

MAHKEME İÇTİHATLARI (CEZA HUKUKU)

1. Kullanma Hırsızlığı

Yazan : Prof. Dr. Faruk EREM

Bilindiği veçhile Türk Ceza Kanununda bir kimsenin, başkasının taşıyabilir bir malını bir müddet kullandıktan sonra iade etmek maksadiyle, bulunduğu yerden almak halini suç sayan sarih bir hüküm mevcut değildir. Bu durum karşısında "kullanma hırsızlığı" (veya istimâl hırsızlığı) nın cezayı müstelzim olup olmadığı hususu uzunca bir müddet mahkemele-rimizi tereddüde düşürmüş ve bugün dahi bu mesele kesin bir içtihada bağlanamamıştır.

Son yıllarda bu çeşit hırsızlıkların arttığı görülmektedir. Bilhassa büyük şehirlerde sokakta bırakılan otomobillerin kaçırıldığı ve bir müddet gezildikten sonra çalınan yere getirilip bırakıldığı veya uzakca bir mahalde terkedildiği çok rastlanan hadiseler halinde ortaya çıkmaktadır.

Bu konu ilk defa memleketimizde sayın meslektaşım Doçent Dr. Nurullah Kunter (1) tarafından etraflı bir şekilde tetkik edilmiştir. Müellifin 1948 yılında neşredilmiş bulunan etüdünden sonra konuda yeni bazı inkişaf lar müşahede edilmiştir. Adalet Bakanlığının 1950 yılında hazırladığı ve "Türk Ceza Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkındaki kanun tasarısı" (2) TBMM. ne sevk edilmiştir. Tasarı, bu yazımızın kaleme alındığı günlerde (25. 1. 1952) Adalet Komisyonunda müzakere edilmektedir. Tasarının 493. maddesinin son fıkrası hükmü şudur: "Hırsızlık, çalınan maldan geçici olarak faydalanmak maksadı ile işlenir ve çalınan mal az zaman sonra iade olunursa 491 ve 492 nci maddelerle bu maddeye göre hükümlenilecek ceza yarısından üçte ikiye kadar indirilir. Bu takdirde takibat yapılması suçtan zarar görenin şikâyetine bağlıdır". Tasarının bu hükmünün kanunlaşması halinde "Kullanma Hırsızlığı" bazı memleketlerde olduğu gibi, memleketimizde de, sarih bir hüküm ile, cezalandırılmış olacaktır.

(1) Kunter, Kullanmak için hırsızlık, İst. Baro. Mec. 948, s. 449.

(2) Tutanak Dergisi, 1950 (1-103).

Tasarının bu hükmüne sözü getirmeden evvel “Kullanma Hırsızlığı” mefhumunun mahkeme içtihadında nasıl farklı anlayışlara sebep olduğunu işaret etmekte fayda vardır :

1. *Mahkeme içtihadı* : İlk zamanlarda mahallî mahkemelerce verilen mahkûmiyet hükümleri Yargıtay “Kullandıktan sonra iade maksadı ile işlenen fiillerin hırsızlık diye tavsif edilmesinin yolsuz olduğu” gerekçesi ile bozuyordu. Fakat bilâhare meseleyi daha etraflı bir tetkike tabi tutan Yargıtay İkinci Ceza Dairesi 28.1.948 tarihli kararı ile Genel Kurulda teessüs etmiş içtihattan ayrıldı. Ehemmiyetinden ötürü bu kararı aynen alıyoruz :

“Her ne kadar sandal çalmaktan dolayı mahkemeye sevk edilmiş olan sanık H. ve N. mahalli mahkemesince (Balık avına çıkmak için sandala bindikleri ve çalmak kasdı bulunmadığından bahsile) beraatlerine karar verilmiş ve tebliğnamede dahi CGK. nun 15.7.947 tarih ve 107 sayılı kararına dayanılarak beraat hükmünün onanması istenmekte ise de :

