

# MEVKUFEN GEÇEN MÜDDETİN CEZA MAHKÜMİYETLERİNDEN MAHSUBU

*Asistan Kayhan İÇEL*

**İÇİNDEKİLER : GİRİŞ.** — I - Kavram. — II - Mevkufiyetin Mahsubu Müessesesinin Tarihi Gelişimi: 1) Roma Hukukunda ve Müsterek Hukukta. 2) Almanya'da. 3) Fransa'da. — III - Mukayeseli Hukukta Mevkufiyetin Mahsubu: 1) Almanya. 2) İsviçre. 3) Norveç. — IV - Mahsubun Hukukî Mahiyeti. — V - Çeşitli Mahsup Sistemleri: 1) Mahsubun Mecburiliği Sistemi. 2) Mahsubun Caiz Olmaması Sistemi. 3) Kusursuz Mevkufiyetlerde Mahsubun Yapılması Sistemi. 4) Mahsubun İhtiyari Olması Sistemi. — VI - Mevkufiyetin Mahsubunda Gerekli Olan Şartlar: 1) Mevkufen Geçen Bir Müddetin Mevcudiyeti. 2) Ceza Mahkûmiyetinin Mevcut Olması. 3) Fiilin Aynı Olması (identitât der Tat) Aranmaz. 4) Mevkufiyete Failin Kusurlu Hareketi Sebep Olsa Dahi Mahsup Caizdir. — VII - Mevkufiyetin Mahsubu ve Tecil. — VIII - Mevkufiyetin Mahsubu Muhakemesi. — **NETİCE.**

## GİRİŞ

İnceleme konumuz, mevkufen geçen müddetin hükmedilen cezadan indirilmesidir. Kendisine ceza verilmiş şahsın bu cezasında, daha evvel tahdit edilmiş olan hürriyetinin nazara alınması bugün gayet normal bir keyfiyet olarak kabul edilebilirse de, bu müessese Ceza kanunları tarafından kolaylıkla kabul edilmiş değildir. İlerdeki incelemelerimizde göreceğimiz üzere, nazariyat sahasında da sözü geçen müessesenin leh ve aleyhinde çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Diğer taraftan mevkufiyetin mahsubunun lehinde olan müelliflerin, bu müessesenin hukukî mahiyeti hakkındaki görüşlerinde de bir birlik mevcut değildir. Bundan başka, mevkufen geçen müddetin verilen cezadan mahsubunu kabul eden kanunların taraftar olmuş oldukları sistemler de çeşitlidir. Belirttiğimiz bu hususlara, kanunların kullanmış oldukları mevkufiyetten maksadın ne olduğu, sözü geçen müddetin ne gibi cezalardan indirilebileceği, fiilin aynılığı (identitât der Tat) nın aranıp aranmayacağı, mevkufiyetten mahsup muhakemesinin neden ibaret olduğu gibi meseleleri ilâve edecek olursak, incelememizde halledilmesi gereken problemlerin pek az olmadığı kolaylıkla görülür.

İşte biz bu müesseseyi incelerken, araştırmalarımıza ilk olarak mevkufiyetin mahsubu kavramı üzerinde durmakla başlayacağız. Bunu takiben bu müessesenin tarihte ne şekilde geliştiğini ve Mukayeseli Hukuktaki durumun ne olduğunu belirttikten sonra, hukukî mahiyetini, çeşitli mahsup sistemlerini, ne gibi şartların mevcudiyeti halinde mahsubun yapılabileceğini, mevkufiyetin mahsubu muhakemesinin neden ibaret olduğunu göstermeğe çalışacağız.

### I — Kavram.

Mevkufiyetin mahsubu (Die Anrechnung der Untersuchungshaft) müessesesinden maksat; kendisine ceza verilmiş mahkûmun bu cezasından, daha evvel çekilmiş mevkufiyetin, mücerret olarak, tamamen veya kısmen indirilmesinden ibarettir<sup>1</sup>.

Mevkufiyetin ceza mahkûmiyetinden mahsubu Ceza Kanunumuzun 40. maddesinde tanzim edilmiştir. Bundan başka, Askerî Muhakeme Usulü Kanunumuzun 277. maddesinde ve disiplin cezaları bakımından da Askerî Ceza Kanunumuzun 177. maddesinde mevkufen geçen müddetin mahsubu hususunda sarahat mevcuttur.

Ceza mahkûmiyetinden indirilecek müddetler bakımından, Askerî Ceza Kanunumuzun kullanmış olduğu (mevkuf olduğu müddet), Askerî Muhakeme Usulü Kanunumuzun kullanmış olduğu (mevkufiyetler) ve Ceza Kanunumuzun kullandığı (mevkufiyet) tâbirlerinden ne anlaşılması lâzım geldiğini ilerde tesbit etmeğe çalışacağız. Yalnız burada sadece şu kadarını söyleyelim ki, mevkufiyet tâbirini teknik mânada yani tevkif müzekkeresine dayanılarak hürriyetin tahdidi mânasında kabul eylemek doğru olmaz<sup>2</sup>.

Demek oluyor ki, mevkufiyetin mahsup edilmesinde, ortada henüz bir mahkûmiyet hükmü yok iken bir takım gayelerle failin fiilen tahdit edilmiş hürriyeti bilâhare mahkûm olduğu cezadan indirilmektedir. Hal böyle olunca, mevkufiyetin mahsubuna tevessül edebilmek için, ortada bir (ceza mahkûmiyeti) nin bulunması icap etmektedir. Ceza mahkûmiyeti tâbirinin ifade eylediği mânanın ne olduğunu, tetkiklerimiz esnasında, hususile (mevkufiyetin mahsubunda gerekli olan şartlar) ı incelerken izaha gayret edeceğiz. Yalnız burada şunu belirtelim ki, hâkim, mahsup ameli-

1) Enderli, H. R., Die Anrechnung der Untersuchungshaft, Diss., Zürich, 1942, s. 42.

2) Dönmezer, S. - Erman, S.: Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. II/2, İstanbul, 1961, s. 819.

yesini yaparken, evvelâ içtima kaidelerini gözönüne alacak ve içtimadan hâsıl olacak ceza üzerinden mahsubu yapacaktır<sup>3)</sup>.

Mevkufiyetin mahsubundan maksadın ne olduğuna, tetkiklerimizin derinliklerine inmeden kısaca temas ettikten sonra, şimdi bu müessesenin tarihen nasıl bir gelişim gösterdiğini inceliyelim

## II — Mevkufiyetin Mahsubu Müessesesinin Tarihi Gelişimi.

### 1 — Roma Hukukunda ve Müsterek Hukukta.

Eski zamanlardanberi Ceza Usulünde tevkif müessesesine rastlandığı gibi, kendisine suç isnat edilen şahsın, tahkikat esnasında mevkufiyet suretile tahdit edilen hürriyetinin kendisine verilen cezadan indirilmesi fikrine de rastlanmaktadır.

Müellifler, pratikteki bu fikrin ilk olarak *Digesta*'da tanzim edilmiş olduğunu beyan eylemektedirler (L. 25 D. 48, 19 ve L. 23 Cod. 19, 47)<sup>4)</sup>.

