

MAHKEME KARARLARI KRONİĞİ

A. CEZA HUKUKU

İcranın tanzim tasarrufları ile suç ihdası, Anayasaya aykırılık iddiası halinde verilmesi icabeden karar

T. C.

Y A R G I T A Y

CEZA GENEL KURULU

Esas No. : 3/132-1

Karar : 2

Tebliğname : 961/5154

YARGITAY İLÂMI

Döviz kaçağcılığından sanık A.C... 'ın yapılan yargılaması sonunda, sanığın üzerine atılan suçu işlediği anlaşılamadığından beraetine ilişkin olarak İzmir Birinci Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 30.3.1961 günlü hüküm müdahil Hazine vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 14.7.1961 gün ve 9997/12702 sayılı ilâmiyle bozularak yerine geri çevrilmekte eyvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

CEZA GENEL KURULU KARARI

İsrar kararının dāvaya katılan Kambiyo İdaresince temyiz edilmesi dolayısıyla C. Bassaveçiliğinin 14.12.1961 günlü ve 961/5154 sayılı ve onama isteğini kapsayan tebliğnamesiyle gönderilen dosya incelendi, gereği görüldüğü konusuldu:

1) C. Bassaveçiliğinin 12/14.12.1961 gün 961/5154 sayılı tebliğnamesinde bozma üzerine yapılan duruşmaya, gösterilen gerekçeye ve yürürlüğe giren 334 sayılı Anayasanın beşinci maddesi hükmüne göre müdahilin temyiz itirazının reddine ve hükmün onanmasına karar verilmesi istenilmekte olduğundan Anayasanın 5. maddesi karşısında ilk önce bu bakımdan bir karara varılması gerekli görülmüştür.

Bassaveçiliğin tebliğnamesindeki, Anayasanın 5. maddesine dayanan düşünce, şudur:

Türk parası kıymetini korumaya ilişkin olan kanun, alınabilecek tedbirlerin neler olduğunu gereği gibi açıklamaksızın Bakanlar Kuruluna bir takım tedbirler alma yetkisi tanımakta ve bu alınacak tedbirlere aykırı davranışları suç saymakta, bu suçların cezalarını bildirmektedir, böylece, yasama meclisi, Bakanlar Kuruluna bir takım suçlar kabul etme imkânını vermiştir. Yine, Anayasanın 33. maddesi gereğince, bir eylemi suç sayma, ancak yasama meclisinin yetkilerindedir. Demek

ki Türk Parası Kıymetini Koruma Kanunuyla, yasama yetkilerinden birisi, (yani bir takım eylemleri suç sayma yetkisi), Bakanlar Kuruluna devredilmiştir.

Haibuki, Anayasanın 5. maddesi gereğince yasama yetkisi ancak yasama meclisince kullanılabilir ve yasama meclisi, bu yetkiyi başka hiç bir yere devre-demez; o halde, Türk Parası Kıymetini Koruma Kanunu gereğince çıkarılmış kararnamelerle bir takım eylemlerin suç sayılması, Anayasaya uygun sayılamaz ve Anayasanın adı geçen 5. maddesi hükmüyle Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu uyarınca çıkarılmış bulunan kararnameler Anayasa ile zımnî olarak kaldırılmış bulunmaktadır. Kaldırılmış bir kararnameye göre suç sayılan eylemlerden dolayı hiç bir kimseye ceza verilemeyeceği cihetle temyiz olunan beraet kararı, bu sebeple de onanmalıdır.

334 sayılı Anayasanın 157. maddesinde bildirildiği üzere, Büyük Millet Meclisinin seçilmesiyle Anayasanın yeni bir kuruluşa ihtiyaç göstermeyen hükümleri, bütünüyle, yürürlüğe girmiştir. O halde, bu Anayasaya aykırı olan bütün hükümlerin kaldırılmış olması kabul olunmalıdır ki Anayasa yürürlüğe girmiş bulunsun. Fakat yine Anayasanın geçici 9. maddesinde, bu Anayasanın yürürlüğe girmesinden önce yapılmış bulunan kanunların Anayasaya aykırı olduklarının, Anayasa mahkemesinin görevine başladığının Resmî Gazete ile ilânına kadar ileri sürülemeyeceği kabul olunmuştur. Bu hüküm kayıtsız ve şartsız olarak, uygulanacak olursa, Anayasanın eski kanunlarla çatışan bir çok hükümlerinin yürürlüğe girmesinin uzun zaman gecikmesi gibi büyük bir sakınca ile karşılaşılması olur. Öte yandan, Anayasanın 8. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre Anayasa hükümleri, şimdiye kadar olduğu gibi, genel olarak sadece yasama meclisini bağlayan hükümler olmayıp yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Bu bakımdan Anayasa, doğrudan doğruya, yani özel kanuna ihtiyaç olmaksızın, yürütme organlarına, yargı organlarına ve kişilere ödevler yüklemektedir ve Anayasa diğer kanunlara göre üstün durumda bulunan bir kanundur.

Bu bakımdan da Anayasa hükmüyle bayağı bir kanun hükmünün zımnî olarak kaldırılmış veya değiştirilmiş olmasını kabul zorunluğu vardır. Nihayet, (Anayasanın 132. maddesi uyarınca) mahkemeler, herşeyden önce, Anayasaya göre hüküm vermekle ödevlidir.

Eskiden olduğu gibi Anayasa, sadece yasama organını ilgilendiren bir kanun sayılıyorsa, o zaman bayağı kanunlardan birisinin hükmünün Anayasa hükmüyle kaldırılmayacağı ileri sürülebilirdi.

Bir yandan eski kanunların Anayasaya aykırılığı iddiasının Anayasa Mahkemesinin kurulmasına kadar gözönünde tutulamayacağı, öte yandan Anayasanın 157. maddesi uyarınca yürürlüğe girebilmesi için ona aykırı bulunan özel kanunların Anayasa ile zımnî olarak kaldırılmış bulunması zorunluğu ve fazla olarak Anayasanın bütün organları ve hattâ bütün kişileri bağlayan ve üstün nitelikte bulunan bir kanun olması (ve mahkemelerin her şeyden önce Anayasaya göre hüküm vermekle ödevli kılınmış bulunması) gözönünde tutulunca, eski kanunlardan birisinin Anayasa hükmüyle zımnî olarak kaldırılmış bulunması durumu ile eski kanunlardan birisinin Anayasaya aykırılığı durumunu ayırd etmek gerekecektir. Zımnî olarak kaldırılmış bulunma, ancak ve ancak, özel kanunun düzenlediği bir konunun Anayasanın bir hükmüyle açıkça düzenlenmiş olması halinde kabul edilebilecektir. Meselâ Anayasanın 133. maddesi hükmünce Hâkimler, istekleri olmadıkça, Anayasanın gösterdiği yaştan önce emekliye ayrılamazlar ve Anayasanın 134. maddesinin ikinci fıkrasına göre 65 yaşına kadar hizmet görürler. Anayasanın bu

hükümleriyle 25 yılı doldurmuş bulunan hâkimlerin re'sen emekliye ayrılabilceğini gösteren Emekli Sandığı Kanununun 39. maddesinin b. fıkrası hükmü, hâkimler bakımından, kaldırılmış bulunmaktadır. Yine Hâkimler Kanununun 65. maddesi uyarınca Yargıtay İkinci Başkanlarının Adalet Bakanı tarafından seçilmesi hükmü, Anayasanın 139. maddesinin İkinci fıkrasındaki Yargıtay Başkanlarının, Yargıtay Büyük Genel Kurulunca seçileceği yolu hükümle zımni olarak kaldırılmıştır. Hatta Anayasanın bu hükmü, boşalan Üçüncü Ceza Dairesi Başkanlığı için Yargıtay Büyük Genel Kurulunca seçim yapılarak uygulanmış bulunmaktadır.

