracının zilyetliği muteber bir sebebe

18) Journal des Tribunaux 1923.I.13 (Deappen - Reymond, Code fédéral des Obligations, sah. 42).

19) Ripert, a.g.e., sah. 52.

müstenit olmayıp, durumu suiniyet sahibi bir zilyetten farksızdır²⁰. Bu suretle ancak fiilen cereyan etmiş durum ödenecek paranın tâyinine me-dar olacak, ve gayrı ahlâki bir akte rıza göstermek karşılığı olarak taahhüt edilen bir meblâğın tediyesi bahis mevzuu olmayacaktır. Yani bir evvelki paragrafta beyan ettiğimiz ahlâksızlığın nakden mükâfatlan-dırılması hakkındaki anlaşmaların sıhhat kazanması böylelikle önlene-cektir.

XIV. — Saniyen, aradaki mukavele bâtil olunca mal sahibinin kira-cısını füzulî şâgil sıfatiyle herhangi bir zaman tahliye ettirebilmek yet-kisini haiz olması lâzım gelmektedir. Halbuki mal sahibine böyle bir hak tanındığı takdirde kendisine gayrı menkulü tekrar kiralamak imkânı verilecektir. Mesken sıkıntısının carî olduğu bir cemiyette bu imkân, —bilhassa ahlâksızlığa âlet olmakta bir mahzur görmediğini ispat etmiş bir mal sahibi için— pek büyük bir ihtimalle yeniden hava parası almak veya sair gayrı meşrû menfaatler temin etmek mânasını ifade edecektir. İşte böyle bir neticenin tahassülüne mümkün mertebe mani olmak lâzım-dır. Bu hususta Fransız mahkemelerinin imdadına Roma Hukukundan-beri tatbik edile gelmekte olan bir hukuk kaidesi yetişmiştir. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* diye beyan edilen bu kaide, bir kimsenin kendi ayıbına istinatla yaptığı müracaatın mahkemece dinlen-memesi gerektiğini ifade etmektedir. Zira kendi ayıbını öne sürerek bundan, hukuk kaidelerini de ayrıca basamak yapmak suretiyle menfa-atler sağlamak isteyen kimselerin bu gibi emellerine mahkemeler âlet olmamalıdır. Ahlâka aykırı muamelelerin mümkün mertebe hukuk dışı tutulması ve mahkemelerin bu gibi kirli işlere yabancı kalmasını sağla-mak için bundan kestirme bir çare görülmemiştir. Ahlâka mugayir bir maksadın istihsali için verilen paranın istirdadına cevaz olmadığını bil-diren B. K. 65 inci maddesi *Nemo auditur* kaidesinin hususî bir hale tatbi-kindən başka bir şey değildir.

Vâkıa *Nemo auditur* darbı meselinin tatbiki fiilî vaziyetlere dokun-mamak ve vaki ahlâksızlıkları alâ halihi bırakmak gibi bir mahzur davet etmektedir. Nitekim B. K. un 65 inci maddesi bu yönden tenkit edilmek-tedir²¹. Filhakika böyle bir kaide mevcut olmasa vâki ahlâksızlıklar üye-rine rücu etmek ve bunların neticelerini makabline şâmil olmak üzere silmek dâima mümkün olur. Halbuki mevzuubahs kaide buna imkân

20) Saiget, a.g.e., sah. 306; aynı mealde Postacıoğlu, gayrı menkullerin fera-ğına müteallik akıtlarda şekle riayet mecburiyeti, sah. 204 - 205.

21) Von Tuhr, Partie générale du C.O. sah. 382.

birakmamaktadır. İşte kısmen bu mahzuru bertaraf etmek içindir ki Fransız mahkemeleri bilhassa son senelerde bu kaidenin elâstiki bir tatbik şeklini ihtiyar etmişlerdir. Aşağı yukarı ölçü şudur: eğer ahlâka aykırı olarak münakit bulunmuş ve icra edilmiş mukaveleye dokunmak bu gibi gayrı ahlâki muameleleri daha ziyade teşvik edecek mahiyette bulunur ve intizamı âmmeyi daha derinden ihlâl edecek bir vasıf arzederse o zaman kaidenin tatbikinden sarfı nazar edilmektedir²². Meselâ Fransada tecviz edilmekte olan bir noterliğin devri muamelesinde resmî bedel haricinde verilen paranın istirdadına Nemo auditor kaidesi mani olmak lâzım gelirse de, bu, resmî bedeller dışında yapılacak tediyeleri önlemek şöyle dursun bilâkis teşvik edeceğinden jürisprüdans ilk tuttuğu hal tarzlarını bırakarak artık bu kabil faraziyelerde Nemo auditor kaidesine iltifat etmemekte ve fazla bedelin istirdadına cevaz vermektedir.

