

MAHKEME KARARLARI KRONİĞİ

A. CEZA HUKUKU

Kullanma Hırsızlığı - TCK. 523. maddenin tatbiki

T. C.

YARGITAY

CEZA GENEL KURULU

Esas No. : İtiraz 8

Karar No.: 6

Tarih : 30.1.1961

YARGITAY KARARI

Dosyaya göre sanıklara yükletilen eylem bir benzin pompası yanında park edilmiş bulunan şikâyetçinin otomobilini buradan alıp işleterek üç saat kadar dolaştıktan sonra yerine bırakmak üzere geri getirmektir ki, bu dahi kısa, bir süre yararlanmak için başkasının taşınabilir malını çalmaktır. Yani özelliği olan bir çalmadır. Kasdedilen yararlanma sağlandıktan sonra bu malın geri getirilmiş olması TCK. 523. maddesinin uygulanmasını gerektirmez.

Eylemleri sabit sayılan sanıklar hakkında TCK. nun 523. maddesinin uygulanmasına yer olmadığını beliften mahkeme hükmünü bu maddenin uygulanmamış olmasını kanuna aykırı bularak bozan özel daire ilâmına karşı C. Başsavcılığının itirazı yerindedir. Kabulüyle daire kararının kaldırılması ve mahkeme hükmünün onanması gerekmektedir.

Sonuç: Yerinde olan itirazın kabulüne ve itiraza konu olan 6. CD. nin 14.12.1960 günlü bozma kararının kaldırılmasına, C. Savcılığının yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddine ve mahkeme kararının tebliğname gibi onanmasına 30.1.1961 gününde oybirliği ile karar verildi.

Olay

Bir benzin pompasının yanında duran bir otomobili alarak üç saat müddetle gezip sonra yerine getirip bırakmaktan sanık şahıslar mahalli mahkemece hırsızlık suçundan dolayı mahkûm edilmişlerdir. Mahkeme sanıklar malı iade ettikleri halde, TCK. 523. maddesini tatbik etmek suretiyle cezayı indirmemiştir. Mahalli savcı hükmü temyiz etmiş ve Temyiz Mahkemesinin 6. CD. de, 523. mad-

öenin kullanma hırsızlığına göre verilen hükümlerde dahi tatbiki gerektiğini kabul etmek suretiyle mahalli mahkemenin kararını sanıkların lehine olmak üzere bozmuştur. C. Başsavcısının daire kararına itirazı üzerine, iş Ceza Genel Kurulunca incelenmiş ve Ceza Genel Kurulu mahalli mahkemenin görüşüne iştirak etmek suretiyle daire kararını kaldırmıştır.

Halli gereken hukukî mesele

İçtihadada konu teşkil eden halli gereken hukukî mesele, kullanma hırsızlığı hallerinde TCK. nun 523. maddesinin tatbik kabiliyetinin olup olmadığını tesbitten ibarettir.

Kaza mercilerinin hal tarzı

Mahalli Mahkeme, C. Başsavcısı ve Ceza Genel Kurulu, Kullanma hırsızlığının özelliği olan bir suç tipi olduğunu belirtmekte ve bu sebeple 523. maddenin tatbik kabiliyetinin bulunmadığını kabul etmektedirler. Genel Kurulun, belirttiği özellik, kullanma hırsızlığında failin, maldan istifade ettikten sonra iade etmek kararıyla hareket eylesidir. Normal hırsızlık fiillerinde, failin malı iade etmek kararı mevcut değildir. Bu bakımdan, 523. madde failin sonra malı iade etmesini hafifletici bir sebep olarak kabul etmiş bulunmaktadır. Ceza Genel Kuruluna göre, kullanma hırsızlığı özel bir mahiyet taşıması, failin daha fiili işlerken iade kararı ile hareket etmesi, 523. maddenin tatbiki imkânını kaldırmaktadır. Ceza Genel Kurulu vardığı sonuç bakımından geniş bir gerekçe göstermediği için, mevcut ifadelerden bu belirtmiş olduğumuz düşüncelerle hareket ettiğini kabul etmek gerekmektedir.

Mahalli C. Savcısı ile, Temyiz 6. CD. işe, neticeleri bakımından kullanma hırsızlığı ile diğer hırsızlık fiilleri arasında bir ayırım yapmamaktadırlar. İki hırsızlık tipi arasındaki fark, faydalanma unsuru bakımından ortaya çıkmaktadır. Her halde bu sebeptendir ki, 6. CD. 523. maddenin tatbiki bakımından iki tip hırsızlık arasında bir ayırım yapmış değildir.

Kanaatimiz

Ceza Kanunumuzda Kullanma Hırsızlığı hususunda özel bir hüküm mevcut olmadığı için, bu hırsızlık tipinin tanzimi ve uygulanacak hükümlerin tayini içtihadada ve doktrine kalmaktadır. Tetkik

konumuz olan içtihat da bu hüküm eksikliği yüzünden ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Bilindiği gibi, TCK. 523. madde tayin eylemiş bulunduğu bir takım mal aleyhine cürümleri (bu suçlar içinde hırsızlık suçu da vardır) işleyen faillerin, takibata geçilmeden evvel veya takibata geçilmekle beraber duruşmanın başlamasından önce, aldıkları veya zarar verdikleri malı iade etmelerini, iade edilemeyecek bir durum varsa zararın ödenmesini hafifletici sebep olarak kabul eylemiş bulunmaktadır. Kullanma hırsızlığında ise, fail daha fiili ika ederken kullandığı malı iade etmek kararıyla hareket eylemektedir. Bu bakımdan, 523. maddenin bu hallerde de tatbik edilebileceği kabul edilecek olursa, tamamlanmış olan ve gerçekten malın iade edilmiş bulunduğu bütün kullanma hırsızlıklarında 523. madde tatbik edilecektir. 6. CD. nin kabul eylediği durum da budur. Buna karşılık, mahalli mahkeme ve Ceza Genel Kurulu, başlangıçtaki kararı zaten kullanma hırsızlığının bir unsuru olarak kabul ettikleri için, ayrıca 523. maddeyi tatbik suretiyle cezayı indirmek, aynı hususu hem de hafifletici sebep olarak kabul etmek cihetine gitmemişlerdir.