Özel kanunun düzenlediği bir konunun Anayasanın açık hükmüyle başka türlü düzenlenmiş olmasına rağmen, kanunun bir hükmüyle Anayasanın bir hükmünün çatışması hallerinde ise, ortada, Anayasaya aykırılık durumu vardır ve bu durum (az önce sözü edilen geçici madde uyarınca) Anayasa Mahkemesinin göreve başladığının Resmî Gazete ile ilân edilmesine değin, mahkemelerce gözönünde tutulamaz.

Başsavcılığın tebliğnamesi açıklanırken dayanan hukuki esaslara göre Türk parası kıymetini koruma kararlarıyla bir takım eylemlerin suç sayılması, Anayasanın 5. maddesi hükmüne uygun değildir.

Az önce açıklanan esaslar gereğince, Anayasada Türk parası kıymetini koruma konusundaki suçlar, özel bir düzene bağlanmış olmadıklarından dolayı buradaki durum, Türk Parası Kıymetini Koruma Kanunu hükümlerinin Anayasaya aykırılığı durumudur ve bu bakımdan, bugün için, mahkemelerce gözönünde tutulamaz. O halde Başsavcılığın bu yöne ilişkin isteğinin reddi gerektir.

2) Kamu dâvası açılırken sanığın eylemine uygun gösterilen ve Türk parası kıymetini koruma hakkındaki 1567 sayılı kanunun değişik birinci maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan 14 sayılı kararın 72. maddesinde (Bedeli önceden transfer edilen ithal mallarının memlekete ithal edildiğini gösterir vesaikin ibrazına, malların taahhüt edilen yerlere teslimine..... müteallik verilecek taahhütnamelere, gerek bu karara tevfikân ve gerek bu karara istinâden Maliye Vekâletince çıkarılacak tebliğlerle ilgili olarak verilecek her nevi taahhütnamelere riayetsizlik ve verilen beyannameler ve taahhütnamelerin ve ibraz edilen vesaikin hakikate uygun olmaması, işbu karara muhalefet sayılır) denilmektedir.

Sanık 14.11.1958 ve 16.3.1959 günlü taahhütnameleri vermiş bulunduğu halde, bunlarla yüklendiği ilgili belgeleri süresinde kambiyoya vermek ve hesaplarını kapatmak ödevini yerine getirmemiştir. Kambiyo ile ilgili kanun, karar ve tebliğlerin karmakarışik bir hale gelmiş olduğunu (savunduğu gibi) bilmiyor değildir; çünkü, ek süre istemiş Ticaret Bakanlığı 3.12.1959 a kadar süreyi uzatmıştır. Demek oluyor ki, taahhütlerini yerine getirmemenin doğuracağı sonucu kavramıştır. Malları da 8.6.1959 da bugünkü bir giriş beyannamesiyle yurda getirdiği halde kendisi hakkında kovuşturma yapılması için kambiyonun C. Savcılığına 29.11.1960 günlü yazısını yollamasından iki gün sonraya kadar istenen belgeleri kambiyoya vermemiş ve hesaplarını kapatmamış olmakla şekli bir suç olan bu eylemi işlemiştir ve suç tamam olmuştur.

Bundan dolayı kambiyo idaresinin temyiz itirazları yerindedir. O halde, onama isteyen tebliğnamenin reddine ve hükmün bozulmasına karar verilmelidir.

Sonuç: Tebliğnamedeki düşüncelerin reddine, temyiz olunan hükmün BOZULMASINA, depo parasının geri verilmesine 15.1.1962 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Yukarıya metni nakledilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı Anayasa ve Ceza Hukukumuz yönünden büyük önem taşıyan bir meseleyi halletmekte diğer bir meseleye ise, önemle işaret eylemektedir*:

Olay:

Olay, Türk Parasının Kıymetini Koruma hakkındaki 1567 sayılı kanunun verdiği yetkiye dayanılarak, Hükümetçe ve Maliye Bakanlığınca vücuda getirilmiş tanzim tasarruflarından birisine muhalefet edilmesinden ibarettir. Esas mahkemesince, beraate mütedair olarak verilen karar Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından bozulmuş ve fakat esas mahkemesi bidayeten verdiği beraat kararında ısrar eylemiştir. Bunun üzerine ihtilâf Ceza Genel Kuruluna intikal etmiş ve bu defa Yargıtay Başsavcılığının tebliğnamesinde mevzubahis eylediği ve sanığın beraatine mütedair, esas mahkemesi kararının tasdikine ait noktai nazar, yukarda bahsi geçen iki hukuki problemin münakaşasını icap ettirmiştir.

Yargıtay kararının taallük ettiği hukukî problem:

C. Başsavcılığı tebliğnamesinde ve Ceza Genel Kurulu kararında bahis konusu edilen iki hukukî problem şunlardan ibarettir:

1) Yeni Anayasanın 5, 33 ve 157. maddeleri muvacehesinde, icrâ kuvvetine yetki veren kanunlara dayanılarak vücuda getirilmiş ve suçları ihdas eyliyen tanzim tasarrufları, artık yeni Anayasaya aykırı telâkki edilmek lâzım gelmez mi?

2) Böylece Anayasaya aykırı olan tanzim tasarruflarının, Anayasa mer'iyete girdikten sonra, tatbik kabiliyeti kalmış mıdır, ve bunların artık mülga olduğunun kabulü icabetmez mi?

Tesbit edilen problemlere hukukî kaidelerin uygulanması:

I. Birinci problem yönünden C. Başsavcılığı tebliğnamesinde dermeyan edilen hal tarzı dikkate şayandır ve suç ihdas eden tanzim tasarruflarının Anayasa'ya aykırı olmaları sebeble mülga ve binnetice artık kabili tatbik bulunmadıkları tarzındadır. Bu suretle yeni Anayasanın yürütme organına, tanzim tasarrufları yolu ile,

[*] Uyguladığımız tahlil metodu için Bk.: Sulhi Dönmezer - Naci Sensoy, Ceza Hukukunda İçtihatlar, Kararlar ve Meseleler, İstanbul 1960.

kanunların çizdiği sınırlar içinde, suç ihdas edebilmek yetkisini tanımamış bulunduğu tezi, öne sürülmektedir.

Yargıtay C. Başsavcılığı tebliğnamesinde ifadesini bulan bahis konusu görüşün dayanakları olmak üzere şu gerekçeler öne sürülmüştür:

1° Anayasa'nın 33. maddesi gereğince bir eylemi suç saymak, ancak yasama meclisinin yetkilerindedir. Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu ise, bu yetkiyi Bakanlar Kuruluna devretmiştir.

2° Anayasa'nın 5. maddesi yasama yetkisinin ancak yasama meclisince kullanılabileceğini ve bu yetkinin başka bir yere devredilemeyeceğini sarahaten belirtmektedir. Binnetice Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu gereğince çıkarılan kararnamelerle bir takım eylemlerin suç sayılması Anayasa'ya uygun değildir.

Anayasanın metninden çıkarılan bahis konusu iki gerekçe karşısında Ceza Genel Kurulu ise bir noktai nazar ifade etmemekte ve fakat hâdisede Türk Parasını Koruma Kanunu ve buna merbut kararnamelerin Anayasa'ya aykırılığının iddia edilebileceğini, bu hususun tetkik merciinin ise, Anayasa Mahkemesi olduğunu belirtmekle yetinmektedir.

Öyle anlaşılmaktadır ki, Anayasa Mahkemesinin teşekkülünden sonra Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanun ve buna dayanan kararnamelerin Anayasaya uygun olup olmadığı ve kanunların belirttiği sınırlar içinde, yürütme organının tanzim tasarrufları ile suç ihdas edebilip edemeyeceği konusu, bütün önemi ile ortaya çıkacaktır.