Fakat bilâkis mal sahibine butlan sebebiyle icar mukavelesini bozmak ve mecuru boşalttırmak hakkının verilmesi, iştirak ettiği ahlâksızlığın bir nevi mükâfatını temin etmek demek olacağından kendisinin bu yoldaki talebi bu sebeple terviç edilmemek lâzım gelir. Nitekim Fransız Temyiz Mahkemesi İstida dairesi 23 Mart 1931 tarihli kararında bu noktai nazarı kabul ederek mucirin tahliye talebini reddeylemiştir²³.

Kanaatimizce mahkemelerimizin ahlâksızlıkla daha sâlim ve makul bir şekilde mücadelelerini temin için Nemo auditor kaidesine bizde de bir tatbik sahası tanımak lâzımdır ve bu mümkündür. Nemo auditor kaidesinin bir metinle tanınmamış olduğu Fransada bu hal tarzı yürüdükten sonra bizim için âdeta evleviyet delili vardır. Zira bizzat Türk kanun vâzı B. K. nun 65 inci maddesinde bu kaidenin hususî bir hale tatbikini derpiş eylemiş bulunmaktadır. Binaenaleyh 65 inci maddede ifadesini bulan gaye —ki ahlâksızlığı bir nevi ceza tehdidi altında önle-

22) Bk. Saiget, s. 352; ve Julliot de la Morandière, l'ordre public en Droit privé interne, (Hommages à la Mémoire de Capitant) sah. 392; ve ayrıca Kaiser, les nullités d'ordre public, Revue trim. de Droit civil 1933, sah. 1115 ve müteakip.

23) Gazette du Palais 1931.1.676 (Saget tarafından zikrolunmuş, s. 118). Maaşafih bazı İstinaf Mahkemeleri aynı faraziyede tahliye talebini kabulde beis görmüyorlar. Deniliyor ki, dâvacı tapu senedine istinatla bu dâvayı açmakta ve mülkiyet hakkını dermeyan eylemektedir; binaenaleyh ahlâksızlığını ileri sürmesi mevzuubahs değildir. Halbuki, tahliye talebi mülkiyet hakkına istinat etse bile müdealeylehin mukaveleye istinatla yapacağı müdafaanın cürütülmesi için mevzuubahs mukavelenin ahlâka aykırılığı ileri sürülmek iktiza edeceğinden ledelhace Nemo auditor kaidesinin tatbiki burada da mümkün olacaktır.

mekten ibarettir— eğer diğer faraziyelerde de tahakkuku gereken bir mahiyet arz ediyorsa bu hükümden mülhem olarak o faraziyelere Nemo auditor kaidelerini tatbikte tereddüt göstermemelidir. Her ne kadar Von Tuhr 65 inci maddenin ahlâk ve adalete aykırı neticelere müncer olması itibariyle dar bir tefsire tâbi tutulması lüzumuna kail bulunuyorsa da eğer adalet ve ahlâk hissi doğrudan doğruya bu kaidenin mevzuubahs faraziyeğe teşmilini emrediyorsa bundan çekinmemek lâzımdır. Ezcümle herhangi bir münasebeti hukukiyenin bir kısmına 65 inci maddeyi tatbik etmek diğer kısmı için reddetmek adalete aykırı neticelere müncer oluyor ve intizamı âmmeyi daha derin bir şekilde ihlâl ediyorsa, o zaman noktaî nazarımıza göre 65 inci madde hükmüne kıyasen Nemo auditor kaidesine mevzuubahs münasebeti hukukiyenin tamamı için bir meriyet sahası tanımak iktiza edecektir. Bu fikri müşahhas bir şekilde ifade etmek lâzım gelse, malsahibi bedeli icarı tamamen aldıktan sonra mecurun randevu evi olarak kullanılmasının ahlâka aykırılığını ileri sürmek suretiyle tahliye dâvasını tahrik ettiğini farzedelim. Müstecir ödediği bedeli mukabil dâva ile isterse onun bu talebi 65 inci madde muvacehesinde red edilecektir. Buna mukabil mucirin tahliye talebini terviç edecek miyiz? Onun bu talebi 65 inci madde çerçevesi dışında kalmakla beraber şayanı kabul sayılacak mıdır? Eğer suale müspet cevap verilecek olursa mal sahibi evini gayrimeşru maksatlarla kiralayıp bilâhare kira mukavelesini bozmak suretiyle kendisine nâmütenahi defa bu gibi gayrı meşrû menfaatler sağlamak imkânı temin edilmiş olacaktır ki, bu durum tamamen intizamı âmmeye muhaliftir. Binaenaleyh burada Nemo auditor kaidelerini tatbik etmek ve mucirin tahliye isteğini reddetmek zarureti pek âşikâr bir şekilde meydana çıkıyor.

