

CEZA HUKUKUNDA TEFSİR VE YANLIŞ TEFSİR

Doç. Dr. Öztekin TOSUN

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ

BİRİNCİ KISIM

TEFSİR

§ 1. Tefsir hakkında umumî malûmat. I - Tefsirin mahiyeti. II - Tefsirin mevzuu. III - Tefsirin neveleri: 1) Yapanlara göre tefsirin neveleri: A - Yasama organının yaptığı tefsir, B - Yargı organının yaptığı tefsir, C - İlim adamlarının yaptığı tefsir. 2) Neticelere göre tefsirin neveleri: A - Daraltıcı tefsir, B - Genişletici tefsir, C - Beyan edici tefsir, C - İlerletici tefsir, D - İlga veya tashih edici tefsir.

§ 2. Tefsir vasıtaları. I - Mer'î hukuktaki tefsir vasıtaları: 1) Tefsir vasıtası olarak lâfız. 2) Tefsir vasıtası olarak sistematik. 3 - Tefsir vasıtası olarak hukukun umumî prensipleri. II - Mer'î hukukun dışındaki vasıtalar: 1) Kaldenin kaynağı ile ilgili olanlar: A - Tefsir vasıtası olarak kanunun sevk sebebi (Occasio legis), B - Tefsir vasıtası olarak hazırlık çalışmaları. 2) Kaldenin maksadı ile ilgili olanlar. A - Tefsir vasıtası olarak mantık, B - Tefsir vasıtası olarak sosyoloji, C - Tefsir vasıtası olarak siyasi müesseseler. 3) Eski ve diğer hukuklar: A - Tefsir vasıtası olarak müesseselerin tarihçesi, B - Tefsir vasıtası olarak mukayeseli hukuk.

§ 3. Tefsir metodları: I - Mantıklı - inşai veya gelenkesel tefsir. II - Gal (teleolojik) tefsir. III - Kıyas yolu ile tefsir: 1) Kıyasın mahiyeti. 2) Ceza hukukunda tatbiki.

İKİNCİ KISIM

YANLIŞ TEFSİR

§ 1. Suç teşkil eden fiilin suç zannedilmemesi: hukukî bilmeme ve yanılma. I - Umumî olarak kanunları bilmeme ve yanılma. II - Muhtelif ceza kanunlarındaki durum. III - Ceza kanununu bilmeme mazeret sayılmaz kaldesi ve ceza hukukundaki gelişimi: 1) Tabii suçlar dışında bu kaideden ayrılma fikri. 2) Yabancılar bahis konusu olduğu hallerde bu kaideden ayrılma fikri. 3) Bilmeme ve yanılma mücbir sebep teşkil ettiği takdirde bu kaideden ayrılma fikri. 4 - İdarî mercilere danışma halinde bu kaideden ayrılma fikri. 5) Kazal makamların kararlarına dayanıldığı

hallerde bu kaideden ayrılma fikri. 6) Ceza kanunu dışında kalan kanunlarda bu kaidenin tatbik edilemeyeceği fikri.

§ 2. Suç teşkil etmiyen fiilin suç zannedilmesi: Mefruz suç.

GİRİŞ

Etüdümüz iki kısımdan ibaret olacaktır. Birinci kısımda tefsir, ikinci kısımda ise yanlış tefsir mevzuu üzerinde duracağız.

Birinci kısım üç paragraftan meydana gelmiştir. İlk paragrafta tefsir hakkında umumî malûmat verildikten sonra, ikinci paragrafta tefsir vasıtaları ve üçüncü paragrafta tefsir metodları üzerinde duracağız.

İkinci kısımda ise yanlış tefsiri iki bakımdan tetkik edeceğiz: Birinci paragrafta aslında kanunda suç olarak gösterilmiş bir fiilin suç olduğunun bilinmemesi, ikinci paragrafta ise aslında suç olmayan fiilin suç zannedilerek işlenmesi üzerinde durarak etüdümüze nihayet vereceğiz.

BİRİNCİ KISIM

TEFSİR

§ 1. TEFSİR HAKKINDA UMUMİ MALÛMAT

I — Tefsirin mahiyeti:

Tefsir hukuk kaidesinin mânasını tayin için yapılan fikri faaliyettir.

Montesquiu ve Beccaria gibi müellifler suçta ve cezada keyfilik esasına itiraz ederken hâkimlerin kanunları tefsir etmek hakkını haiz olmadıklarını, bu hakkın kanun vazına ait bulunduğunu ileri sürmüşlerdir¹. Bu nevi fikirlerin mevzuata bile intikal ettiği, Jüstinianus'un Digesta'yı tefsir salâhiyetini hâkimlerden almış olduğu², bunun gibi 1813 tarihli Bavarya Ceza Kanununun hâkimi her türlü tefsirden menetmek için metne resmî bir tefsir ilâve ettiği görülmüştür.

[1] Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İst. 1959, sah. 164.

[2] Frosali: Sistema penale italiano, cilt I, Torino, 1958, sh. 298.

İnsanlığın, ceza ve suçta keyfiliğin cereyan ettiği asırlar boyunca çekmiş olduğu sıkıntıların bir reaksiyonu olan bu fikirler bugün artık terkedilmeğe başlanmıştır. Hattâ bugün, Fransız doktrininde, hâlâ hâkim olan «ceza kanunlarının dar tefsir edilmesi» usulü de kabul edilmemektedir. Ceza kanunları da, diğer hukuk kaideleri gibi tefsir edilmelidir. Çünkü, kanun vazı her zaman iradesini tam mânası ile ifade edememektedir. Bunun muhtelif sebepleri vardır; bu sebeplerden birincisi pek fazla sayıda hukuk kaidelerinin arasındaki muhtemel çatışmayı kanun vazının görememesi, evvelden tasavvur edememesidir; kanun tatbik edilmeğe başladıktan sonradır ki, bunların farkına varılmakta, zimni ilga meselesi meydana çıkmaktadır. Bunun gibi, ikinci bir sebep te, kanun yapılırken mevcut olmayan bazı keşiflerin kaidenin içine girip girmediğini araştırmak icap etmektedir. Bu gibi hallerde kanun vazının yeni ihtiyaçları karşılamak için yeni kanunlar yapması söylenebilir, ama, yeni keşfolunan bir zehir'in evvelce kullanılmış olan zehir tabiri içine girmediği ileri sürülmemelidir.

Bu mevzuda dikkat edilecek husus, tefsir ile kıyası birbirine karıştırmamaktır. Tefsir halinde bir kaidenin mânası tayin edilmekle iktifa olunmaktadır; kıyas halinde ise, kanun vazının bıraktığı bir boşluk doldurulmağa uğraşılmaktadır: tefsir halinde yeni bir kaide yaratılmamakta, kıyasta ise benzetme yolu ile evvelce olmayan bir kaide yaratılmaktadır. Ceza hukukunda menedilen fiillerin hududu tayin ve tahdit edilmiş iken, kıyas halinde kanunun evvelce menemediği bir fiil, içtimai ihtiyaçlar sebebiyle kendisine en yakın bir başka fiile benzetilerek cezalandırılmaktadır. Halbuki, suçların kanuniliği prensibi içinde kalındığında, bu vazife hâkimlere değil, kanun koyucuya aittir.

Kanaatimizce, tefsiri kabul etmek istemiyen mütefekkirlerin kasedtikleri, metinleri «kıyas yolu ile tefsir - interpretazione analogica» dir. Bu halde, kanunun mânasını tayin ile iktifa edilmekte, boşlukları doldurulmağa uğraşılmaktadır³. Tefsirde ise, kanunun hakikî mânası aranmaktadır; bazan bu hakikî mâna kanunun lâfzını aşmaktadır. İlerde göreceğimiz gibi, bu halde genişletici tefsirde kanunun lâfzı aşılrken, kıyas halinde hem lâfzı, hem de kanun vazının iradesi aşılmaktadır, denilmiştir⁴. Hakikaten kıyas halinde suç ihdas edilmekte, kanun vazına ait bir faaliyet icra

[3] Dönmezer - Erman: s.g.e. ve cilt, sh. 165/166.

[4] Çağıl, O. M.: Hukuk metodolojisi dersleri, İst. 1952, sh. 132.

olunmaktadır. Meselâ, Rusyada, bir kadınla sırf cinsî münasebette bulunmak için evlenip sonra ondan ayrılan kimsenin fiili, hile ile irza geçme kabul edilerek, bundan bahseden 153 üncü madde ile cezalandırılmıştır. Bunun gibi, bir kadını, evlenme çağına gelmiş olmasına rağmen kazanç veya şahsî bazı menfaatleri sebebiyle evlendirmeyen ebeveynin bu fiili, bir kadını evlenmeğe, evli kalmağa icbar etmek veya evlenme maksadile kaçırmak suçuna kıyasen cezalandırılmıştır⁵. Danimarkada, başkasının yerine kendisini tevkif ettiren kimsenin fiili başkasını mahkûmiyetten kurtarmak için kaçırmak yahut kaçmasına yardım etmek veya hüviyetini yanlış bildirmek suçuna kıyasen cezalandırılmıştır⁶.

II — Tefsirin mevzuu:

Bir kanunun mânasını tayin ederken ilk akla gelen o kanun metnini hazırlarken kanun vazının ne demek istemiş olduğudur. Bu durumda hazırlık çalışmalarının gözden geçirilmesi suretile ileri sürülen fikirlerden istifade ile kanunun yapıldığı zamandaki maksatlarla mânalandırılması mümkün olmaktadır. Bu usul her zaman kabule şayan görülmemektedir. Yukarda temas ettiğimiz gibi, kanunun yapıldığı sıralarda mevcut olması imkânı olmayan bazı durumların sonradan meydana çıkması halinde, kanunu yapanların bu halleri düşündükleri kabul edilemeyeceğinden, metinlerin bu halleri içine almadığı ileri sürülebilir.

Bu sebeple, kanun vazının iradesi ile kanunun iradesini ayırmak gerekmiştir⁷. Bazıları aynı fikri, kanun vazının sübjektif iradesi ile objektif iradesini ayırmak lâzımdır, şeklinde ifade etmişlerdir⁸. Bütün bu tefriklerden maksat, kanunun bir kere yapıldıktan sonra, onu yapanların iradesinden müstakil olarak mânalandırılmasının da mümkün olmasını kabul ettirmektir. O halde tefsirin mevzuu hukuk kaidesi olup, onu yapanların iradesi değildir, bu irade kaidenin mânasını tayinde istifade edilen vasıtalarından ancak birisidir.

[5] Napolitano: *La politica criminale sovietica*, Padova, 1936, sh. 202/1.

[6] Hurwitz: *L'analogie dans le droit danois* (*Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1950, sy. 1).

[7] Santoro: *Manuale di diritto penale*, Torino, 1958, sh. 109; Frosali: s.g.e. ve cilt, sh. 297; Crispigni: *Diritto penale italiano*, 1954, Torino, sh. 336/3.

[8] Erem: *Türk Ceza Hukuku*, Ankara 1958, cilt I, sh. 14; Dönmezer - Erman: s.g.e. ve cilt, sh. 167.

III — Tefsirin neveleri:

Tefsir ameliyesi onu yapanlar ve neticeleri nazara alınmak suretile bazı nevelere ayrılmaktadır.

1) *Yapanlara göre tefsirin neveleri:*

Tefsirin yasama organı, yargı organı veya ilim adamları tarafından yapılmasına göre üç şekli olabilir.

A — Yasama organının yaptığı tefsir (Teşrii tefsir)

Bazı kanunların hükümlerini mânalandırmakta zorlukla karşılaşıncı, bunun asıl mânasının ne olduğu onu bizzat meydana getiren yasama organından talep edilir; ya bir milletvekilinin yahut ta hükümetin bir talebi üzerine yasama organı yapmış olduğu metnin asıl mânasını açıklar. Buna tefsir kararı denmektedir. 1924 tarihli Anayasamızın 26 ncı maddesinde Büyük Millet Meclisinin vazifeleri sayılırken, tefsir salâhiyeti de kendisine açıkça tanınmıştı. Bugünkü Anayasamızın Büyük Millet Meclisinin yetkilerinden bahseden 64 ilâ 66 ncı maddelerinde bu hüküm bulunmamaktadır. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun gerekçesinde, kanunun normal resmi tefsirinin yargı yetkisine girdiği belirtilerek Meclisin tefsir yetkisinin modern hukuk anlayışı ile bağdaşmadığı ifade edilmiştir. Kanunu beyenmeyen Meclisin onu tefsir etmek yerine yeni bir kanun yapmak yetkisi olduğu söylenmiştir. (Tasarı, m. 62 nin gerekçesi). Buna karşılık ta tatbikatımızda tefsirden doğma bir anarşi olmadığı, teşrii tefsir usulünün muhafaza edilmesi şeklinde itirazda bulunulmuş, fakat kabul edilmemiştir⁹.

B — Yargı organının yaptığı tefsir (Kazai tefsir)

Yargı organları kanunları tatbik ederken onlara bir mâna vermek mecburiyetindedirler; hiç bir kanunun müphem olduğunu ileri sürerek önlerine getirilen ihtilâfları halletmekten kaçınamazlar, muhakkak bunları mânalandırmaları gerekmektedir. Bu mâna verişler tabiatile o hâdiselere münhasırdır, benzer bir başka hâdisede başka bir mahkemenin daha başka bir mâna vermesi her zaman mümkündür. Kanunlara aynı mânanın verilebilmesi için bütün mah-

[9] T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, cilt 3, 47 ncı Birleşim, 18/4/1941, sh. 369.

kemelerin üzerinde bir tek Temyiz Mahkemesi bulunmakta ve kanuna aykırı mahkeme kararlarını bozarak, uygunları ise tasdik ederek kanunların aynı şekilde anlaşılması temin edilmektedir. Fakat bazan aynı Temyiz Mahkemesinin aynı mevzuda muhtelif dairelerinin farklı düşündüğü veya hattâ aynı dairenin muhtelif tarihlerde farklı kararlara vardığı tespit edilebilir. Bu takdirde, bu farklı içtihatların birleştirilmesi gerekir. Temyiz Teşkilâtına Dair Kanun'un 6082 sayılı kanunla değiştirilen hükümlerine göre, Kısım Genel Kurulları veya Büyük Genel Kurulda verilen bir karar ile bir neticeye varılır. Hattâ bazan bu birleştirilen kararların bile değiştirilmesi istenebilir. Bu takdirde Birinci Başkanın müracaatı ile iş Kurullara getirilir^{9 bis}.