Tanzim tasarrufları yolu ile suç ihdas edebilmek yetkisinin, kanunların verdiği teşrii niyabete müsteniden, yürütme organına tanınması iki gerekçeye dayanır: «a) icrâ kuvvetine, kanunların tatbik ve icrâsını temin maksadile tanzim yetkisi tanınmıştır; bu tasarrufları cezai müeyyidelerle teyid etmek yetkisine sahip bulunmayan bir icrâ kuvveti kendisine mevdu görevi yerine getirmiş olmaz; b) bir çeşit ve devamlı mahiyet arzeden sosyal münasebetler haricinde bir çok münasebet tarz ve şekilleri vardır ki, bunlar muayyen bir mahal bakımından hususiyet arzeder ve ahval ve şeraite nazaran değişirler; bu nev'i münasebetlerin tanziminin idari mercilere bırakılması lâzımdır.» (Bk.: *Sulhi Dönmezer - Sahir Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2. bası, İstanbul 1961, s. 139).

Biz mülga Esas Teşkilât Kanunu rejiminde, tanzim tasarrufları ile suç ihdasını, kanun koyucunun ilgili konuda niyabet vermiş

bulunması şartile, Esas Teşkilât Kanununa uygun bulmakta idik (Bk.: *Dönmezer - Erman*, s. g. eser, s. 141).

Gerçekten bu nokta mülga kanununun 26. maddesi de böyle bir anlayışa müsait idi; bu maddede «Büyük Millet Meclisi kavaninin vaz'ı, tâdili... gibi vazaifi bizzat kendisi ifa eder» denilmiş idi. Muhalif mefhumdan çıkan mânaya göre maddenin saydıkları dışındaki görevleri icrâ hususunda diğer bir mercie salâhiyet ve binnetice tanzim tasarrufları ile de suç ihdası hususunda yürütme organına yetki verilebileceği neticesini çıkarıyor idik. Filhakika *suçta kanunilik prensipi*, kanun koyucunun bir fiili dolayısıyla suç olarak tesbit edebilmesine mâni bulunmadığından mülga Teşkilâtı Esasiye Kanunumuz rejiminde öne sürdüğümüz bu noktai nazar, mahkeme içtihatları ile de teyyüd eylemiş bulunmakta idi (ezcümle Bk.: Tevhidi İçtihad Kararı, tarih 30.3.1949, Esas 25, Karar 4).

Bu suretle belirtilen görüş, genel olarak mukayeseli Doktrinde de teyidini bulmaktadır (Bk.: *Dönmezer - Erman*, s. g. e., s. 138 ve notlarında yabancı eserler). Bilhassa Fransız hukukuna ait eserler bu noktai nazarı daima teyid eylemiş ve Fransa'daki tatbikat dahi böyle olmuş idi.

Ancak 1958 Fransız Anayasa'sı bu konuda çok dikkate şayan bir yenilik getirmiş bulunmaktadır. Filhakika yeni Anayasa'nın 34. maddesi gayet açık ve kat'î olarak, cürüm ve cünhalarla bunlar hakkında tatbik edilecek cezaların tayini vazifesini münhasıran yasama organına vermiş, kabahatlerin tesbiti işi ise, aynı Anayasa ile (37. madde hükmü) münhasıran yürütme organına, hükûmete bırakılmıştır. Böylece Fransa'da kabahat derecesindeki suçlar bakımından, suçta kanunilik prensipi kaldırılmış olmaktadır (tafsilât için Bk.: *Levasseur*, Une révolution en Droit Pénal: Le nouveau régime des contraventions, in Recueil Dalloz Hebdomadaire, yıl 1959, s. 121). Böylece yasama organı Fransada, kabahat derecesindeki suçları, ne doğrudan doğruya ve ne de dolayısıyla ihdas edememektedir; bu konuda suçun gerek hareket unsurunu, gerek cezasını tayin yönünden yetkili merci hükümet olmaktadır.

Mevzuun memleketimizdeki bu tarihi inkişafı ve mukayeseli hukuk muvacehesinde yeni Anayasa'mıza nazaran hukuki durumun ne olduğunu tayin etmek icap etmektedir.

Konu üzerinde daha uzun düşünmek lüzumunu bir kere tesbit etmekle beraber şimdilik mütalâamızı şu suretle arz ediyoruz:

İlk önce konu ile ilgili prensipler bakımından mülga Esas Teşkilât Kanunu ile yeni Anayasamızın ihtiva eylediği hükümleri mukayese etmek lâzım gelir; filhakika ancak bu suretledir ki, evvelce cevaz verilen bir hususun bugün dahi aynı cevaz çerçevesi içinde bulunup bulunmadığının tesbiti mümkün olabilir:

Suçta kanunilik prensibi yeni Anayasa'nın 33. maddesinde eskiye nazaran çok daha sarih ve etraflı şekilde ifade edilmiştir. Ancak biz mülga Esas Teşkilât Kanununa nazaran da suçta kanunilik prensibinin ana kanunda ifade edilmiş bulunduğunu kabul etmekte idik. Filhakika 68. maddenin 3. fıkrasının suçta kanunilik prensibinin dolayısıyla ifade etmiş sayılacağını müdafaa eylemekte idik (Bk.: *Dönmezer - Erman*, s. g. eser, s. 34-35). Binaenaleyh suçta kanunilik prensibinin ifadesi yönünden mülga Esas Teşkilât Kanunu ile yeni Anayasa arasında esasta bir mutabakatın varlığı söylenebilir.

Bu konuda aradaki mühim fark, yeni Anayasa'nın 5. maddesine tekabül eden bir hükmün eski Teşkilâtı Esasiye Kanununda mevcut bulunmamasından ileri gelmektedir. Filhakika 5. maddede «*yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.*» denilmektedir. Kanaatımızca mülga kanunun 26. maddesi yeni 5. maddeye değil ve fakat 64. maddeye tekabül etmektedir.

Böyle olunca bütün mesele yeni Anayasanın 5. maddesi karşısında durumun ne olduğunun tayininden ibarettir. Filhakika 5. madde yasama yetkisinin devir edilemeyeceğini tesbit eyledikten sonra 107. maddesinde Bakanlar Kuruluna tüzük çıkarmak salâhiyetini ve 113. maddede Bakanlıklara ve kamu tüzel kişilerine yönetmelik yapmak yetkisini vermektedir. Böylece yürütme organına Anayasanın verdiği tanzim salâhiyeti tüzük ve yönetmelik neşrin-den ibarettir.

Anayasa'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere 107. madde hükmü, tüzükler hakkındaki mülga Esas Teşkilât Kanunundaki hükmün bazı uslûp değişiklikleri ile, aynıdır. Yönetmeliklere müteallik 113. madde ise yenidir. Yeni kanun ötedenberi mevcut ve bir örf ve âdet şeklinde gelip devam eden yönetmelik yapmak yetkisini Anayasa'da ifade etmiştir.

Bizce, yönetmeliklere ait hükmün Anayasa'da böylece ifade edilmiş bulunmasının çok önemli bir neticesi olmak lâzım gelir: Yürütme organına ve idareye tanınan tanzim salâhiyeti artık sadece tüzük ve yönetmelik neşredebilmekten ibarettir. Bunun dışında

bugüne kadar gelen, Anayasa örf ve âdetleri çerçevesi içinde, karar, sirküler, tamim, tebliğ gibi vasıtalarla Yasama tasarrufu mahiyetinde objektif kaideler vaz'etmek yetkisinin kaldırılmış bulunduğunu kabul etmek icap eder.

Binnetice tanzim salâhiyeti çerçevesinde, suç ihdas edebilmek konusu artık, kanaatımızca, sadece tüzük ve yönetmelikler ve bunlara ait şartlar çerçevesinde mütalâa edilebilir. Bir kanun neşredilerek bununla icrâ organına *karar* neşri yetkisi verilememek lâzım gelir; zira bizce Anayasa artık tanzim salâhiyetine ait imkânları sarahaten göstermiş bulunduğuna nazaran, bu imkânlar dışında idarenin tanzim yetkisi kanunlarla tevsi edilemez; tevsi edilirse, Anayasa'ya aykırı olur.

