

# CEZA HUKUKUNUN GERÇEK KAYNAKLARI

Doç. Dr. ÖZTEKİN TOSUN

## İÇİNDEKİLER

Giris. 1 — Ahlâk; A) Ceza Hukuku ile ahlâkın sahalarını ortak sayan görüş, B) Ceza Hukukunun en mühim ahlâksızlıkları konu aldığı kabul eden görüş, C) Ceza Hukuku ile ahlâkın ortak sahaları olduğu gibi ayrı sahaları da bulunduğunu kabul eden görüş. 2 — Örf ve âdet. 3 — Zaruretler. 4 — Tabii hukuk. 5 — Nasafet. 6 — İctihat. 7 — Doktrin. 8 — Ekonomik cereyanlar. 9 — Sosyal cereyanlar. 10 — Dini cereyanlar. 11 — Siyasi cereyanlar. Netice.

### Giriş

Suç, hukuk kaidesinin ihlâli halinde ceza denilen müeyyideyi gerektiren fiil olarak tarif olununca, bu hukuk kaidesinin daha doğrusu ceza hukuku kaidesinin üzerinde durulması gerektiği açıktır. Ceza hukuku kaideleri acaba nasıl meydana gelmişler, hangi tesirler altında olmuşlardır, bunların menşe'leri nelerdir diye düşünüldüğünde, ceza hukukunun gerçek kaynakları (fonti sostanziali) bahis konusu olmaktadır. Ceza kaidelerini nerelerde bulabiliriz şeklindeki bir soru da ceza hukukunun şekli kaynakları (fonti formali) meselesini ortaya koymaktadır. Ceza hukukunun şekli kaynakları üzerinde hukukçular daha fazla durmuş görünmektedirler. Şekli kaynaklar, yürürlükte olan ve suçları ve cezalarını gösteren kanunlar, nizamnameler, v.s. gibi hukuk kaidelerinin kendileridir. Buna mukabil gerçek kaynaklar bu hukuk kaidelerinin muhtevasını, malzemesini teşkil eden hususlardır.

Bir çok müellifler, gerçek kaynakların üzerinde durmayı hukuk dışı (= meta-giuridico) bir mesele saymışlardır. Bazıları ise, gerçek kaynak olarak sadece ahlâk ve tabii hukuk üzerinde durmakla yetinmişlerdir (meselâ, Bettiol). Gerçek kaynaklar, aslında, kanun nizamname, v.s. şeklinde hukuk kaidesi haline gelen kaidelerin malzemesini teşkil etmesi bakımından bunlardan daha evvel mevcut

bulunmakta olduklarından, bunların üzerinde durmayı Cavallo gibi (Bk. *Diritto Penale, Parte generale. Napoli, 1948, C. I, s. 188 ve müt.*) uygun bulmaktayız.

Ceza hukukunun gerçek kaynakları arasında, en başta ahlâk olmak üzere, örf ve âdet, içtihat, zaruretler, tabii hukuk, doktrin, nasafet, ekonomik, sosyal, dini ve siyasi cereyanlar üzerinde durmak istiyoruz.

## 1 — Ahlâk

Ahlâk kaidelerinin ceza hukukunda kaynak olduğu hususunda bütün müellifler müttelik olmamakla beraber, hemen hemen her ceza hukuku kitabında ceza hukuku ile ahlâkın münasebetleri üzerinde durulmak suretile, onun kaynak olduğu, belki farkında olmadan kabul edilmiş bulunmaktadır. Ceza yazarlarının bu mevzuda ayrıldıkları nokta, bu münasebetlerin derecesinin tâyinindedir. Bunlardan bir kısmına göre, bütün suçlar ahlâka aykırı fiillerdir; bir kısmına göre, en mühim ahlâksızlıklar suç olup, o kadar mühim olmayanları suç değildir; nihayet bir kısmı bazı suçların aynı zamanda ahlâksızlık teşkil eden hareketler olduğunu kabul ederken, bazı suçların ise ahlâkla ilgili olmadığını kabul etmektedirler. Görüldüğü gibi, cezacılar arasında ahlâk ile hukukun hiç bir ilgisi bulunmadığını iddia eden çıkmamıştır. Filozoflar arasında ise, ahlâk ile hukukun birbiri ile ilgisi olmadığını ileri sürenler çıkmıştır. Meselâ, Thomasius, Devletin vicdan hürriyetine müdahalesini önlemek için, hukukun dış hayatımızı, ahlâkın ise iç hayatımızı tanzim ettiğini, bu iki disiplinin birbirile ilgili olmadığını iddia etmişti. Bu fikir sonradan Kant tarafından işlenmiş, talebesi Fichte'de en aşırı şeklini bulmuştur. Fakat hiç bir cezacı bu fikre iltifat etmemiş, bütün cezacılar, ahlâkın ceza hukukuna kaynak teşkil ettiğini kabul etmişler, fakat bunun derecesi, ölçüsü üzerinde ihtilâfa düşmüşlerdir.