Hırsızlığı başkasına ait taşınabilen her hangi bir malı sahibinin malûmatı olmaksızın faydalanmak maksadı ile, bulunduğu yerden almak suretinde tarif etmiş olan Ceza Kanununun 491. maddesinin sarîh hükmünden de anlaşılacağı veçhile, hırsızlığın farik vasfı fiiline nazaran faydalanmak kasdında ve malı aşırılana göre de tasarruf hakkından mahrumiyette temerküz etmektedir. Aşırılan malda faydalanma keyfiyeti, yemek, içmek, giymek, kullanmak, satmak ve bir kelime ile istihlâk etmek suretiyle maddî şekillerde tezahür edebileceği gibi faydalanmanın bilkuvve yani manen iktisap ve istihsal olunması da mümkün ve vaki olduğuna göre bunun muhtelif şekilleri arasında mesuliyetin tayini bakımından tefrik yapmağa suçun mahiyeti müsait olmadığı ve hırsızlığın yukarıda işaret olunan mümeyyiz vassıfına göre failin aşırıldığı bir maldan her hangi bir suretle faydalandıktan sonra sahibine iade maksadını taşımış olmasının veyahut suctan mutazarrır olan kimsenin aşırılan mal üzerinde tasarruf hakkını kullanmaktan mahrumiyetinin daimî veya muvakkat bulunmasının da suçun mahiyetini değiştirmeyeceği meydandadır. Bunun aksini ilzamlı meselâ bahçede veya her hangi bir yerde bırakılmış olan binek hayvanını veya otomobil ve arabayı diğer bir köy veya kasabadaki işlerini görmek, veya tenez züh ihtiyacı temin olunduktan sonra getirip iade olunması ve yine istikraz veya başka suretlerle para tedarik veya teminine imkân bulamayan birinin komşusunun kıymetli eşyasını aşırıp rehnederek ay başında aldığı maaşla bedelini vermek suretiyle merhunu istirdat edip sahibine vermesi, müzik zevkini tatmin maksadı ile mağazadan radyo aşırarak bir müddet kullandıktan sonra götürüp mağazasına teslim etmesi gibi hallerde de faillerin

her biri bir suretle faydalanmış olacakları ve eşya sahiplerinin de iadeye kadar geçen zaman içinde malları üzerinde tasarruf hakkından mahrum kalacakları şüphesiz bulunmasına rağmen mücerret iade hususundaki niyetlerine dayanılarak cezai mesuliyetten varestede tutulmaları lâzım geldiği yolunda mülâhaza ve içtihadlara yer vermek, Anayasanın temin ve Ceza Kanununun teyit ettiği tasarruf haklarının masuniyetini ihlâl ve yer yer görülmekte olan bu kabil vakaların artmasına sebebiyet vereceği aşikâr bulunmaktadır.

Binaenaleyh sanık H. ve N. nin mağdurlara ait olup sahile çekilmiş olan sandalı balık avlamak maksadı ile denize indirerek içindeki suyu boşalttıkları sırada bekçi tarafından görülerek yakalandıkları ikrarları ile anlaşıldığı mahkemece kabul edilmiş olduğuna göre, hareketleri teşebbüs derecesinde kalmış bütün unsurları cami hırsızlık suçunu teşkil ettiği halde, çalmak kasıtları bulunmadığından bahsile beraatleri cihetlerine gidilmesi yolsuz ve izah edilen esaslara uygun olmadığı kanaatine varılmıştır.”

2. *Doktrin ve yabancı mevzuat* : Meselenin memleketimiz içtihadında durumu bu suretle açıklandıktan sonra “Kullanma Hırsızlığı”nın doktrin ve yabancı mevzuattaki durumunu incelemek faydalı olur :

Bugün dahi kullanma hırsızlığının cezalandırılmasını doğru bulmayanlar vardır. Böyle düşünenlere göre mülkiyet hakkına vaki ağırca tarruzları Ceza Kanunu suç saymalıdır. Mülkiyet hakkına ağırca tecavüzler bahis mevzuu olmadığı hallerde Ceza Kanunun müdahalesi doğru olmaz. Bu sebeple meselâ kullanmak ve kullandıktan sonra sahibine iade etmek için başkasının malını almak suç sayılmamalıdır. Çünkü burada mülkiyet hakkının ihlâlinde bir vahamet yoktur. Bu gibi hallerde hususi hukuk hükümleri mülkiyet hakkını kâfi derecede himayeye elverişlidir. Başkasının çamaşır veya elbisesini muvakkat bir zaman için giymek, sahibinin müsaadesi olmaksızın başkasının gazete veya kitabını okumak veya semsiyesinden yağmur yağarken istifade etmek gibi hallerde faile ceza vermekte isabet yoktur.

Diğer bazı müelliflere göre Kullanma Hırsızlığı hakkında Ceza Kanununda mevcut hırsızlığı suç sayan hükümler, kullanma hırsızlığına da kabili tatbiktir. Çünkü adi hırsızlık ile kullanma hırsızlığı arasında bir fark gözetmek için sebep yoktur. İade maksadiyle almak dahi malın sahibinin tasarruf hakkından daimi veya muvakkat olarak mahrum edilmesi yolundaki saiki iki ayrı suça vücut vermiş olamaz. Bundan başka “Faydalanmak Niyeti” kullanma hırsızlığında da mevcuttur. Çünkü kendisine ait olmayan bir şeyi kullanmak dahi faydalanmanın bir çeşididir.