Tüzükler 107. maddeye göre: 1) kanunun uygulanmasını göstermek veya 2) kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere yapılabilir. Kanaatımızca 107. maddedeki tüzük vücuda getirebilmek yetkisi 5. maddede belirtilmiş prensipin bir nevi istisnasını teşkil eylediğinden bir kanun muayyen suçları ihdas etmek üzere yürütme organına yetki vermiş ise, tüzük bu halde kanunun emrettiği işleri belirtmiş olduğundan, suçun unsurlarını göstermekle beraber Anayasaya aykırı da olmuş bulunmaz.

Bu halde suçta kanunilik prensipini tesbit eden 33. maddeye de aykırılık mevzubahis değildir. Zira bir kere, cezaları, tüzük yapmak hususunda görevlendiren kanun tesbit etmiş bulunacaktır; binaenaleyh cezada kanunilik prensibi bir veçhile ihlâl etmiş değildir.

Suçta kanunilik prensipi dahi ihlâl edilmiş olmaz; zira bu prensip kanunun bir fiili dolayısıyla suç olarak tesbit edebilmesine mâni değildir.

Kanun koyucu, Bakanlıklara ve kamu tüzel kişilerine ancak kendi görev alanlarını ilgilendiren, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelikler çıkarmak yetkisini vermiştir. Binnetice kanun yönetmelikle muayyen bir işin yapılması, yani suç ihdas edilmesi hususunda görev veremez. Binnetice yönetmeliklerle suç ihdası kanaatımızca artık mümkün değildir.

Yukarda ifade eylediğimiz görüş tarzı meselâ belediye encümenlerinin tenbihi belediler yolile muayyen yasaklar ihdas edebilmeleri yetkisinin anayasaya aykırı telâkki edilmesini icap ettirmez; zira tenbihi belediler yolu ile ihdas edilen yasaklar ve karşılığı müeyyideler ceza olmayıp *zabıta tedbirleridir* (bu konuda Bk.: *Dönmezer - Erman*, s. g. eser, c. I, s. 309, 317; c. II/1, s. 963).

II. Yukarda vaz'eylemiş bulunduğumuz ikinci meseleye gelince:

Anayasa'ya aykırı olan tanzim tasarruflarının, Anayasa mer'iyete girdikten sonra tatbik kabiliyeti kalıp kalmadığı, bunların mülga sayılıp sayılmıyacakları konusunda C. Başsavcılığı tebliğnamesinde ifade edilen ve Ceza Genel Kurulunca karara raptedilen görüşler birbirine zıttır.

Tebliğnameye nazaran Anayasa'ya aykırılığı aşikâr olan teşrii ve teşrii mahiyetteki tasarruflar mülgadır; zira Anayasa hükümleri sadece yasama meclisini bağlayan hükümler olmayıp yürütme ve yargılama organlarını da bağlar ve doğrudan doğruya onlara da görevler yükler; Anayasa ile bir kanun hükmünün kaldırılmış veya değiştirilmiş olduğunu kabul etmek zorunluğu vardır. Kaldı ki, mahkemeler 102. maddeye göre Anayasa'ya nazaran hüküm vermekle ödevlidirler.

Ceza Genel Kurulu ise, bu noktai nazara katılmamakta ve bir kanunun Anayasa hükümleri ile zımnî olarak kaldırılmış bulunması ile Anayasa'ya aykırı olması hallerini, birbirinden tefrik etmektedir: Özel kanunun düzenlediği bir husus, Anayasa'da ayrıca bir hüküm vaz'ı suretile tanzim edilmişse, bu takdirde zımnen ilga vardır ve artık özel kanun değil ve fakat Anayasa hükmünün doğrudan doğruya tatbiki lâzım gelir. Böyle olmayıp, özel kanunun düzenlediği husus ayrıca Anayasa'da hususi bir hüküm mevzuu teşkil etmemiş ve fakat sadece Anayasa'nın prensipleri ile zıt hüviyet arzemiş ise, bu takdirde Anayasa'ya aykırılık vardır ve bu cihet Anayasa Mahkemesi tarafından tesbit edildikten sonradır ki, mevzubahis kanun artık mahkemelerce tatbik olunamaz.

Kanaat izharı:

Ceza Genel Kurulu noktai nazarını bir bakıma yerinde saymaktayız. Ancak Genel Kurulca Anayasa'ya aykırılık yönünden yapılan tefrikin dikkate şayan olduğunu belirtmelidir. Bu tefrik, bilhassa Anayasa Mahkemesi kurularak işlemeğe başladıktan sonra önem arzedecektir. Filhakika Ceza Genel Kurulunun kararı şu neticeye müncer olmaktadır: Bundan böyle Anayasa'ya aykırılık hallerinden bazılarının tesbiti için Anayasa Mahkemesinin kararına ihtiyaç hasıl olacak diğer hallerde ise, mahkemeler doğrudan doğruya muhalefeti tesbit ile, özel kanunu hâdisede bir kenara bırakıp doğrudan doğruya Anayasadaki hükmü tatbik edebileceklerdir. Mezkûr

hal tarzını ise, Anayasa'nın 151. maddesi muvacehesindeki değeri, kanaatimizca üzerinde Anayasa hukuku bakımından ciddi durulması lâzım gelen bir konu teşkil etmektedir.

Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER

Suçta itiyat - Tekerrür - Sarhoşluk [*]

T. C.

Y A R G I T A Y

DÖRDÜNCÜ CEZA DAİRESİ

Esas No. : 12756

Karar No. : 14110

Tarih : 29.12.1960

YARGITAY KARARI

Sarhoşluk ve hakarettten sanık M. B. hakkında 3005 sayılı kanuna göre yapılan duruşma sonunda TCK. nun 572/2, 482/3 ve 81/2 nci maddeleri gereğince neticeten altı ay hafif hapis ve 1 ay 5 gün hapis ve 291 lira 60 kuruş ağır para cezasıyla mahkûmiyetine 5066 kuruş tam harc alınmasına dair (Akşehir) Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 4.11.1960 tarihli hükmün temyizden tetkiki maznun tarafından müddetinde istida ve şartı yokluk kâğıdı ile ifa edilerek dâva evrakı C. Bassavcılığına 21.12.1960 tarihli tebliğnamesiyle Daireye gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü:

Hususi tekerrür hükmünü ihtiva eden 572 nci maddenin ikinci fıkrasının tatbiki için tekerrüre esas tutulan sarhoşluğa müteallik mahkûmiyetlerin umumî tekerrür şartlarından bulunan 5 senelik müddet icerisinde işlenmesi gerektiğinin düşünülmemesi kanuna muhalif bulunmakla beraber ahiren meriyete giren 113 ve 134 sayılı Umumi Af Kanunlarının hükmü dahi nazara alınmaksızın eski mahkûmiyetler tekerrüre esas tutularak her iki fiil hakkında yazılı olduğu üzere tatbikat yapılması kanuna muhalif olduğundan hükmün mezkûr sebeplerle bozulmasına ve 1000 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacaktan alınmasına ittifakla karar verildi.

Olay.

Sarhoşluktan sanık M. B. hakkında yapılan duruşma sonucunda Akşehir Sulh Ceza Mahkemesi, M. B. 'yi sarhoşluktaki itiyadını göz

[*] Mahkeme kararlarını incelerken uyguladığımız metod için bk.: Dönmezer--Sensoy, Ceza Hukukunda İctihatlar, Kararlar ve Meseleler, İstanbul 1960.