C — İlim adamlarının yaptığı tefsir (Doktrinal tefsir)

Hukuk kaideleri üzerinde çalışan ilim adamları da ele aldıkları kaideleri mânalandırır, bunların tatbik sahalarını tespit ederken, tefsirde bulunmuş olmaktadır. Bu tefsirlerden gerek tatbikatçılar, gerekse kanun vazıları istifade ederler. Doktrinal tefsirin hâkimlere ve hukukî tetkiklerde bulunanlara faydalı olacağı aşikârdır; fakat resmî bir kıymeti yoktur. Yalnız, kanunları henüz tamamlanmamış yerlerde doktrinin mütalâaları kanun kuvvetinde olmuştur. Romalı hukukçuların ve Orta zaman glassatörlerinin fikirleri böyle olmuştur¹⁰. Fakat, ilk iki nevi tefsir resmî iken, bu tefsir nevi tabiatile resmî mahiyette değildir; bu bakımdan daha az kuvvetlidir. Bunun yanında doktrinal tefsirden istifade ederken gayet dikkatli olmak gerektiğini de unutmamak lâzımdır; çünkü, nazari olarak meseleleri bir hal yoluna bağlarken ilim adamlarının büyük bir duredişlik göstermedikleri, buna mukabil tatbik edeceği metnin icabında önündeki adamın hayatına bile mal olacağını bilen tatbikatçının çok daha ciddi endişeler altında bulunduğu bir hakikattir. Bu sebepten dolayıdır ki, ilim adamlarının tefsirleri birbirinden çok farklı da olabilmektedir. Bunun için ilmî tefsirler gayet dikkatle incelenmelidir.

2) *Neticelere göre tefsir neveleri:*

Bu bakımdan tefsir, daraltıcı, genişletici, beyan edici, ilerletici, ilga edici, tashih edici olarak bir takım nevilere ayrılmış bulunmaktadır.

[9 bis] Bu hususta, bk. Kunter: Ceza Muhakemesi Hukuku, İst. 1961. sh. 347/not 37; Taner: Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, İst. 1955, sh. 366-369.

[10] Sabatini: Istituzioni di dirittogenale, 1946 cilt I (Portegenerale) sh.121.

A — Daraltıcı tefsir

Bilhassa Fransız doktrinde umumiyetle ceza hukukunda daraltıcı tefsir'de bulunmak gerektiği fikri müdafaa edilmektedir ^{10 bis}. Ceza hukukunda dar tefsir yapılması lüzumu iki esasa dayanmaktadır. Bunlardan biri kuvvetler ayrılığı, diğeri ise şüpheden sanığın istifade etmesi prensibidir.

Ceza hukukunda metinlerin dar tefsirini kuvvetler ayrılığı prensibi ile izah edenler, hâkimin vazifesinin kanunları tatbik etmekten ibaret olduğunu, kanunları yapmanın yasama organına ait bulunduğunu söylemektedirler. Hâkim de kanunları tatbik ederken ne şekilde yazılmış ise, o şekilde tatbik etmeli, kanun vazının istediğinden daha da fazla genişletmemelidir.

Bu muhakeme tarzı tenkit edilmiştir; hukukun diğer branşlarında, daha serbest bir tefsir tarzı kabul edilirken kuvvetler ayrılığı prensibinden ayrıldığı akla bile gelmediğine göre ¹¹, bunun sadece cezaî metinlerin tefsirinde akla gelmemesi, yani cezada dar tefsir fikri müdafaa edilirken başka bir gerekçeye dayanmak lâzımgeldiği kabul edilmelidir.

İşte, cezaî metinlerin dar tefsirinin kuvvetler ayrılığı prensibi ile izah edilememesi sebebiyle, başka bir esas aranmış ve «in dubio pro reo» bulunmuştur ¹². Metinler karanlık ve muğlak olduğu takdirde, sanığın aleyhine gitmek doğru olmadığı, bu bakımdan geniş tefsirden çekinilmesi gerektiği söylenmiştir. Penalia restringenda sunt, cezaî metinlerin dar tefsiri, sanık aleyhine muğlak metinlerle gidilmemesi içindir. Bu şekilde düşünen Fransız müellifleri, bu in dubio pro reo kaidesinin esasta bir usul prensibi olduğunu kabul etmekle beraber, dar tefsiri de bununla izah etmenin mümkün olduğunu ileri sürmektedirler. Hattâ buna daraltıcı tefsir (interpretation restrictive) değil, titiz tefsir (interpretation stricte) diyerek, aslında bir daralma değil, fakat metinleri titiz olarak tefsir etmekten bahsedilmesi gerektiğini müdafaa etmektedirler ¹³.

[10 bis] Meselâ, Bouzat: s.g.e., s. 66; Vouin - Léauté, sh. 125; Stefani - Levasseur: sh 83;

[11 - 12] Légal, Alfred: Les Pouvoirs d'Interprétation du Juge Pénal en France (Revue Pénale suisse, Mélanges Oscar Adolf Germann, 1959, sh. 95.).

[12] Merle, Roger: Droit Pénal général complémentaire, Paris, 1957, sh. 74.

[13] Légal, Alfred: s.g. makale, sh. 97.

B — Genişletici tefsir

Umumiyetle ceza hukukunda, genişletici tefsir yapılmaması gerektiği, bunun vatandaş hürriyetlerini tehdit ettiği kabul edilmektedir.

Suçların kanunda sarahaten gösterilmiş bulunması ve gösterilmeyen fiillerin cezalandırılmaması esasına dayanan bu fikir doğru olmakla beraber, bazı hallerde ceza hukukunda da genişletici tefsir zaruri olmaktadır. Meselâ, Ceza kanunumuzun 5 inci maddesine göre, ancak üç yıldan daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçların yabancı memlekette işlenmesi halinde re'sen takibat yapılacağı, diğer hallerde ise şikâyet olursa takibat yapılabilip, olmazsa yapılmıyacağı kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi, burada ölüm cezası halinde ne yapılacağı gösterilmemiştir; fakat doktrinimizde bu halde de re'sen takibat kabul edilmektedir¹⁴. Aynı şekilde, kanun 17 nci maddesinde şartla salıverilen bir kimsenin geri kalan ceza müddeti içinde şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezayı gerektiren cürüm işlemesi halinde salıverme kararının geri alınıp infaza devam edileceğini emretmektedir; görüldüğü gibi, ölüm cezasını gerektiren hallerde ne yapılacağı söylenmemiş bulunmaktadır; buna rağmen, müellifler, bu halde de şartla salıverme kararının geri alınıp infaza devam edileceği fikrindedirler; görüldüğü gibi ölüm cezasını gerektiren hallerde ne yapılacağı söylenmemiş bulunmaktadır; buna rağmen, müellifler, bu halde de şartla salıverme kararının geri alınması gerektiğinde tereddüd etmemişlerdir¹⁵. Bunun gibi, müebbed veya on yıldan ziyade ağır hapis hallerinde cezalar özel af ile ortadan kaldırıldığı veya azaltıldığı takdirde, aksine bir kanun hükmü bulunmadıkça mahkûmun üç yıl müddetle emniyeti umumiye idaresi nezaretinde kalacağı, Ceza Kanununun 101 inci maddesi icabıdır. Ölüm cezasının bu şekilde affedilmesi halinde emniyeti umumiye cezasının tatbik edileceği hakkında hiç bir sarahat olmamasına rağmen, tatbik edilmesi kabul olunmuştur¹⁶.

C — Beyan edici tefsir

Şimdiye kadar anlatılanlardan anlaşıldığına göre, ceza hukukunda tefsirin muhakkak dar olması, genişletici olmaması ileri sürülememelidir. Bu tefsir, kaidenin lâfzı ve ruhu göz önünde tutulmak

[14] Erem: s.g.e. ve cilt, sh. 94.

[15] Erem: s.g.e. ve cilt, sh. 143 ve 271.

[16] Erem: s.g.e. ve cilt, sh. 609.

suretile beyan edici, izhar edici, açıklayıcı olmalıdır. Bu açıklama bazan daraltmak, bazan da genişletmek suretile mânalandırmayı gerektirmektedir. Bu bakımdan bazan sadece açıklayıcı tefsir ile iktifa edilirken, bazan açıklayıcı daraltıcı (*Interpretazione dichiarativo - restrittiva*), bazan açıklayıcı genişletici (*Interpretazione dichiarativo - estensiva*) tefsirden bahsedilebilmektedir¹⁷.

Ç — İlerletici tefsir

Müterakki, ilerletici (*Evolutiva, Progressiva*) denilen tefsir de bir bakıma genişletici tefsir sayılabilir¹⁸. Bu şekildeki tefsirde, kanun vazının düşünmesine imkân olmayan bazı ihtimaller de kanunun şümül sahasına sokulur. Yukarda kanun vazının değil, fakat kanunun iradesi nazara alınmalıdır derken, söylenmek istenilen de budur. Dar tefsir esasının doktrinde müdafaa olunduğu Fransada bile tatbikat bu nevi tefsirden kaçınmak imkânını bulamamıştır; bu şekilde, 1810 kanun vazı tarafından cezalandırılmasına imkân olmayan elektrik hırsızlığı, 1881 basın kanunu tarafından cezalandırılmasının düşünülmesine imkân olmayan sinema ve radyo vasıtasile hakaret suçları gibi fiillerin tecziyesinden çekinilmemiştir¹⁹.

İtalyada sun'i ilkah fiilinin kocanın rızası hilâfına yapılması halinde, zinaya ait hükümlerin tatbik edilmesi teklif olunmuş, zinanın cezalandırılma sebebinin nesebin karışmasını önlemek olduğu, sun'i ilkahın vaktile zina suçları tanzim edildiği zaman kanun vazı tarafından bilinmesine imkân olmamasının bu fiilin halen cezasız kalmasını intaç edememesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu suretle, zinaya ait kanun hükümlerinin müterakki tefsir esasları dahilinde mânalandırılmasının kâfi olacağı söylenmiştir.²⁰

Fransada, Ceza kanunlarındaki kral (*Roi*) kelimesi, Cumhurbaşkanı mânasına kullanılmıştır. Bunun gibi, bizde, bazı kanunlardaki «irade-i seniye» Cumhurbaşkanı kararnamesi mânasında anlaşılmaktadır (Meselâ, Memurin muhakemat kanununda olduğu gibi). Ceza kanununda geçen Türkiye Cumhuriyeti Teşkilâtı Esasiye kanununu cebren ihlâl suçunun cezası (m. 146) 1960 geçici Anayasasını

[17] Frosali: *Sistema Penale Italiano*, (Diritto penale sostanziale), Torino, 1958, cilt I, sh. 316 - 317.

[18] Bu hususta bibliyografya için bk. Grispigni: *Dir. Pen. It.* Milano, 1952, sh. 349/350.

[19] Bouzat: *Traité théorique et pratique de droit Pénal*, Paris, 1951, sh. 68.

[20] Padova mahkemesinin bu husustaki kararı için bk. *La Giustizia penale*, 1959, sy. VI, Parte VI, col. 740.

ihlâl edenlere de tatbik olunmuştur²¹. Gene, Ceza kanununun 159 uncu maddesinde geçen Türkiye Büyük Millet Meclisi kelimesi, Milli Birlik Komitesini de içine alacak şekilde anlaşılmıştır.

D — İlga veya tashih edici tefsir

Tashih edici veya ilga edici (abrogativa) tefsir halinde, bir kanun metnine mâna verilirken diğer bir metnin ortadan kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Bunun da genişletici tefsirin bir nevi olduğu söylenmiştir²². Böyle bir tefsir sonunda metinlerden biri uygulanmakta, birine verilen mâna neticesinde diğerinin ilga edildiği sonucuna varılmaktadır²³. Tabiatile, bu durumlarda, mümkün mertebe her iki metnin uzlaştırılması yolları aranmalı, mümkün olduğu kadar her iki metne farklı mâna vermeğe çalışmalıdır.

§ 2. TEFSİR VASITALARI

Hukuk kaidelerinin asıl mânasının tayini için yapılan fikri bir araştırma olan tefsir, bazı vasitalardan istifade suretile olacaktır. Tefsir edenlerin elinde kullanılması lüzumlu olan bu vasitalara tefsir vasıtaları ismi verilmektedir.

Bir çok müellifler, bu bahse ayrı bir yer vermeden geçmekte, farkına varmadan temasla iktifa etmektedir; bilhassa Fransız doktrinindeki durum bu merkezdedir. İtalyan doktrininde ise, bazı kitaplarda tefsir vasıtalarına gittikçe daha geniş bir yer verilmekte olduğu müşahede edilmektedir.

Türk doktrininde bu mevzuu ilk defa ele alarak «Yorum vasıtaları» ismi altında tetkik eden müellif Prof. Erem olmuş²⁴, ondan sonra mevzu bizim tarafımızdan kısaca işlenmiş²⁵, Dönmezer - Erman da bu vasıtalar bahsine ayrı bir yer vererek onları «Metinden vazın iradesini istihraça imkân veren vasıtalar» ve «Tefsirde müracaat edilen

[21] Balmumcu 2'nci Örfi İdare mahkemesinin Ahmet Çiftçi için kararı.

[22] Cavallo: Diritto penale, 1948, sh. 230; Vannini: Lineamenti di diritto Penale. Firenze, 1932, sh. 32.

[23] Bettiol: Diritto penale. Palermo, 1945, sh. 83.

[24] Erem: Türk Ceza Hukuku, Ankara, 1947.

[25] Tosun: Ceza kanunlarının tefsir vasıtaları arasında hazırlık çalışmaları (Adl. Der. yıl 48, sh. IX).

metin dışı vasıtalar» olmak üzere iki büyük kategoride toplamışlardır²⁶.

Biz tefsir vasıtalarını evvelâ «Mer'î hukuktaki vasıtalar», sonra da «Mer'î hukuk dışında kalan vasıtalar» diye iki kısma ayırarak tetkik etmek istiyoruz.

1 — Mer'î hukuktaki tefsir vasıtaları:

Hukuk kaidelerini mânalandırırken, tatbik edilen, yaşayan hukuktaki bazı vasıtalardan istifade edilebilir. Bunlar, kanunun lâfzı, hukuk sistematiği ve nihayet hukukun umumî prensipleridir.