Doktrininin bu mütereddid durumu karşısında yabancı mevzuatı da tetkik etmek doğru olur :

1866 Danimarka Kanunu (§ 236) mülkiyetini kendisine intikal ettirmek istemeksizin ve sadece muayyen bir gaye için kullanmak maksadı ile başkasının malını almış olan kimseyi cezalandırmaktadır.

1902 - 1904 tarihli Norveç Kanunu, hakkı olmadığı halde başkasının taşınabilir malını kullanmak veya böyle bir malda tasarruf etmek halini - bu kullanma veya tasarrufları malın sahibi için bir zarar husule gelmiş olmak şartı ile - cezalandırmaktadır.

Alman Kanununda ise kullanma hırsızlığı hakkında sarıh bir hüküm yoktur. Alman Kanunu (§ 242) umumi hırsızlıkta "Başkasına ait taşınabilir bir mala gayri meşru surette tesahup maksadı" nı arar. Böyle bir hüküm kullandıktan sonra iade maksadı ile yapılan hırsızlığı cezasız bırakmaktadır. Buna mukabil Alman Kanunu yalnız bir halde kullanma hırsızlığını suç saymış bulunmaktadır. Bu kanuna göre (§ 290) rehin üzerine borç verenler rehin aldıkları eşyayı sahiplerinin müsaadesi olmadan, kullanacak olurlarsa cezalandırılır. Fakat Alman Ceza Kanununun bu durumuna rağmen Reih mahkemesinin, kullandıktan sonra iade maksadı ile almak keyfiyetinin hırsızlığı ortadan kaldıramıyacağına dair kararlarına tesadüf edilmiştir (3).

Fransız Ceza Kanununa gelince bu kanun umumi hırsızlığı şöyle tarif eder: Başkasına ait malın hiyleli şekilde alınması (m. 379). Kullanma hırsızlığını, bu hükme dahil sayan mahkeme kararları (meselâ Nante mahkemesinin 1930 da verdiği karar) olduğu gibi, bu hırsızlığı umumî hırsızlık telâkki etmeyen kararlara da (meselâ Paris Asliye Mahkemesinin 1928 tarihli kararı) rastlanmaktadır (4). Fransızların 1938 tarihli Ceza Kanunu Projesi, kullanma hırsızlığı hakkında sarıh bir hüküm vazetmeği uygun bulmuştur. Bu kanunun 445. maddesine göre başkasının malını tesahup saiki dışında, hakkı olmadığı halde kullanmak için alan kimse bu suç işlemiş olur. Proje kullanma hırsızlığına, umumi hırsızlıktan daha az bir ceza tayin etmiştir.

1937 tarihli İsviçre Ceza Kanununda (m. 137) umumî hırsızlık şöyle tarif edilmiştir: "Kendisine veya başkasına haksız bir iktisap sağlamak için, başkasına ait taşınabilir bir mal bulunduğu yerden almak". Bundan başka İsviçre Ceza Kanununda haksız iktisap temini maksadı mevcut olmayan halleri de (meselâ kıskançlık, iade etmek, intikam almak, tahrip

(3) Bu hususta bk. Manzini, Trattats..., VIII, s. 100, not 1.

(4) Bk. Goyet, Precis de droit pénal special 1945, s. 524.

etmek için taşınabilir bir malı almak) - neticede bir zarar husule gelmiş olmak şartı ile - suç saymıştır (m. 143). İktisap maksadı dışındaki bu geniş hırsızlıkların cezası, umumî hırsızlığın cezasından çok azdır. İsviçre Ceza Kanununun aynı maddesinde şöyle bir hüküm de vardır: Hafif hallerde (veya az vahim hallerde) yalnız para cezası verilir. Yine bu hükme göre hafif hallerde bu suç "Cürüm" olmaktan çıkmakta ve "Kabahat" haline inkılâp etmektedir (m. 101). Bütün bu hükümlere rağmen İsviçre Ceza Kanunu kullanma hırsızlığını kısmen derpiş etmiştir. Çünkü 134. madde fiilin suç sayılabilmesi için "bir zararın husule gelmiş olması" nı şart koşturmaktadır. Bu sebeple zarar husule gelmemiş ise bu madde tatbik edilemeyecek demektir. Ceza Kanununun bu boşluğu 1932 tarihli Federal Seyrüsefer Kanunu ile kısmen telâfi edilmiş sayılabilir (5). Bu kanunun 62. maddesine göre motörlü bir nakil vasıtasının sadece kullanmak için çalınması suçtur. Fakat motorsuz nakil vasıtaları (meselâ bisiklet) çalınırsa ve zarar da husule gelmezse Federal Mevzuata göre ceza vermek mümkün olmayacaktır. Bununla beraber bazı Kanton hükümleri bu boşluğu da doldurmuş bulunmaktadır (6).

