

CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU

Muhakemenin İadesinin Caiz Olmadığı Hal

(CMUK. nun 311 inci maddesi)

Temyiz Mahkemesi
4. Ceza Dairesi
Esas : 8528
Karar : 7658
Tarih : 25.7.1958

Tecavüzkâr mahiyette sarhoş olmak ve (S) yi on beş gün işinden kalacak derecede bıçakla yaralamaktan maznun ve mevkuf (M. D)nin yapılan duruşma sonunda T.C.K. nun 456/2, 457/1, 572/, 51/, 71 inci maddeleri gereğince iki sene hapis ve iki ay hafif hapis cezaları ile mahkumiyetine dair verilip temyizen tasdik olunarak kesinleşen 28.1.1958 günlü hüküm aleyhine maznun tarafından vaki iadeyi muhakeme talebinin C.M.U.K. nun 331 inci maddesi uyarınca reddini mutazammın Tosya Asliye Ceza Hâkimliğinden verilen 24.4.1958 tarihli kararın temyizen tetkiki maznun tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dava evreki bozma ve tahliye isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle müstacel bulunmasına mebni C.M.U.K. nun 423 ncü maddesine tevfikân tatilde teşekkül eden nöbetçi heyeti tarafından okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı müzakere olundu.

Adli tıp işleri meclisince tanzim kılınmış olan ve yeni delil mahiyetinde bulunan 24.3.1958 tarihli rapor münderacıtına ve Usulun 327 nci maddesinin beşince bendi sarahatına göre maznun hakkında daha hafif cezayı muhtevi bulunan 456 ncı maddenin birinci bendi uygulanması lâzım gelirken hadisede tatbik kabiliyeti bulunmayan Usulun 331 nci maddesine istinaden yazılı şekilde karar ittihazi,

Yolsuz bulunduğundan Tosya Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 24.4.1958 günlü hükmün mezkûr sebeple bozulmasına, depo parasının iadesine, on lira bozma harcının ileride haksız çıkacaktan alınmasına, bozma sebebiyle ve maznunun tevkif tarihine nazaran tahliyesine ve mahkûmiyeti bulunmadığı takdirde derhal salıverilmesinin temini zımında C. Başmüddeiumumiliğine müzekkere yazılmasına ittifakla karar verildi¹.

1) *Çağlayan, M*: Ceza Muhakemeleri Usulu Kanunu, sahfa 698

Muhakemenin iadesi talebi bakımından kanunumuzun kabul etmiş olduğu diğer bir tahdit de, 331 inci maddede gösterilmiş bulunmaktadır². Buna göre, kanunun aynı maddesinde münderiç hudut içinde olmak üzere cezanın tadili maksadiyle muhakemenin iadesi caiz olamayacaktır. Kanunumuzun vazettiği bu kaide, me haz kanununun 363 (403) maddesinden alınmıştır. Bilhassa işaret edelim ki, bu maddemizin tercümesini yapan İstanbul Komisyonu me haz maddeyi hatalı bir şekilde tercüme etmiş ve bu hatalı tercüme kanun metnine de girmiştir: şöyleki, me haz kanununun 363 (403) üncü maddesine göre aynı kanunda münderiç cezanın aşağı ve yukarı hadleri arasında kalınacaksa, cezanın tadili gayesi ile yapılan iadei muhakeme kabul olunmaz. Görüleceği üzere, tercüme, «aynı kanunda münderiç cezanın aşağı ve yukarı hadleri arasında kalınacaksa, cezanın tadili gayesi» şeklindeki ifade tarzını hatalı olarak «aynı maddeî kanuniyede münderiç hudut dahilinde»³ şeklinde yapılmış, maddenin müzakeresi sırasında herhangi bir fikir ve kanaat ileri sürülmeksizin me haz madde aynen tercüme edilmek istenmiş ve neticede madde bu sefer «Kanunun aynı maddesinde münderiç hudut dahilinde olmak üzere..» şekline çevrilmiş ve nihayi metinde de bu ifade tarzı kabul edilmiştir⁴. Me haz kanun ile kanunumuzun ifade tarzları arasındaki fark, istenmemiş olsa dahi, çok barizdir. Burada tetkikimize esas olarak almış bulunduğumuz me haz kanununun 1877 ve 1924 tarihli Alman Ceza Muhakemeleri Usulü kanunudur. Me haz madde 24.11.1963 tarihinde tadil edilmiş ve maddeye, Emniyet ve Islah tedbirlerinin dahi aynı gaye ile tadilinin mümkün olmadığı ilave edildikten başka, maddeye ithal olunan 2 ci fıkrada ise kısmî akıl hastalığı iddiası ile de muhakemenin iadesinin caiz olamayacağı hususu tesbit edilmiştir. Bugünkü me haz metin ise, Emniyet ve Islah tedbirlerine ait olan hükmü kaldırmış, ikinci fıkrayı teşkil eden kısmî akıl hastalığına tekabül eyleyen hükmü ipka etmiştir.

Bu maddenin tatbikini yapmış bulunan Yüksek Mahkememiz çeşitli kararlar vermiş bulunmaktadır. Bir tip kararlarında, 331 inci maddeyi lafzına uygun olarak tatbik etmiş ve

2) Biz Muhakemenin iadesine konulan diğer tahditler olarak, CMUK muzun 327 inci maddesinin 5 numarasının ikinci cümlesini ve 332 ci maddede sevk edilmiş bulunan hükümler kabul etmekteyiz.

3) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Hazırlık Çalışmaları, İstanbul 1953/298.

4) Hazırlık Çalışmaları, 483.

aynı madde içinde kalınmak gayesine matuf muhakemenin iadesi talebini kabul etmemiştir⁵. Diğer tip kararında ise, Yüksek mahkeme fikir değiştirmiş ve aynı maddenin müstakil mahiyet arzeden fıkralarından birisi yerine diğerinin tatbiki gayesi ile muhakemenin iadesinin caiz olacağına, kanunun aynı maddesinde münderiç hudut tabirini müstakil fıkralara teşmil edilemeyeceğine karar vermiştir⁶.

331 inci maddenin tatbik şumulü ve kanaatımız

Derhal beyan edelim ki Temyiz mahkememizin 4. CD. sinin vermiş bulunduğu yukarıya naklettiğimiz kararın 331 inci maddenin ruhuna ve mehzadaki şekline tamamen uygun bulunduğunu kabul etmekteyiz. Gerçekten, mehz kanunun ilgili maddesini dilimize çevirmek isteyen komisyonun kanaatı, mehz maddeyi aynen tercüme olduğunu zannediyoruz. Diğer bazı maddelerde olduğu gibi, mehzdan ayrılmak istediği zaman bunun müzakeresini yapmakta ve ayrılış sebebini de göstermektedir. Bu madde hakkında böyle bir müzakere olmaması sebebiyle, maddenin mehz kanuna uygun bir şekilde tercüme edilmek istendiğini kabul etmek gerekir. Hal böyle olunca 331 inci maddemizin mehzdaki tatbikatı ve Alman müelliflerinin bu maddeyi anlayış şekilleri, bizim de bu maddeye vermek mecburiyetinde olduğumuz manaya ışık tutacaktır. Mehz kanunu tetkik edenler, «aynı kanunda münderiç cezanın...» şeklindeki ifade tarzını müstakil hüküm ifade eden ve unsurları haiz olan hükümler olarak kabul etmektedirler. Müstakil hüküm ifade eden suç tipleri aynı madde içinde bulunabileceği gibi, müstakil maddeler içinde dahi bulunabilirler⁷. Kanun vazı kanun tekniği ve ekonomisi mülahazası ile müstakil mahiyet arzeden veya müstakil unsurları haiz olan suçları

5) T.C. kanununun 456/4 maddesine göre verilen ve kesinleşen kararlardan sonra davacının almış olduğu 20 günlük işten kalma rapora istinaden C. savcısının talebi üzerine iadeyi muhakeme suretiyle 456/2 inci maddeyle verilen mahkûmiyet kararı usulün 331 inci maddesi metnine muhaliftir. T.M. 2. CD. 23.5.1939. Esas 1561 Karar 6883 - Perinçek - Tüzün, 342

6) Yukarıda dercetmiş olduğumuz karar, Yüksek Mahkememizin bu görüşünü aksettirmektedir.