önünde bulundurmak suretiyle TCK. 572/2. maddesine göre mahkûm etmiş ve aynı zamanda tekerrür sebebiyle de cezayı 81/2. maddeye göre arttırmıştır. Temyiz edilen karar Yargıtayca, itiyad teşkil eden fiillerin tekerrür müddetleri içinde işlenmesi gerektiği ve af kanunları nazara alınmaksızın cezanın tekerrür sebebiyle arttırıldığı düşüncesi ile bozmuştur.

Hallî gereken hukukî meseleler.

Yargıtayca ittihaz edilmiş bulunan karar iki hukukî meseleyi halletmek amacını gütmektedir:

1 — İtiyada esas teşkil eden fiillerin hangi müddet içinde işlenmesi gereklidir?

2 — Umumi af tekerrürün ve itiyadın teşekkülüne mâni olur mu?

Kaza mercilerinin hal tarzı.

Mahalli mahkeme, karardan anlaşıldığına göre, itiyada esas teşkil eden eski sarhoşluk fiillerinden birincisi beş senelik umumi tekerrür müddeti içinde işlenmediği halde, itiyadı kabul etmiş ve 572/2. maddeye göre ceza takdir etmiştir. Bunun dışında, arada 113 ve 134 sayılı af kanunları çıktığı halde, mahkeme, eski fiillerin tekerrüre esas teşkil edeceğini kabul etmiş ve cezayı 81/2. maddeye göre arttırmıştır. Bu davranıştan çıkan mâna şudur ki, mahalli mahkeme, itiyada esas teşkil edecek fiillerin belirli bir süre içinde işlenmesini şart görmediği gibi, umumi af kanununun eski fiillerin tekerrüre esas teşkil etmeyeceği hususunu da kabul etmemektedir.

Yargıtay ise, kararında, umumi aff'ın evvelki fiillerin tekerrüre esas teşkil etmesine mâni olduğunu kararlaştırmıştır. Aynı şekilde Yargıtay, itiyadın hususî bir tekerrür şekli olduğunu ve bu bakımdan itiyadı meydana getiren fiillerin hepsinin tekerrür müddeti içinde işlenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Diğer bir deyişle, meselâ, 572/2 maddeye göre itiyadın teşekkül edebilmesi için, failin beş senelik bir müddet içinde üç defa sarhoşluk suçunu işlemesi gereklidir. Buna göre, iki sarhoşluk suçu beş senelik müddet içinde işlense ve fakat üçüncü sarhoşluk suçu beş senelik müddetin dışında işlense artık 572/2. maddeye göre ceza ağırlaştırılamıyacaktır.

Kanaatimiz.

1 — İtiyad'ın ne zaman teşekkül edeceğini belirten 572. maddenin 2. fıkrası, bu fiillerin belirli bir süre içinde işlenmesinin şart

olduğu hususunda bir sarahati muhtevi değildir. Bununla beraber, itiyad, bir fiilin icrasını âdet haline getirmek, devamlı olarak suç teşkil eden belirli bir davranışta bulunmak olduğuna göre, itiyad hususunu bir müddetle tahdit etmenin gerekliliği ortadadır. Bir kimsenin, meselâ otuz senelik bir müddet içinde üç def'a aynı fiili işlemesinin itiyad teşkil etmeyeceği ortadadır. Öyleyse, itiyad'ın sınırını teşkil edecek müddet ne olmalıdır? Bu suale cevap verebilmek için, itiyad'ın mahiyetine göre bir ayırım yapmanın gerekli olduğu kanaatindeyiz. Gerçekten, bilindiği gibi, itiyad bazan bir suçun cezasının artırılmasını temin ederken, bazan bir fiilin suç teşkil edebilmesi için itiyad'ın mevcudiyeti gereklidir.

a — Ceza Kanunumuz'un 572/2., 512. maddelerinde itiyad, fiilin cezasının ağırlaşmasını temin eden bir durum olarak kabul edilmiştir. 572/2. fıkradaki, itiyad tarifi umumî mahiyet taşımakta ve itiyad'ı şart koşan bütün hallerde tatbik edilebilir bir mahiyet taşımaktadır. Buna göre, «iki defa mahkûm olduktan sonra aynı fiili işleyenler o fiili itiyad etmiş sayılır» denilmektedir. Şimdi mesele, itiyad'ın teşekkülü için mevcudiyeti gerekli asgari üç fiilin hangi müddet içinde mahkûmiyetle kesinleşmesinin gerektiği meselesidir.

Yargıtay, bu hallerde itiyadı özel bir tekerrür şekli olarak kabul etmiş ve her üç mahkûmiyetin de tekerrür müddetleri içinde işlenmesini şart koşmuştur. Yargıtay bu kararı ile, o zamana kadar kabul ettiği görüşü tekrarlamış bulunmaktadır. Gerçekten Yargıtay diğer bazı kararlarında da, itiyad'ın özel bir tekerrür şekli olduğunu kararlaştırmış bulunmaktadır¹.

Kanaatimizce itiyad bir özel tekerrür hali olmayıp, o fiile ait bir ağırlatıcı sebeptir². Çeşitli bakımdan, itiyad sebebiyle fiilin cezasının ağırlaştığı halleri, özel bir tekerrür hali saymağa imkân yoktur. Bir kere, gerek 512. gerek 572. madde cezanın bir nisbet dahilinde artırılacağını belirtmemişlerdir. Sadece, cezanın asgari haddini suçun basit şekline göre artırmakla yetinmişlerdir. Meselâ, 572. maddeye göre, suçun basit şeklinde ceza, «iki aydan aşağı olmamak üzere hafif hapistir». İtiyad halinde ise, cezanın aşağı haddi altı ay hafif hapis olarak kabul edilmiştir. Bu duruma göre, hâkim,

[1] Bk. Tem. 4. CD., 30.11.1950 t. ve E. 10685/K. 11508 sayılı kararı - Tem. 4. CD., 29.1.1952 t., E. 10602/K. 928 sayılı kararı - Tem. 4. CD., 9.3.1954 t., E. 2834/K. 2619 sayılı kararı.

[2] Dönmezer - Erman, C. I, s. 351 - Kunter, Suçun Maddi Unsurları, s. 18.

suçun basit şeklinde dahi, altı ay ve daha fazla bir cezaya hükmedebilir. Zira, 572. madde, cezanın asgari haddi olarak iki ay hafif hapsi kabul ettiğinden TCK. nun 21. maddesine göre, fiilin basit şeklinin cezası iki aydan iki seneye kadar hafif hapis olarak ortaya çıkmaktadır. Fiilin itiyad teşkil etmesi halinde ise, ceza, altı aydan iki seneye kadar hafif hapis olmaktadır. Bu duruma göre, itiyad sebebiyle verilen ceza, basit şekliyle verilmiş olan temel cezanın bir nisbet dahilinde artırılmasıyla ortaya çıkmış olmamaktadır. Bunun yerine, hâkim, itiyad halinin tahakkuku halinde, cezayı gene serbestçe tayin ve tesbit edebilmek imkânına sahiptir. Gene aynı şekilde, fiilin şartlarına göre hâkim basit bir sarhoşluk halinde, itiyadi sarhoşluk durumuna nazaran daha ağır bir ceza verebilmek imkânına sahiptir. Bu durum da göstermektedir ki, itiyad, temel cezanın bir nisbet dahilinde artırılmasını temin edecek mahiyette bir özel tekerrür hali değildir.

İtiyad'ın özel tekerrür şekli olmadığını gösteren bir husus da, itiyad'ın mevcudiyeti halinde dahi, tekerrür sebebiyle cezanın artırılmasının gerekli oluşudur. Nitekim, tetkik konumuz olan kararda, mahalli mahkeme itiyad sebebiyle ağırlaştırılmış bir şekilde verdiği cezayı ayrıca tekerrür sebebiyle de artırmıştır ve bu noktadan kararı bozmamakla Yargıtay da aynı hususu kabul etmiş bulunmaktadır. İtiyad, özel bir tekerrür hali olsaydı, ayrıca cezanın tekerrür sebebiyle yeniden artırılması yerinde olmazdı³.