Şimdi bu görüşleri daha yakından inceliyelim.

### A) Ceza Hukuku ile ahlâkın sahalarını ortak sayan görüş

Bu görüş en eski olanıdır; ahlâka aykırı her fiilin cezalandırıldığını yani suç olduğunu, suç olan her fiilin de ahlâka aykırı olduğunu kabul etmektedir. Tarihen en eskisi olmasına rağmen ceza hukuku tarafından suç olarak kabul edilmiş fiillerin ahlâka da aykırı olduğunu bugün bile müdafaa eden müellifler bulunmaktadır. Rossi,



Fessina ve Lanza bu fikre taraftardır<sup>1</sup>; daha yeni İtalyan cezacılarından Maggiore ve Bettiol da aynı fikirdedirler. Maggiore, ceza hukuku kaidelerinin aslında ahlâk kaideleriyle aynı mevzuu tanzim ettiklerini, ahlâk kaidelerinin zaman içinde değişmelerine mukabil, ceza hukuku kaidelerinin muayyen bir tarihî andaki ahlâk kaidelerini âdeta dondurduğunu söylemektedir<sup>2</sup>; netice olarak Maggiore hukukun statik, hareketsiz bir hale sokulmuş, kaide haline getirilmiş ahlâk olduğunu, bu bakımdan her ikisi arasında bir mahiyet farkı bulunmadığını iddia etmektedir.

Bu görüş taraftarlarına göre, hukuku ahlâktan ayırmak, kanun vazının keyfiliğine imkân vermek olur<sup>3</sup>; ahlâka uygun bir hukuk nizamı cemiyetin kendi içinden çıkmış bir hukuk nizamı olacağı için daha kolaylıkla benimsenir, bu sayede hukuktaki cebrilik azalmış olur. Suç aynı zamanda ahlâksızlık da olunca, ferdler suçların takibinde Devlete yardımcı olurlar, ona karşı gelmeğe kalkışanlar azalır<sup>4</sup>.

Ceza hukuku kaidelerinin ahlâk kaideleri ile ayniyet arzetmesi sayılan faydaları temin etmekle beraber, bazı mahzurlar da doğurmaktadır. Her şeyden evvel, ahlâk kaideleri o kadar fazladır ki, bir kere bütün bunları suç olarak kanunlara koymak başlı başına bir meseledir; bir an için bunun yapılabildiği düşünülse bile, ahlâk kaideleri o derece kaypak ve seyyaldir ki, daima ceza kanunlarının değiştirilmesi durumu hasıl olacaktır. Ayrıca, ahlâk kaideleri pek fazla olduğu için, suçlar da pek fazlalaşacak, takip imkânsızlığı hasıl olacaktır. Netice olarak, bütün ahlâksızlıkların suç sayılması halinde, hem ferdi hürriyet çok tahdit edilmiş olacak, hem de takibat yapılması güçleşecektir.

B) Ceza Hukukunun en mühim ahlâksızlıkları konu aldığı kabul eden görüş

Bu görüş de, yukardaki gibi, ceza hukukunun tarif ettiği suçların hepsinin netice itibariyle ahlâka aykırı olduğunu kabul etmektedir; fakat, bütün ahlâksızlıkların suç olduğunu kabul etmemekte, ancak pek mühim ahlâksızlıkların suç sayıldığını ileri sürmektedir.

Bu görüş, Jellinek'in hukuk tarifine dayanmaktadır; Jellinek

[1] Sabatini: Istituzioni di diritto penale. Catania, 1946, C. I, s. 37, not 1.

[2] Maggiore: Diritto penale. Bologna, 1949, s. 16-20.

[3] Bettiol: Diritto penale. Palermo, 1945, s. 66.