Eski İtalyan Ceza Kanunu yürürlükte iken bazı müellifler kullanma hırsızlığını, umumi hırsızlıktan saymışlar ve umumî hırsızlığı cezalandıran hükmün bu hali de derpiş ettiği fikrini savunmuşlardır. Buna mukabil kullanma hırsızlığında umumi hırsızlığın unsurlarının mevcut olmadığı ve "Kanunsuz suç olmaz" kaidesi gereğince kullanma hırsızlığını - kanunda sarıh bir hüküm mevcut olmadığı müddetçe - cezalandırmanın mümkün olmadığını ileri süren müelliflere de rastlanmakta idi. 1930 tarihli Yeni İtalyan Kanunu ise Kullanma Hırsızlığını sarıh bir hükme bağlamağı uygun bulmuştur. Bu Kanun Umumi hırsızlığı şöyle tarif eder: "Başkasının taşınabilir malını kendisine veya başkasına fayda sağlamak maksadı ile elinde tutandan alarak zilyedliğine geçirmek". Aynı kanunun 626. maddesi kullanma hırsızlığına taallük eder. Bu maddeye göre bir fiilin kullanma hırsızlığı sayılabilmesi için şartlar şunlardır: Suçlunun malı çok az bir zaman kullanmak maksadı ile çalmış olması, malın çok az bir zaman kullandıktan sonra derhal iade edilmiş bulunması. Aynı madde bu suçun takibini şikâyete bağlamıştır.

3. *Tadil Tasarısının Tahlihi* : Kullanma hırsızlığının yabancı kanunlarda nasıl hükme bağlanmış olduğu görüldükten sonra Ceza Kanunumuzun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkındaki tasarıda yer almış bulu-

(5) Bk. C'erc cours élémentaire sur le code péna' suisse, Partie spéciale, 1949, s. 118.

(6) Graven, Le vol d'usage de bicyclette, Rev. pénale suisse, 1945, s. 324.

nan hükmün isabetli bir hüküm sayılması neticesine varmak doğru olur. Bu yazının başında metnini tekrarladığımız bu hüküm kanunlaşacak olursa tatbikatta ortaya çıkacak ihtimaller üzerinde de durmak ve her yeni tatbik edilecek kanun hükmünün doğuracağı tereddütleri daha şimdiden karşılamak doğru olur.

Tasarıda bu hüküm 493. maddenin sonuna bir fıkra olarak ilâve edilmiş ve 491, 492 ve 493. maddede derpiş edilen bütün hırsızlık fiillerine şamil bir hüküm halinde tanzim edilmiştir. Bu hükme, hukukî mahiyetine göre, bir isim vermek icap ederse şöyle diyebiliriz : Burada bahis mevzuu olan husus, hırsızlık suçu hakkında "Cezayı Azaltıcı Kanuni bir sebep" dir. Bu hükmün öyle anlaşılması isabetli olacaktır. Çünkü kullanma hırsızlığını umumi hırsızlıktan ayrı ve müstakil bir suç saymak - zannımıza göre - doğru olmaz. Umumiyetle kanunlar faildeki iade maksadını nazara alarak kullanma hırsızlığına mülâyim bir kanunî rejim ihdas etmek yolunu tutmuşlardır. Fakat böyle hareket etmek her zaman doğru değildir. Başkasının çok kıymetli taşınabilir bir malını iade etmek maksadı ile almak hali ile başkasının değersiz bir malını tesahüp maksadı ile almak hali mukayese edilirse birincinin daha ağır sayılması icap eder. Tasarı kullanma hırsızlığını müstakil ve ayrı bir suç saymadığına göre bu gibi adletsizlikler husule gelmeyecektir. Çünkü kullanma hırsızlığı da diğer hırsızlık şekillerinin tabi olduğu hükümlerden hariç kalmamış olacaktır. Bu sebeple meselâ kullanma hırsızlığında malın değeri fazla olduğu hallerde kanunî şiddet sebebi (TCK. 522, f. 1) ile ceza arttırılacak ve fakat "geçici olarak faydalanmak" hali bahis mevzuu olduğundan ceza "yarıdan üçte ikiye kadar" indirilecektir.

