

# MÜTEMADİ SUÇ

Doc. Dr. Ayhan ÖNDER

Mütemadi suç yabancı memeketler doktrinde çok iyi bir şekilde işlenmiş olmasına rağmen, bugüne kadar bütün müelliflerin ittifak ettiği bir müessese olarak henüz tarifi yapılamamıştır. Üzerinde bu kadar çalışıldığı halde herkesin ittifak edemediği bu müessese, bazı kanunlarca hiç bahsedilmemiş, diğer bazılarında ise yalnız isim olarak zikrolunmuştur. Bundan başka, Ceza kanunlarını çeşitli sistemler içinde inşa etmiş olan mevzuatlar, ismen benziyen müesseselerde birbirinden farklı hususiyetler aramışlar ve bilhassa bu hal mütemadi suçta mevcut bulunmuştur.

Memleketimiz Ceza hukuku doktrinde mütemadi suç müessesesi son senelerde üzerine eğilinen bir mefhum olarak gözükmektedir ve bu sebeple de bu mevzuda neşriyat gayet kısır olup, kanaatımızca, bu yazımız müstakil bir tetkik olarak bu vâdide ilk neşredilen makaledir.

Mütemadi suçu tetkik eden bu etüdümüz iki kısımdan meydana gelmektedir. Birinci kısım içinde mütemadi suçun umumî nazariyesinin kurulmasına çalışılacak, ikinci kısım içinde Ceza ve Ceza Usul kanunlarımızda bu suç şekline tereddüp eden hükümler tetkik olunacaktır. İkinci kısım içinde Ceza ve Ceza Usul kanunu muvacehesinde mütemadi suçun durumu tetkik edileceğinden, kolaylıkla anlaşılacağı veçhile bu ikinci kısım kendi içinde maddi ve usul hukukunun hususiyetlerini arz etmek üzere iki tali kısma ayrılacaktır.

## Terim.

Bu suç tipine verilmesi gereken terim yabancı memleketlerde münakaşa mevzuu olmuş, gerek doktrin, gerek mevzuat bu müessese için değişik terim istimal eylemiştir. Önceleri «*Delictum Continuum*» şeklinde ifade edilen mütemadi suç, Fransız doktrinde «*Délit Continu Permanent*» ve «*Délit Successif*», İtalyan doktrinde «*Reato Permanente*» terimeri ile ifade edilmiştir. Almanca konuşan

memleketlerde ise, mütemadi suç için istimal edilen ifade tarzları çok çeşitlidir. Filhakika bugün gerek Alman Ceza kanununda gerek Ceza Muhakemeleri Usulü kanununda mütemadi suç mefhumunu ifade eden bir terim mevcut değildir. Yalnız, Saksonya Ceza kanunu müruru zamanın «devam eden durumlarda temadinin bitmesinden itibaren başlayacağını» kabul etmek suretiyle terim olarak «Dauern- den» ibaresini istimal etmiştir. Doktrinde ise «Dauernverbrechen», «Dauerndelikt», «Dauernstraftat» gibi terimler istimal olunmaktadır. Amanca konuşan İsviçre Kantonlarında mütemadi suç için kullanılan terim «Dauerdelikt» tir. Avusturya hukuk literatüründe revaçta olan ifade tarzı «Dauerstraftat» şeklindedir.

Türk müsbet hukukunda (CK. md. 103 ve CMUK. md. 8) ve doktrininde istimal edilen terim «Mütemadi suç» şeklindedir.

### **Kanunlar ve mütemadi suç.**

Yukarıda temas etmiş olduğumuz gibi, bazı kanunlar mütemadi suç terimini istimal eylemedikleri halde, diğer bazıları bu suç tipini terim olarak bünyelerine ithal etmişlerdir. Hal böyle olmakla beraber, bu suç tipine yer vermemiş olan mevzuatın doktrininde ve tatbikatında mütemadi suç üzerinde durulmuş, işlenmiş ve mevcudiyeti kabul edilmiştir.

Mütemadi suç karşısında kanunlar aşağıdaki sistemler içinde mütalâa edilebilirler<sup>1</sup>.

1 — İlk bir sisteme göre, «suçun ika edildiği» terimi istimal edilmekte, fakat ayrıca mütemadi suç şekli tetkik olunmamaktadır. Şili (md. 95), Yugoslavya (md. 81), İspanya (md. 114), 1950 Yunan (md. 112) kanunları bu sistemi kabul etmiş bulunmaktadırlar.

2 — Diğer bir şekle göre, «failin hareketinin sona ermesi» ifade edilmektedir. Danimarka (md. 94) bu usulü kabul etmiştir.

3 — Diğer bir sistemde mütemadi suç terimi istimal edilmemekle beraber, «... eğer cezai müstelzim durum devam ederse...» şekli kabul edilmekle, bu suça başka bir ifade tarzı ile yer verilmiş bulunmaktadır.

Bu usul İsviçre Ceza kanununun 1918 tasarısında (md. 68/3) ve 1942 Ceza kanununda (md. 71/3) kabul edilmiştir.

4 — Nihayet diğer bir sistem mütemadi suça bir müessese

[1] Yabancı Ceza kanunlarının Almancaya yapılmış tercümesi için bk. Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Berlin.

olarak bünyesinde yer vermiştir. 1889 (md. 92) ve 1930 (md. 158) tarihli İtalyan ile Romanya (md. 165) ve Brezilya (md. 111/c) Ceza kanunları misal olarak zikrolunabilir.

Türk müsbet hukukunda mütemadi suç terimi kullanılmakta ve bu hal Ceza kanunumuza 1889 tarihli İtalyan Ceza kanununun tesiri altına girmiş bulunmaktadır (CK. md. 103). Ceza Muhakemeleri Usulü kanunumuzun me'hazı olan Alman Ceza Muhakemeleri Usulü kanununda mütemadi suç terimi kullanılmamış ise de (Alman CMUK. md. 7) kanunumuzun tercümesini yapmış bulunan İstanbul Komisyonu İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun tesirile, selâhiyet faslında 8. maddeye, aslında bulunmadığı halde, mütemadi suç terimini ilâve etmiştir<sup>2</sup>.

Kanunlar mevzuu çeşitli şekillerde halletmek istemiş olmalarına rağmen, bazı farklar olsa dahi, doktrin ve tatbikatta kanunlarca istimal edilen terimlerden istihraç edilmek suretiyle mütemadi suça daima yer verilmektedir.

Yalnız John kanunlarda mütemadi suç ifadesinin mevcudiyetine itiraz etmekte ve böyle bir tatbikatın hatalı neticeler tevlide müsait bulunduğunu zikretmektedir<sup>3</sup>. Bu fikirler şu şekilde hülâsa edilebilirler: evvelâ, mütemadi suç mefhumu bir hakikatin ifadesi değildir, realite ile alâkası olmaması sebebiyledir ki hatalı neticelere götürmekte tatbikat ve doktrinin anlaşılamadığı bir mefhum olarak mevcut bulunmaktadır; saniyen her suçu teşkil eden fiil az veya çok bir müddet devam etmektedir ve bu müddetin kısa veya uzun olması da failin hazırlık hareketleri safhasındaki durumuna bağlı bulunmaktadır. Beyan edelim ki, tetkiklerimiz sırasında John'un fikirlerine iltihak etmiş bulunan bir müellife tesadüf edemedik. Kanaatımızca da doktrin ve tatbikat muvacehesinde mütemadi suç mefhumuna kanunlarda mutlak surette yer verilmesi icap etmektedir<sup>4</sup>. Bu terim olarak ifade edilmese dahi, İsviçre Ceza kanununun kabul ettiği veçhile cezai müstelzim durumdan bahsedilmek suretiyle halledilebilir; zira bir müddet devam eden suçlarda müruru zamanın başlangıcı veya bu şekil suçlara iştirak vs. ancak bu suç nevinin kabul

[2] Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Hazırlık Çalışmaları (İstanbul Komisyonu Müzakere Zabıtları), İstanbul 1953/28.

[3] Goldammer's Archiv für Strafrecht, Cilt 9, s. 505.

[4] Aynı mahiyette Dyckhoff, Fortdauerndes, Fortgesetztes und Gesamtdelikt, München 1907/5.

edilmesi suretiyledir ki, münakaşalara mümkün olduğu kadar az yer vererek, tetkik olunabilir.

### Mütemadî suçun tarihçesi.

Etüdümüzde kısa da olsa mütemadî suçun tarihçesine temas etmeyi faydalı telâkki etmekteyiz<sup>5</sup>.

#### a) R o m a H u k u k u n d a .

Roma Hususi hukuku ile Ceza hukuku arasında tam bir sınır çizmenin mümkün olmaması neticesidir ki Ceza hukuku mefhumları açık olarak belirememiştir. Ceza hukukunda inkişaf önce Ceza Usul hukuku sahasında belirlemeye başlamıştır. Ihering<sup>6</sup> in de temas ettiği veçhile Roma Ceza hukukunda suça verilecek cezada münferit vak'adan ziyade fiilin heyeti umumiyesi nazara alınır ve buna göre ceza tayin edilirdi. Sonraları «Crimina extraordinaria» mefhumu inkişaf etmiş ise de, mütemadî suç ve sabit eser bırakan suçlar mahiyetleri itibariyle bilinmiş, fakat tatbikatta kabul edilmemiştir. Roma hukuku bakımından netice olarak şunu ifade edebiliriz ki, müemadî suç müteselsil suç gibi bilinmektedir. Suçun tek olması, fakat bu suçu meydana getiren fiillerin birden fazla bulunması halinde «Quot crimina, tot poenae» yani, suç nekadar ise ceza da o kadardır kaidesi tatbik edilmekte idi. Temas edelim ki, zamanla müteselsil suç fikri ve mefhumu Ceza hukuku nazariyat ve tatbikatında bilhassa kendisini kabul ettirmeye başlamış, bu zaman içinde ise mütemadî suç müteselsil suçun bir başka şekli olarak belirlemek suretiyle tali ehemmiyet iktisap eylemiştir.

#### b) K i l i s e H u k u k u n d a .

Kilise hukuku mütemadî suça iltifat etmemiştir. Bu hukukta müteselsil suç şekli ve bunda hâkim olan fikir benimsenmediği gibi, bu halin tabii bir neticesi olarak, mütemadî suç da kabul edilmemiştir. Bu hallerde cezaların içtimaı kaideleri tatbik olunmuştur<sup>7</sup>.

[5] Bu mevzu hakkında bak. Egenolf, H. Das Dauer und Zustandsverbrechen, Breslau tezi, 1914, Bonn 1914/9 ve müt.

[6] Geist des römischen Rechts, 1873/46.

[7] Thesaurus, De poenis ecclesiasticis, Romea 1675, ed. II, pars I. cap. VIII, Egenolf'ten naklen, s. 12.

## c) Orta Çağda Almanya'da Durum.

1532 tarihli Constutio Criminalis Carolina'da mütemadi suç hakkında bir hüküm yoktur. Yalnız, bazı münferit hâdiselerde müteselsil suçun mevcudiyeti kabul edilmiştir. Müteselsil suçun kabul hususunda gayret, bilhassa ünlü cezacı Feuerbach tarafından sarfedilmiş, bu mefhum önce Alman hukukuna Quistorp tarafından ithal olunmuştur\*. Bu müelliflere göre müteselsil suç «Concursus Delictorum» dan ayrı ve aynı suç hedefi üzerinde tekrarlanan fiiller olarak kabul edilmiştir. Feuerbach tarafından hazırlanmış olan 1810 tarihli Bavyera Ceza kanununun 110. maddesinde müteselsil suç şu şekilde tarif edilmişti: «eğer suç aynı şey veya şahıs üzerinde müteaddit defalar ika edilirse, bu halde birden fazla olan suç tek suç olarak kabul edilir ve suçun ağırlatılmış şekli gibi ceza tayin edilir.»

**Mütemadi suç hakkında doktrindeki fikirler.**

Mütemadi suçun hukuki bünyesini ifade etmeğe çalışan müelliflerin fikirlerinde birlik olmaması yanında, bu suç tipini külliye reddeden müelliflerin de bulunduğu temas etmiştik. Mütemadi suçu kabul edip tarifini vermeğe çalışan müelliflerin fikirleri şu şekilde tezahür etmektedir:

Bazı müellifler<sup>9</sup> mütemadi suç için, «failin hareketi ile suç tamam olmuş, fakat iradesi ile suç unsurlarının devamına mâni olabilmek elinde olduğu halde bunu istememekte ve mağduru bu durumda bırakmakta devam etmektedir» derer.

Frank'a göre<sup>10</sup> failin suç unsurlarını ihlâl etmesi bu haliyle o suçun mütemadi suç olarak kabul edilmesine kifayet etmemekte, bundan başka meydana gelmiş bulunan gayri hukuki durumun bertarafına kadar suç ika edilmektedir; yani mütemadi suçlarda devamlılık unsurudur.

V. Buri<sup>11</sup> mütemadi suçun karakteristik vasfını, failin fiili ile tamamlanan suçun yine failin başka bir hareketine lüzum hasıl olmadan her an için tamamlanmış ve bitmiş olması halinde görmektedir.

[8] Quistorp, Gröndzüge des deutschen Rechts, 1794/30, Egenolf'tan naklen s. 13.

[9] Mayer, Max Ernst, Der All. Teil des deutschen Strafrechts, Heidelberg, 1923/126. Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1904/375. Doerr, Das fortgesetzte Delikt, 1908, Gerichtssaal BD. 71/158.

[10] Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1931/242.

[11] V. Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Stuttgart, 1879/97.

Diğer bazı müelliflerce mütemadi suçun, karakteristik vasfı her an ika edilebilen bir suç şekli olmasıdır<sup>12</sup>.

Loening'e göre<sup>13</sup> mütemadi suçta kullanılan bir vasıta neticenin husule gelmesine kısa veya uzun bir zaman mani olmaktadır.

Olshausen<sup>14</sup>e göre mütemadi suçta ehemmiyet arz eden husus, o suçun normlarının ihlâl edilmiş bulunup bulunmaması keyfiyetidir. Mütemadi halin mevcudiyeti hukuka aykırı bir norm ise bu halde mütemadi suç mevcuttur. Ayrıca sürekliliğin cezai müstelzim olup olmaması haizi ehemmiyet değildir.

Beling'<sup>15</sup> ce mütemadi suçun mevcut olabilmesi için, suç unsurlarının fizikî bir neticeye değilde, bir durum meydana getirir şekilde olması ve gerek netice ve gerek durumun birbirinin içine girmiş bulunması iktiza etmektedir. Müellif bu halin gerek suçun ikanda gerek devam ettirilmesinde mevcut olduğunu kaydetmektedir.

Bundan başka, muayyen durumun meydana getirilmesi ve devam ettirilmesi aynı halde mümkündür derken, müellif, gerek icrai gerek icrai ve ihmali hareketlerle mütemadi suçun meydana gelebileceğini kabul etmekte, tarifini bütün bu hususları ihata edebilecek şekilde yapmış bulunmaktadır.

V. Bar<sup>16</sup>a göre mütemadi suçun mevcudiyeti için, fail meydana getirdiği durumu bertarafa mecbur olmalı ve bu da iktidarı içinde bulunmalıdır. Diğer bir ifade ile meydana gelen durumu bertaraf etmek için fail icap eden hareketi yapmamakta ve kastı da bu hareketsizliğe müteveccih bulunmaktadır.

Kitzinger<sup>17</sup>e göre, bir suçta muayyen bir durum suç unsurlarından ise, bu suç mütemadi bir suçtur. Yani, suçun tarifine bakmak ve mütemadi suçun ratio legis'inden istihraç etmek mümkündür.

