

TEKERRÜR HAKKINDAKİ KANUN HÜKÜMLERİNİN TETKİKİ

Yazan: Dr. Doçent Faruk EREM

GİRİŞ

Adalet Dergisinde çıkan, (tekerrürde cezanın çekilmiş olması şart değildir) başlıklı yazımız, ilgi uyandırmış ve çok kıymetli meslekdaşlarımız tarafından bu konu etrafında özlü etütlerin yayınlanmasına sebep olmuştur. (1)

Bu araştırmalar yapılırken şu inanca vardık: 1889 tarihli eski İtalyan kanunundan alınan kanunumuzun yürürlüğe girdiği zamandan beri onun metnine ve ruhuna uymayan bazı neticeler tartışmasız benimsenmiş ve bunun sonunda, kanunun bazı hükümleri tatbik edilemez hale gelmiştir. Bu alanda gereken düzeltmelerin yapılmasını sağlamak amacı ile, yalnız kanunun hükümlerine inhisar eden bir araştırmanın faydalı olacağını düşündük. Bu yazı, bu maksatla yazılmıştır.

I

ESASLAR (2)

1) Tekerrür müessesesinin esası: İlk defa suç işliyenle suç işlemekte ısrar eden arasında fark yaratmak zarureti, bilhassa tekerrür müessesesini doğurmuştur. Tekerrür ceza hukukunun ve Kriminoloji ilminin büyük ve vahim meselelerinden biridir.

Tekerrür hükümleri, cezanın artırılması neticesini doğurur. Mükerrire, ilk defa suç işliyenden fazla ceza verilmesini haklı göstermek için şu fikirler ileri sürülmüştür:

1) EREM, Tekerrürde cezanın çekilmiş olması şart değildir. Adalet Dergisi 1944 No. 10 BAYRAMOĞLU (Reşat). Tekerrürde cezanın çekilmiş olması şart mıdır, değil midir, Adalet Dergisi 1944 No. 12; ARDALI (Çetin), Tekerrürde cezanın çekilmiş olması şart değil mi, Adalet Dergisi, 1944 No. 12; KUNTER (Nurullah), Tekerrürde cezanın çekilmiş olması şart değildir. Adalet Dergisi, 1945 No. 1; FINDIKLIĞİL (Yavuz), Tekerrürde cezanın çekilmiş veya düşmüş olması şart mıdır. Adalet Dergisi 1945 No. 3; DİRİL (Ziya), tekerrür hükümlerinin tatbiki için tekerrüre esas tutulan cezanın çekirilmiş olması şart mıdır? Adalet Dergisi 1945, No. 3; TAN (Hadi), Tekerrürde cezanın çekilmiş olması şarttır. Adalet Dergisi 1945, No. 4; EREM, Tekerrürde cezanın çekilmiş olması şart değildir (II), Adalet Dergisi 1945, No. 5.

2) Bibliyografi: KANTAR (Ord. Prof. Baha); Hukuku ceza dersleri; CARRİVE (F) Chronique de juri sprudence, Revue de science criminelle, 1938 s. 86; KÖSEOĞLU, (Cemal), Hâşiyeli Türk Ceza Kanunu, İstanbul 1940; FLORİAN, Parte generale del diritto penale, 2 nci cilt, GARRAUD (R.) Traité théorique et pratique du droit pénal français, 3 üncü cilt, 3 üncü bası, DONNEDIEU DE VABRES (H.) Traité élémentaire de droit criminel; HAKKER (Hakkı), Cürümde tekerrür, Adalet Dergisi, 1938, s. 1586; BORA (Kemal), Hâşiyeli Türk Ceza Kanunu; KALKAN (Kemal), Askerî Temyiz Mahkemesi İçtihatları, Ankara 1938; MAJNO, Adalet Bakanlığı tercümesi; PESSINA, (E.) Enciclopedia del diritto penale Italiano, 5 inci cilt, Milano, 1904; SUMAN, Il codice penale Italiano, Torino 1892; YORGAKI, Hukuku ceza, Mek-tebi Mülkiye notları, Taş basma, İstanbul, 1310; Manzini (V) Trattato di diritto penale Italiano, 2 nci cilt, Torino 1926; PRINS (A.), Science penale et droit positif, Brüksel, 1899; LOGOZ (P.), Commentaire du code penal suisse, Nöşatel, 1939; Rıfıkı (Tatyos), Tekerrürü cürüm, Ceridei Adliye, 1327, No. 46-48; MAGNOL, l'avant projet de révision du code pénal français, Paris 1934; GARÇON, Code penal annoté, BRUNO -Barbera, codice penale del regno d'italia, - 1927.

a - Cezanın gayelerinden biri de suçlunun ıslahıdır. İlk suça verilen cezanın ıslaha yetmediği suçlunun yeni bir suç işlemesi ile sabit olmuştur. Kendisine daha ağır bir cezanın verilmesi lâzımdır.

Bu düşünce ceza hukukunda oldukça eski bir doktrini temsil eder. Fikre göre ilk cezanın yetip yetmediği infaz edilmiş olmasıyla anlaşılabilirliğinden, tekrürde eski mahkûmiyetin cezasının çekilmiş olması lâzımdır.

b - İlk suçundan sonra suçlunun mahkûm edilmesi ile kendisine, suç işlemekte ısrar etmemesi yolunda (Adli bir ihtar) da bulunulmuştur. Bu ihtara rağmen suç işlemek cezanın artırılmasını mucip olmalıdır. Bu sebeple ilk mahkûmiyetin cezasının çekilmiş olması şart değildir.

c - Tekerrür ceza miktarı ile değil, suçluluk derecesi ile ilgilidir. Mükerririn cezası, eskiden verilen cezanın az geldiğinden değil daha tehlikeli bir suçlu oluşundandır. O halde eski cezanın infaz edilip edilmemiş olmasının ehemmiyeti yoktur.

Kanaatımıza göre tekerrür müessesesi bu üç esastan bilhassa iki ve üçüncüye dayanır. Eger (cezanın ıslaha yetmediğinin anlaşılması) fikrine dayanılırsa, tekerrür hükümlerinin tatbikini, evvelki suçun cezasının tamamen veya hiç olmazsa mühim bir kısmının çekirilmiş olması şartına bağlamak lâzımdır. Böyle bir hal ise cezanın infazına gelenle, bundan kaçan suçlu arasında ve bu sonucu lehine bir fark ihdas eder ve ıslah için konulduğu ceza evinde suç işliyene, tekerrür hükümlerinin değil, içtima hükümlerinin tatbikına meydan verir.

Nazari bakımdan da bu düşünce kuvvetli bir esasa istinat etmemektedir. Tekerrürde cezanın arttırılması sebebinin eski cezanın kâfi gelmemesi olduğu neticesine varabilmek için evvelâ yetecek ceza verildiği takdirde bir insanın ikinci suç işleyeceği yolundaki bir kaidenin ispatı lâzımdır. Böyle bir kaide ispat edilmemiş olduğu gibi, halen bunun aksi tahakkuk etmiştir. Bugün tekerrüre sosyal bir hâdise gözü ile bakılmaktadır. Tekerrürün sosyal sebepleri bertaraf edilmedikçe, eski mahkûmiyete ne ceza verilirse verilsin netice aynı olacaktır. İlk mahkûmiyetin cezasının ağırlığının tamamıyla hissetmiş bir kimse, buna rağmen içtimali unsurların tesiri altında yeniden suç işleyebilir (3).

Diğer taraftan, eğer tekerrürde cezanın arttırılmasına sebep, eski cezanın yetmediği fikri ise, sonraki suça verilen cezanın daima eski mahkûmiyetin cezasından daha fazla olması icap ederdi. Bu ise ancak, mükerrirlerde suçların cezalarına hudut tanımayan bir sistemde mümkün olabilir.

Bu sebeple tekerrür müessesesinin yukarıda sayılan üç esastan, ikinci ve üçüncüsüne istinat ettiğini kabul etmek lâzımdır. Fakat birinci fıkrada, tekerrürde cezanın arttırma nispetinin tezyidi bakımından yer vermek, yani tekerrür için mahkûmiyet şartını kâfi görmek ve *(mahkûmiyeti sabıkasının infaz edilip edilmediğini nazarı itibare alarak birinci halde mükerririn cezasını daha ziyade teşdit etmek suretiyle nazariyeleri tevfiik etmek mümkün ve fâidelidir.)* (4).

Halbuki kanunumuzun sistemini, yerleşmiş bir içtihat yalnız birinci esasa istinat ettirmektedir. Bu içtihadın yerinde olmadığını zannediyoruz. (bk. m. 81, n. 3, A.).

2) Tekerrürün unsurları: Tekerrür müessesesi şu unsurlardan teşekkül eder:

(3) Aynı mahiyette, Florian, s. 732.

(4) Kantar, s. 202.

A - Eski mahkûmiyet: Evvelce mahkûm olmayana tekerrür hükümlerinin tatbikına imkân yoktur. Eski mahkûmiyete sebep olan suçun da sonraki suçtan evvel işlemiş olması şarttır.

Takfî şikâyete bağlı suçlarda vazgeçme (m. 99), önödeme (m. 119), âmme dâvasının sona ermesine mâni olduğundan, tekerrürde eski mahkûmiyetin vücudu şartı husule gelmez. Zina suçunda, hükümden sonra şikâyetten vazgeçilebileceğine ve bu vazgeçme neticesinde cezanın ortadan kalkacağına (m. 444) göre zinadan mahkûmiyetten sonra işlenen bir suç dolayısı ile tekerrür hükümlerinin tatbik edilemeyeceğini sanıyoruz (5).

B - Sonraki suç: Eski bir mahkûmiyete uğrayanın, mükerrir sayılması için, sonradan bir suç daha işlemiş olması lâzımdır. Suç kanununun menettiği ve cezalandırdığı fiildir. Bu sebeple suç tabirine (m. 81) yalnız tekemmül etmiş suç değil teşebbüs (tam veya nakıs) hali de dâhildir. (6) Derecesi ne olursa olsun iştirak de buraya girer (7).

C - Tekerrür müddeti: Sonraki suçun muayyen bir müddet zarfında işlenmiş olması lâzımdır. Bu müddetin (ölçü müddet) (8) uzunluğu ve başlangıcı kanunda gösterilmiştir (m. 81).

Kanunumuz tekerrür için bir müddet kabul etmekle (muvakkat tekerrür) sistemini seçmiştir. Bazı yabancı kanunlar (9) sonraki suç ne zaman işlenmiş olursa olsun suçluyu mükerrir saymaktadırlar.

Muvakkat tekerrür şu mucip sebeplere dayanır:

a - Zaman geçmesi ile cezanın infaz edilemeyeceği kanunda yer alınca, tekerrürden dolayı cezanın muayyen bir müddet geçtikten sonra artırılamıyacağını da kabul etmek lâzımdır. Çünkü tekerrür müddeti ile ceza zaman aşımının dayandığı sebepler aynıdır (10).

b - Bir suç işledikten kısa bir zaman sonra diğer bir suç işleyenle uzun müddet sonra suç işleyen arasında bir fark yaratmak lâzımdır. (11).

c - Tekerrür suçlunun ahlâki redaeti hakkında kanuni bir karinedir, aksinin isbatı imkânsızdır. Uzun zaman suç işlememiş kimsenin ahlâki durumu hakkında böyle kanuni ve kati bir karine vazetmek her zaman doğru netice vermez.

Tekerrürün müddetsiz olmasını isteyenler bilhassa, suçlunun ikinci defa suç işlemesi ile ahlâki redaetini isbat ettiğini, bu sebeple evvelki ve sonraki suçlar arasında geçen zamanın ehemmiyeti olamayacağını ileri sürmektedirler (12).

3) Tekerrürün mahiyeti :

A - Tekerrür kanuni ve umumi bir artırma sebebidir. Şahsi veya fiili şiddet sebeplerinden ayırt edilmesi lâzımdır. Tekerrür, fiili (maddi) şiddet sebeplerinden,

(5) Bu mesele hakkında, Pessina, s. 743.

(6) Manzini, s. 453 n. 538.

(7) Logoz, m. 67 s. 288, B.

(8) Kunter, s. 4.

(9) Ezcümle Belçika kanunu, m. 54.

(10) Kantar, s. 201.

(11) Majno, S. 437.

(12) Bu hususta, Florian, S. 277, N. 583.

fiile değil suçluya taallük etmesi bakımından (13) ve şahsi şiddet sebeplerinden de umumi oluşu bakımından ayrılır. Bu sebeple iştirakte ortaklara sari (M. 66) olması lâzım geleceğini sanıyoruz.

Tekerrür suçun değil, cezanın bir nevi şiddet sebebi sayılabilir (14).

B - Son suç tekerrürden müstakilen mevcuttur: Bu sebeple hâkim suçlunun mürekkerir olduğuna göre son suçun cezasını tâyin etmeyecek, fakat evvelâ o suçun cezasını tâyin ettikten sonra tekerrürden dolayı cezayı artıracaktır.

(*Tekerrürde esas olan sabıka aynı zamanda takdiri şiddet sebebi sayılamaz*) (15). Fakat tekerrür müddetleri geçmiş olduğu için, tekerrüre esas tutulamayan bir mahkûmiyetin, cezayı artırıcı takdiri sebep olabileceğini zannediyoruz.

Eski suç ile yeni suçun birbirine nazaran müstakil olmaları hususu tekerrürde kâidedir. Eski suçun şiddet sebebi veya unsuru olan yeni hâdise tekerrüre meydan veremez.

Yine son suçun müstakil oluşu sebebi ile dir ki : (*teşebbüse ait hükümlerin tatbikından sonra tekerrür hükümlerinin tatbiki lâzımdır*) (16). Fakat tekerrür hükümlerinin içtima hükümlerinden evvel tatbiki zaruridir.

4) Tekerrürün neveleri : İki türlü tekerrür vardır (17) :

A - Mutlak tekerrür : Buna umumi tekerrürde denir. Tekerrüre esas teşkil eden suçla, tekerrürden dolayı cezası artırılacak suç arasında benzerlik aramayan tekerrür şekli budur.

B - Mukayyet tekerrür : Buna hususi tekerrür de denir. Yorgaki Efendi (*nisbi tekerrür*) tabirini kullanmıştı (18). Tekerrüre esas teşkil eden suçla cezası artırılan suç arasındaki benzerlik tekerrürün bu şekline meydan verir. Bu iki suç arasındaki benzerlik kanunumuzda (*aynı cins suç*) esas ile tesbit edilmiştir (M. 86).

Mukayyet tekerrür mutlak tekerrürden daha vahim sayılır.

Mukayyet tekerrürde ikiye ayrılır (19) :

a - Basit mukayyet tekerrür : Mukayyet tekerrürün umumi şeklidir (M. 81, F. 2), yani evvelki mahkûmiyete esas teşkil eden suçla sonraki suçun aynı cins suç olması halinde husule gelen şekildir. Hâdisede aynı cinsten yalnız iki suç vardır.

b - Sürekli mukayyet tekerrür : Mukayyet tekerrürün hususi şeklidir. Muayyen bir zaman zarfında aynı cinsten asgari üç suç işlenmesi halinde husule gelir (M. 85).

5) Usul Hukuku :

A - Tekerrür, eski mahkûmiyetin vücuduna ihtiyaç gösterdiğinden her şeyden evvel bunun isbatı lâzım gelir.

Bazı müellifler (20), eski mahkûmiyetin her türlü vasıta ile ve bu meyanda şahitle dahi isbat edilebileceği fikrindedirler.

(13) Donnedieu de Vabres, S. 437, N. 820.

(14) Garraud, S. 280.

(15) T. M. 4. C. D. 11/3/1938, esas 77, 42, karar 2336, Temyiz kar. 938 S. 328.

(16) T. M. C. U. H. 31/12/1934 esas 106, karar 98, Bora, M. 81.

(17) Bu tasnif hakkında, Suman S. 297.

(18) Yorgaki, S. 46.

(19) Bu tasnif hakkında, Manzini, S. 451, 111.

(20) Ezcümle Prins, s. 309, n. 514.

