

B) CEZA HUKUKU.

Tecil olunan ceza ve tekerrür:

TEVHİDİ İÇTİHAT KARARI (*)

Özü: Tecil olunan cezayı istilzam eden suç ile sonradan ika edilen suç bir cinsten olmadığı takdirde tekerrürün tatbik edilemeyeceği hakkında Temyiz mahkemesi tevhidî içtihat kararı.

Esas No.: 31

Karar No.: 14

Ceza Kanununun 89 uncu maddesile tecil olunan cezayı istilzam eden suç ile sonradan ika edilen suç bir cinsten olmadıkları takdirde 89 uncu maddenin son fıkrası mucibince tekerrürün tatbiki icap edip etmeyeceği hususunda Temyiz Dördüncü Ceza Dairesinin 10. 11. 936 gün ve 10366/9027 ve 10. 3. 937 gün ve 9240/2848 ve Birinci Ceza Dairesinin 8. 3. 939 gün ve 1083/766 sayılı ilâmları arasında husule gelen ihtilâfın tevhidî içtihat suretile halli C. başmüddeiumumiliğinin 26.5.939 gün ve 2037 sayılı yazısıyla istenilmiş olmakla toplanan Tevhidî İctihat Heyeti umumiyesinde keyfiyet müzakere edilerek;

Neticede:

765 sayılı ceza kanununun 4055 sayılı kanunla değişen 95 inci maddesinin aldığı son şekilde cürüm ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren bes sene içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya veyahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkûm olduğu takdirde tecil edilmiş olan cezasile birlikte son defa mahkûm olduğu cezanın ayrı ayrı tenfizi icabedeceği tasrih edilip münferiden infaz kaydı ile ancak içtima hükümlerinin tatbiki keyfiyetinin istisna edilmiş bulunduğu münfehim olarak maddede tekerrür hakkında bir hüküm bulunmadığına ve tevhidî içtihada esas olan iki mütehalif kararlardan tekerrür hükümlerinin ademi tatbikine ait sonuncu kararın mezkûr 95 inci maddede olduğu gibi beş sene içinde ikinci suç işlenmediği surette müeccel mahkûmiyetin esasen vaki olmamış sayılacağına ait sarahatinin tazammun ettiği hukukî ve kanunî netice ile âhenktar olan hüküm ve müeyyidesile beraber cezası tecil edilmiş olan hazır mahkuma içtima hakkındaki kanunî müsaadeden istifade etmeksizin müeccel cezanın aynen çektirilmesine zamimeten sonraki cürüm cezasının dahi ancak şartlarına muvafık olmak kaydile tekerrürden dolayı arttırılacağıın ihtar edileceğini âmir bulunan 94 üncü maddedeki ihtirazi kaydın taallük eylediği tekerrür şartları 81 inci maddede infaz veya sukut hallerinin tahakkuku ile kabili izah olduğuna ve şartlarına muvafık tekerrürün tatbik edileceğini ihtar eden 94 üncü madde hükmünü anı takip eden 95 inci maddenin ikmal etmesi icap edip bu maddede ise tekerrürden bahis bir kayıt ve işaret bulunmadığına ve tekerrürün en mühim şartı olduğu ci-

(*) Resmî Gazete sayı 5231, 8 teşrinievvel 1942 perşembe.

htle mütehalif iki kararın mesnedini teşkil eden infaz halinin müeccel cezada tahakkuku mümkün olmayacağına binaen zikri geçen 94 üncü maddedeki ihtarın icra ve tatbik şeklini tamamlaması iktiza eden 95 inci maddenin sâkit kaldığı tekerrür hükümlerinin tatbikinde 81 inci madde hüküm ve sarahatine mugayir olarak tecil edilmiş mücazatın esas olmayacağına çoğunlukla karar verildi. 26/9/942.

Metnini aynen yukarıya nakleylemiş bulunduğumuz tevhidî içtihat kararı halleylemekte bulunduğu hukukî meseleden çok daha fazla olarak, kanunların Temyiz Mahkemesince tefsirinde esas mihver olarak tutulması iktiza eden yol bakımından alâkâmızı çekmektedir. Ve bu bakımdandır ki, bu yazımızdan önce de mevzu üzerinde çok isabetli mütalâalar dermeyan edilmiş bulunmasına rağmen [Şefik Simav: Müeccel cezalarda içtima ve tekerrür hakkında Temyiz Mahkemesi Ceza ve Tevhidî içtihat heyeti umumiyesinden çıkan iki karar üzerinde bazı düşünceler. Adliye Ceridesi. 1943. sayı 12. s. 1048] aynı konuya avdeti lüzumlu gördük.

Türk Ceza Kanunu 81 ve 87 inci maddelerinde cürümlerden dolayı kanunî bir ağırlatıcı sebep teşkil eden tekerrürün muhtelif şartlarını tayin eyemiş bulunmaktadır. Bu şartların en başında birinci cürümden dolayı hükmedilmiş bulunan cezanın çekilmiş yahut kanunî sebeplerden birile (müruru zaman, hususî af) düşmüş bulunması gelir: Hal böyle iken 94 üncü maddede «Cezası tecil edilen mahkûm hazır işe mahkemenin reisi cezanın tecil edildiğini tefhim ettikten sonra yeniden bir suç işlediği takdirde 95 inci madde hükmü dairesinde tecil olunan ceza çektirilmekle beraber sonraki cürüm cezasının dahi şartlarına muvafık olduğu takdirde, tekerrürden dolayı arttırılacağını kendisine ihtar eder» denilmektedir.

İmdi, tekerrürün en başta gelen esaslı şartının birinci cürümden dolayı hükmedilmiş bulunan cezanın çekilmiş yahut kanunî sebeplerden birile düşmüş bulunması olduğuna göre, 95 inci maddede tekerrürden dolayı ikinci suçun cezasının arttırılacağına müteallik kaydın müsbet bir şekilde tahakkuk edip edemeyeceği tatbikatta Temyiz Mahkemesinin muhtelif daireleri arasında içtihat ihtilâflarına sebebiyet vermiş bulunmaktadır. İşte Temyiz Mahkemesinin yukarıya metnini nakleymiş bulunduğumuz tevhidî içtihat kararile «... infaz halinin müeccel cezada tahakkuku mümkün olmayacağına binaen zikri geçen 94 üncü maddedeki ihtarın icra ve tatbik şeklini tamamlaması iktiza eden 95 inci maddenin sâkit kaldığı tekerrür hükümlerinin tatbikinde 81 inci madde hüküm ve sarahatine mugayir olarak tecil edilmiş mücazatın tekerrüre esas olmayacağına» karar vermiş bulunmaktadır.

Yüksek mahkeme bu kararile, âdeta 94 ve 81 inci maddelerin birbirini tutmadığını hattâ nakzettiğini beyan ederek 94 üncü maddeyi bir tevhidî içtihat kararı ile ilga eylemektedir.

Temyiz mahkemesini böyle bir karara sevkeden mucip sebepleri şöyle anlıyoruz:

1°) 95 inci maddenin II inci bendinde cürüm ile mahkûm olan kim-

se hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya ve yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkûm olduğu takdirde tecil edilmiş olan cezasile birlikte son defa mahkûm olduğu cezanın ayrı ayrı tenfizi icabedeceği tasrih edilmiştir. Bu suretle münferiden infaz kaydı ile ancak ıçtima hükümlerinin tatbiki kayfiyeti istisna edilmiştir, maddede tekerrür hakkında bir hüküm yoktur. Yani, şartlarına muvafık tekerrürün tatbik edileceğini ihtar eden 94 üncü madde hükmünü onu takip eden 95 inci maddenin ikmal etmesi icabeder, bu maddede ise tekerrürden bâhis bir kayıt ve işaret yoktur.

2) 95 inci maddedeki beş sene içinde suç işlenmediği surette müccel mahkûmiyetin esasen vâki olmamış sayılacağına ait sarahatin tazammun ettiği hukuki ve kanuni netice de tekerrür ahkâmının tatbik olunmasını icabettirir.

3) 94 üncü maddedeki ihtirazi kaydın taallük ettiği tekerrür şartları 81 inci maddedeki infaz veya sukut hallerinin tahakkuku ile kabili izahtır. İnfaz halinin ise müccel cezada tahakkuku mümkün değildir.

Kanaatimizce, Temyiz Mahkemesinin bu mevzuda vasıl olmuş bulunduğu hal tarzı gerek umumî olarak Temyiz Mahkemesinin fonksiyonu gerekse mucip sebepler ve nihayet maksada uygunluk bakımından doğru değildir.

Bir kere, umumî olarak, Temyiz Mahkemesinin fonksiyonu mevcut hükümlere bir mâna vermek, bir mâna vermeğe çalışmaktır. Binaenaleyh Temyiz Mahkemesi hiç bir suretle bu hükmün mânası yoktur; bir zühul eseridir, binaenaleyh tatbik olunamaz, diyemez. Teşriî metinlere bir mâna vermek, onlar için bir tatbik tarzı bulmak mümkün olduğu müddetçe, bunu yapmağa mecburdur. Doktrin ve müelliflerin de vazîfesi büyük bir kısmı itibariyle budur. Fakat müelliflerin ayrıca kanunun maksada uymayan ve diğer hükümlerle tam bir âhenk içinde bulunmayan hükümlerini tenkit salâhiyetleri olduğu halde Temyiz Mahkemesinin hattâ bu tenkit salâhiyeti de — tabii fonksiyonunu ifa ederken — yoktur. Aksi takdirde yüksek mahkeme hakiki fonksiyonundan ayrılmış ve muayyen bir ölçüde, olmak üzere, kanun vazının rolüne müdahale etmiş olur. İşte herseyden önce mezkûr tevhidî içtihat kararını bu noktai nazardan muvafık bulmuyoruz. Filhakika Temyiz Mahkemesi 94 üncü maddenin — sarahaten hiç bir metinle ilga edilmemiş bulunmasına göre — ancak sonradan mériyete giren veya değiştirilen hükümlerle zımnen ilga edildiğini iddia edebilir. Kararın mucip sebeplerinde bu noktaya temas edilmediği gibi, esasen Ceza Kanunumuzun muhtelif maddelerinde bu nevi bir iddiayı haklı gösterecek hiç bir tâdil de yapılmış değildir.