Kanaatimizce, Ceza Genel Kurulunun kararı yerinde değildir. 6. CD. nin varmış bulunduğu sonuca varmak için bir çok sebep bulmak mümkündür. Diğer bir deyişle, kullanma hırsızlığı halinde dahi TCK. nun 523. maddesinin tatbik edilmesi gereklidir. Bu sonuca varırken başvurmuş olduğumuz gerekçeyi sıralamadan evvel, kullanma hırsızlığının mahiyeti üzerinde kısaca durmak ve bilhassa memleketimiz hukuku bakımından bu suç tipinin düzenleniş tarzına göz atmak faydalı olacaktır zannediyoruz.

Hukuken önem taşıyan kullanma hırsızlığı, taşınabilir bir malı kullanıldıktan sonra iadesi maksadıyla sahibinin rızası olmadan almaktır¹. Görüldüğü gibi, kullanma hırsızlığının, normal hırsızlık suçundan farkı, failin fiili işlediği vakit aldığı malı iade etmek kararı ile hareket etmiş olmasıdır.

Kullanma hırsızlığını, bazı memleket ceza kanunları müstakil hükümlerle düzenlemiş bulunmaktadırlar. Ezcümle, İsviçre Ceza Kanununun 143. maddesi, 1930 İtalyan Ceza Kanununun 626. maddesi, kullanma hırsızlığını müstakil hükümlerle düzenlemişlerdir. İsviçre Ceza Kanunu bu nev'i hırsızlıklara «iktisap maksadı olmadan hırsızlık - Soustraction sans dessein d'eurichissement» adını vermektedir. İtalyan Ceza Kanunu da, malın az bir zaman için

[1] Dönmezer, Sahıslar ve mal aleyhine cürümler, İstanbul 1959, s. 210.

kullanılmak üzere alınmış olmasını ve az bir zaman kullandıktan sonra iadesini, özel hükümlere tâbi tutmuştur.

İtalyan ve İsviçre Ceza Kanunlarının bu hükümlerine karşılık Alman ve Fransız Ceza Kanunları ile 1889 mehz İtalyan Ceza Kanunu kullanma hırsızlığı hususunda özel hüküm ihtiva etmemektedir. Bu memleketlerde doktrin, mahkeme içtihatları ve bazı hususi kanunlar kullanma hırsızlığına ait tatbikatı tayin etmektedirler. Nitekim Fransada Mahkeme kararları çoklukla kullanma hırsızlığını âdi hırsızlıkla bir tutmaktadırlar². Almanyada, mal sahibinin o mal üzerinden temin edeceği menfaatin zarar görmüş olması; diğer bir deyişle mal sahibinin o mal üzerinde menfaatini temin edememesi halinde, kullanma hırsızlığı, âdi hırsızlık gibi cezalandırılmaktadır³. Bu halin dışında kalan, sahibinin temin edilecek menfaatten mahrum kalmadığı hallerde, malın alınıp kullanıldıktan sonra iade edilmesi hallerini ise Alman doktrini ve mahkeme kararları hırsızlık olarak kabul etmemektedir. Kanaatimizce, Almanyada âdi hırsızlık olarak cezalandırılan kullanma hallerinde, zaten kullanma hırsızlığı durumu yoktur. Zira, bu hallerde, mal sahibinin mevcut bir menfaati yok edilmekte, o menfaati malı alan elde etmektedir. Meselâ, mahkeme kararları, bira ve yemek markalarının kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere alınmasını, kalorifer buharından istifade edilmesini, banyo mevsimi bittikten sonra banyo kartının iadesini, müddeti bitmiş seyahat kartının kullanıldıktan sonra iadesini, hırsızlık olarak kabul etmişlerdir⁴. Bu hallerde, kanaatimizce zaten kullanma hırsızlığı mevcut olmayıp hakiki hırsızlık fiili vardır. Zira, hırsızlığın mevzuu, iade edilen kart, fiş v.s. değildir. Hırsızlığın mevzuu, elde edilen menfaattir. Hırsızın bu menfaati elde etmesine karşılık, mal sahibi bu menfaatten tamamiyle mahrum kalmaktadır. Bu menfaatin iadesi ise bahis konusu olmaz. Nitekim, bir sandalın kısa bir süre için kullanılarak iadesini hırsızlık olarak saymayan Alman doktrini, sandalın bütün yaz mevsimi kullanıldıktan sonra iadesini hırsızlık saymaktadır. Bu da gösteriyor ki, geçici kullanmalar, mal sahibini herhangi bir menfaatten yoksun kılmayan almalar, hırsızlık olarak kabul edilmemektedir. Bu durumda, zaten çalınan, iadesi kabil bulunmayan mal sahibinin menfaatidir. Bu

[2] Kunter, Kullanmak için hırsızlık, İst. Bar. Der. 1948, s. 452.

[3] Önder, Alman Ceza hukukunda başkasının malını kullanmak için almak suçu, An. Bar. Der., 1956, No. 5.