7) *KMR*, 578.; *Kohlrausch*, 30/314.; *Schwarz*, 16/448.; *Löwe - Rosenberg*, 20/888. Bu ve bundan sonraki dip notlarında yalnız müellif isimleri gösterilecektir. Bu müelliflerin bahis konusu kitapları veya makaleleri için, yukarıdaki «Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Yeni Vakıa ve Deliller Sebebiyle Muhakemenin İadesi» isimli makalemize bakılmalıdır.

aynı madde içinde tesbit etmiş olabilir. Bu şekli bir kanun taknini CMUK nun 331 inci maddesinin tatbikine mani olmamalıdır⁸. Muayyen bir suç tipinin ağırlatıcı veya hafifletici unsurlarını ihtiva eden suç tip dahi, kanunumuzun anladığı manada kanunun aynı maddesi olarak telakki edilemez⁹. Ancak, mahkeme takdiri hafifletici sebep tatbik etmeden hükmünü tesis etmiş ise, takdiri hafifletici sebeplerin de tatbik edilmesi gayesi ile yapılan muhakemenni iadesi talebi 331 inci maddeye göre kabul edilmeyecektir. Zira bu kaideler ceza tayinine taaluk etmektedirler¹⁰. Tahfif sebebi takdiri olmayıpta kanunî ise, bu halde 331 inci madde muhakemenin iadesine mani olmayacağı bazı muelliflerce ileri sürülür: zira, kanuni tahfif sebebinin tatbik edildiği hallerde cezanın nevi dahi değişebilmektedir¹¹. Bu hususta bizim kanaatımız şudurki, hukukumuz bakımından kanunî tahfif sebebi olan 51 inci maddenin tatbiki gayesi ile muhakemenin iadesi hukukî çaresine CMUK nun 331 inci maddenin mevcudiyeti sebebiyle gidilemeyecektir. Çünkü, Ceza Kanununun 51 inci maddesinde gösterilen hallerin kabulü hâkimin takdirine taalluk ettiği gibi, Alman Ceza kanununun 213 üncü maddesinin aksine olarak Ceza kanunumuzun 51 inci maddesinin tatbiki kaide olarak ceza nevini değiştirmez.

Tekerrürün kabulü veya ademi kabulünün muhakemenin iadesi bakımından 331 inci maddenin tatbik olunması gerekip gerekmeceği hali bir problem olabilir. Beyan edelim ki, Alman müelliflerce tekerrürün cezalandırmaya tesir eden ve ağırlatan bir müessesesi kanun tarafından da sarahaten derpiş edilmiş olması dolaysıyla, bir ceza tayini müessesesi olmamakta ve bu sebeple de muhakemenin iadesine mani bir hal bulunmadığı kabul edilmektedir¹². Aksi fikirde olan Alman Eyalet Yüksek Mahkemeleri de vardır¹³. Suçun tamamlanmış değilse, teşebbüs derecesinde kalmış olduğu iddia olunmakta, muhakemenin iadesi talebi kabul olunmalı ve 331 inci madde bu halde dahi tatbik edilmemelidir; zira, aynı kanunun aksi olarak

8) *Löwe-Rosenberg*, 19/985.

9) *Hentig*, 102 ve müt.

10) *Hentig*, 103.

11) *Hentig*, 103.; *KMR*, 578.

12) *Fischer*, 47.; *Hentig*, 103.; *Löwe-Rosenberg*, 19/985.; *Meumann*, 76.; Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi kararı 2. CD. 25.6.1928, bu karar için bakınız: *JW*. 58/264.

13) Hamburg Eyalet Yüksek Mahkemesi 9.8.1932 tarihinde bu şekilde içtihat etmişti. Bu kararın tenkidi için bakınız: *Neumann*, *JW*. 62/488.

kabul edilmesi gereken başka kanun mutlâk surette müstakil olarak bir suç tipi yaratmış olması icap etmez, failin cezalandırılmasına tesir eden bunu ağırlatan veya hafifleten haller başka kanun olarak kabul edilmelidir. Teşebbüs halinin kabulü cezayı hafifletici tesir icra edeceği açıktır¹⁴. Akli hastalığı sebebiyle Ceza Kaununun 46 ve 47 ci maddelerinin tatbiki gayesi ile muhakemenin iadesi hukukî çaresine gidilebilmelidir. Birden fazla fiil sebebiyle tatbik edilmiş bulunan hakiki içtima kadeleri yerine fikri içtima kaidesinin tatbiki gayesi ile yapılan muhakemenin iadesi talebi de 331 inci maddenin şumulü dışındadır¹⁵ Mürekkep veya muhtelit suç şekillerinde, suç birden fazla olmakla beraber bu suçları meydana getiren unsur suçlardan birisinin kabulü için yapılan muhakemenin iadesi talebine 331 inci madde manidir; zira bu suç tiplerinde birbiri içinde eriyen ve kaynaşan suçlar hükümde açıkca tasrih edilmiş değildir¹⁶. Müteselsil suç bakımından, teselsüle dahil olan suçların berteraf edilmesi ve tek suç sebebi ile ceza tertip edilmesi talebi Alman mahkemeleri tarafından 331 inci madde sebebi ile kabul dilmemiş ve doktrin dahi bu fikri benimsemiştir¹⁷. CMUK nun 331 inci maddesinin muhalefetine rağmen hata ile muhakemenin iadesi talebi mahkemece kabul edilmiş ve yeniden duruşma yapılmasına karar vermiş ise, bu halde CMUK nun 150, 237/2, 254 ve 257 ci maddeleri tatmamen tatbik sahası bulurlar. Yalnız, CMUK nun 341 inci maddesinin 2 inci fıkrasında yazılı olan reformatio in peius kaidesi yegane tahdidi ihtiva etmektedir¹⁸.

Şu noktaya temas edelim ki, CMUK muzun 331 inci maddesi hükmü leh (md. 327) ve aleyhte (md. 330) talep olunan muhakemenin iadesi hallerinde her ikisi için tabik edilir¹⁹.

14) *Hentig*, 103.; Darmstadt Eyalet Yüksek Mahkemesi 18.1.1911 tarihinde vermiş bulunduğu bir karar ile teşebbüsü cezaya tesir eden bir müessese olarak belirtmiş ve tamamlanmış suça nisbetle başka kanun olduğunu kabul etmiştir.

15) *Hentig*, 104.; Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesinin 25.5.1929 tarihli kararı. Bu karar için bakınız: JW. 59/3422.

16) *Fischer*, 47.; *Neumann*, 77.; Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesinin 25. Mayıs 1929 tarihli kararı. Bu karar için bakınız: JW. 59/3422.

17) Köln ve Karlsruhe mahkemelerinin kararları için bakınız: *Fischer*, 47.; *Neumann*, 75.

18) *KMR*, 579.

19) *Schwarz*, 16/449.; *Kohlrausch*, 30 314.

Netice olarak şu hususu belirtebiliriz ki, Yüksek Mahkememizin 4. Ceza Dairesinin verdiği ve yukarıya nakletmiş bulunduğumuz kararını, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 331 inci maddesinin gerek sevk sebebine gerek müessesenin ifa eylediği fonksiyona tamamen uygun telakki etmekteyiz.

Muhakemenin İadesi Talebinde Bulunulacak Mahkeme

(CMUK. nun 335 inci maddesi)

Temyiz Mahkemesi

3. Ceza Dairesi

Esas : 59

Karar : 11021

Tarih : 29.11.1950

Kaçakçılıktan sanık (B. A) in mahkûmiyetine dair Bilecik Asliye Ceza Yargıçlığınca verilip Yargıtayca onanmak suretiyle kesinleşen hüküm hakkında hükümlü tarafından mahkemenin iadesi talebinde bulunmakla aynı Yargıçlıkça inceleme yapılarak muhakemenin iadesi talebi yerinde görülmediğinden reddine dair verilen 25/7/949 günlü karar aleyhine hükümlü (B. A) tarafından vuku bulan itirazın Bilecik Ağır Ceza Mahkemesince incelenmesi sonunda suçun işlendiği Gölpazarı İlçesinde ahiren Asliye Mahkemesi teşkilatı kurulmuş olup karar vermek adı geçen yargıçlığa ait bulunduğundan Bilecik Asliye Ceza Yargıçlığının mezkûr 25/7/949 günlü kararının kaldırılarak bu hususta bir karar verilmek üzere dosyanın Gölpazarı Asliye Ceza Yargıçlığına gönderilmesi için C. Savcılığına iadesine dair ittihaz olunan 7/10/949 tarihli kararı havi evrak Yüksek Adalet Bakanlığının 30/12/949 gün ve 1609/2700 sayılı yazılı emrine müsteniden C. Baş Savcılığının 5/1/950 gün ve 950/57 sayılı tebliğnamesiyle daireye verilmekle okundu:

Yazılı emre dayanan tebliğname münderecatı Usul Kanununun 335 inci maddesi hükmüne göre muhakemenin iadesi talebi hakkında hükmü veren mahkemece karar verileceğine ve sanık hakkındaki mahkûmiyet kararının da Bilecik Asliye Ceza Yargıçlığınca ittihaz edilmiş bulunmasına nazaran Bilecik Ağır Ceza Mahkemesince bu cihet nazarı itibara alınmadan yazılı olduğu üzere karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

C.M.U.K. nun 343 ncü maddesi uyarınca sözü edilen kararın bozulması lüzumuna dair olduğu görülmekle, gereği düşünülüp görüşüldü:

Yazılı emre atfen tebliğnamede bozulması istenilen ve iadei muhakeme talebi üzerine verilen kararın itirazın tetkikine mütedair bulunan Bilecik Ağır Ceza Mahkemesinin 7/10/949 tarihli kararının taallük ettiği suç mahiyeti ve ikai tarihi itibariyle 5677 sayılı Af kanununun 1 inci maddesi şumulüne dahil ve affa tabi bulunmuş olduğundan Temyiz tetkikatı icrasına mahal olmadığına 29/11950 gününde oy birliğiyle karar verildi¹.