Müsterek hukuk doktrini, *Digesta*'da mevcut bulunan mahsup ile ilgili bu sarahatin, mevkufiyetin mahsubunun ancak (kusursuz ve uzun süren mevkufiyetler) de söz konusu olduğu şekilde anlaşılmasında gayret göstermişlerdir. Müsterek hukukçular bu neticeye varırlarken, hukuku ihlâl eden şahsın muhakemenin emniyet içinde devamına yardım ile mükellef olduğu fikrinden hareket etmektedirler. Bu sebepten dolayı müsterek hukuk doktrinine göre, şayet mevkufiyet failin kusuru olmaksızın husule gelmişse, bilâhare hükmedilen ceza ile birlikte şahsa iki defa ceza verilmiş olacaktır. Böyle bir duruma meydan vermemek için de uzun süren mevkufiyeti hükmedilen cezadan mahsup etmek lâzımdır<sup>5)</sup>.

Şu hususu belirtmemiz gerekir ki, *Digesta*'da, mevkufiyetin mahsup edilmesi ile ilgili olarak bu hükümlerde (mekvufiyetin kusursuz olması) gerektiği hususunda bir sarahat yoktur ve bu şart tamamiyle müsterek hukuk doktrininin bir buluşu olup, çeşitli Devlet mevzuatlarına da buradan intikal etmiştir<sup>6)</sup>.

3) *Enderli* : s. 42.

4) *Enderli* : s. 31.

5) *Steinecke, P.*: Die anrechenbare Untersuchungshaft, *Diss.*, Breslau, 1923, s. 7.

6) *Enderli* : s. 32.

2 — *Almanya'da.*

Geçen yüzyılın ilk yarısında Alman Doktrininde mevkufiyetin mahsubu konusunda mevcut olan ihtilâflar çeşitli ceza kanunlarına da aksetmiştir.

Bazı ceza kanunları, ezcümle Bavyera Ceza Kanunu (1813), Braunschweig Ceza Kanunu (1840, m. 31), Hannover Ceza Kanunu (1841, m. 103) ve Baden Ceza Kanunu (1840, m. 156), mevkufiyetin mahsubunu Cezayı hafifleten sebepler meyanında zikretmişlerdir. Buna mukabil haklı olarak, mahsup ameliyesinin cezayı hafifletici bir sebep olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmüş, cezayı hafifletici ve ağırlatıcı sebeplerin failin fiilinle ve şahsınla ilgili hususlar olduğu, mahsupta ise, böyle bir mahiyetin mevcut olmadığı beyan edilmiştir.

Saksonya Ceza Kanununun 30. maddesinde ise, mahsubun ihtiyarlığı esası kabul edilmiş ve böylece mevkufiyetin verilen cezadan mahsup edilip edilmemesi hususunda hâkime takdir yetkisi verilmiştir. Bundan başka Oldenburg Ceza Kanununun 51. maddesi de buna müşabih bir hükmü ihtiva etmiştir. Nihayet 15 Mayıs 1871 Alman Ceza Kanunu 60. maddesile fakültatif sistemi kabul etmiş, yani mahsup hususunda hâkime takdir yetkisi vermiştir<sup>7</sup>.

3 — *Fransa'da.*

Fransız İhtilâlinde, (İnsan Hakları Beyannamesi) nin 7. maddesi hiç kimsenin kanunun tayin ettiği hal ve şekiller dışında dâva edilemeyeceğini ve tutulamıyacağını belirtmiştir. Durum böyle olmakla beraber 1810 Ceza Kanununda Kanun vazı şiddet politikası gütmüş, tahkikat esnasında tevkifin mecburî olması esasını vaz'etmiştir. Bu kanuna göre, sanığın malûm ikametgâhı olmadığı takdirde, tevkif mecburî idi ve tahkikat hâkimi bir defa tevkif kararını verince artık onu geri alamazdı. Bu durum yıllarca devam eyledi ve ilk olarak 14 Temmuz 1865 de Kanun hâkime, sanığı tekrar hürriyetine kavuşturma hususunda yetki vermiştir. Bununla beraber, 1892 yılına kadar Ceza Kanunu mevkufiyetin mahsubunu kabul etmiş değildir. Bunun tek istisnası, hüküm ile kanun yoluna müracaat arasındaki müddetin mahsup edilmesidir. Gerçekten 1892 yılına kadar Fransa'da hüküm verildikten sonra kanun yoluna mü-

7) *Enderli* : s. 32.

racaata kadar geçen müddetin ceza mahkûmiyetinden mahsubu mümkün idi. Ancak şu hususu da belirtmemiz lâzım gelir ki, sözü geçen müddetin mahsubunun yapılabilmesi iki hale münhasırdır : 1) Devlet tarafından kanun yoluna müracaat edilmişse, 2) Sanık tarafından kanun yoluna müracaat edilmiş ve neticede ceza hafifletilmişse. Diğer bir ifade ile, sanık tarafından müracaat halinde, kanun yolu mahkemesinin sanık lehine karar vermesi lâzımdır. İşte bu iki hal dışında sözü geçen müddetin cezadan mahsubu Fransa'da gene de mümkün değildi.

1888 yılında mevkufiyetin mahsubunun mecburîliği sistemini muhtevi bir kanun teklifinde bulunuldu ve bu proje bazı değişikliklerle 1892 de kanunlaştı. Böylece mahsubun mecburîliği esası Fransız Ceza Kanununa da girmiş oldu<sup>8</sup>.

### III — Mukayeseli Hukukta Mevkufiyetin Mahsubu.

#### 1 — Almanya.

Bugün Alman Ceza Kanununun 60. maddesi mevkufiyetin mahsubundan bahsetmektedir. Bu madde mevkufiyet müddetinin hükmedilen cezadan tamamen veya kısmen mahsubu hususunda hâkime yetki vermektedir. Yani mevkufiyetin ceza mahkûmiyetinden mahsup edilmesi mecburî değildir. Böylece Alman Ceza Kanunu (Fakültatif Sistem) i benimsemiştir.

Durum böyle olmakla beraber, kanun (ceza mahkûmiyeti) demekte ve fakat bu mahkûmiyetin neden ibaret olduğunu yani cezanın nev'ini göstermemektedir. Kaide olarak mahsuba tâbi cezalar (hürriyeti bağlayıcı cezalar) dır. Fakat Reichsgericht mevkufiyetin para cezasından da mahsup edileceğini içtihat etmiştir (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen; 54, 125 ve 68,2)<sup>9</sup>.

Mevkufiyetin para cezasından mahsubu söz konusu ise, bu takdirde kanunun 29. maddesindeki muadelet kaideleri tatbik edilir<sup>10</sup>. Hürriyeti tahdit eden tedbirler mahiyetleri itibarile mahsuba tâbi değildir.

8) Enderli : s. 34.

9) Maurach, R.: Deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1958, s. 672.

10) Schönke, A. - Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar, 8. Auflage, 1957, s. 346.

Alman doktrin ve tatbikatı mahsupta mevkufiyetin hafif şartlarının nazara alınmayacağı hususunda ittifak halindedir. Ağır hapse dahi durum aynıdır. Kanununun 21. maddesindeki tahvil kaideleri burada tatbik edilmez (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*; 15, 143)<sup>11</sup>. İşte Alman Ceza Hukukuna göre mevkufiyetin mahsubu bu şekilde yapılacaktır ve bu şekilde tamamen veya kısmen yapılan mahsup tekerrüre esas teşkil eder<sup>12</sup>.