Tasarıdaki bu tahfif sebebinin tatbiki için failin "Geçici olarak faydalanmak maksadı" le hareket etmiş olduğunun sabit olması kâfi değildir. Malın fiilen "İade edilmiş olması" da lâzımdır. Eğer fail iade etmemek niyeti ile suçu işlemiş, fakat bilâhare iade etmiş ise tasarının bu hükmü değil, Ceza Kanununun 523. maddesi - eğer şartları mevcut ise - tatbik olunur. Failin iade etmek maksadı ile suçu işlemiş ve iade etmek imkânını bulamamış olduğu hallerde (çalınan otomobilin bir uçuruma yuvarlanmış olması gibi) tasarının bu hükmü tatbik edilemeyecektir. Failin iade imkânını bulamamış olması, onun lehinde hareket etmek için sebep teşkil etmez. Kanun tahfif sebebinin fiilen iadenin tahakkuku şartına bağlamıştır. O halde iade imkânsızlığı beklenilmeyen haller veya mücbir sebepten ileri gelmiş olsa dahi tahfif sebebinin tatbiki mümkün olamayacaktır. Fakat iadenin mutlaka malın alındığı yere getirilip bırakılması (meselâ otomobilin çalındığı evin önüne getirilip bırakılması) şeklinde olması şart koşulamaz.

Sahibinin bulabileceği bir yere veya bulunup sahibine iade edilebilecek bir emniyet sahasına kadar getirilip bırakılan bir mal iade edilmiş sayılmaktadır. Buna mukabil başka kimselerin eline geçebilecek tarzda ücra bir mahalle bırakmak iade sayılmaz.

İadenin tam olması lâzımdır. Kısmen iade kanununun anladığı manada "iade" değildir. Bu sebeple meselâ çalınan otomobilin bazı aksamının sökülüp götürülmüş olması halinde iade yoktur. Fakat kullanmanın gerektirdiği zaruri noksanlar (meselâ benzin sarfiyatı) hükmün tatbikine mani değildir.

Kullanma hırsızlığı, ancak kullanılması istihlâke müncer olmayan mallar hakkında olabilir. Bu sebeple istihlâk esyası (meselâ yiyecek eşyası) hakkında bu hükmün tatbik edilemeyeceğini sanıyoruz.

Kullanma hırsızlığına "Teşebbüs" cezayı müstelzim olacak mıdır? Eğer tasarı kullanma hırsızlığını müstakil bir suç saymış olsa idi, bu suçta teşebbüsü cezalandırmak imkânı bulunamayacaktı. Çünkü bu suçta "iade şartı" arandığına göre hadisede "şarta bağlı suç" vasfı görülecekti. Bilindiği veçhile şarta bağlı suçlarda, şart tahakkuk etmezse tam fiilin dahi cezalandırılmasına imkân yoktur. Şart tahakkuk etmedikçe tam fiilin dahi cezalandırılması imkânsız olan hallerde, teşebbüsü cezalandırmak da imkânsızdır. Fakat tasarı yukarıda açıkladığımız veçhile "Kullanma hırsızlığı" nı, umumi hırsızlığın cezasını azaltan kanunî bir sebep telâkki ettiği ne göre teşebbüsün cezayı müstelzim sayılması doğru olur. Umumiyetle teşebbüs halinde kalmış suçlarda faile ceza verirken "Şiddet sebepleri nazara alınmak suretiyle tayin edilecek cezanın esas tutulacağını zannediyoruz. Failin cürüm işlemek kararındaki şenaata göre cezalandırılması bize daha makul görünmektedir" (7). Teşebbüsde cezayı tayin ederken şiddet sebeplerinin nazara alınması fikri kabul edilecek olursa, tahfif sebepleri için de aynı şeyi düşünmek lâzımdır. Bu itibarla kullanma hırsızlığına teşebbüs mümkün olabilecektir.

2. Mesken masuniyetini ihlâl :

Memurdan gayri kimseler tarafından işlenen ve şiddet sebebi ihtiva etmeyen mesken masuniyetini ihlâl suçu hakkında takibatın "Şikâyet" e bağlı olduğu malûmdur. Yargıtayımızın bu çeşit suçlarda daha ziyade aile reisine şikâyet hakkı tanıyan içtihadının son zamanlarda değişmekte olduğu görülmektedir. Bu değişiklik, eski içtihada nazaran daha isabetlidir.

(7) Erem, Türk Ceza Hukuku, 2. bası, s. 403.