Kanaatımıza göre eski mahkûmiyetin resmi bir kayıtla isbatı zaruridir (21).

Suçlunun eskiden bir mahkûmiyeti mevcut olduğu yolundaki ikrarına bile itimad olunmamalıdır. Bu yolda bir ihtimale müsteniden de karar verilemez (22).

Mahkeme, tekerrüre esas tuttuğu mahkûmiyet hakkındaki malûmatının menbaini kararında göstermeğe mecburdur (23).

Yeni Adli Sicil Kanunu (N. 4664) eski mahkûmiyetin isbatı meselesinde mühim değişiklikler yapmıştır. Yalnız neşri tarihinden yani 12 Eylül 1944 tarihinden itibaren yürürlüğe giren bu kanunun kurduğu teşkilâtın geçmişe teşmiline imkân olmadığından eski mahkûmiyetler hakkında, tekerrürün isbatı işinde şüphesiz eski usul devam edecektir. Kanunun kurduğu teşkilâtın faaliyete geçmesinden sonra vukua gelen mahkûmiyetlerin isbatı işine gelince bu husustaki malûmatın (*Adli Sicil Bülteni*) nde yazılı olacağı asıldır. Fakat her hangi bir sebeple bültenlerde yazılı olmayan ve fakat sair resmi kayıtlarla isbat edilen mahkûmiyetleri kanaatımıza göre hâkim, tekerrüre esas tutabilecektir. Çünkü kanunda eski mahkûmiyetin münhasıran bültenlerden tahkik edileceğine dair bir kayıt mevcut değildir.

B - Tekerrür hükümlerinin tatbiki için bu hususun iddeaname veya son tahkikatın açılması kararında tasrih edilmiş olmasına lüzum yoktur. İddeaname veya son tahkikatın açılması kararında bu hususta bir kayıt olmasa bile mahkeme, (*tekerrürden dolayı cezayı artırmak vazifesiyle mükelleftir*) (24). Fakat suçlunun mükerrirliğinin ilk defa duruşmada ileri sürülmesi halinde kendisine müdafaa hakkı verilmesinin Ceza Muhakemeieri Usulü Kanununun 258 inci maddesine uygun düşeceği kanaatindeyiz.

C - Tekerrür hükümlerinin tatbikinde 29 uncu maddedeki (F. 5) sıraya riayet olunmalıdır. Bu sebeple meselâ suçlunun yaşına ait hükümlerin tekerrür hükümlerinden evvel tatbiki yolsuzdur (25). Buna mukabil birden ziyade suç bahis mevzuu olduğu zaman tekerrür hükümlerinin her suç hakkında verilen cezalara ayrı ayrı tatbiki ve elde edilecek cezaların da içtimai icap eder. Cezaların içtimaidan sonra tekerrür hükümlerinin tatbiki doğru değildir (26). Tekerrür hükümlerinin teşebbüsten sonra tatbiki icap edeceğini de evvelce işaret etmiştik (1 Esaslar, 3, B).

6) Tekerrürün neticeleri : Tekerrürün ilk neticesi, cezanın artırılmasına sebep oluşudur. Cezanın ne miktarda artırılacağı 81 inci maddenin 1 ve 2 nci fıkralarında gösterilmiştir.

Tekerrürün cezanın artırılması neticesinden başka neticeleri de vardır :

A - Tekerrür şartla salıverilmeyi (M. 16, F. 2), memnu hakların iadesini (M. 123) isteme müddetlerine müessirdir.

B - Mal aleyhine işlenen cürümlerde suçlu (*aynı nevi olan cürümlerden dolayı mükerrir bulunursa*) (M. 522 F. 3) suç mevzuunun veya nazarın değerce hafif

(21) Aynı mahiyette, T. M. 2. C. D. 31/1/1933, karar 495; Hâker, s. 1591 not 1.

(22) Aynı mahiyette, Askeri T. M. 9/5/1935, Kalkan s. 117).

(23) Carriye, s. 186.

(24) İtalyan T. M. kararı, Suman, s. 281, n. 10.

(25) T. M. 1. C. D. 17/10/1938, Karar 6201, Köseoğlu m. 81.

(26) Aynı mahiyette T. M. 1. C. D. 5/12/1939 esas 3295, karar 2625, Temyiz kar. 939-940

veya pek hafif oluşundan mütevellit kanuni tahfif sebebinden istifade edemez. Madde de adı geçen (*aynı nevi*) tabirinin (*aynı cins*) olarak anlaşılması ve aynı cins suçları gösteren 86 ncı madde hükümleri dairesinde 522 nci maddenin tatbiki lâzımdır. Mehzaz kanun 86 ve 522 nci maddelere tekabül eden maddelerinde ayrı iki tabir değil, tek bir tabir kullanmıştır.

Tercüme sırasında 86 ncı maddedeki tabire dikkat edilmemiş ve 522 ncı maddede ayrı bir tabir kullanılmıştır. Ayrı tabir kullanmasında kanun vazınının hususi bir maksadı yoktur ve vazın kanunun iradesini aşıkâr tercüme hatalarına istinat ettirmekte doğru olamaz. Bu sebeple, (*suçlunun aynı fiilden mahkûmiyeti 522 nci maddeden istifadesine manidir, aynı cinsten mahkûmiyet istifadesine mani teşkil etmez*) (27) yolundaki karar yerinde değildir.

C - Uyuşturucu maddeleri kullanmak veya yanında bulundurmamak suçunda, (mükerrirler hakkında hapis ve para cezasından başka) sürgün cezası da hükmolunur (M. 404. F. 2). Bu hükümden, mükerrir hakkında yalnız sürgün veya sürgün ile birlikte sadece hapis veya para cezası hükmolunacağı manası çıkarılmamalıdır. Bu madde de kastolunan mâna hapis veya para cezası verildikten ve bu cezalar umumi tekerrür hükümleri dairesinde artırıldıktan başka ve ayrıca sürgün cezasının hükmolunacağıdır. Bu gibiler hakkında (*sürgün cezasından başka umumi tekerrür hükümleri de tatbik olunur*) (28) yolundaki karar bu hususu tavzih etmektedir.

Ç - 26 ncı maddeden eski mahkûmiyetin adli tevbihe mani olduğu anlaşılacak tadır. Bu hüküm, tekerrür halde dahil olmak üzere bütün eski mahkûmiyetlere şamilidir. Yalnız tekerrür haline hasredilmesi doğru değildir.

D - Tekerrür, kadın ve çocukların cezalarının 21 inci madde (f. 2) hükmü dairesinde infazına manidir.

E — Mükerrirler kefaletle salverilmelerini isteyemezler (C. M. U. K. M. 117, f. 2).

II

SİSTEMLER VE KANUNUMUZUN SİSTEMİ

A - Yabancı ceza kanunları arasında yalnız mutlak veya yalnız mukayyet tekerrürü kabul edenler olduğu gibi her ikisini birlikte kabul edenlerde vardır (29).

Mukayyet tekerrüre yer veren kanunların bazıları evvelki ve sonraki suçun (*aynı suç*) olması üzerinde ısrar etmekte, bazıları da - kanunumuzda olduğu gibi - cins esasını kabul etmiş bulunmaktadır. Cins esasını kabul edenler arasında, aynı cins suçların hangileri olduğunu kanuni bir hükümle gösterenlere veya aynı cins suçların aynı saik ile işlenmiş bulunan suçlar olduğunu zikretmek suretiyle hâkime bu hususta takdir hakkı tanıyanlara rastlanır. Kanunumuz aynı cins suçları saymağı tercih etmiştir. Bu usulün mehzaz kanunda kabulüne sebep hâkimin keyfi

(27) T. M. C. D. 27/10/1932 esas 6722 karar 6189. Bora m. 522.

(28) T. M. C. U. H. 2/3/1942 esas 66 karar 38 (neşredilmemiştir).

(29) Sistemlerin mukayesesi hakkında, Kantar S. 200, Garraud, S. 247 N. 1011.

muamelesini önlemek içindir. Fakat bu suretle bertaraf edilen hâkimin takdir hakkı yerine, vaznı kanunun keyfi bir takdiri ikame edilmiştir. Çünkü hâkimin her vâka karşısında suçların aynı saik ile işlenmiş olup olmamasını takdir etmesi vaznı kanunun evvelden tesbit etme faaliyetinden, daha ileri ve daha objektif netice verecektir (30).

B - Tekerrür mecburi veya ihtiyari şiddet sebebi olabilir. Bazı sistemlere göre hâkim tekerrürü tesbit edince, cezayı artırmağa mecburdur. Diğer bir sisteme görede hâkim bu hususta serbest bırakılmalıdır. Yani, suçlunun mükerreri olduğunu hükümde göstermiş olmasına rağmen hâkim cezayı artırmağa mecbur tutulmamalıdır. Birinci sistem ceza tehdidinde daha büyük bir şiddet vermekte ikincisi ise cezanın ferdileştirilmesine daha müsait bulunmaktadır (31).

Mukayyet tekerrür bakımından kanunumuzun sistemi mecburi tekerrür sistemidir. Mutlak tekerrür bakımından ise, artırma nisbetinin asgari haddini göstermediğinden kanunun az çok ihtiyari tekerrür sistemine yaklaştığı görülmektedir (M. 81 F. 1).

C - Tekerrür mütezayit veya sabit olabilir: Suçlunun mükerrirlik adedi artıkça son suçun cezasından dolayı artırma nisbeti de, muayyen ve mebsuten artıran sistem mütezayit tekerrür sistemidir. Her suç işlenişinde aynı artırma nisbetine sadık kalan sistemde sabit tekerrür sistemidir. Sabit sistemin tatbiki kolay, müessir olma hassası azdır. Mütezayit sistemin suçu itiyad edenler üzerindeki tesiri bakımından üstünlüğü aşikârdır. Fakat iyi ve sarîh esaslara istinad etmezse, tatbikatta karışık hesap amelîyelerine münce olabilir (32).

III

KANUNUMUZUN SİSTEMİNİN MUKAYYESİ

A - Eski Ceza Kanunu ile: Eski Ceza Kanununun tekerrürden bahseden 8 inci maddesinin ilk şeklinde (*kanunun tâyin ettiği ahvâlden maada yerlerde mükerrirler hakkında ceza iki kat olarak hükmolunur*) tarzında müphem bir hüküm mevcuttu (33). Bu madde 6 Cemazilâhır 329 ve 22 Mayıs 1327 tarihli tadillerle mufassal hükümleri ihtiva eder hale getirilmişti. Bu maddenin son şekli ile meri Ceza Kanunumuzun arasındaki başlıca farklar şunlardır:

a - Eski kanun tekerrür tatbikinde evvelce hükmedilmiş ve katılmış bir mahkûmiyeti kâfi görüyordu. Her ne kadar meri Ceza Kanununun kabul ettiği sistem de bu isede, yerleşmiş bir içtihat cezanın infazını şart haline getirmekle iki kanun arasında büyük bir fark ihdas etmiştir.

b - Eski kanun 1327 tadilinden sonra, cinayetlerde mutlak tekerrür, cünhalarda mukayyet tekerrür sistemini kabul etmiştir. (34). Meri Ceza Kanunu ise kabahat ve cürümlerde her iki tekerrür şeklini de kabul etmiştir.

(30) Bu hususta Florian, S. 279.

(31) Bu hususta Logoz, M. 67, S. 290; Donnedieu de Vabres S. 490, N. 828.

(32) Bu hususta Garraud, S. 251, N. 1011.

(33) Bu hükümlerin kifayetsizliği ve tenkidi hakkında, Yorgaki, S. 50.

(34) Kantar s. 201.

c - Eski kanun muayyen bazı suçları aynı cinsten sayıyordu (35). Meri Ceza Kanunu ise aynı cins suç için daha geniş bir kıstas kabul etmiştir (M. 86).

B - Yabancı kanunlarla: Türk Ceza Kanununun mukayesesinden kanunumuzun bazı kanunlara uygun bazı kanunlara aykırı gelen hükümler ihtiva ettiği görülmektedir :

a - Kanunumuzun mutlak ve mukayyet tekerrür hallerinin her ikisini birlikte kabul etmiştir. İsviçre Ceza Kanunu yalnız mutlak tekerrürü kabul eder (M.67) (36). Yeni İtalyan Kanunu her iki tekerrür şeklini birlikte kabul etmektedir (M. 99, 100).

Kanunumuz mukayyet tekerrürde cins esasını kabul etmiş ve sarıh bir hükümle de cinsten ne kast edildiğini göstermiştir. Yeni İtalyan Ceza Kanunu ise aynı cins suçların aynı saikle işlenen suçlar (M. 101) olduğunu zikretmek suretiyle daha geniş bir sistem seçmiştir. Fransız projesi çok dar bir sistem kabul etmiş ve aynı cins suçların nelerden ibaret olduğunu bu suçları teker teker saymak suretiyle göstermiştir (M. 138) (37).

b - Kanunumuzun mukayyet tekerrürde mecburi teşdid halini kabul etmiş ve mutlak tekerrürde ise ihtiyari sisteme yaklaşmıştır. Belçika Kanunu ihtiyari sisteme misal gösterilebilir (M. 54).

c - Kanunumuz ekseriyeti teşkil eden kanunlar gibi, muvakkat tekerrür sistemini kabul etmiştir. Muvakkat tekerrürü kabul eden kanunlar arasında İsviçre Ceza Kanunu (M. 67, f, 1) nu gösterebiliriz. Kanunumuzun cezanın şiddetine göre iki türlü tekerrür müddeti (beş ve on sene) kabul etmiştir. Halbuki İsviçre Kanununa kabul ettiği tekerrür tek müddetlidir.

Yeni İtalyan Ceza Kanunu müebbet tekerrür sistemini kabul eder (M. 99, f, 1). Fakat sonraki suçun beş sene içinde işlenmesi halinde cezanın tekerrürden dolayı daha fazla artırılacağını bildirmektedir (M. 99, f, 2). Bu suretle İtalya Kanununda biri müddetli, diğeri müddetsiz iki nevi tekerrür mevcuttur .

ç - Yerleşmiş bir içtihada göre kanunumuz bazı yabancı kanunlar gibi, tekerrür için evvelki mahkûmiyetin infazını veya sukutunu şart koşmaktadır. Cezanın infazı şartını arayan kanunlar meyanında İsviçre Ceza Kanununun (M. 67, f, 1) sayabiliriz. Fakat bu kanun cezanın kısmen infazını da kâfi görmektedir (38).

Belçika Kanununa göre, evvelki mahkûmiyet hükmünün katileşmiş olması kâfidir. (M. 54) (39). Yeni İtalyan Kanunu tekerrür için eski mahkûmiyetin katileşmiş olmasını kâfi görmektedir (M. 99, f. 1). Fakat sonraki suçun cezanın infazı sırasında veya infazından sonra veya suçunun ihtiyariyle cezanın infazından kaçtığı esnada işlenmiş olması hallerinde, cezanın artırılma nisbetini daha yüksek tutmuştur (M. 99, bent 3).

(35) Bu hususta Tatyos (Rıfki), s. 2233.

(36) Bu hususta Logoz, s. 289, m. 67.

(37) Bu madde hakkında, Magnol, s. 203.

(38) Bu hususta Logoz, m. 67, s. 287. 3. A.

(39) Bu madde hakkında, Prins, s. 297.

IV

TEKERRÜR HÜKÜMLERİNİN TATBİK SAHASI

Tekerrür hükümleri umumi hükümler arasında yer alır. Ceza Kanununun hususi kısmında veya hususi kanunlarda sarahat bulunmayan hallerde bu hükümler tatbik olunur :

A - Ceza Kanununun hususi kısmı :

a - Ceza Kanununun hususi kısmında zikredilen tekerrür hükümleri ceza üzerine müessirdir (bk. 520, 541, 542, 543, 546, 567, 581, 584). Bu sebeble istisna tekerrürden dolayı arttırma nisbetini ilgilendirir. Tekerrürün unsurlarına (bk. I esaslar. 2) müessir değildir. Bu maddelerin tatbiki mevzu bahis olunca, evvela suçlunun umumi hükümler dairesinde mükerrir sayılıp sayılmıyacağı tetkik edilmeli ve cezanın artırılması sırasında istisnai hükümler tatbik olunmalıdır.