## 2 — İsviçre.

İsviçre Ceza Kanununun 69. maddesi mevkufiyetin mahsubundan bahseder. Bu madde mucibince mevkufiyetin ceza mahkûmiyetinden mahsubu ancak mevkufiyet failin kusurlu hareketinden doğmamış veya gene failin kusurlu hareketinden dolayı uzamış olması halinde mümkündür. Şayet para cezası söz konusu ise, mahsup hakkaniyet ve nisfete göre yapılır.

Görüldüğü üzere İsviçre'de mahsup kusursuz mevkufiyet hallerine inhisar ettirilmiştir. Esasen Federal Mahkeme de içtihatlarında mevkufiyetin ve mevkufiyetin mahsup edilmemesinin cezaî bir karakterde olmadığını belirtmiştir (*Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts*, yıl : 1950, s. : 76, 4. kısım, s. 23 f). Bundan başka gene Federal Mahkemeye göre, sanık tahkikat esnasında tevkifiyle ilgili olarak kendisine sorulan sorulara cevap vermemişse, mevkufen geçen müddet ceza mahkûmiyetinden mahsup edilmez (*Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts*, yıl 1944, c. 70, 4. kısım, s. 183 ff ve yıl : 1947, c. 73, 4. kısım, s. 90 ff)<sup>13</sup>.

İsviçre Hukuku bakımından kaydı gereken bir husus da, mevkufiyetin mahsubunu muhtevi bulunan 69. maddenin (cezaların tayini) faslında yer almasıdır (*Dritter Titel, zweiter Abschnitt: Die Strafzumessung*). İleride göreceğimiz üzere, bu tanzim tarzının hukuka uygun olmadığı müelliflerce beyan edilmektedir.

## 3 — Norveç<sup>14</sup>.

Gerek mevzuat ve gerekse tatbikattaki durum bakımından Türk Hukukundan farklı bir manzara göstermesi itibarile, Norveç Hu-

11) Alman Ceza Kanununun 21. maddesine göre; 8 aylık ağır hapis 1 senelik hapse, 8 aylık hapis 1 senelik hafif hapse eşittir.

12) *Maurach*; s. 672.

13) *Germann, O. A.*: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Taschenausgabe mit kurzem Erläuterungen, Zürich, 1956, s. 105.

14) *Andenaes, J*: Das norwegische Strafrecht, Das Ausländische Straf-

kukunun mevkufiyetin mahsubu hususunda kabul ettiği esasları da burada kısaca incelememiz doğru olur.

Norveç Ceza Hukukunda mevkufiyetin mahsubu ile ilgili hükümlerden birisi Norveç Ceza Kanununun 60. maddesinde, diğeri ise, Norveç Ceza Usul Kanununun 475. maddesinde yer almaktadır. Ancak şu hususu belirtmemiz lâzım gelir ki, Ceza Kanununun 60. maddesi sadece hükümden evvelki mevkufiyet halini tanzim eylemektedir. Buna mukabil Ceza Usul Kanununun 475. maddesi hüküm kesinleştikten sonra infaz emrine kadar geçen müddetin mahsubundan bahseder.

Norveç Ceza Kanununun 60. maddesine göre, mevkuf kendi hareketleri ile tevkife sebebiyet vermediği takdirde, verilen cezayı tesbit etmiş bulunan hükümden, mevkufen geçen müddet tamamen veya kısmen mahsup edilir ve bu müddet infaz edilmiş sayılır. Görüleceği üzere Norveç Ceza Kanunu da kusursuz mevkufiyetin mahsubu esasını kabul eylemiştir.

Kanun mevkufen geçen müddetin tamamen veya kısmen mahsubundan bahsettiği halde, tatbikatta bu mahsup daima tamamen yapılmaktadır. Bundan başka, eğer hükümlü kanun yoluna müracaat etmiş ise, bu takdirde mahkemeler, kanun yolu mahkemesince verilen karar sanığın lehine olduğu takdirde mahsubu yapmaktadırlar. Buna mukabil, yapılan müracaat neticesi, failin lehine bir netice meydana gelmez ise, mahkemeler sözü geçen müddeti ceza mahkûmiyetinden mahsup etmemektedirler. Yalnız bunun bir istisnası vardır; şayet kanun yolundaki tetkikat, çok uzun devam etmişse, bu vaziyette hak ve nısfet nazara alınmak suretile bu müddetin mahsubu cihetine gidilmektedir.

#### IV — Mahsubun Hukukî Mahiyeti.

Mevkufiyetin ceza mahkûmiyetinden mahsup edilmesi hususunda, kanunlar tarafından hâkime bir mecburiyet yüklenmesi veya bu konuda hâkime takdir salâhiyeti verilmesi ne kadar kolaysa, mahsubun mahiyetini ve mahsup prensibinin hukuk nizamı içindeki yerini tayin etmek o kadar zordur. Bu sebepten dolayı da müessesenin mahiyeti hakkındaki görüşlerde bir birlik yoktur.

Biz burada, evvelâ çeşitli görüşleri ve bunlara tevcih edilebilecek tenktileri, bunları takiben ise, bu husustaki görüşümüzü belirtmeye çalışacağız.

### 1 — Birinci görüş.

Mahsubun esas mahiyeti hakkında çeşitli kanunlarda görüldüğü üzere kanun vazıları çeşitli telâkki tarzlarını benimsemişler ve hattâ son zamanlarda cezaların tayini kısmında (die Strafzumessung), bilhassa cezanın tahfifi sebepleri (die Strafmilderungsgründe) içinde umumî bir prensip olarak tanzim etmeğe başlamışlardır. Misâl olarak İsviçre Ceza Kanununu gösterebiliriz. İşte mahsubun kanunlarda bu şekilde cezaların tayini kısmında tanzim edilmiş olması, bu müessesenin cezanın hafifletilmesi sebeplerinden birisi olduğu telâkkisini doğurmuştur.

Bu görüş tenkit edilerek denmiştir ki, mevkufiyetin mahsup edilmesi cezayı hafifleten bir sebep olmayıp, evvelce çekilmiş mevkufiyetin kısmen veya tamamen kararda musarrah, kanunen müstahak olunan cezadan mahsubudur. Fiilin değerini nazara alan ve cezanın tayininde yeri olan cezanın hafifletilmesi bahis konusu değildir. Fail mahsup ile daha hafif cezalandırılmamaktadır, bilâkis ona suçuna müşabih ceza verilmektedir. Hal böyle olunca, mevkufiyetin ceza mahkûmiyetinden mahsubu cezayı hafifleten bir sebep olarak tavsif eden bu telâkki tarzı kabule şayan olamaz<sup>15</sup>.

Diğer taraftan, mevkufiyetin mahsubunun cezanın tayininde bir sebep olarak kabul edilmesi telâkkisi zarurî olarak, hâkimin takdirine iki defa ehemmiyet vermek suretile, hâkimin hükmün infazında mevkufiyetle kendini bağlı tutmama neticesine götürür ki, bu terviç edilecek bir husus değildir<sup>16</sup>.

Şunu tekrar belirtelim ki, hâkim, cezanın kanun tarafından gösterilmiş hudutları içinde, cezayı hafifletirken fiil ve kusur arasında doğrudan doğruya bir alâka kurmaktadır, buna mukabil mahsup ameliyesinde böyle bir durum mevcut değildir.

Görülmüştür ki, bütün şu mülâhazalar, mahsubu cezayı hafifleten bir sebep olarak kabul eden bu görüşün sakatlığını ortaya koymaktadır.

15) Enderli: s. 44 - 45.