A — Tefsir vasıtası olarak «Lâfız»

Kanun vaznı iradesini her şeyden evvel muhakkak ki, kelimelerle ifade edecektir. İşte, kelime ve cümlelerin tahlili suretile kanun vaznının ne demek istediği açıklandıktan sonra metinlerin mânalandırılması en kolay tefsir yollarından biridir. Kanunun lâfzı dediğimiz ifade vasıtasını dil kaideleri ve gramer bilgisi ile gerçekleştirmek mümkün olacaktır. Lâfzî tefsir diye isimlendirilen bu nevi tefsir muhakkak ki, en basit tefsir tarzıdır ve çoğu hallerde kanun vaznının iradesini bu şekilde ortaya çıkarmak kâfi gelmekte, başka vasıtalara başvurulmasınalüzum kalmamaktadır.

Lâfzî tefsir hem en fazla başvurulmuş ve hem de en basit bir tefsir tarzı olmakla beraber, bazan yanlış neticelere götürebilir, bu bakımdan ilerde anlatılacak vasıtaların yardımı ile bu yanlış neticelere varan mânalandırmaların önüne geçilmesi gerekecektir. Meselâ, Ceza kanunumuza göre, 11 - 15 yaş arasındaki mümeyyiz küçükler hakkında hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezalar ıslah evinde çektirilir; lâfzî tefsire bağlı kalındığında, sürgün de hürriyeti bağlayıcı bir ceza olduğuna göre, onun da ıslah evinde çektirilmesi gibi bir neticeye varılmaktadır ki, elbette yanlıştır²⁷.

Lâfzî tefsir bahsinde üzerinde durulabilecek bir husus, kanun vaznının kullandığı bir kelimenin hem teknik hukuka ve hem de alelâde konuşma lisanına ait iki ayrı mâna ifade etmesi halinde bu iki mânadan hangisine itibar edilmesi gerektiği meselesi olabilir. Bazı müellifler bu hallerde teknik hukuka ait mânanın tercih edil-

[26] Dönmezer - Erman: s.g.e. cilt I, sh. 176/181.

[27] Erem: Türk Ceza Hukuku, Ankara, 1958, cilt I, sh. 316.

mesi lâzım geldiğini söylemektedirler²⁸. Buna mukabil, diğer bazı müellifler aksi kanaati müdafaa etmektedirler. Türk doktrininde Erem, ceza kanunlarında kullanılan tâbirlere teknik hukukta verilen mânanın verilmesinin her zaman doğru olmadığını, kanun koyucunun çok defa terim hatalarına düştüğünü, bazan ise kasdı olarak ceza kanunlarının herkesçe bilinmesini ve anlaşılmasını sağlamak için bir terimin umumî mânada kullanıldığına rastlandığını söylemektedir²⁹. Manzini de, ceza kanunlarının herkes için en basit hareket kaideleri olduklarını gözönünde tutarak, bunların herkes tarafından bilinmeleri lâzım geldiğini, bu bakımdan evvel emirde kelimelerin umumî lisandaki mânalarına itibar edilmesi gerektiği neticesine varmaktadır. Manzini'ye göre, ancak kaidelerin heyeti umumiyesinden yahut diğer kaidelerle irtibatından sarıh olarak anlaşıldığı takdirdedir ki, kelimenin alelâde lisandaki değil, fakat hukuktaki teknik mânası kabul edilmelidir³⁰. Dönmezer - Erman ise, alelâde mânanın üstün tutulmasına taraftar görünmemekte, yerine göre teknik, yerine göre ise alelâde mânanın verilmesini kabul etmektedirler³¹.

Ceza hukuku dışında kalan branşlara ait terimlerin de, ait oldukları branşlardaki mânada mı, yoksa ceza hukukunda daha farklı olabilen bir mânada mı kullanılması gerektiği de münakaşa edilmiştir. Meselâ, bazan ceza kanunlarında mülkiyet, zilyetlik, âmme müessesesi, âmme idaresi gibi tâbirler yer almaktadır; başka branşlara ait bu hukukî ıstılahların ait oldukları hukuk dalında kendilerine verilen mânada kabul edilmeleri, bu durumlarda ceza hukukunun medenî hukuka, idare hukukuna, v.s. müracaat zorunda olduğu kabul edilmektedir³²; fakat, ceza hukukunda bu nevi tâbirlere bazan ayrı bir mâna verilmiş olması da mümkündür; bu bakımdan ceza hukukunun bu nevi tâbirlere ayrı bir mâna verip vermediği hususu da gözönünden uzak tutulmamalıdır³³.

B — Tefsir vasıtası olarak «Sistematik»

Herhangi bir kanun maddesindeki hüküm, ekseriya yalnız başına kalmış bir hüküm olmayıp, diğer maddelerle aynı fasıl, bap veya

[28] Roux: Cours de droit criminel français. Paris, 1927, sh. 83.

[29] Erem: s.g.e. sh. 26.

[30] Manzini: Trattato di diritto penale Italiano. Torino, 1920, cilt I, sh. 238.

[31] Dönmezer - Erman: s.g.e. ve cilt, sh. 177.

[32] Pannain: Manuale di diritto penale. Torino, 1950, cilt I, sh. 54-55.

[33] Pannain: s.g.e. sh. 94.

kitapta bulunup bulunmaması itibarile, onlarla ilgilidir. Bu bakımdan, bir hükmü mânalandırırken, onun içinde bulunduğu küll' ile alakasını tebarüz ettirmek, manasını tayin etmekte çok fayda sağlamaktadır. Bu nevi tefsire sistematik tefsir denmektedir. Sistematik tefsir sayesinde hukuk kaidesinin manası hukuk nizamının bütünü içinde kavranılmaya çalışılır³⁴.

Sistematik tefsire ait bazı misaller verelim.

T.C.K.'nun 496'ncı maddesi senedin yağması suçunu tanzim etmiştir. Maddede tehdit ile senet almak fiili cezalandırılmış bulunmaktadır. Manzini, bir kimsenin tehdit edilerek elinden şeref ve haysiyetini ihlâl edecek bir vesika alınmasının bu maddeye giren bir suç olduğunu kabul etmektedir³⁵. Dönmezer ise, sözügeçen 496'ncı maddenin «mala karşı işlenen suçlar» babında yer aldığı, mülkiyet veya zilyetliğin değil, fakat şeref ve haysiyetin ihlâli halinde bu maddenin tatbik edilmeyeceği neticesine varmaktadır.

Sistematik tefsire diğer bir misal, şikayet hakkının mirasçılar tarafından kullanılabilip kullanılamıyacağı mevzuundadır. T. C. K.'nin 488'nci maddesinin ikinci fıkrasında hakaret ve sövmeye muhatap olan kimsenin şikayetname vermeden ölmesi halinde mirasçılarının bu hakkı kullanabilecekleri kabul olunmuştur. Erem, sistematik bir tefsirden hareketle, hususi kısımda yer alan bu kaidenin, umumî kısımda yer alan şikayet hakkı bakımında müessir olmadığını, binaenaleyh bunun dışındaki hallerde kaide olarak şikayete tabi suçlarda mirasçının ölen mağdur yerine kaim olamayacağını kabul etmektedir³⁶.

C — Tefsir vasıtası olarak hukukun umumî prensipleri

Ceza hukukunda da cezaların şahsiliği, kimsenin hükümden evvel suçlu olarak kabul edilmemesi, sanığın doğru söylemeğe cebre-dilememesi, aynı fiilden dolayı iki kere ceza verilmemesi gibi umumî bir takım prensipler vardır ki, bunların sarahaten kabul edilmediği hallerde bile, aksine kayıt olmadıkça, gözönünde tutulması ve kanun metinlerinin devrimiz adaletine yakışır bir şekilde tefsir edilmesi gerekmektedir.

[34] Çağıl: Hukuk metolojisi dersleri, İst. 1952, sh. 130.

[35] Manzini: s.g.e, cilt VIII, sh. 282.

[36] Erem: s.g.e. sh. 115.

Metinlerin umumi prensiplere göre tefsir edilmelerine ait bazı misaller verelim.

Meşhur, Bulgar mültecileri davası esnasında, esas mahkemesi suçun siyasi olduğunu, iadenin mümkün bulunmadığını ve netice olarak da iade edilmeyen suçluların Türkiyede muhakeme edilemeyeceklerini karar altına almıştı. Fakat Temyiz Mahkemesi, mehzaz kanunda mevcut «iade esası kabul edilmeyen bir cürüm mevzuubahis ise dāvaya bakılmaz» şeklindeki hükmün kanunumuza alınmadığı, binaenaleyh, Türk Ceza Kanununun bugünkü şeklinde suçu siyasi olduğu için iade edilmeyen suçluların Türkiyede muhakeme edilmelerinin lâzım geldiği neticesine varmıştır. Temyiz Ceza Dairesinin bu kararına karşı esas mahkemesi siyasi suçluların iade edilmemelerinin sebebi onlara melce hakkı tanımaktır, bu umumi bir prensiptir, Türk Ceza Kanununda bu umumi prensibin aksine bir sarahat mevcut değildir, İtalyan kanununda bulunan ve iade edilmeyen siyasi suçluların muhakeme edilmeyeceklerine dair olan hükmün kanunumuza alınmamasından, bu suçluların Türkiyede muhakeme edilecekleri manasını çıkarmamak gerekir; çünkü, bunların muhakeme edilmemeleri umumi bir prensiptir, demek suretile ısrar etmiş ve neticede Temyiz Ceza Genel Kurulu da bu ısrar kararını tasdik etmek suretile, kanunumuza alınmayan bu hükmün umumi hukuk prensiplerinden olduğunu ve siyasi suçluların iade edilmedikleri hallerde haklarında muhakeme de yapılmaması gerektiğini kabul etmiştir³⁷.

Kanunda sarahat olmayan hallerde umumi prensiplerle metinlerin tefsirine dair bir ikinci misal de, Türkiyede işlenmiş suçlarda yabancı memleketlerde verilen hükümlerin infaz edilmiş olması halinde bunların Türkiyede tekrar muhakeme edilip verilen cezadan yabancı memlekette verilip çekilmiş cezanın mahsup edilip edilmemesi konusunda olabilir. Türkiyede işlenmiş bir suçun failinin yabancı memlekette kaçıp orada bu fiilinden dolayı cezalandırılması mümkün olabilir. Kanunumuz, bu durumlarda bile, fail Türk ise resen, fail yabancı ise adliye vekilinin talebi ile Türkiyede yeniden muhakeme yapılacağını amirdir; fakat, yabancı memlekette Türki-

[37] Temyiz Ceza Umumi Heyeti'nin 31/10/1949, E. 1/108, K. 93 sayılı İlamı (Köseoğlu: Türk Ceza Kanunu, sh. 16/22) Karar hakkında, Dönmezer: yabancı memleketlerde işlenen suçlar siyasi suçlar ve nisbi siyasi suçlar (İst. Huk. Fak. Mec. 1949, sy. 2/3, sh. 760.)

yede işlediği suç sebebiyle cezalandırılıp da cezasını orada çekenlerin bu çekilmiş cezalarının Türkiyede mahkûm edildikleri cezadan indirilmesine dair kanunumuzda bir hüküm bulunmamaktadır; halbuki, mehzaz 1889 İtalyan kanununda böyle bir hüküm vardır, fakat kanunumuza alınmamıştır. Bu durumda, ilk nazarda, kanunumuza alınmamış olması sebebiyle, bizde böyle bir mahsup amelîyesine cevaz verilmemiş olduğu söylenebilir. Fakat, böyle bir mahsup amelîyesinin yapılmasının umumi prensip olduğu ileri sürülmüş, Erem³⁸ «Adalet», Dönmezer - Erman ise³⁹ daha hususi olarak «Non bis in idem» (= Bir fiilden dolayı iki kere ceza verilemez) kaidesi gereğince mahsuba, kanunda ayrıca sarahat olmamasına rağmen taraftar olmuşlardır. Gerek adalet ve gerekse non bis in idem kaidelerinin hukukun umumi prensipleri olduğu açıktır.

Tabiatile, umumi prensiplere müracaat suretile metinlerin boşluklarının doldurulması kanun vazının sarahaten aksine hüküm koymadığı hallerde mümkündür; kanun aksine bir hüküm koymuş ise, artık umumi prensiplere gidilmesi zordur. Meselâ, sanık, doğru söylemeğe cebredilemez ve yalan söylediği hallerde kendisine ceza verilemez; bu umumi bir prensiptir, kanunlarda yer almıştır. Fakat, Vergi Usul Kanununa 5815 sayılı kanunla ilâve edilmiş hükme göre, bilgi vermesi istenilen kimse yalan ve eksik bilgi verdiği takdirde, cezalandırılmıştı. Mahkemeler ilk defa bu son hükmün zikrettiğimiz umumi prensip ile çatıştığını ve ancak sanık durumuna girmiyecek kimseler hakkında tatbik edilebileceğini ileri sürmüşler, fakat Temyiz, kanunun sarahati karşısında bu türlü tefsirin kıymeti olamayacağını, umumi prensiplere aykırı olsa da kanunun tatbik edilmesi gerektiğini içtihat etmiştir⁴⁰.

2 — Mer'i hukuk dışındaki tefsir vasıtaları.

Mer'i hukuk dışında kalan vasıtalarla da hukuk kaidelerinin mânalandırılmaları mümkündür. Bunları da üç kategoride toplamak kabildir. Kanunun sevk sebebi gözönünde tutularak veya hazırlık çalışmalarına dayanarak metinlere mâna verilmesinde, mer'i olan hukuk kaide ve metinlerinden istifade edilmemekte, fakat hukuk

[38] Erem: s.g.e. sh. 80.

[39] Dönmezer - Erman: s.g.e. cilt I, sh. 238.

[40] Tosun: Vergi Usul kanununda bilgi verme mecburiyeti ve müeyyideleri (İktisat ve maliye, 1957, cilt III, sy. 12, sh. 535).

kaidesi olmamakla beraber onun kaynağı ile sıkı sıkıya ilgili vasıtalarından istifade edilmektedir. Mantık, sosyoloji, siyasi durum ve müesseselere başvurularda yapılan tefsirlerde ise, kaidenin maksadı ile ilgili vasıtalar kullanılmaktadır. Nihayet, bazan müesseselerin tarihçesinden istiane veya yabancı devlet hukukları vasıta olmaktadır. Görüldüğü gibi, bütün bu vasıtalar, mer'î hukukun dışında kalmaktadırlar.