Yeni Alman Ceza hukuku doktrininde de mütemadi suç mevzuunda bir anlaşma mevcut değildir. Mezger önceleri Alman Temyiz mahkemesinin vermiş olduğu bir karara uyararak mütemadi suçu «suç unsurlarının bir müddet devam ettirilmesi» halinde görmekte iken<sup>18</sup>,

[12] V. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9. Aufl. Berlin 1899/213. Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, Berlin 1929/213.

[13] Vergleichende Darstellung des deutschen und auslaendischen Strafrechts, All. Teil. Bd. 1/439.

[14] Kommentar zur Reichsstrafgesetzbuch, 9 Aufl. Berlin 1922, Md. 67, No. 15.

[15] Grundzüge des deutschen Strafrechts, Tübingen 1930/230.

[16] Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. III 1909/409. Müellifin fikri.

[17] Ort und Zeit im Strafrecht, München 1902/214.

sebepl gösterilmeden Mayer, Ernst tarafından reddedilmektedir (126 not 13).

[18] Strafrecht, München 1931/195.

daha sonra «failin suç işleme hususundaki kararının devam etmesi ve bununla beraber meydana gelen durumun hukuka aykırı olması gerekir» şeklinde tarif etmiştir<sup>19</sup>.

Schmidt<sup>20</sup> Franz von Liszt'in eserini yeniden neşrederken yapmış olduğu tadiller içinde mütemadî suçu «devamlı olarak suç unsurlarının ihlâl edilmesidir» şeklinde tarif etmiştir.

Hippel'e göre<sup>21</sup> mütemadî suçta hareket birden fazla fakat netice tektir.

Mayer'e göre<sup>22</sup>, fail bir suça iradesi ile nihayet verebilmekte ise bu suç mütemadî bir suçtur.

Maurach<sup>23</sup> fikrini mütemadî suç ile iz bırakan suçları karşılaştırarak beyan etmektedir. Müellifce, suçun unsurlarının ihlâli ile mütemadî suç tamamlanmış olup, bu halin devam etmesi de hukuka aykırıdır. Mütemadî suçta suç tamamlandıktan sonra dahi devam failin suç işleme kararı neticesi olmakta, iz bırakan suçlarda ise hukuka aykırı durum failin iradesinden tamamen müstakil bulunmaktadır.

Schönke-Schröder'e göre<sup>24</sup>, mütemadî suç bir hukukî birliklidir. Bu suç nev'inde suç işleme kararının aynı olması neticesi, fiil devamlı bir hukuka aykırı durum meydana getirmekte ve bu hal fail tarafından istenmektedir.

Baumann<sup>24a</sup> Welzel<sup>25</sup>, Ksoll<sup>26</sup> ve Leipzig Kommentarı<sup>27</sup>, evvelce izah edildiği vechile, mütemadî suçun karakteristik vasfı olarak, suçun tamamlanmasını değil, devam etmesini ve bu devamlılığın da suç unsurlarından olmasında görürler.

İsviçre hukuk literatürü<sup>28</sup> de mütemadî suçta objektif unsurların

[19] Strafrecht, Berlin - München, 1949/195.

[20] Schmidt, Franz von Liszt'in eserini 26 ncı basıda 1932 tarihinde yapmıştır. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin - Leipzig, 1932/351.

[21] Deutsches Strafrecht, Zweiter BD. Berlin 1930/532.

[22] Helmut Mayer, Strafrecht, Köln 1953/354.

[23] Deutsches Strafrecht, All. Teil, 2. Aufl. Karlsruhe 1958/579.

[24] Strafgesetzbuch, Kommentar, 8. Aufl. München - Berlin 1957/385.

[24 a] Baumann, Strafrecht, Bielefeld, 1960/105.

[25] Das deutsche Strafrecht, Berlin 1954/159.

[26] Strafrecht, All. Teil, 1952/117.

[27] Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Berlin 1953/548.

[28] Thormann und von Overbeck, Schweizerisches Strafgesetzbuch, All. Teil Zürich 1940/215.; Clerc/Steck, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Basel, 1943/44-45.

devam ettiği kanaatindedir. Bilhassa Hafter <sup>29</sup>'e göre mütemadi suçta fiil tektir. Bir zaman devam eden ve tek fiil ile meydana getirilen neticeli suç mütemadi suçtur.

### Alman ve İsviçre Yüksek Mahkemelerinin görüşü.

Alman Yüksek mahkemesi 1909 tarihli bir kararı ile mütemadi suç mevzuunda görüşü bildirmiştir. Verginin ödenmemesi sebebiyle içtihadını belirten IV üncü Ceza Dairesi mütemadi suç ihmalî suçları da ihata edebilmesi için, «failin suç unsurlarını muayyen bir müddet devam ettirmek iradesi ile fiili ika etmesi ve iradesinin de buna müteveccih bulunması gerekmektedir.» şeklinde tarif etmiştir <sup>30</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi ise mütemadi suç şu şekilde tarif etmiştir <sup>31</sup>: «Gayri hukuki durumu bertaraf etmek failin iktidarı dahilinde olduğu halde, bu duruma nihayet vermediği müddet içinde suç işlenmektedir.» Bu şekildeki ifade ile Yüksek mahkeme mütemadi suçta karakteristik vasfı hukuka aykırı durumun devamında görmektedir.

### Türk hukukundaki fikirler.

Bu mevzuda görüşlerini belirtmiş bulunan Türk müelliflerin ekserisine göre mütemadi suçun mevcut olabilmesi için meydana gelmiş bulunan gayri hukuki durumun suç unsurlarına dahil olduğu kabul edilmektedir.

Erem <sup>32</sup>'e göre, «mütemadi suç bir fiilden değil, bir durumdan meydana gelmektedir.»

Taner'e göre <sup>33</sup>, mütemadi suçlar failin harekete geçmesi ile hitam bulmuyarak, icrası bir müddet uzayan suçlardır.» Müellif bu tarifi verdikten sonra bir suçun mütemadi olup olmadığını tesbit edebilmek için o suçun hukuki tarifine bakmak icap eder, demektedir. Eğer, suçun hukuki tarifinde bulunan «maddi unsur» onun ani bir suç sayılmasını icap ettirecek mahiyette ise, suç anidir, o mahiyette değilse, mütemadidir. Taner fikrini izah sadedinde başka bir ifade

[29] Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. All. Teil. Bern 1946/345.

[30] Alman Temyiz Mahkemesi Kararı, Cilt 43/130. 10, 11/12.1909 tarihli karar.

[31] JZ. Cilt 32/125.

[32] Türk Ceza Hukuku, Ankara 1960/57.

[33] Ceza Hukuku, İstanbul 1953/97 ve 98.



tarzıda kullanılmaktadır; eğer failin, suçu vücuda getiren hareket ile ittisali derhal nihayet buluyorsa, suç anidir; yok, eğer failin, suçu vücuda getiren maddi hareket ile ittisali devam ediyorsa suç, mütemadidir.

Dönmezer-Erman<sup>34</sup> evvelce «netice ve bunu meydana getiren hareket derhal nihayete ermezde, bir müddet devam eder» demek suretiyle mütemadi suçu ani suçtan ayırıcı kıstası vermişlerken, daha sonra neşrettikleri geniş eserede<sup>35</sup> mütemadi suçu maddi unsurun netice kısmında tetkik etmişlerdir. Müelliflere göre, hareketten doğan netice, bazen muayyen bir müddet devam eder: işte neticenin devam etmeyip derhal nihayete erdiği suçlara ani, neticenin devam ettiği suçlara ise mütemadi suç denir.

Kunter<sup>36</sup>'e göre, mütemadi suçta hem hareket hem netice devam etmektedir.

### Mütemadi suçu teşhise yarayan tariflerin tenkidi.

Mütemadi suçu izah sadedinde yapılmış bulunan tariflerin bu suç nev'ini bütün hususiyetleri ile ihata edemediği sebebiyle tenkit edilmiş ve her müellif, aşağı yukarı, tenkit sadedinde ileri sürdüğü tarifin hakikâti aksettirdiğini iddia etmiştir.

Tarifleri ve bunlara yapılan tenkitleri kısaca tetkik edelim. Finger, Frank, Doerr tarafından tarif yapılmış bulunan mütemadi suça göre, suçun tamamlanmış olması kifayet etmemekte, bundan başka devamının da suç unsuru olduğu kabul edilmekteydi. Riemerschmidt'e<sup>37</sup> göre verilen tarifin en zayıf noktası işte buradadır. Hangi hallerde hukuka aykırı durumun devamı suç unsuru olarak kabul edilmiştir ve hangi hallerde fail hukuka aykırı durumu devam ettirmek suretiyle suç işlemektedir? Unutmamak gerekir ki, hukuka aykırı durumu devam eden diğer bazı suçları biz, ani suç olarak kabul etmekteyiz. Bundan başka, diğer bazı müellifler<sup>38</sup> yapılmış bulunan tarifin icrai fiilden sonra ihmalî fiil ile işlenebilen suçları izah edebilmekte olduğunu, fakat ihmal suretiyle işlenen ekseri mütemadi suçları izah edemediğini ve bu sebeple dar bir tarif olduğunu belirtirler.

[34] Dönmezer - Erman, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1958/190.

[35] Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I, İkinci bası, İstanbul 1961/366.

[36] Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1954/96.

[37] Riemerschmidt, 11.

[38] Alff, 7.; Hafkesbring, 14.

Yukarıda verilen tarifin darlığından dolayı tenkit edilmesine mukabil, Loening ve v. Liszt tarafından ileri sürülen tarif te çok geniş olduğu için tenkit olunmuştur. Loening'e göre fail tarafından istimal olunan bir vasıta ile neticenin kısa veya uzun bir zaman meydana gelmemesi halinde mütemadi suç mevcuttu. Liszt ise, failin, suç unsurlarını fasılasız ihlal ettiği kanaatında idi. Bu fikirlerin tenkidi sadedinde denmiştir ki: suç ikaında kullanılan vasıtanın suçu bazen mütemadi suç yaptığı kabul edilemez; zira, vasıta bazı hallerde failin iradesi dışında tesir icrasında devam eder. Mütemadi suç böyle bir kıstasa göre tayin, onun iz bırakan suçlarla olan farklı hususiyetlerini yok etmek olur<sup>39</sup>. Liszt'in fikirlerine yapılan tenkit failin kusurunun hangi anda mevcut olduğunun tesbitinin mümkün bulunmadığı noktasına tevcih edilmiş ve mütemadi suç ile iz bırakan suçlar arasındaki mevcut farkın bu tarif ile ortadan kalkacağı zikrolunmuştur<sup>40</sup>.

V. Buri'ye göre, failin başkaca hareketine lüzum kalmadan her an tamamlanmış ve bitmiş bulunan suç mütemadi idi. Bu şekildeki ifade tarzı ile V. Buri hareket ile netice arasındaki illiyet münasebetinin başka bir harekete lüzum hasıl olmadan devam ettiğini belirtmektedir. Bu tarif cezai müstelzim ihmali ihata edse dahi, cezai müstelzim fiilin ne zaman cezai müstelzim bir ihmal şeklinde devam ettiğini belirtememektedir<sup>41</sup>.

Olshausen mütemadi suçu, o suçun normlarının ihlâl edilmiş olup olmaması halinden istihraç etmek istemiş, fakat bu kıstasın mütemadi suçu iz bırakan suç ile karıştırdığı noktasından tenkit edilmiştir<sup>42</sup>.

Fiilin, netice değil de bir durum meydana getirmesi halini mütemadi suç için şart koşan Beling'in fikri de, suç unsurlarının ihlâlinin ne zaman bir netice ve ne zaman bir durum meydana getireceğinin tesbitinin mümkün olmaması sebebiyle tenkitten kurtulamamıştır<sup>43</sup>.

Kitzinger'in vermiş bulunduğu tarif kanunun vermek istediği tarifin dışına çıkmak ve kanunda bulunmayan bir hususu varmış gibi telâkki etmek suretiyle meseleyi hal gayreti olarak kabul ve tenkit olunmuştur. Bu müelliflere göre, «alma», «kaçırma», «hürri-

[39] Hafkesbring, 14.; Riemerschmidt, 12.

[40] Alff, 7.; Hafkesbring, 14.

[41] Bu tenkit önce Hafkesbring tarafından yapılmış (s. 15) ve Riemerschmidt tarafından da (s. 12) benimsenmiştir.

[42] Alff, 8.

[43] Dyckhoff, 9.

yetinden mahrum bırakma» gibi ifade şekilleri ile «öldürme», «tahrip etme» gibi terimler arasında hiç bir fark mevcut değildir<sup>44</sup>. Bundan başka, bir suçun mütemadi bir suç olup olmadığını ratio legis,indan çıkarma, daha ziyade bir his meselesi olup, bu durum muvacehesinde bazı kimseler için mütemadi suç olarak telâkki olunabilecek suçlar diğerleri için ani bir suç olarak kabul edilebilecektir ki, bu hal bir çok karışıklıklara ve çeşitli neticelere sevk edecek mahiyettedir<sup>45</sup>.

### Suç şekilleri ve mütemadi suç kriteri.

Yukarıda vermiş bulunduğumuz tarifler ve bunlara karşı yapılan tenkitlerden bazıları mütemadi suçu, suç işleniş tarzının bazılarına inhisar ettirmiş bulunduğu hususuna müteveccih idi. Alman doktrininde şu noktada ittifak mevcuttur ki, mütemadi suç, icrai ihmali ve ihmali suretiyle icrai suçlarda mümkündür. Yalnız Hafkesbring<sup>46</sup> gibi bazı müellifler mütemadi suçun icrai fiil ile ika edilemeyeceği kanaatindedirler. Bunların fikirlerine göre, bir kimse- nin hürriyetinden mahrum bırakılması ve hürriyetin tahdidî suçunun işlenmesi halinde fail, icrai fiil ile mütemadi suç işlememiş, bilâkis hürriyetin tahdit edilmesi halinde icrai suç tamamlanmış, fakat fiile mütemadi suç vasfını veren husus, meydana gelmiş bulunan gayri hukuki durumun bertaraf edilmemesi, yani ihmali fiil ile suç devam etmekte ve mütemadi suça bu vasfı ihmali fiil vermektedir. Demekki bu müellifler mütemadi suçun iki şekilde ika edilebileceğini kabul etmektedirler: ya ihmali veya icrai ve bunu müteakip ihmali fiil ile mütemadi suçun ikaı mümkündür.

Kanaatımızca da sırf ihmali suçlarda mütemadi suç olabilirler. Misal olarak Ceza kanunumuzun 193. maddesi gösterilebilir. Buna göre «... veya rızasıyla girdikten sonra çıkmazsa ...» fail meskende bulunduğu müddet içinde mütemadi suçu ika etmektedir. Fail meskene ev sahibinin rızası ile girmiş olması sebebiyle ika edilmiş bir icrai fiil bahis konusu olamaz. Rızanın ademi mevcudiyeti anından itibaren failin meskende kalması, ihmali hareket ile mütemadi suç işlenmesidir.

[44] *Alff*, 8, 9; *Riemerschmidt*, 13.

[45] *Riemerschmidt*, 13. Yukarıda vermiş bulunduğumuz diğer tariflere karşı yapılması mümkün tenkitler *Kunter* (96 ve müt.) tarafından ileri sürülmüştür. Bu sebeple okuyucuyu oraya yollarız.

[46] *Hafkesbring*, 19; *Alff* (5) da pek sarîh olmamakla beraber yalnız icrai fiillerin mütemadi suç teşkil edemeyeceği kanaatindedir.