16) Neithard, A.: Die Anrechnung der Untersuchungshaft, Diss., München, 1896, s. 30 (Enderli: s. 45 ten naklen).



## 2 — İkinci görüş.

Mahsubun hukukî mahiyetini izah sadedinde ileri sürülmüş ikinci bir görüş, mevkufiyetin evvelce çekilmiş bir ceza olması faraziyesinden hareket etmektedir<sup>17</sup>. Mevkufiyet evvelce çekilmiş bir ceza olarak kabul edilince, mahsup hükmedilen cezadan bu cezanın evvelce çekilmiş olan kısmının (yani mevkufiyet müddetinin) indirilmesinden ibaret bulunmaktadır. Ancak şayanı dikkat olan husus, mevkufiyeti evvelce çekilmiş bir ceza olarak kabul eden bu te'lâkki, mevkufiyetin hükmedilen cezadan mahsup edilmesinin mecburîliği neticesine varmamaktadır.

Şunu hemen söyleyelim ki, mevkufiyet evvelce çekilmiş bir ceza olarak kabul edilemez. Çünkü mahkûmiyet hükmünden evvel bir şahsa ceza verilemez. Tevkifin başlıca gayesi önleyici koruma tedbiri olmasıdır. Sanık tevkif edilmekle ileride verilmesi muhtemel mahkûmiyet hükmünün icrâ edilebilmesi imkânı sağlanmış olmaktadır. Diğer yandan tevkif ceza muhakemesinin emniyetle yürütmesini ve gayesine erişmesini mümkün kılar<sup>18</sup>. Hal böyle olunca, mevkufiyeti de evvelce çekilmiş bir ceza olarak kabul etmek bahis konusu olamaz. Bundan başka kanunlarda da, kanun vazının (evvelce çekilmiş ceza) faraziyesinden hareket ettiğine dair bir emare bulunmamaktadır.

## 3 — Üçüncü görüş.

Mevkufiyetin ceza mahkûmiyetinden mahsup edilmesini hususî af (Begnadigung) olarak kabul eyliyen müellifler de mevcuttur. Ezcümle Tittmann bu görüşü müdafaa etmiş ve kısa zaman için Alman içtihatları tarafından da benimsenmiştir<sup>19</sup>.

Beyan etmek lâzım gelir ki, mahsubu bir hususî af olarak kabul eden bu görüş te kolaylıkla tenkit edilebilir. Şöyle ki, hususî af mahiyeti itibarile lütuf ve merhamet tedbiridir. Halbuki mahsupta böyle bir mahiyet yoktur. Mahsup yapılırken mahkûmun şahsı nazara alınmamakta ve mahsuba lâayık olup olmadığı aranmamaktadır. Bundan başka, «hususî af havi olduğu sarahate göre cezayı ortadan kaldırır veya azaltır veya değiştirir...», mahsupta da cezanın indirilmesi durumu varsa da bu af şeklinde değil ve fakat evvelce

17) Henschel, A.: Die Reform der Untersuchungshaft, Berlin, 1909, s. 156 ve devamı.

18) Kunter, N.: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1961, s. 415.

19) Enderli: s. 50.

tahdit edilmiş hürriyetin nazara alınması şeklindedir. Diğer yandan hususî affa yetkili merciler arasında da fark vardır. Hususî af yetkisi, teşriî organda (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 64) veya Cumhurbaşkanında (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 97) ait olduğu halde, mahsup ameliyesini icrâ edecek merci mahkeme olabileceği gibi müddeiumumî de olabilir.

#### 4 — Bizim görüşümüz.

Mahsup müessesesinde (cezayı hafifleten bir sebep), (evvelce çekilmiş cezanın hükmedilen cezadan indirilmesi), (hususî af) mahiyetini gören yukarıdaki görüşler kabul edilemez. Sözü geçen görüşler hususunda yukarıda yapılan tenkitler bu görüşlerin sakatlığını tamamen ortaya koymaktadır.

Kanaatimizce, bu müessesenin hukukî mahiyetinin neden ibaret olduğunu anlayabilmek için kanunların hangi sebeple böyle bir müesseseye yer verdiğini araştırmak lâzım gelir.

Bilindiği üzere tevkif, ceza muhakemesinin emniyetle yürütmesini ve gayesine erişmesini mümkün kılan bir müessesedir. Sanık tevkif edilmek suretile ileride verilmesi muhtemel mahkûmiyet hükmünün icra edilmesi imkânı sağlanmaktadır. Tevkifte bu gayelerle hareket edildiği halde, gene de şahsın hürriyeti bilfiil kısılmaktadır. İşte suçlu olduğu henüz kat'î olarak bilinmeyen bir şahıs, mevkufiyet esnasında hürriyetinden mahrum etmek suretile ortaya çıkan haksızlığı telâfi etmek gayesile mahsup müessesesine başvurulmaktadır. Hal böyle olunca, mevkufiyetin mahsubu müessesesi, anayasaların kabul etmiş oldukları şahıs hürriyetini ceza hukuku sahasında gerçekleştirmeye matuf bir müessesé olmaktadır. Yani mahsup müessesesi af ve cezanın hafifletilmesi sebeplerinden ayrı, önleyici gayelerle mevkufiyet esnasında mahrum edilen hürriyetin iadesi için kabul edilen hukukî bir müessesedir. Bu sebeple, mahsubu diğer hukukî müesseselerle izah etmek mümkün olmadığı gibi, lüzumsuzdur da.

#### V — Çeşitli Mahsup Sistemleri.

Mevkufiyetin mahsubu hususunda, çeşitli kanunlar tarafından bugüne kadar esas olarak dört sistem kabul edilmiştir<sup>20</sup>.

20) Bu sistemler için Bk.: Enderlı: s. 43, Dönmezer-Erman: s. 819. Gölçüklü, F.: Ceza Dâvasında Şahıs Hürriyeti, Ankara, 1958, s. 163.

### 1 — *Mahsubun mecburîliği sistemi.*

Bu sisteme göre, mahkûm kusuru ile mevkuf kalmış olsa dahi, mevkufiyet müddetinin verilen cezadan mahsubu mecburîdir. Mahsup bakımından hâkimin fonksiyonu, aritmetiksel toplama ve çıkarma vazifelerile yorulmaktan ibarettir. Onun mahsubun neticesini tasvip edip etmeme hususunda bir yetkisi olmayıp, o sadece mahsubun kanuna uygunluğuna ve hesabın doğru olup olmadığına bakacaktır.

İtalya (m. 137), Belçika (m. 30)<sup>21</sup> ve Yugoslav (m. 45)<sup>22</sup>, Türk Ceza Kanunları tarafından kabul edilen bu prensibin şiddetli müdafii Carrada, nazariyat sahasında sistemin hukuk önünde müsavatı temin etmesine mukabil, pratikte sanık ağır hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkûm olacağını anladığı hallerde, tevkif müddetini uzatmak suretile müsavatı bozabileceğini ileri sürmektedir.

### 2 — *Mahsubun caiz olmaması sistemi.*

Bu sistem birinci sistemin tam zıttı bir sistemdir. Yani mevkufen geçen müddetin hükmedilen cezadan mahsubu mümkün değildir. Bu prensip her bir vatandaşın şahsî hürriyetlerini feda etmek pahasına olsa dahi, suçların tahkikatında Devlete yardım etmek vazifesini yüklenmiş oldukları düşüncesinden hareket etmektedir. Siyasî sistem de denilen bu sistemin taraftarlarına göre tevkif tahkikatın zaruriliğinin zarurî bir neticesi olduğundan vatandaş bilâhare suçu sabit olsun veya olmasın, tazminat veya mahsup yollarına sapsaksızın bu kötü duruma katlanmalıdır.