567 ve 581 inci maddeler hariç bu hükümlerde tekerrürden dolayı arttırma nisbetinin asgari haddi gösterilmemiştir.

(Yukarda sayılan maddeler *(bu fiilin tekerrürü halinde)* veya sadece *(tekerrür halinde)* formülü kullanılmak suretiyle mukayyet tekerrürün en dar şekli yani aynı cins suça değil, *(aynı suç)* a istinad eden şekli ihtiyar edilmiştir. .

Burada iki düşünce varit olabilir :

aa - Yukarda sayılan maddelerde tekerrür hakkında hususi hükümler konulmuş olduğundan bu suçlar için tekerrürün diğer şekilleri yani mutlak tekerrür ile mukayyet tekerrürün aynı fasılda yazılı suçlara müstenit olamı tatbik edilmez.

bb - İstisnai hükümlerin en dar tefsire tâbi tutulması icap ettiğine ve maddelerin yazılış şekli de bunu âmir bulunduğuna göre aynı fiilin tekerrür etmediği hallerde mutlak tekerrür veya aynı fasılda yazılı fiillerde mukayyet tekerrür hükümlerinin tatbiki icap eder. Kanaatımıza göre bu ikinci fikir daha doğrudur.

b - Boğaz tokluğuna çalıştırma ceza değil, *(içtimai ve iktisadi bir tedbir)* (40), kısaca bir emniyet tedbiridir (41). Emniyet tedbirleri mahiyetleri bakımından tekerrür hükümlerine tâbi tutulmazlar. Bu sebeble Ceza Kanununun 544 üncü maddesinin 2 inci fıkrasındaki *(Tekerrür)* umumi hükümlere tâbi değildir ve maddenin tatbiki için tekerrürün şartları aranmaz.

c - Ceza Kanunu suçta itiyadı, yalnız 85 inci maddedeki şartlar dahilinde kabul eder. Bu sebeble 572 inci maddedeki sarhoşlukta itiyad mefhumunun tekerrür hükümleriyle alâkası yoktur *(iki defa mahkûm olduktan sonra aynı fiili tekrar işleyenler)* sarhoşlukta itiyad edinmiş sayılırlar (M. 572, f. 3). Bu sebeble 572 inci maddedeki itiyad mefhumunu tekerrür hükümlerine tâbi tutan içtihad yerinde değildir. (42).

B - Hususi kanunlar : Umumi tekerrür hükümlerine istisna vazeden bir çok hususi kanunlar mevcuttur. Ezcümle kaçakçılığın men ve takibine dair olan kanunun (12/1/1932 n. 1918), 40 inci maddesine İş Kanununun (6/6/1936 n. 3008) 109 ve 110 uncu maddesine, Tütün ve Tütün İnhisarı Kanununun (25/6/1938 n. 2643) 86 inci maddesine, Matbuat Kanununun (8/8/1931 n. 1881) 7 inci maddesine bakınız.

(40) Tevhidi İctihat, esas 28, karar 11. Resmî Gaz. 23/5/1941.

(41) Erem, Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri, Hukuk Fakültesi Dergisi, 1944, s. 351, Boğaz tokluğuna çalışma tedbiri hakkında, s. 377.

(42) T. M. 2. C. D. 5/6/1932, esas 2599, karar 3667, Bora, s. 572.

Millî Korunma Kanununun değişik (n. 4648) 68 inci maddesi tekerrür bakımından çok ehemmiyetli bir istisna ihtiva etmekte ve tekerrürde cezanın çekilmesini şart koşan içtihadı muhalif bir hüküm ihtiva etmektedir. Bu kanuna göre tekerrürden dolayı hususi surette ceza tâyin edilmiş olan hallerde tekerrür tabirinden maksat (*hüküm katileştikten sonra aynı suçun tekrar işlenmesidir*) (M. 68, bent II.)

V

MADDELERİN AYRI AYRI İNCELENMESİ

Madde 81 — 1) Bir kimse beş seneden ziyade müddetle bir mahkûmiyete uğradıktan sonra II) cezasını çektiği veya ceza düştüğü III) tarihten itibaren on sene ve diğer cezalarda beş sene içinde IV) başka bir suç daha işlerse V) yeni suça verilecek ceza altıda bire kadar artırılır VI).

Yeni suç evvelki mahkûmiyete sebep olan suç cinsinden ise hükmedilecek ceza altıdan birde üçte bire kadar artırılır VII).

İkinci suç için tâyin edilecek cezaya tekerrürden dolayı zamını lâzım gelen miktar, hiç bir suretle evvelki suç için hükmedilmiş olan cezaların en ağırından ziyade olarak tâyin olunamaz.

Evvelki veya sonraki suçlardan biri para cezasını veya sürgün ve diğeri başka bir ceza olduğu takdirde tekerrürden dolayı yapılacak zam miktarının tâyiminde 19 uncu veya 40 inci maddelerde yazılı nisbet kaideleri tatbik olunur.

I. MADDENİN TARİHÇESİ :

A — Bu madde 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 80 inci maddesinden alınmıştır.

B — Maddenin meyhazdan ilk tercümesi şu suretle yapılmıştı : (Bir kimse beş seneden ziyade bir mahkûmiyeti cezaiyeye düçar olduktan sonra cezanın icra bulunduğu veya sakit olduğu tarihten itibaren on sene ve ahvali sairede beş sene zarfında diğer bir cürüm daha ikaz ederse işbu cürümden dolayı terettüp edecek cezanın haddi asgarisi hükmolunamaz. Yeni cürüm mukaddemki hükmün suduruna badi olan cürüm cinsinden ise mücrim hakkında kavaidi atıyeye tevfikân teşdidî ceza olunur. şöyleki...) (43).

C — Temyiz Mahkemesinde teşekkül eden komisyon maddenin şu şekilde tanzimini kararlaştırmıştı : (Ef'ali cinaiyeden biri ile sureti katiyede mahkûm olan kim gerek cezanın infazından evvel veya infazı esnasında ve gerek müddeti cezaiyesini ikmal ettiği yahut cezanın sakit olduğu tarihten itibaren on sene zarfında diğer bir cinayet işlerse kanunun sarahati olmyan yerlerde, musim hakkında kavaidi atıyeye tevfikân teşdidî ceza olunur...) (44).

Ç — Maddenin T. B. M. M. ince kabul edilen ilk metni şu idi : (Bir kimse beş seneden ziyade müddetle muvakkat bir mahkûmiyete uğradıktan sonra cezasını çektiği veya ceza sakit olduğu tarihten itibaren on sene ve beş seneden az cezalarda beş sene zarfında diğer bir cürüm daha işlerse işbu yeni cürümden dolayı terettüp eden cezanın asgarî haddi hükmolunamaz. Yeni cürüm, evvelki hükmün suduruna badi olan cürüm cinsinden ise mücrim hakkında aşağıdaki kaidelere tevfikân ceza teşdid olunur ...) (45).

(43) Adliye Nezareti, Ceza Kanunu Lâyihası, İstanbul, 1325, s. 28, m. 80.

(44) Komisyonun gayri matbu zabıtları, 30-31, ağustos 1341 tarihli toplantı, s. 81.

(45) Kavanin Mec. C. 4, 2 nci bası, s. 385; Adalet Bakanlığı T. C. K. s. 121, not 38.

— Madde 3038 sayılı kanunla değiştirilmiş ve bugünkü şeklini almıştır (46).

II. EVVELCE MAHKÛM EDİLMİŞ OLMAK :

Evvelce bir mahkûmiyete uğramış olana tekerrür hükümleri tatbik edilemez. Eskiden bir mahkûmiyete uğramış olmakla beraber bu mahkûmiyeti tekerrüre esas sayılmayan veya bu mahkûmiyeti kaldırılmış bulunan kişiler de mükerrir sayılmazlar :

A — Tekerrüre esas sayılan mahkûmiyet :

a - Bir mahkûmiyetin tekerrüre esas sayılması için katileşmiş olması şarttır. Meyhaz Kanununun projesinde (*Katileşmiş*) olmak kaydı vardı. Müzakere sırasında aşkâr bir şart olduğundan zait görüldü, kaldırıldı (47). Bu sebeple birinci mahkûmiyetin temyiz müddeti içinde işlenen sonraki suçun cezasını tekerrürden dolayı artırmağa imkân yoktur.

b - Tekerrüre esas tutulacak mahkûmiyetin ceza mahkûmiyeti olması lâzımdır:

aa. Bu sebeple, (*bir zararı şahsi ile mahkûm edilen kimsenin muahharan ikayecürüm eylemesi sebebi tekerrür olamaz*) (48).

Akıl malûliyeti hâlinde veya temyiz kudretinin yokluğu sebebi ile mesuliyetsizliklerine karar verilenler hakkında alınan tedbirler dolayısıyla de tekerrür hükümleri bahis mevzuu edilemez (49).

bb. Maddedeki mahkûmiyet kaydı disiplin cezalarına şâmil değildir. Bu sebeple disiplin cezalarına mahkûmiyet tekerrüre esas olamaz. Disiplin cezalarından bazısına hükmetme vezifesinin kaza salâhiyetini haiz makamlara verilmiş olmasına rağmen bu kaide mutlaklıktır. Çünkü disiplin cezaları mahiyeti itibariyle daima idaridirler. (50) Disiplin hukukunda, tekerrür hakkında hususi hükümlere tesadüf edilir. Fakat böyle bir sarahatı ihtiva etmeyen disiplin mevzularına, ceza kanununun 10 uncu maddesine dayanılarak, umumi tekerrür hükümlerinin teşmili mümkün değildir.

cc. Emniyet tedbirleri, ceza mahiyetinde olmadıklarından umumi tekerrür hükümlerine tabi olmadıkları gibi umumi tekerrür hükümlerine de müessir değildirler. Bu sebeple 404 üncü maddenin 3 üncü fıkrasındaki tedbirin tekerrürde esas olmayacağına (51) karar verilmiştir. Yine aynı sebebe müsteniden ceza değil (tedbir kabilinden) olduğuna karar verilmiş bulunan (52) emniyeti umumiye idaresinin nezaretine altına konma tedbiri bakımından şu neticeler çıkmaktadır:

(46) 11/6/1936 tarih ve 3038 sayılı kanun 23/6/1936 tarih ve 3337 sayılı Resmî Gazete'de nesredilmiş ve 1/10/1936 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun 81 inci maddeye ait gerekçesi için Zabıt Cer. 1936 C. 12. ilâve n. 250, s. 4, 33; Adalet Bakanlığı T. C. K. 64; Köseoğlu, s. 48, 86. T. B. M. M. Umumi Heyetinde 3038 sayılı kanun Adalet Komisyonunun teklifi dairesinde aynen kabul edilmiş ve müzakere cereyan etmemiştir. Zabıt Cer. 1936, C. 12. s. 209 ve sonrakiler.

(47) Manzini, s. 450, n. 536; Majno, s. 435

(48) Kantar, s. 204

(49) Manjo, s. 436; Manzini, s. 450; Pessina, s. 379; bk. m. 46, 53, 54.

(50) Manzini, s. 450 n. 536

(51) T. M. C. U. H. 10/6/1940, esas 63, karar 113, Temyiz Kar. 939-940 s. 60

(52) T. M. C. U. H. 6/6/1938, Temyiz Kar. 938 s. 36

1 -- Nezaret altında iken suç işliyen kimseye tekerrür hükümlerinin tatbiki lâzımdır (53).

2 -- Bu tedbire tabi tutulan kimsenin emniyeti umumiye idaresinin nezareti altına konmasının tahmil ettiği mükellefiyetlerden kaçması halinde 307 nci maddeye göre husule gelecek suçun cezası, asıl mahkûmiyet tekerrürde esas tutularak, arttırılacaktır. Çünkü, (307 nci maddenin 2 nci fıkrasında emniyeti umumiye nezaretinin tahmil ettiği mecburiyetlere riayet etmemekten dolayı kanunda bir ceza tayin edilmiş olmasına göre, bu muhalefet baş başına bir cürüm ve cezası da diğer suçlar gibi umumi hükümlere) tabidir. (54).

c - Mahkûmiyet hükmünü veren mahkemenin sıfatı hakkında kanunda sarahat yoktur. Eski Ceza Kanunu bu hususta sarih bir hükmü ihtiva ediyordu (M. 8).

87 nci madde yabancı mahkemelerce verilen kararların tekerrüre esas olamayacağını bildirmektedir. Bundan alelümum Türk mahkemelerince verilecek hükümlerin tekerrüre esas olacağı neticesi çıkar (55). Bu sebeple hususi mahkeme kararları ve bu meyanda askeri mahkemelerin sırf askeri suçlara taallük etmiyen kararları tekerrüre esas olacağı neticesi çıkar (55). Bu sebeple hususi mahkeme kararları ve bu meyanda askeri mahkemelerin sırf askeri suçlara taallük etmiyen kararları tekerrüre esas tutulmalıdır. Fakat kaza salâhiyetini haiz olsalar bile, idari makamların kararlarına bu hükmün teşmili doğru değildir. Nitekim, (kaza salâhiyetini haiz idari makamlar tarafından verilerek infaz edilmiş olan mahkûmiyetlerin tekerrüre esas itihaz edilemeyeceği) ne karar verilmiştir (56).

Umumi veya hususi bütün Türk mahkemeleri kararlarına, tekerrüre esas olabileme değeri tanımak doğru olabilirse de, kanunun bu değeri, tecil bahsında sadece (Adliye mahkemeleri) ne tanınması kanunun umumi bir sisteme sadık kalmadığını gösterir. Kanun hususi mahkemelere itimat etmek veya etmemek bakımından tek bir usul kabul etse idi, daha doğru olurdu.

B - Tekerrüre esas sayılamıyan mahkûmiyet:

a - 54 üncü maddeye göre verildiği takdirde, eski mahkûmiyet tekerrüre esas olamaz (M. 54, F. 5).

b - Temyizi kabül olmyan hükümlere dayanan mahkûmiyetler tekerrüre esas tutulamaz (C. M. U. K. m. 305, f. 3).

c - Tecil edilmiş olan evvelki mahkûmiyetin tekerrüre esas olup olamayacağı ihtilâfa meydan vermiştir. İhtilâf Ceza Kanununun 94 üncü maddesinin yazılış şeklinden doğmaktadır. Bu maddeye göre cezanın teciline karar verilince hâkim suçluya (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 artırılacağı) ni ihtar edecektir. Görülüyor ki tecilden sonra

(53) Aynı mahiyette, T. M. C. U. H. 1/1/1938, esas 248, karar 133, Temyiz kar. 938, s. 36, 525 inci maddeye müsteniden emniyeti umumiye nezareti altına alınan kimse hakkında bu tedbirin infaz edilmemesinin tekerrür hükümlerinin tatbikına mani olamayacağına karar verilmiştir. T. M. C. U. H. 17/5/1937 esas 207, Bora 81.

(54) T. M. U. C. H. 22/12/1943, karar 127 (neşredilmemiştir); aksi karar: T. M. U. H. 1/1/1938 esas 248 karar 193, Temyiz kar. 938, s. 36; T. M. U. H. 8/8/1938 esas 243, karar 275, Temyiz kar. 938, s. 90; T. M. C. U. H. 6/6/1937, esas 164, karar 121, Temyiz kar. 937, s. 91

(55) Aynı mahiyette, Hakker, s. 1593

(56) T. M. 3. C. D. 11/6/1940, Temyiz kar. 939-940, s. 202; Bora, m. 81

suç işliyenin sonraki suçunun cezasının tekerrürden dolayı artırılması, tekerrür şartlarının vücuduna bağlıdır. Halbuki yerleşmiş bir içtihadı göre tekerrür ancak evvelki suçun cezasının infazı ile mümkün olacağından tekerrür şartlarını hiç bir zaman husule gelemyecektir. Bu sebeple *(Tekerrür hükümlerinin tatbikatında... tecil edilmiş mücazatın esas olamayacağına)* karar verilmiştir (57).