[4] Kunter: Suç ve sosyal telâkkiler (Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, 1949, s. 301).



hukuku asgarî ahlâk olarak kabul etmektedir; hukuk kaideleri de ahlâk kaideleri gibi cemiyetteki düzeni temin etmektedir; bu bakımdan iki grup kaide arasında mahiyet ve fonksiyon bakımından fark yoktur. Ahlâk ile hukuk kaideleri arasındaki yegâne fark, hukuk kaidelerinin ahlâkın menettiği bütün fiilleri menetmemesi, fakat cemiyet içinde ferdlerin bir arada yaşayabilmeleri için yeter miktarda olanı menetmekle iktifa etmesidir. Hukuk, medenî bir hayata yetecek asgarî ahlâklılığı temin için, en mühim ahlâksızlıkları müeyyide altına almaktadır<sup>5</sup>. Jellinek'in bıraktığı bu noktadan hareketle, İtalyan cezacılarından Manzini, madem ki, hukuk asgarî ahlâkı müeyyide altına almaktadır, ceza hukuku da hukukun diğer müeyyideleri ile önlenemiyen fiilleri suç saymaktadır, o halde ceza hukuku asgarî ahlâkın da asgarisini mevzu olarak kabul etmektedir neticesine varmaktadır (Teoria del minimo entico = En az ahlâkilik nazariyesi)<sup>6</sup>.

Netice itibariyle, bu görüşe göre, bir kısım ahlâksızlıklara hukuk yabancı durmaktadır, bunları ika edenler hiç bir hukuk müeyyidesine maruz kalmamaktadırlar. Meselâ, çok zengin bir kimsenin hakikaten fakir bir komşusunun yardım talebini reddetmesi halinde durum böyledir. Diğer bir kısım ahlâksızlıklar ise cemiyetin nizamını daha ağır bir şekilde ihlâl ettikleri için hukukun müdahalesine lüzum görülmektedir; meselâ, aldığı borç parayı zamanında ödemiye kimse bunu ödemeğe icbar edilebilmektedir. Yalnız görüldüğü gibi, hukuka aykırı her fiil hemen cezayı gerektirmemekte, başka müeyyideler tatbik edilmektedir. Bu cezadan gayri müeyyidelerle de önlenemiyen daha tehlikeli fiiller suç sayılmaktadır; meselâ, başkasının malını çalan kimse, hem çaldığı malı iadeye mecbur edilmekte, hem de cezalandırılmaktadır. Demek ki, suç en mühim sayılan ahlâksızlıkları önlemek için cezalandırılan fiildir.

İtalyada Manzini'den başka, Grispigni<sup>7</sup>, Fransada Bouzat<sup>8</sup> da bu fikirdedirler.

Bu görüş, kanun vazı'larının keyfi hareketini, yani her istedikleri fiili suç saymasını önlemektedir. Bunun gibi, suç sayılan fiiller maşerî (collektif) vicdan tarafından da hoş görülmediklerinden, vatandaşların ceza kanunlarına riayetleri daha kolay sağlanmakta-

[5] Arsal, Sadri Maksudî: Hukukun umumî esasları, s. 68.

[6] Manzini: Trattato di diritto penale italiano. Torino, 1950, C. I, s. 8.

[7] Grispigni: Diritto penale italiano, Milano, 1952, C. I, s. 230.

[8] Bouzat: Manuel de droit pénal. Paris, 1951, s. 5.



dır. Nihayet, bütün ahlâksızlıklar değil de, sadece en mühimleri suç sayılmış olduğu için, bunların takibi de mümkün olabilmektedir.

Böyle olmakla beraber, yaşayan ve tatbik edilen hukuka bakıldığı takdirde, bu görüşün her zaman doğru olmadığı anlaşılmaktadır. Ceza kanunları tarafından suç sayılmış bütün hareketlerin aynı zamanda ahlâksızlık olduğunu kabul her zaman mümkün değildir. Bilhassa siyasi suçların ahlâki bir temele dayandığı daima iddia edilememekte, bunun gibi, taksirli suçlar ve kabahatler ahlâksızlık teşkil ettiklerinden dolayı suç sayılmıştır, denilememektedir. Meselâ, kendi memleketi namına hayatını tehlikeye koyarak bazı sırları elde etmeğe çalışan kimse, casus olarak cezalandırılmaktadır, fakat bu hareketi ahlâka aykırı değildir; otomobilini zamanında durduramadığı için bir kimseye çarpan kimse cezalandırılmaktadır, fakat bir ahlâksızlık yaptığı söylenemez; nihayet, rühsat almadan matbu kâğıt dağıttığı için hakkında Türk Ceza Kanununun 543. maddesindeki kabahat cezası verilen kimsenin de ahlâka aykırı hareket ettiği söylenemez. Bütün bu hareketler karşısında toplumda «aman ne ayıp!» diye bir reaksiyon meydana gelmemektedir; bir fiilin ahlâka aykırı olup olmadığını ise bu suretle anlamamız mümkündür.