Bilhassa pozitivistler tarafından müdafaa edilen bu sistemi Fransız Hukuku ilk zamanlarda kabul etmişti.

### 3 — *Kusursuz mevkufiyetlerde mahsubun yapılması sistemi.*

Bu sisteme göre, mevkufiyet hâkim tarafından, failin kusuru olmaksızın geçen mevkufiyet ve failin kusuru ile geçen mevkufiyet olarak kısımlara ayrılacaktır. Sonuncu halde mahsup kabul edilmeyecek, buna mukabil ilk durumda mevkufiyet ceza mahkûmiyetinden indirilecektir. Bu sistem bugün İsviçre Ceza Kanunu tarafından kabul edilmiştir.

21) *Enderli*: s. 43.

22) *Munda, A.*: (Das Strafrecht Jugoslawiens), Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Herausgegeben von *Mezger, E. - Schönke, A. - Jescheck, H. H.*: I. Band, Berlin, 1955, s. 398.

#### 4 — *Mahsubun ihtiyariliği sistemi* (Fakultatif sistem).

Mevkufiyetin mahsubu hususunda kabul edilmiş bu sonuncu sistemde, hâkime mahsup konusunda tamamen veya kısmen takdir yetkisi verilmektedir.

Alman Ceza Kanunu tarafından kabul edilmiş olan Fakultatif Sistem, büyük hareket kabiliyetini haizdir. Fakat bunun bir hududu olmadığı için, bu hareket kabiliyetinden dolayı, durumları aynı olmayan suçluları, aynı muameleye tâbi tutmak tehlikesi mevcuttur.

#### VI — *Mevkufiyetin Mahsubunda Gerekli Olan Şartlar.*

Mevkufen geçen müddetin hükmedilen cezadan mahsup edilmesi için, bir takım şartların mevcudiyeti lâzımdır.

Mahsup için aranan şartlar bakımından Türk Ceza Hukuku ile diğer Devletlerin Ceza Hukuku arasında farklar mevcuttur. Bu farkları sırası geldikçe belirtmeğe çalışacağız.

##### 1 — *Mevkufen geçen bir müddetin mevcudiyeti.*

Mahsuba tevessül edebilmek için, evveleminde şahsın mevkufen geçirdiği bir müddetin mevcudiyeti lâzımdır.

Mevkufiyet müddeti hükmedilen cezadan indirilecektir. İşte bu tâbirden yâni mevkufiyet tâbirinden maksadın ne olduğunu tesbit etmek icap eder. Nitekim Ceza Kanunumuzun 40. maddesine göre: «Hüküm kat'iyet kesbetmeden evvel vukubulan mevkufiyet ceza mahkûmiyetlerinden indirilir.»<sup>23</sup>. Görüleceği üzere kanunumuz mevkufiyet tâbirini kullanmıştır. Mevkufiyeti teknik mânada yani tevkif müzekkeresine dayanılarak hürriyetin tahdidi mânasında kabul eylemek ve mahsup ameliyesinde sadece bunu nazara almak doğru olmaz<sup>24</sup>. Muvakkat yakalama, nezaret altında bulundurma gibi hürriyeti tahdit eden her muameleyi «mevkufiyet» saymak gerekir. Temyiz Mahkememiz de: «bir suç dolayısıyla suçlunun hürriyetinin tahdit mahiyetinde ve o maksatla geçirdiği her müddet mahkûmiyet müddetinden indirilir» demek suretile aynı noktai nazarı kabul et-

23) Ceza Kanunumuzun 40. maddesinden başka Askerî Ceza Kanunumuzun 177. maddesi: «Disiplin Âmiri, suçlunun mevkuf olduğu müddeti, cezaya mahsup eder.» demekte, Askerî Muhakeme Usulü Kanunumuzun 277. maddesi ise: «Hüküm kat'ileşmeden vukubulan mevkufiyetler ceza mahkûmiyetlerinden indirilir» sarahatini muhtevidir. Bu sebeple mevkufiyete vereceğimiz mâna Askerî Ceza Hukukumuz bakımından da aynı derecede önemlidir, kanaatindeyiz.

24) *Dönmezer - Erman*: c. II/2, s. 819.

miştir<sup>25</sup>. Netice olarak şunu söyleyebiliriz ki, Adli Tıp Müşahedehanesinde, hastahanede, hattâ mahfuzen götürülürken yolda geçen müddetleri de mevkufiyet tâbiri içinde mütalâa etmek lâzımdır<sup>26</sup>. Bu sebeptir ki, Adli Tıp Müşahedehanesinde ve hastahanede geçen müddetlerin cezadan mahsup edilmesini kabul etmeyen görüşü benimsememekteyiz<sup>27</sup>.

Burada üzerinde durmamız gereken ikinci husus, mahsup edilecek mevkufiyetin ne zamana kadar geçen mevkufiyet olduğudur. Fransız Hukukundaki durumu incelerken belirttiğimiz üzere, 1892 yılına kadar Fransa'da, hüküm verildikten sonra kanun yoluna müracaata kadar geçen müddetin ceza mahkûmiyetinden mahsubu mümkün idi. Buna mukabil hükümden evvelki mevkufiyet mahsup edilmezdi, 1892 yılından itibaren ise, bu müddetin de mahsubu cihetine gidildi.

Bugün umumiyetle bütün ceza kanunları hükmün kesinleşmesine kadarki müddetin mahkûmiyetten mahsubunu (mecburî veya takdiri) kabul etmektedirler. Norveç Ceza Kanunu 60. maddesinde sadece hükümden evvelki mevkufiyetin mahsubundan bahsetmektedir. Buna mukabil, hüküm kesinleştikten sonra infaz emrine kadar geçen müddetin mahsubunu Norveç Ceza Usul Kanununun 475. maddesi tanzim etmiştir.

Türk Hukukuna bakacak olursak; Ceza Kanunumuz 40. maddesinde «Hüküm kat'iyet kesbetmeden vukubulan mevkufiyet ceza mahkûmiyetlerinden indirilir.», demek suretile, hükmün verilmesiyle kat'iyet kesbetmesi arasındaki mevkufen geçen müddetin de mahsubunu kabul eylemiş bulunmaktadır. Kaide olarak, kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünün infazına derhal başlanması lâzım geldiğin-

25) 2. CD. 11.1.1944 tarihli kararı (Son İctihatlar Dergisi, 1944, s. 112).

26) «Sanığın Adli Tıp Müessesesine mahfuzen gönderildiğine göre, bu uğurda geçen müddetin mahkûmiyetinden mahsubu gerekip gerekmediğinin tartışılmaması yolsuzdur.» 4. CD. 22.10.1949, 12007/13454; *Çağlayan, M.*: TCK. c. I, Ankara, 1962, s. 150); «sarhoşluktan muayene için hastahaneye mevcuden gönderilen sanığın, kendi arzusu ile değil, hastahanenin gördüğü lüzum üzerine alıkonulmuş ve bunun da hürriyetten mahrumiyet teşkil etmiş olmasına göre, bu müddetin cezadan mahsubu icap eder» (4. CD. 2.5.1951, 3204/3204; *Çağlayan, I.*, s. 150); «sanığın, Yunan makamlarınca yakalandığı tarih tesbit edilerek, mevkufiyet müddetinin ona göre cezasından mahsubu cihetine gidilmemesi yolsuzdur.» (2. CD. 8.2.1951, 1087/1156; *Çağlayan, I.*, s. 150).