Cezası tecil edilmiş olan bir kimsenin, sonradan bir suç işlemesi ve tecile lâyık olmadığını sarahaten göstermesine rağmen cezanın tekerrürden dolayı artırılmaması yani yeni bir suç işlemiş olmasına rağmen adeta, ortadan kalkan tecil kararının neticelerinden istifadeye meydan verilmesi doğru değildir (58).

Bu sebeple 94 üncü maddedeki, *(şartları mevcut ise cezanın tekerrürden dolayı artırılacağı)* yolundaki kaydın 81 inci maddedeki şartlara değil, sadece 87 nci maddedeki şartlara atıf yaptığı yolundaki mütalâa (59), şayan dikkattir.

Kanaatımıza göre, bu ihtilâfın asıl kaynağı tekerrürün vücudu için evvelki suçun cezasının çekilmiş olmasını şart koşan içtihattir. Herde üzerinde duracağımız bu içtihat değiştirilmedikçe kanunun umumî insicamını muhafaza etmeğe imkân yoktur.

Şüphesiz 94 üncü maddeye bu içtihadın çerçevesi içinde tatbik kabiliyeti verilmemez. Fakat bunun için 94 üncü maddenin hükmünün ilgası değil (60), yerinde olmayan bu içtihadın değiştirilmesi lâzımdır.

Her ne kadar 94 üncü madde ile 81 inci madde arasında bir mübâyenet mevcut olduğu ve buna sebep olarak da bu hükmün 94 üncü maddeye, *(hükmü katıyı tekerrüre esas itihaz eden İstanbul Ceza Kanunu Komisyonunun noktâi nazarını ihtivâ etmek itibarıyla Türk Ceza Kanununun esasatı hazırası ile mukayese edilmeksizin ilâve edilmiş)* olduğu ileri sürülmüş (61), ise de iki maddenin metni arasında bir mübâyenet mevcut olduğunu zannediyoruz. Mübâyenet maddeler arasında değil 81 inci maddeyi yanlış tefsir eden içtihatla 94 üncü madde hükmü arasındadır.

Tecil müddeti suç işlenmeksizin geçirildiği takdirde, tecil edilmiş mahkûmiyetin tekerrüre esas olamayacağı şüphenin dışındadır (62), çünkü bu müddetten sonra eski *(mahkûmiyet esasen vaki olmamış sayılır)* (M. 95).

ç - Tecil münasebeti ile ileri sürülen mütalâa, meşruten tahliye müddeti zarfında diğer bir suç işliyen kimsenin cezasının tekerrürden dolayı artırılıp artırılmayacağı bakımından da varittir. Tekerrürün vücudu için, cezanın tamamen infaz edilmiş olması lâzım geleceği hususundaki içtihat muhafaza edilecek olursa, meşruten tahliyede, cezanın ancak bir kısmı infaz edilmiş olmasına göre, tekerrür hükümlerinin tatbikına imkân olamayacaktır. Bu ise itimada lâyık olmadığını sonraki işlediği suçla ispat etmiş olan suçlu lehinde yersiz bir lütuftur.

C - Kaldırılmış mahkûmiyet:

a - Eski mahkûmiyetin tekerrüre esas tutulabilmesi için umumî af ile ortadan kaldırılmamış olması lâzımdır.

(57) Tevhidi İctihat, 20/9/1942, esas 31, karar 14 (Bu kararın teikidi hakkında, Ardalı (Çetin) müeccel cezalarda içtima ve tekerrür, Adalet Derg. 944, n. 6, s. 595

(58) Aksi mütalâa, Logoz, M. 67, s. 287, n. 3, A.

(59) Ardalı s. 595

(60) Aksi mütalâa, Hakker, s. 1592

(61) T. M. C. Ü. H. 31/5/1934, karar 2090; Hakker, s. 1592

(62) aynı mahiyette, Florian, s. 267

Umumi af kanununun neşri sırasında infaz edilmekte olan mahkûmiyetlerin ortadan kalkması ile bu kanundan evvel cezasının infazına başlamış veya cezası tamamen infaz edilmiş olan mahkûmiyetler arasında fark yoktur. Çünkü umumi af hususi affın aksine, mahkûmiyetin bütün neticelerini ortadan kaldırır (63). Bir mahkûmiyetin tekerrüre esas olup olmayacağı da, geniş mânada, cezai bir neticedir. Bu sebeple, (2330 sayılı Af Kanununun 1 ve 2 nci maddelerinin şumulî dâhiline giren suçlara ait ceza davaları ile sureti katiyede hükmedilmiş olan cezalar ve mahkûmiyetten mütevellit bütün ceza neticeleri affedildiği ve bu kanunun neşrinden evvel haklarında verilen bu kabil mahkûmiyet kararları infaz edilmiş olanların da mezkûr 2 nci maddenin hukuki netayicinden istifade edecekleri tasrih kılındığı ve umumi af taallük ettiği fiil ve cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldıracığı cihetle Af Kanununun neşrinden evvel infaz edilmiş olmakla beraber bu kanunun şumulüne giren ceza mahkûmiyetlerinin tekerrüre esas tutulamayacağı) yolundaki karar yerindedir (64).

b - Suçlunun eski mahkûmiyetinden mütevellit memnu olan haklarının iade edilmiş olması, tekerrür hükümlerinin tatbikına mani değildir (65). Çünkü memnu hakların iadesi yalnız cezadan mütevellit mahrumiyetleri kaldıran bir yoldur.

c - Lehte iadei muhakeme yolu ile kaldırılmış mahkûmiyet tekerrüre esas tutulamaz. Beraat kararından ve işlenen ikinci bir suçtan sonra aleyhte iadei muhakeme neticesi verilen mahkûmiyet de tekerrür için esas tutulamayacaktır. Çünkü tekerrür hükümlerinin tatbiki için, ikinci suçtan evvel katileşmiş bir mahkûmiyet hükmünün vücudu şarttır.

III — CEZANIN ÇEKİLMİŞ VEYA DÜŞMÜŞ OLMASI:

A - Tekerrür hükümlerinin tatbiki için evvelki mahkûmiyetin cezasının tamamen infaz edilmiş olmasının lâzımgelmesi yolunda bir içtihat yerleşmiş bulunmaktadır. Hattâ, (tekerrüre esas addedilen mahkûmiyetin hüküm katileştikten sonra infaz edilmediğinin anlaşılmasının iadei muhakeme sebebi olduğuna) karar verilmiştir (66).

Bu içtihaddan kanunun umumi insicamını bozan neticeler husule gelmekte ve tekerrür yerine sadece içtima hükümlerinin tatbiki ile suçluların lüzumundan fazla lehine gidilmektedir. Meselâ hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile para cezasına mahkûm edilmiş olan kimsenin para cezasını ödemiş olması halinde kendisine, yeni bir suç işlediği takdirde, sadece içtima hükümlerinin tatbikini izah etmek imkânsızdır. Nazari bakımdan da tekerrür müessesesinin (ilk suç için verilen cezanın kifayetsizliğinin anlaşılması) esasına istinat etmediğini izah etmiştik (bk. I. Esaslar, 1).

Böyle bir içtihadın yerleşmesine sebep olan hususun 77 nci maddenin mehzar kanununda tercümesi sırasında tekerrüre ait bulunan bir hükmün kanuna alınmaması keyfiyeti olduğu düşünülebilir (67).

(63) Bu hususta Manzini, s. 466, II; Pessina, s. 741; Majno, s. 436

(64) Tevhidi İctihat, 7/2/1936, Resmî Gazete n. 3368

(65) Aksi mütalâa, Garçon, s. 112, n. 85

(66) T. M. E. C. D. esas 2279, karar 2119 (yazılı emir) (neşredilmemiştir).

(67) 77 nci maddenin alınyazısı bu kısım için bk. Erem, Suçların ve cezaların içtinai haklarındaki kanun hükümlerinin tetkiki, Adalet Derg. s. 655, m. 77, 1, b.

Fakat Kanaatımıza göre 81 ve 77 nci maddenin bu günkü yazılış şekli, Mehaz Kanunundaki mânasını, değiştirecek bir tarzda değildir, şöyle ki:

a - 81 inci maddede bir kimsenin (*bir mahkûmiyete uğradıktan sonra cezasını çektiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren on sene ve diğer cezalar da beş sene içinde başka bir suç daha işlerse*) mükerrir sayılacağı yazılıdır. Bu cümle dikkatle okunacak olursa görülürki (*cezanın çekilmiş olması*) veya (*düşmesi*) tekerrürün şartı değil, fakat tekerrür müddetleri olan on ve beş senelik müddetlerin başlangıcıdır (68). Vazın kanun bu iki unsuru sadece müddetlere sabit bir mebde olarak kabul etmiştir. Bunların neden mebde olarak seçilmiş olmalarına gelince: Eğer mahkûmiyetin katil ettiği tarih nazara alınmış olsa idi, uzun bir mahkûmiyete tabi olan kimse için tekerrür müddeti belki de mahkûmiyet müddeti içinde veya mahkûmiyetin hitamından pek az sonra bitecek idi. (69).

b - 77 nci madde de, sonraki suçun evvelce (*hükmolunan cezanın katilşmesinden veya icrasına başlanmasından sonra işlenmesi hali*) mevzuubahis olduğuna bakılarak cezanın tamamen infazına kadar içtima hükümlerinin ancak bu huduttan sonra tekerrür hükümlerinin tatbiki lüzum geleceği neticesini çıkarmak doğru değildir. Çünkü tekerrür ile içtima birbirine zıt iki müessese sayılamaz ve kanunda, içtima hükümlerinin tatbik edildiği yerde tekerrür hükümlerinin tekerrürün tatbik edildiği yerde içtima hükümlerinin tatbik edilemeyeceğine dair bir sarahat mevcut değildir. Bu sebeple sonraki suçun cezası, tekerrürden dolayı, artırılmak suretiyle tâyin edildikten sonra 77 nci madde hükmü tatbik edilmelidir.

B - Cezanın düşmüş olması: Maddedeki cezanın düşmüş olması kaydının, mahkûmiyetin düşmesi ile karıştırılmaması lüzumdur. Düşmüş mahkûmiyet tekerrüre esas olmaz.

Maddede (*Cezanın düşmesinden*) bahsedilmekte ve tekerrür müddetinin bu tarihten başlayacağı gösterilmektedir. Hususi af yalnız cezayı kaldırmaz, cezayı sadece indiren hususi aflarda mevcuttur. O halde hususi af, eski mahkûmiyetin cezasını düşürmemiş, azaltmış ise, tekerrür müddetinin mebdei hangi tarihtir? Maddede (*cezanın düştüğü tarihten*) itibaren denilmiş olmasına ve (*cezanın düştüğü veya azaltıldığı tarihten itibaren*) denilmemiş olmasına bakılarak kanunun bu noktayı derpis etmediği zannedilmemelidir. Hususi af ile ceza indirilmiş ise tekerrür müddeti cezanın (*yani azaltılmış cezanın*) infazı sona erdiği tarihten başlayacaktır. Çünkü madde, ortada çekilecek bir ceza mevcut oldukça, müddetin (*cezanın çekildiği tarihten*) başlayacağı kaydını ihtiva etmektedir.

Ceza :

a - Hususi af ile düşmüş olabilir : Hususi af mahkûmiyetin (*bütün neticelerini*) kaldıramayacağından tekerrür hükümlerinin tatbikına mani olamaz. Umumi af için, bk. m. N. 2. C.

b - Zaman aşımı ile (mürürü zaman) düşmüş olabilir. Şüphesiz burada bahis mevzuu olan ceza zaman aşımıdır.

c - Zina suçlarında cezanın tamamen infazından sonra ve mahkûmiyetin neticelerine bu meydana tekerrüre mani olmak için, muahhar bir feragatin (M. 444) mümkün olacağını zannediyoruz.

(68) Manzini, s. 449, n. 536.

(69) Aynı mahiyette, manzini, s. 451, not 3.

IV - BEŞ VE ON SENELİK MÜDDETLER :

Kanun muvakkat tekerrür sistemini kabul etmiştir. Bu sebeple tekerrüre esas tutulan cezanın çekildiği veya düştüğü tarihin tahkiki ve hükümde gösterilmesi lâzımdır.

Kanunumuz iki türlü tekerrür müddeti tâyin etmiştir. Evvelki mahkûmiyetin beş seneden fazla hürriyeti bağhyıcı bir cezayı ihtiva eylemesi halinde tekerrür müddeti on senedir. Evvelki mahkûmiyetin beş sene veya daha az hürriyeti bağhyıcı bir cezayı ihtiva etmesi veya diğer her hangi bir cezaya ait bulunması halinde bu müddet beş senedir.

Tekerrür müddetleri ile dâva zaman aşımı, aynı zamanda cereyan edebilir. Fakat tekerrür hükümlerinin tatbiki için dâva zaman aşımının dolmamış olması lâzımdır. Eğer evvelki suçun dâva zaman aşımı dolmuş ise suçta tekerrür hali husule gelmez. Sonraki suçun dâva zaman aşımı dolmuşsa tekerrürün bir şartı noksan olduğundan tekerrür hükümlerinin tatbikine imkân yoktur. Bu hal dâva zaman aşımı tekerrür müddetinden kısa olan suçlarda kendini gösterebilir. Tekerrüre esas olan suçun cezasının zaman aşımına uğraması yeni suçun cezasının tekerrürden dolayı artırılmasına mani değildir.

On ve beş senelik müddetlerin başlangıcı ve hesabı aşağıda incelenmiştir :

A - Müddetlerin başlangıcı :

a - Tekerrür müddetlerinin başlangıcını kanun göstermiştir. Bu müddetler evvelki mahkûmiyetin cezasının çekildiği veya düştüğü (*tarihten*) itibaren işleme başlarlar. Cezanın çekildiği veya düştüğü (*tarih*) i cezanın çekildiği veya düştüğü (*gün*) olarak anlamalıdır. Mehillerin başlangıcında (*tarih*) esası değil (*gün*) esası kabul edilmiştir. Meyhaz kanununun 81 inci maddeye tekabül eden maddesinde de (*gün*) kelimesi kullanılmıştır.

Tekerrür müddetlerinin cezanın çekildiği veya düştüğü günden itibaren başlayacağı kaydından müddetin başlangıcı ile çekilmesi veya düşmesi arasında bir zaman aralığının bulunmayacağı neticesi çıkar.

b - Tekerrür müddetleri meşruten tahliye ile neticelenen mahkûmiyetlerde, meşruten tahliye müddetinin (M. 17, F. 2) bitiminden, yani suçlu şartla salıverilmese idi hangi günde tahliye edilecek idiyse o günden cereyana başlar (70).

c - Suçlu emniyeti umumiye nezareti altına alınmış ise, tekerrür müddetleri, bu tedbirin sona erdiği günden değil, asıl cezanın çekildiği veya düştüğü günden başlayacaktır (71). Çünkü emniyeti umumiye nezareti altına alınma bir ceza değildir ve 81 inci maddede tekerrür müddetleri (*ceza*) nın çekildiği tarihten başlayacağına dair kayıt mevcuttur (72).

B - Müddetlerin hesabı :

a - Kanunda, tekerrür müddetleri sene olarak tâyin edilmişlerdir. Bunların hesabında da, sene olarak tesbit edilen mehillerin hesabında cari kaideler tatbik olunur (M. 30).

(70) Bu hususta Pessina, s. 754.

(71) Manzini, s. 425; Majno, s. 448.

(72) Bu hususta Pessina, s. 753.

b - Cezanın çekildiği veya düştüğü günden başlamış olmalarına rağmen tekerrür müddetlerinin tayininde cezanın çekildiği veya düştüğü gün hesaba katılmaz. Çünkü kanunun tesbit ettiği bu müddetler kesirsizdir.