[4] Önder, aynı yazı.

bakımdan da kullanma hırsızlığı mevcut değildir. Kanaatimizce, yukarda belirtmiş bulunduğumuz, Alman mahkeme kararlarını kullanma hırsızlığının cezalandırıldığı hallere misal olarak göstermek ve kabul etmek hatalı olur. Kullanma hırsızlığında, mal sahibi gerçekte bir menfaatten yoksun kalmamaktadır ve iade kısa bir süre içinde olmaktadır. Almanyada sadece, iki halde kullanma hırsızlığının suç teşkil ettiğini kabul etmek lâzımdır. 1932 tarihli bir nizamname, başkasının motörlü vasıtalarını kullanmayı hırsızlık olarak kabul etmiştir. Bu nizamname 1953 senesinde Ceza Kanununun 248 b maddesine girmiştir. İkinci suç sayılan kullanma hırsızlığı hali, Ceza Kanununun 290. maddesinde yer almıştır. Buna göre, Rehin müessesesine verilen malların kullanılması hırsızlık suçu olarak kabul edilmektedir. Bu hallerin, dışındaki kullanma hırsızlıkları, Almanyada cezalandırılmamaktadır.

Mehaz İtalyan Ceza Kanununda olduğu gibi, kanunumuzda da kullanma hırsızlığı konusunda özel bir hüküm mevcut değildir. Mehaz kanunun mer'iyette olduğu sıralarda, İtalyada da kullanma hırsızlığının suç teşkil edip etmiyeceği tartışılmıştır. Carrara, Impallomeni; Manzini, Majno, Civoli gibi cezacılar, kullanma hırsızlığında da bir faydalanmanın mevcudiyetini kabul ederek, kullanma hırsızlığını hırsızlık olarak kabul etmişlerdir. Saltelli - Romano di Falco, ise failde iade kasdının başlangıçta mevcut oluşunu gözönünde bulundurarak, kullanma hırsızlığının cezalandırılabilmesi için özel hükmün mevcudiyetini şart koştur⁵. Mahkeme kararları da, İtalyada bazen bir görüşü bazen de diğer görüşü benimsemişlerdir⁶.

Türk doktrini, ittifak halinde kullanma hırsızlığının âdi hırsızlık gibi cezalandırılması lâzım geleceğini kabul etmiş bulunmaktadır⁷. Buna karşılık, Temyiz Mahkemesinin içtihatları her zaman aynı yolu tutmamıştır. Ceza Genel Kurulu 15.7.1946 tarih ve E. 107/K. 115 sayılı kararı ile kullanma hırsızlığı tâbir edilen hallerde, hırsızlık kasdının mevcut olmaması sebebiyle, cezalandırılmıyacağını kabul etmiştir. Ceza Umumi Heyeti, 1946 tarihli bu içtihadını sonradan değiştirmiş ve 21.3.1949 tarih ve E. 92/K. 96 sayılı bir kararı ile, otomobil alınarak gezildikten sonra iadesini hırsızlık suçu olarak

[5] Saltelli - Romano di Falco, Nuovo Codice penale commentato, 1940, IV, s. 449.

[6] Kunter, aynı yazı, s. 454.

[7] Bk. Dönmezer, aynı eser, s. 210. - Kunter, aynı yazı, s. 457. - Sensoy, Basit ve cesitli mevsuf hırsızlıklar, İstanbul 1956, s. 70.

kabul etmiştir. Ceza Umumi Heyeti bu kararını sonra yeniden değiştirmiş ve 14.12.1953 tarihli ve E. 184/K. 218 sayılı kararı ile bir tarladaki öküzleri aldıktan sonra kullanıp iade edilmesi halinde hırsızlık suçunun teşekkül etmiyeceğini kabul etmiştir. Tetkik eylemekte bulunduğumuz kararında ise, Ceza Umumi Heyeti Kullanma Hırsızlığının suç teşkil edeceğini belirtmiş bulunmaktadır.

Ceza Umumi Heyetinin bu değişen durumuna karşılık, 2. Ceza Dairesi, daha Ceza Umumi Heyeti kullanma hırsızlığını kabul etmezken, kullanma hırsızlığının hırsızlık suçunu meydana getireceğini müstakar içtihatlarla bağlamıştır. Nitekim 2. Ceza Dairesi 28.1.1948 tarih ve E. 13813/K. 855 sayılı kararında balık avına çıkmak için alınan sandalın sonradan iade edilmesi halinde kullanma hırsızlığının mevcut olacağını kabul etmiştir. 2. CD. daha sonraki kararlarında da daima, kullanma hırsızlığının cezalandırılabilceğini kabul etmiştir. Bütün bu kararlarda, kullanma hırsızlığının da âdi hırsızlık olarak kabul edildiği görülmektedir.

Kanaatimizce de, kullanma hırsızlığı konusunda kanunumuzda özel hükümler bulunmadığına göre, bu tip hırsızlık hakkında da, hırsızlık hükümlerinin tatbiki gerekmektedir. Kanunumuz, hırsızlığın unsuru olarak malın iktisap edilmesini şart olarak koşmuş değildir. Hırsızlık suçunun maddi unsuru, faydalanmaktır; faydalanmak için almaktır. Manevî unsur'u da kanun açık bir şekilde belirtmiştir. Buna göre de failin kastı, «faydalanmaktır», «iktisap» etmek değil. Kanun, netice olarak malın alınmış olmasını aramaktadır. Failin kasdı ister kullanmak, ister iktisap etmek olsun her iki halde de almak şeklinde ortaya çıkan netice tahakkuk eylemektedir. Faydalanmanın tahakkuk edebilmesi için de istihlâk şart değildir. İstimâl de istihlâk gibi faydalanmak mefhumuna dahildir (Tem. 2. CD., 28.1.1948 t. E. 13813/K. 855 tarihli karar). Bu sebeplerle, gerçekte, kullanma hırsızlığı ile âdi hırsızlık arasında unsurların tahakkuku bakımından bir fark mevcut değildir. Kanunda, kullanma hırsızlığı için özel hükümler de olmadığına göre, iki hırsızlık tipini aynı hükümlere tâbi tutmak mecburiyeti ortadadır.