27) *Erem, F.*: Türk Ceza Hukuku, c. 1, 6. bası, Ankara, 1962, s. 237.

den<sup>28</sup>, kanun, hükmün kat'iyet kesbetmesinden sonraki mevkufiyet durumunu nazara almamıştır.

2 — *Ceza mahkûmiyetinin mevcut olması.*

Ceza Kanunumuzun 40. maddesi «hüküm kat'iyet kesbetmeden evvel vukubulan mevkufiyet ceza mahkûmiyetlerinden indirilir.» demek suretile, ortada bir ceza mahkûmiyetinin mevcut olması şartını aramıştır.

Kanunumuza göre, bu mahkûmiyetin muhtevi bulunduğu cezanın muvakkat mahiyette hürriyeti bağlayıcı bir ceza veya para cezası olması lâzım gelir. Buna mukabil, hidematı âmmeden memnuiyet veya meslek ve san'atın tatili cezası mevkufiyetin mahsubunda nazara alınmaz. Zaten bu nevi cezalardan mevkufiyetin indirilmesine imkân da yoktur. Çünkü 41. madde mucibince, bu cezaların infazına aslı ceza ile beraber veya aslı ceza çekildikten sonra veya sukut ettikten sonra başlanacaktır<sup>29</sup>.

Bütün bunlardan başka, müebbet hürriyeti bağlayıcı cezalardan ve ölüm cezasından mevkufiyet müddetinin indirilmesi, bu cezaların mahiyeti sebebiyle, mümkün değildir.

Ortada bir ceza mahkûmiyetinin bulunması ve bu mahkûmiyetin muvakkat hürriyeti bağlayıcı bir ceza veya para cezasını muhtevi bulunmasının lâzım geldiğini söyledik. Şimdi bu indirmenin ne şekilde yapılacağı üzerinde duralım:

a) *Sürgün cezası:* Kanunumuzun 40. maddesinin 2. fıkrası, sürgün cezasının hükmolunması halinde üç günlük sürgünün bir günlük mevkufiyete mukabil sayılacağını belirtmiştir. Demek oluyor ki, mevkufen geçen bir müddet mevcutsa ve bu müddet hükmedilen sürgün cezasından mahsup edilecekse, bir günlük mevkufiyet üç günlük sürgün sayılarak mahsup ameliyesi icrâ edilecektir.

b) *Ağır hapis, hapis, hafif hapis cezaları:* Bu nevi cezaların ne şekilde mahsup edileceği hususunda kanunumuzda herhangi bir sarahat mevcut değildir. Bu sebeple ağır hapis, hapis ve hafif hapis bakımından bir tefrik yapmaksızın bir günlük mevkufiyeti bu cezaların bir günü olarak kabul eylemek lâzımdır. Alman Hukukunda da ağır hapis, hapis ve hafif hapis de mevkufiyetin hafif şartları nazara alınmaksızın mahsup eşit olarak yapılmakta ve Alman Ceza

28) *Dönmezer - Erman: II/2, s. 915.*

29) *Dönmezer - Erman: II/2, s. 820.*

Kanununun 21. maddesindeki tahvil kaideleri burada tatbik edilmemektedir<sup>30</sup>. Buna mukabil, Enderli, mevkufiyetin mahsubu ile ilgili Doktora tezinde İsviçre Hukuku bakımından bir günlük mevkufiyetin oniki saatlik ağır hapse veya bir günlük hapse mukabil sayılacağını beyan etmekte ve bu hususta bir de şema vererek, yüz güne kadar mevkufiyetin ne kadar hapis veya ağır hapis olarak kabul edileceğini hesaplamaktadır<sup>31</sup>.

c) *Para cezası*: Şayet hükmedilen ceza para cezası ise, mevkufiyetin mahsup edilmesinde, kanunumuzun 40. maddesine göre, tenzil 19. maddede gösterilen hesaba göre yapılır. Yani bir günlük mevkufiyet üç liraya sayılır.

Alman Ceza Kanununun mevkufiyetin mahsubu ile ilgili 60. m. sinde para cezaları ile ilgili sarahat olmamasına rağmen, tatbikat para cezasına mahkûmiyet halinde de mahsubun mümkün olduğunu ve bu durumda 29. m. deki muadelet kaidelerinin tatbik edileceğini kabul etmiştir<sup>32</sup>. Buna mukabil İsviçre Ceza Kanununun 69. m. sinin son cümlesi, para cezasına mahkûmiyet halinde mahsubun hakkaniyete göre yapılacağını âmirdir<sup>33</sup>.

Sadece para cezasına hükmedildiği takdirde durum yukarıda arzetmiş olduğumuz gibidir. Şayet mahkûmiyet hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte para cezasını da muhtevi ise, mevkufiyet ilk olarak hürriyeti bağlayıcı cezadan ve geriye mahsup edilecek mevkufiyet kalırsa, bu müddet para cezasından indirilir<sup>34</sup>.

### 3 — *Fiilin aynı olması (Identität der Tat) aranmaz.*

Burada incelenmesi gereken husus, mahsubun mutlaka tevkife mesnet teşkil eden suçtan dolayı mahkûmiyet halinde yapılmasının icap etmediğidir. Çünkü 40. madde «hüküm kat'iyet kesbetmeden evvel vukubulan mevkufiyet ceza mahkûmiyetlerinden indirilir,» demektedir ve mevkufiyete mesnet teşkil eden suç bakımından herhangi bir tefrikte bulunmamaktadır. Buna mukabil meselâ İsviçre Ceza Hukukunda mevkufiyete sebep olan fiil ile mahkûmiyete sebep olan fiilin aynı olması şartı aranmaktadır<sup>35</sup>.

30) *Maurach*: s. 672; *Schönke - Schröder*: s. 346.

31) *Enderli*: s. 65.

32) *Schönke - Schröder*: s. 346.

33) Tafsîlât için Bk.: *Enderli*: s. 66 ve devamı.

34) *Dönmezer - Erman*: s. 822; *Erem*: s. 238.

35) *Enderli*: s. 74.

Yukarıda beyan ettiğimiz gibi, bizim hukukumuzda mevkufiyetin ceza mahkûmiyetinden indirilmesine mevkufiyete mesnet teşkil eden fiil ile mahkûmiyete mesnet teşkil eden fiilin aynı fiil olması aranmaz. Fail mevkufiyetine sebep olan fiilinden dolayı neticede beraet etse, fakat tevkif edilmediği başka bir fiilinden dolayı mahkûm olsa, mevkuf kaldığı müddet ceza mahkûmiyetinden gene de mahsup edilecektir. Ancak bu gibi hallerde, mevkufiyetin mahsubu ameliyesine gitmeden evvel, mevkufiyet müddetinin mahsup edileceği ceza mahkûmiyetine sebep teşkil eden suçun, failin tevkifine sebep olan ve beraetle neticelenen suçtan dolayı verilen beraet hükmü kat'ileşmesinden önce işlenmiş olması şartını aramak icap eder<sup>36</sup>. Kanaatimizce tevkife sebep olan suçtan fail berabert etmemiş olsa ve fakat mevkufiyet hükmedilen cezadan fazla ise, mevkufiyet müddetinden geri kalan kısmı diğer bir ceza mahkûmiyetinden mahsup edilmesi halinde de aynı şartın aranması iktiza eder. Bu şartın aranmasındaki gaye, bir defa tevkif edilen şahsın o suçundan dolayı beraet etmesi veya hükmedilen cezanın mevkuf kalınan müddetten az olması halinde, geri kalan mevkufiyet müddetini tecavüz etmemek kaydı ile bir suç işlemek hususunda serbest kalmasının önüne geçmektir.