Yargıtay, genel olarak, itiyad'ı kuvvetli bir tekerrür hali olarak kabul etmekle, kanunun bu belirli suçlarda, tekerrürden daha ağır bir şekilde cezayı artırmak yolunu tuttuğunu kabul etmektedir. Evvelâ, şu noktayı belirtmek gerekir: İtiyad özel bir tekerrür hali olamaz, olsa olsa «tekrarlanmış özel tekerrür» ün bir tipi olabilir. Zira, itiyad iki kesinleşmiş mahkûmiyetten sonra üçüncü defa aynı cinsten bir suçun işlenmesi ile teşekkül etmektedir. Bu şekildeki bir durum ise, tekrarlanmış özel tekerrüre benzemektedir. Demek oluyor ki, Yargıtay'ın dediği şekilde, itiyad'ı bir tekerrür şekli olarak kabul edecek olursak, itiyad müessesesinin mahiyeti itibarıyla, bunu, tekrarlanmış özel tekerrür olarak kabul etmemiz gereklidir. Bu durumda da, itiyad'ın ağır bir tekerrür şekli olduğunu her zaman için kabul edemeyiz. Zira, tekrarlanmış özel tekerrür halinde cezanın itiyad'a nisbetle daha ağır bir şekilde artırılması imkânı mev-

[3] Temyizin bu neticeye varan bir kararı da mevcuttur: bk. Tem. 4. CD., 29.1.1952, E. 1062/K. 928 sayılı karar.

cuttur. Meselâ, bir sarhoşluk fiili esasta beş ay hapis cezasını icap ettirse, bu cezanın tekrarlanmış özel tekerrür hükümlerine uygun olarak TCK. 85 'e göre artırılması halinde, hâkimin yedi ay on beş gün hafif hapis cezasına karar vermesi gereklidir. Halbuki 572/2. maddeye göre itiyaddan dolayı ceza veren hâkim 6 ay hafif hapis cezası vermekle yetinebilecektir. İtiyad'ı bir tekerrür tipi olarak kabul edince, ayrıca tekerrür sebebiyle de cezayı artıramıyacağımızdan, itiyad halinin Yargıtayın aksi kanaatine rağmen, her zaman teker-rüre nisbetle ağır bir durum olmadığı ortadadır.

Ayrıca, itiyad'ı bir tekerrür durumu olarak kabul ettiğimiz takdirde kanunun, bu suçlarda tekerrür hükümlerinin ayrıca tatbi-kine de yer bırakmadığını kabul etmemiz gerekmektedir. Tekerrür hükümleri tatbik edilemeyince, itiyad teşkil etmeyen tekerrür hallerinde durum ne olacaktır? İtiyad, ancak fiilin üçüncü defa işlenmesi ve mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi halinde bahis konusu olabildiğine göre, fiilin ikinci defa işlenişinde ceza artırıl-mıyacak mıdır? İtiyad teşekkül etmediğinden itiyad sebebiyle ceza artırılmıyacaktır. İtiyad'ı tekerrürün bir tipi olarak kabul etmek suretiyle, tekerrür hükümlerinin de tatbiki imkânını ortadan kaldırdığımıza göre, 572. maddeye göre ikinci mahkûmiyet halinde ceza tekerrür sebebiyle de artırılmıyacaktır ki, bu da doğru bir sonuç olmaz.

İşbu izahlarımız muvacehesinde, itiyad'ın bir tekerrür tipi olmadığı kanaatine varmış bulunmaktayız. Bu bakımdan, itiyad'ı sınırlandırmak bakımından Yargıtay'ın vardığı sonuç yerinde değildir. Ayrıca şu hususu da belirtmek gerekir: Yargıtay, itiyad'ı teşkil edecek üç mahkûmiyetin de tekerrür müddeti olan beş senelik müddet içinde tahakkukunu aramaktadır. Yargıtay, itiyad'ı bir tekerrür tipi olarak kabul ettiğine göre dahi, vardığı bu sonuç yan-lıştır. Zira, itiyad'ın teşekkül edebilmesi için üçüncü fiilden evvel en az iki mahkûmiyetin mevcudiyeti gereklidir. İtiyad, ise, Yargıtay'ın kanaatinin sonucu olarak bir tekrarlanmış özel tekerrür halidir. Özel tekerrür halinde ise, üçüncü fiilin ikinci mahkûmiyetten itibaren beş sene içinde işlenmesi gereklidir. Yoksa ilk mahkûmiyetten iti-baren değildir. Bu durumda, Yargıtay'ın görüşünü kabul edecek olursak, Kanunumuzun tekerrürü hükümlerine göre, ikinci mahkû-miyetin birinci mahkûmiyetten itibaren beş sene ve üçüncü fiilinde ikinci mahkûmiyetten itibaren beş sene içinde işlenmesi gereklidir. Yani sonuç olarak, itiyad 10 senelik bir müddet içinde tahakkuk edebilmektedir. Halbuki, Yargıtay, itiyad'ı bir tekerrür tipi olarak

kabul ettiği halde her üç fiilin de, beş senelik bir müddet içinde işlenmesini şart koşmakla kabul ettiği esasa ve bu esasa ait kanun hükümlerine aykırı bir sonuca varmış bulunmaktadır.

Bu izahlarımız, itiyad'ın bir tekerrür tipi olmadığını ve bu bakımdan fiillerin tekerrür müddetleri ile sınırlandırılmıyacağını göstermektedir. Öyleyse, itiyad'ı sınırlandıran müddet ne olmalıdır? Bu hususda, Yargıtay'ın kanaatinin aksine olarak, genel olarak müruruzaman müddetleri kabul edilmektedir⁴. Kanaatimizce bu müddetin ceza müruruzamanı olması gereklidir. Üçüncü fiilden dahi dâva açıldığına göre, dâva müruruzamanından bahsetmek imkânı mevcut değildir. İtiyad sebebiyle cezanın artırılması, birinci ve ikinci ceza mahkûmiyetlerinin neticesidir. Bu bakımdan, üçüncü fiilin, ilk mahkûmiyete ait ceza müruruzamanı içinde işlenmesi şarttır. Ceza müruruzamanı müddetinin de birinci fiile ait mahkûmiyetin kesinleşmesinden itibaren hesaplanması gereklidir. Zira, birinci mahkûmiyete ait ceza müruruzamanı geçip, ikincisi geçmeden üçüncü fiil işlense, bu halde itiyad teşekkül edemez. Zira, birinci cezaya ait bir neticenin tahakkuku imkânı kalmamıştır. Ortada sadece bir mahkûmiyet ve bir de işlenmiş fiil vardır ki, bu halde de itiyad teşekkül etmez. Bu bakımdan ilk iki mahkûmiyetle üçüncü fiilin, birinci mahkûmiyete ait ceza müruruzamanı içinde tahakkuku gereklidir.

Nihayet şu hususu da belirtmek isteriz: itiyad sebebiyle cezanın ağırlaşması tekerrür hükümlerinin tatbikine mâni değildir. Bu sebeple, üçüncü fiilin işlenmesi halinde — şartları mevcutsa — hâkim itiyad sebebiyle cezayı artırdıktan sonra, gene şartları mevcutsa vereceği bu cezayı tekrarlanmış özel tekerrür sebebiyle de TCK. 85. maddeye göre artıracaktır.

b — İtiyad bazen de, fiilin suç teşkil edebilmesi için tahakkuku gerekli olan bir husustur. Meselâ, tefecilik suçu ile, TCK. 478. maddedeki aile efradına kötü muamele suçunun teşekkül edebilmesi için maddî unsuru teşkil eden fiilin itiyad teşkil edecek bir sayıda işlenmesi gereklidir⁵. İtiyad'ı suçun bu tipinde, itiyadın teşekkül edebilmesi için, fiilin kaç kere ika edilmesi gereklidir ve bu fiiller hangi müddet içinde ika olunmalıdır?