Mezkûr karar mucip sebepleri itibariyle de doğru değildir; şöyle ki:

1) 95 inci maddenin II inci bendinde cürüm ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya veyahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkûm olduğu takdirde tecil edilmiş olan cezasile birlik-

te son defa mahkûm olduğu cezanın ayrı ayrı tenfizi icabedeceği tasrih edilmiştir. Bu suretle münferiden infaz kaydı ile ancak içtima hükümlerinin tatbiki keyfiyeti istisna edilmiştir, maddede tekerrür hakkında bir hüküm yoktur» deniliyor. Kanaatımızca 95 inci maddede tekerrürün sureti tatbiki hakkında bir hükmün mevcut bulunmaması, cezası tecil edilen mahkûmun ikinci bir cürüm işlemesi halinde, 94 üncü maddedeki sarıh kayda rağmen, hakkında tekerrür hükümlerinin tatbik olunmayacağına delâlet eylemez. Filhakika 94 üncü madde tecilin neticelerinin ne olacağını tâyin eylemektedir ve iki hükmü ihtiva etmektedir: birinci hükmü, yahut kısmı için 94 üncü madde 95 inci maddeye atıf yapmaktadır. Ve ikinci bir hüküm olarak ta 95 inci maddedeki neticelere ilâve olmak üzere, cezası tecil edilen mahkûm hakkında tekerrür hükümlerinin tatbik edileceğini beyan eylemektedir. Tekerrürün sureti cereyan ve tatbiki hakkında 81 ve müteakıp maddelerde sarıh hükümler mevcut bulunduğuna göre bundan ayrıca 95 inci maddede bahseylemek lüzumsuz bir tekrar olurdu.

2°). 95 inci maddedeki «beş sene içinde suç işlenmediği surette müccel mahkûmiyetin esasen vâki olmamış sayılacağına ait sarahatin hukuki ve kanuni neticesi de tekerrür ahkâmının tatbik olunmamasını icap ettiremez. Beş sene içinde yeni bir cürüm işlenmediği takdirdedir ki tecil edilen cezaya ait suç işlenmemiş sayılacaktır. Çünkü bu halde mahkûm iyi niyetini ve nedametini, halini ıslah eylediğini, fiilen ve açıkça göstermiş olur. Halbuki cezası tecil edilen mahkûmun beş sene içinde yeniden bir suç işlemesi halinde nâdim olmadığını, müstesna ve müsait bir muameleden istifade eylemiş bulunmasına rağmen kötü harekette ısrarını gösteren bir işaret vardır ve hakkında, hiç olmazsa, birinci suçtan dolayı verilen cezayı çekmiş bulunan kimse kadar ağır bir muamelenin tatbiki, en az âdil olur.

3°) Temyiz Mahkemesinin, kararın asıl mesnedini teşkil eden yukarıda (3) numara altında gösterdiğimiz mucip sebebini de yerinde bulmuyoruz. Bu noktada, tevhibi içtihat kararının verildiği tarihten birkaç sene önce eserlerinde bu noktaya temas eden üstadımız Ord. Prof. Tahir Taner'in mezkûr esbabı mucibeye cevap teşkil eden ve bizim de tamamile iştirak eylediğimiz noktai nazarlarını aynen naklediyoruz (Tahir Taner: Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu şerhi - s. 444).

«... Her ne kadar kanunumuzun sistemine göre tekerrürün mevcudiyeti için evvelki cezanın çekilmiş veya düşmüş olması şart ise de, kanunun 94 üncü maddesi tecil hakkında bu husus için âdeta bir istisna vazetmekte ve cezanın tecili üzerine intizar devresi içinde ikinci bir cürümün işlenmesini tekerrür için kâfi görmektedir. Tekerrüre atfen maddede yazılı (şartlarına muvafık olduğu takdirde) ibaresine gelince, telmih edilen şartlar tekerrürün «cezanın çekilmiş veya düşmüş olması» şartından başka şartlarına — ve meselâ evvelki fiilin bir (cürüm) sonrakinin de (cürüm) olmasına — taallük ettiğini kabul etmek lâzımgelir. Sözü geçen 94 üncü maddenin 3 şubat 937 tarih ve 3112 sayılı kanun ile tâdili üzerine, yine tekerrüre atfen (şartlarına muvafık olduğu takdirde) ibaresinin halli ile ipka edilmiş olması, maddenin bu şekilde yazılmasında bir yanlışlık

mevcut olmayıp, onun tatbik kabiliyeti bulunduğunu ve kanun vazınca söylediğimiz veçhile tatbiki iltizam olunduğunu pek açık bir surette göstermektedir...». Üstadımızın bu çok açık ifadelerine hiç bir şey katacak değiliz.

Nihayet Temyiz Mahkemesinin mezkûr tevhidî içtihat kararı maksada uygunluk bakımından da tasvip olunamaz: Hiç şüphesiz bugünkü ceza hukuku merhamet ve âtîfet tedbirlerini de ihmal etmemelidir ve tecil de, istihdaf eylediği muhtelif maksatlar yanında bu gayenin de tahakkuku için mevzu, tedbirlerdendir. Fakat tecili, nşdim olduğu görülen ve bir daha suç işlemeyeceği tahmin olunan şahıslara, tatbik ediyorduk; halbuki birinci mahkûmiyetinden dolayı hükmedilen cezası tecil olunan şahıs, 95 inci maddeye göre intizar müddeti içinde, yeni bir suç işlediği takdirde hakkında beslenen bütün ümitleri boşa çıkarmış olur. Önceden hakkında müsait ve müsamahakâr bir muamele tatbik olduğu halde bunun kadrini bilmiyerek fenalıkta ısrar eden bu şahıs hakkındaki müsaadekârlıkta ısrar ederek hakkında tekerrür hükümlerini tatbik etmemek istemek, adalet bakımından olduğu gibi içtimai müdafaa isterlerine de uygun bulunmaz.

Bu mülâhazalar dolayısıyla Temyiz Mahkememizin mezkûr içtihadından bir an önce rücu eylesesini temenni etmekteyiz.

..

Nisbi para cezaları.

TEMYİZ KARARI

Temyiz Ceza Umumi Heyetinin 3/97 esas ve 89 karar sayılı ve 20/12/943 tarihli kararı (Adliye Dergisi: Otuz beşinci sene. 1 inci sayı. Temyiz Kararları, Ceza kısmı, s. 3, 4).

«... Hükmolunan nisbi para cezalarının hapse çevrilmesi halinde nazara alınmak şartile Ceza K. nun 59 uncu maddesine tevfiқан suçlunun hapis cezasından yapılan indirmenin para cezasına teşmil edilmemesi yolsuz ve Temyiz ilâmında bu cihete mütedair gösterilen bozma sebebi varit ve uymak icabederken bu cihetten de eski hükümde ısrar olunması yolsuz ve kanuna aykırı görüldüğünden mezkûr ısrar kararının C. M. U. K. nun 326 inci maddesine tevfiқан bozulmasına 20/12/943 tarihinde bozmada ittifak ve sebebinde ekseriyetle karar verildi».

Öyle zannediyoruz ki Temyiz Mahkememiz yukarıya metnini nakylediğimiz bu kararını nisbi para cezalarının aynı zamanda tazminat kabilinden para cezaları oluşu bakımından vermiş bulunmaktadır. Bir makalemizde de tebarüz ettirmeğe çalıştığımız veçhile, tamamiyle ceza mahiyetini haiz bulunan âmme para cezaları yanında Fransada mahkeme içtihatları yüz ve memleketimizde kanun ve mahkeme içtihatları on beş senedenberi, tazminat kabilinden para cezaları suretinde tevsim olunan aynı zamanda ceza ve tazminat karakterini haiz muhtelif vasıfta para

cezalarının mevcudiyetini kabul ile bunlara müteallik olmak üzere, ayrı hukukî neticeleri muhtevi bir nazariyeye vücut vermiş bulunmaktadırlar (Sulhî Dönmezer: Tazminat kabilinden para cezaları ve âmme para cezaları, İstanbul Barosu Mecmuası, yıl XVII, sayı 3, Mart 1943; s. 129).

Ceza kanunumuzun 92 inci maddesinde «tazminat kabilinden olan cezayı nakdi ve müsaderesi kanunen mecburi olan eşya ile muhakeme masraflarının tecil olunamayacağı» tasrih edilmekle kanunumuz sarih bir surette tazminat kabilinden olan para cezaları kategorisini kabul eylemiş bulunmaktadır.

Tazminat kabilinden olan para cezalarına, bunlarda mevcut, kısmen tazminat ve kısmen de bir ceza oluşları vasfı bakımından, bazı noktalarda cezalara ait umumi prensip ve kaideler bazı noktalarda da — kısmen tazminat mahiyetinde bulunmalarından dolayı — Borçlar hukukunun bazı prensipleri tatbik olunmakta, hülâsa bu nevi para cezaları için ayrı bir nazariye vaz ve tatbik olunmaktadır (Fransız temyiz mahkemesi içtihatları için sözü geçen makalemize bakınız).

Temyiz mahkememiz de şimdiye kadar vermiş bulunduğu muhtelif kararlarında, tazminat kabilinden para cezalarına müteallik olmak üzere hususi bazı hükümlerin tatbik olunacağını tesbit eylemekte ve yeni kararlarıyla de bu suretle teşekkül eylemekte bulunan nazariyeyi itmam etmektedir.