Henüz nesredilmemiş bulunan aşağıdaki karar Yargıtay içtihadındaki değişikliği vazih olarak göstermesi bakımından çok ehemmiyetlidir :

“Kızı A. nın B. tarafından kaçırılmasından muğber olarak kızını kurtarmak maksadiyle C. nin gündüzün rızası hilâfına evine girmek suretiyle konut dokunulmazlığını bozmaktan D. ve E. ve F. nin yapılan yargılanmaları sonunda: eylemlerinin sübutuna mebni hareketlerine uyan T.C.K. nun 193/1, 55 ve fiillerinde kabul edilen takdirî tahfif sebebine binaen 59 uncu maddeleri gereğince bunlardan F. nin on gün ve diğerlerinin yirmi-şer gün hapislerine ve cezalarının ertelenmesine ve müdahilin tazminat talebi hakkında ait olduğu hukuk mahkemesine müracaatta muhtariyetine dair Kocaeli Asliye Ceza Yargıçlığından sadır olan hüküm sanıkların vaki temyiz istemine binaen Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesince incelenerek; ev kimin mülkiyetinde olursa olsun ev reisinin bütün efradı aileyi besleyen kimse olacağına ve bu durumda bulunan B. nin şikâyeti olmamasına göre oğlunun yanında ikamet eden A. nın davası üzerine mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuz görüldüğünden bahsile bozularak yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılanma sonunda: olayda davacı olmayan B. nin bütün efradı aileyi besleyen bir kimse ve aile reisi olduğuna ve anası davacı C. nin bu evde B. nezdinde sığıntı vaziyetinde bulunduğu dair bir delil ve hattâ bir emare bulunmadığı gibi; mesken masuniyetini ihlâl suçu, aynı binada oturanların hepsine şamil ve cümlesinin masuniyetini ihlâl eder mahiyette bir fiil olmasına ve masuniyetlerine karşı tecavüz vaki olan kimselerin her birine ayrı ayrı şikâyet hakkı tanımak icabedeceğine ve davada müşteki mevkiinde bulunan C. nin de bu vaziyette olmasına ve dava hakkını o evde yaşayanları besleyen kimseye tanımak esasına müstenit mülahaza, hiç bir zaman sabit ve müstekar bir kıstas olamayacağına ve nitekim aynı evde kazançlarını birleştirerek yaşayanlar daima mevcut olup hangisini daha fazla, diğerinin daha az besleme işlerine karıştıklarını tesbit etmek mümkün olmayacağına ve bu bakımdan sübjektif mütalâalar dolayısıyla hakkın da ziyana ve binnetice esaslı haklardan birisi ve en mühimmi olan mesken masuniyeti prensibinin haleldar olmasına müsaait bir yol açılabileceğine mebni sanıkların mahkûmiyetlerine mütedair mahkemece müttehaz karar kanunun ruhuna ve vaziin maksadına uygun görülmüş olduğu beyan ile eski hükümde ısrarı kapsıyan; adı geçen mahkemedden sonradan verilen hükmün dahi Temyizen incelenmesi sanıklar vekili tarafından süresinde verilen dilekçe ile istenilmesine mebni dava evrakı C. Başsavcılığının; hükmün onanması isteğini bildiren tebliğnamesiyle Birinci Başkanlık Dairesine gönderilmekle Ceza Genel Kurulunda okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Meşhut suç zaptında C. ve B. nin de davacı sıfatıyla imzaları bulunmuş olmasına ve karar yerinde gösterilen gerekçelere göre ısrarı kapsıyan hüküm usul ve kanuna uygun bulunduğundan sanıkların yerinde olmyan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan ısrar hükmünün tebliğname veçhile onanmasına oybirliğiyle karar verildi." (CGK. 30. 4. 951, e. 33, k. 4/34).

Bu kararın ehemmiyeti bilhassa mesken masuniyetini ihlâl suçunun hukukî mahiyetini açıklamak bakımındandır. Çünkü şikâyet hakkının kimlere ait olacağını tâyin edebilmek bakımından suçun hukukî mahiyetini tahlil etmek zarureti vardır:

Mesken mâsuniyetini ihlâl suçlarını "Zilyedliğe karşı suç" sayan müellifler vardır. Civoli'ye göre bu fiiller bir aynı hakkı ihlâl ettiği için suç saymışlardır. Hukukî veya fiilî olarak bir meskenin zilyetliğine sahip bulunan kimse iradesi hilâfına meskenine giren kimseyi oradan çıkartmak hakkına sahiptir. Bu itibarla mesken mâsuniyeti suçlarına müteallik hükümler kanunun "Mal aleyhinde cürümler" babında yer almalı idi (8).

Diğer bazı müellifler mesken mâsuniyetini ihlâl suçlarını "Hürriyete karşı Suçlar" dan sayarlar. Böyle düşünönlere göre (9) Kanun bu fiilleri suç sayarken "Mesken" i değil, bir mahalli mesken ittihaz etmiş olan kimsenin "Hürriyet" ini korumak istemiştir. Ceza hukukunda meskene verilen mâna, Medenî Hukukun meskene verdiği mânanın aynı değildir. Ceza Hukukunda mesken kişi hürriyetinin tecellisi için bir mekân şartıdır. Kanun bu mekânı değil, bu mekânda tecelli edecek olan hürriyeti müdafaa eder. Mesken mâsuniyeti denilen şey, kişi hürriyetinin bir cephesinden ibarettir (10). Herkes bilir ki, insanın meskeni tecavüzden mâsun kalmazsa kişi hürriyetinden bahsedilemez.