4 — *Mevkufiyete failin kusurlu hareketi sebep olsa dahi mahsup caizdir.*

Kanunumuz mevkufen geçen müddetin mahsup edilmesinde, sanığın mevkufiyete kusurlu hareketi ile sebep olmaması şartını şartını aramamıştır. Yâni fail mevkufiyete kusuru ile sebep olsa da mahsup yapılacaktır.

Diğer bazı kanunlar, ezcümle İsviçre Ceza Kanunu m. 69<sup>37</sup>, Norveç Ceza Kanunu m. 60<sup>38</sup>, Danimarka Ceza Kanunu m. 86<sup>39</sup> mahsubu ancak kusursuz mevkufiyetler halinde kabul etmektedirler.

36) 6.3.1940 tarih ve 5/68 sayılı Tevhidi İçtihat kararı da aynı şartı aramaktadır. (Çağlayan, I. s. 150). Bu tevhidi içtihat kararı üzerinde bir inceleme için Bk.: Demirel, H.: Mevkufiyetin Mahkûmiyete Mahsubu - Genişletici Tefsir, Ankara Barosu Dergisi, 1956, sayı: 3, s. 204.

37) Enderli: s. 54.

38) Andenaes: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart; Mezger - Schönke - Jescheck: IV. Band, s. 332.

39) Marcus, F.: (Das Strafrecht Dänemark), Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, herausgegeben von Mezger, E. - Schönke, A. - Jescheck, H. H.: I. Band, Berlin, 1955, s. 125.



Kanaatimizce kanunumuzun kusurlu mevkufiyetin mahsubunun caiz olmaması hususunda herhangi bir sarahati ihtiva etmemesi ve kusurlu, kusursuz mevkufiyet şeklinde bir tefrik yapmaması çok yerindedir. Çünkü sanık, kusuru olsun veya olmasın, bilfiil hürriyetinden mahrum edilmiş ve bu hürriyetten mahrum etme keyfiyeti henüz işlemiş olduğu suçtan mahkûm olmadan evvel vukubulmuştur. Bu sebeple sonradan mahkûm olan sanığın kusuru ile dahi olsa fiilen tahdit edilen hürriyetinin iade edilmesi gerekir.

### VII — Mevkufiyetin Mahsubu ve Tecil<sup>40</sup>.

Bu başlık altında incelenecek konu, hükümlünün mevkufen geçirdiği bir müddetin mevcut olması halinde, Ceza Kanunumuzun 40. maddesi icabı bu müddet hükmedilen cezadan mahsup edilmişse, cezanın indirilen kısmının tecilinin mümkün olup olmadığıdır.

Bu mesele doktrinde münakaşa konusu olmuştur. Müellifler şöyle bir tefrik yapmaktadırlar: Tecil hususunda deneme müddeti iyi hal ile geçirildikten sonra, mahkûmiyetin esasen vâki olmadığı sistemi kabul edilirse, cezanın indirilen kısmının tecil edilmesi mümkün olmalıdır. Buna mukabil, deneme müddetinin iyi hal ile geçirilmesinde cezanın infaz edilmiş veya cezanın infazından vazgeçilmiş sayılması sistemi içinde mevkufen geçen müddetin teciline imkân yoktur<sup>41</sup>.

Yabancı memleketlerin tatbikatında, umumiyetle hükmedilen cezanın indirilen kısmının tecili kabul edilmektedir. Ezcümle Alman tatbikatı mevkufiyetin mahsubu halinde mahsup edilen kısmın tecilinin mümkün olduğu şeklindedir<sup>42</sup>.

Temyiz Mahkememiz ilk zamanlarda, cezanın mevkufiyetin mahsubu amelîyesile indirilen kısmının tecil edilemeyeceği yolunda içtihadta bulunmuş iken, sonradan bu içtihadından dönmüş ve mevkufiyet mahsup edilmiş olsa dahi, tecilin verilen cezanın tamamı hakkında yapılması lâzım geldiğine karar vermiştir<sup>43</sup>.

40) Bu konu Bk.: *Enderli*: s. 78 ve devamı; *Önder, A.*: Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, İstanbul, 1963, s. 142 ve devamı; *Gölcüklü*: s. 167.

41) *Önder*: s. 142.

42) *Schönke - Schröder*: s. 113.

43) «Cezanın tamamı yerine mevkufiyetin mahsubundan sonra arta kalan miktarın teciline karar verilmesi yolsuzdur.» 4 CD. 15.2.1951 tarih ve 958/1958 sayılı kararı; «Mahkûmun bir müddet mevkufiyette kalmasının cezasının (kül halinde) teciline mâni olmayacağı gözetilmeden (geri kalan cezasının tecil edilemeyeceği) mülâhazasına dayanılarak tecil istemenin reddine karar ve-

Kanaatimizce, mevkufiyet müddetinin ceza mahkûmiyetinden mahsubu halinde de tecil mümkün olmalıdır. Çünkü suçlu hükmedilen cezanın tamamını mevkufen geçirirse dahi, tecilin suçluya temin etmiş olduğu menfaat cezanın infazını bertaraf etmekten ibaret olmadığı cihetle, suçlunun bu halde de tecil hususunda menfaati mevcuttur. Suçluya sağlanan bu menfaati, Ceza Kanunumuzun 95. maddesi belirtmektedir, şöyle ki, sözü geçen maddeye göre; fail, deneme müddetini iyi halle geçirirse, tecil edilmiş olan mahkûmiyeti esasen vâki olmamış sayılır. Hal böyle olunca, suçlunun tecil hususundaki menfaati meydandadır; evvelâ bu şahsın tekrar suç işlemesi halinde tekerrür hüküümleri tatbik edilemez, çünkü vâki olmamış bir mahkûmiyet tekerrüre esas olamaz, ikinci olarak deneme müddetini iyi hal ile geçiren suçlu tecil ehliyetini haiz olacaktır<sup>44</sup>.

İşte bu sebeplerden dolayı, yani tecilin suçluya sağladığı menfaatleri gözönüne alarak, mevkufiyetin ceza mahkûmiyetinden mahsubu halinde cezadan indirilen kısmında tecilin yapılabilmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>45</sup>.

### VIII — Mevkufiyetin Mahsubu Muhakemesi.

Tetkiklerimizin başındanberi belirttiğimiz üzere, Ceza Kanunumuzun 40. maddesi mevkufen geçen müddetin ceza mahkûmiyetinden mahsup edilmesi gerektiği hususunu emretmiştir. Ceza Kanununun emrettiği bu hususu yerine getirecek merci hangisidir?<sup>46</sup>

Mahkûmiyet hükmünü veren mahkemenin mahsup amelîyesini yapması tabiidir. Hâkim mahsubu yaparken indirmeyi hükmedilen cezadan yapacaktır. Yâni hükümlünün mevkuf kaldığı günleri verilecek cezadan indirdikten sonra, geri kalan cezaya hükmetmesi kanuna aykırı olur<sup>47</sup>.

rilmesi yolsuzdur.» Bu kararlar için Bk.: *Çağlayan*: c. 1, Ankara, 1962, s. 340, 341.