1) *Alicanoğlu M. Tarihçeli - İzahlı - Notlu C.M.U.K. Sayfa 376*

Mahkumiyet hükmü, adlî bir muamele sebebiyle mahkemece tesis edildiği için, kesinleşmiş bulunan mahkûmiyet hükmünün de iadei muhakeme yolu ile tekrar görülmesi, yine adli bir yol ile olacaktır. Muhakemenin iadesini isteyebilmek için kanun bazı tahdidi şartlar tesis etmiş olduğu gibi, kanunlar bu tahdidi kıstası muhakemenin iadesi talebinin yapılacağı mahkeme veya merci bakımından da vazetmişlerdir.

Muhakemenin iadesi talebinin hangi mercie yapılması gerektiği esas itibariyle iki sistem içinde mütalâa olunabilir. *Romanist* ve *Fransız hukuku* sistemine göre talep hükmü veren mahkemedен başka bir mercie yapılmaktadır. Bu merci ekseri Eyalet Yüksek mahkemesi veya Temyiz mahkemesidir. Buna karşı diğer ve *Cermen sistemi* şeklinde isimlendirilen tatbikata göre talep, hükmü veren mahkemeye yapılmaktadır.

SİSTEMLER

Netice itibariyle, talebin yapılacağı ve talep üzerine verilecek olan karar ya hükmü veren veya başka bir merci tarafından tesis edilmekte isede, aslî olan bu iki sistem çeşitli şekillerde talî sistemler meydana getirmektedir.

A — Bir sisteme göre talep müddaiumumiliklere yapılır. 1954 tarihli Macar CMUK nun 216 ve müteakip maddeleri bu sistemi tanzim ve kabul eylemiştir. İadei muhakeme talebi ilk derece mahkemesi nezdinde bulunan müddeiumumiye yapılır. Talepte iadei muhakemeyi haklı gösteren delil veya vakıalar da gösterilir. Müddeiumumilik, gerek re'sen gerek talep üzerine iadei muhakeme hukukî caresine başvurursa, bunu haklı gösteren delilleri veya vakıaları tesbit eder. Yapılan tetkikat neticesinde iadei muhakemeyi gerektiren sebepler bulunmadığı takdirde müddeiumumilik talebi *reddeder*. Aksi halde esbabı mucibeyi de havi olan kabul talebini başmüddeiumumilik kanalı ile yüksek mahkemeye sevk eder. İadei muhakemenin kabul veya reddi hususunda karar, yüksek mahkeme tarafından, gizli olarak aktediği bir duruşmada karar altına alınır.

B — Diğer bir sistemde talep, doğrudan doğruya Yüksek mahkemeye yapılmaktadır. 1897 tarihli Bulgar CMUK nun 587 ci maddesi bu sistem içinde mütalâa olunabilir. Filhakika, iadei muhakeme talebi Yüksek mahkemenin ilgili Ceza dairesine yapılır. Talepte, muhakemenin iadesini gerektiren hususların gösterilmesi de gerekir. Yüksek mahkeme muhakemenin iadesi gerektiğine kani olur.

sa, eski hükmü kaldırır ve yeniden duruşma icrası için işi hükmü veren mahkemeye sevk eder.

Kanaatımızca 1913 tarihli İtalyan CMUK da, arzettiği bazı farklar nazara alınmazsa, bu sistem içinde mütalaâ olunabilir. Mezkur kanunun 540 ıncı madesine göre muhakemenin iadesi talebi, yüksek mahkemeye yapılır ve bu mahkemece kabul veya reddedilir. Buraya kadar bu sistem içinde tetkik edilen hükümler bundan sonra değişiklik arzetmekte ve muhakemenin iadesi kabul edilirse, *iş hükmü veren mahkemeye değil*, başka bir mahkemeye gönderilir.

C — Başka bir sisteme göre muhakemenin iadesi talebi hükmü veren mahkemeye yapılır. Ancak, muhakemenin iadesi veya reddi hususundaki karar bu mahkemece verilmez. Talep vaki olduktan sonra bu mahkemece dosya müddeiumumiliğe havale edilir ve müddeiumumilik mütâlasını da dercettikten sonra karar verilmek üzere işi yüksek mahkemeye sevk eder. Yüksek mahkeme, üyesi bulunan bir hâkimi işin tetkiki ile vazifelendirir ve bunun vereceği rapor üzerine işi tetkik ettikten sonra ya iadei muhakeme talebini kabul veya reddeder. Muhakemenin iadesi talebi kabul edildiği takdirde iş hükmü veren mahkemeye gönderilmeyip, aynı derecede başka bir mahkemeye havale edilir. İzah ettiğimiz bu sistem 1890 tarihli Japon CMUK nun 304 ve müteakip maddelerinde kabul edilmiştir.

D — Nihayet diğer bir sisteme göre, muhakemenin iadesi hükmü veren mahkemeye yapılır, red veya kabul hususundaki karar da bu mahkemece verilir. Diğer bazı kanunlar (ezcümle Basel CMUK md. 289) ve mehzaz kanun gibi kanunumuzda bu sistem içinde mütalaâ olunabilir.

Iadei Muhakeme talebinin yapılması gereken mahkeme hakkında doktrindeki fikirler.

1 — *Talebin hükmü veren mahkemeye yapılması ve bu mahkemece karar verilmesi sisteminin lehinde ileri sürülen fikirler. (iudex a quo).*

Beyan edelim ki, bu sistemin, yani Cermen sisteminin lehinde ileri sürülen hususlar, diğer yani Romanist sistemin aleyhiindeki fikirler olacaktır.

a — Hükmü veren mahkeme ilk hükmünü tesis ederken davanın malzemesine ve safahatına en fazla vakıf olan mahkemedir².

2) *Anders*, 68.

Duruşmalar bu mahkemeye önünde cereyan etmiş, deliller bu mahkemeye ikame olunmuş ve yine bu mahkeme tarafından telakki edilmiştir. Bu sebeple yeni vakıa veya delil muvacehesinde ve bunların eskilere tesir edebilmesi ve derecesi hususunda en doğru hükmü yine bu mahkeme verebilecek, delillerin yenilik ve eskiliği hususu bu mahkemeye tefrik olunabilecektir³.

b — Bu sistemin lehinde ileri sürülen diğer bir fikir mehzaz kanunun esbabı mucibe layıhasında bulunmaktadır. Kanunumuzun sisteminin müdafası olması sebebiyle aynen naklediyoruz. «Tasarı iadesi muhakeme talebinin hükmü vermiş bulunan mahkemeye yapılmasını kabul etmiş bazı kanunlarca (Saksonya CMUK 494 a ve bazı şartlarla Württemberg CMUK 478 inci madesinde olduğu gibi) üst derece mahkemesine veya İmparatorluk Yüksek mahkemesine muhakemenin iadesi talebinin yapılacağı şekli benimsememiştir. Muhakemenin iadesi talebinin manası, mahkemenin yanlış bir hüküm verdiği veya ikame edilen delillerin unutulmuş bulunduğu şeklinde kabul edilmemekte, fakat yeni vakıa veya deliller muvacehesinde ve bunlar bilinmiş olsa idi mahkemenin ilk hükmü, muhakemenin iadesinin kabulünden sonra tesis edeceği hüküm şeklinde olacağı kabul edilmektedir.»^{3a}. Esbabı mucibe layıhasından anlaşıldığı vechile, kanunumuzun sisteminde yapılması mümkün tenkitler bu şekilde bir dereceye kadar bertaraf edilmek istenilmiştir⁴.

2 — Sistemin aleyhindeki fikirler.

Beyan eylediğimiz vechile, bu hususta ileri sürülen fikirler, talebin hükmü veren mahkemedен başka bir mahkemeye yapılması hususundaki sistemin lehindeki fikirleri teşkil etmektedir.

a — Hakimlerin hiç bir tesir altında kalmayan ve hata yapmayan kimseler olduklarını zannetmek çok yanlıştır. Onlar da verdikleri hükmün hatalı olduğunu gördükleri takdirde, cemiyetin çeşitli zümrelerinin çeşitli tesirleri altında kalırlar ve mümkün mer-tebe verdiği hükümde hata olduğunu kabul etmek istemezler⁵. Esasen hâkim, ilk hükmünü verirken o dava ile ilgili bütün hususları ve imkânları nazara aldığını ve tetkik ettiğine inanır⁶. Bu, insanlarda

3) Mayer, IV, 424; Hentig, 211 den naklen.