V - SONRAKİ SUÇ :

Tekerrürün şartlarından biri de tekerrüre esas olan suçtan sonra diğer bir suçun işlenmiş olmasıdır :

A - Bu şart maddede (bir mahkûmiyete uğradıktan sonra... başka bir suç daha işlemek) şeklinde ifade edilmiştir. Bu kaydın muhtasırın lafzına istinad etmek doğru olmaz. Bir mahkûmiyete uğradıktan sonra başka bir suç işlemek kaydı sonraki suçun, (tekerrürden dolayı cezası artırılacak olan suç) evvelki suçtan (tekerrüre esas tutulacak mahkûmiyetin mevzuunu teşkil eden suç) sonra işlenmiş olması şartını da ihtiva eder. Bu bakımdan (tekerrüre esas tutulan fiillerin hangi tarihlerde işlenmiş olduğunu tahkiki) ni zaruri kılan içtinad isabetlidir (73).

Tekerrüre esas tutulan mahkûmiyetten sonra fakat bu mahkûmiyete mevzu teşkil eden suçtan evvel işlenmiş olan suç için tekerrür hükümlerinin tatbikına imkân yoktur. Bu hal 77 nci maddenin 1 inci fıkrasına girer.

Suçlar arasında bu evvelik-sonraki şartı, şu meselelere meydan verir :

a - Aynı anda veya aynı günde işlenen suçlarda tekerrür hükümleri tatbik edilebilir mi? Tekerrürün umumi şartları husule gelemeyeceğinden bu gibi haller de tekerrüre ait hükümlerin tatbikına imkân yoktur. Aynı günde işlenmiş iki suçtan biri hakkında daha evvel hüküm verilmiş olsa bile bu mahkûmiyetin diğeri için tekerrüre esas teşkil etmeyeceğine karar verilmiştir (74).

b - Tekerrüre esas tutulan mahkûmiyetin mevzuunu teşkil eden suçun eski kanun zamanında sonraki suçun yeni kanun zamanında işlenmesi ve evvelki kanunun tekerrür bakımından suçlunun daha fazla lehinde olması halinde de yeni kanuna göre tekerrür hükümleri tatbik olunur. İtalyan temyiz mahkemesinin bu mahiyette kararları mevcuttur (75).

Türk Ceza Kanunu yürürlüğe gireli on seneden, yani en uzun tekerrür müddetinden daha fazla zaman geçmiş olduğuna göre, esas itibariyle bu mesele bizim için varid değilse de, ceza kanunu hükümlerinin tadili veya özel kanunlar bakımından ehemmiyet arzedebilir. Bu sebeple 81 inci maddenin 3038 sayılı kanunla tadilinden evvel bir kabahat ve bu tadilden sonra da diğer bir kabahat işleyeninin cezasının tekerrürden dolayı artırılabilmesine karar verilmiştir (76). Ceza Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasındaki kaide, bu tefsire mani değildir. Çünkü suç yeni kanun zamanında işlenmiştir. Her ne kadar tekerrür eski suça istinad ediyorsa da, tekerrürden dolayı cezanın artırılması yeni suça ait bir keyfiyettir.

c - Madde (suç) tabiri kullanılmaktadır. Bu suretle tekerrür hükümleri kabahatlere de teşmil edilmiştir. 3038 sayılı kanunla yapılan değişiklikten evvel maddede (cürüm) tabiri kullanılmıştı, değiştirildi. Çünkü (suç kelimesi kanunun cezalan-

(73) T. M. I. C. D. 21/9/1936, esas 338, karar 1464, Temyiz kar. 936, s. 248.

(74) İtalyan Aş. Temyiz Mahkemesi kararı, Bu hususta Manzini, s. 451, n. 1.

(75) Ezcümle Sunan s. 281, n. 7.

(76) T. M. C. U. H. 1/1/1937, esas 422, karar 316, Temyiz kar. 937, s. 137.

dardığı fiil mukabili bir istilah olarak takarrur etmiş ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlara ve hatta Ceza Kanununun 1933 yılında değiştirilen bir çok maddelerine de girmiştir (77).

B - *(Bir mahkûmiyete uğradıktan sonra... başka bir suç daha işlemek)* kaydı, bir mahkûmiyete uğradıktan sonra bu mahkûmiyetle kanuni alâkası bulunmayan müstakil diğer bir suç işlenmesi halini göstermektedir. Bu sebeple bir kimse bir suçu işlemek veya vukubulmuş bir suçu gizlemek için diğer bir suç işlediği veyahut o suç veslesi ile kanunda suç teşkil eden diğer bir fiil daha işlemesi halinde, bu fiiller kanunen o suçu meydana getiren unsurlardan veya suçun şiddet sebeplerinden sayılıyorsa, suçlu hakkında tekerrür hükümleri tatbik edilemez.

VI - CEZA :

Tekerrürün ilk neticesi cezanın artırılmasıdır :

A - Kanun yeni suça verilecek *(ceza)* nın artırılmasını âmir bulunmaktadır. Bu sebeple ceza mahiyetinde olmayan tedbirler ve hatta tazminat kabilinden olan para cezaları (78) tekerrürden dolayı artırılamaz.

B - Kanun, tekerrürden dolayı cezanın artırılma nisbetinin âzami haddini göstermiştir. Ceza altıda bire kadar artırılır. O halde artırmamak hâkimin elinde değildir. Fakat artırılabilecek miktarın tâyini hâkimin takdirine aittir (79). Hâkim hiç denecek kadar artırmakla iktifa edebilir. O halde mutlak tekerrürde ceza (altıda bir artırılabilir) demek daha doğru olurdu.

(Ceza altıda bir artırılır) kaydına altıda bir nisbetinin dahil olup olmadığı te-reddüdü mucip olmaktadır. Bir temyiz kararına göre mutlak tekerrürde artırma nisbetinin altıda birden aşağı olması lâzımdır. (80) Diğer bir karara göre artırma nisbeti altıda birden aşağı olabileceği gibi tam altıda bir de olabilecektir (81).

Kanunda mutlak tekerrürde artırma nisbeti *(altıda bire kadar)*, mukayyet tekerrürde ise *(altıda birden üçte bire kadar)* ibaresi ile ifade edilmiştir. Bu sebeple mutlak tekerrürün artırma nisbetinin bittiği yerde, mukayyet tekerrürün artırma nisbetinin başlanması icap edeceği düşünülebilir. Fakat böyle bir teselsülün kabulü ancak sabit nisbetler için mantıklı olabilir. Tekerrür hükümlerinin tatbikinde hâkim cezayı ferdileştirme işine bilhassa ehemmiyet vermeğe mecburdur. Bu sebeple iki nisbet arasında tatbik sahası bakımından katî bir hudud çizmeğe lüzum görülemez. Bilhassa altıda bir nisbetinin, gerek mutlak ve gerek mukayyet tekerrürün artırma nisbetlerine dahil olması lâzımdır.

Meyhaz kanunun hükümlerine sadık kalmış olsa idi, bu ihtilâf husule gelmeyecek idi. Çünkü meyhaz kanunda mutlak tekerrürde muayyen bir artırma nisbeti gösterilmemiş sadece hâkimin o suçun cezasının asgari haddini veremeyeceği kaydı ile iktifa olunmuştur. Meyhaz kanundan 3038 sayılı kanunla uzaklaşmıştır. *(cezanın asgari haddi hükmolunamaz)* kaydı yerine *(Ceza altıda bire kadar artırılır)* kaydının niçin ikame edildiğine dair, kanunun Adalet Komisyonu gerekçesinde

(77) 3038 sayılı kanunun gerekçesi, Zabıt Cer. 1936, C. 12. ilâve n. 250, s. 29.

(78) T. M. 3. C. D. esas 3829, karar 3842, 11/6/1940, Bora m. 81.

(79) T. M. C. U. H. 13/9/1937, esas 176, karar 122, Temyiz kar. 937, s. 99, Bora, m. 81.

(80) T. M. 4. C. D. 22/9/1943, esas 7945. Son içtihatlar, Fasikül 2, s. 20.

(81) T. M. C. U. H. 8/2/1944, Son içtihatlar, Fasikül 4, s. 158.

kısaca, (muayyen bir nispet tayıni ve bu nisbetin altında bir olması muvafık görülmüştür) denmekle ıktifa olunmuştur (82).

VII — YENİ SUÇUN ESKİSİNİN CİNSİNDEN OLMASI :

Bu fıkranın mevzuu basit mukayyet tekerrürdür.

A - Fıkranın tatbiki için tekerrürün umumi şartlarında başka birde evvelki ve sonraki suçların aynı cinsden olması lâzım ve kâfidir. Bu suçların (aynı suç) olmaları şart değildir. Çünkü mukayyet tekerrürde kanunumuz sadece cins esasını kabul etmiştir.

B - Bu maddenin birinci fıkrasında mutlak ikinci fıkrasında mukayyet tekerrürden bahsedilmekle tekerrürün mutlak ve mukayyet tekerrür diye ikiye ayrılması kanuni bir taksim haline gelmiştir. Bu sebeple mahkûmiyet hükmünde iki fıkradan hangisininin tatbik edildiğinin gösterilmesi, yani (cezanın artırılmasını mücip olan tekerrürün mutlak veya mukayyed olduğunun tasrih edilmesi) lâzımdır, (83). Hadiseye 81 inci maddenin tatbik edildiğini zikretmekle ıktifa olunamaz.

C - Mukayyet tekerrür hükmünün tatbiki için tekerrürün umumi şartlarının mevcudiyeti ve bundan başka da suçların aynı cinsden olması lâzım geldiği işaret edilmiştir (bk. VII, A). Fakat her hangi bir hadisede tekerrürün umumi şartlarının mevcudiyetine bakılarak her iki tekerrür hükmünün tatbiki doğru değildir, yani (evvelki mahkûmiyetten dolayı hem mukayyet ve hem de mutlak tekerrür tatbik edilemez) (84). Çünkü (Mutlak tekerrür, mukayyet tekerrüre dahildir) (85).

Ç - Mukayyet tekerrür taksirli suçlarda da mümkündür. Her ne kadar taksirli suçların kasdi suçlara, ve kasdi suçların taksirli suçlara, tekerrürde esas teşkil edemeyeceği kanuni bir kaide (m. 87) ise de taksirli suçların kendi aralarında bu esas teşkil edecekleri ve aynı cins iki taksirli suçun işenmesi halinde mukayyet tekerrürün mevcudiyetini kabul etmek lâzım gelecektir.

Madde 82 — I) Müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan bir kimse II) diğer bir veya bir kaç cürüm işlediği takdirde mahkûmun geceli gündüzlü bir hücrede yalnız bırakılması müddeti eğer sonraki cürmü veya cürümleri muvakkat ağır hapis cezasını müstelzim ise bu cezanın veya bu cezalar mecmuunun sekizde birine, hapis cezasını müstelzim ise onda birine müsavi bir müddet uzatılır III).

Ancak ilâve edilecek hücre müddeti ağır hapislerde üç seneden, hapiste iki seneden fazla olamaz.

Sonrakı cürümden dolayı da mahkûma müebbet ağır hapis cezası tâyin olunmuşsa verilecek ceza ölüm cezasıdır IV).

I — MADDENİN TARİHÇESİ :

A - Madde 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 84 üncü maddesinden alınmıştır.

B - Maddenin meyhazdan ilk tercümesi şöyle yapılmıştı: (Müebbet zindan cezasına mahkûm olan kimse diğer bir cürüm irtikap ettiği takdirde eğer muafhahan işlediği cürüm bir seneden ziyade zindan veya hapis cezasını müstelzim ise altı aydan beş seneye kadar, ve eğer müebbet zindanı müstelzim ise altı seneden on iki

(82) T. B. M. M. Zabıt cer. 1936, C. 12, ilâve n. 250, s. 33.

(83) T. M. 4. C. D. 25/2/1932, Köseoğlu, m. 81.

(84) T. M. 1. C. D. 2/11/1932, karar 3158, Köseoğlu, m. 81.

(85) I. M. 2. C. D. 31/1/1933, Köseoğlu, m. 81; Majno, s. 445, n. 460.

seneye kadar yeniden hücrede sureti daimede münferiden ikamete mahkûm olur) (86).

C - Maddenin T. B. M. M. nce kabul edilen ilk metni şu idi: Müebbed ağır hapis cezasına mahkûm olan kimse diğer bir cürüm işlediği takdirde eğer sonraki cürümü bir seneden ziyade ağır hapis veya hapis cezasını mütelzim ise altı aydan beş seneye kadar ve eğer müebbed ağır hapis mütelzim ise altı seneden on iki seneye kadar yeniden hücrede dami surette münferiden ikamete mahkûm olur) (87).

Ç - Madde 3038 sayılı kanunla değiştirilmiş ve bugünkü şeklini almıştır (88).

II — MÜEBBED AĞIR HAPSE MAHKÛM OLAN KİMSE :

Madde müebbed ağır hapse mahkûm olan kimsenin diğer bir veya bir kaç cürüm işlemesi halinde tatbik edilir.

A - 82 nci madde tekerrürün umumi şartlarını tesbit eden 81 inci maddeden müstakil bir hükmü değil, bu hükümleri müebbed ağır hapis cezasının hususiyetine uydurarak bir hükmü ihtiva etmektedir. Bu sebeple 82 inci maddeyi tatbik etmeden evvel tekerrürün umumi şartlarının mevcut olup olmadığına bakmak lâzımdır. Bu sebeple şahsın evvelce bir mahkûmiyete uğraması ve bu mahkûmiyetten ve mahkûmiyete sebebiyet veren suçtan sonra bir cürüm işlemesi ve bu cürümün tekerrür müddeti içinde işlenmiş bulunması lâzımdır. Ancak bu şartlar mevcut olduktan sonra müebbed ağır hapse mahkûm olupta sonradan bir cürüm veya cürümler işlene 81 inci madde tatbik olunabilir.

B - Evvelki mahkûmiyetin cezası tamamile infaz edilmedikçe tekerrür hükümlerinin tatbik edilemeyeceği yolundaki içtihadın Ceza Kanununun kabul ettiği esaslara uymadığını evvelce izah etmiştik. Bu içtihad muhafaza edilecek olursa Ceza Kanununun bir çok maddelerini tatbika imkân yoktur. Bu hükümlerden birisi 82 inci maddedir. Müebbed hapse mahkûm olanın cezasını tamamile çekmesine imkân olmayacağından 82 inci madde tatbik edilemeyecektir.

(Bu içtihad ile 82 inci maddenin telif edilebilir mahiyette olduğu, çünkü bu maddenin tekerrür bahsında yer almasına rağmen bir içtima hükmü olduğu ve tamamile istisna bir hüküm bulunduğu iddea edilmiştir (bk. 1) No. h nottaki bibliografi).

Kanaatımıza göre tekerrür faslında yer alan bir hükmün içtima hükmü sayılması imkânsızdır, kaldık müebbed ağır hapis ile diğer hürriyeti bağlayıcı cezaların içtimaı hakkında, içtima faslında, bu hususa dair ayrıca bir hükümde mevcuttur (m. 86). Aynı vakta için kanunda iki hükmün bulunabileceğini kabul etmek imkânsızdır. İtalyan Kanunundan alınmış olan 82 inci maddeyi İtalyan müellifleri bir tekerrür maddesi olarak kabul etmektedirler (89).

Filhakika 82 inci madde hususiyet arz etmektedir. Çünkü müebbed ağır hapisin infazının tamamlanması mümkün olmadığından 81 inci maddedeki tekerrür müddetine mebbe tayin edilemeyecektir. İşte 81 inci maddedeki tekerrür müddetinin mebbe

(86) Adliye Nezareti, Ceza Kanunu lâyihası, İstanbul, Matbaai Âmire, 1325, s. 30, m. 84.

(87) Kavanin Mec. C. 4. ikinci bası, s. 385; Adalet Bakanlığın, T. C. K. s. 127, not 39.

(88) Bu kanun hakkında bk. not 46. Bu kanunun 82 nci maddenin değiştirilmesine ait gerekçe için bk. T. B. M. M. Zabıt cer. 1936, C. 12, ilâve n. 250, s. 33; Adalet Bakanlığın T. C. K. s. 64, Köseoğlu, s. 86.