Kanunumuzda, itiyadın ağırlatıcı sebep teşkil edebilmesi için

[4] Dönmezer - Erman, C. I, s. 352.

[5] Dönmezer - Erman, C. I, s. 351 - Kunter, Maddî Unsurlar, s. 18.

gerekli şartlar 572/2. maddede belirtildiği halde; itiyadi suçun şartları tayin ve tesbit edilmiş değildir. İtiyadi suçta, suç teşekkül edinceye kadar ika edilen fiiller suç teşkil etmediğinden, itiyada esas olacak bir mahkûmiyetten bahsetmek imkânı da mevcut değildir. Sadece, itiyad'ın mevcut olabilmesi için, ilk fiiller suç teşkil etmese ve cezalandırılmasa dahi ikiden fazla aynı mahiyette fiilin mevcudiyetini aramak yerinde olur.

İtiyad teşkil edecek fiillerin zaman itibariyle sınırlandırılmasına gelince: zannımızca, bu hususda, itiyad'ın ağırlatıcı sebep teşkil etmesi halinde olduğu gibi kesin bir müddet koyabilmek mümkün değildir. Zira, itiyadı teşekkül ettiren fiil hakkında dâva açıldığı ve daha evvelki fiillerde suç teşkil etmediğinden dâva açılmıyacağı için, dâva zamanaşımından bahsedebilmek imkânı mevcut değildir. Aynı şekilde, ilk fiiller suç teşkil edip haklarında bir ceza da verilmediğinden ceza müruruzamanı ile de itiyadı sınırlandırabilmek imkânı mevcut değildir. Bu sebeple, kanaatimizce, itiyadi suçun teşekkül edip etmediğini hâkimin takdirine bırakmak en yerinde bir hareket olur. Hâkim, fiillerin itiyad teşkil edecek sayıda olup olmadığını ve aynı zamanda fiillerin itiyadı ortaya koyacak derecede yakın zamanlar içinde işlenip işlenmediğini de takdir edecektir. İtiyad, bir hareketi icrayı alışıklık derecesine getirmek olduğuna göre, alışıklığı ifade eden sayıda fiil, gene alışıklığı ifade edecek bir sürede işlenmişse hâkim itiyadi suçun teşekkül ettiğine karar verecektir. Bu bakımdan, itiyadi suçun teşekkül edip etmediğini tesbit keyfiyeti, hâkime ait bir takdiri yetki olarak ortaya çıkmaktadır.

2 — Üzerinde durulması gereken ikinci mesele de, umumî affın tekerrüre ve itiyada mâni olup olmayacağı hususudur. Temyiz Mahkememiz bir çok kararında, haklı olarak, umumî affın tekerrüre mâni olacağını kararlaştırmıştır⁶. Gerçekten, ikinci suçun cezasının tekerrür sebebiyle artırılması birinci ceza mahkûmiyetinin bir neticesidir. Umumî af cezayı bütün neticeleri ile ortadan kaldırdığına göre, birinci mahkûmiyetin tekerrüre esas teşkil etmemesi de tabii bir sonuçtur⁷.

Aynı şekilde, affa uğramış bir fiilin itiyada esas teşkil etmesi de gereklidir. Zira, itiyad da, birinci mahkûmiyetin bir sonucu

[6] Bu kararlara örnek olarak, Tem. 1. CD., 29.7.1950 t., E. 176/K. 11825 sayılı - Fem. 4. CD., 21.12.1950 t., E. 11107/K. 11903 sayılı - Tem. CGK., 13.11.1950 t., E. 2-123/K. 125 sayılı kararlarını örnek olarak gösterebiliriz.

[7] Özek, Umumi Af, İHFM., C. XXIV, no. 1-4, s. 156.

olarak ortaya çıkmaktadır⁸. Sadece itiyad, bir emniyet tedbirinin alınmasını gerektiriyorsa, bu halde umumi affın emniyet tedbirinin alınmasına mâni olmaması gereklidir⁹.

Netice olarak, Yargıtayın umumi affın tekerrür ve itiyad bakımından ortaya koyduğu fikri benimsemekle beraber; itiyadın hukuki esası ve itiyadı teşkil edecek fiillerin işlenmesi gereken zaman genişliği bakımından kabul ettiği esasları benimsememekteyiz.

* * *

18 yaşından küçük evli kadınla Zina - Irza tecavüz

T. C.

Y A R G I T A Y

DÖRDÜNCÜ CEZA DAİRESİ

Esas No. : 12756

Karar No. : 14110

Tarih : 29.12.1960

YARGITAY KARARI

Zina etmekten sanık İsmail Kocaer karısı Nadire Kocaer ve suç ortağı Nevzat Çoban'ın yapılan duruşmaları sonunda TCK'nun 440-1, 2, 80, 55/3 üncü maddesi gereğince Nadire'nin 4 ay 20 gün ve Nevzat'ın 7 ay hapsine dair Sivas Asliye Ceza Yargıcılığından verilen 19.4.1960 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi Üst Uşak C. Savcılığı ile sanıklar tarafından süresinde istida ve şartı ifa edilerek dava evrakı tasdik isteyen tebliğname ile Daireye gönderilmekle oluru düşünüldü:

Dosya münderecatına, mevcut delillere göre sanıkların subuta itisen itirazları yerinde görülmediğinden reddiyle Nadire hakkındaki hükmün tasdikine ve 14 lira harcın Nadire'den alınmasına.

C. Savcısının Temyiz İtirazlarına gelince:

1 — 1.3.1943 doğumlu ve suç tarihinde resit olmayan Nadire ve münasebette bulunan sanık Nevzatın fiili 416 ncı maddenin son fıkrası hükmüne uygun vasıfta olduğu halde yazılı madde ile ceza tayini,

Bozmayı gerektirmiş ve üst C. Savcısının temyiz itirazı yerinde görülmüş olmakla tebliğnamedeki tasdik isteğini reddiyle hükmün bu sebeple bozulmasına 21.10.1960 tarihinde ittifakla karar verildi.

Olay.

Metnini yukarıya almış bulunduğumuz, Yargıtay kararından

[8] Özek, aynı makale, s. 156.

[9] Dönmezer - Erman, C. II/2, s. 963 - Özek, aynı makale, s. 157.

anlaşılacağı gibi, Nadire Kocaer isimli evli bir kadın, Nevzat Çoban adlı birisiyle müteaddit defalar cinsi münasebette bulunmuştur. Nadire Kocaer evli olmakla beraber, Nevzat Çoban'la cinsi münasebette bulunduğu tarihte henüz 18 yaşını doldurmamış bulunmaktadır. Sivash Asliye Ceza Mahkemesi fiili, hem erkek ve hem de kadın için zina olarak kabul etmiş ve fakat işbu kararı Üst Uşak Cumhuriyet Savcılığı tarafından temyiz olunmuştur. Yargıtay ise, kadın hakkındaki hükmü tasdik etmekle beraber, erkeğin fiilinin TCK. 416/son maddeye göre ırza tecavüz teşkil ettiğini kabul etmiş ve bu noktadan hükmü bozmuştur.

Halli gereken hukukî mesele.

18 yaşını doldurmamış evli bir kadınla cinsi münasebet halinde fiilin, erkek bakımından, zina suçu mu, yoksa ırza tecavüz suçu mu? teşkil edeceği hususunun tesbitinden ibarettir.

Kaza mercilerinin hal tarzı.