3 a) Hahn, Mat. I/266

4) Hentig, 209.

5) Hentig, 213.

6) Anders, 68.

mevcut psikolojik bir haldir. Gerçekten bu sebebin ne kadar doğru olduğunu, iadei muhakeme taleplerinin hükmü veren mahkeme tarafından red edilmesi üzerine itiraz mercilerinde kabul edilmesi göstermektedir ⁷.

b — Bir hükmü tesis eylemiş bulunan hâkim, o hükme ne şekilde olursa olsun taarruz edildiğinde işin tetkikinde bulunmamalıdır. Bu prensip Ceza Muhakemeleri usulü kanunumuzun esas prensibi olduğuna göre, hükmü veren hâkim iadei muhakeme talebi üzerine talebin kabulünü veya reddini tetkik edememelidir ⁸. Bir hâkim verdiği hükmü tetkikte hâkim olamaz ⁹.

c — CMUK muzun 214 üncü madesine göre mahkeme reisi dahi re'sen şahit ve bilirkişi celbine ve başkaca subut sebeplerinin toplanasına karar verebileceğine göre, yeni vakıa veya delillerin ileri sürülmesi halinde ilk hükmün tesisi sırasında delillerin toplanmasına müteveccih faaliyetlerinde ihmal gösterdiğini hiç bir hâkim kabul etmek istemeyecek ve dermeyan edilmiş bulunan yeni vakıa veya delillere bu vasfı vermekten çekinecektir ¹⁰.

d — Muhakemenin iadesinin hükmü vermiş bulunan mahkemeye yapılmasını hararetle müdafaa edenler, bu mahkemenin dosya münderecatına olan vukufunu ileri sürerek en doğru kararın yine bu mahkemece tesis edilebileceğine kanidirler. Ancak, bu fikrin müdafileri «*hâkim*» ile «*mahkeme*»yi birbirine karıştırmaktadırlar. Seneler sonra yeni vakıa veya deliller serdi suretiyle muhakemenin iadesi talebinde, hükmü veren mahkemeye yapan kimseye hükmü veren hâkimin yine orada olacağını kim temin edebilir? Demekki, talebin hükmü veren mahkemeye yapılmasını müdafaa edenler dahi, pratik olarak işi, davanın evveliyatını hiç bilmeyen hâkimin kararına iktiran ettirmiş oluyorlar ¹¹.

KANAATIMIZ

Muhakemenin iadesi talebinin hükmü veren mahkemeye yapılmasının bazı mahzurları olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak, bu

7) *Hentig*, 213.

8) *Anders*, 68. *Hentig*, 213.

9) *Hentig*, 213.

10) *Hentig*, 210

11) *Hentig*, 211

mahzurlar, talebin hükmü veren mahkemeden başkasına yapılması halinde de varittir. Kanunumuzun sistemi, muhakemenin iadesi talebinin reddi halinde talepte bulunana 340 ıncı maddeye göre acele itirazda bulunma hakkını tanımak suretiyle, bu sistemi bir emniyet sübabı olarak kabul etmiş bulunmakta, ve bu şekildeki tatbikatı ile hem muhakemenin iadesinin hükmü veren mahkemeye yapılması sistemini benimsemiş ve hemde, bu sistemin mahzurlarını giderici bir usul ittihaz ederek, talebin hükmü veren mahkemeden başkasına da yapılması sistemine, itiraz müessesesini kabul etmek suretiyle yer vermiş bulunmaktadır. 340 ıncı maddedeki acele itiraz muhakemenin iadesi usulü safhalarından ilk ikisi olan iade talebinin kabule şayan olmaması veya ikincisi bulunan iade talebinin esassız olması noktasından verilen red kararlarına karşı gidilmesi mümkün bir kanun yoludur. Ancak, itiraz merci gerek kanunumuz gerek mehzaz kanunun sistemi icabı, itirazı yerinde bulursa hükmü veren mahkemenin red kararını kaldırır ve mesele hakkında kendisi karar verir. İtiraz merciinin bu kararından sonra iş yine aynı mahkemeye gelmektedir. Halbuki bazı kanunlar, ezcümle Avusturya CMUK. bu noktaya kadar kanunumuzun sistemi gibi ise de itiraz üzerine iade talebinin reddi kararının kaldırılmasından sonra işi aynı mahkemeye göndermek mecburiyetinde bulunmamakta, başka bir mahkemede işin devam edilmesine karar verip o mahkemeye dosyayı sevkedebilmektedir (Avusturya CMUK. Md. 357/2). Beyan edelim ki, muhakemenin iadesini talep etmiş bulunan kimse hakkını koruma bakımından bir teminat olan acele itiraz müessesesi, yanında Avusturya CMUK da ikinci bir teminat müessesesine de mazhar olmuş bulunmakta, ifa eylediği bu mükemmel fonksiyon sebebiyle kanunumuz bakımından da tavsiyeye şayan bir mahiyet arz etmektedir.

TATBİKAT

CMUK umuzun 335 inci maddesi Muhakemenin iadesi talebiyle hükmüne itiraz olunan mahkeme bu talebin kabule şayan olup olmadığına karar verir demektedir. Talebin yapılacağı mahkeme kesin hüküm kuvvetini iktisap eden ve kendisine taaruz olunan hükmün esasını ve maddi vakıalarını tesbit etmiş bulunan mahkemeye yapılmalıdır. Hükmün hangi mahkemede kesin hüküm kuvvetini iktisap ettiği haizi ehemmiyet değildir ¹².

12) *Walter*, 40

Bu mahkeme fail hakkında muhakeme yapamayacak ve hüküm tesis edemeyecek durumda olsa dahi, iade talebi bu mahkemeye yapılacaktır¹³. İlk hüküm tesis olunurken mahkeme o fail hakkında davaya bakamasa ve bu husus da gözden kaçmış bulursa, muhakemenin iadesi bu halde dahi yine hükmü veren mahkemeye yapılmalıdır¹⁴. Fakat, talepten sonra diğer muameleler selâhiyetli mahkemeye aittir¹⁵. Mesele hakkında daha önce hüküm tesis etmiş bulunan mahkeme memleket¹⁶ içinde değilse, ve o memleket tabiyetinde olan şahıs memlekette ikamet etmekte ise iadei muhakeme talebinin nereye yapılması gerekeceği hususu bir problem olur. Bu hususta kanunda bir sarahat yoktur. Mevaz kanunu tatbik etmiş bulunan Alman Temyiz mahkemesi¹⁷ ve Federal Mahkeme¹⁸ işgal dolayısıyla hükmü veren mahkeme milli sınırlar dışında kalmış ve bu sebeple de iadei muhakeme talebinin bu mahkemeye yapılması mümkün olamamakta ise, talep mahkûmun ikametgahı mahkemesine yapılmalıdır. Bu dahi yoksa son sakin olduğu yer asliye mahkemesine yapılacağı kabul olunmuştur. Mahkemelerin vazifesini tayin eden kanun ve hükümlerde yapılan değişiklik neticesi ilk hükmü veren mahkeme davaya bakamayacak duruma girmişse, veya mahkemelerin teşkili hakkında istar olunan yeni kanun hükmü veren mahkemeyi lağvetmiş ise, iadei muhakeme talebinin hangi mahkemeye yapılması gerektiği hususu müşkülât arzedecektir. Kanaatımızca bu gibi hallerde kanun vazının dikkatli davranması suretiyle her iki meseleyi de halleden hükümleri tesbit etmesi gerekir.

İdari taksimatta yapılan değişiklik neticesi ilk hükmü tesis etmiş bulunan mahkemenin yer itibariyle selâhiyeti değişmiş ise, madde aynen tatbik olunmalı ve muhakemenin iadesi talebi yine hükmü veren mahkemeye yapılmalıdır.

Muhakemenin iadesi talebi hükmü veren mahkeme tarafından kabul edildikten sonra duruşmanın yenilenmesine de karar verilmiş ise, fiili irtibat dolayısıyla bu davanın da başka bir mahkemede görülmesi mümkündür. Ancak, bu halde duruşmanın yenilenmesi-

13) NJW. 1953/1445 i Schleswig Eyalet Yüksek Mahkemesi kararı

14) RG. 12/125. 4. CD. 27.3.1885 tarihli karar

15) *Löwe - Rosenberg*, 19/988

16) Bu fikir Alman müellifleri tarafından beyan edildiği için, memleket ismi yerine Alman toprakları derler.

17) *Löwe - Rosenberg*, 20/891.

18) BGHSt. 1/211 Alman Federal Mahkemesi kararı, *Henkel*, 453/not 6 dan naklen.

ne kadar olan usulü safhalar ile yenileme kararı ilk hükmü veren mahkemece verilmelidir¹⁹. Hal böyle olmamış ve duruşmanın yenilenmesi kararı selâhiyetsiz olarak diğer mahkeme tarafından verilmiş ve buna 340 cı maddeye göre taaruz edilmemiş ise, bu karar işin esasına bakan mahkemeyi bağlar ve bu sebeple yapılmış bulunan bu hata temyiz sebebi olamaz²⁰.