(89) Florian, s. 269, n. 575.

dine ait bulunan kısma istisna yaratmak ve müebbed ağır hapse mahkûmiyet hükmün katılaşmasından sonra işlenen suçlar için tekerrür bakımından hususi bir durum yaratmak maksadı ile bu madde konmuştur (90).

III — HÜCRE MÜDDETİNİN ARTTIRILMASI :

Müebbet ağır hapis cezasının sürekli bir ceza oluşunu nazara alan kanun, diğer bir suç işlediği takdirde, suçlunun müebbed ağır hapse tabi tutulacağı mütlak hücre müddetini arttırmıştır.

82 inci madde tekerrür hükümlerinin müebbed ağır hapse tathikından ibaret bulunmasına rağmen, mutlak tekerrür mevzu bahis olduğu zaman, tekerrürden dolayı arttırmak hususundaki hâkimin taktir hakkını ortadan kaldırmıştır. Çünkü 82 inci maddedeki arttırma nispetleri, 81 inci maddenin 1 inci fıkrasının aksine, sabit ve muayyedir.

IV — ÖLÜM CEZASI :

Müebbed ağır hapse mahkûm olan bir kimsenin işlediği sonraki cürüm içinde müebbed ağır hapis cezası hükmolunmuş ise, tekerrürden dolayı cezanın arttırılması, ceza nevinin değişmesi suretiyle yapılacaktır. Verilecek ceza ölümdür.

Bu hususta içtima ile (m. 68, f. 3) tekerrür hükümleri aynı şiddettedir. Hukuki içtima sistemini kabul etmiş olan kanunumuzda, içtima ve tekerrür hükümlerinde bu bakımdan şiddet birliği, izahı imkânsız bir haldir (91).

Madde 83 — (Bu madde 3038 sayılı kanunla kaldırılmıştır.)

Madde 84 — I) Tekerrür halinde hükmedilecek ağır para cezasının 19 uncu maddere göre hapse çevrilmesi halinde hapis müddeti her seneyi geçemez II).

I — MADDENİN TARİHÇESİ :

A - Madde meyhaz kanununda mevcut değildir.

B - Temyiz Mahkemesinde teşekkül eden komisyon maddeyi şu suretle tanıyan etmiştir: (Cezayı naktilerde tekerrür ahkâmı cari olup tâyin olunacak cezaya iki cürümden hafifine terettüp eden cezanın bir misli zamimolunur. Mükerrerinin hükmolunan cezayı naktiyi itadan imtina halinde hükmolunacak hapis müddeti iki seneyi tecavüz edemez (92).

C - T. B. B. M. M. since kabul edilen ilk metin şu idi: (Ağır cezayı naktilerde tekerrür ahkâmı caridir. Son cürüm için tâyin olunacak cezaya iki cürümden hafifine terettüp eden cezanın bir misli zamimolunur. - Mükerrerinin hükmolunacak cezayı naktiyi vermekten imtina halinde hükmolunacak hapis müddeti iki seneyi geçemez) (93).

C - Madde 3038 sayılı kanunla değiştirilmiş ve bugünkü şeklini almıştır (94).

(90) Florian, s. 274, n. 578, d.

(91) Erem, Suçların ve cezaların içtima hakkındaki kanun hükümlerinin tetkiki, Adalet Dergisi, 1944, n. 8, s. 630, m. 68, n. 7.

(92) Komisyonun gayri matbu zabıtları, s. 82, 30-31 ağustos tarihli celse.

(93) Kavanin Mec. C. 4, ikinci bast, s. 385; Adalet Bakanlığı, T. C. K. s. 128, not 40.

(94) Bu kanun hakkında bk. not 46. Bu maddenin değiştirilmesine ait gerekçe için T. B. M. M. Zabıt Cer. 1936, C. 12 ilâve n. 250, s. 33; Adalet Bakanlığı T. C. K. s. 64; Köseoğlu, s. 84.

II — HAPSE ÇEVİRİLEN PARA CEZASI :

Kanun, tekerrürden dolayı, cezanın arttırılmasına muhtelif bakımdan âzami hadler tesbit etmiştir. 81 inci maddenin 3 ve 4 cü fıkraları, 82 inci maddenin 2 inci fıkrası, 84 ve 85 inci maddeler bu mahiyette hükümleri ihtiva eder.

Fakat bu maddeler arasında 84 üncü madde bir hususiyet arz etmektedir. Diğer maddelerdeki hükümler tekerrür halinde kati olarak tatbik olunur. 84 üncü madde ise tekerrür hükümleri tatbik edildikten sonra hükmedilmiş olan para cezasının suçlu tarafından ödenmediği takdirde tatbik edilecektir. O halde bu madde tekerrürün değil, tekerrür halinde para cezasından çevrilmiş hürriyeti bağhyıcı cezanın âzami hududunu gösterir. Bu had beş yıldır.

Para cezasından çevrilmiş hürriyeti bağhyıcı cezanın âzami hadleri hakkında diğer hükümler 19 uncu maddenin 6 ncı fıkrasında, 76 ncı maddenin 3 üncü fıkrasında

Madde 85 — I) İşlediği suçlardan dolayı her defasında üç aydan fazla olmak üzere iki defa veya daha fazla şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalarla mahkûm olan kimse II) 81 inci maddede yazılı müddetler içinde III) yine şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezanın verilmesini icabettiren aynı cinsten bir suç işler ve göreceği cezanın müddeti otuz aydan aşağı olursa mezkûr ceza müddeti yarı ve sair hallerde ağır hapis ve hapse otuz seneyi gememek üzere üçte biri nisbetinde arttırılır IV).

I — MADDENİN TARİHÇESİ :

A - Madde 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 81 inci maddesinden alınmıştır.

B - Maddenin meyhazdan ilk tercümesi şu suretle yapılmıştır: (Her defasında üç mahdan ziyade olmak üzere defeat ile hürriyeti şahsiyeyi tahdid eden bir cezaya mahkûm olan şahıs madde sabıkada beyan olunan müddet içinde kezalet hürriyeti şahsiyeyi tahdit eden bir cezayı müstelzim aynı cinsden bir cürüm işler ve göreceği cezanın müddeti otuz aydan aşağı olursa cezası mezkûr müddetin mısfa ve ahvali sairede muvakkat zinden için yirmi dört ve hapis için onbeş seneyi geçmek şartı ile sülüsüne müsavi bir müddet-zammı ile cezası tezyid olunur) (95).

C - Temyiz Mahkemesinde teşekkül eden komisyon maddeyi şu şekilde tanzim etmişti: (Birinci cürüm üç mah hapsi ve daha fazla cezayı müstelzim cünha, ve ikinci cürüm de cinayet olduğu ve her iki cürüm bir fasılda bulunduğu takdirde cinayet cezası birinci cürümün cezasının üçte biri derecesinde tezyid edilir) (96).

Ç - T. B. M. nce kabul edilen ilk metin şu idi: (Her defasında üç aydan fazla olmak üzere defeat ile şahsi hürriyeti tahdid eden bir cezaya mahkûm olan kimse 81 inci maddede beyan olunan müddet içinde yine şahsi hürriyeti tahdid eden cezayı müstelzim aynı cinsden bir cürüm işler ve göreceği cezanın müddeti otuz aydan aşağı olursa mezkûr ceza müddetinin yarısına ve sair hallerde muvakkat ağır hapis için yirmi ve hapis için on seneyi geçmemek şartı ile üçte birine müsavi bir müddet ile cezası arttırılır. - Eğer bu şahsa son defa verilecek ceza muvakkat ağır haptisten ibaret ise ceza müddeti yukarkı fıkrada yazıldığı veçhile çoğalmakla beraber 81 inci maddede beyan olunan derecede hapsi hücrevi usulü de tatbik olunur) (97).

(95) Adliye Nezareti, Ceza Kanunu lâyihası, İstanbul, Matbaai Âmire, 1325, s. 28, m. 81.

(96) Komisyonun gayri matbu zabıtları, s. 81, 30-31 ağustos 1341 tarihli celse.

(97) Kavanin Mec. C. 4, ikinci bası, s. 386; Adalet Bakanlığı, T. C. K. 127, not 41.

D - Madde 3038 sayılı kanunla değiştirilmiş, bugünkü şeklini, halini almıştır (98).

II -- İKİ VEYA DAHA FAZLA MAHKÜMIYETE UGRAMIŞ KİMSE :

Maddenin mevzuu sürekli mukayyet tekerrürdür (99).

Bu hüküm üçüncü suçtan yani ikinci tekerrürden itibaren tatbik edilebilir. Maddenin esas tatbik şartları tekerrürün umumi şartlarıdır. Bu sebeple üç suç işlemiş olmak kâfi değildir. İkinci ve üçüncü suç dolayısı ile mükerrer sayılan kimse, diğer şartlar da mevcut ise, 85 inci madde hükmüne tabi tutulacaktır.

O halde hadisede sadece tekerrür şartları mevcut ise 81 inci madde hükmünün tatbiki ile iktifa olunur. Bu suretle hareket olunmasına eski mahkûmiyetlerin içtima ettirilmiş bulunması mani değildir. Bu gibi hallerde içtima çözümlenerek tekerrüre esas tutulacak mahkûmiyet bulunur (100).

Hadisede tekerrür şartlarından başka 85 inci maddenin hususi şartları da mevcut ise sürekli mukayyet tekerrür hükmü tatbik edilir (101).

Hususi şartlardan maksad, suçlunun evvelki suçlarından dolayı üç aydan fazla şahsi hürriyet bağhyıcı cezaya mahkûm edilmiş bulunması suçların tekerrür müddetleri içinde işlenmiş olması, suçların aynı cinsden bulunmasıdır:

A - Evvelce iki suçun işlenmiş olması: Hususi şartların başında geir:

Maddede (*suç*) dan ve (*hürriyeti bağhyıcı cezalar*) dan bahsedilmektedir. Kabahatin suç tabirine ve hafif hapsin hürriyeti bağhyıcı ceza tabirine (m. 11) dâhil olduğu aşikâr bulunduğu kabahatlerde de 85 inci madde hükmü caridir. Fakat 87 inci maddenin 1 inci fıkrası hükmü mahfuzdur.

B - Suçlara şahsi hürriyeti bağhyıcı cezaların verilmiş olması: Bu madde evvelki suçlarla sonraki suça hürriyeti bağhyıcı cezaların hükmedilmiş olması halinde tatbik olunur. Fakat bu bakımdan evvelki suçlarla sonraki suçu birbirinden tefrik etmek lâzımdır.

a - Evvelki suçların cezalarının yalnız şahsi hürriyeti bağhyıcı olması kâfi değildir. Bu suçların her birinin hükmedilmiş cezasının üç aydan fazla bulunması da şarttır. Bu sebeple:

aa. Maddenin tatbik sahası (*şahsi hürriyeti bağhyıcı ceza*) ve (*üç aydan fazla mahkûmiyet*) kayıtları ile tahdit edilmiştir. Bu tahdidin dışında kalan haller de sadece 81 inci madde hükmü tatbik olunur. İki nevi cezayı ihtiva eden suçların cezalarından biri için mutlak tekerrür, diğeri için de sürekli mukayyet tekerrür hükümlerine tabi olmaları mümkündür. Meselâ hususiyeti para cezası tâyin edilmiş ise, hürriyeti bağhyıcı ceza hakkında şartları mevcut ise, 85 inci madde ve para cezası hakkında ise 81 inci madde tatbik edilmelidir (102):

(98) Bu kanun hakkında bk. not 46. Bu maddenin değiştirilmesine ait gerekçe için T. B. M. M. Zabıt Cer. 1936, C. 12. ilâve n. 250, s. 33; Adalet Bakanlığı T. C. K. s. 64, Köseoğlu, s. 86.

(99) Bu tabir hakkında bk. I. esaslar. n. 4.

(100) Aynı mahiyette, T. M. 4. C. D. 13/1/1944, esas 421, Son içtihatlar, fasikül 5, s. 205.

(101) Aynı mahiyette T. M. 4. C. D. 13/1/1944, esas 421, Son içtihatlar, fasikül 5, s. 205.

(102) Bu mesele hakkında Pessina, s. 788, § 6.

bb. Maddede *üç aydan fazla şahsi hürriyeti bağlayıcı ceza*) dan bahsedildiğine göre üç aylık mahkûmiyetin bu kayda tabi olmayacağı tabiidir.

cc. Evvelki mahkûmiyetlerin bir suçta biri şahsi hürriyeti bağlayıcı ceza ayrı para cezası olmak üzere iki cezalarının üç aydan fazla olması şartının maddenin tatbik sahasını gösteren bir unsur olması bakımından, dar bir tefsire tabi tutulması lâzımdır. Kanunun, 85 inci maddesinde, umumiyetle cezalarda mecmu vahameti değil, cezası oldukça yüksek suçların ikiden fazla işlenmesi halini derpiş etmiştir. Bu sebeple evvelki suçlardan birinin cezası iki ay, diğerinin cezası on ay olan iki mahkûmiyetin ceza mecmuu, üç aydan biraz fazla cezayı ihtiva eden iki mahkûmiyetten daha ağır sayılabileceği halde, bu maddenin tatbikine imkân yoktur.

b - Sonraki suçun (*şahsi hürriyeti bağlayıcı ceza*) icap ettiren) bir suç olması kâfidir. Cezanın üç aydan fazla olması şart değildir.

c - Suçların aynı cinsden olması da hususi şartlardan biridir. 86 ncı maddede münhasıran cürümlerden bahsedilmekte olmasına göre kabahatlerde sürekli mukayyet tekerrür mevcut olamayacağı yolunda bir tereddüd başgösterebilir (bk. m. 84, n. 4).

IV — 81 İNCİ MADDEDE YAZILI MÜDDETLER :

Suçların tekerrür müddetleri içinde işlenmeleri şartından bahseden bu kaydın ilk bakışta lüzumsuz olduğu zannedilebilir. Çünkü 85 inci maddedeki sürekli mukayyed tekerrür halinin, nihayet tekerrürün bir nevi olmasına ve 85 inci maddenin tatbiki için tekerrürün umumi şartlarının da bulunması icap ettiğine ve tekerrür müddetinin de umumi bir şart olmasına göre, (81 inci maddede yazılı müddetler içinde) kaydı zaid görülebilir. Fakat burada kanun, hususi bir sarahatle, şu tereddüdü önlemek istemiştir:

85 inci maddenin tatbiki için asgari üç suç işlenmesi lâzımdır. Bu suçların üçünün de aynı tekerrür müddeti içinde işlenmesi şartıdır? Yoksa, her suç arasında tekerrür maddelerinden fazlasının geçmemiş olmasını icap eder? Müelliflerce (103) ve İtalyan mahkeme içtihadınca (104) ikinci noktaı nazar kabul edilmiştir. Temyiz mahkememizin bu husustaki içtihadını gösterir bir kararına tesadüf edemedik. Kanaatimizce de ikinci noktaı nazarın kabulü doğru ve kanuni bir zarurettir. Çünkü üç suçun aynı tekerrür müddeti içinde işlenmesi yolundaki birinci noktaı nazar kabul edilirse bazı ahvalde, bu müddetin tayınine imkân yoktur. Üç suçtan bir ve üçüncünün beş seneden aşağı ve ikincinin beş seneden ziyade mahkûmiyeti icap ettirmediğini farzedelim. Böyle birhadisde biri beş, diğeri on sene olmak üzere iki tekerrür müddeti vardır. Bu müddetlerden her ikisi de (81 inci maddede yazılı müddetler) dir. 85 maddenin tatbiki için hangisi esas tutulacaktır. Görülüyor ki her suçun arasında bir evvelki suçun cezasının şiddetine göre, 81 inci maddeye dayanarak, tayın edilecek tekerrür müddetinin geçmemiş olması lâzım geleceği yolundaki, ikinci noktaı nazar kanunun hükümlerine daha uygundur. Diğer taraftan bu fikir az çok kıyadı suçlu mefhumunu ele alan bu maddenin tatbik sahasını genişletmesi bakımından da, ceza hukuku prensiplerine muvafık düşmektedir.