A — Kaidenin kaynağı ile ilgili olan vasıtalar

Bunlar yukarda söylediğimiz gibi, kanunun sevk sebebi veya hazırlık çalışmalarıdır.

a) *Tefsir vasıtası olarak (Kanunun sevk sebebi - Occasio legis)*

Her Ceza kanunu, bir takım fiilleri suç haline getirirken bazı tehlike veya zararların vukuunu önlemek istemektedir. Bir fiilin cezalandırılması sebebini (ratio legis) öğrenince, kanun hükümlerinin de bu sebep gözönünde tutulmak suretile mânalandırılması halinde kanun vazunun hakiki iradesi, gerçek isteği de daha iyi meydana çıkarılmış olacaktır. Meselâ, hileli vergi suçlarının cezalandırılması sebebi, muhakkak vergi alacağını tahsil edebilmektir, dediğimiz takdirde, vergi alacağını tehlikeye koymayan yani vergi ziyana sebebiyet vermiyen fiiller, failin ahlâki redaeti bulunmasına rağmen, teşebbüs olarak bile cezalandırılmıyacaktır. Hukuk kaidelerinin sevk sebepleri gözönünde tutularak tefsir edilmeleri hakkında bir diğer misal, mevkûfiyet müddetinin mahkûmiyet müddetinden indirilmesi mevzuunda verilebilir. Türk CK. nun 40. maddesine göre, «Hüküm kat'iyet kesbetmeden evvel vuku bulan mevkufiyet ceza mahkûmiyetlerinden indirilir.» Bu hükmün sevk sebebi, zarurî bir haksızlık olan tevkif müessesesinin haksızlığını bir derece tahfif etmektir. Temyiz Mahkemesi bu sebebi gözönünde tutarak beraat ile neticelenmiş bir tahkikat esnasında mevkuf kalmış bir kimsenin mevkufiyet müddetinin mahkûmiyet ile neticelenmiş diğer bir suçunun cezasından indirilmesini kabul etmiştir. Halbuki, lâfzi bir tesirle buna imkân yoktur. Aynı sebeple Temyiz Mahkemesi mevkufiyet değil, fakat nezaret veya teşhis gibi sebeplerle hürriyeti tahdit etme hallerinde de bu şekilde geçen müddetlerin mahkûmiyete mahsup edilmesini kabul etmektedir⁴¹.

[41] Kararlar için, bk. Köseoğlu: Hasiyeli Türk Ceza Kanunu. İst. 1955, sh. 63.

b) *Tefsir vasıtası olarak «Hazırlık çalışmaları»*

Metinler kanun haline gelmeden evvel bir çok çalışmalar yapılır. Kanun tasarısı hazırlanır, gerekçeleri kaleme alınır, komisyonlarda üzerinde düşünülür, değişiklikler yapılır ve bu değişikliklerin gerekçeleri yazılır, Meclislerde müzakereler yapılır, leh ve aleyhinde serdedilen mütalâalar Meclis zabıtlarına geçirilir. İşte bütün bu vesikalar hazırlık çalışmaları ismi altında toplanabilir.

Mer'î metinlere mâna verirken bu hazırlık çalışmalarına müracaat edilerek kanun vazınının gerçek iradesinin meydana çıkacağı hemen hemen bütün Kara Avrupası memleketlerinde kabul edilen bir usul olmuştur. Bilhassa eski hukuk kitaplarında kanunun lâfzile ve ruhu ile tatbik edileceği ileri sürülelmemiş, hazırlık çalışmalarının kıymeti üzerinde tenkidi görüşler serdedilmemiş, sadece bunlar arasında bir derece farkı olabileceği üzerinde durulmuştur. Buna mukabil, Anglo-Sakson memleketlerinde kanunu tatbikle mükellef olan hâkimin, metnin mânası üzerinde tereddüde düştüğü takdirde kanun hazırlanırken izhar edilen kanaat ve izahlara itibar etmemesi kabul edilmiştir⁴².

Fakat bugün Kara Avrupasında da, eski müelliflerden farklı olarak, hazırlık çalışmalarının tefsir esnasında kullanılması mevzuunda tenkidi bazı görüşler ileri sürüldüğüne rastlanmaktadır.

Hazırlık çalışmalarının tefsir vasıtası olarak kullanılması mevzuunda serdedilebilecek en ciddi tenkit, bu çalışmalara bağlanıldığı hallerde kanun vazınının sübjektif iradesine göre hareket etmek gibi bir neticenin doğacağı şeklindedir⁴³. Halbuki, metinlerin tefsirinde kanunu yapanların iradesi değil, fakat kanunun objektifleşmiş mânası esas olmalıdır; bu irade her zaman kanunlaşmış değildir, tasarılar kanunlaştığı zaman ekseriya ilk hallerinden uzaklaşmaktadır. Bu bakımdan hazırlık çalışmalarına müracaat ile, kanunun hakikî mânasını bulmak kolaylaşacağı yerde ekseriya daha da zorlaşabilmektedir⁴⁴. Münakaşalara katılanların fikirleri yanlış veya mütenakız olabilmektedir⁴⁵. Nihayet hazırlık çalışmalarının tefsirde kullanılmaması suretile, kanun vazınının daha dikkatli olmaya sevkedileceği söylenmiştir.

[42] Demirel: Meclis müzakerelerine istinaden bir kanun hükmünün şu veya bu manaya geldiği ileri sürülebilir mi? (Ankara Barosu Der. 1956, sh. 39).

[43] Pannain: Manuale di diritto penale. Torino, 1950, sh. 95.

[44] Manzini: s.g.e., cilt I, sh. 297.

[45] Crispigni: s.g.e., cilt I, sh. 341/342.

Bütün bu tenkidlere rağmen, kanaatimizce, hazırlık çalışmaları tefsir bahsinde gene de çok ehemmiyetli bir yer işgal etmektedirler. Tabiatile, kanun vazının hazırlık çalışmaları esnasında kabul ettiği bir hususun kanunda gösterilmemesi halinde hâlâ onun mevcudiyeti hususunda ısrar edilmemek gerekmektedir; ancak, bazan bir husus tasarıda yer alırken, kanunda sırf kelimelerle zaten ifade edilmiş bulunduğu için tasrih edilmemiş ise, o da her hal ve durumda ayrıca kanunda ifade edilmiş kabul edildiği takdirde, hazırlık çalışmasına dayanılabilecektir.

Görüldüğü gibi, kanun vazının kanunda göstermeği unuttuğu bir fiili suç sayarak cezalandırmak cihetine gitmek, hazırlık çalışmalarına dayanarak bu fiilin kanun vazının hakiki iradesi icabı suç olduğunu söylemek mümkün değildir.

Bunun aksi bir ihtimal de bahis konusu olabilir. Kanun vazının bir fiili kanunla suç haline getirdiğini ve fakat hazırlık çalışmalarından gayet açık olarak, kanun vazının bu fiili suç saymak niyetinde olmadığını ve fakat her nasılsa kanundur, bu niyeti aksettirmeyecek şekilde çıktığını düşünelim. Eğer hazırlık çalışmaları nazara alınmaz ise, kanun fiilin suç sayıldığı şeklinde anlaşılacak ve fail de cezalandırılmak gerekecektir; halbuki kanun vazının asıl iradesi o fiili cezalandırmak olmayıp, fakat iyi ifade edemediği başka bir fiili cezalandırmaktır. Biz, bu durumda kanun vazının, kanuna uymayan hakiki iradesinin nazara alınması hususundaki Carrara'nın fikrine iştirak ediyoruz. Hâkim, kanun vazının suç saymak istemediği bir fiili cezalandırmamalıdır; çünkü, sırf her nasılsa hataen kanunda suç olarak gösterilen bir fiili cezalandırmakta içtimai fayda mülâhaza olunamaz⁴⁶.

B — Kaidenin maksadı ile ilgili olanlar

a) *Tefsir vasıtası olarak mantık:*

Kanun metinlerinin mânalarını tayinde mantık kaidelerinin de hizmeti olmaktadır. Buna bazı müelliflerin «Fikri vasıta» adını verdikleri de görülmektedir. Meselâ, Kanun muayyen bir husus bakımından tadadı iltizam etmişse, prensip itibarile her ibareye ayrı mâna vermek lâzımdır; çünkü, kanun vazının lüzumsuz tekrarlarda bulunmaması mantık icabıdır. Evleviyet ve mefhumu muhaliften istinbat kaideleri tefsirde mantığın tatbikini ifade ederler. Bu hususta bir kaç misal verelim.

[46] Carrara: Programma, Firenze, 1924, cilt 2, sh. 355, § 890.

Türk Ceza Kanununun 5 'inci maddesine göre, «Bir Türk, dördüncü maddede yazılı cürümlerden başka, Türk kanunlarına göre aşağı haddi üç seneden eksik olmayan şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezayı müstelzim cürmü yabancı memlekette işlediği ve kendisi Türkiyede bulunduğu takdirde Türk kanunlarına göre cezalandırılır.» Görüldüğü gibi, madde yabancı memlekette işlenmiş cürümlerin ancak muayyen bir ağırlıkta olanları için resen takibat kabul etmiş, diğerlerinin takibini şikâyete tâbi tutmuştur. Bu ağırlığı tayin ederken de «üç» seneyi esas tutmuş, üç seneden az olanları şikâyete tâbi bulundururken, üç seneden fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirenleri resen takip usulüne tâbi kılmıştır. Lâfzî bir tefsirle, ölüm cezasını gerektiren fiiller üç seneden ziyade hürriyeti bağlayan fiillerden olmadıkları için, resen takip edilememek gerekmektedir. Halbuki, Erem, doğru olarak, azın cezalandırıldığı yerde çoğunun da cezalandırılması lâzım geldiğini söyleyerek, yani (a fortiori) kaidesine dayanarak, ölüm cezası halinde de resen takibat yapılabileceğini kabul etmektedir⁴⁷. Aynı prensibe dayanarak yapılan tefsire bir diğer misal, şartla salıverme mevzuundadır; Türk Ceza Kanununun 17 'nci maddesine göre, şartla salıverilen bir hükümlü, geri kalan ceza müddeti içinde şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezayı gerektiren cürümlerden birini işlerse, salıverme kararı geri alınır, yani hükümlü çekmediği cezayı çekmeğe başlar ve ayrıca yeni suçu için de cezalandırılır. Kanun, şartla salıverilmiş kimsenin hürriyeti bağlayıcı bir cezayı değil, fakat ölüm cezasını gerektiren bir suç işlemesi halinde şartla salıverme kararının geri alınacağından bahsetmemektedir. Erem, bu durumda, azı cezalandıran kanunun çoğu evleviyetle cezalandırdığını kabul etmektedir⁴⁸. Aynı prensiple halledilen bir diğer misal özel af mevzuundadır; Ceza Kanunumuzun 101 'inci maddesinde, özel af halinde aksine sarahat olmadıkça müebbed veya on yıldan fazla hapis cezası mahkûmlarına üç sene müddetle emniyeti umumiye cezası tatbik edileceği gösterilmiş, fakat ölüm cezası derpiş edilmiş değildir. Erem, hürriyeti bağlayıcı cezalarda bahis konusu olan bu aleyhe durumun ölüm cezasını gerektiren hallerde evleviyetle kabul edileceğini, azı cezalandıran kanun vazın çoğu da cezalandırmak gerektiğini beyan etmektedir⁴⁹.

[47] Erem: s.g.e. sh. 94.

[48] Erem: s.g.e., sh. 143 ve 271.

[49] Erem: s.g.e., sh. 609.

Dönmezer de evleviyet kaidesine dayanarak 521 'inci maddeyi tefsir etmektedir; bu maddeye göre, başkasının hayvanını öldürme veya işe yaramıyacak hale koyma fiilleri suç sayılmış, kuş veya kümes hayvanlarının başkasının tarlasında zarar verirken öldürülmeleri halinde ceza verilmeyeceği tasrih edilmiştir. Bu durumda, kendi tarlasında başkasının kümes hayvanına zarar verdiğini gören mal sahibi onu öldürdüğü takdirde cezalandırılmazken, öldürmeyip yaraladığı takdirde cezalandırılacak mıdır? Dönmezer, daha ağır hallerde kabul edilen beraat sebebinin, daha hafif hallerde evleviyetle kabul edilmesi gerektiği fikrindedir⁵⁰.

b) *Tefsir vasıtası olarak sosyoloji*

Kanun vazının koymuş olduğu hukuk kaideleri muayyen bir memlekette, muayyen bir devirde yaşayanların bazı ihtiyaçlarını karşılamaya, bazı menfaatlerini himaye altına almağa matuftur. Bu bakımdan, metinlerin bu gayeleri gözönünde tutularak tefsir edilmeleri, mânalandırılmaları daha uygun olabilir. Bu nevi tefsire sosyolojik tefsir adı verilmektedir. Meselâ, Türk Ceza Kanununun 492 'nci maddesinin 9 'uncu bendinde «Meskûn bir hanenin doğrudan doğruya müstemilâtından olan veya duvarla çevrilmiş bulunan yerlerindeki hayvan hakkında işlenen» hırsızlık fiilleri iki yıldan beş yıla kadar hapisle tecziye edilmektedir. Kanunun doğrudan doğruya lâfzına bakıldığı takdirde, meselâ, hapisane içinde bir kutu içerisinde yetiştirilen bir yarış bitinin çalınması halinde hakikî birinci çalınmasından daha ağır bir ceza verilmesi gerekmektedir. Şensoy, bu hükmü incelerken, «... kanun ancak bir ziraat memleketinin ihtiyacını ifade eden hayvanları himayeye şayeste telâkki etmiş...» tir demektedir, bu suretle bu hükmü sadece memleketin ziraî bünyesi gözönünde tutulduğu takdirde iktisadî bir ehemmiyet arzeden ziraat hayvanlarına hasretmektedir⁵¹. Bu şekil bir mânalandırma sosyolojik tefsir teşkil etmektedir.

Sosyolojik tefsire bir diğer misale, hırsızlık hakkında Ceza Kanunu hükümlerini incelerken ratlamaktayız. Bina içinde hırsızlık hükümlerini tetkik ederken, Şensoy, Manzini'nin binayı toprak üzerinde yükselen yapı şeklinde tarif etmesine temasla, «Şarkî Anadolu'nun bazı eyaletlerinde olduğu gibi, mutaden toprak altında

[50] Dönmezer: Şahıslara karşı ve mal aleyhinde cürümler, hf. 1957, sh. 346.