44) *Önder*: s. 332, 333.

45) Aynı kanaat için Bk.: *Önder*: s. 143, 144.

46) Askerî Ceza Hukukumuz bakımından meseleyi tetkik ettiğimizde, disiplin cezalarından mahsup yapılacak mercinin «disiplin âmiri» olduğunu görürüz (Ask. CK. m. 177). Askerî Mahkemece verilmiş ceza mahkûmiyetleri söz konusu ise, Askerî Muhakeme Usulü Kanunumuzun 277. maddesinde bu hususta herhangi bir sarahat olmamakla beraber, gerek askerî mahkemenin ve gerekse infaz hususunda yetkili olan Adli Âmirin, mahsubu icra edebileceğini kabul etmek lâzım gelir.

47) *Enderli*: s. 42.

Demek oluyor ki, mahkûmiyet hükmünü veren mahkeme mahsubu yapabilecektir. Ancak, kanun (indirilir) dediğine göre, yâni mevkufen geçen müddetin indirilmesini emrettiği için, hükümde mahsup amelyesi icrâ edilmemiş olsa da, infazda salâhiyet sahibi olan savcı, mevkufiyet müddetini re'sen nazara almak zorundadır. Bu sebeple hükümde mahsup ameliyesinin yapılmamış olması kararın bozulmasını gerektirmemelidir<sup>48</sup>.

İnfaz sırasında mahsup hususunda ihtilâf çıktığı takdirde, mahsubun yapılmasını iddia eden hükümlü ya mahkemeye başvurur (CMUK, m. 402) veya idare yolu ile şikâyette bulunabilir, hattâ her iki şekilde de müracaat edebilir. Bu sonuncu halde yani hem idarî müracaat (Adalet Bakanlığına) ve hem de kazaî müracaat halinde, mahkemenin idarî makamların kararlarına muhalif olarak verdiği hükümler tercih edilmelidir<sup>49</sup>.

CMUK, nun 402. maddesine göre hükümlü mahkemeye müracaat edebileceği gibi savcı da bazı istisnaî hallerde bir karar almak üzere mahkemeye başvurabilir. Meselâ, mevkufiyet esnasında, mevkufun hastalık münasebetile dışarıdaki bir hastahaneye kaldırılması halinde, bu hastahane geçiren müddetin de cezadan mahsup edilmesi lâzımdır. Ancak mevkufiyeti tatil için, mevkuf hastalığını kendisi vücuda getirmiş ise, mahsup yapılmaz. İşte bu son halde hastahane geçiren müddetin cezadan mahsup edilmiyeceğini iddia etmesi halinde savcının mahkemedan bir karar alması gerekir (TCK, m. 402 ve As. MUK, m. 277/2).

Mevkufiyetin mahsubu hususunda çıkan ihtilâflarda, mahkemeye müracaat edildiğinde duruşma yapılmaz. Karar verilmeden önce, CMUK, m. 405 gereğince, savcı ve hükümlü mütalâalarını yazı ile bildirmeye dâvet olunur. Verilen karar aleyhine, Temyiz Mahkemesi kararları müstesna olmak üzere, acele itiraz yoluna müracaat edilebilir<sup>50</sup>. Ancak salâhiyetsizlik sebebiyle talep reddedilmişse, Reichsgericht'in kararına göre, âdi itiraz yoluna müracaat edilebilir (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen 32/243)<sup>51</sup>.

48) *Dönmezer - Erman*: II/2, s. 822; *Erem*: s. 239. Diğer yandan 4. CD. 22.2.1960 tarih ve 42/1892 sayılı kararında aynı noktaî nazarı benimsemiştir (*Çağlayan*: I, s. 149).

49) *Schwarz, O.*: Strafprozessordnung, Kommentar, 16. Auflage, 1953, s. 525 - 526.

50) *Kunter*: s. 584.

51) *Schwarz*: s. 529.

## NETİCE

Mevkufiyetin mahsubu ile ilgili tetkiklerimizi bitirmiş bulunuyoruz. Netice olarak şunu söylemek isteriz ki, kanunumuzun mevkufiyet müddetinin ceza mahkûmiyetinden mahsubu hususunda (mecburîlik sistemi) ni kabul etmesi yerindedir. Diğer bazı Ceza Kanunları gibi mahsubu hâkimin takdirine tâbi kılmak veya bir takım şartların mevcudiyeti halinde mahsuba tevessül etmek, şahıs hürriyeti yönünden kabule şayan olamaz. Bundan başka, kanunumuzun mevkufiyet ve mahkûmiyete sebep teşkil eden fiillerin aynı fiil olmasını aramamasını da yerinde bulmaktayız. Yalnız, gerek Ceza Kanunumuz ve gerekse Askerî Ceza ve Askerî Muhakeme Usulü Kanunlarımızın kullanmış oldukları mevkufiyet tâbirini mümkün olduğu kadar geniş olarak kabul etmek ve muvakkat yakalama, nezaret altına alma gibi hürriyeti bilfiil tahdit eden her türlü muamele ile tahdit edilen hürriyeti mahsupa nazara almak yerinde olacaktır, kanaatindeyiz.

*Asistan Kayhan İÇEL*

## Bibliyografya

- Andenaes, J — (Das norwegische Strafrecht), Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Herausgegeben von Mezger, E.-Schönke, A.-Jescheck, H.H., IV. Band, Berlin, 1962.
- Çağlayan, M. — Türk Ceza Kanunu, c. I, Ankara, 1962.
- Demirel, H. — Mevkufiyetin Mahkûmiyete Mahsubu - Genişletici Tefsir, Ankara Barosu Dergisi, 1956, sayı 3.
- Dönmezer, S. - Erman, S. — Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. II/2, 2. bası, İstanbul, 1961.
- Enderli, H. R. — Die Anrechnung der Untersuchungshaft, Diss., Zürich, 1942.
- Erem, F. — Türk Ceza Hukuku, c. I, 6. bası, Ankara, 1962.
- Germann, O. A. — Schweizerisches Strafgesetzbuch, Taschenausgabe mit kurzen Erläuterungen, Zürich, 1956.
- Gölcüklü, F. — Ceza Dâvasında Şahıs Hürriyeti, Ankara, 1958.
- Henschel, A. — Die Reform der Untersuchungshaft, Berlin, 1909.
- Kunter, N. — Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1961.
- Marcus, F. — (Das Strafrecht Dänemarks), Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Herausgegeben von Mezger, E.-Schönke, A.-Jescheck, H. H. I. Band, Berlin, 1955.
- Maurach, R. — Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1958.
- Munda, A. — (Das Strafrecht Jugoslawiens), Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Herausgegeben von Mezger, E.-Schönke, A.-Jescheck, H. H., I. Band, Berlin, 1955.
- Önder, A. — Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, İstanbul, 1963.
- Schönke, A. - Schröder — Strafgesetzbuch, Kommentar, 8. Auflage, 1957.
- Schwarz, O. — Strafprozessordnung, Kommentar, 16. Auflage, 1953.
- Steinecke, P. — Die Anrechenbare Untersuchungshaft, Diss. Breslau, 1928.