(103) Manzini, s. 461, n. 541; Maino, s. 448, n. 464.

(104) Barbera, m. 81, s. 221, n. 1.

Bu madde mucibince cezanın arttırılması için evvelâ suçluya, sonraki suç dolayısı ile verilecek cezanın mukayyed tekerrürden dolayı 81 inci maddenin ikinci fıkrasının tatbiki suretile tayıni ve bu suretle tâyin edilen cezanın otuz aydan aşağı olup olmadığına bakmak lâzımdır:

- a - Eğer bu ceza, otuz aydan aşağı ise, yarı nispetinde;
- b - Otuz ay veya otuz aydan fazla ise üçte bir nispetinde, arttırılır.

Muvakkât cezaları müebbed hale getirmemek için arttırma nispetine bir had tâyin edilmiştir: Otuz sene. Bu had bakımından ıçtima ile (m. 69, f. 2) tekerrür arasında fark yoktur.

Sürekli mukayyet tekerrürde cezanın arttırılma nispeti, unumiyetle mukayyet tekerrürden daha yüksektir. Tekerrür hükümlerinin müessir olmalarını temin edecek olan bu şiddetin mukayyed tekerrürün yalnız bir kısmına hasredilmemiş olması daha muvafık olurdu. Hatta mutlak tekerrürde bile ikinci suçtan sonra şiddetli hükümlerin tatbiki zaruridir. Aynı cins suçları işlememekle beraber, suç işlemekte ve bu suretle ihlâlde ısrar eden kimse hakkında umumî tekerrür hükümlerinden daha şiddetli hükümlerin tatbiki muvafık olurdu.

Madde 86 — I) Aynı maddei kanuniyeye tetabuk eden II) veya kanunun bir faslında münderiç bulunan III) cürümlerden başka muharrer bilcümle cürümler IV) bir cinsten addolunur V).

I — MADDENİN TARİHÇESİ:

A - Bu madde 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 82 nci maddesinden alınmıştır.

B - Maddenin mehzaz kanunundan ilk tercümesi şöyle yapılmıştır: (Aynı maddei kanuniyeye tetabuk eden veya kanunun bir faslında münderiç bulunan ceralmden başka: . . . cürümleri bir cinsten addolunur) (105).

C - Madde tadil görmemiştir.

II — AYNI MADDEYE UYMAK:

Madde, aynı cins suçtan ne kastedildiğini göstermektedir Kanun üç kıstas kabul etmiştir: Aynı maddeye uyan suçlar, aynı fasılda yazılı bulunan suçlar (bk. III), maddede sayılmış bulunanlar suçlar (bk. IV).

Aynı cins suçu gösteren ilk kıstas suçların kanunun aynı maddesine uyması halidir ve 86 inci maddenin takip ettiği sırasının başında yer alır:

A — Kanunumuzda (aynı maddei kanuniye) tabiri ile işaret edilen bu kıstas meyhaz kanununda (kanunun aynı hükmü) şeklinde ifade edilmiştir. Her ne kadar meyhaz kanunu şerh eden müelliflerden bazıları (106) aynı hükmü aynı madde şeklinde anıyorlarsa da, kanaatimize göre bu hal, hususi tekerrürün sahasını daraltacak mahiyettedir. Başka başka kanunlarda yazılı olsa bile, aynı mahiyetteki hükümleri bu mefhuma ithal etmek faydalı olurdu. Fakat kanun metninin bu günkü yazılış şekli bu tefsire müsait görünmemektedir.

B - Suçların aynı maddeye tetabuk etmeleri, esas itibariyle o fiilleri suç haline koyan maddenin aynı olması, suçlunun o maddeye müsteniden mahkûm edilmesidir:

(105) Adliye Nezareti, Ceza Kanunu İayihası, İstanbul, Matbaayı Âmire, 1325, m. 82.

(106) Ezcümle, Suman, s. 283, I.

Bu sebeple maddelerin aynı olmasından maksat Ceza Kanununun hususi kısmında yer alan maddelerdeki birliktir. Çünkü umumi hükümler, suç vazetmezler, Bu kaide-den tatbiki bazı neticeler çıkar:

a - İkmal edilmiş bir suç ile bu suça teşebbüs hali, aynı madde kanuniyenin ihlali olarak kabul edilmelidir.

b - İşlediği bir fiil ile kanunun birden ziyade hükmünü ihlâl edenin suçunun diğer bir suçla aynı cinsten addedilmesi için, ihlâl edilen hükümlerden en şiddetli cezayı tazammun eden maddeyi esas tutmak lazımdır. Çünkü suçlu bu maddeye göre cezalandırılmış olacaktır (M. 79).

c - Cezayı artıran veya azaltan hükümler, aynı maddede yer almasalar bile, cins esasının tâyininde nazara alınmamalıdır.

III - AYNI FASLA GİRMEK:

Kanunun aynı cins suçları tesbit işinde kabul ettiği ikinci kıstas suçların aynı faslında yazılı bulunması halidir. Her ne kadar, aynı bapta yazılı suçların da aynı suç olarak kabulü düşünülebilirse de, suçların baplara tevziinde bilhassa kanunun sıhuletle tatbiki ve ihlâl edilen haklardaki benzerlik göz önünde tutulmuş ve suç saiki ihmal edilmiştir. Halbuki aynı cins suçun tesbitinde esas saik birliği veya benzerliğidir.

IV - CÜRÜMLER:

Maddenin ilk fıkrasında ve dokuz bendinde cürüm tabiri kullanılmıştır. O halde aynı cinsten olmak halinin yalnız cürümlere hasredilmesi lazım gelecektir. Bundan da kabahatlerde mukayyet tekerrür olamayacağı neticesi çıkar ve bu hal tekerrürü, kabahatlere de teşmil eden 81 inci madde ile tenakuz teşkil eder.

Her ne kadar maddenin dokuz bendinde yazılı suçların cürüm olduğu aşikâr ise de birinci fıkradaki iki kıstasa kabahatlerin dâhil olması icap eder. Netekim meyhaz kanunda (*kanunun aynı hükmünü ihlâl eden veya kanunun aynı faslında yazılı bulunan suçlar*) tabiri kullanılmıştır.

Zannımıza göre, tekerrür hükümlerini kabahatlere de teşmil etmek maksadı ile 81 inci madde ve diğer maddelerde yapılan değişiklik sırasında bu neticenin düşünülmemiş olması ve 86 ncı maddedeki (cürüm) tabirinin unutulmuş bulunması bu karışıklığa sebep olmuştur.

Maddenin 9 bendinde sayılan suçların ayrı ayrı tetkikından bazı neticeler çıkmaktadır.

a - Devletin emniyeti aleyhine işlenen cürümler, Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümlerdir. Ceza Kanununun ikinci kitabının birinci babının ismi değiştirilmiş olduğundan 86 ncı maddenin birinci bendinin de buna göre tadili muvafık olurdu.

Devletin şahsiyeti aleyhine işlenen suçlar tabirinin Ceza Kanununun İkinci kitabının birinci babında yazılı suçlara hasredilmemesinin ve hususi kanunlar'da yazılı bu mahiyetteki suçlara teşmilinin muvafık olacağı kanaatındayız. Çünkü kanun bu nevi suçları, 86 ncı maddenin 7,8 ve 9 uncu bendlerinde olduğu gibi baş zikretmek suretile değil, ismen tavsif etmek suretile işaret etmiştir. Bu anlayış şekli 86 ncı maddenin 7,8 ve 9 uncu bentleri hariç diğer bentler için de varittir.

Kanunun tadilinde Ceza Kanununun bu suçları ihtiva eden bölümüne (*Devletin şahsiyeti aleyhine cürümler*) denildiği halde 86 ncı maddede (Devletin emniyeti aleyhine cürümler) tabirinin bırakılmasında, vazı kanunun bu genişletici tefsiri kabul ettiğini iddia etmek mümkündür.

b - Vazifenin ihlali veya suistimali tabirine bilhassa memuriyet mevki ve nüfuzunu suistimal memuriyet vazifesini yapmamak, memurların efrada kötü muameleleri suçları dâhildir. Vazifenin ihlal veya suistimali sayılabilecek diğer fiillerde buraya dahildir.

Ceza Kanununun üçüncü babının 4 ve 6 ncı faslında yazılı suçların (*Devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler*) den olması ve 85 inci maddenin 4 numaralı bendinde de Devlet idaresi aleyhine işlenen suçların bahsi geçtiğine göre 2 ve 4 üncü bentlerin arasında bir tenakuz var gibi gözükabilir. 4 numaralı bendi Devlet idaresi aleyhine, fakat memurlardan gayrisi tarafından işlenen suçlara ait bir bent olarak kabul edildiği takdirde, bu iki hükmü telif etmek imkânı mevcuttur.

c - Siyasi veya dini hürriyetleri aleyhine cürümler ile dini memurların vazifeleri esnasında yaptıkları suistimaller, bilhassa ikinci babın 1 ve 2 ncı faslındaki cürümlerdir. Diğer hürriyetler aleyhine işlenen cürümler (şahıs hürriyeti, iş ve çalışma hürriyeti vs.) bu bende dâhil değildir. Memurların vazifeleri esnasında yaptıkları suçlar tabirini aynı zamanda bunların vazifeleri dolayısıyla işledikleri suçlara da teşmil etmek lazımdır. Bu suçlar bilhassa üçüncü babın 5 inci faslındaki cürümlerdir.

ç - Hâkimler, memurlar, Devlet idaresi, âmme nizamı aleyhine cürümler, tabiri yalnız fertler tarafından işlenen bu nevi cürümleri gösterir. Âmme nizamı aleyhine cürümler beşinci baptaki cürümlerdir.

d - Cürüm tasnii, iftira, yalan şahadet, yalan yemin, avukat ve dâva vekillerinin vazifelerini suistimali, Adliye aleyhine işlenmiş cürümler babının ilk dört faslında yazılı cürümlerdir.

e - Âmme selâmeti aleyhine işlenen cürümler yedinci babta yazılı cürümlerdir.

f - Sekizinci bapta yazılı cürümler, umumi adap ve alle nizamı aleyhine işlenen cürümlerdir.

g - Eshas aleyhindeki cürümler mahsus babın birinci ve ikinci fasıllarında yazılı cürümler, adam öldürme ve müessir fiil suçlarıdır. Bu bapta yazılı çocuk düşürme vesair cürümler bu bende dâhil değildir. 455 ve 459 uncu maddede yazılı fiiller taksirli suçlar olduğundan bu hususta 87 inci maddenin 2 ncı bendi hükmü daima gözönünde tutulmalıdır.

h - 9 uncu bend karşılık ve insicamsız hükümler ihtiva etmektedir. (*Sirkat, nehbi gayret,*) tabirleri hırsızlık, yağma, yol kesmek, adam kaldırmak cürümleridir. (*İfşayı sır tehdidi ile temini menfaat*) bilhassa 192 inci maddede yazılı cürümlerdir. (*Üçüncü babın dokuzuncu faslının maddesi*) 273 üncü maddedir. Her ne kadar bu maddedeki 86 ncı maddenin 4 numaralı bendinde yazılı suçlar meyanına dâhil sayılabılırsa de, 273 üncü maddeyi, memur veya millet vekillerine karşı işlenen ve kanunda memurluk veya millet vekilliği sıfatının sarıh olarak bir şiddet sebebi telâkki edilmediği hallerde 86 ncı maddenin ise, böyle bir serahat bulunmayan hallerde kabili tatbik bir hüküm saymak suretile bir izah şekli bulunabilir. Fakat nede olsa 273 üncü maddede yazılı halin 86 ncı maddenin 9 uncu bendinde yazılı diğer hal-

lere hiç bir bakımdan benzememesi, gayrimütecanis suçların bir arada toplanması makul gözükmez.

(*Üçüncü babın on birinci faslı*) memurlara intihap iddeası ile menfaat temini cürmüdür.

(*Altıncı babın birinci faslının ilk beş maddesi*) başlıca kalpazanlık suçlarını ihtiva eden maddelerdir. Aynı babın (*beşinci faslı*) 1 ticaret, sanayi ve müzayedeye fesad karıştırmak' cürümlerini ihtiva eder. (*Yedinci babın üçüncü faslı*) ise umumun sıhhaına, yiyecek, içilecek şeylere müteallik cürümlerdir. Bu faslın (*ilk beş maddesi*), 394 - 398 inci maddeleridir. Bu faslın (*son maddesi*) 410 uncu maddedir.

Maddedeki (*biçümle cürümler*) tabirinden bu maddenin 9 bendindeki suçların birbirine nazaran değil, her bendinde yazılı olanların kendi aralarında aynı cinsten farzolunacağını anlamalıdır. (*Bir bentte gösterilen suç ile diğer bentte mahar-rer suçun bir cinsten addine mesağı kanuni yoktur*). (107).

V — Bir cinsten suçlar: Görülüyorki kanun (*aynı cins suç*) u tâyinde üç kıstas kullanmış ve bu suretle hâkimin taktir hakkına, yer vermemiştir. Meyhaz kanunun projesinde bu hal yoktu. Aynı cins suçların ayrı saikle işlenen suçlar olduğuna dair sarahat mevcuttu. Fakat saikin, muhtevasının tesbiti güç bir mefhum olduğu ve tatbikatı güçleştireceği düşüncesi ile kanuni kıstas usulü tercih edildi.

Kanuni kıstas usulünün iyi bir usul olduğunu zannetmiyoruz. Kanuni kıstas mukayyet tekerrürün sahasını çok daraltmakta ve her hadisede ayrı ayrı tesbiti gereken saik mefhumu yerine, sabit, bu sebeple her zaman hakikatı ifade edemeyecek bir usul vazetmektedir. Hâkimin bu unsuru tesbit edemeyeceği mütalâası da yerinde değildir. Kast, teammüd gibi manevi unsurlar hatta bazı suçlarda bizzat saiki aramağa mecbur tutulan hâkim, aynı cins suçların tesbiti işinde taktir hakkını kullanabilirdi.

Madde 87 — I) Geçen maddelerin tatbikatında II) :

1 - Kabahat fiilinden dolayı sâdır olan hükümler bir cürüm vukuunda ve cürme müteallik cürümler kabahat vukuunda, III)

2 - Tedbirsizlik ve dikkatsizlik ve meslek ve sanâtın icrası hususunda tecrübesizlik ve emirlere, nizamlara riayetsizlik neticesi olarak işlenen cürümler mukabilinde ve sair cürümler bunlar mukabilinde IV),

3 - Sıf askerî cürümler hakkında sâdır olan hükümler V),

4 - Bu kanunun altıncı babının birinci faslındaki 316, 317, 318, 319, 320, 324 ve 331 inci maddeleri ile ikinci fasıldaki 332 ve 333 üncü maddelerde yazılı suçlardan dolayı verilen hükümler müstesna olmak üzere yabancı memleket mahkemelerinden verilen hükümler VI),

tekerrüre esas olmaz.

I — MADDENİN TARİHÇESİ :

a - Bu madde 1889 tarihli İtalyan Kanununun 83 üncü maddesinden alınmıştır.

b - Maddenin meyhazdan ilk tercümesi şu suretle yapılmıştı: Mevaddı sabıkanın tatbikatında evvela kabahat fiilinden dolayı sâdır olan hükümler bir cürüm vukuunda ve cürme müteallik hükümler kabahat vukuunda ve saniyen tedbirsizlik ve dikkatsizlik ve icrayı meslek ve sanat hususunda tecrübesizlik ve evamir ve nizamata riayetsizlik neticesi olarak ika olunan ceraini diğer cürümler mukabilinde

ve ceraimi saire dahi bunlar mukabilinde ve salisen sırf ceraimi askeriye hakkında sadır olan hükümler ve rabian mehakimi ecnebiyeden, sudur eden hükümler mü-kerrirlik için ittihaz olunamaz) (108).

c - Temyiz mahkemesinde teşekkül eden komisyon maddeyi şu şekilde ka-leme almıştır: (Ceraimi siyasiyeden mütevellit mahkûmiyetler aynı ceraimde teker-rüre esas olur, ve ceraimi adiyeden mütevellit mahkûmiyet ceraimi siyasiyede ve ce-raimi' siyasiyeden mütevellit mahkûmiyet ceraimi adiyede tekerrüre esas olamaz. Tekerrüre esas mahkûmiyeti sabıkanın mehakimi adiyeden sudurudur) (109).