Meselâ Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti 37 esas ve 34 karar numaralı ve 1/5/933 tarihli kararile «tazminat kabilinden olan ve idarenin şahsi hakkı cümlesinden bulunan para cezalarının müştereken suçlulardan yekdiğerine müteselsil kefil olmak üzere tahsili muktezi olup hukuku şahsiyenin tamamı asıl faile hükmedildikten sonra işbu kaideye muhâlif olarak yarısının da ayrıca yardımcıya hükmedilmesi yolsuz olduğuna» (Temyiz kararları Ceza kısmı 1930-1934 s. 480), Temyiz Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesi «... Müddeiumumilerin tazminat kabilinden olan para cezası cihetinden dâvayı temyiz salâhiyeti bulunmadığına» (Temyiz Kararları Ceza kısmı 1930-1934 s. 699), Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi heyeti 23 esas ve 2 karar numaralı ve 2/1/939 tarihli bir kararında «tazminat kabilinden olan para cezalarının infaz edilmemesi tekerrür hükmünün tatbikine mâni olmayacağına» (Temyiz kararları ceza kısmı 1939-1940), Temyiz Üçüncü Ceza Dairesi 3829 esas ve 3842 karar numaralı ve 11/6/940 tarihli bir kararile «tazminat kabilinden olan para cezalarının tekerrürden dolayı arttırılmasında kanunî isabet olmadığına» (Temyiz Kararları Ceza kısmı 1939-1940, s. 202), Temyiz Üçüncü Ceza Dairesi 1667 esas ve 1575 karar numaralı ve 19/3/940 tarihli kararile «tazminat kabilinden olan para cezalarını vermediği ve bu cezanın hapse tahvili icap ettiği surette cezai mahiyeti itibariyle de yaştan dolayı yapılacak tenzilât sonunda kalan miktar üzerinden maznunun hapsine karar verilmesi icap edeceğine» ve «cezayı indiren kanunun, tazminat kabilinden olan para cezalarında da makabline şamil olduğuna» (Temyiz Kararları Ceza kısmı 1939-1940 s. 178) karar vermiş bulunmaktadır.

Nibayet metnini yukarıya naklettığımız kararla bu mevzua bir yenisi daha ilâve olunmakta ve nisbi para cezalarında — dolayısıyla tazminat

kabilinden olan para cezalarında — takdire bağlı hafifletici sebeplerle, bu cezaların hapse çevrilmesinde nazara alınmak şartıyla, tenzilât yapılması lâzımgereceği tesbit olunmaktadır. Yani bu nevi para cezalarında, cezanın normal olarak para ile ödenmesi halinde takdiri hafifletici sebep nazara alınmayacak, tatbik olunmayacaktır; fakat suçlunun aczi dolayısıyla ceza hapse tahvil edilirse, bu takdirde hafifletici sebebin tatbiki ile hapis cezasında tenzilât icra edilecektir.

Biz, sözü geçen makalemizde, kanunlarımızın, tazminat kabilinden olan para cezaları hakkında ayrı ve hususi esasların tatbiki icabeylediği zaman, bunların neler olduklarını gösterdiklerini ve bu itibarla mezkûr esaslar dışında içtihadî olarak hususi bir takım esasların vazolunmasının doğru olmayacağını müdafaa eylemiş bulunduğumuzdan metni yukarıya naklolunan kararı burada ayrıca tenkit lüzumunu hissetmiyoruz.

..

Ademi iktidar ve ırza tecavüz :

TEMYİZ İLÂMI

933 doğumlu Kâmil Karlıdere'nin cebri manevi ile ırzına geçmekten suçlu Âdem oğlu Selim Altuncu'nun C. K. nun 414/1, 55/3 üncü maddelerine tevfikân bir sene altı ay ağır hapsine ve diğer suçlu Kâmil oğlu Halit Özen'in beraatine dair Balıkesir Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 10/11/943 tarihli hüküm ve kararın C. M. U. liği ve kendisine müteallik cihetin suçlu Selim Altuncu tarafından temyizden tetkiki istida kılınmasına ve suçlu canibinden yokluk kağıdı ita edilmesine mebni dâva evrakı C. Baş M. U. liği yüksek makamından tebliğname ile Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

Suçlu Selim'in subuta ve vasfa taallük eden itirazları dâvacının iddiasına ve suçlunun sureti ikrarına ve şahit Bekir'in sureti şahadetine nazaran yerinde görülmediğinden reddile hükmün Selim'e taallük eden kısmının tasdikına ve 2200 kuruş tasdik harcının suçludan alınmasına.

Beraetine karar verilen suçlu Halid'in fiiline gelince:

Her ne kadar doktor raporunda suçlunun ırza geçmek fiilini ikaa muktedir olmadığı yazılı ise de farik ve mümeyyiz olan suçlu Halid'in ırza geçmek kasdile mağdurun donunu çözdüğü ve şehvi bir hisle âletî tenasülîyesini mağdura temas ettirdiği duruşma safahatından ve hâdisenin oluşu şeklinden ve mağdur ile suçluların ifadelerinin heyeti umumîyesinden açık surette müstedel olduğu ve binnetice suçlunun icrai ef'ali ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın bir fiil ve hareket mahiyetinde tezâhür eylediği halde bu cihet hüküm yerinde mütalâa ve münakaşa olunmaksızın yazılı şekilde beraetine karar verilmesi.

Yolsuz ve mahallî C. Müddeiumumisinin temyiz itirazları bu itibarla varit olduğundan hükmün Halid'e taallük eden kısmının Ceza M. U. K. nun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın yerine iadesine 13/12/943 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Ceza kanunumuzun 414 ve 415 inci maddelerinde ifadesini bulan ırza tecavüz ve ırza tasaddi cürümleri, faillerindeki kast, işleniş şekilleri ve kanunun tertip eylediği cezalar itibariyle birbirinden ayrı, müstakil ve farklı olan cümlelerdir. ırza tecavüz cürmü, ırza tasaddi cürmünden ayrıldığı gibi, ırza tecavüz cürmüne teşebbüs de keza ırza tasaddiden farklı ve ayrıdır.

ırza tecavüz cürmü erkek tenasül âletinin kadının tenasül âletine dahilü, yahut zahri cıma ile tamamlanır. Yani ırza tecavüz cürmünün maddi unsuru, normal yahut zahri cıma halinin tahakkukudur. Ve eğer ırza tecavüz suçunu ika eylemek isteyen şahıs bu cımaı, idhal keyfiyetini istemiş bulunmakla beraber, hareketlerinde, elinde olmıyan mani sebepler dolayısıyla icra hareketlerini tamamlayamamış yani bu neticeye vasil olamamış, cımaa kadar ileri gidememiş ise nakıs teşebbüs mevcut bulunur. Verilen şu izahattan anlaşılacağı veçhile ırza tecavüz cürmüne ancak nakıs teşebbüs mevzuubahs olabilir, yoksa tam teşebbüs mevzuubahs olamaz; çünkü tam teşebbüs, icra hareketlerinin tamamlanmasını ve fakat buna rağmen fallin istediği neticenin husule gelmemiş bulunmasını ifade eder. Halbuki ırza tecavüzde icra hareketleri tamamlanınca cıma tahakkuk etmiş ve binnetice suç tamamlanmış olur. (Bütün bu noktalar için bakınız: Garçon: Code pénal annoté, s. 842 ve sonrakiler; Majno: İtalyan Ceza Kanunu şerhi tercümesi; cilt 3, s. 135 ve sonrakiler).

ırza tecavüzü olduğu gibi, ırza tasaddi cürmünü de kanun tarif etmiştir. Fakat gerek Fransız ve gerekse Türk Temyiz Mahkemeleri içtihatları bu suçu teşkil edici hareket ve fiilleri tâyin eden hareketleri muhtelif kararlarında göstermektedirler. Garçon, heyeti umumiyesiyle ırza tasaddi cürmünü şu suretle tarif ediyor: «Bir şahıs üzerinde kasden ve doğrudan doğruya icra edilen âdap ve ahlâka aykırı fiil». Meselâ bir küçüğü kucağına oturtarak âleti tenasüliyesini çocuğun tenasül âletine değdirmek, 15 yaşından ufak bir küçüğün vücudünün alt kısımlarını soyarak âleti tenasüliyesini ellerile yoklamak gibi. Sayın Fahrettin Karaoğlan bu hareketleri şu suretle izah ediyor: «ırza tasaddide kast, şehvet ihtirasını cinsi münasebet derecesine varmıyan iptidai şekillerde fiilen teskin ve tatmin kasdındır. Binaenaleyh bu maksatla başlıyan tasaddiler meselâ maksadına meyil ve rıza uyandıracak telkinatta bulunmak, resimler göstermek, sözler söylemekten başlayarak şehvet tahrik edici yerlerini tutmak, tutturmak, açmak, açtırmak; kucağına oturtmak, öpmek, sıkmak, istimna yapmak veya yaptırmak ve nihayet badana yapmak gibi mütedariç ve müteselsil fiil ve hareketlerin bir kaçını ihtiva edebilir, maniaya uğramadıkça şehvetini teskine kadar devam eder» (Fahrettin Karaoğlan: Tâdillerinden sonra Ceza Kanunumuz üzerinde bir inceleme, s. 76, 77).

Görülüyor ki ırza tasaddi hareketleri cımaa varmıyan hareketlerdir. Bu suretle ırza tasaddi ile ırza tecavüze teşebbüs hallerinin birbirine çok benzediği ve karıştırılabileceği anlaşılabilir oluyor.

İmdi bu ikisini birbirinden tefrike medar olacak kıstas falldeki kastedir. ırza tecavüz suçuna teşebbüs halinde failde ırza tecavüz, âleti tenasüliyesini idhal yani cıma kastının mevcut bulunması icabeder: Halbuki

ırza tasaddide ise kast «şehvet ihtirasını cinsî münasebet derecesine vardırılmayan iptidai şekillerde fiilen teskin ve tatmindir» (Fahrettin Karaoğlan: Tâdillerinden sonra Ceza Kanunumuz üzerinde bir inceleme, 1936, s. 76).

Şimdi tetkik mevzuumuz olan Temyiz kararını verdiğimiz şu mütekaddim izahat yönünden tetkik edince Balıkesir Ağır Ceza Mahkemesinden verilen hükmü yerinde telâkki eylemek lâzımgelmektedir.

Filhakika ademi iktidara müsap bulunan Kâmil oğlu Halit Özen ırza tecavüz cürmünü ika kastı ile harekete geçmiş bulunmaktadır. Fakat bu cürmü ika vasıtasını teşkil eden âleti tenasüliyesi mezkûr cürmü ika bakımından elverişli değildir. Binaenaleyh ortada bir muhal suç vaziyeti vardır. İmdi bizim, muhal suçların tecziye olunabilmesi için vasıtanın elverişli, salih olması lâzımgelir. Buna nazaran, hâdisemizde ademi iktidara müsap bulunan şahsın âleti tenasüliyesi yapılan tetkikat ve doktor raporlarına nazaran, eğer kat'i bir şekilde, arzu eylediği neticeyi istihsal bakımından elverişli değilse, yâni, fiile teşebbüs eylemiş bulunan şahıs ötedenberi akim ise kendisi hakkında ceza tertip olunamaz: Fakat ademi iktidar bu derecede değilse ve ancak nisbî olup yalnız sözü geçen hâdisede kendisini göstermiş bulunuyorsa bu takdirde vasita elverişli bulunmakla beraber sadece kifayetsiz olacağından, faille ırza tecavüze teşebbüs cezasının tertibi icabeder.