Muhakemenin iadesi talebi hükmü veren mahkemeye yapılacaktır. Ancak, muhakemenin iadesi kesinleşmiş hükümlere karşı mümkün bulunduğu ve bir hükümde ilk derece mahkemesinden sadır olduktan ve buna karşı temyiz yoluna da gidilmemiş olması sebebiyle kesinleşebileceği gibi, temyiz yoluna gidildikten ve bu mahkemenin meselenin esası hakkında verdiği karardan sonra da bir hüküm kesinleşebilir. Demekki, usul hukukumuzda göre, hükümler ya ilk derece mahkemesinde veya temyiz mahkemesi tetkikatından sonra kesinleşebilmektedir. Hüküm ilk derece mahkemesinden verildikten sonra bu derecede kesinleşmiş ise muhakemenin iadesi talebinin hangi mahkemeye yapılması gerektiği bir problem olarak zahir etmez. Fakat, iş temyiz mahkemesine intikal ettikten sonra kesinleşmiş ise ortada birincisi ilk derece mahkemesinin ikincisi ise temyiz mahkemesinin olmak üzere iki hüküm vardır ve hangi hükmü veren mahkeme iade talebinin yapılacağı mahkemedir? Bu hususta CMUK 335 inci madesinin ikinci cümlesi «Temyizi dava üzerine temyiz mahkemesince verilmiş olan bir hükmün mevzuunu teşkil eden davanın muhakemesinin iadesi talep olunupta gösterilen sebepler 327 veya 330 uncu maddelerin 3 üncü numaralarında yazılı sebeplerden başkaları ise muhakemenin iadesi talebine karar vermek selâhiyeti evvelce hükmü temyiz edilmiş bulunan mahkemeye aittir» hükmünü vazetmiştir. Kanunumuzun bu hükmü mehz kanunun 367 ci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin aynen tercümesidir.

Kanunumuza göre esas kaide iadei muhakeme talebinin hükmü veren mahkemeye yapılmasıdır (md. 335) Temyiz mahkemesi de ilk derece mahkemesi olarak yani vazifesine taalluk eden bir davanın maddî delillerini de talakki ederek hükmünü tesis etmiş ise, muhakemenin iadesi talebi bu mahkemenin hükmü veren dairesine yapılmalıdır²¹. Temyizi dava üzerine temyiz mahkemesince verilmiş olan bir hükmün mevzuunu teşkil eden davanın muhakemesinin ia-

19) RG. 6/344

20) Lucas - Dürr, 393; Löwe - Rosenberg, 19/989 dan naklen

21) Benneke - Beling 603

desi talep olunup ta gösterilen sebepler 327 veya 330 uncu maddelerin 3 üncü numaralarında yazılı sebeplerden ise yani, hükme iştirak etmiş olan hâkimlerden biri aleyhine ceza takibatını veya kanuni bir ceza ile mahkumiyeti istilzam edecek mahiyette olarak vazifesini ifada kusur etmiş ise, muhakemenin iadesi talebine karar vermek selahiyeti temyiz mahkemesine aittir. Diğer hallerde, muhakemenin iadesi talebi hükmü veren ilk derece mahkemesine yapılmalıdır²². Doktrinde taraftarı az olsada bu fikir bazı müelleflerce kabul edilmez. Bunlara göre, Temyiz Mahkemesi esasta maddî delilleri telakki edemese dahi hataen meselâ, CMUK 258 inci maddesine göre suçun mahiyet ve vasfının değiştiğinin maznuna bildirilip bildirilmediği hususunu araştırmış bulunsa ve bu tesbite göre hükmünü tesis etmiş olsa, muhakemenin iadesi şartlarını gösteren 327/1 ve 2, 330/1 ve 2 ci fıkraları sebebiyle yapılacak olan muhakemenin iadesi talebi, hükmün mevzuu temyiz mahkemesinin bu bozma hükmü olması sebebiyle, temyiz mahkemesi olacaktır²³. Temyiz mahkemesi, temyiz tetkikatı neticesi bidayet mahkemesi hükmünü bozmuş ise, bu temyiz hükmü pozitif manada kesin hüküm olmadığı için, esasen muhakemenin iadesine mevzu teşkil edemeyecektir²⁴. Temyiz mahkemesi, temyiz talebini kabule şayan görmediği için reddetmiş ise bu halde de muhakemenin iadesi hükmü veren ilk derece mahkemesine aittir²⁵. Temyiz mahkemesi ilk derece mahkemesinin hükmünü kaldırmış ve kendisi davanın esasına CMUK 322 ci maddesine göre hükmetmiş ise, bu halde de, muhakemenin iadesi talebi hükmü veren ilk derece mahkemesine yapılmalıdır; zira Yüksek Mahkeme bu halde dahi hükmünü ilk derece mahkemesinin maddi tesbitleri üzerine bina eylemiş ve bu tesbitleri kabul etmiştir. Ayrıca beyan edilmek gerekir ki, iadeyi muhakeme bidayet mahkemesinin yaptığı maddî tesbitleri berteraf etmek için yapılır ve bu halde dahi talebin bidayet mahkemesine yapılması gerektiği açıktır²⁶.

CMUK muzda olmakla beraber, istisnaftan geçen bir hükme karşı muhakemenin iadesi talebinin hangi mahkemeye yapılması gerektiği hususu da ehemmiyetlidir. Bu ehemmiyet bilhassa, istinaf merciinin davanın maddi cephesini de tetkik edebilme selahiyetin-

22) *Gerland*, 442.; *Löwe - Rosenberg*, 19/990.; *KMR*, 581.; *Schwarz*, 19/486.; *Walter*, 42.

23) *Bennäcke - Beling*, 603.; *Kries*, 710.

24) *Walter*, 42.; *Neumann*, 11.

25) *Löwe - Rosenberg*, 9/990.; *Schwarz*, 19/486.; *KMR*, 581.

26) *Löwe - Rosenberg*, 19/892.

den neşet eylemektedir (İstinaf drecesi çeşitli şekillerde tanzim olunabilir. Biz ekseri memleketler ve mehaz kanundaki sisteme göre fikrimizi beyan edeceğiz). Bir dava istinafta tetkik edilirken, istinaf hâkimi bidayet mahkemesinin kusur ve ceza meselesini tayin eden tesbitleri ile bağılı olmadan ve tamamen serbestce hükmünü tesis edebilecektir²⁷. Bu şekilde verilen bir istinaf hükmü, bidayet mahkemesi hakiminin tamamen berteraf eylemekte ve o hükmün muhakemenin iadesi mevzuu olabilme vasfı kaybolmaktadır. Hattâ, istinafta tetkik edilen bir dava reddedilmek suretiyle bidayet mahkemesinin hükmü tastik olunsa dahi durum aynıdır²⁸; zira istinaf mahkemesi istinafta tetkik edilen davayı reddederken dahi bidayet mahkemesinin maddi tesbitlerini benimsemiş ve red hükmü dahi istinaf mahkemesinin kendi delilleri üzerine verilen bir hüküm mahiyetini iktisap eylemiştir. Ancak istinaf mahkemesi hükme esas teşkil eden maddî vakıalar ile temasa geçmeden onları usul hükümlerine göre tetkik etmeden ve bu selâhiyeti de haiz olmadan dosyayı incelemiş ise, bu halde durum başkadır. Meselâ, istinaf hâkimi işin istinafa tâbi mevattan olmadığını anlar ve bu sebeple davayı reddeder ise veya istinaf, yalnız verilmiş olan cezaya müteveccih ise bu takdirde iadei muhakeme talebinin yapılması gereken merci istinaf değil, hükmü veren birinci derece mahkemesidir²⁹. İstinaf mahkemesi davayı hem kusur ve hemde verilmiş bulunan ceza sebebiyle tetkik edebileceğine göre, istinafa müracaatta bu husus sarahaten gösterilmemiş ise ne şekilde hareket olunması gerektiği doktrinde ihtilafıdır. Bazı müelliflere³⁰ göre, istinafa müracaat halinde bu mahkeme davayı her bakımdan tetkik edebileceğine göre, mesele in dubio pero reo içinde tetkik olunup, istinaf tetkikini hem ceza ve hemde kusura şâmil olarak yapıldığı kabul edilmelidir. Bu halde talep istinaf mahkemesine yapılacaktır. Diğer fikri, yani iade talebinin hükmü veren mahkemeye yapılmasını kabul eden *Bennecke - Beling*³¹, sebep göstermez.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 335 inci madesinde ifadesini bulan selâhiyetli mahkeme hakkında umumî olarak, mehaz kanundaki tatbikat ve doktrindeki görüşleri belirttikten sonra, yukarıda derç etmiş bulunduğumuz karar hakkında Yüksek mah-

27) *Löwe - Rosenberg*, 19/990.