İcraî fiiller de mütemadi suç olurlar. Kitzinger<sup>47</sup> mütemadi suçun sırf icraî fiillerle de ikanın mümkün bulunduğu kanaatında olup, bunun pratikte çok ender olduğunu zikretmektedir. Riemerschmidt<sup>48</sup> mütemadi suçun yalnız icraî fiillerden meydana gelebileceğini kabul etmekte, fakat buna bir misal bulmanın zorluğuna temas edip, her icraî ve ihmali fiillerden meydana gelen suçun ika edilmiş şekline bakılmak suretiyle sırf icraî fiil ile mütemadi suçun ikanın kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu hususu müdafa eden Kitzinger ve Riemerschmidt yalnız icraî fiil ile işlenebilen mütemadi suça misal olarak bir kimsenin fiili olarak hürriyetinden mahrum bırakılmasını, hürriyeti tahdit suçunun devamlı olarak fiili cebir istimal edilmek suretiyle ika edilmesi halini göstermektedirler. Mademki derler fail mağduru hiç aralık vermeden sıkıca kollarının arasında tutmaktadır, o halde ika edilen fiil icraî bir fiil olup, işlenen suçta mütemadi bir suçtur. Beyan edelim ki, bu fikir bazı müelliflerce tenkit olunmuştur. Hafkesbring<sup>49</sup> bu müelliflerin verdikleri misalin önce icraî ve sonra ihmali bir suç olduğunu bildirmekte ve ani suçların da az veya çok bir zaman icraî hareketlerle devam ettiğini böyle bir kıstasın mütemadi suçu tefrikte esas olamayacağını kaydetmektedir. Kanaatımızca da mütemadi suçun sırf icraî fiillerle ika mümkün ve bunun icraî ve ihmali fiillerle işlenebilen mütemadi suçlardan tefriki hadisenin hususiyetlerine göre tesbit edilebilir.

Mütemadi suçun daha ziyade ihmali ve icraî hareketlerle işlenebilen suçlarda bahis konusu olabileceği ileri sürülmektedir. Bu suretle ika edilebilen mütemadi suça verilen klasik misal Ceza kanunumuzun 179. maddesinde tesbit edilmiş bulunan hürriyetin tahdidi suçudur. Yalnız temas edelim ki, hürriyeti tahdit suçunun mütemadi bir suç oluş şeklini izah sadedinde müellifler arasında fikir birliği yoktur. John'a<sup>50</sup> göre mağdurun hürriyetinin bir odaya kapatılmak suretiyle tahdit edilmesinden sonra, failin elini kapı tokmağına koyarak kapının açılmasına mani olmasını icraî fiil olarak kabul etmektedir. Müellife göre fiil, hukuka aykırı durumu meydana getiren faaliyettir. Bu şekildeki fikrleri ile müellif Ceza hukukunun mihverini hareket üzerinde toplamak istemekte isede, fiilden yalnız icraî fiillerin anlaşılması neticesine götüren bu görüş, doktrinde haklı olarak tenkit edilmiştir<sup>51</sup>.

[47] Kitzinger, Bd. 1/215.

[48] Riemerschmidt, 16.

[49] Hafkesbring, 20.

[50] John, 507.

[51] Riemerschmidt, 23; Hafkesbring, 5 ve müt.

Wachenfeld<sup>52</sup> ise hürriyeti tahdit suçunda nev'i şahsına münhasır bir fikir ileri sürer. Hürriyetin tahdidi ve bunun devamı, hareketlerde tabii bir devamlılık ve birlik azeder; bu sebeple fiillerin başlangıçta icraî daha sonra ihmali bir şekilde devam ettiğini kabule imkân olmayıp, bu tefrik suni esaslara dayanmaktadır.

Kanaatımızca da hürriyetin tahdidi suçu icraî ve ihmali hareketlerden meydana gelmekte olan mütemadi bir suçtur; zira mağdurun hürriyetinin tahdit edilmesinden sonra bu halde bırakılması, hukuka aykırı bir ihmali ve cezai müstelzim bir durumu meydana getirmektedir. Bu hukuka aykırı durumun devamıncada mütemadi olan suç işlenmektedir<sup>53</sup>.

### Mütemadi suç ile diğer suçlar arasındaki farklar.

#### 1 — Mütemadi suç ile müteselsil suç arasındaki farklar.

Müteselsil suç ile mütemadi suç eskiden beri daima birbirine karıştırılmış ve birbiri içinde tetkik olunmuştur. Beyan edelim ki, bugün dahi bu görüşü müdafaa eden müellifler mevcuttur.

John'a<sup>54</sup> göre mütemadi suç ile müteselsil suç arasında fark mevcut değildir. Yalnız, müteselsil suç, mevzuu sebebiyle başka bir mahiyet arz etmekte ve bunun içindir ki, failin fiillerinin her biri müstakil suç olarak tezahür eylemektedir. Fakat, müellife göre, her iki suç arasında esasta tam bir benzerlik olmasına rağmen tâli bir hususta ufak bir fark mevcuttur ve bu da, müteselsil suçta teselsülü teşkil eden fiiller arasındaki fasılanın, mütemadi suça nisbetle biraz daha fazla devam etmesidir. Beyan edelim ki, John'a göre hürriyetin tahdidi suçu bir müteselsil suçtur. Mütemadi suç ile müteselsil suç arasındaki farkı belirtmek için, müteselsil suçun ekseri müelliflerce kabul edilmiş bulunan bir tarifini verelim; herbiri başlı başına bir suç teşkil eden ve fakat aynı suç işlemek kararının tatbik ve icrası dolayısıyla heyeti mecmuası bir tek suç sayılan fiiller müteselsil suçtur<sup>55</sup>. Bu tarife göre, aynı suçu işleme kararının icrasında failin hareketleri yeniden suç unsurlarının ihlaline tevcih olunmaktadır.

[52] Wachenfeld, 85.

[53] Hürriyeti tahdid suçunun icraî ve ihmali hareketlerden meydana geldiği hususunda geniş bilgi için Heiserer (50), Egenolf (47), Riemerschmidt (25), Hafkesbring (4), Alff (66) tarafından yazılmış bulunan Doktora tezlerine bakınız.

[54] John, 505.

[55] Tosun, Müselsel Suçlar, IHFM, 1957/124; Taner, 102.

John, hürriyeti tahdit edilen bir kimsenin kapalı bulunduğu oda içinde, failin oda kapısını kitlemekle müteselsil suçu işlemeğe başladığını ve her an bu suçun unsurlarını ihlâl ederek müteselsil suç ika ettiğini kabul etmektedir. John'un bu fikirleri tenkit edilmiş ve denmiştir ki<sup>56</sup>: Hürriyeti tahdit edilmiş bulunan kimsenin tekrar hürriyetinin tahdidini ancak serbest kaldıktan sonra mümkün olabilir. Bu hal gerek failin bir kimseyi bir odaya kapaması ve kilidi açmaması gerek kilitledikten sonra kilit üzerinde devamlı olarak maddi bir kuvvet sarf ederek, odanın kilitli bulunmasını temin etmiş olsa dahi durum aynıdır. Merkel<sup>57</sup> de mütemadi suç ile müteselsil suç arasında bir fark görmemektedir. Fakat temas edelim ki, Merkel müteselsil suçu herkesin kabul ettiği tariften çok başka şekilde anlamakta ve bunun tabii neticesi olarak da mütemadi ve müteselsil suç arasında fark kabul etmemektedir. Müellife göre mütemadi suç «suçun zaman itibariyle birbirine bağlı olarak devam etmesidir». Yine müellife göre, müteselsil suçu teşkil eden münferit suçlar başlı başına müstakil suçlar değildir. Netice olarak Merkel hürriyetin tahdidini suçunda failin mevcut durumu devam ettirmesini müteselsil suç olarak kabul etmektedir. Hemen temas edelim ki, Merkelin müteselsil suç tanımı doktrinde benimsenmemiştir<sup>58</sup>.

Ortmann<sup>59</sup> müteselsil suçu suç teşkil eden fiillerin birden fazla oluşu ve fakat bunların aynı suç işleme kararının icrası cümlesinden görmekte, mütemadi suçta da bu saydığı hususların mevcut olduğunu belirtmektedir. Müellife göre mütemadi suç müteselsil suçun başka bir görünüşüdür.

Köhler<sup>60</sup> de fikirlerini John'un fikirlerine istinat ettirmekte ve müteselsil suç ile mütemadi suç arasında bir farkın mevcudiyetini kabul etmemekte, yalnız mütemadi suçta suçlar arasındaki fasılların müteselsil suça nisbetle daha az olduğunu kabul etmektedir.

V. Waechter<sup>61</sup> de müteselsil suç ile mütemadi suç arasında esas itibariyle bir farkın bulunmadığını ileri sürerek, mütemadi suçta

[56] Aiff, 17.

[57] Müellif 1889 tarihli ders kitabında (337 ve mül.) iki terimi müstakil müesseseler olarak kabul ettiği halde Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrecht. Bd. V/288 de fikir değiştirmiştir.

[58] Riemerschmidt, 6, not 22.

[59] Ortmann, Das fortgesetzte Verbrechen nach dem Reichstrafgesetzbuch, Gerichtssal, 1874/74.

[60] Köhler, Leitfaden des deutschen Strafrechts, Leipzig 1912/155.

[61] Gold. Arch. 8/16.

her an fail tarafından suçun tekrarlandığını ve yeniden ika edildiğini kabul etmekte, böylece mütemadi suçta «reprodiktion» hali görmektedir. Ancak bu müellifce çok ufak bir noktada mütemadi suç ile müteselsil suç değişiklik arz etmektedir. Bu, diğer bazı müelliflerce de belirtildiği vechile, müteselsil suçta fiiller arasındaki fasılanın mütemadi suçta nisbetle daha uzun olmasıdır. Mütemadi suçta tekrarlar arasındaki fasıla müteselsil suçta nisbetle o kadar azdırki, fasılasızdır denilebilir. Mütemadi suçta da her fiil müstakil suç teşkil etmekte isede, ceza tayin edilirken, bütün bu suçlar bir suç telâkki edilmekte ve bir suçun cezası verilmektedir. Riemerschmid<sup>62</sup>'e göre mütemadi suçun devamlılık arz etmesi sebebiyle, tekrarlanması halinin bahis konusu olamayacağı noktasından Waechter'in fikri tenkit olunmuştur.

Gutenaeker<sup>63</sup> de diğer müellifler gibi mütemadi suç ile müteselsil suç arasında fark görmemekte, fikrini onlar gibi reproduktion'a dayandırmakta ve buna ancak mevcut gayri hukukî durumun bertaraf edilmesi ile mani olunabileceğini belirtmektedir. Fail mevcut gayri hukukî durumu bertaraf etmemek suretiyle, suçu yeniden ika etmek iradesini belirtmektedir.

V. Steemann<sup>64</sup> da müteselsil suç ile mütemadi suç arasında fark bulunmadığını kaydetmekte, Gutenaeker gibi, hukuka aykırı durumun failin iradesi ile devam etmekte olduğu hususunu kıstas olarak vermektedir. Müellife göre, her iki suç arasında mevcut ufak farkı bertaraf etmek istersek, bu takdirde, mütemadi suçu devam ettiği müddet içinde sonsuz denebilecek kısımlara bölmek gerekmektedir.

Bazı müelliflere göre<sup>65</sup> müteselsil suç ile mütemadi suç arasındaki kıstas bilhassa iki noktada kendisini göstermektedir: Evvelâ mütemadi suç ihmalî hareket ile işlenebildiği halde, müteselsil suçun ikası için icraî hareket şarttır. Bu şart hususunda Hafkesbring<sup>66</sup> şu kanaattadır: Mütemadi suçta suç fiil ile mahiyetini iktisap etmiş olmasına rağmen, müteselsil suçta suç unsurları fasıllı şekilde müteaddit defalar ihlâl olunmaktadır. Müteselsil suçta suç unsurları fasıllı şekilde tekrar edilmesine mukabil, mütemadi suçta fiiller adeti görülmeyecek kadar birbirleri içine girmişlerdir. Kitzinger<sup>67</sup> ve

[62] Riemerschmidt, 7.

[63] Gutenaeker, 13.

[64] Gerichtssaal 1872/40. Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen.

[65] Riemerschmidt, 8.

[66] Hafkesbring, 30.

[67] Kitzinger, 250.

Doerr<sup>68</sup> un yaptıkları teşbihe göre, müteselsil suç noktalardan meydana gelmiş bir çizgi olduğu halde, mütemadi suç yekpare bir çizgi şeklindedir.

Yeni Ceza hukuku doktrinde mütemadi ve müteselsil suç arasında tefrikin mutlaka yapılması hakim kanaat halindedir<sup>69</sup>. Yalnız, bu fikri müdafa edenler tefrikin dokrinal kıymeti bulunduğunu tatbikat bakımından her iki suç nev'inin aynı kaidelere bağlanması gerektiği kanaatındadırlar. Binding<sup>70</sup> de her iki suç nev'i arasında farkın mevcut olduğunu beyanla, mütemadi suçta suç teşkil eden fiilin tek suç sayılmasının müteselsil suçla nisbetle daha tatmin edici olduğunu kaydetmekte, müteselsil suç ile mütemadi suç tefriki hususunda yapılacak mücadelenin bir kıymet ifade etmeyeceği neticesine varmaktadır.

Berner<sup>71</sup> de mütemadi ve müteselsil suç tefrikinin yerinde olduğunu belirtmekte, farkın yalnız müteselsil suçta devamlılığın (kontinuitaet) subjektif mahiyette olmasına mukabil, mütemadi suçta devamlılığın maddi mahiyette olduğunu kaydetmektedir.

Türk doktrinde mütemadi suç ile müteselsil suç arasında farkın mevcut bulunduğunu kabul eden müellifler olduğu gibi, her iki suçu aynı mahiyette görenler de vardır. Taner<sup>72</sup>'e göre, «müsesel suçlar mütemadi suçlara benzerler: Çünkü mütemadi suçlarda manevi unsur temadi etmekte olduğu gibi müsesel suçlarda da, anlatmış olduğumuz gibi, kastta birlik bulunduğu için, manevi unsur devam ediyor demektir. Böyle olmakla beraber bu iki nevi suç arasında fark vardır. Müsesel suçlarda yalnız suçun manevi unsuru devam ettiği halde, mütemadi suçlarda hem maddi, hem de manevi unsur temadi etmektedir. Mütemadi suçlarda failin fiil ile ittisali kesilmez, müsesel suçlarda ise fiiller arasında fasılalar vardır.» Dönmezer-Erman<sup>73</sup> Mütemadi ve müteselsil suçların birbirinden farklı olduklarını kabul ederler. Mütemadi suçta hareket ve netice kesilmemekte, devam edip gitmektedir. Müteselsil suçta ise, birinci netice tahakkuk edip bittikten sonra, ikinci netice gerçekleştirilmekte, diğer bir ifade ile, muhtelif neticeler arasında bir inkıta vukua gelmektedir.

[68] Doerr, 161.

[69] Burada müellif ismi vermeyi zâit telekki ederiz; zira bugün her iki suçun farklı olduğu kaide olarak her müellifçe kabul edilir.

[70] Binding, Handbuch, 543, not 12.

[71] Berner, Preussisches Strafrecht, Md. 112.

[72] Taner, 102.

[73] Dönmezer - Erman, Nazari... Cilt I/374.