Fail sırf, ademi iktidarı dolayısıyla neticeyi istihsal edememiş bulunuyorsa, yalnız bu sebep dolayısıyla fiilin istihale eylemiş bulunduğu, ve ırza tasaddiden dolayı tecziyenin icabedeceği neticesine varılamaz. Filhakika cürümleri tavsif ve tefrika medar olan keyfiyetin, faildeki kast oluşu umumî esası, bunun böyle olmasını icabettirir. Mezkûr netice ve hal tarzı her ne kadar adalet vicdanına uygun gelmese de Ceza Kanunumuzun 1 ve 2 inci maddelerinde ifadesini bulan kanunsuz suç olmaz prensibinin bizi sevkeylediği hukuki netice budur.

..

Kasden müessir fiil halinde fikri içtima :

TEMYİZ İLÂMI

Kanuni tahfif sebebinin vücudiyle birlikte Mustafa'ya attığı kurşunlardan birinin Mustafa'ya ve diğerinin Cafer'e isabetiyle her ikisini âdiyen yaralamaktan suçlu Ahmet oğlu Hasan Sabri Özveren'in ceza kanununun 456, 457, 51/3.55.69 uncu maddelerine tevfikân ve neticeten iki ay on üç gün hapsine dair Ödemiş ağır ceza mahkemesinden verilen 6/9/943 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Müddeiumumiliğinden istida edilerek dâva evrakı C. Başmüddeiumumiliği yüksek makamından tebliğname ile Temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Suçlu ile yaralı Cafer arasında bir muarefe olmadığı gibi vak'a zamanında ikisi arasında bir hâdisede tekevvün etmemesine ve silâhın kahvehane haricindeki pencereden Mustafa hedef ittihaz edilmek suretile

birbirini müteakiben iki defa atılarak bunlardan birinin de Cafer'e değ-diği duruşma safahatından ve bizzat Cafer'in beyanatından anlaşıldığı ve kasıttaki ve ana müsteniden ef'ali icraiyyede bir tebeddül olmadığı halde 79 uncu madde hükmü nazara alınmaksızın içtima hükmünün tatbik edil-mesi.

Yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla varit olduğundan tasdik tale-bini mutazammın olan tebliğname münderecatının reddile hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın yerine gönderilmesine 24/11/943 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Metnini yukarıya nakleylemiş bulunduğumuz Temyiz kararına mev-zu teşkil eden hâdise Ceza hukuku literatüründe uzun münakaşa ve farklı görüşlere sebebiyet vermiş bulunan meselelerden birini teşkil etmektedir.

Suçun hata veya sair bir ârıza dolayısıyla asıl kasdolunan şahıstan başka bir kimseye zarar iras eylemesi, teveccüh eylemesi haline Ceza hu-kukunda aberratio ictus adı verilmektedir. Meseleyi daha müşahhas bir şekilde tasvir için bir misali ele alalım: A, B'yi öldürmek istiyor ve silâ-hını ona tevcih ederek ateşliyor, fakat kurşun B'ye değil, fakat B'nin ya-nında yürümekte olan C'ye isabet ederek onun ölmesine sebebiyet veri-yor. Bu gibi hallerde cezai mesuliyetin sureti tekevvünü bakımından ce-zacılar arasında hâkim iki noktai nazar mevcuttur: Bazılarına göre farazi-yenizde biri asıl failin kasdeylediği şahsa karşı olmak üzere adam öldürmeğe tam teşebbüs ve diğeri de fiilen vurulan şahsa teveccüh eyliyen taksir ile adam öldürme cürümleri vardır. Ve fail hakkında bu iki suç-tan dolayı içtima kaidelerinin tatbiki icabeder (Vidal et Magnol: Cours de Droit criminel et de science pénitentiaire. 1935. s. 303; Garçon: code pénal annoté, s. 677, No. 71).

Diğer bazı müellifler ise — Fransız Temyiz Mahkemesinin kanaatı da böyledir — suçları tavsife medar olan keyfiyet faildeki kast olduğuna göre ancak bir tek suçun mevcut bulunduğunu ve failin adam öldürmeğe tam teşebbüsten dolayı tâkibi iktiza edeceğini müdafaa etmektedirler.

Kanaatımızca, Ceza kanunumuzun 52 inci maddesi, şahısta hata hali ile beraber, mevzuubahs eylediğimiz faraziyeyi de hal eylemekte bulun-duğundan, bizim mevzuat vaziyetimizde aberratio ictus bakımından bir güçlük yoktur. Yani, fikrimizce, 52 inci maddemiz yalnız şahısta hatâ ha-linde değil fakat aberratio ictus halinde de kabili tatbiktir. Çünkü 52 inci maddemizin ilk cümlesi çok umumî ve şamildir. Nitekim Garraud eserinde kanunumuzun mehzasını teşkil eden İtalyan Kanununun 52 inci mad-desile her iki hali de nazara almış bulunduğunu beyan eylemektedir (Garraud: Traité théorique et pratique du Droit pénal français. tome cin quième. 3e. édit. 1924. s. 150 note 24).

İmdi asıl mesele aynı kast ve niyetle müteaddit icra hareketlerinin yapılması halinde birinci icra hareketinin asıl kasdın teveccüh eylediği şahsa tesir eylemesi ve diğer icra hareketlerinin ise bir hata yahut sair bir ârıza yüzünden kasdın teveccüh eylememiş bulunduğu şahsı mutazar-rır etmesi halinde meydana çıkmaktadır. İşte tetkikine çalıştığımız temyiz kararı da bu faraziyeye ait tipik bir misal teşkil eylemektedir.

Bu mevzuda İtalyan Temyiz Mahkemesinin kararlarında da ittirat-sızlıklara tesadüf olunuyor: Meselâ İtalyan Temyiz Mahkemesi 28/10/1891 tarihli bir kararında «aynı mahal ve zamanda ve aynı cürmi kastın neticesi olarak, muayyen bir şahsı öldürmek için, iki el ateş edip te, başka bir şahsı öldüren ve asıl mağduru yaralayan kimse hakkında, 78 inci veya 52 inc madde değil, 79 uncu madde tatbik olunur» (Alfredo Janniti, in Ugo Conti — Giurisprudenza sul codice penale, 1927 cilt I, kısım I, s. 1035. No.: 5). Yine bu mahkeme 18/12/1895 tarihli bir kararında «muayyen bir şahsı ve kazaen bir diğerini yaralayan kimse, bir ceza ile yani en ağır suç için tesbit olunan ceza ile tecziye olunmak icap eden bir suç işlemiştir», demektedir. (A. Janniti: S. G. eser. s. 1035. No. 6). Buna mukabil yine aynı mahkeme 19/7/1904 tarihli bir kararında «birbirini müteakiben iki üfa ateş edip te nişan aldığı kimseden maada bir başka şahsı da yaralayan kimse, bir değil iki suç işlemiş olur» demektedir. (A. Janniti: S. G. eser. s. 1035. No. 14). Napoli İstinaf mahkemesi de 19/7/1915 tarihli bir kararında «52 inci maddede sadece kastedilen şahıstan gayri bir kimsenin zararına işlenmiş olan ve kastedilen şahsa hiç bir zarar iras etmemiş bulunan bir suçun ika olunması hali derpiş ve tanzim edilmiştir. İmdi mezkûr ahvalde bir suçun mevcut olduğu hususunda bu madde ile tesbit olunan kaide, asıl mağdurun dahi mutazarrır olmasına kabili teşmil değildir ve bu vaziyette içtima kaidelerini tatbik etmek iktiza eder» demektedir. (A. Janniti: S. G. eser. s. 1036 No. 23 bis ve ter) (*).

Garçon'un kanaati de bu merkezdedir (Garçon S. G. eser. s. 676, 677, No. 70, 71).

Temyiz Mahkememiz Ceza Umumi heyeti de 5/11/934 tarih ve 173 esas, 144 karar sayılı bir ilâmında «öldürülmesi maksut olan şahsa bir-biri ardınca atılan kurşunlardan birinin maksudaleyhin gayri bir şahsa ve diğerinin öldürülmesi maksud olan şahsa isabet ettiği ve diğer şahsın, öldürülmesi maksud olan şahsı öldürmek üzere atılan mermi tesirile, öldüğü kabul olunmasına ve diğer şahsın katlinden dolayı ceza tayininde Ceza Kanununun 52 inci maddesi mucibince katil suçunun öldürülmesi maksut olan şahsa karşı işlenmiş gibi telâkki olunarak suçluya ceza tayininden sonra, artık yine öldürülmesi maksut olan şahsın yaralanması mestâlesinden ayrı bir katil kastı mutalâa edilmesine kanunen cevaz olmayacağına göre, öldürülmesi maksut olan şahsı âdiyen yaralamaktan ceza tayini ve neticede içtima hükümlerinin tatbiki iktiza eder.» demektedir.

Öyle zannediyoruz ki, Temyiz Mahkemesi birinci Ceza Dairesinin, metni yukarıya naklolunan kararında ifadesini bulan bu yeni içtihadı doğru ve muvafık telâkki olunmak lâzımgelir.

Filhakika Ceza Kanunumuzun 79 uncu maddesine nazaran «işlediği bir fail ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlâl eden kimse o ahkâmdan en

(*) Bu mevzudaki İtalyan Temyiz Mahkemesi kararları için arkadaşımız Şahir Erman'ın «Ceza hukukunda bilmeme ve yanılma» adlı henüz intişar etmemiş eserinden istifade eylemiş bulunduğumuzu kaydetmek isteriz.

şedit cezayı tazammun eden maddeye göre cezalandırılır. Demek oluyor ki hâdisemizde bir tek hareket olsa idi, meselâ Hasan Sabri Özen'in attığı bir kurşun, asıl kastın teveccüh eylediği şahsı yaraladıktan sonra çıkıp kastın teveccüh eylememiş bulunduğu diğer kimseyi de yaralamış olsa idi, hiç bir mesele mevcut bulunmayacak fail husule gelmiş iki neticeden kanuna göre en ağır olarak tavsif olunana nazaran tecziye olunacaktı. Demek oluyor ki bir tek fiilin mevcut bulunduğu hallerde bir güçlük mevcut değildir. O halde fiil ne demektir, bu noktanın tayıni lâzımgelmektedir.