28) Neuenburg Mahkemesi kararı 18.6.1924. ZStRW. 45/536.

29) *Schwarz*, 19/486.; *Erbs*, 318.; *Löwe - Rosenberg*, 19/991.

30) *Gerland*, 442.; *Kries* 710.; *Löwe - Rosenberg*, 19/991.

31) s. 603

kememizin kanatını bilmemekle beraber, Ağır Ceza mahkemesinin kanatına iştirak edememekteyiz. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 335 inci maddesi muhakemenin iadesi bakımından selâhiyetli olan mahkemeyi göstermiştir. Bu mahkeme, muhakemenin iadesi talebiyle hükmüne itiraz (!) olunan mahkemedir; yani hükmü veren mahkemedir. Bu sebeple, mahkûmiyet hükmünden sonra suçun işlenmiş bulunduğu yerde bir asliye mahkemesi teşkil edilmiş olsa dahi, muhakemenin iadesi talebinin, bu mahkemeye değil, muhakemenin iadesi hukukî caresi ile saldırılan hükmü vermiş bulunan mahkemeye yapılması gerekmektedir. Bu mahkeme muhakemenin iadesinin kabule şayan olup olmadığına karar verip, CMUK nun 336 ve 337 inci maddelerin icap ettirdiği muamelelere tevessül ettikten sonra, 338 inci maddeye göre muhakemenin iadesini kabul edip duruşma yapılmasına karar verdikten sonra, selâhiyet meselesi bahis konusu olabilir ve buda selâhiyet hakkındaki umumî kaide ve prensipler ile halledilebilir. Hernekadar Ceza Muhakemeleri Usulü hukukunda vazife ve selâhiyete mütedair kanunların derhal tatbik edileceği bir kaide isede, CMUK muzun 335 inci maddesi ve muhakemenin iadesi müessesesinin, kanunumuzdaki tanzim tarzı, böyle bir tatbikata müsait değildir. Yukarıda beyan eylemiş olduğumuz sebeplerle, Bilecik Ağır Ceza mahkemesinin görüşüne iştirak etmemekte, Yüksek Adalet Bakanlığının verdiği yazılı emrin kanunumuz sistemini tamamen aksettirdiğini belirtmek isteriz.

Doç. Dr. Ayhan ÖNDER

Türk Ceza Kanununun 466. maddesinde Suç Unsuru Olarak Yeralan Silâhtan Maksat Nedir?

YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI *

Tarih : 5 Temmuz 1965

E. No. : 1965/2

K. No. : 1965/4

I — KARARIN METNİ :

Ustura, çakı bıçağı, nacak, orak, balta, kazma, gürebi gibi araçların kavgada korkutmak maksadiyle kullanıldıkları takdirde Türk Ceza Kanununun

*) 26 Temmuz 1965 tarih ve 12058 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

466 nci maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca silâh sayılıp sayılmayacağı konusunda Yargıtay Ceza Genel Kurulunun çeşitli kararları arasında içtihat aykırılığı bulunduğu Yargıtay Genel Sekreteri tarafından Birinci Başkanlığa bildirilmiş ve işbu aykırılığın içtihadı birleştirme yolu ile Büyük Genel Kurulca giderilmesi istenmiş, yazı ve ekleri Büyük Genel Kurula tevdi edilmiş olduğundan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca Ceza Genel Kurulu kararları arasında içtihat aykırılığı bulunduğu oybirliğiyle karar verildikten sonra işin esası müzakere edildi :

I — Ceza Genel Kurulunun 21/9/1959 tarihli ve 51/58 sayılı kararında (Türk Ceza Kanununun 466 nci maddesinde bahse konu unsur - silâh kavramına girebilecek olanlardan (Bıçak) da çekilmesiyle muhatap üzerinde korku meydana getirir. Bu nitelikte bıçaklar ateşli silâhlar ve bıçaklar hakkındaki 6136 sayılı kanundaki vasıfları ile sınırlandırılmış değildir. Bu itibarla kavgada korkutmak maksadı ile çekilen çakı bıçağı Türk Ceza Kanununun 466 nci maddesindeki unsur - silâh kavramına giren aletlerdendir) denilmiştir.

Ceza Genel Kurulunun 25/1/1960 tarih ve 5/4 sayılı kararında da (Kavgada korkutmak maksadiyle çekilen (Ustura)nın muhatabı üzerinde korku yaratmak kabiliyeti sebebiyle 466 nci maddedeki unsur - silâhlardan olduğu) kabul edilmiştir.

Ceza Genel Kurulunun 4/6/1962 tarih ve 29/31 sayılı kararıyle (Nacak, orak, balta, gürebi gibi araçlarla usturanın 466 nci maddede kastolunan anlamda silâhlardan olmadığı) kabul edilerek yukarıda işaret olunan Genel Kurul kararıyle çelişme meydana gelmiştir.

Ceza Genel Kurulunun daha sonra aldığı 19/10/1964 tarih ve 169/403, 170/404, 357/405 sayılı ve 22/3/1965 tarihli kararları arasında bu konuda açık aykırılıklar bulunmaktadır.

II — Türk Ceza Kanununun 466 nci maddesinin 2 nci fıkrası İtalya 1889 tarihli Ceza Kanununun 380 inci maddesinden alınmıştır. Sözü geçen 380 inci maddede sadece (Kavgada korkutmak için silâh atma) suçu yer almış, Sardonya Ceza Kanununda mevcut (Kavgada korkutmak için silâh çekme) suçu kabul edilmemiştir. Türk Ceza Kanununun hazırlandığı sırada (Kavgada silâh çekme) suçu 466 nci maddenin 1 inci fıkrası olarak kabul edilmiştir.

Çağdaş Ceza Kanunlarının hiç birinde (Kavgada silâh çekme) ayrı bir suç olarak kabul edilmemiştir. Yalnız 1871 tarihli Alman Ceza Kanununun 367 nci maddesinin 10 uncu bendinde (Kavgada veya bir saldırıda bıçak veya diğer tehlikeli bir aletin kullanılması) suç sayılmıştır.

Türk Ceza Hukukunda 466 nci maddede (Unsur - silâh) kavramı üzerindeki içtihat aykırılıkları bu kavramın kanunlarda tarif edilmemiş olmasından ileri gelmiştir. Çağdaş Ceza Kanunlarında da unsur - silâhın tarifine tesadüf edilmemiştir.

Türk Ceza Kanununun 189 uncu maddesinde Ceza Kanununun uygulanmasında yalnız cezanın arttırılmasını gerektiren silâhı tarif etmiş, 264, 265, 549 uncu maddelerini zımnen değiştiren Ateşli Silâhlar ve Bıçaklara dair 6136 sayılı kanun ise yasak sayılan silâhları niteliklerini belirtmek suretiyle göstermiştir. Bu itibarla 466 nci maddedeki (Unsur - Silâh) kavramını belirtmek bakımından Türk Ceza Kanununun 189 uncu maddesiyle Ateşli Silâhlar ve Bıçaklara dair Kanun hükümlerinden yararlanmak imkânı hasıl olmamıştır.

Yasama organı 466 ncı maddedeki unsur - silâhtan neyi kastedtiğini açıklamadan kaçınmış, bunu her olayda hakimin inceleyip takdir etmesini uygun bulmuştur. 466 ncı madde (Korkutmak için) silâh çekmeden bahsetmektedir. (Silâh) terimini (Korkutmak) unsuru ile manâlandırmak gerekir. Kavgada bir kimsenin, başkasını korkutmak için kullandığı aletin, objektif ölçülere göre olağan durumda bir kimseyi, korkutabilecek bir nitelikte olup olmadığı aranmalıdır. Eğer kavgada çekilen alet karşısındakini korkutabilecek nitelikte ise bu maddede söz konusu edilen unsur - silâhlardan sayılmalıdır. Kavgaya katılanların çok cesur veya çok korkak bulunmaları hükme etkili olamaz. Çekilen ve kullanılan aletin normal bir kimseyi korkutabilecek nitelik ve yeterlikte olması lâzımdır.

Sonuç: Türk Ceza Kanununun 466 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında söz konusu edilen (Kavgada korkutmak için silâh çekme) suçunun unsuru olan (Silâh) anlamına, afaki ölçülere göre, olağan durumda bir kimseyi korkutabilecek nitelikte ve yeterlikte aracın dâhil olduğuna, her olayda bu hususun hâkim tarafından takdir edilmesi gerektiğine içtihat aykırılığının bu suretle giderilmesine birinci görüşmede üçte iki çoğunluk sağlanamadığından ikinci görüşmede hazır bulunanların mutlak çoğunluğu ile 5 Temmuz 1965 tarihinde karar verildi.