ç - Maddenin T. B. M. M. nce kabul edilen ilk metni şu idi: (Gegen maddeler-in tatbikatında: 1 - kabahat fiilinden dolayı sadır olan hükümler bir cürüm vuku-unda ve cürme müteallik hükümler kabahat vukuunda, 2 - tedbirsizlik ve dikkatsiz-lik ve meslek ve sanatın icrası hususunda tedbirsizlik ve emirlere nizamlara reayet-sizlik neticesi olarak işlenen cürümler diğer cürümler mukabilinde ve sair cürümler bunlar mukabilinde, sırf askeri cürümler hakkında sadır olan hükümler, 4 - Ecnebi memleketlerden sudur eden hükümler, tekerrüre esas olamazlar) (110).

d - Madde 2275 sayılı kanunla değiştirilmiş ve bugünkü şeklini almıştır (111).

II — GEÇEN MADDELERİN TATBİKATINDA :

Bu maddedeki mahkûmiyetlerin tekerrüre esas tutulamayacağı kanunumuza göre tekerrür müessesenin esaslarından biridir. Dört bent halinde tesbit edilen bu esaslar, tekerrür hakkındaki diğer maddeler gibi, umumi hükümlerdendir. Aksine serahat bulunmadığı taktirde hususi kanunların mevzuuna dâhil olan tekerrür hu-suslarında da tatbik olunur. Bu sebeple maddenin başındaki, (*geçen maddelerin tat-bikatında*) kaydını dar manada anlamamalıdır.

III — CÜRÜMLER VE KABAHATLER :

Suçların kabahat - cürüm diye ikiye taksiminin mühim neticelerinden biri de bu bentte işaret edilmiştir. Evvelce kabahatten mahkûmiyet sonradan cürüm işle-yenin, evvelce cürümden mahkûmiyet sonradan kabahat işleyenin mükerrir sayıl-masını mucip olmaz. Bu bent hükmünün serahatına dayanılarak, (*hırsızlıktan suçlu olanın, sarhoşlıktan dolayı verilmiş bulunan evvelki mahkûmiyetinin tekerrüre esas olamayacağına*) (112) karar verilmiştir.

Kabahatlerin cürümlere, cürümlerin kabahatlere, tekerrür bakımından, esas olamayacağı kaidesi kabahatlerin kendi aralarında tekerrüre esas teşkil etmelerine mani değildir. 81 inci maddedeki suç tabiri kabahatlerde tekerrürü de ihtiva etmektedir (113). Fakat kabahatlerin mukayyet tekerrür teşkil edip edemeyecekleri hususu tereddüdü mucip olmaktadır. (bk. m. 86 IV).

(108) Adliye Nezareti, Ceza Kanunu lâyihası, Matbaai Amire 1325, İstanbul, m. 83.

(109) Komisyonun gayri matbu zabıtları, 30-31 ağustos 1341 tarihli celse, s. 82.

(110) T. B. M. M. Kavanin Mec. C. 4, ikinci bası, s. 386; Adalet Bakanlığı, T. C. K. s. 130, n. 42.

(111) Bu kanun 20/6/1933 tarih ve 2432 sayılı Resmî Gazete'de neşredilmiştir. Kanun bu maddeye ait gereşesi için bk. Zabıt Cer. 1933, C. 16, ilâve n. 262, s. 5; Adalet Bakan-lığı T. C. K. s. 18; Köseoğlu, s. 13.

(112) T. M. 2. C. D. 4/5/1937, karar 6668.

(113) Bu hususta Manzini, s. 465. IV.

Kabahatlerin cürümler için tekerrüre esas olamayacağı kaidesi kabahat ve cürüm cezalarının içtimai halinde de caridir. Evvelce bir kabahattan mahkûm olmuş bir kimsenin sonradan işlediği bir kabahat ve cürmün içtimai (m. 73) sonunda verilecek cürüm cezasının evvelki kabahata istinad edilerek tekerrürden dolayı arttırılması doğru değildir. Sonradan işlenilmiş kabahatın cezasını tekerrürden dolayı arttırdıktan sonra cürümle içtima ettirilmesi yerinde olur.

IV — TAKSİRLİ CÜRÜMLER :

Bu bente taksirli cürümlerin kasdı cürümlere, kasdı cürümlerin taksirli olanlara tekerrür bakımından esas teşkil edemeyeceği bildirilmektedir. Fakat hiç şüphesiz taksirli suçlar kendi aralarında tekerrüre esas teşkil edeceklerdir. Çünkü işlenen kasdı bir suçun cezasını, evvelce işlenilmiş taksirli bir suçdan dolayı arttırmaya mantıkan imkân yoksa da, tedbirsizlik, dikkatsizlik emir ve nizamlara reayetsizlik ve tecrübesizlikte ısrar edenin cezasını arttırmamak için hiç bir sebep yoktur (114).

Bu bent hükmü her ne kadar taksiri tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek veya sanatta acemilik, emirlere, nizamlara reayetsizlik mefhumları ile ifade ediyorsa da taksirli suç mahiyetinde olan bütün suçların bu bent hükmüne ithali lâzımdır. Bu sebeple taksirli iflâs (m. 507) bilâhira işlenecek hiyleli iflas (m. 506) a tekerrür bakımından esas teşkil edemez. Bu karışıklık taksirli suçları, tecrübesizlik, emirlere, nizamlara reayetsizlik, acemilik tedbirsizlik mefhumları ile birlikte ele alması meyhaz kanununun sistemine bu maddede reayet edilmemiş olmasından ileri gelmektedir.

Taksirli suçların kasıtlı suçlara, kasıtlı suçların taksirli suçlara tekerrür esas teşkil etmemesi umumiyetle kabul edilen bir kaide olmakla beraber bu kaidenin mutlak oluşu bazı tenkitleri mucip olmaktadır (115).

V — SİRF ASKERİ CÜRÜMLER :

Bu bent (*sırf askerî cürümler*) hakkındaki mahkûmiyetin, tekerrüre esas olmayacağını bildirmektedir:

A - (*Sırf askerî cürüm*) tabiri yerinde değildir. Bu tabiri (*sırf askerî suç*) şeklinde anlamak icap eder. Meyhaz kanundaki tabir (*sırf askerî suç*) dur. Askerî Ceza Kanunu (m. 1, bent 1,2) sırf askerî suçları kabahat - Cürüm taksimine tabi tutmuştur. Eğer sırf askerî cürüm tabirini mutlak manasında alırsak, sırf askerî bir kabahatın, umumi ceza kanunda yazılı bir kabahatın işlenmesi halinde, tekerrüre esas tutulması icap edecektir.

B - Sırf askerî suçlar, münhasıran askerî hizmeti ilgilendiren bu sebeple yalnız askerî menfaatleri ihlal eden fiillerdir (116). Askerî hizmet Askerî Ceza Kanununun 12 nci maddesinde gösterilmiştir.

Askerî Ceza Kanununda yazılı her suç sırf askerî suç değildir. Bu sebeple evvelce askerî mahkeme tarafından resmi evrakta sahtekârlık suçundan mahkûm olan kimsenin sonradan işlediği emniyeti suistimal suçu dolayısı ile tekerrür hükümlerinin tatbik olunacağı na karar verilmiştir (116). Askerî ve umumi ceza kanunlarında yazılı bulunan ve Askerî Ceza Kanununa askerî şahıslar (bu tabir hak-

(114) Bu hususta Garraud, s. 248, n. 1011.

(115) Florian, s. 260, n. 569.

(116) Aynı mahiyette, Manzini, s. 464. III; İtalyan temyiz kararı Barbero m. 80. n. 2

kında bk. Askerî CK. m. 3,4) tarafından işlendikleri zaman daha ağır ceza tertibi veya askerî kazanın vazife ve sahanın genişletmek maksadı ile ithal edilmiş suçlara (*sırf askerî suç*) gözü ile bakılamaz (117). Bu sebeple askerî hizmet eşnasında rüşvet alan kimsenin askerlikle ilişkisi kesildikten sonra da, askerî kazaya tabi olmakta devam edeceği yolundaki yorum (118) umumi ve askerî (m. 135) ceza kanunlarında yazılı rüşvet suçunu (*sırf askerî suç*) meyanına ithal etmemiştir.

Sırf askerî suçların, ancak askerlik sıfatını haiz kimseler tarafından işlenmesi mümkün olan suçlar olduğu yolunda diğer bir kıstasda ileri sürülmüştür (119).

C - Sırf askerî suçlara şu fiiller misal getirilebilir. Firar (Askerî C. K. 66), kendini veya başkasını askerliğe yaramayacak hale getirmek (Askerî C. K. M. 79, 80), üste hürmetsizlik (Askerî C. K. M. 82).

Ç - Kanun sırf askerî suçların umumi suçlara nazaran tekerrüre esas teşkil edemeyeceğini bildirmektedir. Fakat bu kaidenin diğer cephesinde bu kayıta mün-demiktir. Bu sebeple umumi suçlardan mahkûmiyetin, sırf askerî suçlara mahkûmiyet halinde, tekerrüre esas ittihaz edilmemesi lâzımdır. Bu hususta askerî cürümlerde tekerrür hükümleri ihtiva eden Askerî Ceza Kanununun 42 nci maddesi ile Türk Ceza Kanununun 87 nci maddesinin 3 üncü bendi hükümlerinin birlikte tetkikinden daha iyi anlaşılacaktır.

D - Kanun sırf askerî suçların umumi suçlar bakımından tekerrüre esas olamayacağını zikretmekte ve fakat siyasi suçlar hakkında veya hiç olmazsa sırf siyasi suçlar hakkında böyle bir hükmü ihtiva etmemektedir. Bu sebeple tekerrür hükümlerinin tatbiki bakımından siyasi - adi suç taksiminin ehemmiyeti yoktur. Dahili hukuk bakımından bunun böyle oluşu doğru ve yerindedir (120).

Diğer taraftan siyasi suçların adi suçlar bakımından, tekerrüre esas teşkil edemeyeceğini kabul etmek 86 nci maddenin 1 numaralı bendi hükmü ile taarruz teşkil eder veya bu hükmü geniş mikyasta zaafa düşürür (121).

VI _ YABANCI MAHKEME KARARLARI :

Kanun tekerrür hükümlerinin tatbikinde, esas itibariyle yabancı mahkemelerin hükümlerine değer vermemektedir. Bu hal şüphesiz mey haz kanunun eskiliğinden gelmektedir. Mey haz kanuna yabancı mahkeme kararlarına karşı kıymet atfetmemesi tazammun eden bu hükmün ithali, bazı memleketlerde tekerrürün isbatının müşkül ve hatta imkânsız olduğu, ve bu halin suçlular arasında müsavatsızlığa meydan vrebileceği, muhtelif memleketler ceza kanunları arasında suç ve ceza bakımından bir miqyas tesis edilmemiş olduğu düşüncesidir (122).

(117) Aynı mahiyette Majno, s. 463, n. 476.

(118) Askerî Ceza Kanununun 135 inci maddesinin yorumu, 25/4/949, n. 243, Resmî Gaz. 3 mayıs 1945: (Askerî hizmet eşnasında, askerî kişiler tarafından işlenen rüşvet suçu 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 135 inci maddesi ile cezalandırılmış olduğuna ve cezanın Türk Ceza Kanununa atıf suretiyle tâyin edilmiş olması suçun mahiyetini değiştirmeyeceğine göre adı geçen kanunun 135 inci maddesinde yazılı rüşvet suçu Askerî Muhakeme Usulü Kanununun 6 nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamı dışındadır).

(119) Majno, s. 463, n. 476.

(120) Aksi mütalâa, Garraud, s. 249, n. 1011.

(121) Bu hususta Manzini, s. 464. III.

(122) Bu hususta Majno, s. 464, n. 477.

Halen ceza hukukunda yabancı mahkemelerden verilen hükümlerin tanınması yolunda kuvvetli bir cereyan kendini göstermektedir.

Kanun, yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyet hükümlerini esas itibarile, tekerrür bakımından nazara almıyorsa da 2275 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonunda bu kaideye bazı istisnalar vazedilmiştir. Bu istisnalar kalpazanlık suçlarının 87 inci maddenin 4 üncü bendinde yazılı şekulleridir. Kanunumuza bu istisnaları koılması yani maddede sayılan suçlar dolayısı ile yabancı memleket mahkemelerinden verilen mahkûmiyet kararlarının tekerrüre esas tutulması, Türkiye'nin de iltihak ettiği Milletlerarası bir anlaşmanın neticesidir (123).

Madde 88 — I) Tekerrür hükümlerinin tatbikında diğer bir cezadan kalbolunmuş olan ceza asıl ceza addolunur II).

I ... MADDENİN TARİHÇESİ :

A - Madde 1889 tarihli İtalyan Kanunundan alınmamıştır.

B - Madde tadil görmemiştir.

II ... Ceza Kanununun muhtelif hükümlerinin tatbiki neticesinde bir cezanın diğer bir cezaya çevrilmesi mümkündür. Madde bu gibi hallerde tekerrür hükümlerinin tatbikında (*diğer bir cezadan kalbolunmuş olan ceza*) nin asıl ceza sayılacağını bildirmektedir.

Bu hüküm meyhaz kanunda yoktur ve kanunumuza maddelerin irsicamı düşünülmeksizin konulmuştur. Mahzurlu ve zait bir hükümdür:

A - Bir cezanın diğer bir cezaya çevrilmesi bilhassa hususi afa olunur. Hususi af cezaı azaltmış veya değiştirmiş ise, yeni cezaya göre tekerrür hükümlerini tatbik etmek mümkündür. Bu hal, neticesini bilhassa tekerrür müddeti bakımından gösterir. Meselâ hususi afa beş seneden fazla bir cezaı beş seneden aşağı indirmiş ise bu hal tekerrür müddetini de on seneden beş seneye indirecektir (m. 81, .1). Fakat hususi af cezaı tamamen kaldırmış ise tekerrür müddetini hesap etmeğe imkân yoktur. Hususi af mahkûmiyeti kaldırmadığına göre, cezası hususi af ile kaldırılmış mahkûmiyetin tekerrüre esas olacağı aşikârdır. Halbuki kanun muvakkat tekerrür sistemini kabul etmiş olduğundan, tekerrür müddetini tayin etmek zarureti vardır. Görülüyorki tekerrür hükümlerinin tatbikatında (*diğer bir cezadan kalbolunmuş ceza*) nin asıl ceza sayılması mahzurlu ve tatbiki imkânsızdır.

E - Bu hükmün bir faide de temin etmediği aşikârdır:

a - Ceza Kanununun 59 uncu maddesinde bir cezanın diğer bir cezaya çevrilmesi hali mevzuubahistir. Fakat bu maddeye müsteniden verilen ceza (*diğer bir cezadan kalbolunmuş ceza*) değil, hükmolunmuş cezadır ve tekerrür hükümlerinin tatbikatında hükmolunmuş cezanın nazara alınacağı bedihidir. 88 inci maddedeki sarahata lüzum yoktur.

b - Para cezasına mahkûmiyet halinde, ödenmiyen para cezası yerine kalın olan hürriyeti bağliııcı ceza (m. 19,24) para cezasından (*kalbolunmuş ceza*) değil para cezasının ödenmemesi halinde tatbik edilen hususi bir infaz şeklidir, diğer bir tabirle (para cezasınının hapse tahvili bunların tahsilini temine matuf kanuni bir tedbirden ibarettir) (124).

(123) 20 nisan 1929 , Cenevre anlaşması, bilhassa m. 6.

(124) Adalet Bakanlığı, Ceza İşleri tebliği, 22/2/1939, Tamimler Mec. 1939 - 1940, s. 19.