Esasen bütün B. K. ve Medenî Kanunumuza hâkim olan ahlâkîlik ve hüsnüniyet prensipleri ve hakkın suiistimalini meneyliyen hükümleri bir kül olarak nazarı itibara alınırca Nemo auditor kaidesine Türk Hukukunda bir meriyet sahası tanımak imkânı daha kolaylıkla tezahür eder. Evet bu kaideyi sadece, bir kısmına 65 inci maddenin tatbikini istilzam eden hukukî münasebetlere değil, ve fakat o kaidenin müstenit olduğu sebebi hikmet, münakaşaya mevzu teşkil eden faraziye için mevcut olduğu takdirde sureti umumiyede tatbik etmemek için bir sebep olmasa gerektir. Binaenaleyh kira mukavelesinin ahlâka mugayeretini dermeyen etmek suretiyle tahliye talebinde bulunan mal sahibinin bu talebini Nemo auditor kaidesine tevfikân reddetmek yerinde olur. Filhakika mesken buhranının carî olduğu bir zamanda yaptıracağı tahliyenin kendisine bir takım gayrı meşrû menfaatler teminine basamak teşkil etmesi büyük ihtimal dahilindedir. Binaenaleyh bir kimsenin kendi ahlâksızlı-

ğını teşhir suretiyle, büyük bir ihtimal dahilinde yeni bir takım gayri meşrû menfaatler elde etmek maksadıyle bir hakkı kullanmasına cevaz vermemek lâzımdır. Meğer ki talebini meşrû maksatlar izah edebilsin, ve bilhassa gayri menkulünü kirli bir maksada tahsis ettiğine nedamet duyduğunun delillerini ortaya koyabilsin. Meselâ mal sahibi peşin hiç bir şey almamıştır; gayri menkulünün ahlâka mugayir bir maksada tahsisine evvelâ rıza gösterdiği halde bundan samimi bir pişmanlıkla vazgeçmiş, ve müstecirinin mecuru ahlâka aykırı olmayacak bir maksatla kullanmak şartıyla tahtı işgalinde tutmasını kabul etmiş, ve bu hususta ona makul bir zaman bırakmıştır. Fakat müstecirinin ilk tasavvurunda ısrarı karşısında gayri menkulü büyük ihtimalle daha dün bir bedelle kiralamak bahasına da olsa tahliye dâvasını açmağa kendini mânen mecbur görmüştür. Bu gibi unsurların toplanması halinde Nemo auditur kaidelerinin tatbikinden sarfı nazar edilebilir. Fakat diğer hallerde bir kimseye ayıbını istismar suretiyle menfaatler elde etmesine mahal vermemek için Nemo auditur darbı meseline Türk hukuku bakımından da hayatiyet tanımakta ancak fayda vardır.

Esasen bu yazımızın sonunda şunu bir istitrat kabilinden ifade etmek gerekir ki, Nemo auditur kaidelerinin, 65 inci madde için olduğu gibi, bir kanun metni şeklinde belirmesi bazı kereler gayeye aykırı neticelerin husulüne sebebiyet verebilir. Çünkü bu madde sayesinde ahlâksızlığa rıza göstermiş olan taraf, bu suretle istihsal etmiş olduğu nakit veya mâlî ilânihaye muhafaza etmek garantisini elde etmiş bulunuyor. Muh-telif hâdiselerin hususî veçhelerine göre, Fransız mahkemelerinin yaptığı gibi, bu kaideyi bazan tatbik etmek ve bazı kere etmemek, —hal tarzları arasında bir bakımdan nisbî bir istikrarsızlığa yol açsa bile— yine en isabetli bir yol sayılmak iktiza eder. Bu elâstikiyetten mahrum olan 65 inci maddenin sertliği karşısında bu bakımdan hayıflanmamak elde değildir.

Her ne ise bâtil mukavelelerin tasfiyesi hakkında verdiğimiz bu izahat öyle sanıyoruz ki, tevhibi içtihat kararının taallûk ettiği hâdisede Yüksek Mahkemece kabul edilen hal tarzının reddedilmesi halinde tasavvuru mümkün mahzurları bertaraf etmektedir. Bu itibarla Yargıtay görüşünün muhafaza edilmesi için artık hiç bir sebep kalmamış gibidir. Samimi olarak beslediğimiz bu kanaatin verdiği cesaretle yaptığımız tenkitlerin hoş görüleceğini ümit eder, ve fuhşa taallûk eden ev kiralari mevzuunda tevhibi içtihat kararının son sözü teşkil etmemesini candan temenni eyleriz.

İ. E. P.