Hattâ mütemadi bir suçun, müteselsil suç manzarasını arz etmesi bile mümkündür: temadi bir suretle nihayete erdikten sonra, aynı suç işleme kararının tahtı tesirinde olarak, aynı mütemadi suçun yeniden işlenmesi halinde, iki mütemadi suç arasında teselsül câri olur. Kantar<sup>74</sup> ise mütemadi suç ile müteselsil suç arasında tefrik yapılmamasına taraftardır. Onun için ani suç ve mütemadi suç aynıdır; zira fiilde irade esastır. Mütemadi suçta iradenin devamlı olduğu kabul edilemez. Bu bakımdan mütemadi suç olarak telâkki edilen suçlar ya ani veya müteselsil suçtur. Müellif Ceza hukuku doktrininde de mütemadi suç mefhumunun gitgide daraldığını ve çok azaldığını kaydetmektedir. Kanaatımızca mütemadi ve müteselsil suçlar aynı olamaz. Son zamanlarda bütün müelliflerin birleştikleri bir husus vardırki, o da, mütemadi suçta suçun maddi hareketinin aralıksız devam etmesine mukabil, müteselsil suçu meydana getiren hareketler bir defa suç unsurlarını ihlâl edip suç tamamlandıktan sonra tekrar edilmektedir. Mütemadi suçta iradenin devamlı olamayacağını belirten Kantar'ın fikrini kabule imkân göremiyoruz; zira müellif Actio libere in causa müessesesini mütemadi suçlara tatbik etmiş olsaydı bu neticeye varmıyacaktı<sup>75 bis</sup>.

## 2 — Mütemadi suç ile iz bırakan suç arasındaki farklar.

Bugün Ceza hukuku doktrin ve tatbikatında mütemadi suç ile iz bırakan suçların birbirinden farklı müesseseler oldukları kabul edilmektedir<sup>76</sup>. İz bırakan suçta klâsik misal olarak müessir fiil neticesi meydana gelen sabit eser gösterilebilir. Beyan edelim ki, bazı müellifler<sup>76</sup> mütemadi suç ile iz bırakan suç arasında farkın yalnız terim itibarıyla mevcut olduğu kanaatında olup, mahiyet bakımından her iki suçun aynı olduğunu iddia etmektedirler. Filhakika bu fikirde olanlar mütemadi suç tarifini bugün anlaşılan mânadan başka şekilde yapmaktadırlar. Temme<sup>77</sup> iz bırakan suçları şu şekilde tarif eder: suçun kanuni unsurları içinde devamlılıkta mevcut ise, bu suç iz bırakan suçtur. Yukarıdan beri temas ettiğimiz veçhile bu tarif bugün mütemadi suçlar bakımından verilmekte ve bu suç nevinin bazı noktalarda karakteristik vasfını teşkil eylemektedir.

[74] Kantar, 143/144.

[75 bis] Actio libera in causa hakkında geniş bilgi için bak.: Schmidt, L.: Zur Lehre von den sog. actiones liberae in causa, Diss. Augsburg 1908.

[75] Hafkesbring, 27; Gutenaecker, 76 ve müt.

[76] John, 310; Heffter, 311.

[77] Lehrbuch des preussischen Strafrechts, 1853/535.

Bugün, iz bırakan suçlar ani suç olarak kabul edilmektedir. Bunun ehemmiyeti bilhassa suça iştirak, müruru zamanın başlangıcı vs. hususlar bakımından ehemmiyetlidir. Bizim, iz bırakan suçlardan anladığımız şudur: Mütemadi suçta süreklilik hali hukukca ehemmiyeti haiz olduğu halde, iz bırakan suçlarda meydana gelen neticenin devamının ehemmiyeti olmamakta, yalnız cezayı arttıran veya suçun daha vahim sayılmasını icap ettiren bir tesiri olmasıdır. İz bırakan suçlarda hareket ile birlikte hukuka aykırı durum meydana gelir ve suç bu anda tamamlanmış ve bitmiş olur. Oetker<sup>78</sup> ve Kitzinger<sup>79</sup> in haklı olarak belirttikleri gibi, iz bırakan suçlarda devam suç mahiyetinde değildir, halbuki mütemadi suçta devamlılık hali suçtur. Bu sebeple ani suçların bir durum veya izbırakmaları bunun az veya çok bir zaman devam etmesi ehemmiyetli olamaz ve bu sebeple de iz bırakan suçlar ani suçlardandır. Türk doktrininde de mütemadi ve iz bırakan suçlar tefrikine yer verilmektedir<sup>80</sup>.

### 3 — Mütemadi suç ve itiyadi suç arasındaki farklar.

İtiyadi suç ve suçu meslek edinme halleri de mütemadi suç ile büyük bir yakınlık gösterirlerse de, bu iki suç tipi birbirinden farklıdır. İtiyadi suç veya suçu kendisine meslek edinme hallerinde fail, suçu devamlı olarak ika etmektedir. Fakat burada müteşelsil suçta olduğu gibi, münferit ve müstakil suçlar olduğu halde, mütemadi suçta tek fiil ile meydana getirilen ve sürekli halde bulunan bir suç mevcuttur. İtiyadi suçta her suç müstakil mahiyeti haiz olmakla beraber, failin cezalandırılabilmesi için kanun o suçun birden fazla işlenmesini şart koşmaktadır. Şunu da kaydedelim ki, yukarıda belirttiğimiz husus doktrinde ittifakla kabul edildiği halde, Heffter<sup>81</sup> gibi bazı müellifler itiyadi suçları da, diğer suçlarda olduğu gibi, mütemadi suçlarla aynı mahiyette telâkki etmektedirler.

### Mütemadi suçun tarifi hususunda kanaatımız.

Mütemadi suçun tarifi hususundaki kanaatımızı, bu suç nev'inin işlenebilirlik şekillerini de izahtan sonra bıraktık. İleri sürülmüş bulunan tarifler ve suçun işleniş şekilleri muvacehesinde, bizce, mütemadi suç şu şekilde izah edilebilecektir: Fail gerek bizzat ken-

[78] Oetker, 329.

[79] Kitzinger, 257.

[80] Dönmezer - Erman, Nazari., Cilt I/366; Taner, 95.

[81] Heffter, Goltdammer's Archiv. 1/311.

disinin meydana getirdiği veya kanunun bertaraf edilmemesini cezalandırdığı durumu, bu durumu bertaraf etmek hukuki vecibesine rağmen, kusurlu olarak bir müddet devam ettirir ve bu şekilde suç durumuna devamlı olarak meydan verirse bu suç mütemadi suçtur.

Kanaatımızca bu tarif, mütemadi suçu iz bırakan suçlardan tefrik edebilecek hususları ihtiva etmektedir. İz bırakan suçlardan doktrinin anladığı ve ittifak ettiği husus, bu suç şeklinde de fiilin meydana getirdiği devamlılık hukuka aykırıdır, fakat Ceza hukuku bakımından artık ehemmiyeti haiz olmamakta, yalnız cezanın arttırılması veya suçun daha vahim sayılması bakımından tesir icra etmektedir. Halbuki, bizim tarifimizde görüleceği vechile devamlılık aynı zamanda hukuka aykırı ve kusurlu olmalıdır. Verdiğimiz tarif mütemadi suçu müteselsil suçtan da ayırıcı kıstasları ihtiva etmektedir. Mütemadi suç ile müteselsil suç karşılaştırırken temas ettiğimiz gibi, müteselsil suçta devam eden husus suç işleme kararı olmakta, suçun maddi unsurlarında aralıklar bulunmaktadır. Halbuki mütemadi suçta suçun maddi unsurlarında da devamlılık hali mevcuttur. Aynı hususlar mütemadi suçu, itiyadi suç ve suçu meslek edinme hallerinden de tefrikete kıstastır.

Verdiğimiz tarif bundan başka temadiye son verme hainin failin iktidarı dahilinde olmalıdır şeklindeki soruya da cevap verecek mahiyettedir. Temadiye son verebilme hali failin iktidarı içinde değilse ve bu haleden kendi kusuru ile sebep olmamış ise, o andan itibaren temadinin bittiğini kabul etmek gerekir <sup>81</sup>bis.

### **Mütemadi suçta hareketin sayısı ve mahiyeti.**

Mütemadi suçun hukuki bünyesinin tesbiti, müruru zamanda, iştirak kaidelerinin tatbikinde, şikayet müddetinde, suçun işlendiği yerin tayininde ve suçun işlendiği zamanın tesbitinde, zaruret halinde meşru müdafaada, ne bis in idem kaidelerinin tatbikinde, bu suçun tek fiilden mi, yoksa birden fazla fiilden mi, meydana geldiğinin tayini, çözülmesi gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mütemadi suça kanunumuz bakımından tereddüp eden neticelere temas etmeden evvel, bu suçun tek fiilden mi, yoksa birden fazla fiillerden mi meydana gelmiş bulunduğunu tetkik edeceğiz.

Kanunumuz, bazı yabancı kanunların yaptıkları gibi, (meselâ Alman kanunu) fiilden neyin anlaşılması gerektiğini tasrih etmemiştir. Müstakil bir suçun birden fazla hareketlerle ika edilebilmesi ile, birden fazla hareketleri icap ettiren tek fiil arasında kat'i bir

[81 bis] Bu hususa ayrıca ileride temas olunmuştur.

sınır çizmek bazı hallerde mümkün olmamaktadır. Gerçekten anı suçlarda suçun tamamlanma anı muayyen olduğu halde, mütemadi suçlarda istenilen andaki durum, o suçun cezasını gerektirir mahiyette olmakta, bundan önceki ve sonraki fiillerin ise bu an ile olan münasebeti ehemiyet arz etmektedir.

Honig<sup>82</sup>'in dediği gibi, kanunlar mütemadi suçta tek fiilin mi, yoksa birden fazla fiilin mi mevcut olduğunu halletmemişler, bu noktada hâkimi yalnız bırakmışlardır.

Beyan edelim ki, bazı müellifler mütemadi suçun tek fiil ile meydana geldiğini iddia etmekte iselerde, bunlar kendi aralarında ihtilâfa düşmüşler, bazıları tek fiilin hukuki bir birlik olduğunu, diğerleri ise bunun tabii bir birlik mahiyetinde telâkki edilmesini müdafaa etmişler, bunlara karşı diğer bazı müellifler, mütemadi suç meydana getiren fiilin birden fazla olduğu tezini benimsemişlerdir.

Bu kısım içinde ileri sürülen görüşleri mevzuumuz içinde kalmak üzere tetkik edeceğiz.

1 — *Mütemadi suç birden fazla fiillerden meydana gelmiş bir suç nev'i olarak kabul eden görüş (Handlungs mehrheit).*

Bu fikri müdafaa eden müellifler, mütemadi suç meydana getiren fiillerin birden fazla olduğunu, bunların mütemadi suç olarak bir birlik teşkil ettiğini ve bu birliğin tabii ve hukuki manada tamamen veya kısmen müstakil bir hüviyet iktisap eylediğini beyan ederler<sup>83</sup>.

Bu fikirde olan Höpfner<sup>84</sup>'e göre mütemadi suç birden fazla fiilden meydana gelmiştir. İddiasını isbat sadedinde Höpfner birde misal verir: Hürriyetin tahdidi suçunda fail mağduru bir yere kapandıktan sonra fasılalar ile uyuduğu düşünülün. Uykuda bulunan bir kimsenin iradesinin serbest olabileceği düşünülemediğine göre, kusura da ehil olması tasavvur olunamaz. Netice olarak müellife göre mütemadi suç kısımlara bölünmekte ve her kısım müstakil bir fiil mahiyetini arz etmekte, fakat ceza tayini bahis konusu olunca bütün bu fiillerin tek suç sayıldığı kabul edilmektedir. Kanaatımızca Kantar<sup>85</sup> da mütemadi suç şeklinin mevcut olamayacağını kabul

[82] Honig, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, Mannheim 1925/11.

[83] Mezger, Strafrecht, 1931/467.

[84] Höpfner, Bd. II/229.

[85] Kantar, 143, 144.

ederken, Höpfner gibi düşünmektedir. Bu fikir, fail uyumadığı takdirde mütemadi suçun tek fiilden meydana gelmiş olduğunun Höpfner tarafından kabul edildiği, bundan başka *Actio libera in causa seu ad libertatem* kaidesi muvacaahasında müdafaa da edilemeyeceği noktalarından tenkit olunmuştur<sup>86</sup>.

V. Bar<sup>87</sup> ve Köhler<sup>88</sup> de Höpfner'in fikirlerini *actio libera in causa* esasını içinde tenkit etmektedirler. Bunlara göre failin mağduru hürriyetinden mahrum bıraktıktan sonra aralıklarla uyuması veya mağdur kapalı bulunduğu müddet içinde failin iradesi suç işlemekten başka hususlara çevrilmesi, başka şeyler düşünülmesi, mütemadi suçun birden fazla fiillerden meydana gelmiş olacağı neticesini tevlit edemez. Fail uyumadan veya başka şeyler düşünmeden önce, iradî olarak meydana getirdiği durumu teşhis edebilmek iktidarına sahiptir. Bunu yapmadığına göre iradesi suç işleme mevzuuna tevcih edilmiş bulunduğu anlarda dahi, ilk hareketinin mesuliyetine katlanmalıdır<sup>88 bis</sup>.

Berner<sup>89</sup> de yukarıda fikirlerini naklettiğimiz müelliflerin görüşlerine tamamen iştirak etmekte ve iradenin bir defa bir hususa tevcih edildikten sonra failin iktidarı ile durumun düzeltilmesine kadar aynı şeyin istendiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmekte, fasılalı olarak başka şeyler düşünmenin, mütemadi suçta, bu suçu meydana getiren fiillerin birden fazla olduğunu kabule kafi gelmediğini kaydetmekte ve bir teşbih yaparak meseleyi izaha çalışmaktadır: İradenin bir suça tevcihi elektirikli zile benzetilmekte ve bir defa çalmaya başladıktan sonra aradaki kısa fasılaların tesbitinin mümkün olmadığı, mütemadi suçta da failin suç işleme mevzuundaki kastının arada başka şeyler düşünmekle beraber bertaraf edilemeyeceğini, bunun ancak önceki kastına muhalif bir kast sahibi olması ile mümkün olabileceğini zikretmektedir.

V. Buri<sup>90</sup>'ye göre de mütemadi suçta bu suçu meydana getiren fiiller birden fazla isede, bunlar biribirinden tefrik edilemeyecek bir birlik meydana getirmişlerdir. Mütemadi suçta sayısız denecek kadar suç işlenmekte ve failin kastı bütün bu suçlara şamil olması dolay-

[86] Riemerschmidt, 35. 36; Hafkesbring, 25.

[87] v. Bar, Bd. I/153.

[88] Köhler, 538.

[88 bis] Burada *actio libera in cause* müessesesinin inceliklerine temas etmiyeciğiz.

[89] Berner, A. F.; Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1891/107.

[90] v. Buri, 97.

siyle mütemadi suçu bu sebeple bir bütün olarak kabul etmek gerek-  
mekte, verilecek ceza da bir suça verilen cezanın aynı olmaktadır.

Köhler<sup>91</sup>'e göre mütemadi suçta birden fazla fiil bulunsa dahi,  
Ceza hukuku salim anlayışı muvacehesinde bunların birbirine bağlı  
tek fiil olarak kabulü iktiza etmektedir.

Beling<sup>92</sup> 'de mütemadi suçta birden fazla fiilin mevcudiyetini  
kabul etmekle beraber, suçun tek suç olduğunu, bunun için bu birden  
fazla fiillerin hukukca tek fiil olarak kabul edilmesi gerektiğini  
müdafaa eder. Müellife göre mütemadi suçta fiil birden fazla olmakla  
beraber, bu fiiller müstakil hüviyeti haiz fiiller değildir ve hüvi-  
yetlerini ancak meydana getirdikleri tek suç içinde iktisap ederler.