Mesken mâsuniyetini ihlâl suçunu karma bir suç telâkki eden müellifler de vardır. Bunlara göre mesken mâsuniyetine vaki taarruzlarda hem ziilyetlik hakkı, hem de kişi hürriyeti ihlâl edilmiştir. Bu müelliflerden bazıları ziilyetlik hakkını, diğerleri de kişi hürriyetinin daha fazla ihlâl edildiği kanaatındadırlar ve ziilyetlik hakkının daha fazla ihlâl edildiği kanaatında olanlar bu suçu "Mala Karşı Suçlar" dan, bilâkis hürriyetin daha fazla ihlâl edildiği kanaatında olanlar ise suçu, "Hürriyete Karşı Suç" saymak isterler (11). Bazı müellifler ise suçun işlenme şekline göre ma-

(8) Civo'i, s. 774, n. 255; Civoli'nin mütalâası hakkında bk. Cava'lo, s. 84; Bu mütalâanın tenkidi hakkında bk. Florian s. 430; kşz. Noseda, s. 858.

(9) Forian, s. 428, § 1; Majno, n. 843.

(10) Manzini, IV, n. 1256.

(11) Bu müelliflerin mütalâası hakkında bk. Cava'lo, ss. 84; Noseda, s. 858.

hiyetinin değişeceği kanaatındadırlar. Böyle düşünen müelliflere göre eğer mesken mâsuniyeti cebir (şiddet) istimal edilmeksizin ihlâl edilmiş (yani mesken sahibinin rızası hilâfına veya hiyle ile veya gizlice işlenmiş ise) (bk. TCK. 183, f. 1) suç mülkiyet veya ziilyetliğe karşıdır. Eğer suç şahıslar aleyhine cebir (şiddet) kullanmak suretiyle işlenmiş ise (bk. TCK 193, f. 2) fiil, hürriyete karşı bir suçtur (12).

Bu suçu, ferdin şeref ve haysiyetine karşı bir suç sayan müellifler olduğu gibi bu suçu "Aileye Karşı Suç" telâkki edenler veya bu suçu kısaca "sui generis" bir suç sayanlar da vardır (13).

Bu suretle hulâsa edilen muhtelif kanaatlardan hangisi doğrudur? Bu suçun "Ziilyetliğe karşı suç" sayılması doğru değildir. Çünkü suçun failinde başkasının ziilyetliğine taaruz kasti yoktur. Bundan başka mesken masuniyetine tearuz neticesinde ziilyetlik ihlâl edilmemiştir. İhlâl edilen şey kişinin mesken huzur ve sükûnudur. Ortada ziilyetliğe karşı bir suç bahis mevzuu olmadığına göre bu suçu karma bir suç sayan telâkki de doğru değildir. Sucun cebir istimal edilerek veya edilmiyerek işlenmiş olmasına göre mahiyetinin değişeceği mütalâasında da isabet yoktur. Çünkü sucun mevzuu daima aynı kalmakta, icra şekli değişmektedir. İcranın şekline göre sucun mahiyeti değişmiş sayılamaz. Bu sebeple suç, cebir istimali ile işlenmiş ise, ortada sucun esbabı müşeddidi bir şekli mevcut demektir. Bu suçu ferdin şeref ve haysiyetine tearruz sayan telâkkive de yer verilemez. Failin gavesi mesken sahibinin şerefine tearruz değildir. Kaldı ki mesken mâsuniyeti ihlâl edilmiş olmasına rağmen mesken sahibinin şerefine hic bir zarar görmemiş olması da mümkündür. Başkasının meskenine şahsî bazı evrakı tetkik etmek maksadıyla girilmiş olması gibi. Bu sucun "Aileye Karşı Suçlar" dan sayılması da mümkün değildir. Çünkü bu suç aile efradından olmayanlar veya aile sahibi olmayanlar aleyhine de işlenebilir. Bu suçu "sui generis" bir suç diye vasıflandıranlara gelince bir suç hakkında "suis generis" mefhumuna müracaat etmek, o suçun mahiyetini izah etmek değildir, izahtan kaçınmaktır.

O halde en doğru ve en fazla raşbet gören nazariye mesken mâsuniyetini ihlâl suçunu "Hürriyete Karşı Suç" sayan ve öylece izah etmek isteyen nazariyedir. Bu nazariyeyi kabul edenlerin başında Carrara gelir. Bu müellife göre mesken mâsuniyetinin ihlâli şahısta yalnız maddî bir huzursuzluk tevliht etmez, onun hürriyet hissini de rencide eder. Bu suçun fert hürriyetine karşı suçlar meyanına ithalinde tereddüt edilmemelidir.