Demek ki, bu görüşün ilk eksik tarafı, suç teşkil eden bütün fiillerin aynı zamanda ahlâksızlık da teşkil ettiği neticesine götürmesidir; halbuki realitede ahlâksızlık teşkil etmeyen bazı fiiller de suç olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.

Bundan başka, bugün artık Devletlerin vatandaşları, belki bazı hallerde arzuları hilâfına terakki ettirmek vazifeleridir; muayyen bir zümre tarafından ahlâka aykırı sayılmayan fiiller meselâ kan dâvası sebebiyle adam öldürmeler, cezalandırılmaktadır; Devlet vatandaşlarında yeni bir ahlâk telâkkisi yaratmak mecburiyetindedir; bu görüş içinde kalındığında böyle bir mecburiyet yerine getirilemez olur<sup>9</sup>.

C) Ceza Hukuku ile ahlâkın ortak sahaları olduğu gibi ayrı sahalarının da bulunduğunu kabul eden görüş

Ceza hukuku tarafından cezalandırılan, suç sayılan bir çok fiiller, meselâ adam öldürme, ırza geçme, hırsızlık, zina, v.s. aynı zamanda en ağır ahlâksızlıklardır. Bu durumlarda, ahlâk ceza hukukunun kaynağını teşkil etmektedir.

[9] Antolisei: Manuale di diritto penale, Milano, 1955, s. 6.

Buna mukabil, bir çok ahlâksızlıklar vardır ki, bunlar ceza hukukunca suç sayılmamışlardır. Meselâ, fahişelik umumiyetle ahlâksızlık sayılmakla beraber, bir takım sebepler yüzünden Devlet bunu bir meslek olarak tanımakta, bazı kayıt ve şartlarla cezalandırmamaktadır. Bunun gibi, yakın akraba arasında mal aleyhine işlenen bir takım suçlar suç siyaseti bakımından takip ve tecziye olunmamaktadır, halbuki bunlar belki de diğerlerinden daha ziyade ahlâka aykırıdırlar<sup>10</sup>. Nihayet, meselâ memleketimizde çok büyük ahlâksızlık sayılmakla beraber, aynı cinsten olan kimseler arasındaki cinsî münasebetler gibi, pek yakın akraba arasındaki fücür denilen cinsî birleşmeler suç teşkil etmemektedir.

Suç sayılmayan ahlâksızlıklar olduğu, ahlâksızlık teşkil etmeyen suçlara da rastlanmaktadır. Defter tutmayan otelcinin fiili ayıp sayılmamakta, fakat cezalandırılmaktadır; bir çok kabahatlerin, bilhssa taksirli suçların, siyasi suçların bir çoğunun, mali ve iktisadi gayelerle ihdas olunan bir çok suçların ahlâkla bir ilgisi olmadığı görülmektedir.

Kanaatimizce, Türk hukukunda Taner, Dönmezer - Erman, Fransada Garçon, İtalyada Pannain ve Antolisei tarafından kabul edilen bu görüş en isabetlisi olsa gerektir.

Hülâsa etmek icap ederse, ahlâk ile hukukun tamamıyla birbirinden ayrı daireler şeklinde gösterilmesi yanlışdır. Fakat bunların merkezleri ve kenarları aynı olan iki daire şeklinde de gösterilmesinde isabet yoktur; çünkü her suç ahlâksızlık her ahlâksızlık da suç değildir. Ahlâkın büyük bir daire, hukukun ise onun içinde daha küçük bir daire şeklinde gösterilmesi de hatalıdır; hukukun ahlâk ile ilgili olmayan tarafları da vardır. Hukuk ile ahlâkın kesişen iki daire şeklinde gösterilmesi şematik olarak bunların münasebetlerini en iyi aksettiren bir şekil olmaktadır; bu suretle hukuk ile ahlâkın müşterek, ortak tarafları olduğu gibi, müstakil ayrı tarafları olduğu da kolaylıkla hatırdakalmaktadır.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ

DEVLETLER HUKUKU ENSTİTÜSÜ

## 2 — Örf ve âdet

Hukuk kaidelerinin yazılı hukuk kaidesi haline geçmeden evvel örf ve âdet kaideleri şeklinde tatbik edildiği bir hakikattir; hemen hemen her hukuk kolunda, evvelâ örf ve âdetin teşekkül ettiği, son-

[10] Taner: Ceza Hukuku, İst. 1953, s. 8-9; Dönmezer - Erman: Nazarî Ceza Hukuku, İst. 1959, C. I, s. 145; Garçon: Droit pénal. Paris, 1922, s. 131; Pannain: Manuale di diritto penale, Roma, 1942, s. 16.



radan bunların yazılı hale getirildiği görülmektedir. Bu bakımdan, yani yazılı hukuk kaidelerinin esasını teşkil etmiş bulunması bakımından, bir çok hukuk kaidelerinin evvelce örf ve âdetten madut esaslardan ibaret olduğu anlaşılmakta ve böylece örf ve âdetin gerçek kaynaklar arasında bulunduğu kabul edilmek gerekmektedir.