[51] Şensoy: Basit hırsızlık ve çeşitli mevsuf hırsızlıklar. İst. 1956, sh. 205.

inşa edilen yapılar da binadan maduttur» demektedir⁵², bina tâbirine memleketin sosyal realitelerine göre bir mâna vermektedir.

Temyiz mahkememiz bere giyenler hakkında «... berenin medenî milletlerce kabul edilmiş olan ve şapkadan madut bulunan serpuşlardan olduğu...» gerekçesile Türk Ceza Kanununun 526 'ncı maddesindeki cezanın bere giyenler hakkında tatbikini kabul etmemiştir ki, medeniyeti esas tutarak yapılan bu mânalandırma sosyolojik bir tefsirdir.

Gene Temyiz Mahkemesi, bir kararında, Türk Ceza Kanununun 478 'inci maddesindeki «rahim ve şefkatle kabili telif olmayacak fena muamelenin mahalli örf ve âdet çerçevesinden geniş bir takdir hakkına» dayanılarak tayin edileceğine karar vermiştir⁵³. Ahlâk, âdap, şeref, haysiyet, müstehçen fiil gibi mefhumların tespiti de ancak sosyal muhitin telâkkilerine vukufu mümkün olabilmektedir⁵⁴.

c) *Tefsir vasıtası olarak siyasi müesseseler:*

Her devrin kendine göre siyasi müesseseleri vardır ve kanunların bunlarla ihtilâfa düşmeyecek şekilde tefsir edilmeleri gerektiği söylenmektedir. Bu nevi tefsire siyasi tefsir (interpretazione politica) da denilmektedir. Dönmezer - Erman, muayyen siyasi ve içtimai olayların bir fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarabileceğini söylerlerken siyasi tefsiri telmih etmektedirler. İtalyada, referandum esnasında kralı küçük düşürecek, hürmetsizliği ifade edecek hareketlerin cezalandırılmasının düşünülmemiş olması misal olarak gösterilmektedir⁵⁵. Memleketimizde de benzer durumlarla karşılaşmıştır. Meselâ, Türk Ceza Kanunu Meclisi tahkir ve tezyif fiillerini cezalandırmışken, bu fiiller Meclis feshedildikten sonra da cezalandırılmak gerekirken, Demokrat Partinin ekseriyetini teşkil ettiği Büyük Millet Meclisine 27 Mayıs inkılâbından sonra vâki fiilleri takip etmek kimsenin aklına gelmemiştir. Bunun sebebi, mevcut kanun metinlerinin tefsirinde siyasi müesseselerle metinlerin çarpışmamasını temin edecek şekilde davranılmasının bir prensip olmasıdır.

[52] Sensoy: s.g.e. sh. 128.

[53] Erem'den naklen: s.g.e. sh 28.

[54] Pannain: s.g.e. sh. 96.

[55] Dönmezer - Erman: s.g.e. cilt II/1, sh. 31

C — Eski ve diğer hukuklar

Tefsir her zaman mevcut hukuk kaideleri ile, tatbik edilen kanunlar vasıtasıyla yapılmaz; bazan, bir müessesenin eski tanzim şekli de mânalandırmada vasıta olabildiği gibi, bazan hattâ yabancı memleket hukuklarının da bizim hukuk kaidelerinin mânalandırılmasında vasıta olarak kullanılması mümkündür.

a) *Tefsir vasıtası olarak müesseselerin tarihçesi:*

Hukukun bir çok müesseselerinin kökleri tarihtedir, eskidir. Bazan bir müessesenin tarihçesini bilmek sayesinde onu bugün tanzim eden hükümlerin mahiyetini daha iyi anlayabilmek mümkün olur. Bu nevi tefsire tarihi tefsir (*interpretazione storica*) adı verilmektedir.

Meselâ, Türk Ceza Kanununun 80'inci maddesinde müteselsil suç tanzim edilmiş bulunmaktadır. Bu hükme göre, aynı suç işleme kararının icrası zımında kanunun aynı hükmünün birden fazla defa ihlâl edilmesi birden fazla suç sayılmayıp tek suç sayılmaktadır. Bunun sebebi Orta Zamanlara kadar dayanmaktadır. Orta Zamanlarda üç hırsızlık fiili işliyenlere ölüm cezası verilmekteydi; kanunun bu şiddetini hafifletmek için tatbikatçılar müteselsil veya müselsel denilen suç mefhumunu ortaya atmışlar, suç işleme kararındaki birlik sebebiyle bu fiillerin tek sayıldığını ileri sürmüşlerdir. Kanun ve tatbikata giren bu mefhum, faydalı görülmüş ve zamanımıza kadar gelmiştir. Demek ki, kısaca, teselsül, hakiki içtima halinde verilecek cezadan daha hafif bir ceza verilmesi için icat edilmiş bir müessesedir. O halde, teselsül müessesesi sanığın durumunu hakiki içtima halindeki de ağır bir hale koymamalıdır. Halbuki, memleketimizde bu husus nazara alınmadığı için, teselsül müessesesinin maksadı gözönünde tutulmadığından, bazan tesadüfen sanığın aleyhine neticelere vasıl olunmaktadır. Meselâ, teselsül hali devam etmekte iken çıkan bir umumi af kanununun kanunun yürürlüğe girmesinden sonra aynı fiiller devam ettiği için, yürürlüğe girmesinden evvelki fiillere tatbik edilemeyeceği, binnetice teselsülden dolayı arttırmanın ağırlatıcı sebebi ihtiva eden ilk fiil üzerinden yapılacağı kabul olunmuştur. Af kanunundan sonra tek bir fiil işlendiği kabul edildiğinde durum şöyle olmaktadır: eğer sanığın lehine olan teselsül mefhumu kabul edilmemiş olsa idi, fail sadece af kanunundan sonra işlediği tek fiilden dolayı cezalandırılacak,

ağırlatıcı sebebi ihtiva eden ilk fiil af kanununa kadar olan diğerlerle beraber cezalandırılmayacaktır. Bu durumda, tarihçesi nazara alınmadan tefsir edilen 80 inci madde yüzünden sanık af kanunundan istifade edememektedir. İtalyan tatbikatında teselsülün mahiyeti gözönünde tutularak onun sanık aleyhine tesadüfi neticeler doğurmıyacak şekilde tefsir edilmesine dikkat edilmektedir⁵⁶.

b) *Tefsir vasıtası olarak mukayeseli hukuk:*

Bugünkü ulaştırma vasıtalarının gelişimi karşısında artık medenî devletler birbirleriyle çok sıkı münasebetler kurmuşlar, bunun sonucu olarak hukuklar arasında bir benzeşme, hattâ iktibaslar başlamıştır. Bu sebeptendir ki, şu veya bu fiilin tecziye edilip edilmemesi başka memleketlerde de takip edilmekte, bir memleket kanunlarının tefsirinde başka memlekette aynı fiilin cezalandırılıp cezalandırılmadığına dair olan fikirler gözönünde tutulabilmektedir. Bilhassa iktibas hâdisesinin fazlalaşmış bulunduğu asrımızda bu nevi tefsirlerin yapılması tabii görülmektedir. Sadece doktrinde değil, tatbikatta bile bu yola gidildiğine rastlanılmaktadır. Meselâ, Türk Ceza Kanununun 444 'üncü maddesinde zina suçu mevzuunda «karı kocadan birinin ölümü dâvayı iskat eder» hükmü yer almıştır. Tatbikatta bu hükme dayanılarak cezası infaz edilmekte olan bir mahkûmun eşinin öldüğü, binaenaleyh kendisinin tahliye edilmek lâzım geldiği ileri sürülmüştür; Temyiz Mahkememiz, Mehaz İtalyan 1889 Ceza Kanununda mevcut bu hükmün kanunumuza alınmadığına işaretle böyle bir talebi reddetmiştir⁵⁷. Gerçekten, İtalyan kanununun mukabil 358'inci maddesinde «Dâva hakkını haiz olanın ölümü vazgeçme gibidir» denmekte, vazgeçme ise zina suçlarında infaza dahi son vermektedir. Halbuki bizim kanun sadece «Karı kocadan birinin ölümü dâvayı iskat eder» şeklinde olduğu için ölümün sadece «dâva» esnasında müessir olacağı, dâvanın da infaza teşmil edilemeyeceği kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi, Temyiz Mahkememiz 444 'üncü maddeyi mânalandırırken onu mehaz kanun hükmü ile mukayese etmiş, yabancı bir metni de mânalandırmada vasıta olarak kullanmıştır. Doktrinde ve hele yabancı bir ceza kanununu iktibas eden memleketimiz doktrininde hukuk kaidelerinin mânalandırılmasında mukayeseli hukuk ve bilhassa mehaz kanun

[56] Tosun: Müselsel suçlar (İst. Huk. Fak. Mec. cilt XXII. sy. 1/4, sh. 1-28).

[57] Temyiz Mahkemesi, 4. C.D., 21/6/945 tarih, 6542 Esas 6557 No. lu kararı.

tatbikat ve nazariyatına müracaatın fazlalığını tabii karşılamak gerekmektedir.

§ 3. TEFSİR METODLARI

Bu sayılan vasıtaların bir kısmının veya hepsinin kullanılmasına cevaz verilmesine göre, yapılan tefsire ayrı isimler verilebilmektedir. Bazı müellifler sadece lâfzi vasıtanın kullanılması haline lâfzi tefsir, diğer vasıtaların da kullanılması haline mantıkî tefsir demektedirler⁵⁸. Buna mukabil bazı müellifler lâfzi tefsirin dışındaki tefsire gai (teleolojik) tefsir ismini vermektedirler⁵⁹. Hattâ ikiden fazla tefsir nevi bulunduğunu, bunlardan birinin lâfzi, diğerinin mantıkî ve nihayet üçüncüsünün de gai (teleolojik) olduğunu söyleyenler de vardır⁶⁰. Biz, bu mevzuda Antolisei'nin tefrikini daha doğru bulmaktayız. Bu müellife göre, iki nevi tefsir olup, bunlardan biri mantıkî-inşai (logico-costruttivo), diğeri gai (teleologico) dir⁶¹.

I — Mantıkî - inşai veya geleneksel tefsir:

Bu tarz tefsirde, hukuk kaidelerinin daha ziyade lâfzı üzerinde durulmakta, kanun vazının kanunu hazırlarken ne gibi maksatlarla hareket ettiği araştırılmakta, hazırlık çalışmalarına büyük önem verilmektedir. Kanunun lâfzına verilen büyük kıymet sebebiyle mantık kaidelerine müracaat edilerek bazan kanun vazının aklından bile geçmiyen neticelere varılmaktadır.

Sadece kelimelere istinatla yapılan bu nevi tefsir bugün artık kifayetsiz kabul edilmektedir. Tefsir kelime oyunundan ibaret bir mantık egzersizi olarak kabul edilmemelidir. Kanun vazının her şeyi en iyi şekilde ifade ettiği esastan hareket edilmemeli, nihayet onun da insanlardan müteşekkil olduğu, yanılmanın insanlara hâs olduğu kabul edilmelidir.

II — Gai (teleolojik) tefsir:

İşte, kanunların daima en iyi kelimelerle yazılmasının her

[58] Crispijn: s.g.e., sh. 337; Petrocelli: s.g.e. sh. 128; Ranieri: s.g.e. sh. 46.

[59] Bettiol: s.g.e. sh. 78.

[60] Cavallo: s.g.e. sh. 227.

[61] Antolisei: s.g.e. sh. 60.

zaman mümkün olmadığı esastndan hareket edilerek, bunların tefsirinde hangi gaye ile kabul edildikleri noktasından hareket edilmesi ve bu gayeyi gerçekleştirecek bir mânâ verilerek tefsir edilmelerinin daha uygun olacağı düşünölmüştür. Bu durumda, yukarda gördüğümüz gibi, tefsirde sadece lâfız ve mantık vasıta olarak kullanılmamakta, bunlar kullanıldığı takdirde gayeden inhiraf, sapma olduğu hallerde, diğer vasıtalara da başvurularak kaideler gayelerine uygun bir mânâda tefsir edilmektedir.

Bu şekil tefsir usulü tenkid edilmiş ve işleri fasit bir daire haline getirdiği söylenmiştir; şöyle ki, bu usulde evvelâ kaide tefsir edilerek gayesi bulunmakta, sonra bulunan bu gayenin ışığı altında tefsir edildiği ileri sürölmektedir⁶².

Bundan başka, sözü geçen metodun hukukta bulunması gereken katiliği bozduğu, hâkimlerin indî hareket etmesine yol açtığı şekilde tenkidler de yapılmıştır. Fakat bunlar yerinde değildir⁶³.

Bu nevi tefsir metodunda, fasit bir daire içinde kalındığı doğru değildir; çünkü, lâfzî tefsire evvelâ başvurulması tabiidir. Fakat bu başvurma, sathî bir incelemeden ibaret olup, kanun vazı iradesini her şeyden evvel lâfız ile ifade ettiğine göre, vazgeçilmez bir zarurettir; çünkü buna başvurmaktan maksat, kanun vazının bu kaideyi koyarken düşündüğü gayeyi ortaya çıkarmaktan ibarettir. Bunun için de derin bir araştırma zarurî değildir; hakiki tefsir ameliyesi bundan sonra başlayacaktır⁶⁴. Ekseri hallerde kanun vazının iradesi kat'î ve açık olarak belli edilmiş de olabilir; nihayet, bu gaye bazı hallerde entuitif olarak da bulunabilir.

Gaye bir kere bu şekilde meydana koyulunca, kaidenin bu gayeyi en iyi şekilde aksettirecek tarzda mânâlanandırılması gai tefsir olarak kabul edilecektir. Bu tefsir faaliyeti sırasında lâfız ve mantıktan başka vasıtalar, meselâ tarihî vasıta, içtimâî vasıta, siyasi vasıta, v.s. kullanılacaktır.