2 — *Mütemadi suçu tek fiilden meydana gelmiş suç olarak kabul  
edenler.*

Yukarıda fikirlerine temas ettiğimiz müellifler mütemadi suçu  
meydana getiren fiillerin birden fazla olduğunu iddia etmişlerdi. Bu  
fikirler çeşitli noktalardan tenkit edilmek suretiyle, bazı müelliflerce  
mütemadi suçun bir tek ve tabii hareketten meydana gelmiş bulun-  
duğu görüşü savunulmamaktadır. Wachenfeld<sup>93</sup> 'e göre mütemadi suç  
için verilen klâsik misal hürriyetin tahdidi suçudur ve bu suç tek  
fiilden meydana gelmiştir. Hürriyetin tahdidi suçundaki esas fiil  
icrai harekettir ve bu da hürriyeti tahdid eden fiildir. Hürriyetin  
tahdidinde bu durumu devam ettiren ihmali hareket hakiki bir fiil  
olarak kabul edilemez; ihmali hareket esasen icrai hareketin tabii bir  
neticesidir. Bu şekildeki görüşü ile müellif, mütemadi suçu meydana  
getiren fiillerin tabii bir fiil olduğu neticesine varmaktadır.

Liszt<sup>94</sup> 'e göre de mütemadi suç tabii bir birlik arz eder. Hürri-  
yetin tahdidi suçu kesintisiz olarak haftalar veya aylar boyunca  
devam etse dahi bu fiillerin tabii birlik teşkil etmiş bulunmaları  
mütemadi suçu tek suç olarak kabul ettirir.

Meyer-Allfeld<sup>95</sup> 'de mütemadi suçun devamlı bir hukuka aykırı  
durum yarattığını ve bu sebeple de neticenin tek olduğunu, tek olan  
neticenin de tek fiilden meydana gelmesi icap ettiğini, mütemadi

[91] Köhler, 25.

[92] Beling, 374.

[93] Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1914/85.

[94] Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin-Leipzig 1921 : 234.

[95] Meyer-Allfeld, 230.

suçu meydana getiren fiilin de tek olarak kabul edilmesi gerektiği fikrindedir.

Dyckhoff<sup>96</sup> 'a göre mütemadi suçta failde inkıtasız devam eden kast fiili tabii bir birlik içinde kabul etmemizin sebebi olduğu gibi, kısımlara bölünebilen mütemadi suç da tabii birlik içinde tek suç olarak tezahür eyler.

Hafkesbring<sup>97</sup> 'de mütemadi suçta meydana getiren fiilin tek olduğunu iddia eder ve bunun metafizik manada olduğunu belirtir.

Bu fikir Alff<sup>98</sup> tarafından da benimsenmiş, müellif birliğin metafizik manada olduğuna temas ile, teknik - hukukî manada olmadığını bilhassa zikretmiştir.

Dikkat edilmiştir ki, bu kısım içinde fikirleri belirtilen müellifler mütemadi suçta meydana getiren fiilin tek ve tabii mahiyetini, ya suçtaki subjektif veya objektif unsurlara üstün değer tanımak ve bunlardan hareket etmek suretiyle kabul etmektedirler.

### 3 — Mütemadi suçta meydana getiren fiil hukukî bir birliktir.

Bu kısım içinde tetkik edilebilecek müellifler, mütemadi suçta fiilin tek olduğunu kabul etmekle beraber, bu birliğin çeşitli sebeplerle meydana geldiği fikrini savunurlar. Bazılarınca fiilin tek sayılması «suç birliği»<sup>99</sup> (Verbrechenseinheit), diğer bazılarınca «kanuni birlik»<sup>100</sup> (Gesetzliche Einheit), yine bazılarınca «hukukî birlik»<sup>101</sup> (juristische Einheit) sebebiyle mümkündür. Müellifler fikirlerini çeşitli terimlerle ifade etmişlensede, bundan kastettikleri husus şudur ki, mütemadi suçta meydana getiren fiil birden fazladır; ancak müsbet hukuk birden fazla olan bu fiilleri hukukî bir birlik olarak kabul etmektedir.

Bu müelliflere göre, hürriyetin tahdidi suçunda mağdurun bir yere kapatılmasında, kapatılmayı temin eden hareket icrai, bu halde bulunmayı temin eden hareket ise ihmali oldukları halde, müsbet hukuk bunları tek fiil olarak kabul etmektedir.

[96] Dyckhoff, 11.

[97] Hafkesbring, 22.

[98] Alff, 11.

[99] Merkel, 263; Köhler, 537.

[100] Olhausen, Md. 73/5c.

[101] Mezger, 461; Saver, All. Strafrechtslehre, 3. Aufl. Berlin 1955/231, de aynı

fikirdedir.

Mezger<sup>102</sup> mütemadî suçu hukukî bir birlik olarak kabul ederken bunun, doğrudan doğruya kanundan istihraç edildiğini söylemektedir.

Maurach<sup>103</sup> 'ta mütemadî suçu hukukî bir birlik içinde mütalâa eder ve birliğin suç unsurlarındaki birlik sebebiyle meydana geldiğini kaydeder.

Temas edelim ki, yukarıda 2 numara altında tetkik ettiğimiz müellifler de mütemadî suçun tek fiilden meydana gelmiş bulunduğunu kabul etmekte iselerde, onların bu birliği tabii bir birlik olarak görmelerine mukabil, bu kısım içinde tetkik edilen müellifler birliği hukukî bir birlik olarak mütalâa etmektedirler.

Kanaatımızca da mütemadî suçta fiil birden fazladır. Böyle olmakla beraber, bu fiiller hukukî bakımdan tek fiil olarak kabul olunmaktadırlar. Türk doktrininde Kunter<sup>104</sup> temadî halinde de çok defa birden fazla hareket vardır, fakat hareketler birleşmiş tek bir hareket addolunmuştur, derken mütemadî suçun birden fazla fiilden meydana geldiğini kabul etmektedir.

### **Mütemadî suça tereddüp eden hukukî neticeler.**

Mütemadî suçun hukukî nazariyesini kurduktan sonra bu suç nev'ine tereddüp eden hukukî neticelerden ehemmiyetli telâkki ettiklerimizi tetkik edeceğiz. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu tetkik usul ve maddî ceza hukukuna taallük etmek üzere kendi arasında ikili bir tefrike tâbi tutulacaktır.

#### **I — Maddî Ceza hukuku bakımından mütemadî suça tereddüp eden neticeler.**

##### **1 — Mütemadî suçun işlendiği yer.**

Ceza kanunumuzun 3 üncü maddesinin ilk fıkrasına göre «Türkiyede suç işleyen kimse Türk kanunlarına göre cezalandırılır ve bundan dolayı bir Türk hakkında yabancı memlekette hüküm verilmiş olsa bile Türkiyede muhakeme olunur.». Ceza kanunumuz suçun işlendiği yere bazı neticeler tanımış olmakla beraber, suçun nerede işlen-

[102] Diğer hukukî birlik halleri için müellif eserinin 460 ve müteakip sahifelerinde bilgi vermektedir. Müellife göre, hukukî birlik kıstası bir sınır vazifesi görmekte ve fiilleri birlik haline getirmektedir.

[103] Maurach, 578.

[104] Kunter, 94.



miş sayılacağını tesbit etmemiştir<sup>105</sup>. Beyan edelim ki, mütemadi suçun hukuki bünyesinin çeşitli şekillerde kabulü bu konuda yine farklı neticelere götürecek mahiyet arz etmektedir.

Yukarıda temas ettiğimiz gibi Köhler, V. Buri, Höpfner gibi bazı müellifler mütemadi suçun birden fazla fiilden meydana geldiği kanaatında olup, yalnız ceza tayininde tek suç sayılması gerektiği fikrinde idiler. Bunlara göre mütemadi suç birden fazla hareket ile işlendiği için, icrai hareketin yapıldığı yer de suç işlenmiş sayılmalı, bu da memleket içinde ika edilmiş ise suç memleket dahilinde, aksi halde memleket dışında işlenmiş olduğu kabul edilmelidir. Fakat bütün bu hallerde verilecek ceza bütün suçta şamil olmalıdır. Bu tarz düşünüş tenkit olunmuş ve gayri adil neticelere sevk edeceği beyan edilmiş, ve bilhassa buna iki memleket kanununun o fiile verdiği cezanın farklı olması hali gösterilmiş, ceza nevelerindeki değişiklik - para cezası ve hürriyeti bağlayıcı ceza - muvacehesinde durumun hiç müdafaa edilemeyeceği kaydedilmiştir.

Mütemadi suçun tek fiilden meydana gelmiş bulunduğu kanaatında olan müellifler bu mevzuda çeşitli fikirler beyan ederler. Bir kısım müellif fiil tek olduğu için, son hareketin yapıldığı yerde suçun işlenmiş olduğunu kabul ederler. Bunlara göre son hareket yabancı memlekette ika edilmiş ise suç yabancı memlekette, böyle olmamışta, son hareket memleket içinde yapılmış ise suç memleket içinde işlenmiş sayılmalıdır<sup>106</sup>.

Diğer müellifler ise mütemadi suçun her an ika edilen bir suç nev'i olduğunu kabul etmiş olmaları sebebiyle, her ika edildiği yerde suçun işlenmiş sayılması gerektiği kanaatındadırlar. Bunlara göre mütemadi suç kısmen memleket içinde ve kısmende memleket dışında işlenebilmektedir. Bu nokta mütemadi suçun birden fazla fiil neticesi meydana gelmiş bulunduğu fikrini kabul etmiş bulunan Höpfner<sup>107</sup> tarafından tenkit olunmakta, mütemadi suçun kısmen memleket içinde ve kısmen memleket dışında işlenmesi halinde, Ceza kanununun memleket içinde ve memleket dışında işlenen suçlara tatbik edilecek olan hükümlerinin aynı fiil için kabili tatbik hale geleceği ve bundan da karışıklıklar meydana çıkacağı kaydedilmektedir.

Beyan edelim ki, bazı müellifler mütemadi suçun işlendiği yerin tayininde, suçun işlendiği zamanın kanunda ne şekilde tesbit edilmiş

[105] Önder, A; Suçun İşlendiği Yer, Ad. Der. 1961/95 ve müt.

[106] Bu müellifler için bk. Hafkesbring, 51.

[107] Höpfner, Bd. II/234 ve müt.

olduğuna bakılmasını tavsiye ederler. Gerland<sup>108</sup> ve Frank<sup>109</sup> 'a göre kanun ayrıca bir hüküm sevketmediği takdirde suçun işlendiği yer ile işlendiği zamanı tefrik imkânsızdır.

Kanaatımızca, hareketin yapıldığı veya neticenin meydana geldiği yeri mütemadî suçta suçun işlenmiş bulunduğu yer olarak kabule imkân yoktur; zira müelliflerin haklı olarak belirttikleri gibi<sup>110</sup>, bu tesadüflere kalmış bir durum arzedecektir. En doğrusu, mütemadî suç her an işlenen bir suç şekli olması sebebiyle, memlekette işlenen kısmı nazara alınmak suretiyle ve bu kısım mütemadî suçu meydana getirmekte ise, suçun Türkiyede işlenmiş sayılması icap edecektir. Kanunumuz esasta mülkilik sistemini kabul etmiş olması sebebiyle, yabancı memlekette işlenmiş bulunan kısmın yine yabancı memleket kanununa göre daha hafif veya başka bir nev'i ceza ile tecziye edilmesi durumunda değişiklik ya<sup>pm</sup>amalıdır. Burada dikkat edilecek husus, memleket içindeki kısmın mütemadî suç vasfını iktisap etmiş olup olmadığı keyfiyetidir. Bu fikrimiz Alman Temyiz Mahkemesinin kanaatına da uygundur. Yüksek Mahkeme verdiği bir kararda<sup>111</sup> mütemadî suçun bir kısmının Almanyada işlenmiş olması halinde Alman Ceza kanununu tatbik etmiştir.

## 2 — Mütemadî suçun işlendiği zaman.

Ceza kanunumuzun 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesine göre «İşlendiği zamanın kanununa göre cürüm veya kabahat sayılmayan fiilden dolayı kimseye ceza verilmez...» Aynı maddenin 2 fıkrasına göre «Bir cürüm veya kabahatten işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan kanun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur.»

Şu zikrettiğimiz hükümler muvacehesinde mütemadî suçun Ceza kanununun zaman itibariyle tatbikinde durumu ne olacaktır? Başka bir ifade ile, mütemadî suçun işlendiği zaman içinde kanun değişikliği olmuş ise, bunun mütemadî suçta tesiri nedir?

Mesele çeşitli şekillerde düşünülebilir:

Fiil devam ederken sonradan istar olunan kanun, o fiili suç olarak

[108] Gerland, In kritische Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfes 1919/6.

[109] Frank, 39.

[110] Riemerschmidt, 53.

[111] Alman Temyiz Mahkemesi kararı, Cilt 13, s. 337.

kabul etmiş olabilir, veya mütemadî suç devam ederken sonradan mer'iyete giren kanun o fiili daha hafif bir ceza ile tecziye etmiş veya tamamen suç olmaktan çıkarmış, veya daha ağır bir ceza ile tecziye etmiş olabilir.

İlk önce tasavvuru mümkün birinci halî tetkik edelim.

Devam eden fiil eski kanuna göre cezasız, fakat yeni kanuna göre cezaî müstelzimidir.

Yukarıda tetkik ettiğimiz gibi bazı müellifler mütemadî suçu izah ederken suç birliğine taraftar oldukları halde, diğer bazıları suç ayrılığı görüşünü benimsemişlerdi. Beyan edelim ki mütemadî suçun işlendiği zamanın tayininde bu iki görüş taraftarları, tetkik ettiğimiz bu şık içinde ittifak etmektedirler. Ceza kanunumuzun 2. maddesinin ilk cümlesinden hareket ettiğimiz takdirde bu cümle içinde tetkik edilebilen fiil cezaî müstelzim olacaktır. Mütemadî suçun birden fazla fiillerden meydana geldiği kabul edilse dahi, 2. madde içinde mütalâa edilebilecek fiiller cezaî müstelzim olacak, bunun dışında kalanlar ise cezalandırılmıyacaktır. Mütemadî suçun birden fazla hareketler neticesi meydana gelmiş bulunduğunu kabul edenler, bu halde yalnız Ceza kanununun fiili suç olarak tavsif ettiği andan itibaren devam eden fiillerde Ceza kanununu tatbik edeceklerdir. Bu sebeple başlangıçta suç teşkil etmeyen fiilleri, suç ayrılığı nazariyesini kabul etmiş olanlar da, suç teşkil eden fiiller mefhumu için ithal etmezler. Beyan edelim ki suç birliği nazariyesini, yani mütemadî suçun tek fiilden meydana gelmiş bulunduğunu kabul etmiş olan müellifler de, bu şekilde düşünmekte ve aynı neticeye varmaktadırlar.

Filhakika bazı müellifler <sup>112</sup> başlangıçta suç teşkil etmeyen fiilin temadî ettiği zaman içinde suç vasfını iktisap etmesini mütemadî suç olarak kabul etmek istemezler. Bu fikirde olanlara göre, failin niyeti (bu müellif kast değil, niyet terimini istimal eder), başlangıçta suç işlemeye müteveccih değildir, fakat fiil suç olarak tavsif olunduktan sonra suç işleme iradesi ile hareket etmekte ve bu sebeple kast ve niyetler arasındaki ayrılık dolayısıyla, bu suç mütemadî suç olarak kabul edilemez. Kanaatımızca da <sup>113</sup> fiil suç teşkil etmeden devam ederken Ceza kanununun 2. maddesinin ilk fıkrasına göre, suç olarak vasıflandırılmış ise, burada tabii olarak mütemadî suçun tek fiilden meydana gelmiş olduğu fikri ile hukuki birlik fikrini müdafaa edenler başka neticeye varacaklardır. Bizce tabii birlik aynı zaman-

[112] Haelschlner, *Gemeines deutsches Strafrecht*, Bd. I/450.