II — SÖZKONUSU MESELE :

Yukarıda metnini vermiş olduğumuz Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının çıkmasına sebep olan mesele, Türk Ceza Kanununun 466. maddesinin belirttiği (silâh)tan ne anlaşılması gerektiği hususudur. Başka bir ifade ile bu maddede yer alan (silâh) kavramına girecek aletler ne gibi vasıfları haiz olmalıdır? Bu maddedeki (silâh) terimini açıklayabilmek için Ceza Kanununun 189. maddesinden veya 6136 sayılı Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun hükümlerinden yararlanmak mümkün müdür?

III — MERCİLERİN MESELEYİ ÇÖZÜM ŞEKLİ :

466. maddedeki (silâh) anlamını açıklamak gayesi ile Yargıtay şimdiye kadar çeşitli kararlar vermiş olmasına rağmen, bu kararlarda varılan neticeler bakımından bir birlik yoktur. Yargıtayın bu kararlarına birkaç örnek verelim: 4. CD. 17.12.1957 tarih ve E. 7625/K. 10885 sayılı kararında ¹ «Korkutmak için silâh çekme suçu bakımından balta silâhtan mâdüt değildir» demiştir. Gene 4. CD. 13.7.1955 tarih ve E. 7924/K. 13414 sayılı kararında ² «Bir suçun unsuru silâh olduğu takdirde nacak silâhtan mâdüt değil isede silâh bir suçun ağırlatıcı sebebini teşkil ettiği takdirde, nacak silâh

1) Adalet Dergisi, 1958, sayı: 3-4, sh. 316-317.

2) Adalet Dergisi, 1955, sayı: 9, sh. 932-933.

mefhumuna dahildir.» demek suretiyle, ağırlatıcı sebep olarak silâh ile unsur olarak silâhı birbirinden ayırmak yolunu tutmuş ve neticede, 466. maddedeki silâhın bir suç unsuru olması sebebiyle, (nacak)ı silâh mefhumuna sokmamıştır. Buna mukabil 2. CD 9.9. 1964 tarih ve E. 5510/K. 5957 sayılı yeni bir kararında ³ «Suçta kullanılan ve korku verecek vasıftaki tabancanın, sebep olduğu korku bakımından silâh olarak kabulü gerekir.» diyerek aslında ateşli silâh vasfını haiz olmıyan kapsül atan tabancayı, sırf sebep olduğu korku bakımından 466. maddedeki silâh kavramına sokmuştur.

Yargıtay Daire kararları arasında bu konuda aykırılıklar mevcut olduğu gibi Ceza Genel Kurul kararları arasında da aykırılıklar vardır. Bu kararlardan bazılarını incelememize konu teşkil eden İçtihadı Birleştirme kararı göstermiştir. Ceza Genel Kurul kararlarınının teferruata taalluk eden farklarını bir yana bırakacak olursak genel olarak bunları iki grup içinde toplamamız mümkündür. Birinci grupta gösterebileceğimiz kararlar ⁴, 466. maddede ki, silâh tâbirine dar bir mâna vermekte ve ağırlatıcı sebep olarak silâh kavramına girebilen çeşitli aletleri bu maddedeki anlamda silâh olarak kabul etmemektedirler. Buna mukabil ikinci grup içinde toplıyabileceğimiz kararlar, birinci gruptaki kararların aksine, (korkutucu vasıfta olmak) şartı ile hemen her aleti 466. maddedeki silâh anlamında kabul etmekte ve böylelikle ağırlatıcı sebep olarak silâha nazaran, 466. maddedeki unsur olarak silâha daha geniş bir mâna vermektedirler ⁵.

Yukarıda belirttiğimiz çeşitli Yargıtay içtihatlarınının arzettiği aykırılığı gidermek için inceleme konumuzu teşkil eden İçtihadı Birleştirme Kararı çıkarılmıştır. Sözü geçen karar, evvela me haz kanundan bahsetmekte ve bu kanunun bizim 466. maddemize tekabül eden 380. maddesinde (Kavgada korkutmak için silâh atma) suçunun yer aldığını ve fakat (Kavgada korkutmak için silâh çekme) suçunun bulunmadığını beyan etmektedir. Bundan sonra karar, 466. maddede ki (silâh)tan maksadın ne olduğunu anlayabilmek için 189. maddeden yararlanılamıyacağını, zira bu maddenin sadece ağırlatıcı sebep olan silâhtan bahsettiğini, kezâ bu konuda 6136 sayılı Ateşli

3) Adalet Dergisi, 1965, sayı: 1, sh. 130-131.

4) Bu kararlara örnek olarak Bk. YCGK. 4 6 1962 tarih ve 29/31 sayılı kararı.

5) Bu kararlara örnek olarak Bk. YCGK. 20.1.1964 tarih ve 31 sayılı kararı (Adalet Dergisi, 1964, sayı: 1, sh. 50 ve 107).

Silâhlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun hükümlerinin de tatbik edilemeyeceğini belirtmektedir. Bütün bunlardan sonra sözkonusu İçtihadı Birleştirme Kararı, 466. maddedeki (silâh) terimini (korkutmak) unsuru ile manâlandırmak gerektiğini ve bu hususda takdir hakkını haiz olan hakimin, kavgada bir kimsenin başkasını korkutmak için kullandığı aletin, objektif ölçülere göre normal bir şahsı korkutabilecek nitelikte olup olmadığını araması gerektiğini derpiş etmektedir.

IV — KANAATİMİZ.

Yukarıda arzettiğimiz mesele hakkındaki görüşümüzü belirtmeden evvel bazı noktaları açıklamak istiyoruz :

1) Evvela şunu belirtmemiz gerekir ki, incelenmekte olduğumuz İçtihadı Birleştirme Kararının da belirttiği gibi, kanunumuzda (Silâh) hakkında genel bir tarif yoktur ve 5435 sayılı kanunla tadil edilerek bugünkü şeklini almış olan 189. maddeden ancak ağırlatıcı sebep olan silâh kavramı bakımından yararlanmak mümkündür. Çünkü sözkonusu maddede (Ceza tâyininde kanunun şiddet sebebi sayarak bildirdiği silâh tabirinden maksat:) denilmektedir. Durum böyle olunca, kanunun silâhı unsur olarak gösterdiği hallerde bu maddeye başvurulamaz⁶. Ezcümle Ceza Kanununun 126, 148, 149, 168, 264 üncü maddelerinde (Silâh) unsur olarak gösterildiği içindir ki, kanaatimize göre bu maddeler yönünden 189. maddede bulunan tariftten yararlanmak mümkün değildir. Esasen Yargıtay kararları arasında, sözkonusu İçtihadı Birleştirme Kararından evvel, bu esası benimsiyen kararlar mevcuttur⁷.

Kanunumuzun bu durumuna mukabil, meselâ Fransız Ceza Kanununun 102. maddesi silâh hususunda genel bir tarif vermiştir. Bu maddeye göre; (Silâh tâbiri bütün kesici, delici veya bereleyici aletleri ve makineleri ifade eder.). Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, (Bıçaklar ve çakılar, basit bastonlar öldürme, yaralama veya döğmede kullandıkları takdirde silâh sayılır.). Bu maddede yer alan tarifin bütün hallerde tatbik edileceği kabul edilmektedir. Bunun neticesi olarak Fransız Yargıtayı (Kazma, kargı, kama, kılıç, budama bıçağı, şişli baston, bıçak, pala, meç, taşçı kalemi, mızrak,

6) Ağırlatıcı sebep olarak silâh tâbiri için Bk. *Dönmezer, S.: Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde Cürümler*, 5. Bası, İstanbul, 1963 sh. 70 v.d.

7) Ezcümle YCGK. 20 1 1964 tarih ve 31 sayılı kararı (Adalet Dergisi, 1964, sayı: 1, sh. 107)

burgu, tırpan, orak, çakı, zımba, pergel, oymacı kalemi, dülger çapası, satır, kunduracı bıçağı, çekiç, kürek) gibi aletleri silâh olarak kabul etmektedir⁸.

Alman Ceza Kanununa bakacak olursak, bu kanunun 367. maddesinde, kavgada bıçak veya diğer tehlikeli bir aletin çekilmesinden bahsedilmektedir. Tehlikeli alet tabiri bu maddeden başka, müessir fiil suçu ile ilgili 223 a maddesinde de geçmekte ve sopa, demir çubuk, çekiç, bıçak, taş, bira bardağı, cop, deri kırbaç gibi aletler tehlikeli alet olarak kabul edilmektedir⁹. Bir aletin tehlikeli alet olup olmadığı hususunda ise gerek içtihatlar ve gerek doktrin, o aletin müşahhas olarak bir yaralama tehlikesi yaratabilecek vasfı haiz bulunmasını aramaktadırlar¹⁰. Alman ceza hukuku bakımından netice olarak şunu söyleyebiliriz ki, 367. maddede derpiş edilmiş (tehlikeli alet) tabiri ile 233 a maddede yeralan (tehlikeli alet) tabiri arasında bir fark görülmemekte ve müşahhas olarak bir yaralama tehlikesi yaratabilme vasfına sahip her alet, kavgada (tehlikeli vasıta) olarak kabul edilmektedir¹¹.