Bu nevi tefsir metodunun hâkimlerin indî hareketlerine sebebiyet vereceği şeklindeki itiraza gelince, bu da isabetli değildir. Hukukta kat'îlik lâfza bağlılık ise, bu tefsir metodunda lâfız tamâmîle ihmal edilmemekte, işe onunla başlanılmakta, fakat kanun vazının gayesine ehemmiyet verilmektedir. Bu bakımdan hâkimlerin tamamen serbest olduğu söylenemez. Bunun dışında hukukun

[62] Nuvolone: *Il possesso nel diritto penale*. Milano, 1942, sh. 56.

[63] Antolisei: *Manuale di diritto penale*, Milano, 1955, sh. 62.

[64] Bettiol: s.g.e. sh. 81; Antolisei: s.g.e. sh. 61.

ideal kat'iliği, mutlak bir kat'ilik tatbikatta gerçekleştirilemez; çünkü, kaideler mücerret ve çok sayıdadır, ayrıca bunları tatbik eden hâkimler de otomat değildir, onların ahiaki, siyasi, içtimai görüşleri farklı olunca zaruri olarak aynı metinlerin de farklı olarak mânalandırılmasının önüne geçilemez⁶⁵.

Gai tefsir metodunun neticeleri şunlardır:

1) Her hukuk kaidesi, onun kabulü ile takip edilen gayeyi gerçekleştirecek şekilde tefsir edilmeğe çalışılmalıdır. Eğer bir izah, gayeye varmağa salih değilse, terkedilmelidir; bunun gibi bir izah kanunun gayesini aşacak bir mânaya götürüyorsa, bu da terkedilmelidir.

2) Aksi sabit olmadıkça, her kaidenin umumî hukuk nizamı ile ahenkli olduğu farzedilmelidir. Metinler, umumî hukuk nizamı ve prensiplerle çatışmıyacak şekilde mânalandırılmalıdır.

Bunun neticesi olarak, tefsir eden kimse, metni şu veya bu şekilde mânalandırıldığı takdirde, o kaide ile gerçekleştirilmek istenen gayenin hasıl olmayacağını yahut umumî hukuk prensiplerle çatışan bir mânaya varıldığını görünce, bu mânanın bertaraf edilebilmesi için sözü geçen hükümleri genişletici veya daraltıcı tefsire tâbi tutmak mecburiyetindedir. Meselâ, açıkça objektif mes'uliyet esasının kabul edildiği görülmüyorsa, bugünkü hukukun «Nulla poena sine culpa = kusursuz ceza olmaz» prensibine doğru geliştiği gözönünde tutularak, metinlerin bu şekilde mânalandırılması ve bu suretle kusuru olmayan kimsenin cezalandırılması neticesini doğurabilecek bir tefsir tarzından çekinilmesi lâzımdır⁶⁶.

III — Kıyas yolu ile tefsir:

1 — *Kıyas'ın mahiyeti:*

Kıyas, kanun vaznı tarafından sureti mahsusada tanzim edilmiş bir sahada rastlanan bir ihtilâfın, en yakın benzer hükümlerle halledilmesi için bu nevi hükümlerin araştırılmasını temin eden fikri bir faaliyettir. Demek ki, kıyas, hukuk nizamının arzemesi muhtemel boşluklarının doldurulması için bir vasıtaadır.

Bazı müellifler, kıyasın kanun vaznının o hâdise karşısında kalmış olsaydı ne şekilde hareket ederdi diye bir araştırma oldu-

[65] Antolisel: s.g.e. sh. 62.

[66] Antolisel: s.g.e. sh. 63/64.

ğunu söylemelerine mukabil, diğer bazı müellifler, kanun vazunun mefruz iradesinin değil, fakat hukuk nizamının bütünlüğünün nazara alındığını söylemektedirler. Önüne getirilmiş herhangi bir hâdiseyi, bu mevzuda bir kanun bulunmadığı için hâkimin halledememesinin kabul edilmediği hukuk branşlarında, kıyastan bu ikinci mânanın anlaşılması gerektiği fikrindeyiz⁶⁷.

Bir kısım müellifler kıyas'ın bir tefsir şekli olmadığı fikrinde iken, bir kısmının onun da bir nevi tefsir olduğunu müdafaa ettikleri ve kıyas yolu ile tefsir'den bahsettikleri görülmektedir.

Kıyas'ın tefsir şekli olmadığını, ondan tamamen farklı bir faaliyet olduğunu ileri süren müellifler, kıyas yolu ile, olmayan bir kaidenin yaratıldığını ileri sürmektedirler⁶⁸. Bir kısım müellifler ise, kıyası bir kaidenin mânalandırılması değil, fakat tatbik edilmesi olarak kabul etmektedirler⁶⁹.

Buna mukabil, kıyas'ın da bir tefsir şekli olduğunu söyleyenler ve kıyas yolu ile tefsirden bahsedenler vardır⁷⁰. Grispigni, kıyas yolu ile yeni hüküm ihdas edilmediğini, fakat zaten mevcut, meknuz hükümlerin sadece keşfolunduğunu, onun ayrı tefsir nevi olduğunu söylemektedir⁷¹. Kanaatimizce, kıyas halinde başka bir kaidenin genişletilmesi suretile hükme bağlanmamış bir sahadaki olay veya muamelenin bu kaide içine sokulması bahis konusu olduğuna göre, ve ayrıca mâna itibarile en yakın, benzer kaidelerin bu şekilde genişletilmesi benzer olmayan kaidelerin kıyasen genişletilmesine imkân olmadığından, kıyas da bir tefsir nev'i olarak kabul edilmelidir.

Bu durumda, kıyas ile bilhassa genişletici tefsir'in biri birinden ayrılması mesele olarak ortaya çıkmaktadır. Hakikaten, kıyas ile genişletici tefsirin hududlarını tefrik ince bir meseledir. Genişletici tefsir halinde kanun vazunun iradesine göre kelimelerin mânalarının genişletildiği, kıyas halinde ise, kanun vazunun iradesinin bile bulunmadığı söylenmiştir⁷². Bazıları aynı fikri, genişletici tefsir halinde kanun vazunun evvelce istediği ve fakat ifade etmekte

[67] Santoro: s.g.e. ve cilt. sh. III.

[68] Dönmezer - Erman: s.g.e., cilt I, sh. 166.

[69] Vassalli: Limiti del divieto d'analogia in materia penale, Milano, 1942, sh. 4 (Frosali'den naklen, s.g.e. sh. 319); Petrocelli: s.g.e. sh. 131.

[70] Cavallo: s.g.e., sh. 231; Frosali: s.g.e., sh. 319; Kunter: s.g.e., sh. 357.

[71] Grispigni: s.g.e. sh. 344.

[72] Florian: s.g.e. sh. 195.

muvaffak olamadığı bir hale kaidenin teşmil edildiği, kıyas halinde ise kanun vazının evvelden tahmin etmediği, kelimelerin de içine girmeyen, bir kelime ile boşluk arzeden hallere benzer bir kaidenin teşmil edildiği şeklinde ifade etmektedirler⁷³.

Kıyasın, kanunî ve hukukî diye ikiye taksimi artık klâsikleşmiştir. Kanunî kıyas, bir kanunun boşluk arzeden bir sahaya teşmili, hukukî kıyas ise umumî hukuk prensiplerinin boşluk arzeden sahaya teşmili olarak tarif edilmektedir. Fakat, biz de, Manzini gibi⁷⁴, bu tefrikin tamamen faydasız olduğu tatbiki hiç bir netice vermediği kanaatindeyiz.

2 — Ceza hukukunda kıyasın tatbiki:

Suçların kanuniliği prensibinin ceza hukukunda kıyasın tatbikine mâni olduğu, suç olarak gösterilmemiş fiillerin cezalandırılmıyacağı herkesçe kabul edilmiştir. Çünkü, ceza hukuku, kapalı bir hukuktur, boşluk arzettiği kabul edilemez ki, bu boşlukların doldurulması ihtiyacı duyulsun, denilmiştir. Tabiatile bu husus kanunilik prensibini kabul eden memleketler bakımındandır

Ceza hukukunda kıyas kabul edilmemektedir, derken, bazı müellifler kıyası ikiye ayırıp suç ihdas eden yahut ağırlatıcı sebepler ihdas eden, bir kelime ile «Aleyhte kıyas = analogia in malam»'ın yasak olduğunu, fakat «lehte kıyas = analogia in bonam»'ın ceza hukukunda da tatbik edileceğini söylemektedirler.

Lehte kıyas'ın ceza hukukunda da tatbik edileceğini söyleyenler, büyük cezacı Carrara'yı takip etmektedirler^{74a}. Bunlara göre hafifletici sebepler, cezayı kaldırıcı sebeplerin kıyasen tatbikine mâni olmamalıdır; çünkü, kıyasın ceza hukukunda tatbik edilmemesinin sebebi, kanunsuz olarak bazı kimselerin cezalandırılmasına mâni olmak içindir. Bunun dışında, diğer hukuk dallarındaki gibi hareket edilmesi için bir mâni yoktur.

Ceza hukukunda lehte dahi kıyas yapılamıyacağını söyleyenler⁷⁵, bu zikredilen hallerdeki hükümlerin hususî olduğunu, istisnâî hallere mahsus kaidelerin ise teşmil edilemeyeceğini ileri sürmektedirler; bir kısmı da Ceza Kanunumuzun 29 uncu maddesindeki «Kanunda sarahaten yazılmış olmadıkça cezalar ne arttırılabilir,

[73] Cavallo: s.g.e. sh. 231; Petrocelli: s.g.e. sh. 132.

[74] Manzini: Trattato di diritto penale Italiano, cilt I, 1950.

[74a] Antolisei: sh. 70; Santoro: sh. 112; Frosali: sh. 325.

[75] Meselâ, Cavallo, sh. 233; Pannain: sh. 54; Florian: sh. 198.

ne eksiltilebilir ve ne de değiştirilebilir» hükmünden hareketle, kıyasen cezayı indirmenin veya kaldırmanın da mümkün olamayacağını, hattâ mehzadaki bu hükmü ihtiva etmeyen Yeni İtalyan kanunu bakımından bile böyle hareket edilmesinin zaruri olduğunu söylemektedirler⁷⁶.

Kanaatimizce, bu ikinci görüş doğrudur. Muayyen bir suç hakkında kabul edilmiş bir indirme veya cezayı kaldırma sebebi sadece o suç hakkında kabul edilmiştir; ne kadar ona benzerse benzesin, diğer suçlar hakkında sarahaten böyle bir hüküm yoksa, kıyasen tatbik cihetine gidilmemelidir.

İKİNCİ KISIM

YANLIŞ TEFSİR

§ 1 SUÇ TEŞKİL EDEN FİİLİN SUÇ ZANNEDİLMEMESİ: HUKUKİ BİLMEME VE YANILMA

I — Umumî olarak kanunları bilmeme ve yanılma:

Tefsir hukuk kaidelerinin asıl mânasını tâyin etmek için yapılan fikri bir ameliye olduğuna göre, hakiki şahısların yapacağı bir muhakemeye dayanacaktır. Bu suretle, ister yasama organı, ister yargı organı, ister bunlar dışında kalan organ veya şahıslar tarafından yapılsın, daima insan düşünce ve muhakemesi bahis konusu olacaktır. İnsanların da yanılmaları her zaman mümkündür; Lâtince «errare umanum est», türkçe «yanılmak insanlar içindir» yahut halk dilindeki «insan beşer, şaşar» gibi deyimlerin büyük bir hakikatı ifade ettiği şüpheden varestedir. Yanlış tefsir mevcut hukuk kaidelerine hakiki, asıl mânasını verememek olduğu gibi, mevcut kaideyi mevcut zannetmemeğe kadar gidebilir. Genel olarak ceza hukukunda mevcut hukuk kaidesinin mânasını tam tâyin edemeye «hata, yanılma, hukukî hata» ismi verilmekte, daha ileri gidilerek mevcut metni hiç mevcut zannetmemeğe de «cehil, bilmeme» denilmektedir. Bu iki durum netice itibarile aynı muameleye tâbi tutulmakta, çünkü başta fark olmakla beraber, sonda her ikisinde de kaidenin dışında kalınmaktadır.

[76] Petrocelli: Principi di diritto penale, cilt I, Napoli, 1955, sh. 134.

Yargı organlarının yaptığı yanlış tefsirleri düzeltmek için kanunlar bir takım kanun yolları kabul etmişler, bu suretle hukuk kaidelerinin yanlış tatbikine mâni olmaya çalışmışlardır. Hâkim ve mahkeme kararlarına itiraz, mahkeme kararlarını temyiz, olağanüstü temyiz, temyiz kararlarının ısrar üzerine genel kurullarda karara bağlanması, temyiz kararlarına karşı olağanüstü itiraz, iadeyi muhakeme, gibi yollarla, suç dolayısıyla verilen idari bir karar olan kovuşturamama kararlarına karşı kovuşturma dâvası gibi imkânlar nihayet bu maksatla ihdas edilmişlerdir. Her şeye rağmen gene de yanlışlık yapıldığında af müessesesine başvurulabilmektedir.

Yasama organının da yanlış tefsirde bulunması mümkündür; bu tefsirler kanun kuvvetinde olduğu ve kanunun tatbik edildiği daha evvelki hallere de şâmil olduğu için, çok ehemmiyetlidir; bu bakımdandır ki, Anglo-Sakson hukukunda yasama organının kendi çıkardığı kanunu tefsir etmesi kabul edilmemekte, bu işin, yanlış tefsir etmesi halinde düzeltmek için bir çok çareler olduğu yargı organlarına ait olduğu kabul edilmektedir. Yeni Anayasamızda da yasama organlarının tefsir yetkisi kaldırılmıştır. Buna rağmen, yasama organı herhangi bir hukuk kaidesinin mânasını yanlış tâyin ederek, hiç lüzumu yokken bazı kanunlar yapabilir. Bu takdirde, aynı mevzuu alâkadar eden iki veya daha fazla kanuni hüküm ile karşı karşıya kalınabilir. Bu durum kanunların zaman itibarile tatbiki meselelerini ortaya çıkarır ki, o mevzuda incelenmesi gerekmektedir; kısaca, bu mevzuda, sonraki kanun evvelkini ilga eder, umumî kanunun yanında hususî kanun tatbik edilir, fikri içtima halinde en ağır olan kanun tatbik edilir diye bir takım kaidelere başvurulabilir.