[113] *Hafkesbring*, 56; *Heiserer*, 28; *Riemerschmidt*, 59.

da suç birliğini de ihtiva etmektedir. Ancak fiil suç olarak tavsif edildikten sonra Ceza kanununun ilgili maddesinin tatbikine geçilecek, işte bu andan itibaren Ceza kanununun gölgesi altına giren kısım Ceza kanununun tatbikinde nazara alınacaktır.

Bu hususta netice olarak diyebiliriz ki, başlangıçta cezai müstelzim olmayan fiil, sonradan suç olarak tavsif edilmiş ise, burada kanun değişikliğinden değil, kanunun mer'iyete girdiği andan itibaren tatbik bahis konusu olacak ve bu andan itibaren mütemadî suçun işlenmeye başladığı kabul edilecektir.

Diğer bir ihtimale göre, fiil suç olarak devam ederken kanun değişikliği neticesi daha hafif veya daha ağır veya başka bir ceza ile tecziye edilmiş veya suç olmaktan çıkarılmış bulunabilir. Bu kısım da kendi arasında çeşitli şekiller içinde tetkik olunabilir.

Evvelâ devam eden suçun cezası sonradan istar olunan kanun ile hafifletilmiş bulunabilir: Bu durum muvacehesinde Ceza kanunumuzun ikinci maddesinin ikinci fıkrasında «Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan kanun hükümleri birbirinden farklı ise, failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur» denilmektedir. Bu hüküm sebebiyle failin lehinde olan kanunun tatbik edilebilmesi için, ika edilen suçun tamamlanmış veya bitmiş olması ve bundan sonra aynı fiilin tekrar ika edilmesi icap etmemektedir. Fiil suç olarak devam ederken sonradan istar olunan kanun o suça daha hafif bir ceza tayin etmiş ise, failin lehinde olan bu kanun tatbik edilecektir. Burada vardığımız ve kanunumuzun tahrir tarzı muvacehesindeki netice, mütemadî suçu tek fiilden veya birden fazla fiilden meydana gelmiş olduğunu kabul eden müellifler tarafından aynı şekilde kabul edilmemektedir. Mütemadî suçu meydana getiren fiil birden fazla ise, bu fikri müdafaa edenlere göre, failin lehinde olan kanun istar edilmeden önce ika edilmiş olan mütemadî suç, mütemadî suç bir çok fiilden meydana gelmiş olması sebebiyle, sonraki kısımdan ayrılarak ve bunlar hakkında lehte olan kanunundan önce ika edilmiş olması esbabı mucibesı ile lehte kanun tatbik edilmeyecektir. Bu müelliflere göre mütemadî suç bir çok fiilden meydana geldiği için burada temadînin devam ettiği zaman içinde istar olunan kanun değil, lehte olan kanundan önce işlenmiş bir suç bahis konusudur. Fakat temas edelim ki, bu fikirde olan ve mütemadî suçun birden fazla fiillerden meydana gelmiş bulunduğunu kabul eden müellifler, faile verilecek cezanın tayininde münferit fiilleri birleştirirler ve lehte olan kanunun tatbik edilmesini isterler<sup>114</sup>.

[114] Hafkesbring, 58.

Mütemadi suç devam ederken kanun değişikliği sebebiyle o fiilin cezasının ağırlaştırılması, tetkik ettiğimiz hususun ikinci şikkını teşkil eder. Burada failin hangi kanuna göre cezalandırılması bir problem halinde kendisini gösterir. Bu hususta müellifler ikiye ayrılmış bulunmaktadırlar.

Mütemadi suçu birden fazla fiilden meydana gelen ve fakat bunların hukuki bir birlik meydana getirmiş olduğunu kabul eden bir kısım müellife göre<sup>115</sup> mütemadi suç her an ika edilmektedir. Bu görüşü kabul etmiş olan müelliflerin fikirleri benimsendiği takdirde Ceza kanunumuzun 2 maddesinin ikinci fıkrası muvacehesinde hâkime bir seçimlik hakkı tanınması icap edecektir. Suç her an işlendiğine göre kanun değişikliği işlenmekte olan fiilden önce veya sonra vukua gelmiş olacaktır ve bu durum karşısında hâkim iki kanundan istediğini tatbik edebilecektir. Hattâ bu fikri müdafaa edenlerden Doerr<sup>116</sup> kanun değişikliği muvacehesinde yeni kanunun lehte veya aleyhte olmasına bakılmadan mutlak surette tatbik edilmesi fikrindedir.

Bu mevzuda diğer fikri müdafaa edenlere göre<sup>117</sup> mütemadi suçun bitme anına bakmak icap eder. Bu anda hangi kanun yürürlükte ise o kanunun tatbik edilmesi gerekir. Bu sebebe binaendir ki, mütemadi suçta kanun değişikliğinden değil kanunun tatbikinden bahsolunabilir. Suçun bittiği an hangi kanun mer'i ise onu tatbik etmek icap eder, bunun fiili daha hafif veya daha ağır bir ceza ile tecziye etmesi tatbiki bakımından haizi ehemmiyet değildir; zira eski fiilin ikandan önce mer'i olan kanun mahiyetindedir ve bu sebeple tatbik edilmemesi gerekir. Bu söylenenlerin neticesi şu olmaktadır ki, fiil ika edildiği zaman mer'i olan kanun tatbik edilecek ve bu sebeple fiilden evvelki veya sonraki, maznunun lehine veya aleyhine olan kanun tefrikine yer verilmeyecektir.

Bu görüş suçun «işlenmesi» ile suçun «bitişini» aynı mahiyette gördüğü noktasından tenkit olunmuştur<sup>118</sup>.

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus ta, müddetli kanunlar bakımından mütemadi suçun arzettiği hususiyettir<sup>119</sup>.

[115] Bu müellifler için bk.: Hafkesbring, 59.

[116] Doerr, Das fortgesetzte Delikt, 1908/191.

[117] Bu müellifler için bk.: Hafkesbring, 59; Yeni müellifler de bu fikre taraftarlardır.

[118] Hafkesbring, 60.

[119] Geçici, müddetli, muvakkat ve istisnai ceza kaidelerinin makabline şümulü meselesi için bk.: Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 1/201.

Kanun vazı o ceza kaidesinin muayyen bir müddet mer'i olacağını metinde tasrih etmiş ise bu kanun muvakkat bir kanundur. Suç muvakkat kanunun mer'i olduğu zaman ika edilmiş ve mer'iyetten kalktıktan sonra da devam etmiş bulunursa, burada fiilin ceza hukuku bakımından tetkiki nasıl bir hususiyet arzmelidir. Beyan edelim ki, muvakkat kanunlar mer'i oldukları müddet içinde ika edilen suçlarda mutlak surette tatbik edilmesi gerektiği Ceza hukuku doktrininde bir sistem halinde inkişaf etmiş ve bugün gerek mevzuat gerek doktrin tarafından hemen de istisnasız kabul edilegelmiştir. Hal böyle olunca muvakkat bir kanun mütemadi mahiyette ika edilen suçları cezalandırmış ve mer'iyetten kalktıktan sonra da bu fiil ika edilmiş ise, hâkim kanaat<sup>120</sup> gibi, bizce de muvakkat kanunun tatbik edilmesi bir zarurettir.

### 3 — *Mütemadi suç ve müruru zaman.*

Hâkim cezai bir mesele hakkında karar vermeden evvel o suçun müruru zamana uğrayıp uğramadığını re'sen tetkik etmekle mükelleftir. Bir suçun müruru zamana uğramış olup olmadığı, müruru zaman müddetinin geçmesi ile belli olacağına göre, bir şeyin bitmesinden bahsedebilmek için, o şeyin başlangıcını tesbit etmek gerekecektir. Mütemadi suçlar bir müddet devam ettiklerine göre, bu suçlarda müruru zamanın tesbiti için, önce bu nevi suçlarda müruru zaman müddetinin başlangıcının tayini zarurettir. Mütemadi suçlarda müruru zamanın başlangıç anını tesbit hususunda çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bunları üç kısım içinde mütalâa etmek mümkündür.

a) İlk bir fikre göre, mütemadi suçlar kısım kısım müruru zamana uğrarlar. Bu fikir Waechter<sup>121</sup>, Köhler<sup>122</sup>, Kitzinger<sup>123</sup> ve daha başka müellifler tarafından benimsenmiş bulunmaktadır. Bu görüşü savunanlarca, mütemadi suçlarda her an yeni bir müruru zaman müddeti başlar ve bu başlangıç noktaları, mütemadi suç nihayete erinceye kadar devam eder. Meselâ beş ay hürriyetin tahdidinde, ilk günden itibaren müruru zaman müddeti her gün yenilenmekte ve hürriyetin tahdidi suç nihayete erdiği gün, bugünden itibaren bu suç için müruru zaman müddeti hesap edilmelidir. Beyan edelim ki, aşağıdaki (c) harfi altında tetkik edeceğimiz sistem

[120] Heiserer, 29 ve müt.; Dönmezer - Erman, Cilt I/203.

[121] Waechter, 14.

[122] Köhler, 160.

[123] Kitzinger, 255.

içinde mütalâa edilmesi mümkün olan bugörüş başka bir esbabı mucibe ile aynı neticeye varmaktadır.

b) Diğer bir fikre göre, hukuka aykırı durumun meydana geldiği andan itibaren mütemadi suç için müruru zaman müddeti işlemeğe başlar. Loening<sup>124</sup> tarafından müdafaa edilen bu görüşe göre, hürriyetin tahdidi suçunda, hürriyetin tahdidi ile meydana gelen hukuka aykırı durumdan itibaren müruru zaman müddeti işlemeğe başlayacaktır.

c) Nihayet diğer ve doktrinde de hâkim kanaat halinde olan görüşe göre, mütemadi suçlarda müruru zaman temadinin nihayete ermesinden itibaren işlemeğe başlar. Yukarıda verdiğimiz hürriyetin tahdidi misalinde müruru zaman temadinin nihayete ermesinden itibaren başlayacaktır. Liszt<sup>125</sup>, Frank<sup>126</sup>, Schönke - Schröder<sup>126a</sup>, Maurach<sup>126b</sup>, Lorenz, M.<sup>126c</sup>, Binding<sup>126d</sup>, Mezger<sup>127</sup>, Clerc Steck<sup>128</sup> tarafından benimsenmiş buunan bu görüş, beyan edelim ki, Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesince de kabul edilmiştir<sup>129</sup>.

Yukarıda (a) ve (b) harfleri içinde tetkik ettiğimiz sistemler tenkide müsaittir. Mütemadi suçun kısım kısım müruru zamana uğramasını hukuk duygumuzu tatmin etmez. Devam etmekte olan bir suçun bir kısmı için müruru zamanın kabulü diğer kısmının tecziyesinin mümkün bulunması kabul edilemez.

Hukuka aykırı durumun meydana geldiği andan itibaren mütemadi suç hakkında müruru zamana müteallik hükümlerin tatbik edilebileceğini kabul etmek çelişik neticeler tevliid edecek mahiyettedir. Bir suçun müruru zaman müddetinin 2 sene olduğunu düşünelim. Mütemadi suç ika edilmeye başlandıktan ve hukuka aykırı

[124] Loening, 439.

[125] Liszt, 298.

[126] Frank, Md. 17 II.

[126 a] Schönke - Schröder, 365.

[126 b] Maurach, 730.

[126 c] Lorenz, M.: Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung, Berlin 1955/83.

[126 d] Binding, 836.

[127] Mezger, 497.

[128] Clerc/Steck,

[129] Alman Temyiz Mahkemesi, Cilt 22/161. Yüksek Mahkemenin I inci Ceza Dairesi 28.9.1891 tarihinde askerden kaçan bir şahıs hakkında verdiği karar ile bu fikrini belirtmiştir.

durum da meydana geldikten sonra, bu fikir taraftarlarına göre müruru zaman müddeti başlayacaktır. Fakat mütemadi suç üç sene devam etse, son bir sene müddetince suç devam ettiği halde, faile ceza vermek mümkün olmayacaktır.

Kanaatımızca en yerinde olan sistem (c) harfi altında tetkik etmiş bulunduğumuz ve kanunumuzun da kabul etmiş bulunduğu sistemdir. Ceza kanunumuzun 103. maddesine göre «Müruru zamanın başlangıcı tamamiyle icra olunmuş cürüm ve kabahatler hakkında fiilin vukuu gününden ve teşebbüs olunan veya icra ve ikmâl olunamıyan cürümler hakkında son fiilin işlendiği tarihten ve mütemadi ve müteselsil cürümler hakkında dahi temadi ve teselsülün bittiği günden itibaren» Kanaatımızca mütemadi suç bir bütün olarak kabul edilmeli ve kanunumuzun da isabetli olarak kabul ettiği veçhile müruru zamanı temadinin nihayete erdiği günden başlatmalıdır.

İhmali suçlarda da müruru zamanın ihmalin nihayete ermesinden itibaren başlaması icap ettiği kanaatındayız. Beyan edelim ki, Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi de, ihmali suçlar mütemadi suç mahiyetinde ika edilirse, müruru zamanın, yapılması gereken hareketin yapıldığı andan veya eşyanın mahiyetine göre artık o hareketinin yapılması imkânsız ise bu andan itibaren başlayacağını kabul etmiştir<sup>130</sup>.

Beyan edelim ki, mütemadi suçlarda müruru zamanın başlangıcının hesabında Temyiz Mahkememiz başka bir görüşü benimsemektedir. Türksek Mahkeme ihmal suretiyle ika edilen bir suç sebebiyle bu görüşünü açıklamıştır. Frengi tedavisine devam etmemek kabahati hakkında müruru zamanın en son tedavi tarihinden itibaren başlayacağını ve 103. maddenin tatbik edilemeyeceğini belirtirken, Yüksek Mahkeme iki hususta fikrini beyan etmiş olmaktadır<sup>131</sup>.

Evvelâ 103. maddenin yalnız cürümler hakkında kabili tatbik olduğunu göstermiştir. Kanaatımızca da Mahkemenin bu fikri kabul edilemez<sup>132</sup>. Zira 103. maddemizin mehazı olan İtalyan CK'nun 92. maddesi gerek cürüm ve gerek kabahati ifade eden «suç» terimini kullanmıştır. Bu sebeple 103. maddenin hem cürüm ve hem de kabahatler hakkındaki tatbik edilmesi muvafık olacaktır.

Saniyen Yüksek Mahkeme, ihmali suçlarda müruru zamanın,

[130] Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi kararı, Cilt 44/429.

[131] T. 3. CD. 29.5.1948 E. 4295, K. 5830.

[132] Aynı kanaat: Dönmezer - Erman, Nazarl... Cilt I/371.



yapılması gereken hareketin yapılmadığı ilk andan itibaren başlayacağını kabul etmektedir. Bunun tevlit edeceği insicamsız neticenin izahına lüzum yoktur. Bu görüş kabul edildiği takdirde, bazı hallerde devam eden ihmali mahiyette olan mütemadi suç müruru zamana uğramış olacak, devam ettiği halde cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Yukarıda belirttiğimiz veçhile Alman Temyiz Mahkemesinin ihmali suçlarda müruru zamanı kabul kistası bizim mahkeme-mizce de benimsenmelidir.