Örf ve âdet kaideleri, uzun zamandanberi kendisine uyulmakta olan ve uyulmasının da mecburi olduğu kabul edilegelen bir takım hattı hareket kaideleridir. Demek ki, bunlarda devamlı olmak gibi bir maddi unsur ve kendisine uyulması gerektiği gibi bir manevi unsur bulunmaktadır.

Örf ve âdet kaidelerinin bir kısmı kanuna aykırıdır; meselâ kan dâvaları hususundaki örf ve âdet, devamlı olarak yıllar yılı tatbik edilegelmektedir; fakat kanun bunu cezalandırmaktadır. Bu nevi, kanuna aykırı (contra legem) örf ve âdetin kaynak sayılamıyacağı aşikârdır. Bir kısım örf ve âdet de kanun tarafından kabul edilmiş bulunduğundan, bunların kanundan farkı yoktur; bu nevi örf ve âdet, sadece şekli kaynakları kabul edenlere göre, kaynak sayılmazken, bize göre, gerçek kaynaklardandır. Meselâ, caddede donla dolaşmak suç teşkil eden bir fiildir; fakat plâjda olursa, suç teşkil etmemekte, hattâ bazı yerlerde denize çıplak girmek bile cezalandırılmamaktadır; bu durumlarda, ahlâk ve âdaba aykırı hareketleri tâyin ederken teessüs etmiş örf ve âdete göre bir neticeye varılmaktadır. Bunun gibi, kanundaki aile efradına pek fena muamelelerde, inzibat ve terbiye vasıtalarının suiistimalinde fiilin suç teşkil edip etmediğini tâyin ederken daima örf ve âdete müracaat edilmesi gerekecektir.

Bazı hallerde örf ve âdetin, hukuka uygunluk sebebi sayıldığı, müşahhas hâdisede fiilin suç teşkil etmesine mâni olduğu görülmektedir; bayram günleri geç vakitlere kadar devam eden gürültü, patırdı ve şamata cezalandırılmamakta, memurun filigranlı Devlet kâğıtlarını hususî bazı işlerde kullanması zimmet suçuna mahal vermemektedir; bu hallerde, sözü geçen fiillerin cezalandırılmayacağına dair kanunlarda bir kayıt bulunmamasına rağmen, örf ve âdete dayanılarak bunlar suç kabul edilmemektedirler. Sadece şekli kaynaklar üzerinde duran müelliflerin bazıları, ancak bu halde örf ve âdete ilga edici bir kuvvet tanıyarak, menfi mânada kaynak saymaktadırlar<sup>11</sup>. Bu hallerde kanun vazının bu durumları cezalandırmak

[11] Meselâ, Dönmezer - Erman: s. g. e., C. I, s. 144; Antolisei: s. g. e., s. 49; Grisplgni: s. g. e., C. I, s. 315, v. s.



isteseydi, ayrıca tasrih etmesi gerekirdi diyenler olduğu gibi, örf ve âdetin hukuk kaidesi olması bakımından, bir hukuk kaidesince cevaz verilmiş bir fiilin diğer bir hukuk kaidesince menedilmiş bulunmasının kabul edilemeyeceği de ileri sürülmüştür.