Yasama ve yargı organları dışında kalan kimselerin yanlış tefsirde bulunması halinde, genel kaide, kendilerinin bu yanlışlıklarının nazara alınmamasıdır. «Nemo censetur ignorare legem: hiç kimse kanunu bilmez farzedilmez», yahut «Error iuris nocet: hukukta yanlışlık zarar verir», «Ignorantia legis neminem excusat: kanunu bilmemek mazeret teşkil etmez» şeklinde ifade edilen bu prensip bütün kanunlar bakımından muteberdir. Hiç kimse başkasına zarar yaptıktan sonra, Medeni Kanunun haksız fiiller hakkındaki hükümleri bilmediğini ileri süremez; aynı şey ticaret, idare, v.s. kanunları bakımından da vârittir. Aksi takdirde sadece kanunları bildiğini söyleyenlere bunların tatbiki bahis konusu olup, bilmediğini ileri sürenler kanunun dışında kalmış olacaklardır ki, bu da anarşi demek olurdu. Onun için, kanunların tatbik edilmesinin

onları bilmeye bağlı olmadığı genel bir kaide olarak kabul edilmektedir. Bu kaide sadece ceza hukukuna münhasır olmayıp, bütün hukuk branşlarında tatbik mevkiî bulmaktadır⁷⁷.

II — Muhtelif ceza kanunlarındaki durum:

Bu mevzuda ceza kanunlarını üç kategoride toplayabiliriz. Bir kısım kanunlar bilmeme ve yanılma halinde bunun mazeret teşkil etmeyeceğini açıkça tasrih etmişlerdir; mehzaz 1889 ve Yeni 1930 İtalyan kanunları gibi, Türk Ceza Kanunu, Avusturya (m. 3 ve 233), Portekiz (m. 29/1) gibi kanunlar bakımından durum böyledir. Buna mukabil, bir kısım kanunlar bu konuya hiç temas etmemişlerdir; Fransa, Belçika, İzlanda, İspanya, Luxemburg Ceza Kanunları gibi... Fakat, bu kanunların tatbikatında da aynı kaidenin cari olduğu, yani sarahat olmamasına rağmen bilmeme ve yanılmaya bir değer verilmediği, doktrinin de aynı neticeleri kabul ettiği görülmektedir. Nihayet son bir kategoride toplayabileceğimiz bazı kanunlarda bilmeme ve yanılmaya önem verildiğine rastlamaktayız. 1950 Yunan Ceza Kanununun 31'inci maddesi aynen şu şekilde kaleme alınmıştır:

«Hukuk hatası — 1. Cezalandırılabilmeyi bilmeme yalnız başına isnadiyeti bertaraf etmeğe kâfi değildir.

2. Fakat o kimse hataen o fiili ika etmek hakkı olduğunu zannetmiş ve bu hatası da mazur görülebilir ise, fiil faile isnat edilmez.

Görüldüğü gibi, Yunan Ceza Kanunu failin sübjektif durumunun nazara alınarak, ayrıca onu mazur gördüğü takdirde, hâkimin faili, kanunu bilmediği veya yanlış tefsir ettiği için cezalandırmamasını kabul etmiştir; fakat, Yunan kanununun da fiilin daha az cezayı mucip olduğunu zanneden kimsenin bu hatasından onu faydalandırmayı kabul etmediği söylenebilir.

1951 Bulgar Ceza Kanunu 9'uncu maddesinde «İçtimaî bakımdan tehlikeli neticeler tevliid edeceğini evvelden görmemiş olan suçlunun tesadüfen işlediği fiile ceza verilmz.» Aynı şekilde, 1950 yılında umumî kısmı baştan aşağı değiştirilmiş bulunan Macar Ceza

[77] Stefani - Levasseur: Droit pénal général et criminologie. Paris, 1957, sh. 245; Merle: Droit Pénal général complémentaire, Paris, 1957, sh. 237; Françon: L'erreur en droit pénale (Stefani: Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Paris, 1956 da, sh. 243); Manzini: Trattato di diritto Penale Italiano, cilt II, Torino, 1950, sh. 44.

Kanunu da, 14 'üncü maddesinde bu yolu tutmuş görünmektedir. Bu maddeye göre, «1. Fiili, cemiyet için tehlikeli olmadığını zannederek işleyen ve zannı makûl sebeplere dayanan kimse cezalandırılmaz. 2. Bu sebepler olmadığı takdirde dahi, failin yanılması hususî olarak nazarı itibare alınmaya lâayık bir şarttan ileri gelmişse, ceza hudutsuz olarak indirilebilir.»

Görüldüğü gibi, kıyas'ı kabul eden Bulgar kanunu hukukî bilmeme ve yanılmaya büyük ehemmiyet vermek zorunda kalmıştır; çünkü, suçların sarîh olarak gösterildiği hallerde mazeret teşkil etmeyen bilmeme ve yanılmanın, bazı fiillerin benzetme yolu ile suç sayıldığı hallerde aynı şekilde mütalâa edilmesi adalete büsbütün aykırı bulunmuş olsa gerektir.

1932 Polonya Ceza Kanunu da, kıyastan bahsetmemesine rağmen, 20 'nci maddesinin ikinci fıkrasında «Mahkeme fiilin hukuka aykırılığındaki bilmemeyi cezanın olağanüstü hafifletilmesi için esas olarak kabul edebilir» demek suretile, bilmeme ve yanılmaya klâsik ceza hukukunda haiz olmadığı bir önemi vermiş bulunmaktadır.

İsviçre Ceza Kanunu da 20 'nci maddesinde «Kendisinin haklı olduğunu zannettirecek kâfi sebepler dolayısıyla bir cürüm veya bir cünha ika eden kimse bakımından hâkim serbestçe cezada indirme yapabilir. Hattâ hâkim sanığın cezasını tamamen kaldırabilir.»

Görüldüğü gibi, İsviçre Ceza Kanunu, bilmeme ve yanılmayı sadece cürüm ve cünhalar mevzuunda kabul etmekte olup kabahatler sahasında buna önem vermemektedir. Bunun dışında da hâkim, tabiatile her bilmeme ve yanılma iddiası karşısında bunu kabul mecburiyetinde olmayacaktır; kâfi sebepler arayacak, bundan sonra da sanığın sübjektif olarak haklı olduğunu zannedip zannetmiyeceğini de araştıracaktır⁷⁸.

III — Ceza kanununu bilmemek mazeret sayılmaz kaidesi ve ceza hukukundaki gelişimi:

Klâsik ceza hukukunda bu kaide mutlak olarak kabul edilegelmiştir. Bazı hukukçular, bunun aksini kabul etmenin, ceza kaidelerinin tatbikini şahısların bilmesi gibi bir şarta bağlayacağını, halbuki bu durumun ceza kanunlarındaki mecburilik vasfını haleldar

[78] Logoz: Commentaire du Code Pénal Suisse (Partie générale - Art. 1/110, Paris - Neuchâtel, 1939, sh. 78; Clerc: Introduction à l'étude du Code pénal suisse (Partie générale), Lausanne, 1942, sh. 90.

edeceğini ileri sürmüşlerdir. Bunlara göre, ceza kanunlarını bilmek mecburiyeti vardır denilemez; fakat bu kanunların bilmiyenlere veya yanlış bilenlere tatbik edilemeyeceği de söylenemez. Çünkü, bu durum kabul edildiğinde her suçlu Ceza Kanununu bilmediğini ileri sürerek onun tatbikini önleyebilir.

Bazıları ise ceza kanunlarını herkesin bilmesi gerektiği fikrini ileri sürmüşler, kimisi bunun bir faraziye olduğunu, kimisi ise,, karine olduğunu, bu vazifeyi yerine getirmiyenin neticelerine katlanması gerektiğini iddia etmişlerdir⁷⁹.

Bu iddialara rağmen, bugün ceza hukukunu tatbik edenler, tatbikatçılar bazen çok müşkül durumlara düşmektedirler. Çünkü, içinde bulunduğumuz devirde ceza kanunlarını bilmek için işi gücü bırakıp ceza hukuku tetkik etmek gerekmektedir ki, bunu herkesin yapmasına maddi imkân yoktur. Devletlerin site halinde olduğu ve kanunların halk tarafından meydanlarda toplanıp yapıldığı zamanlarda vatandaşların bu nevi bir mükellefiyeti yerine getirmeleri mümkün olabilir, fakat modern devlette Parlamentoların kabul ettiği sayısız kanunların vatandaşlar tarafından takip edilmeleri imkânsızdır. Bu imkânsızlığa rağmen, yukarda dediğimiz gibi, vatandaşlar kanunu bilmeseler de, riayetsizlik ettiklerinde kendilerine bu kanunların tatbikinde ısrar eden mevzuat bulunmaktadır. Buna mukabil çok yeni bir cereyan bazı kanun vazularını bilmemeyi nazara almaya sevk etmiştir.

Kanunu bilmemek mazeret teşkil etmez kaidesine hâlâ bağlı memleketlerde dahi bu kaidenin bazı istisnalarından bahsedilmekte, adalet icabı bazan ondan ayrılmak gerekmektedir.

1 — *Tabii suçlar dışında bu kaideden ayrılma fikri:*

Bazı kimseler bu kaidenin tabii suçlar sahasında tatbikinin mümkün olduğunu, çünkü bu mevzuda ahlâk kaideleri ile hukuk kaidelerinin mutabakat, uygunluk arzettiğini, ahlâka aykırı hareketlerin herkes tarafından bilinebileceğini, buna mukabil sun'î, mevzu suçlarda bilmeme ve yanılmaya kıymet vermek icap edeceğini düşünmüşler, fakat bu ayırımın tatbikatta mümkün olamayacağını da kabul etmişlerdir⁸⁰.

[79] Bu hususta, bk. Erman: Ceza hukukunda bilmeme ve yanılma (İst. Huk. Fak. Mec. c. XII, sy. 2-3, sh. 509.

[80] Meselâ, Merle: s.g.e., sh. 237/239; Françon: s.g.makale, sh. 242.

2 — *Yabancılar bahis konusu olduğu hallerde kaideden ayrılma fikri:*

Aynı ayırımın, tab'alar hakkında değil, fakat yabancılar hakkında tatbikat sahasında gerçekleştiğine tesadüf edilmektedir. Meselâ, Roma kanunlarında ve Orta Çağlarda bazı İtalyan sitelerinde tatbik edilen bu kaidenin Fransada da tatbik edildiği, İsraelli birinin, kendi dininden bir rahibin verdiği boşanma kararı üzerine yeniden evlendiği zaman, Pariste, muteber olmayan bu boşanmaya rağmen, iki karılılık suçundan dolayı takip edilmediği, yabancı olduğu için boşanmasının muteber olamayacağını bilmemesinin bu suretle nazara alınmış olduğu söylenmiştir⁸¹. Fakat, bu muhakeme tarzının yanlış olduğu haklı olarak ileri sürülmüş, burada Ceza Kanunu dışında kalan bir kanunu bilmemenin bahis konusu olduğu için takibat yapılmadığı şeklinde bir izahın daha uygun olacağı söylenmiştir⁸². Bizim tatbikatımızda, bazı yabancı müelliflerin bu kaideyi yumuşatmak için ileri sürdükleri böyle bir istisna yapıldığı görülmüştür. Milli Korunma Kanunu hükümlerine aykırı olarak başkasının kömürünü alıp kullanan ve bu suretle bir suç işleyen ecnebinin cezalandırılmayacağına Temyiz Mahkemesi karar vermiştir⁸³.

ISTANBUL ÜNİVERSİTESİ

3 — *Bilmeme ve yanılma mücbir sebep teşkil ettiği takdirde bu kaideden ayrılma fikri:*

Bazı müelliflerin, bilmeme ve yanılmayı mücbir sebepler arasına dahil ettikleri ve bu sebebi teşkil ettiği takdirde ceza verilmeyeceğini ileri sürdükleri görülmektedir. Bunlar, şahsın hataya düşmemek için her şeyi yapmış olmasına rağmen, gene de yanılmış olmasının mazeret teşkil etmesini kabul etmektedirler. Burada, mücbir sebebin, kusurdan âri bir yanılma olarak anlaşılması, normal olarak makul ve tedbirli herkesin de yanılmasının mümkün olacağı haller şeklinde anlaşılması gerektiğini ilâve etmektedir⁸⁴.

Nitekim, Fransada Pau mahkemesi, alâkalı sağlık dairesine danıştıktan sonra göz cimmastığı mesleğini icra eden birisini kanuna aykırı olarak hekimlik yapmak suçundan beraat ettirmiştir. Mah-

[81] Légal: s. g. makâle, sh. 313.

[82] Stéfani-Levasseur: s. g. e., sh. 246.

[83] Sezgin: Ceza hukukunda bilmeme ve hata (Adliye Dergisi, 1951, sy.5, sh. 731)

[84] Francon: s. g. e., sh. 249/250; Cavallo: Diritto penale, Parte generale, cilt II, 1955, sh. 574.

keme, kanunu bilmemek mazeret teşkil etmemekle beraber, bu halde, alâkalı dairenin tefsirinden de daha iyi bir tefsir yapmasının ferdlerden beklenemeyeceği gerekçesine dayanmıştır.

4 — *İdarî mercilere danışma halinde bu kaideden ayrılma fikri:*

Kanunun mânasını idarî mercilerin şu veya bu şekilde tayin etmiş bulunmasının bir ehemmiyeti olmamak gerekir; çünkü, yasama organının koyduğu kaidelerin sahasını idarî merciler tahdit veya tevsî edemez. Bu bakımdan, bilmeme veya yanılma idarî makamların tavsiyesine bile dayansa, mazur görülemez⁸⁵.

Kaide bu olmakla beraber, eğer kanun bazı memurları izah vermekle vazifelendirmiş ise, bu memurların verdiği bilgiye dayanma halinde, kanunun evvelden kabul ettiği bir usul bahis konusu olduğu için, hususi olarak izah vazifesi kanun tarafından verildiği hallerde bu memurların tavsiyesi üzerine yanılan kimsenin yanılması mazur görülmelidir⁸⁶. Bu durumlarda, ferd aşağı yukarı mücbir sebeplerin bulunduğu bir durumdadır.

5 — *Kazâî makamların kararlarına dayanıldığı hallerde bu kaideden ayrılma fikri:*

Bu husus da oldukça münakaşalıdır. Kazâî makamların evvelce önüne götürülmüş aynı olaylar hakkında verdikleri beraat kararlarına güvenerek o fiili işleyen kimsenin cezalandırılmasının gerekip gerekmediği hususunda fikirler birbirinden ayrılmaktadır.