Kullanma Hırsızlığı hakkında bu esasları kabul edince, bu hallerde 523. maddenin tatbikinin gerekli olduğu da ortaya çıkmaktadır:

a) Yukarda kanunumuzun hırsızlık suçu hakkındaki hükümleri bakımından, kullanma hırsızlığı ile âdi hırsızlık arasında bir farkın mevcut bulunmadığını belirtmiş bulunuyoruz. İki hırsızlık

tipi arasında kanun bir ayırım yapmadığı gibi, unsurların tahakkuku bakımından da bir fark mevcut değildir. Aradaki yegâne fark, suçun teşekkülü bakımından rol oynamayan, failin hareketindeki karardır. Yani, failin fiili işlerken iade kararı ile hareket etmesidir. Durum böyle olunca, kullanma hırsızlığını âdi hırsızlıktan ayırarak 523. maddeyi tatbik etmemek hususunda bir neticeye varabilmek için ileri sürülebilecek hiç bir hukukî mesnet yoktur. Faildeki iade kararı, suçun unsurlarından biri durumunda olsaydı, bu durumda unsur olan bir hususun ayrıca suça tesir eden bir sebep olamayacağını kabul ederek, 523. maddeyi tatbik etmiyebilirdik. Halbuki yukarda da belirttiğimiz gibi, kanun faildeki iade kararının mevcut olup olmamasını ne suçun teşekkülü için ve ne de 523. maddedeki durum için aramış değildir. Zaten, kanun faildeki iade kararının mevcudiyetine bir unsur olarak ayrıca önem vermiş olsaydı, kullanma hırsızlığı hakkında özel hüküm sevketmiş olurdu. Bu bakımdan, 523. maddenin kullanma hırsızlığı halinde tatbik edilemeyeceğini ortaya koyacak hiç bir hukukî mesnet yoktur.

Kullanma hırsızlığı ile âdi hırsızlık arasında unsurların tahakkuk bakımından hiç bir fark olmadığını kabul ettikten sonra 523. maddenin fail hakkında tatbik edilmeyişi de tamamiyle kanuna aykırı ve fail aleyhine haksız bir durum yaratmaktadır. 523. madde mal aleyhine işlenen cürümler hakkında bir umumi hükümdür. Bu hüküm şartları tahakkuk ettiği takdirde, 491 - 493. maddedeki suçlara tatbik edilmektedir. Hâkim, 523. maddeyi tatbik etmek mecburiyetindedir. Kullanma hırsızlığı hakkında da 491 - 493. maddeler tatbik edildiğine göre, 523. maddenin bu halde de tatbiki kanunî bir mecburiyet olarak ortaya çıkmaktadır. Ceza Genel Kurulunun aksine kararı, hiç bir hukukî mesnede dayanmayan ve kanunun açık hükümlerine aykırı olduğu kadar kullanma hırsızlığı hakkındaki hukukî prensiplere de aykırı olan bir karardır. Ayrıca, bu şekilde Ceza Genel Kurulu kendi kendisiyle de çelişmeye düşmüştür. Zira, bir taraftan kullanma hırsızlığının suç teşkil ettiğini ve hırsızlık hükümlerinin tatbik edileceğini kabul etmekte ve hem de hırsızlık suçlarına ait genel hüküm olan 523. maddeyi tatbik etmemektedir.

b) - Gene yukarda belirttiğimiz gibi, failde iktisap maksadının olmayışı neticeyi değiştirmez. İstimal dahi faydalanmak mefhumuna dahildir. İktisap kararı ile hareket edip sonra malı iade eden kimse iade kararı, bir karar değişimi şeklinde ortaya çıktığı halde; kullanma hırsızlığında bu karar failin suçu işlediği sırada mevcut-

tur. Yani birinde iade kararı fiilin başında, diğerinde sonundadır. 523. maddenin tatbiki için gerekli olan malın iade veya tazmin edilmiş olması olduğuna göre, iade kararının başta veya sonda olmasının hiç bir önemi mevcut değildir.

Ceza Genel Kurulu, failin iade kararı ile hareket etmiş olmasını 523. maddenin tatbik edilememesi için bir sebep saymakla henr açık bir haksızlığa sebebiyet vermiş ve hem de kullanma hırsızlığını ayrıca düzenlemiş olan kanunların kabul etmiş bulunduğu hukuk prensiplerine aykırı hareket etmiştir. Zira, iktisap maksadıyla hareket edip, sonra malı iade kararını veren faile nazaran, fiili işlerken iade kararını taşıyan failin durumu daha hafiftir. Bu bakımdan, suçlar ve cezalar arasındaki nisbeti muhafaza bakımından, kullanma hırsızlarına daha haiff bir cezanın verilmesi gereklidir. 523. madde malın iadesi halini cezayı indirme sebebi olarak kabul etmekle bu esası benimsemiştir. Kullanma hırsızlığında iade kararı daha başta olduğu için, failin durumu malı iadeye sonra karar veren faile nazaran daha da hafiftir. Ceza Genel Kurulu ise tam aksi bir sonucu yaratmıştır. İktisap maksadı ile hareket edip malın iadesine sonra karar veren ve iade eden kimsenin cezasını 523. maddeye göre indirdiği halde; kullanıp iade etmek kasdıyla hareket eden ve kararını tabik eden faili 523. maddeden istifade ettirmektedir ki böylece kullanma hırsızısı daha ağır bir ceza ile, malı iade ettiği halde, cezalandırılmaktadır. Meselâ, iktisap maksadı ile hareket eden fail hakkında takibata başlanılmadan çaldığı malı iade etse, hırsızlığın basit şekline göre, asgarî iki ay hapse mahkûm olacaktır. Halbuki bir kullanma hırsızısı aynı şartlarla asgarî altı ay hapse mahkûm edilecektir. Bu durumda, görüldüğü gibi her bakımdan daha hafif bir durum daha ağır şekilde cezalandırılmış olmaktadır. İşte Ceza Genel Kurulunun vardığı sonuç ceza politikası bakımından böyle bir haksızlığa yol açmaktadır.