Kanaatımızca, hareket ile fiili birbirine karıştırmamak lâzımgelir. Aynı bir cürmî kastın icrai hareketlerinden olmak üzere birkaç harekette bulunması bu hareketlerin teker teker ayrı fiiller telâkki olunmasını icap ettiremez. Bu halde sadece hareketlerde ihtilât vardır, ve yalnız bir tek fiil mevcuttur. Meselâ bir şahsın öldürmek istediği bir kimseye, aynı cürmî kastın tezahürlerinden olarak, müteaddit bıçak darbeleri havale eylemesi halinde her bıçak darbesini tabii olarak ayrı bir fiil telâkki eylemeğe imkân olmaz.

İmdi hâdisemizde de vaziyet aynıdır; tabancanın aynı bir cürmî kastın tezahürlerinden olarak müteaddit defalar sıkılması bu kurşun sıkma hareketlerinin ayrı ve müstakil fiiller olmasını icap ettirmez, sadece hareketlerde ihtilât vardır fakat neticede bir tek fiil mevcuttur. Binaenaleyh faile 79 uncu maddedeki esasın tatbiki suretile ceza vermek lâzımgelir. Eğer aksî bir kanaat yani Ödemiş Ağır Ceza Mahkemesinin telâkkisi kabul edilecek olsa idi, attığı birinci kurşunla faili yaralayan ve yine attığı ikinci kurşunla onu öldüren kimseyi içtima kaidelerinin tatbiki suretile tecziye eylemek lâzımgelirdi. Böyle bir hal tarzının kabul olunamayacağı ise açıktır.

∴

1) *Ceza Usulünün 173, 174, 175 inci maddeleri :*

2) *Memurin Muhakemat kanunu bakımından memur :*

TEMYİZ İLÂMI

İstanbulda vukua gelen tünel hâdisesi dolayısıyla tünel umum müdürü Hulki, Cer müdürü Hasan Zeki ve teknik dairesi reisi Sarettin haklarında yapılan ilk tahkikatta; suçluların ilk tahkikatın açılmasına muhalefetleri 23/7/943 tarihinde İstanbul 3 üncü sorgu hâkimliğince, bu karara vukubulan itirazları 28/7/943 tarihinde 3 üncü asliye ceza hâkimliğince, asliye ceza hâkimliğinin kararına vaki itirazları da 3/8/943 tarihinde İstanbul ağır ceza mahkemesince red edildiğini mutazammın kararları havi zabıtname ve sair dâva evrakı yüksek Adliye Vekâletinin yazılı emirlerine binaen C. Başmüddeiumumiliğinden 9/9/943 tarihli ihbarname ile daireye gönderilsele tetkik olundu;

Mezkûr ihbarnamede; Ceza muhakemeleri usulü kanununun 174 üncü maddesine tevfiikan ilk tahkikatın açılmasına suçluların muhalefetlerinin yerinde olup olmadığının tetkiki asliye ceza hâkimine ait iken bu

muhalefet hakkında hilâfı salâhiyet re'sen sorgu hâkimliğince karar verilmesi, asliye hâkimliğince merci sıfatile itiraz tetkikatı yapılarak itirazın red olunması; ağır ceza mahkemesince de suçluların ilk tahkikatın açılmasına muhalefetlerinin yerinde olmadığına dair asliye hâkimliğince ittihaz olunan kararın itirazı kabil bulunduğu ve bu muhalefet hakkında evvelemerde sorgu hâkiminin karar vermesi, suçluların bu karara itiraz etmeleri ve asliye hâkiminin bu itirazı tetkik etmesi gibi yolsuz muamelelerin işin mahiyetini değiştiremeyeceği nazarı dikkate alınmadan tetkikat ierasına mahal olmadığına karar verilmesi Ceza muhakemeleri usulü kanununun 174 ve 175 inci maddelerinin sarıh hükümlerine muhalif görülmesinden ve Hükümetçe satın alınan İstanbul Elektrik şirketi tesisatının idare ve işletmesinin Nafia Vekâletine devrine dair olan 3481 sayılı kanunun 14 üncü maddesinde bu idarenin memur ve müstahdemlerinin memurun muhakemat kanunu hükümlerine tâbi olmadıkları hakkında bir kayıt mevcut olmakla beraber ahiren Hükümetçe İstanbuldaki tünel ve tramvay şirketlerinin de satın alınması üzerine elektrik, tünel ve tramvay işletmeleri tevhit olunarak bunların idaresi 3645 sayılı kanunla belediyeye devredilmiş olduğundan yalnız elektrik tesisatının idaresine taallük eden 3481 sayılı kanun hükümsüz kalmış onun yerine elektrik, tünel ve tramvay işletmelerini belediyenin idaresine veren 3645 sayılı kanun kaim olmuştur. Bu kanunda işe işletmenin memur ve müstahdemlerinin memurun muhakemat kanunundan hariç tutulduklarına dair bir kayıt yoktur. Bundan başka İstanbul Belediyesine bağlanmış bulunan bu idareye mensup memur ve müstahdemlerin belediye memurlarının hak ve vazifelerine sahip bulunmaları icap edeceğine göre bunların belediye kanununun 102 inci maddesi mucibince memurun muhakemat kanununa tâbi olduklarının kabulü iktiza etmekle beraber bu idare memurları; gördükleri işin âmme hizmeti olması bakımından T. C. K. nun 279 uncu maddesine ve Büyük Millet Meclisinin 1255 sayılı tefsirine göre de memurun muhakemat kanununa tâbi tutulmaktadırlar. İstanbul 3 üncü sorgu ve asliye hâkimliğince ve ağır ceza mahkemesince arzedilen hususların nazarı dikkate alınmamasından mezkûr kararların C. M. U. K. nun 343 üncü maddesine tevfikeyle bozulması lüzumu 8/9/943 tarih ve 1518/772 sayılı emre müsteniden ihbar olunmuştur.

İ. D. Adliye Vekâletinin yazılı emirlerine matuf ihbarname münderecatı varit olduğundan İstanbul 3 üncü sorgu hâkimliğinin 23/7/943, Asliye ceza hâkimliğinin 28/7/943 ve ağır ceza mahkemesinin 3/8/943 tarihli kararlarının usulün 343 üncü maddesinin son fıkrasınca bozulmasına 13/10/943 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz mahkemesi 4 üncü ceza dairesi bu karariyle iki noktayı aydınlatmaktadır:

1) Ceza muhakemeleri usulü kanununun 173, 174 ve 175 inci maddelerinin mâna ve muhtevalarını tayin eylemektedir.

2) Elektrik, Tünel ve Tramvay İşletmeleri memur ve müstahdemlerinin ifayı vazife esnasında işledikleri yahut ifayı vazifeden münbais suçlarından dolayı Memurun muhakemat kanunu hükümlerine tâbi bulun-

duklarını tesbit etmektedir. Bu iki nokta üzerinde ayrı ayrı durmak istiyoruz

1) Ceza muhakemeleri usulü kanunumuzun 173, 174 ve 175 inci maddeleri karışık ve bir takım müphemiyetlere sebebiyet verecek surette kaleme alınmış bulunmaktadır. Kanunumuzun 173 üncü maddesinde müddeiumumi tarafından ilk tahkikatın açılması zımında sorgu hâkimliğine verilecek olan talepten önce bu hâkim tarafından mahkemenin salâhiyetli bulunmaması, hukuku âmme dâvasının kabule şayan olmaması veya işin ilk tahkikata tâbi mevaddan bulunmaması yahut suçun rezayı müstelzim olmaması, sebepleriyle reddolunabileceği ve karar verilmekten evvel maznunun dinlenebileceği beyan olunmuştur.

174 üncü maddede ise ilk tahkikatın açılmasına dair ittihaz olunan karara maznunun 173 üncü maddenin birinci fıkrasında yazılan sebeplerden birine istinat ile muhalefet edebilir ve bu muhalefetin yerinde olup olmadığına asliye mahkemesi reis veya hâkimi karar verir, denilmektedir. Yani 173 üncü maddede sayılan sebeplerden birine istinat etmek suretiyle maznunun ilk tahkikatın açılması kararına muhalefeti halinde bu muhalefetin yerinde olup olmadığına karar vermek hususunda münhasıran salâhiyetli olan makam asliye mahkemesi reisi veya hâkimidir.

Halbuki müteakıp 175 inci maddede aynen «maznun, 173 üncü maddenin ikinci ve 174 üncü maddenin birinci fıkrasında yazılı hallerde salâhiyetsizlik hakkındaki talebini reddeden sorgu hâkiminin veya asliye mahkemesi reis veya hâkiminin kararı aleyhine acele itiraz yoluna müracaat edebilir.

Diğer hallerde maznun tarafından dermeyan edilen muhalefetlerin reddini veya ilk tahkikatın açılmasını muhtazammın olan asliye mahkemesi reis veya hâkiminin kararı aleyhine hiç bir kanun yoluna müracaat olunamaz» deniliyor.

Görülüyor ki 174 üncü madde ile yapılacak muhalefetler hakkında karar vermek salâhiyeti asliye mahkemesi reis veya hâkimine verildiği halde, asliye mahkemesi reis veya hâkimi tarafından bu hususta verilecek kararlara karşı gidilebilecek kanun yollarından bahseden 175 inci maddenin birinci fıkrasından maznun tarafından yapılacak salâhiyetsizlik, muhalefet iddiası hakkında sorgu hâkiminin de karar verebileceği anlaşılmaktadır.

Kanaatimizce 174 ve 175 inci maddeler arasında bir tenakuz mevcut değildir. Sadece 175 inci madde salâhiyetsizlik iddiası hakkında, ve bir şartta da muallâk olmak üzere, 174 üncü maddeye bir istisna koymaktadır.