Yargıtay kararının çıkışına sebep olan olayla ilgili olarak iki görüşün ortaya atıldığı görülmektedir. Diğer bir deyişle, halli gereken hukukî problemin halli cihetinden iki ayrı hal tarzının ortaya atıldığı anlaşılmaktadır. Bununla beraber, Yargıtay kararında, her iki fikrin de dayandığı gerekçe açık bir şekilde belli olmamaktadır.

a) Mahalli Sivash Asliye Ceza Mahkemesi, fiilin gerek erkek gerek kadın için, «zina» teşkil ettiğini kabul etmektedir. Mahkeme bu neticeye varmakla, erkeğin fiilinin ırza tecavüz teşkil etmediğini, yani TCK. 416/son maddenin tatbik edilemeyeceğini kabul etmiş olmaktadır. Yargıtay kararında, mahalli mahkemenin bu sonuca varırken dayandığı gerekçe gösterilmemiştir. Bununla beraber, mahkemenin, 416. maddenin son fıkrasındaki (Reşit) tâbirinden, evlenmek suretiyle reşit olmuş kadınları da anladığını ve bu bakımdan fiili ırza tecavüz olarak tavsif eylemediğini tahmin edebiliriz. Temyiz Başsavcısı da tasdik istediğine göre aynı görüşü benimsemektedir.

b) Uşak Savcılığı ile Temyiz 4. CD. ise, kadının fiilinin, «zina» teşkil ettiğini kabul etmekle beraber, erkeğin fiilinin, «ırza tecavüz» olduğunu belirtmiş ve mahalli mahkemenin kararını bozmuştur.

Yargıtay, bozma kararında, erkeğin fiilinin 416. maddenin son fıkrasına uyduğunu kabul etmiştir. Başka bir gerekçe de kararda gösterilmemektedir.

Yargıtay, fiilin 416/son maddedeki suçun unsurlarını muhtevi bulunduğunu belirtmek suretiyle, 416/son maddedeki, «reşit» tâbirinin normal bir şekilde reşit olmuş yani, 18 yaşını bitirmiş kimse-leri ifade ettiğini kabul etmektedir. Yargıtayın anlayışına göre, 18 yaşını bitirmemiş bir kızla, kız evli olsun veya olmasın, cinsi münasebette bulunmak 416/son maddeye göre ırza tecavüz teşkil edecektir. Yargıtayın hakkında karara vardığı, dâva konusu mesele de, erkeğin fiilinin TCK. 440. maddeyi de ihlâl eylediği açıktır. Zira, kadın kaç yaşında olursa olsun, evlidir ve erkek kadının evli olduğunu bildiği halde onunla cinsi münasebette bulunmuştur. Bu bakımdan erkeğin fiili zina suçunu da teşkil etmektedir. Yargıtay'ın bu hususu da tesbit ettiği muhakkaktır. Bu durumda, Yargıtay, erkeğin kadınla cinsi münasebette bulunması neticesinde kanunun 416/son ve 440. maddelerinin ihlâl edildiğini ve suçların fikri içtima sebebiyle birleştiğini kabul ettiği anlaşılmaktadır. Zira, Yargıtay'ın bütün unsurları tahakkuk etmiş bulunan, zina fiilinin teşekkül etmediğini iddia etmesine imkân yoktur. Bu durumda, Yargıtay'ın zina ve ırza tecavüz cürümleri arasında fikri içtima durumunu gördüğünü ve 79. maddeyi tatbiken fiili ırza tecavüz olarak tavsif ettiğini kabul etmemiz gereklidir.

Kanaatimiz.

Meseleyi hal bakımından önce üzerinde durulması gereken nokta, 416. maddenin son fıkrasında, kullanılan, «Reşit» tâbirinden neyi anlamak gerekeceği hususudur. Kanaatimizce, bu ibare ile sadece on sekiz yaşını bitirmiş kimseleri anlamak mümkün değildir. Medeni Kanun 11. maddesinde, «Rüşt on sekiz yaşın ikmaliyle başlar. Evlenme kişiyi reşid kılar» hükmünü taşımaktadır. Maddenin matlabı da, «Rüşt» ibaresini taşımaktadır. Bu duruma göre, Medeni Kanun, bir kişinin iki halde tabii olarak «Reşid» olacağını kabul etmiş bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, 18 yaşını bitirme; ikincisi ise evlenmedir. Medeni Kanun, bu iki hali aynı madde ve matlap altında toplamakla her iki halin de aynı hükümlere tâbi olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Bu bakımdan, TCK. 416/son fıkrada, «Reşid olmayan kimse» ibaresi ile 18 yaşını bitirmemiş ve evlenmemiş kimseler kastedilmektedir. Nasıl on sekiz yaşın hitamı halinde, kişi hiç bir işleme tâbi olmadan tabii olarak reşid olmaktaysa; aynı şekilde evlenen bir kişi de ayrıca hiç bir işleme tâbi olmadan reşid olmaktadır. Bu bakımdan, evlenmek suretiyle reşit olmuş kimselerin dahl

416. maddenin son fıkrasına tâbi olmadığını kabul etmek icap eder.

Yargıtay, 416/son maddedeki «reşit» tâbiri ile sadece 18 yaşını bitirmiş kişilerin anlaşılacağını kabul ederken belki de evlenmeyle reşit olanların kanunda ayrıca tasrih edilmediğini düşünmüş olabilir. Buna karşılık, Medenî Kanununun Reşid tâbiri ile her iki hali birden kabul ettiğini ve Ceza Kanununun da sadece 18 yaşını bitirenlerin cinsi münasebete rızasının rol oynayacağını kabul etseydi bu hususu açık olarak belirtmesi gerekeceğini ifade edebiliriz. Her ne kadar TCK. 429. madde, «reşit» tâbirini kullandıktan sonra ayrıca bir de «reşit kılınan» ibaresini maddeye eklemişse de, bu hususu 416/son maddenin tatbik şartları bakımından bir emsal olarak gösteremeyiz. Zira 429. madde, «Reşid» tâbiri ile MK. 11. maddesindeki 18 yaşını bitirmek veya evlenmek suretiyle reşid olan kimseleri kasdetmiş ve «Reşid kılınan» tâbiri ile de, MK. nun 12. maddesindeki kazai rüşt halini ifade eylemiştir. Gerçekten, MK. 12. maddesinde, on beş yaşını bitiren küçüğün ana babasının muvafakati ve kendi rızasıyla reşid kılınabileceğini kabul etmektedir. İşte bu haldedir ki, MK. normal rüşt halinin dışında kabul ettiği ve kazai bir karara bağlı reşitlik durumu ortaya çıkmaktadır. Bu halin dışında, reşidlik, hiç bir karara bağlı olmayan tabii bir olaydır ve reşid tâbiri, MK. 11. maddesindeki her iki hali de ifade etmektedir. Bu bakımdan, 416/son maddeye göre, ister 18 yaşını bitirmek suretiyle ve ister evlenmek suretiyle reşid olan bir kimsenin, rızasıyla cinsi münasebette bulunması halinde fiilin ırza tecavüz suçunu teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz.

Ceza Kanunumuzun evlenme suretiyle reşid olmuş bir kimsenin cinsi münasebette bulunmak hususundaki rızasını muteber saydığını kabul ettikten sonra, 18 yaşından küçük evli bir kadınla cinsi münasebette bulunması halinde de fiilin, erkek için de zina teşkil ettiğini kabul etmemiz gereklidir. Zira, kadın evlenmek suretiyle reşid olduğuna göre, fiil 416/son maddeyi ihlâl eylemeyecektir. Bu durumda da Yargıtayın kabul ettiği şekilde suçların fikri içtima sebebiyle birleşmesi durumu yoktur. Kadın zina suçundan dolayı mes'ul tutulacağı gibi erkek de, kadının evli olduğunu biliyorsa, o da zina suçundan dolayı TCK. 440/2. maddeye göre mes'ul olacaktır, kanaatindeyiz. Bu esaslara göre Yargıtayın yanlış bir hal tarzına vardığını zannediyoruz.