Genel olarak, mahkeme kararlarının sadece muayyen olaylar hakkında verildiği, diğer olaylarda o mahkemeyi olduğu gibi, evle-viyetle başka mahkemeyi de bağlamadığı bir hakikattir. Bu durumda; herhangi bir mahkemenin yanılarak bir fiili suç saymaması halinde aynı fiili işleyen bir kimse, bu mahkeme kararına istinatla fiilinin suç sayılmaması gerektiğini iddia edememelidir; çünkü, mahkemelerin kararları kanunları ilga edemez.

Manzini, bir tek halde, o da evvelce beraat eden kimsenin işlediği cürümde bu kaidenin tatbik edilmemesi gerektiğini yani failin bilmemesinin nazara alınmasını istemektedir⁸⁷ ki, bunun tetkik

[85] Cavallo: sh. 577; Frosali, sh. 145.

[86] Cavallo: sh. 577; Dönmez-Erman: s.g.e., cilt I, sh. 187.

[87] Manzini: Trattato di diritto penale italiano, cilt II, Torino, 1950, sh. 40.

ettiğimiz prensibin neden istisnası olabileceğini izah etmek mümkün değildir⁸⁸.

6 — *Ceza Kanunu dışında kalan kanunlarda bu kaidenin tatbik edilemeyeceği fikri:*

Ta Carrara'danberi⁸⁹ ceza hukuku dışında kalan kaideleri bilmeme halinde bu bilmemeye ehemmiyet verileceği ve mazeret teşkil edebileceği kabul edilegelmektedir. Çünkü, denilmektedir, ceza hukuku dışında kalan kanunları (leggi extrapenali) bilmeme veya bunların tefsirinde yanılma hallerinde, suçun unsurlarına taallük eden bir bilmeme bahis konusu olmakta, binaenaleyh manevî unsurun yokluğu sebebiyle fiil suç teşkil etmemektedir. Bir varisin terekenin tamamının kendisine ait olduğunu zannederek malın hepsine temellük etmesi halinde, hırsızlık suçuna aranan unsurlardan biri olan malın «başkasına ait olmak» önşartı mevcut bulunmayacağından, bu unsur eksik kalmakta ve suç teşekkül etmemektedir. Görüldüğü gibi ceza kanunları dışında kalan kanunlardaki bilmeme ve yanılma ekseriya fiili hataya inkılâp etmektedir; bu bakımdan da fiili hatanın tâbi olduğu hükümlere tâbi olmakta, binaenaleyh, manevî unsurun yokluğu sebebiyle fiil suç teşkil etmemektedir. Yeni İtalyan Ceza Kanunu bu hususu 47'nci maddesinin son fıkrasında tasrih etmiş bulunmaktadır. Fakat böyle bir sarahat olmadan evvel de İtalyada, yukarda temas ettiğimiz gibi, ta Carrara'danberi doktrin ve tatbikat bu fikre vasil olmuş bulunduğu gibi, bugün bile hâlâ kanunlarında böyle bir sarahat olmayan memleketler doktrininde de Ceza Kanununun dışında kalan kanunlarda yanılma ve bilmeme halleri fiili hata sayılmaktadır⁹⁰.

Fransız müelliflerinin, ceza kanunları dışında kalan kanunlarda vâki bilmeme ve yanılmanın fiili hata sayılması hususunda bazı tereddütler gösterdiklerine rastlamaktayız. Bunun sebebi, eğer medeni hukukun ferdi menfaatleri alâkadar etmesi, buna mukabil ceza hukukunun âmme menfaatlerini koruması ise, idare hukukunu alâkalandıran kanunların âmme menfaatini alâkadar ettiği gözönünde tutulursa, bu kanunlar bakımından bu tefrikin izah imkânı

[88] Frosali: s.g.e., sh. 145.

[89] Carrara: Opuscoli, cilt VII, Prato, 1880, sh. 391/393.

[90] Légal: s.g.m., sh. 313/315; Merle: s.g.e., sh. 238/239; Stéfani-Levasseur: s.g.e., sh. 246; Antolisei: s.g.e., sh. 297; Florian: s.g.e., sh. 506/I; Cavallo: s.g.e., cilt II, sh. 577/578.

kalmamaktadır, denilmiştir⁹¹. Ayrıca, ceza hukuku, başka hukuklara ait mefhumlara suçun tarifinde bir yer vermiş ise, bunları kendi içine almış, bu bakımdan artık bunlar Ceza Kanununun bir kısmı olmuş bulunmaktadır, bu bakımdan bunlarda yapılan hatanın artık Ceza Kanunu dışında kalan kanunlarda hata olarak kabul edilmemesi gerekir, denmiştir⁹².

Kanaatimizce, ceza kanunları dışında kalan kanunları bilmeme veya bunların mânasında yanılma halinde, bu bilmeme ve yanılmanın nazara alınmasının sebebi bu kanunların âmme intizamını alâkadar etmemesi fikri olmadığı gibi, eğer bu kanunlar suçun unsuru olmuş ise, artık ceza kanununu bilmeme ve onda yanılma bahis konusu olmak lâzım gelir. Ceza kanunu dışında kalan kanunlardaki bilmeme ve yanılmanın nazara alınmasının sebebi, onun fiili hata teşkil etmesi halleridir, bu hallerde de manevî unsur yokluğu bahis konusu olduğu için, fail cezalandırılmamaktadır. Aynı durum fiili hata teşkil etmediği hallerde failin cezalandırılması gerekir.

Ceza kanunu dışında kalan kanunlarda bilmeme ve yanılmaya şu misaller verilmektedir:

Carrara, ta 1880 tarihinde yazmış olduğu bir yazıda, 1866 tarihinden evvel, İtalyada bir çok kanunların, eyaletlerde kız çocukları ve kadınları mirasçı kabul etmediklerine işaret ederek, bu esnada babası ölen bir erkeğin bütün terekeye sahip olmasının ve menkul ne varsa bunlara istediği gibi tasarruf etmesinin hırsızlık sayılamayacağını söylemektedir. Çünkü, burada fail başkasının malını aldığını bilmemektedir. Kendisinden verdiği zararları tazmin etmesi istenebilir; çünkü, Medeni Kanunu da bilmemek mazur görülemez; fakat bilerek başkasının malını aldığı söylenemeyeceği için, manevî unsurun yokluğu sebeble, hırsızlık suçunu işlemiş kabul edilemez⁹³.

Fransada, Paris karar hâkimliği (Chambre d'accusation) kast olmadığı için bir Museviyi, iki evlilik suçundan kovuşturamama kararı vererek kurtarmıştır; bu misalde, Musevi kendi hahamının verdiği boşanma kararını muteber sanarak Fransada tekrar evlenebileceğini ümid etmiş ve yeni bir nikâh yapmıştı. Fail burada

[91] Francon: s. g. makale, sh. 246.

[92] Légal: s. g. makale, sh. 314/315.

[93] Carrara: Opuscoli, cilt VII, sh. 392/393.

Ceza Kanununun iki evliliği cezalandırmış bulunduğunu değil, akdettiği evliliğin ikinci olduğunu bilmemektedir⁹⁴.

Gene Fransada, Château-Thierry Asliye Ceza Mahkemesi, kast bulunmadığı gerekçesiyle, zina suçundan sanık olan bir kadını ve şerikini beraat ettirmiştir; kadın avukatının kendisine boşanmış olduğunu bildirmesi üzerine birisile cinsi münasebette bulunmuş ve kocası zinadan dolayı dâva açmıştı; mahkeme kadının hükmün kesinleşmesini beklemeden münasebette bulunduğunu ve fakat bunu beklemenin lâzım olduğunu bilmediğini, binaenaleyh, evli olduğunu bilerek bu fiili işlemediğini kabul etmiştir⁹⁵.

Nihayet, Fransada Paris İstinaf Mahkemesi Medeni Kanunun başkasının arazisinde bulunan bir definenin yarısının o arazi sahibinin olması gerektiği yolundaki hükmünü bilmeden, böyle bir definenin tamamını alan bir işçiyi isnat edilen hırsızlık suçundan beraat ettirmiştir⁹⁶.

Görüldüğü gibi, bütün bu hallerde, failin bilmeme veya yanılması, Ceza Kanununun bu fiili cezalandırıp cezalandırmaması hususunda değil, fiilin Ceza Kanunu dışında bir kanun tarafından tecviz edilmemiş bulunduğuna inhisar etmektedir. Eğer Ceza Kanunu dışında kalan bir kanun Ceza Kanununda tarif edilen suçun unsuru olmuş ise veya ön şartı olmuş ise, bu takdirde, bu bu kanun hakkındaki bilmeme ve yanılma artık Ceza Kanunu dışında bir kanunda olmuş değildir. Meselâ, Ceza Kanunumuzun 146'ncı maddesi, Anayasayı cebren ihlâl'i cezalandırmaktadır; fail, Anayasayı bilmediğini iddia etse de, burada Anayasa artık cezai bir metinde tarif edilen bir suç unsuru olmuştur; binaenaleyh, onu bilmediğini iddia etmek, Ceza Kanununu bilmediğini ileri sürmek demektir ki, kabule şayan değildir.

Tanzimî tasarruflarla suçun bazı unsurlarının veyahut ta ön şartlarının tâyin edildiği hallerde, beyaz hükümlerde, bu tanzimî tasarrufların bilinmemesinin veya yanlış tefsir edilmesinin nazara alınıp alınmayacağı hususu münakaşalıdır. Bazı müellifler, tanzimî tasarrufların Ceza Kanununun ihdas ettiği suçun unsurunu teşkil ettiğini kabul ederek, bunu bilmemeyi Ceza Kanununu bilmemekle bir tutmakta, bu bakımdan Ceza Kanununu bilmeme bahis konusu olduğunu, binaenaleyh nazara alınmayacağı neticesine varmakta-

[94] Légal: s. g. makale, sh. 315; Merte: s. g. e., sh. 39.

[95] Légal: s. g. makale, sh. 315.

[96] Légal: s. g. makale, sh. 315.

dırlar⁹⁷. Buna mukabil, bir kısım müellifler ise, tanzimî tasarrufun suçun himaye ettiği mevzu olduğunu, binaenaleyh bunları bilmemenin fiili bilmeme kabul edilmesi gerektiğini ileri sürerek, nazara alınmasını teklif etmektedirler⁹⁸. Demek ki, bu mesele, tanzimî tasarruflarla suç ihdasının izahı ile ilgilidir; tanzimî tasarrufların ceza kaidesinin hüküm kısmı ve müeyyide kısmından hüküm kısmını teşkil ettiğini kabul edersek, bunlardaki bilmeme ve yanılma Ceza Kanunundaki bilmeme ve yanılma olarak kabul edilmelidir; aksine, tanzimî tasarrufu suçun kaide kısmı ile ilgili görmez ve fakat bu suçun ihdası ile himaye edilen bir husus olarak, yani suçun mevzuu olarak kabul edersek, bunlardaki yanılma mevzuda yanılma şeklinde kabul edilmelidir.

§ 2. SUÇ TEŞKİL ETMİYEN FİİLİN SUÇ ZANNEDİLMESİ: MEFRUZ SUÇ

Hukuk kaidelerinin yanlış tefsiri ceza hukukunda iki bakımdan nazara alınabilir. Su teşkil etmeyen bir fiilin suç teşkil ettiği zannedilebilir; yahut suç teşkil eden bir fiilin suç teşkil etmediği sanılabilir. Bunlardan ikincisini yukarda görmüş bulunduğumuz için, ilki üzerinde kısaca duralım.

Yasama organı suç teşkil etmeyen bir fiili suç sanar ve tefsirini ona göre yaparsa, bu tefsir kanun mahiyetinde olduğu için, bu nevi tefsiri menetmeyen memleketlerde ona uyulması gerekecektir.

Yargı organı suç teşkil etmeyen bir fiilin suç olduğunu zannettiğinde, kanun yolları denilen çarelerle bu yanlışlık ortadan kaldırılmaya uğraşılacak, olmazsa af cihetine gitmek mümkün olacaktır.

[97] Cavallo: s.g.e., cilt II, sh. 578; Frosali: s.g.e., sh. 173; Manzini: Trattato, cilt II, 1950, sh. 24/25.

[98] Rocco: L'oggetto del reato (in Scritti giuridici, Roma, 1932, I, nn. 153, II, B, 172); De Marsico, Coscienza e volontà nella nozione del dolo, Napoli, 1930, sh. 137, 128; Marciano, Il nuovo codice penale, Napoli, 1932, sh. 74; Leone: Applicabilità della legge straniera in materia penale-in Annali di Dir. Proc. Pen., 1932, sy. 5-6 (Her üç müellif de Frosali'den naklen: s.g.e., cilt I, sh. 173, not 7-8-9). Donnedieu de Vabres: Les éléments administratifs de l'infractions (Dalloz, 1952 Chronique 138, sh. 143/144). Petrocelli: Norma penale e regolamento (in Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico, cilt 2, sh. 408/409); Pecoraro-Albani: Riserva di legge-Regolamento-Norma penale in bianco (in Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico, sh. 333/334; 341; 345/348).

Ferdler bu şekilde yanlış bir tefsirde buldukları zaman kendilerinin suç sanarak işledikleri fiillerden dolayı cezalandırılmaları cihetine gidilmeyecektir; çünkü, suçları ancak kanun tâyin ve tarif etmektedir, kanunun suç olarak göstermiş bulunmadığı fiillerden dolayı kimsenin cezalandırılması mümkün değildir⁹⁹.

Fiilin suç teşkil etmesi için, hukuka uygunluk sebeplerinin de bulunmaması lâzımdır; bunların bulunmaması halinde fiil suç teşkil etmez. İşte, hukuka uygunluk sebepleri bulunmasına rağmen, fail onların hukukça nazara alınmadığını zannetse yani fiilin cezalandırıldığını sansa, bu zannının ehemmiyeti yoktur; kendisi cezalandırılmaz¹⁰⁰; çünkü, hukuk nizamı, bu durumlarda fiilin suç teşkil etmeyeceğini kabul etmiştir; kanunun suç olarak göstermediği hallerde de kimseye ceza verilmez.

Doc. Dr. Öztekin TOSUN

[99] Cavallo: s.g.e., cilt II, sh. 604.

[100] Cavallo: s.g.e., cilt II, sh. 605; Santoro: s.g.e., sh. 363 ve 435.