Sorgu hâkimi kendisine karşı salâhiyetsizlik iddiası dermeyan eden maznunun bu iddiası hakkında bir şartla karar verebilecektir. Bu şartta 173 üncü maddenin ikinci fıkrasında yazılı olan hâldir. Ancak 173 üncü maddenin ikinci fıkrası diye bir şey yoktur. Bu vaziyet karşısında 175 inci maddedeki «173 üncü maddenin ikinci fıkrasında» tâbirini «173 üncü maddenin son cümlesindeki halde» mânasında anlamak iktiza eder.

Mesele bu suretle anlaşılınca 173, 174, 175 inci maddelerin muhtevâsından anlaşılması iktiza eden mâna şu olmak lâzımgelmektedir:

1) Sorgu hâkimi 173 üncü maddede yazılı dört halde hukuku âmme dâvasının açılması talebinè muhalefet edebilir. Ve muhalefet kararı vermezden önce maznunu da dinliyebilir.

2) Sorgu hâkimi, âmme dâvasının açılması talebine muhalefet etmiyerek, ilk tahkikatın açılmasına karar verdikten sonra, maznun da aynı 173 üncü maddede sayılan sebeplere müsteniden muhalefet edebilir.

İmdi birinci halde kararı sorgu hâkimi verecektir. Şayet sorgu hâkimi maznunu dinlemiş ve maznun da muhalefetini bildirmiş ise sorgu hâkimi bu muhalefet talebini ya varid görecek yahut ta görmeyecektir. Varid görürse mesele yoktur. Bu takdirde müddeiumumi isterse acele itiraz yoluna gidebilir.

Maznunun muhalefet talebini sorgu hâkimi varid görmezse ve muhalefeti bu suretle reddederse, muhalefet sebebinin ancak salâhiyetsizliğe taallük eylemesi halinde maznunun acele itiraz yoluna gitmeğe hakkı vardır. Bu halde merci asliye hâkim veya reisidir.

Sorgu hâkimi maznunu dinlemiş ve kendisi de bir muhalefet sebebi görmiyerek ilk tahkikatın açılmasına karar vermiş ve 185 inci maddeye göre bu kararını maznuna da bildirmiş olduğu takdirde maznun 173 üncü maddedeki dört sebepten birine istinaden muhalefet edebilir. Bu takdirde muhalefet hakkındaki kararı asliye reis veya hâkimi verecektir. Asliye reis veya hâkimi muhalefeti varid görürse ancak müddeiumumi acele itiraz yoluna gidebilir. Asliye reis veya hâkimi muhalefeti reddeylediği takdirde, muhalefet sebebinin ancak salâhiyetsizliğe taallük etmesi halinde maznun acele itiraz yoluna gidebilecektir.

Kanaatimizce metnini yukarıya nakleylemiş bulunduğumuz kararda bu noktaları teyit eylemektedir. Şimdi mezkûr kararın halledilmekte bulunduğu ikinci noktaya geçelim:

2) Memurinin vazifei memuriyetlerinden münbais veya vazifei memuriyetlerinin ifası sırasında hâdis olan cürümlerinden dolayı icrayı muhakemelerini hususî bir usule tâbi tutan 4 şubat 1329 tarihli kanun birincî maddesinde zikrolunan memurîn tâbirinden ne anlaşılması lâzımgeleceğini tâyin ve tasrih eylemediği içi bu kanunun mer'iyete girmiş bulunduğu tarihten itibaren, ihtiva eylediği istisnai usulden istifade edecek Devlet ajanlarının tâyini meselesi ihtilâflı kalmış ve değişik içtihatlara sebebiyet vermiş bulunmakta idi.

Böyle bir vaziyet karşısında hukukçu için yapılacak birinci iş hiç şüphesiz muhtelif teşriî metinleri araştırmak ve bunlarda bir memur tarifini bulmağa çalışmak ve eğer bu muhtelif metinlerden hiç biri mâna, taallük ettikleri mevzu ve istihdaf eyledikleri gayeler itibariyle maksada uygun olarak meseleyi hal edecek vaziyette değillerse, memurîn muhakemat kanununun mâna ve maksadı itibariyle hükümlerinden istifade etmesi lâzımgelecek Devlet ajanlarının kimler olacağını tâyin eylemek suretiyle içtihadî olarak fakat prensip şeklinde, bir tarif vermek idi.

Büyük Millet Meclisinin kır ve mahallat bekcileri hakkında'ti 1941 tarihli kararına kadar (sicilli kavanin 1941 cilt 22, s. 619) mevzuatımızda umumî bir surette memur tarifini ihtiva eden yalnız iki metin mevcuttu:

788 sayılı Memurun Kanununun birinci maddesinde «kendisine Devlet hizmeti tevdi olunan ve sicilli mahsusunda mukayyet olarak umumî ve yahut hususî bütçelerden maaş alan kimseye memur denir.» denilmektedir. Yine Türk Ceza Kanununun 279 uncu maddesinde «Ceza Kanununun tatbikatında:

1 — Devamlı veya muvakkat surette teşriî, idarî veya adlî bir âmme vazifesi gören devlet veya her türlü âmme müesseseleri memur, müstahdemleri;

2 — Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburî olarak teşriî, idarî veya adlî bir âmme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

Ceza Kanununun tatbikatında âmme hizmeti görmekte muvazzaf olanlar:

1 — Devamlı veya muvakkat surette bir âmme hizmeti gören Devlet veya diğer âmme müessesesinin memur ve müstahdemleri;

2 — Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburî surette bir âmme hizmeti gören diğer kimselerdir.» denilmiştir. Başka başka mevzulara taallük eden bu kanunlardan birincisinin memur hududunu dar tutmasına mukabil ikincisinin bunu çok geniş tuttuğu görülmektedir.

Bu iki kanunun da mer'î bulunmadığı devre zarfında, kanunları tefsir salâhiyeti kendi teşekküllerine mevdu bulunan Şûrayı Devlet 27 ağustos 339 tarihli — Memurin Muhakemat Kanununun mânasını ve istihdaf eylediği gayeyi ve maksadını esas tutmak suretiyle verdiği bir tefsir kararında memurin muhakemat kanununa tâbi olacak Devlet ajanlarının hududunu şu suretle tâyin eylemiş bulunmakta idi (S. S. Onar: İdare Hukuku, cilt I, s. 968): «Umuru hükûmete ait muamelâtı asaleten veya vekâleten gerek maaş ve gerek ücret olarak veya mülâzemet suretiyle bilâ maaş veya hiç bir ücret almaksızın ifa ile mükellef olan kimselerin cümlesi memur olup bunların sıfatlarını tâyin eden cihet, sureti tanzimleri değil; ifa ettikleri vazife olduğundan herhangi sınıftan olursa olsunlar Memurin Muhakematı kanunu hükümlerine tâbidirler...». Öyle zannediyoruz ki Devlet işlerinin nisbeten dar bir kadroyu ihtiva eylediği o devrelerde, memurin muhakemat kanunundan istifade edecek Devlet ajanlarını umuru hükûmete ait muamelâtı ifa eden ajanlara tahdit etmek suretiyle umuru devlete ait maddî tasarrufları icra edenleri hariç bırakan bu karar münasip telâkki edilmek lâzımgelirdi. Tabii o devirler için.

Yukarıda sözü geçen ve memur hakkında iki ayrı tarifi ihtiva eden kanunların meriyette bulunduğu devreler zarfında da muhtelif Devlet ajanlarının statülerine ve kurulmakta olan yeni teşekküllere müteallik bir takım kanunlar yürürlüğe girmiş ve bunlardan bazılarında, o teşkilâta dahil ajanların memurin, muhakemat kanunundan istifade edeceği diğer bazılarının ise istifade etmeyecekleri sarahaten zikrolunmuştur. Ve öyle zannediyoruz ki meseleyi prensip şeklinde halletmiyerek münferit fiillere taallük eden bu kanunlar vaziyeti bir parça daha karıştırmıştır. (Bu kanunlar için bakınız: S. S. Onar: İdare Hukuku, cilt I, s. 968 ve

sonrakiler; Zihni Betül - Zeki Kumrulu: Son tadillere göre haşiyeli ve izahlı ceza muhakemeleri usulü kanunu s. 334).

İşte bu kanun metinleri ve tarifler muvacehesinde Temyiz mahkeme-miz muhtelif tarihli kararlarında meseleyi bir prensip şeklinde halleyile-mekten uzak olarak; ampirik bir metot takibi suretiyle memurin muha-kemat kanunundan istifade edecek memurları teker teker tâyin eylemek-te idi. Sayın hocamız Sıddık Sami Onar Temyiz Mahkememizin esas ola-rak memurin kanunundaki tarifi kabul eylediğini ve ancak kanuni sara-hat ve delâletlerle bu tarifi dışına çıkararak kanunun diğer bir kısım ajanlara da tatbik edilebileceğinin kabul olunduğunu söylemektedirler. Hakikaten kır, çarşı, mahallât bekçilerinin memurin muhakemat kanunu hükümlerinden istifade eylemeyeceklerini tesbit eden Temyiz mahkeme-mizin 27 esas ve 48 karar numaralı ve 14/3/940 tarihli tevhidî içtihat ka-rarı hocamızın bu görüşlerini teyit eder durumdadır: «Kır, çarşı ve ma-hallât bekçileri; *memuru tarif eden 788 sayılı kanunun 1 inci maddesinin dairesi şümulünden hariç* ve hususi kanunlarına göre zabıtal mahalliyenin tahtı nezaretinde olup zabıtal mania ve adliye vezaifinde ona muavenet-le mükellef ve işbu vezaifin ifası sırasında yalnız jandarma ve polisin malik olduğu salâhiyeti haiz olmalarına mebni bu vazifelerinden mün-bais veya vazifelerinin ifası sırasında hâdis olan suçlarından dolayı ilk tahkikatın icrasında umumî hükümler tatbik olup memurin muhake-matı kanununun 4 üncü maddesindeki istisnai hüküm cari olmayacağına ekseriyetle karar verildi.»