(12) Bu mütalâa hakkında bk. Caval'o, ss. 84.

(13) Bu hususta bk. Vavallo, ss. 84; Nosedà, s. 853.

Böyle bir taarruz ile ihlâl edilen mülkiyet değil, kişinin hürriyet hissine dayanan bir duygudur (14).

Türk Ceza Hukukunda mesken mâsuniyetini ihlâl "Hürriyete Karşı Suç" lardandır. Anayasa Hukukumuzun kamu hürriyetlerinden saydığı mesken mâsuniyeti (Anayasa 71, 76) kişi hürriyetinin tezahürlerinden biridir (15). TCK. da "Hürriyete Karşı Suçlar" babı içinde "Mesken Mâsuniyeti Aleyhindeki Cürümler" e bir fasıl tahsis etmiştir. Bu suçun kişi hürriyetine karşı işlenen suçlardan sayıldığına dair me'haz kanunun gerekçesinde sarahat mevcuttur (16). Mesken mâsuniyetini ihlâl suçunun zilyetliğe karşı bir suç veya yukarda işaret edilen telâkkilere göre bir suç olup olmadığı hususunun ancak doktrin değeri vardır. Çünkü kanunumuz bu suçun mahiyetini açıklamış bulunmaktadır. Bu suçun esası zilyetlik veya mülkiyet hakkı olsa idi, kanunun bu mâsuniyeti yalnız "Mesken" "Müştemilât" a inhisar ettirmesi, sair mahallerin bu mâsuniyetten hariç bırakılmış olması sebebinin izah imkânsız olurdu .

Kanunumuz bu suçta verdiği mânanın bu suretle açıklanması - sistematik yorumdan faydalanmak suretiyle - tatbikî neticeler çıkarmak bakımından ehemmiyetlidir. Yargıtay bir kararında şöyle demektedir: "183 üncü madde şahıs hürriyeti ve aile emniyetini muhafaza gayesi ile mevzu hükümlerden olmasına nazaran sahibi tarafında gayri muayyen bir zaman için terkedilmiş olan boş bir eve girmekten mesken mâsuniyetini ihlâl suçunun kanunî unsurları mevcut değildir" (17). Bu kararın vardığı netice doğrudur ve meseleyi şahıs hürriyeti bakımından ele alan Yargıtay kararında isabet vardır. Fakat Yargıtayın "Aile Emniyeti" fikrini ikinci bir mesnet olarak kabulünde isabet mülâhaza edilemez (18). Yargıtayı bu yola, Majno şerhinin (19) yanlış tercümesi sevketmiş olsa gerktir.

(14) Carrara (Programma), II, 1651; Carrara'nın müta'âası hakkında bk. Cavallo, ss. 84.

(15) Bk. Esen, (Anayasa Hukuku), n. 122 (kişi hürriyeti), s. 87.

(16) Bk. Florian, s. 429; Manzini, IV, s. 601, not. 1.

(17) CGK 1. 1. 1936 e. 73, k. 73.

(18) Diğer bir tatbiki netice de şudur: Mesken masuniyetini ihlâl yalnız hürriyeti ihlâl eden bir suçtur. Ferdin şeref ve haysiyeti ile alâkası yoktur. Bu sebeple bazı İtalyan Mahkemeleri bu suç hakkında "Manevi Tazminat" a (bk. TCK. 38) hükmediyeceği neticesine varmışlardır. Bu hususta bk. Florian, II, s. 429, not 3.

(19) Ad'ıye Vekâleti, Ceza Kanunu Şerhi, II, n. 847; kşz. Majno, Commento al codice penale Italiano, II, (Torino, 1922), n. 847.

Bu suretle mesken mâsuniyetini ihlâlin hakiki mahiyetini açıklamış oluyoruz. Şikâyet hakkının kime ait olduğunu tâyin hususunda suçun hukukî mahiyetinden hareket etmek doğru olur. Şikâyet hakkı, mesken sahibine aittir. Aynı bina birden ziyade kimsenin meskeni ise bunlardan her biri meskenin sahibidir. Bu itibarla birlikte sakin olanlardan her birinin şikâyet hakkı vardır. Şikâyet hakkının yalnız kocaya veya yalnız aile reisine ait olduğu yolundaki mütalâada isabet yoktur. Kanun kişi hürriyetini korumak istediğine göre suçtan zarar görenlerden bir kısmının şikâyet hakkından mahrum edilmesi doğru değildir. Bu sebeple yukarıya metnini derc ettiğimiz Genel Kurul kararı isabetli bir içtihada yol açacaktır.