### 3 — Zaruretler

Gerçek kaynaklar üzerinde durmayan müellifler yani sadece şekli kaynaklara kaynak diyenler tabiatıyla zaruretlerin kaynak olabilmesini reddetmektedirler. Çünkü, bunlara göre, zaruretler bazı hukuk kaidelerinin (tabii şekli kaidelerin) meydana getirilmesinde bir vesile, sebep olabilirler; fakat bu yüzden kaynak vasfını alamazlar<sup>12</sup>. Bunların hakkı vardır; zaruretler şekli kaynaklardan değildir; fakat bunlar gerçek kaynaklar arasındadır. Şöyle ki, evvelce ceza hukuku dışında kalan hukuk branşları tarafından himaye edilmekte olan bazı menfaatlerin gereği şekilde korunamadığı görüldüğünde, yani zaruret halinde, bunların cezaî himayeye mazhar kılınması yolu tutulmaktadır; yahut bazı suçların cezaları az görülerek daha ağır cezalar kabul edilmektedir. Meselâ, hileli yollardan gitmek suretiyle hazinenin büyük zararlara uğramasına sebep olanların bu fiillerini vergi cezaları ile önliyemediğini gören Devlet, hileli vergi suçlarını ihdas etmiş ve bu fiilleri cezalandırmak yoluna gitmiştir; bunun gibi, adam öldürme fiillerinin artması karşısında, son çare olarak cezalar ağırlaştırılmıştır; kan dâvaları sebebiyle adam öldürme fiillerini önleyebilmek için, bu fiilleri işleyenlere ölüm cezası kabul edilmiş, ayrıca hem failin, hem de mağdurun yakınları hakkında sürgün cezasını andıran bazı emniyet tedbirleri kanunlaştırılmıştır.

Teknik imkânların fazlalaşması sebebiyle, İş hukuku, hava hukuku gibi yeni bir takım hukuklar meydana geldikçe, bunları tanzim eden kaidelerin de cezaî müeyyide ile teçhizi zaruretleri yeni suçlara mahal vermektedir.

### 4 — Tabii hukuk

Umumiyetle müelliflerin tabii hukuku kaynak olarak kabul etmedikleri görülmektedir<sup>13</sup>. Şekli kaynaklardan başka hukuk

[12] Manzini; Trattato di diritto penale italiano. Torino, 1950, C. I, s. 262;

Pannain; Manuale di diritto penale. Parte generale. Roma, 1942, s. 87.

[13] Meselâ, Ranieri, Antolisei, Grispigni, Petrocelli, v.s.



kaynağı üzerinde durmayan bu müelliflerin hareketleri mantıkidir; tabiatile bunun mantıkî olması gerçek kaynaklar üzerinde duranları tabii hukuku da kaynak saymakta haksız kabul etmek için sebep olamaz. Nitekim, gerçek kaynaklara yer ayırmış bulunan Bettiol ve Cavallo tabii hukuku kaynak olarak zikretmektedirler<sup>14</sup>. İdeal veya tabii hukuk, müspet hukuka model vazifesini gören akli prensiplerdir ve müspet hukuk daima ideal hukuku imkân nispetinde aksettirmelidir.

### 5 — Nasafet (Equità)

Nasafet hukuk kaidelerinin müşahhas durumlara uydurulmasıdır. Umumiyetle hukukun yalnız şekli kaynakları üzerinde duran yazarların nasafetin kaynak olmadığını ileri sürdükleri görülmektedir<sup>15</sup>. Hukuk kaidelerinin objektif, mücerret, umumî olması, herkese eşit olarak tatbik edilmesi lâzım gelmekte ise de, müşahhas durumları nazarı itibara alarak farklı davranılması, bazı istisnalar kabul edilmesi nasafet icabıdır. Nitekim, cezaların ferdileştirilmesi, takdiri hafifletici sebepler, hâkimin cezayı aşağı ve yukarı hadler arasında tâyin ederken takdir salâhiyetini haiz olması gibi durumlar bahis konusu olduğu hallerde kanun vazının nasafet kaideleri icabı, bu hususları şekli kaynak haline getirdiği bazı müelliflerce kabul edilmektedir<sup>16</sup>.

### 6 — İçtihat

İçtihat, mahkemelerin kanunları müşahhas olaylara tatbik etmesile hasıl olan mahkeme hükümleridir. Mahkemeler kanunları tatbik ederken birbirinden müstakil hareket etmek yetkisini haiz olduklarından, bir mahkeme başka bir mahkemenin bir olayı hallettiği gibi halletmeğe mecbur değildir. Bu bakımdan, sadece şekli kaynaklar üzerinde duran yazarların mahkeme içtihatlarının kaynak olmadığını ileri sürmeleri makûldür<sup>17</sup>. Fakat, mahkemelerin tatbikatı neticesinde bazı fiillerin zararlı olmalarına rağmen niçin suç teşkil etmediği hususu daha iyi anlaşılacak kanunların bu suretle

[14] Bettiol, s. 64; Cavallo, s. 196.

[15] Meselâ, Antolisei, Pannain, Grispigni, Petrocelli, Ranieri, Vannini.

[16] Meselâ, Manzini: C. I, s. 265; Frosoli: C. I. s. 263.

[17] Meselâ, Antolisei, Petrocelli, Pannain, Manzini, Grispigni, Ranieri, Vannini, v.s.

boşluklarının meydana çıkması ve bu fiillerin icabında suç haline getirilmesi imkân dahiline girmektedir.