İşte Temyiz Mahkememizin bu tevhidî içtihat kararı dolayısıyla veri-len bir tefsir takriri üzerine Büyük Millet Meclisinin «kır ve mahallât bekçilerinin memurin muhakematı kanunu hükümlerine tâbi olup olma-dıklarının tefsirine mahal olmadığı hakkında» ki 1255 sayılı kararı (si-cilli kavanin 1941. cilt 22, s. 619.) bu mevzuda senelerdenberi sürüp git-mekte olan değişik içtihatlarla son vermiş ve bir prensip kararı vazeyle-miş bulunmaktadır. Filhakika çarşı ve mahallât bekçilerinin memurin muhakemat kanununa tâbi bulunup bulunmadıklarını tâyin bakımından veriler, bu karar son cümlesinde umumî bir prensip vazeylemiş ve sureti umumiyede memurin muhakemat kanunundan istifade edecek olanları tâyin eylemiş bulunmaktadır. Bu son cümleye nazaran: «*Ceza tatbika-tında* hangi vazife sahiplerinin memur telâkki edileceği hususunda adliye encümeni ile müttefik olarak encümenimiz *ceza takibatında* dahi aynen ve tamamen o vazife sahiplerinin memur addedilmeleri ve binaenaleyh haklarında Memurin muhakemat kanunu hükümlerinin tatbik olunması mevcut kanuni mevzuat ve tefsiri mukarrerat hükümleri icabından bu-lunduğundan bu hususta yeni bir tefsire mahal olmadığına ittifakla ka-rar vermiştir.». Görülüyor ki nakleyeylemiş bulunduğumuz ceza kanunu-muzun 279 uncu maddesindeki tarife giren bütün Devlet ajanları memur-in muhakemat kanunundan istifade edeceklerdir. Mezkûr kararın veril-mesinden sonra dahi bazı mahkemelerin, memurin muhakemat kanunu-na tâbi ola Devlet ajanlarını tâyin ederken düştükleri tereddütleri, ka-nunîmizce sözü geçen 1255 sayılı kararın yalnız çarşı, mahallât ve kır bekçilerinin durumlarını tayin eder olarak telâkki eylemiş bulun-

malarına atfeylemek lâzımgelir. Halbuki sözü geçen 1255 sayılı kararın beş noktada toplanan esbabı mucibesi sadece çarşı, mahallât ve kır beççilerinin durumları bakımından mevzu bulunmakla beraber, kararın, biraz yukarıda naklolunan son cümlesi meseleyi bir prensip şeklinde ve bütün Devlet ajanları bakımından halleylemektedir ve bu bakımdan bazılarına iştirak eylemediğimiz mezkûr esbabı mucibe üzerinde burada durmağa mahal görmüyoruz.

Su halde bugün Memurin muhakemat kanunu hükümlerine tâbi olacak devlet ajanlarını tayin için bunların ceza kanunumuzun 279 uncu maddesindeki tarife uyup uymadıklarına bakmak lâzımgelir. 279 uncu maddemize göre ise, maddenin şumulüne giren ajanları tayin bakımından birinci ve başta gelen — ve itiraf etmeli — ve aynı zamanda tayini de en güç olan şart bunların bir âmme vazifesi görmeleridir. Âmme vazifesi tabirini, âmme hizmeti tâbiri ile müteradif addedebiliriz. İmdi idare hukukunun en esaslı, aslı mefhumlarından birini teşkil eden âmme hizmeti üzerindeki müphemiyetler ve aşağı yukarı her müellifin âmme hizmetini tayin bakımından verdiği değişik kriterler hatırlanmalıdır. Bu itibarla 279 uncu maddemizdeki âmme vazifesi tâbirine verilecek mâna bakımından mezkûr meclis kararından sonra dahi, memurin muhakemat kanununa tâbi olacak Devlet ajanlarının tayini hususundaki ihtilâflar tabii artık çok daha dar ve nadir olarak — devam edebilecektir.

Netekim sözü geçen meclis kararından sonra Devlet daireleri odacılarının Memurin muhakemat kanunundan istifade etmeyecekleri hakkındaki Devlet Şûrası birinci dairesinin 3092/2900 numara ve 10/11/941 tarihli kararını bu bakımdan şayanı dikkat telâkki eylediğimizden aynen naklediyoruz:

«Kanun ve nizamları tatbik ve onların hüsnü tatbikına nezaret etmek ve âmme nizam ve intizamının temin ve icrasıyla alâkadar olmak ve heyeti içtimaiye veya heyeti içtimaiyenin menfaati namına hizmet ifa etmek ve icra kuvvetinin mümessili olmak gibi bir âmme hizmet ve vazifesini görmeyen ve binaenaleyh ne otorite ve ne de temşiyet memurlarından olmıyan odacılar, Ceza Kanununun 279 uncu maddesinde tayin ve tarif edilen memur ve müstahdemlerden sayılamıyacağı gibi memurin kanununun taysif ettiği memur ve müstahdemler meyanına da giremeyeceğinden bunlar hakkında memurin muhakematı kanunu hükümlerine tevfikân takibat icrası kanuni esasa uygun olmadığından ve bu hususta tefsir ve içtihada müstenit hukuki mesnetlerde bulunmadığından maznun hakkındaki takibatın umumi hükümlere göre icrası icabeder.» (Kemal Bora: Müaddel ve Hâsiyeli Türk Ceza Kanunu ve mer'iyet kanunu, Dördüncü basılış, s. 174).

Görüldüğü ki Şûrayı Devlet mezkûr kararıyla 279 uncu maddeye nazaran âmme vazifesi gören memur ve müstahdemlerin ya otorite veya hut temşiyet memurlarından olmaları icap edeceğini, otorite veya temşiyet memuru olanların ise *kanun ve nizamları tatbik ve inların hüsnü tatbikına nezaret etmek ve âmme nizam ve intizamının temin ve icrasıyla alâkadar olmak ve heyeti içtimaiye veya heyeti içtimaiyenin menfaati namına hizmet ifa etmek ve icra kuvvetinin mümessili olmak gibi bir âm-*

me hizmet ve vazifesi görenler bulunduğunu beyan etmektedir. Bunlar gibi olmayan bir âmme hizmet ve vazifesi görenler 279 uncu maddenin şümülüne girmezler ve binaenaleyh memurun muhakemat kanunundan da istifade etmezler. Şûrayı Devlet kararında geçen ve bizim de nakleyemiş bulunduğumuz bu tabirlerden bazılarının müphem olduğu hususunda şüphe edilemez. Fakat Devlet Şûrasının, kanaatimizce, burada ortaya koyduğu bir esas vardır ve bizim de tamamiyle iştirak eylemiş bulunduğumuz bu esasa göre herhangi bir Devlet veya âmme müessesesi memur ve müstahdemleri yahut teşrii, idari veya adli bir hizmet veya vazife gören sair kimseler sırf bu sıfatları dolayısıyla, 279 uncu maddenin kasdeylediği mânada bir âmme hizmet veya vazifesi gören kimse ve binaenaleyh Ceza kanununun tatbikında ve ceza takibatında memur telâkki olunamazlar. 279 uncu maddedeki âmme vazifesi tâbirinin tahdit edici ve hasredici bir fonksiyonu ve rolü vardır. Eğer herhangi bir Devlet veya âmme müessesesi memur ve müstahdemi sırf bu sıfatı dolayısıyla bir âmme vazifesi gören şahıs olarak telâkki edilse idi kanun vazı 279 uncu maddede ayrıca «... bir âmme vazifesi gören» kaydını istimal etmezdi. Yâni âmme vazifesi gören tâbirini kullanmakla kanun vazı Devlet veya diğer âmme müesseseleri memur ve müstahdemlerinden ancak bazılarını kasdeylediğini ifade eylemek istemiş olsa gerektir.

İmdi asıl mesele 279 uncu maddedeki âmme vazifesi tâbirinden kanun vazının neyi kasdeylediğini tâyin eylemektedir. Ve galiba meselenin en güç cephesi de buradadır. Netekim Devlet Şûrası bu meseleyi, nakleyeceğimiz 10/11/941 tarihli kararında bir prensip şeklinde halledememiş fakat ancak bazı misaller verebilmiştir.

279 uncu madde, ceza kanunumuzun muhtelif maddelerini tadil eden 11 haziran 1936 tarih ve 3038 sayılı kanun ile değiştirilerek yukarıda arzolunan şekli almıştır. Tadilden önce maddemiz şu şekilde idi: «Kanunun tatbikatında Devletin veya vilâyet ve nahiye ve karyelerin nezareti altında bulunan bir hizmette maaşlı veya maaşsız daimî veya muvakkat vazife görenler memur sayılır». Görülüyor ki maddenin eski şeklinde «... bir âmme vazifesi gören» tâbiri yoktur.

İmdi 279 uncu maddenin 936 tarihli kanunla vaki tadilinin esbabı mucibesi olmak üzere «... bu son tadiller ve bilhassa Devletin emniyeti aleyhine cürümler bahsinde konulan hükümler dolayısıyla memur hakkındaki tarifin daha geniş tutulmasına lüzum görülmesinden ve mebusların da tarifin şümülüne girmesi iltizam olunmasından ileri geldiği adliye encümeni esbabı mucibe lâyihasında yazılıdır.» (Fahrettin Karaoğlan: Tâdillerinden sonra Ceza Kanunumuz üzerinde bir inceleme 1936 s. 129). Hulâsa edilmek lâzımgelirse madde, memur tarifinin sahasını genişletmek ve bilhassa meb'usları bunun şümülü içine almak gayesiyle tadil edilmiş ve bugünkü şeklini almıştır. Esasen 1931 tarihli İtalyan kanununda aynen maddemize tetabuk eden .57 inci maddesinin 1889 tarihli kanundaki tarifi bırakarak hali hazır şeklini almasında da hemen hemen aynı esbabı mucibe dermeyan olunmuştur. (Code pénal du royaume d'Italie traduit et annoté par Casabianca. 1932 s. 223).

Fakat kanaatimizce madde tevsî olunmak, yâni memur tarifi geniş-

letilmek arzu edilmiş fakat bununla beraber, 1936 dan önce maddede mevcut bulunmayan bir tahdit unsuru (... bir âmme vazifesi gören...) maddeye ilâve olunmuştur. Bu itibarla 279 uncu maddenin tatbıkında bu «... âmme vazifesi gören...» tâbirini imal eylemek lâzımgelir.