#### 4 — Mütemadi suç ve şikâyet müddeti.

Bir takip şartı olan şikâyet ile mütemadi suç arasında vâki münasebetin ehemmiyeti, bilhassa şikâyete bağlı suçun şikâyet müddetinin başlangıcı hususundadır. Filhakika Ceza kanunumuzun 108. maddesine göre «Takibi ancak şahsi dâva ikamesine bağlı olan fiil hakkında selâhiyettar kimse altı ay zarfında dâva etmediği takdirde takibat yapılamaz.

Müruru zaman haddini geçmemek şartıyla bu müddet dâvaya hakkı olan kimsenin fiilden ve failin kim olduğundan haberdar bulunduğu günden başlar.

Dâvaya hakkı olan birkaç kimseden birisi altı aylık müddeti geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hukuku sakıt olmaz».

Burada şikâyet müessesesinin bütün inceliklerini izah edecek değiliz<sup>133</sup>; mevzuumuza taallük ettiği nisbette ve hususiyet arz eden noktalara temas edeceğiz. Bilhassa bu, mütemadi suç ve şikâyet müddetinin başlangıç noktasında kendisini göstermektedir. Mütemadi suç bir müddet devam ettiğine göre, şikâyet hakkı olan kimsenin fiilden ve failden haberdar olduğu günden itibaren altı ay içinde bu hakkını istimal edebileceğine göre, müddet fiilin ilk ikarı anından itibaren mi başlamalıdır, yoksa hukuka aykırı durumun devam ettiği veya nihayete erdiği zaman mı fiile ittıla vuku bulmuş sayılacaktır?

Bir telâkki tarzına göre<sup>134</sup> mütemadi suçlarda şikâyet müddeti kısım kısım gerçekleşir; yani mütemadi suç devam ettikçe şikâyet müddeti de buna uygun olarak cereyan eder. Buna benzer bir fikir müruru zaman ve mütemadi suç münasebeti için de beyan edilmiş ve orada tenkit olunmuştu. Beyan edelim ki, bundan başka Binding<sup>135</sup> bu görüş tarzını şu şekilde tenkit etmektedir: Dâva şikâ-

[133] Bu hususa bk.: Dönmezer - Erman, Cilt 1/303 ve müt.

[134] Heiserer, 38.

[135] Binding, I/630.

yetname verilmesi şartına muallâk ise, bu şart dâva şartı gibi tecezzi kabul etmez. Şikâyetname mütemadî suçun bir kısmı için verildiği takdirde cezai müstelzim olan diğer kısım için verilemeyeceği hususunda mağdurun her hangi bir selâhiyeti yoktur. Şikâyet edilmeyen kısım için müruru zaman bahis konusu olmayacağına göre, mağdur bu kısım için şikâyetinden vazgeçemez. Bu sebeple şikâyetname bütün mütemadî suça şâmil olup, bu suçun bütününün cezalandırılması talebidir. Bu fikri ile Binding mütemadî suçta şikâyet hakkının temad'nin sona ermesinden itibaren başlayacağını kabul etmek suretiyle doktrindeki hâkim kanaatı da aksettirmektedir<sup>136</sup>.

Doktrin sahasındaki telâkki tarzı bu ise de, Temyiz Mahkememizin bu husustaki görüşü değişiktir. Yüksek Mahkeme verdiği çeşitli kararlar ile<sup>137</sup> 108. maddede mütemadî veya müteselsil suçlardan bahis yoktur. Buna karşılık 103. maddede mütemadî ve müteselsil suçlarda müruru zamanın temadî veya teselsülün nihayete erdiği tarihten itibaren başlayacağı hususunda bir hüküm mevcuttur ve bu sebeple mütemadî suçlarda fiile ittıla tarihinden itibaren şikâyet müddetinin işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir.

Kanaatımızca da<sup>138</sup> 108. maddede kullanılan «fiil» tâbiri hareket ve neticeyi ifade eden bir mefhumdur. Bu sebeple mütemadî suçlarda şikâyet müddetinin temadinin bitişinden itibaren başlaması gerektiği kanaatındayız.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus, mağdurun mütemadî suç devam ederken şikâyette bulunması halinde durumunun tetkikidir. Filhakika mağdur mütemadî suç devam ederken şikâyette bulunabilir; esasen bu halin kabul edilmemesi ve temadinin nihayete ermesinin beklenilmesi hatalı neticelere sevk edecek mahiyettedir. Mütemadî suçun nihayete ermesi beklenir ve bundan sonra şikâyet hakkının gerçekleşeceği kabul edilirse, bazı hallerde mağdur şikâyet hakkını hiç istimal edemeyecektir. Bundan başka şikâyet hakkının istimali bazı hallerde, suç teşkil eden fiilin bertaraf edilmesi için devletin müdahalesini taleptir. Frank<sup>139</sup> a göre mütemadî suç mağduru bu suç devam ederken şikâyette bulunabilir ve bu andan itibaren ika edilen suç bakımından da şikâyet tesirlerini gösterir. Beyan edelim ki, Alman Yüksek Mahkemesi de aynı mahiyette karar ver-

[136] Frank, Md. 61, N. 8,3; Schönke - Schröder, 354; v. Hippel, 389; Merkel, 337.

[137] TCUH. 10.10.1948, 421/311; T. 4. CD. 9.2.1949, 739/1969.

[138] v. Hippel, 174; Dönmezer - Erman, Cilt I/309.

[139] Frank, Md. 61, not VIII.

miş bulunmaktadır<sup>140</sup>. Yüksek Mahkeme ve müelliflere göre bu halin kabulü mütemadi suçun bir birlik teşkil ettiği esasının teyidi ve dâvanın tecezzi kabul etmiyeceği prensibinin bir neticesidir.

### 5 — Mütemadi suç ve iştirak.

Beyan edelim ki, mütemadi suça iştirak Ceza hukukunda çok münakaşalı bir mevzudur. Daha önceki sahifelerde temas ettiğimiz gibi, mütemadi suçun hukuki bünyesini tesbitte kabul edilecek bir görüş, suça iştirakte bilhassa kendisini ve karakteristik tesirlerini gösterecektir.

CK. umuz 64 ve 65. maddeleri esas olarak iki şekil iştiraki kabul etmektedir: bunlar asli ve fer'i iştirak olup, kendi aralarında asli maddi, asli manevi ve fer'i maddi, fer'i manevi olarak kısımlara ayrılmaktadır. Hemen şu noktayı belirtelim ki, iştirakin bütün bu şekillerinin mümkün olabilmesi için suçun ikmalinden önce iştirak hükümleri kabili tatbik olabilmelidir.

Yukarıda mütemadi suçun hukuki bünyesini tesbit ederken hâkim kanaat tarafından da kabul edildiği üzere, biz de mütemadi suçu hukuki bir birlik olarak mütalâa ettik ve mütemadi suçu meydana getiren pek çok fiilin birbirinden tamamen müstakil olan ve bunların birleşmesinden meydana gelen bir suç şekli olarak kabul etmedik. Beyan edelim ki, bu iki görüş arasındaki fark, iştirak mevzuunda birbirinden tamamen farklı neticeler tevhit edecek mahiyet arz etmektedir. Mütemadi suç pek çok suçlardan meydana gelmiş ise de, Ceza hukuku bakımından birlik arzettiği ifade edildiği takdirde, bu fikrin tabii neticesi olarakta, mütemadi suçları meydana getiren münferit suçlara ikmal edilinceye kadar iştirak mümkün olacaktır.

Buna karşılık, mütemadi suçu suç birliği içinde mütalâa edenler tamamen başka bir netiyece vasıl olurlar. Suç birliği görüşü içinde binlerce suçun kabulü imkânsızdır. Bunlara göre mütemadi suç tektir ve tek suç olunca bir tek «ikmal» mevcuttur. İşte bu tek «ikmal» e kadar mütemadi suça iştirak mümkündür. Bu anın tesbiti ise hâdisenin mahiyetine göre mümkün olup maddi bir olaydır.

Mütemadi suçun pek çok ve birbirinden müstakil suçlardan meydana gelmiş bulunduğunu ileri süren müelliflerden Waechter<sup>141</sup>

[140] Alman Yüksek Mahkemesi kararı, Cilt 38, s. 39. Bu karar 3. Ceza Dairesince 1 Mayıs 1905 tarihinde verilmiştir.

[141] Waechter, 15.

İştirakin bütün şekilleri için aşağıda tesbit etmiş bulunduğumuz şu neticeye varmaktadır: Mütemadî suç esas itibariyle müteselsil suç mahiyetindedir. Bu sebeple mütemadî suçu meydana getiren suç zincirinin halkalarından bir tanesine iştirak bu halka tamamlanmaya kadar mümkün olup, iştirak ancak bu suç içindir ve bu suç halkası başladıktan sonra devam ettiği müddet içinde iştirake müsaittir ve iştirak te ancak bu halka için bahis konusu olup, bütün mütemadî suça şâmil bir iştirak şekli düşünülemez.

Beyan edelim ki, mütemadî suçu bu şekil içinde izah edip, iştirak hükümlerini bu kıstaslar içinde tatbik etmek isteyen suç ayrılığı nazariyesi taraftarlarının görüşü, suç birliği fikrini müdafaa edenlerce yalnız bir halde iştiraki izah ettiği kabul edilmektedir. Beling<sup>142</sup> e göre bu izah tarzı «Mittaeterschaft» birlikte faillik bakımından tatmin edicidir. Buna göre Ceza kanunumuzun 64. maddesinde tesbit edilmiş bulunan ve «Birkaç kişi bir cürüm veya kabahatin icrasına iştirak ettikleri taktirde fiili irtikâp edenlerden...» şeklinde ifade edilmiş bulunan hal bakımından mümkündür. Fiili irtikâp etmekten maksat suçun meydana gelmesine doğrudan doğruya tesir icra eden hareketleri yapmaktır. Bu nevi iştirakte muhtelif şeriklerin yaptıkları icra hareketleri aynı veya aynı olmamakla beraber suçun işlenmesinde doğrudan doğruya tesir eden hareketlerdendir. Fakat her iki halde de durum irtikâp eden şeklinde tetkik olunur. Beling'e göre irtikâp edenler artık başkasının fiiline yardım etmemekte, kendisi fail durumuna girmektedir.

Yalnız hemen temas edelim ki suç birliği nazariyesini kabul etmiş bulunan diğer müellifler<sup>143</sup>, esas itibariyle Beling tarafından ileri sürülmüş bulunan bu görüşü benimsemektedirler; fakat tatbikatta çok nâdir olarak tesadüf edileceği kanaatında olup, bilhassa ihmali veya ihmal suretiyle icraî suçlarda hiç bir zaman kabili tatbik olmadığını belirtmektedirler.

Suç birliğini kabul eden müellifler diğer iştirak şekillerinde suç ayrılığını kabul etmiş olanlara nisbetle çok farkkî neticelere varmaktadır. İştirakin diğer şekillerinden olan «fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olma hali mütemadî suç bakımından mümkündür<sup>143a</sup>.

[142] Beling, Grundzüge des Strafrechts, Tübingen 1930/415.

[143] Bu fikir Riemerschmidt (40), Alff (16), Hafkesbring (62) tarafından benimsenmiştir.

[143 a] Aynı kanaat, Erem, AHFM. 1946, sayı I/77.

Asli manevî iştirak şeklinden CK. 64. maddesinin 2. fıkrasında «Başkalarını cürüm ve kabahat işlemeğe azmettirenlere dahi aynı ceza hükmolunur» denilmek suretiyle bahsedilmektedir. Beyan edelim ki, henüz başlamamış olan mütemadî suça azmettirme mümkündür<sup>144</sup>. Bu asli manevî iştirak şekli mütemadî suçun ihmal veya ihmal suretiyle icra edilebilen şekilleri için tamamen mümkündür. Fakat mütemadî mahiyette olan ve ikına da başlanmış bulunan suça azmettirmenin mümkün olup olmayacağı meselesi münakaşalıdır. Azmettirmek asli maddi failin zihninden dahi geçirmediği bir suç işleme niyet ve kararını ona verdirmek olduğuna göre, asli maddî fail suç işleme kararını verdikten sonra azmettirmek bahis konusu olamaz. Fakat ihmal suretiyle icra ve ihmali suçlarda kanaatımızca da azmettirmek mümkün olabilecektir<sup>145</sup>; şöyle ki; ihmali veya ihmal suretiyle icra mütemadî suçunu ika etmekte iken fail suç işleme kararından vazgeçer ve uhdesine düşen ve yapılması gereken fiili ika etmek isterse, fakat bu anda başka bir kimse tarafından ihmali harekette devam etme kararı verdirilirse bu takdirde bu şahıs ika edilmekte olan mütemadî suça azmettiren durumundadır. Burada bilhassa üzerinde durulması gereken nokta şudur ki, asli maddi fail bulunduğu duruma nihayet vermek mevzuunda bir karara varacak ve bu kararda, suç işleme hususundaki kararının aksi mahiyette olacak, yani ika edilen suçu bertaraf mevzuuna müteveccih bulunacaktır. Burada kabili hatır bir noktaya temas edelim<sup>146</sup>: asli maddî fail suç işleme kararını değiştirir ve gayri hukukî durumu bertaraf mevzuunda bir karara varırsa, mütemadî mahiyette olan suç bu andan itibaren kesilecek midir? Böyle bir fikrin kabulüne imkân yoktur; zira verilmiş olan ve suç işleme mevzuundaki kastın aksi mahiyette olan karar icra edilmedikçe, mevcut kastı bertaraf etmez ve bu sebeple de mütemadî mahiyette devam eden suç kesilmiş sayılamaz. suç birliği devam emektedir.

Mütemadî suça fer'i iştirak de aynen azmettirmede olduğu şekilde halledilmektedir<sup>147</sup>. Kanunumuz bakımından kabul edilmiş bulunan fer'i maddî ve fer'i manevî iştirak hallerinden, ve 65. maddede

«1. Suç işlemeğe teşvik veya suçu irtikâp kararını takviye

[144] Erem. AHFM. 1946, sayı 1/77.

[145] Aynı kanaat, Heiserer, 44; Hafkesbring, 63.

[146] Bu husus Hafkesbring tarafından da (63) belirtilmektedir.

[147] Riemerschmidt, 41; Heiserer, 45; Hafkesbring, 63.

ederek yahut fiil işlendikten sonra müzaheret ve muavenette bulunacağını vâdeyliyerek;

2. Suçun ne suretle işleneceğine müteallik talimat vererek yahut fiilin işlenmesine yarıyacak iş veya vasıtaları tedarik ederek;
3. Suçun işlenmesinden evvel veya işlendiği sırada müzaheret ve muavenetle icrasını kolaylaştırarak, suça iştirak eden şahıs...»

denilmek suretiyle belirtilen bütün fer'i iştirak şekilleri mütemadi suç bakımından kabili tatbiktir<sup>148</sup>. Esasen, fer'i iştirakte de asli maddi ve asli manevi iştirak hallerinin tatbikinde olduğu gibi, mütemadi suçun hitama ermemiş bulunması şarttır. Mütemadi suç ika edilirken asli maddi fail her an suçun sona ermesi ile karşı karşıya bulunmakta ise de, yine daima bu hal faili suçun hitama ermesinden daha önce bir durumda göstermektedir. İşte bu sebep dolayısıyledir ki, mütemadi suça, hukuka aykırı durum devam ettikçe fer'i iştirak şekilleri ile katılma mümkündür.

Mütemadi suç ve iştirak şekilleri içinde kanaatımızca iştirakin zamanı yeri ve şerik bakımından müruru zamanın başlangıcı meselesinin de halledilmesi gerekir.