1928 İspanya Ceza Kanununun mahkeme içtihatlarına gerçek kaynak olarak sarahaten kıymet verdiği görülmektedir. Bu kanunun üçüncü maddesinde aynen şu hüküm yer almış bulunmaktadır<sup>18</sup>: «Mahkeme cezalandırılması gereken, fakat kanunda tecziye edilmiş olan bir fiille karşılaştığı takdirde, nihai hükmünde, bu fiilin cezalandırılması hususundaki gerekçelerile, fiili Hükûmete bildirmek mecburiyetindedir.

Aynı şekilde, mahkeme, hükmün infazını geri bırakmamak şartıyla, cezalandırılması gereken bir icrai veya ihmali fiilin kendi takdirine göre cezalandırılmamasını yahut suçlunun ahlâki redaeti, içtimai tehlike ve suçun sebep olduğu zarara nisbetle verilen cezanın ehemmiyetli surette aşırı olduğunu, münasip olanı izah ve teklif etmek suretiyle, Hükûmete bildirmelidir.»

Görüldüğü gibi, bilhassa ceza kanunlarının hususî kısımlarının ikmal edilmesi, tamamlanması mevcut hükümlerinin tatbikatta görülebilecek eksikliklerinin anlaşılması mümkün olabilmektedir. Bu bakımdan, mahkeme içtihatlarının müspet hukuk için gerçek kaynak teşkil edebildiği görülmektedir. Nitekim, gerçek kaynaklara yer ayırmayan bazı yazarların bu hakikati gözönünde tutarak, içtihatları dolayısıyla de olsa, kaynaklar arasında göstermekten vazgeçemediklerine rastlanmaktadır<sup>19</sup>.

İçtihatları, İçtihadı birleştirme kararları (tevhidi içtihat kararları) ile karıştırmamak lâzımdır. Çünkü, İçtihadı birleştirme kararları, bizim hukukumuzda, «Temyiz Teşkilâtına dair 1221 numaralı kanun» un 1953 yılında 6082 sayılı kanunla değiştirilmesindenberi, mahkemeleri bağlamakta yani kanun kuvvetini kazanmış bulunmaktadır. Bu bakımdan, İçtihadı birleştirme kararları artık gerçek kaynak değil, şekli kaynaklar arasında sayılmaktadır. Bu kararlar Devletin iradesinin bir izhar, tezahür, açıklama vasıtası olmuş bulunmaktadırlar.

## 7 — Doktrin

Birçok müellifler doktrini kaynak olarak kabul etmemektedir-

[18] İspanyol kanununun bu hükmü için Bk. Beckaert-Lilar: De l'incrimination judiciaire accessoire (Revue internationale de droit pénal, 1937, s. 166-167).

[19] Dönmezer - Erman: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. Umumi Hükümler, İstanbul, 1959, C. I, s. 146.



ler<sup>20</sup>. Bunlara göre, doktrin hukuku tanıma vasıtası yahut da pozitif hukukun incelenmesinden ibarettir; fakat kaynak değildir. Sadece şekli kaynaklar üzerinde duran müelliflerin bu hareket tarzı sistemlerine aykırı düşmemektedir. Gerçek kaynaklara da yer vermiş bulunduğumuzdan, biz, doktrinin de, tıpkı içtihat gibi, pozitif hukukun kaynağı olabileceğini, icabında bunun tesiri altında hukuk kaidelerinde değişiklikler yapıldığını gözönünde tutarak, kabul etmekteyiz. Sadece şekli kaynaklar üzerinde durduğu görülen bazı müelliflerin doktrini bizim anladığımız mânada kaynak olarak kabul ettiğine de rastlanmaktadır<sup>21</sup>.

### 8 — Ekonomik cereyanlar

Ekonomik cereyanların ceza hukuku üzerinde tesir ettiği bilhassa zamanımızda pek açık bir şekilde müşahede edilmiştir. Meselâ, İtalyada Faşizmin kabul edilmesile, Rocco kanunu evvelce suç olmayan bir takım fiilleri, sırf faşist ekonomik nizamını himaye ettiği için, tecrim etmiş, âmme ekonomisini alâkadar eden fiillere ayrı bir yer tahssi etmiştir. Bunun gibi, buhranlı hallerde evvelce suç sayılmayan bir çok fiillerin, sırf o zamanların iktisadî durumunu muhafaza etmek için, cezalandırıldığı görülmektedir. Bizde Millî Korunma Kanununun bir çok fiilleri tecrim etmesinin sebebi, memleketin içinde bulunduğu ekonomik duruma ve o durumdaki zihniyete bağlanmalıdır<sup>22</sup>.