Kanaatimizce âmme vazifesinin hizmetinin, diğerleri yanında, en esaslı unsurunu teşkil eden nokta bu hizmetin veya vazifenin icrasında âmme kudretinin, otoritesinin istimalidir. Bu itibarla 279 uncu maddenin tatbıkında doğrudan doğruya veya dolayısıyla vazifelerinin icrasında âmme kudretini istimal etmiyen yahut, âmme kudretinin istimali netice itibarıyla icrai karar almaktan ibaret bulunduğu nazaran, icrai kararı alacak makam veya memura hukuki malzemeyi ihzar etmiyen Devlet veya diğer âmme müesseseleri memur ve müstahdemlerini veya idari adli veya teşrii bir vazife gören diğer kimseleri memur telâkki eylememek lâzımgelir. Bu itibarla âmme otoritesinin istimali ile hiç bir alâkalari bulunmayan meselâ çöpçüler, tramvay vatman ve biletçileri kanaatimizce 279 uncu maddenin anlattığı mânada memur veya müstahdem değildirler. Esasen meselenin anladığımız şekilden başka olarak mutalâası yani Devlet veya âmme müesseseleri memur ve müstahdemlerinin ve idari, adli ve teşrii herhangi bir vazife gören diğer kimselerin 279 uncu madde idadına dâhil telâkki olunarak Ceza Kanunumuzun muhtelif maddelerinden ve Memurin muhakemat kanunundan istifade etmelerinin kabul olunması mevzuatın maksadına ve Esas Teşkilât Kanununun ruhuna da aykırı olur. Binaenaleyh muhakkak surette «... âmme vazifesi gören...» tâbirini imal etmek lâzımdır. Bizim yukarıda arzylemiş bulunduğumuz imal şeklinin tam doğru ve yerinde olduğunu mutlak surette iddia edemeyiz. Fakat herhalde mezkûr tabirin imal olunmasının zarurî olduğu açıktır.

İmdi bu esas ve görüşlerimiz ışığı altında yukarıda metnini nakletmiş bulunduğumuz kararın ikinci noktasının mutalâasına geçelim: Tramvay, Elektrik ve Tünel işletmeleri memur ve müstahdemlerinin memurin muhakemat kanunu hükümlerinden istifade edeceklerine mütedair bulunan mezkûr kararın ikinci kısmının esbabı mucibesini şu şekilde hülasa ve arzedebiliriz:

1) Hükümetçe satın alınan İstanbul Elektrik Şirketi tesisatının idare ve işletmesinin Nafia Vekâletine devrine dair olan 3481 sayılı kanunun 14 üncü maddesinde idarenin memur ve müstahdemlerinin memurin muhakemat kanunu hükümlerine tâbi olmadıkları hakkında bir kayıt mevcuttur. Fakat bu kanunun yerini alan 3645 sayılı kanunda işletmenin memur ve müstahdemlerinin Memurin muhakemat kanunundan hariç tutulduklarına dair kayıt yoktur.

2) İstanbul Belediyesine bağlanmış bulunan bu idareye mensup memur ve müstahdemlerin Belediye memur ve müstahdemlerinin hak ve vazifelerine sahip bulunmaları icap eder.

3) Bu idare memurları gördükleri işin âmme hizmeti olması bakımından Türk Ceza Kanununun 279 uncu maddesine ve Büyük Millet Meclisinin 1255 sayılı tefsirine göre de Memurin muhakemat kanununa tâbi tutulmaktadır.

Bu esbabı mucibeye iştirak edemiyoruz:

Bir kere üç numara altında ifade ettiğimiz ve en kuvvetli olan mucip sebebe yukarıdanberi verdiğimiz izahat cevap teşkil eylemekte bulunduğundan burada mezkûr nokta üzerinde ayrıca durmağa mahal yoktur. 1 ve 2 numaralı esbabı mucibeye gelince:

1) Elektrik, tramvay ve tünel idareleri teşkilât ve idaresinin İstanbul belediyesine devrine dair olan 3645 sayılı kanunda bu idare memur ve müstahdemlerinin Memurın muhakemat kanunu hükümlerine tâbi bulunmadıkları hakkında bir kaydın mevcut bulunmaması, mezkûr idare memur ve müstahdemlerinin Memurın Muhakemat kanunu hükümlerine tâbi bulunacaklarına delâlet edemez. Çünkü eğer böyle olsaydı kanun vazının bazı kere muayyen idare mensuplarının Memurın muhakemat kanunu hükümlerine tâbi bulduklarını sarahaten kaydeylememesi icap ederdi. Halbuki bazı kanunlarda, vazı bu kanunlara tâbi ajanların Memurın muhakemat kanununa tâbi bulduklarını tasrih eylemektedir: (1580 sayılı Belediye kanununun 102 inci maddesi, 442 sayılı köy kanununun 11 inci maddesi). Esasen 3645 sayılı kanunun 5, 12 inci maddeleri de bu idarenin hususi teşekküller gibi idare olunacağına ve binaenaleyh memur ve müstahdemlerinin memurın muhakemat kanununa tâbi bulunmayacağına, delâlet eylemektedir.

2) 3695 sayılı kanunun 1 inci maddesinde «İstanbul Elektrik, Tramvay ve Tünel şirketlerinin satın alınmasına dair mukavelenamelerin tasdikı hakkındaki kanunlarla bu kanunlara bağlı mukavelenameler mucibince hükümete intikal eden haklar ve vecibeler ve bîcümle tesisat ve mezkûr kanunlarla vücuda getirilmiş olan bütün teşekküller bütün hak ve salâhiyet ve vecibeleriyle İstanbul Beldiyesine devredilmiştir.» denilmektedir.

İmdi, 3645 sayılı kanunda, bu kanunla belediyeye intikal edecek idare memur ve müstahdemlerinin Belediye memur ve müstahdemlerinin hak ve salâhiyetlerinden yahut onlara ait hukukî rejimden istifade edeceklerine dair bir kayıt yoktur. Esasen dikkat olunacağı veçhile 3645 sayılı kanunun 1 inci maddesinde «... bütün teşekküller bütün hak, salâhiyet ve vecibeleriyle İstanbul belediyesine devredilmiştir» denilmektedir. Memurın muhakemat kanunu hükümlerinden istifade bir hak veya salâhiyet değildir. Sadece görülen hizmetin icap ettirdiği hukukî bir keyfiyettir. Eğer böyle olsa idi, yâni memurun şahsî bir hakkı telâkki olunsaydı, herhangi bir memurun hakkında Memurın muhakemat kanunu hükümlerinin tatbikından feragat ederek umumi hükümlere göre takibat yapılmasını istemek salâhiyetine malik bulunmaması icap ederdi. Mezkûr idarenin 1 inci madde ile belediyeye devredilmiş olması o idare memur ve müstahdemlerinin otomatik olarak Belediye kanununun 102 inci maddesindeki istifade edebilmesini icap ettiremez.

İşte izah ettiğimiz mülahazalar dolayısıyla Tramvay, Tünel ve Elektrik idaresi memur ve müstahdemlerinin Memurın muhakemat kanunu hükümlerine tâbi bulunacakları hakkındaki, metni yukarıya naklolunan, tanyiz kararını muvafık bulmamaktayız. Esasen böyle bir hal tarzı maksada uygunluk bakımından da doğru değildir. Filhakika bu kararın neticesi oldukça sık tesadüf olunan tramvay ve otobüs kazalarına sebebiyet

veren vatman, şöför ve biletçiler hakkında taksir ile müessir fiil veya adam öldürmeden dolayı yapılacak takibat dolayısıyla de ilkönce memurun muhakemat kanununa göre tahkikat icrasını ve her ne kadar bida-yeten delilleri toplamak salâhiyetine malik bulunsa da, müddeiumuminin maznun hakkında hukuku âmme dâvasını açmamasını icap ettirecektir.

S. D.

B) HUSUSÎ HUKUK

a) Temyiz Mahkemesi tevhidî içtihat umumî heyeti kararları;

b) Temyiz Mahkemesi kararları.

A) TEMYİZ MAHKEMESİ TEVHİDİ İÇTİHAT UMUMİ HEYETİ KARARLARI

1. — 943 yılında mühim içtihat hareketlerinden birini Temyiz Mahkememizin 940/48 esas 943/15 karar sayılı tevhidî içtihat kararı teşkil etmektedir. İştirak halinde tasarruf edilen malların şeriklerden birinin borcu dolayısıyla ve İcra ve iflâs kanununun 121 inci maddesine göre ne suretle satılacağını gösteren bu karar tatbikattaki vuzuhsuzluğu ve güçlüğü kaldırması bakımından büyük bir ehemmiyet arz etmektedir.

Malûm olduğu üzere iştirak halinde mülkiyette Medeni Kanunun 629 uncu maddesi mucibince şeriklerden «her birinin hakkı o şeyin tamamına sâri olur» ve binaenaleyh 630 uncu madde mucibince «malik oldukları şeyde tasarruf salâhiyetleri ancak ittifak ile verecekleri karar mucibince istimal oluna» bileceği gibi «iştirak devam ettiği müddetçe taksim ve şayi cüzde tasarruf caiz değildir». Medeni Kanunun 581 inci maddesi mirascılar arasındaki rabitanın ve tereke üzerindeki haklarının da bir iştirak halinde mülkiyet olduğunu ve hattâ hâkimin «taksim icrasına kadar miras şirketine bir mümessil tâyin edebileceğini» tasrih etmektedir. Şu halde miras şirketinin tasfiyesine kadar ne mirascıların ve ne de alacaklılarının terekedeki malların tamamı veya şayi bir cüz üzerinde tasarruf edemeyecekleri tabiidir.

Halbuki İcra ve İflâs Kanunumuzun 121 inci maddesi «taksim edilmiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi» nin borç dolayısıyla haczolunarak satılabileceğini esas itibariyle kabul etmekte ancak bu «malların satılması lâzımgelirse icra memuru satışın nasıl yapılacağını tetkik mercilerden sora» çağını ve «merci ikametgâhları malûm olan alâkadarları davet ve gelenleri dinledikten sonra açık arttırma yaptırabileceği gibi satış için bir memur da tâyin edebile» ceğini «yahut iktiza eden diğer tedbirleri alabile» ceğini söylemektedir.

İştirak halinde mülkiyette şeriklerin üzerlerinde müstakillen tasarruf edebilecekleri muayyen bir hisse mevcut olmadığına göre İcra Kanununun bu hükmünü icra memuru ve merci ne suretle yerine getirebilecektir?

Temyiz Mahkemesi icra ve iflâs dairesinin mübayin iki içtihadı bu tevhidî içtihat kararına sebep olmuştur: Daire ilk kararlarında iştirak