Kullanma hırsızlığını ayrıca düzenlemiş bulunan İsviçre, İtalyada Ceza Kanunları daima âdihırsızlığa nisbetle daha hafif cezalar tertip etmişlerdir. Meselâ, İsviçre Ceza Kanununun 143. maddesine göre hırsızlığın cezası 3 günden üç seneye kadar hapis iken; kullanma hırsızlığının cezası 3 günden üç seneye kadar hapis veya para cezasıdır. Suçun hafif olması hallerinde sadece her halü kârda para cezası verilebilmektedir ve fiilin hafif olduğu hallerde, kanunun 101. maddesine göre fiil kabahat teşkil etmekte, cürüm olmaktan çıkmaktadır. Aynı şekilde İtalyan 1930 Ceza Kanunu da 624. maddesinde âdi hırsızlık cürümleri için üç seneye kadar ağır hapis ve

300 lireden 5000 lirete kadar para cezası tanzim etmişken kullanma hırsızlığı için 626. maddede 1 seneye kadar hapis ve 50 lireden 2000 lirete kadar para cezası tayin etmiştir. Ayrıca âdi hırsızlık âmme dâvası yoluyla takip edilirken, kullanma hırsızlığının takibi şikâyete tâbi tutulmuştur. 1938 tarihli Fransız Ceza Kanunu Projesi de aynı yolu takip etmiş ve kullanma hırsızlığı için daha hafif cezalar tertip eylemişti. Görüldüğü gibi, dünya mevzuatında kullanma hırsızlığının cezası bakımından kabul edilmiş esaslara aykırı bir görüşü Ceza Genel Kurulu savunmuş olmaktadır.

2. CD. nin vermiş olduğu bir kararda da, kullanma hırsızlığının âdi hırsızlığa nisbetle daha hafif bir cezayı gerektirdiği belirtilmiştir. 2. CD. 18.12.1948 tarihli bir kararında, kullanma hırsızlığı hallerinde bu durumun takdiri hafifletici sebep teşkil etmesi gerektiğini belirtmiştir. 2. CD. ne göre, faillerin iade kararıyla hareket etmeleri, cezalarının indirilmesi bakımından takdiri hafifletici sebep teşkil etmelidir. Bu karar dahi, kullanma hırsızlığının âdi hırsızlığa oranla hafif bir durum olduğunu belirtmektedir.

Netice olarak Ceza Genel Kurulunun, daha hüsnüniyetli faili daha ağır ceza ile cezalandıracak bir görüşü savunduğunu belirtebiliriz.

c) 523. maddenin sevk sebebi dahi, Ceza Genel Kurulunun vardığı sonucun haksızlığını ortaya koymaktadır.

Bilindiği gibi 523. maddenin sevk sebebi bakımından iki görüş mevcuttur. Bunlardan biri, 523. maddeyi, failin pişmanlığına dayandırmakta ve bir nev'i faal nedamet hali olarak kabul etmektedir. Diğer bir görüş ise malın iadesi, zararın tazmini esasını kabul etmek suretiyle maddeyi izah etmektedir. Bu iki görüşten hangisi kabul edilirse edilsin, kullanma hırsızlığı hallerinde 523. maddenin tatbikine engel teşkil edecek bir durum yoktur. Yani, 523. maddenin mantığı, kullanma hırsızlığı hallerinde maddenin tatbikini gerektirmektedir. Zira,

523. madde, tazmin esasına müstenit kabul edilecek olursa kullanma hırsızlığı hallerinde mal iade edildiğine göre, kanunun istediği husus tahakkuk etmiş demektir; 523. maddeyi tatbik etmemekte bir fayda yoktur. Âdi hırsızlıkta, malın, suç failinin dışında bir kimse tarafından tazmini veya iadesini dahi 523. maddenin tatbiki için kâfi gören Temyiz Mahkemesinin (Tem. Tev. İçt. CGK., 29.6.1955 T., E. 10/K. 16 sayılı karar), sırf fail malı alırken iade

kasdıyla hareket etti diye 523. maddeyi tatbik etmemesi mantığa aykırı gelmektedir.

523. maddenin nedameti temin etmek veya nedameti mükâfatlandırmak esasına müstenit olduğunu kabul ettiğimiz takdirde de, maddenin kullanma hırsızlığı hallerinde tatbik edilmemesinde bir fayda mevcut değildir. Âdi hırsızlık hallerinde nedamet, iktisap maksadıyla alınan malın iadesi ile tahakkuk etmektedir. Fail, iktisap maksadından vazgeçmekle, o zamana kadar elde ettiği menfaatten vazgeçmiş değildir. Demek ki, ikinci görüşe göre, kanun sırf iktisap maksadından vazgeçmeyi cezanın indirilmesi için sebep saymıştır. Kullanma hırsızlığı halinde daha başlangıçta failde iade maksadı mevcut olduğundan, tâbir caizse, nedamet daha fiil işlenirken mevcuttur. Bu durumda da, 523. maddenin tatbik edilmemesi için sebep yoktur.