2) 466. maddede ki silâh kavramını açıklamak bakımından Ceza Kanunumuzun 189. maddesinden yararlanmak mümkün olmadığı gibi, bu hususta, İçtihadı Birleştirme kararının da haklı olarak belirttiği üzere, 6136 sayılı Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun hükümlerine de baş vurulamaz. Çünkü bu kanun sadece yasak olan silâhların nelerden ibaret olduklarını bildirmektedir. Durum böyle olunca sözügeçen kanuna göre yasak olmıyan bir takım silâhların da mevcut olabileceği ve bu gibi silâhların 466. maddedeki silâh kavramına girebileceği şüphesizdir.

3) Gerek 189. maddeden ve gerek 6136 sayılı kanundan yararlanmak imkânı olmayınca, suç unsuru olarak silâhın yeraldığı Ceza Kanununun muhtelif maddelerindeki bu kavramlara, zikredildikleri maddelerin sınırları içinde bir manâ verilmesi gerekecektir. Bu noktada İçtihadı Birleştirme Kararı İle tamamilen mutabıkız. Bunun neticesi olarakta, meselâ Silâhlı çete teşkil etme suçuyla ilgili 168.

8) Gözübüyük, A. P.: Silâh ve Silâh Sayılan Aletlere Dair Temyiz İctihatlarının tahlili (Adalet Dergisi, 1955, sayı: 10, sh. 944)

9) Ebermayer, L. —Lobe, A.— Rosenberg, W.: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Berlin, 1958, sh. 254.

10) Schwarz, O.: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München und Berlin, 1956, sh. 499; Ebermayer —Lobe— Rosenberg: 255.

11) Ebermayer —Lobe— Rosenberg: 774.

maddedeki (silâh) kavramına girmeyecek bir alet 466. maddedeki (silâh) kavramına girebilecektir ¹².

4) 466. madde çerçevesi içerisinde kalarak, bu maddedeki (silâh) kavramına girebilecek aletler bakımından akla gelebilecek ilk çözüm şekli, 466. maddenin ancak ateşli silâhları kastettiği hususudur. Filhakika bu görüşü desteklemek bakımından denilebilir ki; madde silâh çekmekten bahsettikten sonra, (silâh boşaltan) demektir, silâhın boşaltılması ancak ateşli silâhlar için kullanılan bir tâbir olduğuna göre silâh çekilmesi ile silâh boşaltmasını bir arada mütalâa etmek ve buradaki silâhı ateşli silâhlara hasretmek gerekir.

Bu görüşü doktrinde kabul eden müellifler vardır. Ezcümle Erem ¹³, gerekçe göstermeksizin (Bu maddedeki silâh tâbiri, ateşli silâhlara inhisar eder) demektir. Görüşümüze göre, 466. maddedeki silâh tâbiri sadece ateşli silâhlara münhasır olarak kabul edilemez. Çünkü, bu maddede iki ayrı suç yer almaktadır, bunlardan birisi (Kavgada korkutmak için silâh çekme) diğeri ise (Kavgada korkutmak için silâh boşaltmak) suçudur. Kanun vazı herhangi bir silâhın korkutmak gayesi ile çekilmesini suç olarak kabul ettikten sonra, bu silâhlardan ateşli silâhların boşaltılmasını daha tehlikeli telakki ettiği içindir ki, ona daha ağır ceza göstermiştir. Esasen kanun vazı sadece ateşli silâhları kastetseydi maddede bunu sarahaten gösterirdi ¹⁴.

5) Bütün bu hususları açıkladıktan sonra, İçtihadı Birleştirme Kararının meseleyi çözüm şekli üzerinde duralım; yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu karar 466. maddede ki (silâh) kavramını açıklamak için (korkutmak) unsuru ile birlikte ele almakta ve şayet karşısındakini korkutabilecek nitelikte ise, sözkonusu aleti (silâh) olarak kabul etmektedir. Karara göre, bu hususta hakimın taktir yetkisi vardır ve her olayda bu yetkisini kullanmak suretile failin çektiği aletin korkutucu nitelikte olup olmadığını tesbit edecektir.

Görüşümüze göre, İçtihadı Birleştirme Kararı esas itibariyle yerinde olmakla beraber, kullanılan aletin objektif olarak korku-

12) Özek, Ç.: Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan hazırlık hareketleri (İHFM. 1963, sy. 3 ten ayrı bası sh. 27).

13) Erem. F.: Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, 2. Bası, Ankara, 1965, sh. 941.

14) Edis, R. E.: Türk Ceza Kanununda Silâh (Adalet Dergisi, 1964, sayı: 1, sh. 49).

tucu vasıfta olması kriteri her zaman tatbik kabiliyetini haiz değildir. Şöyle ki, 466. maddede (Şahıslara karşı işlenen cürümler) bânında yer almaktadır ve doktrin tarafından kabul edildiği gibi¹⁵, kanun silâh çekmek ve boşaltmayı insan hayatı için bir tehlike yarattığından suç olarak saymıştır. Aletin kullanılması, korkutucu vasıfta olduğu için değil ve fakat muayyen bir tehlike doğurduğu için, kanun vazı tarafından bir suç olarak kabul edilmiştir. Maddede mevcut (korkutmak için) tabiri failde bulunması lâzım gelen manevi unsurunu ifade eder ve şayet fail korkutmak kastı ile değilde meselâ müessir fail kastı ile hareket ettiği takdirde artık bu maddenin tatbik edilemeyeceğini göstermek için sözü geçen tâbire yervermiştir. Bu sebeple, korkutucu vasıf maddedeki (silâh) tabirini her zaman için açıklayamaz. Herhangi bir ateşli silâh veya bir bıçak muhakkak ki objektif olarak (korkutucu) mahiyettedir ve 466. maddenin aradığı mânada silâhtır, fakat kanaatimize göre, meselâ karanlıkta korkutmak gayesile çekilen tahtadan yapılmış oyuncak bir tabanca o an için objektif olarak (korkutucu mahiyette) olabileceği halde bir (silâh) olarak kabul edilemez. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi, silâh çekmek ve boşaltmak insan hayatı için bir tehlike hali yarattığından suç sayılmıştır. Daha evvelce gördüğümüz üzere Alman Ceza Kanunu da bu hususta (tehlikeli aletlerden) bahsetmiştir. Bizim kanunumuzda her nekadar böyle bir tâbir yoksa da kanunumuz bakımından dahi (silâh) kavramını (tehlikeli alet) olarak anlamakta bir mahzur görmemek gerekir.

6) Aletin tehlikeli olup olmadığına bakarken aranılacak husus, tehlikenin (şahıs için) bir tehlike arz etmesidir. Böyle bir tehlike yaratabilecek nitelikte olan aletler ise, (taaruz veya müdafaa da kullanılabilecek vasıftaki) aletlerdir. Bu çeşit aletlerin muhakkak taaruz veya müdafaa maksadı ile imâl edilmeleri şart değildir, bu sebeple, meselâ balta, demir çubuk, keser, çekiç, torna vida, kaya parçası dahi kanaatimizce 466. maddede ki (silâh) kavramına dahildir. Fakat İçtihadı Birleştirme Kararının belirttiği (Korkutucu vasıfta olma) kriteri kabul edildiği takdirde, kararda korkutuculuk hususunun neye taalluk ettiği gösterilmediği içindir ki, bir şişe mürekkep dahi silâh olarak kabul edilebilecektir. Böyle bir netice ise, ilmî ciddiyetle kâbili telif değildir.

Görüşümüzü özetliyecek olursak: İçtihadı Birleştirme kararının 466. maddedeki (silâh) tabirini açıklamak bakımından 189.

15) *Erem*: 941.

maddeye ve 6136 sayılı kanuna istinâd etmemesini yerinde bulmaktayız. Kezâ bu kavrama 466. maddenin sınırları içerisinde mâna vermeside yerindedir. Ancak bu hususta maddede yer alan (korkutmak için) tabirinden yararlanması, kanaatimize göre, doğru değildir. Çünkü, bu tabirin kanun vazı tarafından istimâl edilmesindeki sebep, failin silâh çekerken başka bir kasıt ile hareket ettiği takdirde, artık bu maddenin tatbik edilemeyeceğidir. Yani bu tabir, failde bulunması gereken manevi unsuru göstermektedir.

Bu sebeple, biz sözü geçen maddedeki silâh tabirini (tehlikeli aletler) mânasına almakta ve çekilen alet muhatabın şahsı için tehlikeli olabilecek mahiyette ise, bu aleti 466. madde bakımından silâh olarak kabul etmekteyiz. Gene bize göre, taaruz ve müdafaada kullanılabilecek nitelikteki aletler tehlikeli aletlerdir.

Asistan Kayıhan İÇEL