### 9 — Sosyal cereyanlar

İçtimai müesseselerin şu veya bu şekilde olması hususunda ferdlerin sahip olduğu fikirler bazen kuvvetlenir ve muayyen cereyanlar halini alabilir. Bu durumlarda, müesseseler sözügeçen fikri cereyanlara uydurulur; bu arada ceza kanunları da ekseriya revizyona tâbi tutulur.

Ailenin sosyal organizasyonun nüvesi olduğu hakkındaki fikirler aile nizamı aleyhine işlenen suçların ihdasına sebep olmuş olduğu gibi, milliyetçilik ve harpçilik fikirleri de ırkın sağlığı ve tümlüğü aleyhine işlenen fiillere mahal vermiş, fazla nüfusla daha kolay harp

[20] Meselâ, Pannain, Petrocelli, Ranieri, Vannini, v.s.

[21] Meselâ, Dönmezer - Erman: s.g.e. ve cilt, s. 149-150.

[22] İktisadî suçların gelişimi hakkında, Bk. Tosun: Fiyat nizamını ihlâl suçları. İstanbul, 1960.

edileceği için çocuk düşürtme bir yana, doğum kontrolü lehinde propagandalar bile cezalandırılmıştır.

### 10 — Dini cereyanlar

Din karşısında, topluluk veya Devletin tutumu değıştikçe, ceza kanunlarının da buna uygun olarak değıştiği görülmektedir. Dini esaslara müstenit bir Devlet nizamında suç teşkil etmiyen bir takım fiillerin, lâik bir Devlet nizamında suç teşkil ettiği görülmektedir. Meselâ, Devlet nizamlarını dinî esaslara uydurmak bugün lâik bir Devlet nizamı kabul eden memleketimizde cezalandırılmakta (T.C.K., m. 163), dinî mevzuları âlet ederek nüfuz temini suç sayılmış bulunmaktadır (Vicdan ve Toplantı Hürriyeti hakkında 6187 sayılı kanun, m. 1).

### 11 — Siyasi cereyanlar

Liberal esaslara dayanan bir Devlet nizamının ceza kanunu, aynı devlette bu esaslardan ayrıldıktan sonra aynı kalamamaktadır. 1950 den itibaren memleketimizde otoriter bir Devlet nizamına doğru kayış, ceza hukuku sahasında da kendisini göstermiş, ceza kanunlarında evvelce rastlanmayan bazı suçların ihdası ile karşılaşmış (meselâ, 6334 sayılı kanundaki suçlar), Bakanlar aleyhine işlenen suçların daha kolay takip edilebilmeleri için şikâyet şartı kaldırılmış, bu iş savcılara yükletilmiş, neşir yasaklarının cezaları arttırılmıştır, v.s. Bütün bunlar, siyasi cereyanlarla ceza kanunlarının ne kadar sıkı ilgisi olduğunu göstermektedir.

### Netice

Ceza hukukunun gerçek kaynakları ceza hukuku kaidelerinin zaman ve mekân içinde nasıl ve ne için değıştiğini anlamak bakımından bize ışık tutmaktadır. Bu bakımdan, ceza hukuku incelemelerinde bunların da üzerinde durulmasının faydalı olduğunu düşünmekteyiz.

Kanun koyucunun, kanunları kabul ederken, gerçek kaynakları gözönünde tutmak mecburiyetinde olduğu görülmektedir. Ceza kanunları, diğer bütün kanunlar gibi, gerçek kaynakların tazyiki altında şu veya bu fiili cezalandırmakta veya cezasını arttırıp indirmekte veya hiç ceza vermemektedir. Gerçek kaynaklara bu bakımdan ekseriya memleketin şartları denip geçmektedir. Memle-



ketin şartları belki sadece hukuk kaidelerini tefsirle yetinen kanuncular bakımından ehemmiyetli olmayabilir; fakat hukuk kaidelerinin insanlar için olduğunu idrak eden ve tefsircilerden daha fazla hukukçu olanlar için, kanun koyucu olanlar için, bunların çok ehemmiyetli olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü, gerçek kaynaklara uymayan şekli kaynakların hâkimler tarafından bile uygulanmasında bir zorluk çekileceğini, belki de bir kolayını bulup bunların uygulanmasının ihmal edileceğini unutmamak lâzımdır.

**Doç. Dr. Öztekin TOSUN**

---