Netice olarak, 523. maddenin sevk sebebi bakımından da, kullanma hırsızlığı halinde maddenin tatbik edilmemesinde bir toplumsal fayda olmadığını belirtebiliriz.

d) Kanunumuz kullanma hırsızlığı hakkında özel hüküm koymadığı için, kullanma hırsızlığından bahsedebilmek için iadenin bilfiil tahakkuk etmiş bulunması şarttır. Failin aldığı malı iade kararında bulunması, kullanma hırsızlığının teşekkülü için kâfi değildir. Bu bakımdan, fail iade kararında olsa ve fakat iade edemedi yakalansa artık kullanma hırsızlığından söz açılmaz. Nitekim İtalyan Ceza Kanunu 626. maddesinde iadenin bilfiil tahakkuk etmiş olmasını aramaktadır. Bu bakımdan kullanma hırsızlığının tahakkuku için iade kararı kâfi olmayıp, bilfiil iadenin tahakkuku gereklidir. Bu prensibin neticesi olarak kullanma hırsızlığı halinde teşebbüs mümkün değildir. Zira iade şartı, ancak suç tamamlandıktan sonra tahakkuk edebilir. İade vâki olmamışsa, âdi hırsızlık suçu vardır. Âdi hırsızlık suçu dahi tamamlanmamışsa, fail iade kararında olsa dahi, âdi hırsızlığa teşebbüs vardır. Demek oluyor ki, kullanma hırsızlığının teşekkülü için, failin aldığı malı iade kararında bulunması ve iradî olarak malı iade etmiş olması şarttır.

Kanunumuz, kullanma hırsızlığı ile âdi hırsızlık arasında bir hüküm farkı tanımadığına göre, ya mal iade edilmiştir, ya da edilmemiştir. Mal iade edilmemişse, yukarda sözünü ettiğimiz esasa göre, zaten bir kullanma hırsızlığı yoktur. Mal iade edilmişse, hüküm farkı olmadığından, ister kullanma hırsızlığı, ister âdi hırsızlık olsun

523. maddenin tabiki icap etmektedir. Failin baştaki kararına göre, bu neticeyi değiştirmekte ne mâna ve ne de hukukî imkân vardır. Zira, failin baştaki kararı ne olursa olsun mal alınmış ve faydalanıldıktan sonra iradî olarak iade edilmiştir ve 523. maddenin tatbik şartları tahakkuk etmiştir.

Netice olarak, Ceza Genel Kurulunun kullanma hırsızlığı hallerinde 523. maddenin tatbik edilemeyeceği şeklindeki içtihadının hiç bir hukukî esasa uymadığını, yanlış ve kanunumuzun sarıh hükümlerini tatbik etmemek sonucunu doğuran bir karar olduğunu belirtebiliriz.

* * *

TCK. 463. madde - Haksız tahrik halinin şeriklere sirayeti

T. C.

YARGITAY

CEZA GENEL KURULU

Esas No.: 1/5

Karar No.: 5

Tarih : 13.3.1961

YARGITAY KARARI

Öldürülen B'nin sanıklardan H. K. nin karısı H. ye bir ay kadar önce söz atmasından sanık H. K. nin muğber olarak temin ettiği arkadaşları diğer sanıklardan M. P., C. E., ve H. K. ile birlikte kahvede tesadüf ettikleri B. in üstüne yürüyerek ellerindeki sopalarla başına vurup kafatasında çatlak ve kırık meydana getirerek müstakil faili belli olmayacak şekilde öldürmüş oldukları toplanıp karar yerinde incelenen ve münakaga edilen delillere göre sabit görülmüş, hâdise mahiyetine ve tahkikat neticelerine göre sanık H. K. hakkında kanuni azaltıcı sebep bulunduğu kabul edilmiş olup sanık H. K. ile sanık M. P. nin subuta, müdahilin azaltıcı sebebe matuf itirazları yerinde görülmemiş olduğundan reddiyle sanık H. K. hakkındaki hükmün 134 sayılı Af kanununun birinci maddesinin (C) bendi gereğince tayin olunan 12 sene ağır hapis cezasının 5 senesi indirilmek suretiyle onanmasına;

1 — Öldürülen B. nin sanıklardan H. K. nin karısına söz atmış olduğundan bahisle bu sanık lehine kabul olunan cezayı azaltıcı sebebin diğer sanıklar M. C. ve H. K. e teşmil edilmemesinin hukuki ve kanuni sebeplerinin izah ve irae olunmaması, kanuna aykırı olduğundan bahisle bozularak yerine geri çevrilmekte eski hükümdede ısrarı kapsayan 1.2.1961 günlü hükmün dahi temyizen incelenmesi C. Savcılığı tarafından süresinde verilen dilekçe ile istenilmesine mebni işbu dâva dosyası C. Başsavcılığının;

Usul ve kanuna uygun olan hükmün onanması isteğini bildiren 23.2.1961 günlü tebliğnamesiyle Birinci Başkanlık Dairesine gönderilmekte Ceza Genel Kurulunca incelenerek gereği konuşulup düşünöldü:

Karar:

Olayın mahiyetine ve yargılama safhalarına uygun bulunan bozma sebebi yerinde olup uymak gerekli iken yazılı şekilde eski hükümde ısrar edilmesi kanuna aykırı, C. Savcısının temyiz itirazları yerinde bulunduğundan tebliğnamedeki onama isteğinin reddiyle hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına oy çokluğu ile karar verildi.

Olay

B nin HK. nin karısı H ya söz atmasına sinirlenen HK., B yi öldürmek için temin ettiği arkadaşları M.P., C.E. ile birlikte söz atma olayından bir ay sonra B yi bir kahvede yakalamışlar ve üçü birlikte ellerindeki sopalarla B nin başına vürmek suretiyle kendisini öldürmüşlerdir. Edirne Ağır Cēza Mahkemesi sanıkları 463. maddeye mahkūm etmiş ve H.K. nin cezasını TCK. nun 51. maddesine göre indirmiştir. Temyiz Birinci Ceza Dairesi, diğer sanıkların cezalarının da 51. maddeye göre indirilmesi gerektiğini belirtmiş ve 463. maddeye göre vāki mahkūmiyeti tasdik eylemekle beraber bu noktadan hükmü bozmuştur. Mahalli mahkeme eski hükmünde ısrar eylemiş ve fakat Temyiz Başsavcısının hükmün tasdikini isteyen tebliğnamesine rağmen Ceza Genel Kurulu hükmün bozularak 51. maddenin diğer sanıklar hakkında dahi tabikini oy çokluğu ile kararlaştırmıştır.

Halli gereken hukukî meseleler

Özetini vermiş bulunduğumuz olay ve ilgili kazai kararlar incelendiği takdirde halli gereken iki hukuki meselelerin ortaya çıktığı görülmektedir:

- 1 — TCK. 463 maddesinin hangi hallerde tatbik olunabileceği;
- 2 — Şeriklerden biri için bahis konusu olan haksız tahrik halinden diğer şerikler de istifade ederler mi?

Kaza mercilerinin hal tarzı

Birinci problemin halli cihetinden kaza organları arasında bir ihtilāf mevcut değildir. B. yi öldüren faillerin hepsi, maddi unsurun gerçekleşmesi bakımından gerekli asli hareketleri icra ettikleri; diğer bir deyişle hepsi asli maddi fail oldukları halde Edirne Ağır Ceza Mahkemesi, her halde, öldürücü darbeyi vuranın kim olduğunu tesbit edemediği için failler hakkında TCK. 463. maddeyi tatbik eylemiştir. Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi dahi hükmün bu kısmını tasdik etmekle aynı görüşü benimsediğini ortaya koy-

muştur. Bu sonuca varmakla 463. maddenin tatbik alanı genişletilmiş olmaktadır. İştirak hükümlerine göre halli gereken durumlarda dahi 463. maddenin tatbiki yolu açılmıştır.

Halli gereken ikinci hukuki konu, haksız tahrik durumunun şeriklere geçip geçmeyeceği meselesidir. Müstereken işlenmiş bir suçta haksız tahrik hükümlerinden istifade eden şerik hakkındaki suça tesir eden bu durumun diğer şeriklerin cezalarına da tesir edip etmeyeceği kaza organları arasında ayrı hal suretlerine bağlanmıştır. Tetkik etmiş bulunduğumuz kararda gerekçeler gösterilmiş olmamakla beraber, Edirne Ağır Ceza Mahkemesi ve Temyiz Başsavcısı, tahrik halinin şahsa ait bir durum olduğunu ve müsterek faillerin bu suça tesir eden halden istifade edemeyeceklerini kabul etmiş bulunmaktadır. Buna karşılık, Temyiz Birinci Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu, tahrik halindeki indirmeden diğer şeriklerin de istifade etmesi gerektiğini belirtmişlerdir; bu sonuca varırlarken de gerekçelerini belirtmiş değillerdir. Sadece, tahrikin cezayı azaltıcı bir sebep olduğu ve prensip olarak bütün şeriklere tatbiki iktiza eylediği ileri sürülmüştür.

Kanaatimiz

Halli gereken hukuki meseleler bakımından kanaatlerimizi ayrı ayrı belirteceğiz:

a) 463. madde, esas itibariyle failin belli olmaması halinde değil, faillerin iştirak derecelerinin tayin edilememesi halinde tatbik edilebilmektedir. Birden ziyade failin birlikte bir suç işlemeleri halinde, neticenin tahakkuku bakımından faillerin iştirak durumları belli olmadığı takdirde ki ortaya çıkan sorumluluk problemini 463. madde halleylemektedir. Bu esas kabul edince, faillerden birinin iştirak derecesi belli olduğu takdirde, o şahıs için, 463. maddenin tatbik imkânı mevcut değildir. 463. madde, diğer tatbik şartları bir yana bırakılacak olursa, esas itibariyle, iştirak halinde olsun veya olmasınlar bir fiilin birden ziyade kimse tarafından işlenmesi halinde, esas neticeyi tahakkuk ettiren failin belli olmaması halinde tatbik edilebilir. Faillerden bir kısmının, neticenin tahakkuku bakımından sorumluluk payı belli olduğu takdirde, artık bu failler için 463. madde tatbik edilmez, diğerleri içinse 463. maddenin tatbik imkânı mevcuttur.

463. maddenin tatbiki bakımından, önemli olan faillerin hareketleri ile netice arasındaki illi rabitanın kurulabilip kurulamama-

sıdır. Bu illi rabıta kurulamadığı, daha doğrusu failin hareketinin netice üzerindeki etkisi tayin edilemediği takdirde ki, 463. maddenin tatbik imkânı ortaya çıkmaktadır. Faillerin hareketlerinden biri, neticeyi tahakkuk ettiren harekettir ve fakat bu hareketin kime ait olduğu bilinmemektedir. İşte bu halde 463. madde tatbik olunur. Buna karşılık, faillerden birinin hareketi ile netice arasındaki illi bağ kurulduğu takdirde, o fail için 463. madde tatbik olunamaz. Nitekim, 463. maddenin son fıkrası, fiili doğrudan doğruya beraber işleyenler hakkında 463. maddenin tatbik olunamayacağını belirtmektedir. Bu hüküm evleviyetle fiili irtikâp eden için de bahis konusudur. Fer'i faillerin iştirak durumları ise, çok zaman, belli olacağından bir ihtilâf ortaya çıkmayacaktır. Nitekim, iştirak halinde fiilin ikai halinden çok, iştirak olmaksızın fiilin çok fail tarafından işlenmesi halinde 463. madde tatbik imkânı bulunmaktadır. İştirak durumunda da, kimin asli kimin fer'i fail olduğunun belli olmaması halinde 463. madde tatbik edilir.

Neticenin tahakkuku bakımından faillerden hangisinin icra hareketine geçtiği hususunun sabit olmadığı hallerde de, 463. maddenin tatbik imkânı mevcut değildir. Zira bu halde, hareketin kime ait olduğu belli değildir ve faillerden hiç birinin cezalandırılmasına imkân yoktur. Nitekim Temyiz Mahkemesi bir kararında, iki failden tesbit edilemeyen birinin taş atarak suçu işlemesi halinde, failler için beraat kararı verilmesi gerektiğini kararlaştırmıştır (Tem. 4. CD., 6.5.1962 t., E. 4817/K. 1926 sayılı kararı). Gerçekten de, hareketlerin kime ait olduğu bilinmediği halde tek bir illi bağ vardır ve bunun kime ait olduğu bilinmemektedir. 463. maddenin tatbiki içinse, her failin hareket icrası ve fakat bu hareketlerle netice arasındaki bağın tesis edilememesi gereklidir.

Tetkik konumuz olan hâdisedeki duruma gelince, hâdisede dört fail'in hepsi, mağdura sopalarla vurarak kendisini öldürmüşlerdir. Burada, faillerin hepsi, maddi unsurun tahakkukunu sağlayan hareketleri yapmış olmaktadır. Bu durumda da, hepsi asli maddi fail durumundadırlar. Fiili irtikâp edendirler. Kanun, fiili doğrudan doğruya beraber işleyenlere dahi 463. maddeyi tatbik etmediğine göre, irtikâp edenler için 463. maddenin tatbiki hiç söz konusu olamaz. Mağdurun başına vuranlardan hangisinin darbesinin ölümü tevhit ettiği belli olmasa dahi netice değişmez. Zira neticeyi hangi vuruş temin ederse etsin, faillerin hepsi maddi unsura ait hareketi icra etmişlerdir. Netice bakımından iştirak dereceleri bellidir. Nitekim Temyiz Mahkememiz bir kararında, bir şahsı tabanca ve

bıçakla ayrı ayrı yaralayıp öldüren faillerin 463. maddeye göre mahkûm edilmelerini usulsüz bulmuş ve yaraların ayrı ayrı ölüm neticesini doğurabileceğini kabul etmiştir (Tem. 1. CD., 29.4.1949 tarih, E. 477/K. 858 sayılı kararı). Aynı esası tetkik ettiğimiz karar için de tatbik edebiliriz. Vurulan darbelerden her biri ölüm neticesini doğurabilir. Öyleyse asli maddi faildirler ve haklarında 463. maddenin tatbiki imkânı yoktur. Mahalli mahkeme ile Temyiz Mahkememizin varmış bulunduğu sonuç yerinde değildir.

b) Mesele, haksız tahrik sebebiyle vâki olacak indirimin şeriklere sirayet edip etmiyeceği meselesidir. Faillerden birinin haksız bir tahrikin tesiri altında suç işlemesi halinde, diğer şerikler de bu halden istifade edebilecekler midir?

Haksız tahrikin diğer şeriklere sirayet edemeyeceği, gayet açık bir husustur. Haksız tahrikin kabulündeki hukuki esas ve haksız tahrikin unsurları buna imkân vermediği gibi, iştirak halinde hafifletici sebeplerin şeriklere sirayeti hususunda kanunumuzun kabul eylediği sistem de buna mâni teşkil etmektedir.

Haksız tahrik, fail haksız bir fiilin tevliid ettiği teessür ve gazabın tesiri altında kaldığı, içindir ki umumî bir hafifletici sebep olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Demek oluyor ki, kanunun aradığı bir psikolojik durumun failde mevcudiyeti, cezanın indirilmesi için şarttır. Tahrike maruz kalmış olan failin dışındaki faillerde ise bu psikolojik durum mevcut değildir. Diğer faillerin bu hafifletici sebepten istifade edebilmeleri için bir sebep yoktur.

Kanunumuzun hafifletici sebeplerin şeriklere sirayeti bakımından kabul ettiği sistem de tahrikten bir hafifletici sebep olarak diğer faillerin istifadesine engel teşkil etmektedir. Zira, kanunumuz cezayı hafifleten şahsî hallerin ve sebeplerin şeriklere sirayet etmiyeceğini kabul etmiştir. Ancak şahısların da bu şekilde bir şahsî hafifletici sebep bulunanlar bu sebepten istifade ederler. Bu sarih hükümler karşısında, haksız tahrikin şeriklere geçip geçmiyeceğini düşünmek dahi gereği olmayan bir düşünce olmaktadır.