Bu mevzuda esas olarak iki nazariye ileri sürülmektedir: Bir görüşe göre iştirak müstakil hüviyet içinde tetkik edilmekte ve esas suçtan tamamen müstakil olarak anlaşılacak suretiyle, iştirakin yapıldığı zaman, yer bunlar bakımından esas alınmakta ve yine müruru zaman müddetinin başlangıcı da iştirak içinde tetkik edilen hareketin yapıldığı andan itibaren başlatılmaktadır<sup>149</sup>.

Diğer ve hâkim görüşe göre<sup>150</sup> mütemadi suça iştirak yeri, zamanı ve müruru zamanın başlangıcında esas asli fail tarafından ika edilmiş bulunan suçtur. Bu suç için tatbik edilen kaideler şerikler için de kabili tatbiktir.

Bazı müellifler<sup>151</sup> yukarıda izah ettiğimiz nazariyelerden ilkinin asli maddi iştirakin fiili doğrudan doğruya beraber işleme şeklini izah ettiği kanaatındadırlar; çünkü, fiili doğrudan doğruya beraber işleyen failer asli fail durumunda olup, her birinin fiili asli suç mahiyetindedir. Yine bu müelliflerce ikinci nazariye azmettirme ve fer'i

[148] Aynı kanaat, Erem, AHFM. 1946, sayı I/77.

[149] Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1922/211.

[150] Schönke - Schröder, 365; Dalcke - Fuhrmann - Schaefer, 91.

[151] Heiserer, 47 ve 48.

İştirak şekillerini izah edebildiği için kabul edilmelidir. Kanaatımızca da iştirakte şeriklerin cezalandırılabilirmeleri için asli failin hareketleri esas kabul edilmiş bulunması sebebiyle, başka şekilde düşünmeye imkân yoktur<sup>152</sup>. Asli fail suçu nerede ve ne zaman işlemiş ise bu fer'i failer için de esastır.

Burada üzerinde durulması gereken bir hususa daha temas edelim. Asli maddi fail suçu yabancı memlekette işler fakat iştirak içinde tetkik edilebilen hareketler memlekette yapılmış olursa veya bunun tersi, asli maddi fail suçu memleket içinde işler iştirak olarak telâkki edilebilecek olan fiiller yabancı memlekette işlenmiş bulunursa, mesele nasıl halledilmelidir? İştirakte şerikler suçu doğrudan doğruya beraber işlemiş iseler, meselenin hallinde bir güçlük yoktur; bütün şerikler asli fail durumunda olduklarından, suç memleket içinde işlenmiş sayılır.

Fer'i iştirak ve azmettirmede ise, iştirakin akzessoritaet kaidesi nazara alınır, yani asli failin hareketleri suç teşkil ettiği takdirde, fer'i fail veya azmettiren de suçluluklarını bundan almış buldukları kaidesi benimsendiği takdirde, meselenin halli şu şekilde olacaktır: Asli maddi fail fiili yabancı memlekette işler, ve buna iştirak memleket içinde olursa, suç yabancı memlekette işlenmiş sayılmadır. Demek ki bu halde CK. 4. ve müt. maddeleri kabili tatbiktir. Buna karşılık asli fail suçu memleket içinde işler ve bu suça azmettirme ve fer'i iştirak şeklindeki hareketler yabancı memlekette yapılmış ise, suç memleket içinde işlenmiş sayılacağı için, CK. 3. maddesi kabili tatbik olacaktır<sup>153</sup>.

#### 6 — Mütemadî suç ve diğer bazı maddî hukuk meseleleri

Bu kısım içinde önce mütemadî suçun kesilebilip kesilemeyeceğini, yani mütemadî suç devam ederken meydana gelen bir hal devam etmekte olan mütemadî suç kesilebilir mi ve bunun neticesi olarak hukuka aykırı durum artık faile bir kusur olarak isnad olunamayıp bu kısım için mes'uliyetsizliği bahis konusu olabilir mi ve bundan sonra meydana gelmiş bulunan durumun bertarafını müteakip suç işlemekte devam olunabilir mi?

Mütemadî suç kavramından da anlaşılacağı üzere, bu suç şekli-

[152] Burada şeriklerin cezalandırılabilirmeleri için asli failin hareketlerinin ne şekil olması üzerinde durmuyoruz.

[153] Aksi fikirde olan müellifler vardır: Schönke - Schröder, 63; Dalcke - Fuhrmann - Schaefer, 11.

nın mahiyeti icabı kesintisiz olarak devam etmesi bir zarurettir. Kaide olarak kanaatımızca mütemadi suçun kesilmesinden bahsedilemez; zira bu suçun kesilmeye tahammülü yoktur. Fakat «mütemadi» mefhumunun da çok dar bir şekilde tefsir edilmesi de kabul edilmemelidir. Failin suç işleme mevzuundaki kararının hukuka aykırı durumu mutlak surette devam müteveccih olduğu pratik bakımdan imkânsızdır. Suç işleme mevzuundaki kastın aralıksız olarak devam etmeyip bazı zamanlarda kesilmiş olması mütemadi suçun bu vasfını bertaraf etmeğe kifayet edemez. Kanaatımızca mütemadi suçta bilhassa önemli olan husus failin mütemadi suç işleme mevzuundaki kararı ve bu kararın da hukuka aykırı olan duruma müteveccih bulunması keyfiyetidir. Eğer fail durumunu nazara almak suretiyle kastının bu suçta müteveccih olmadığı zaman içinde dahi hukuka aykırı durumu devam ettirebileceğini tahmin etmekte veya istemekte ise, neticeden mes'ul olması gerekir. Eğer fail uzun bir müddet kusura ehil olma durumundan çıkmış ise, meselâ akıl hastalığı sebebiyle geçen uzun bir müddet ona kusur olarak tahmil edilememekte ise, bu takdirde mütemadi suçun kesildiğinden değil, fakat bittiğinden bahsetmek yerinde olacaktır. Akıl hastalığından önce işlenmekte olan mütemadi suç uzunca bir müddet devam eden hastalık içinde kesilmemekte fakat bitmektedir. Fail akıl hastalığından sonra da mütemadi mahiyet arzemiş bulunan suçta devam ederse, artık kaldığı yerden devam etmekte bulunan bir mütemadi suçtan değil, yeniden işlenmekte bulunan bir mütemadi suçtan bahsetmek ica<sup>p</sup> eder.

Mütemadi suç ve meşru müdafaa meselesi de tetkike değer. Mütemadi suç her an işlenmekte bulunan bir suç olması dolayısıyla, bittiği zamana kadar mağdurun meşru müdafaa hakkı mevcuttur; zira meşru müdafaa aranması gereken tecavüzün «filhal» olma vasfı mütemadi suçun devam ettiği zaman içinde mevcuttur <sup>164</sup>.

Umumî af ve mütemadi suç münasebetinde bu suç şeklinin hukukî bünyesini kabul şekline göre değişecektir. Yine burada suç birliği ve suç ayrılığı görüşleri farklı neticeler tevhit edecektir. Suç birliği kabul edildiği takdirde, aftan önce ika edilmiş bulunan kısım, aftan sonraki kısım da içine alması bir fikir olarak ileri sürülebilecektir. Bunun aksi de varit olabilir aftan sonraki kısım aftan önceki suçu da ihtiva edebilecektir. Suç ayrılığı nazariyesi taraftarları af ile mütemadi suç arasındaki münasebeti izah ederken fazla bir müşkülâtle karşı-

[154] Schönke - Schröder, 294; Frank, 160.



laşmıyacaklarını zannetmekteyim. Zira onlara göre affın şümulü içine giren mütemadi suç kısmı affın şümulü dışında kalandan müstakil bir hüviyet ile ayrılacak ve affa uğramış olan suç bakımından takibat yapılmayacak ve fakat affın dışında kalan kısım için ceza tertibi mümkün bulunacaktır.

Kanaatımca meselenin halinde suç birliği veya suç ayrılığı müessesesine gitmeğe lüzum yoktur. Af kanunun çıkamsı mütemadi suçu kesmekte ve kanunun tesirini gösterdiği zamandan sonra işlenmekte bulunan mütemadi suç müstakil mahiyette ve yeniden işlenmekte olan bir mütemadi suç şeklinde kabul edilmelidir. Bu husus Temyiz mahkememizce de fikrimiz gibi kabul edilmiştir<sup>155</sup>.

Doktrin mütemadi suçu zarurî mütemadi suç ve muhtemel olarak mütemadi suç şeklinde tasnife tabi tutmaktadır. Zarurî olarak mütemadi suçlarda hareket ve neticenin az veya çok temadi olması şarttır. Hattâ bazen devam edecek olan müddet kanunda ayrıca tasrih edilmektedir. Ezcümle Alman Ceza kanununun 239. maddesinde gösterilmiş bulunan hürriyetin tahdidi suçu bir haftadan fazla olduğu takdirde buna verilecek ceza ağırlatılmıştır. Bu suçların anî olarak işlenmesi tasavvur olunamaz. Muhtemel olarak mütemadi olanlar ise anî olarak işlenebilirler. Fakat hareket ve netice uzadıkça suç artık anî değil mütemadi suç mahiyetini iktisap etmektedir. Kanaatımızca da mütemadi suçların zarurî ve muhtemel mütemadi suçlar olarak tefriki icap eder. Zarurî mütemadi suçun anî olarak işlenmesi düşünülemez<sup>156</sup>. Temyiz mahkememiz de vermiş bulunduğu müteaddit kararları ile mütemadi suçların zarurî ve muhtemel mütemadi suç olduklarını kabul etmiştir<sup>157</sup>.

Üzerine eğilinmesi gereken diğer bir husus, fail mütemadi suça nihayet vermek iktidarında değilse, bu andan itibaren mütemadi suçun bittiğini kabul etmek icap eder mi, meselesidir. Kanaatımca da<sup>158</sup> fail temadi etmekte olan suçu betaraf etmek imkânına artık sahip değilse, suçun bittiğini kabul etmek iktiza eder; zira bu andan itibaren iradî olarak ve kastın o suça müteveccih olduğunu kabul etmek suretiyle suç işlenmekte bulunduğunu düşünmeğe imkân yoktur.

[155] 4. CD. 24.1.1951, E. 418, K. 418.

[156] Aynı kanaat, *Kunter*, 100.

[157] Bu kararlar için bak: *Dönmezer - Erman, Nazari...*, Cilt I/370.

[158] *Mayer, Helmut*, 354; *Kunter*, 100.

Nihayet, ne bis in idem kaidesinin tatbiki dışında fail hakkında yapılmış bulunan adli muamelelerinin mütemadi suçu bitirip bitiremeyeceği meselesi de tetkike değer. Yakalama, tevkif, gibi esaslı usuli muameleler temadiyi kesmelidir <sup>158</sup> bis.

## II — Usul hukukuna tereddüp eden neticeler.

### Giriş.

Bu kısım içinde mütemadi suçun Ceza Muhakemeleri Usulü hukuku içindeki hususiyetlerine temas etmek istiyoruz. Beyan edelim ki, mütemadi suç usul hukuku bakımından da hususiyetleri icabı diğer suç şekillerine göre farklı bir muameleye tabi tutulmaktadır. Bunlar ezcümle, mütemadi suçta selâhiyet meselesi ve ne bis in idem kaidesinin tatbikidir.

#### 1 — Mütemadi suç ve selâhiyet.

Ceza Muhakemeleri Usulü kanunumuzun 8 inci maddesine göre «Dâvaya bakmak selâhiyeti; suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Teşebbüste son icrai hareketin vuku bulduğu ve mütemadi ve müteselsil suçlarda temadi ve teselsülün bittiği yer mahkemesi selâhiyetlidir.» Kanunumuz, mahkemelerin selâhiyetini tayin eden bu maddede mehzaz Alman Ceza Muhakemeleri usulü kanunundan bazı noktalarda ayrılmış ve İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun tesiri altında, esasta olmayan ve mütemadi suçta selâhiyetinin temadinin bittiği yer mahkemesinde olduğunu göstermek suretiyle hâkime yardımcı olmak istemiştir. Bu sebeple, mevzuumuz burada bir dereceye kadar belirmiş ve kanunun yardımı sebebiyle tetkikimiz kolaylaşmış bulunmaktadır.

Hal böyle olmakla beraber, kanunumuz mütemadi suçta selâhiyet meselesini halletmemiş bulunsa idi, nasıl bir neticeye varmamız gerektiği meselesi kanaatımızca tetkike değer. Ve bu şekilde de kanunumuza ilâve edilen ve mehzazda bulunmayan hükmün değeri anlaşılabilir olur. Mehzaz kanun mütemadi suçta kat'i bir kaide vazetmemiş olması sebebiyle mütemadi suçta selâhiyet meselesi 7. maddede mevcut «Dâvaya bakmak selâhiyeti suçun işlendiği yer mahkemesine aittir» fıkrasından ve bilhassa «işlendiği» teriminden istihraç olunmaya çalışılmaktadır.

[158 bis] Bu meseleye mütedair bazı haller için bak: Dönmezer - Erman, Nazari 1/370; Kunter, 100.

Doktrin sahasında bu mevzua ait iki fikir ileri sürülmektedir <sup>159</sup>.

Bazı müelliflerin <sup>160</sup> kabul etmiş bulunduğu bir fikre göre mütemadî suçta selâhiyeti hukuka aykırı durumun meydana gelmiş olduğu yertayin eder. Yani fail icrai hareket yapmak veya ihmali hareketi yapmamak suretiyle hukuka aykırı durumu nerede meydana getirmiş ise, selâhiyet bu yer mahkemesine aittir.

Diğer bazı müelliflerin <sup>161</sup> benimsedikleri görüşe göre, mütemadî suçta selâhiyet, temadinin devamı müddetince suçun kısımları nerede işlenmiş ise, bu yer mahkemeleri dâvaya bakmaya selâhiyetlidir. Mütemadî suç ta ihlâl olunan bir hukukî menfaat olması sebebiyle bu hukukî menfaatin ihlâl olduğu her yerde mütemadî suç işlenmiş sayılmaktadır. Şu iki görüş muvacehesinde kanunumuz üçüncü bir nazariye ortaya atmış ve kabul etmiş bulunmaktadır. İlk fikir daha ziyade suçun tamamlanması anındaki yere selâhiyeti vermektedir; zira hukuka aykırı durumun meydana geldiği yer daima suçun tamamlandığı veya tessebbüs derecesinde kaldığı yer olmaktadır. Buna nisbetle ikinci görüş mütemadî suçun devam ettiği her yerde selâhiyetin mevcut olduğunu kabul etmekte, üçüncü ve kanunumuzun kabul etmiş bulunduğu sistem ise mütemadî suçun sona erdiği yani bittiği yerde selâhiyetin teessüs edeceğini göstermektedir <sup>162</sup>.

Beyan edelim ki, mütemadî suçta selâhiyet meselesini kat'i bir kaide ile halletmemiş bulunan me'haz kanunda, doktrin tarafından mütemadî suçun hukukî bünyesini kabul ediş şekline göre selâhiyet değişmektedir.

İlk fikir ki, suçun tamamlandığı yerde selâhiyetin teessüs etmiş bulunduğunu müdafaa etmekteydi, bazı müelliflerce tenkit olunmaktadır <sup>163</sup>: Bunlara göre, bu görüş kabul edilirse mütemadî suç kısımlara ayrılmakta ve müstakil mahiyeti haiz olmayan bir kısım bütün mütemadî suçun akibetini tayin edecek derecede ehemmiyet kazanmaktadır. Bu ihmal ve ihmali suretiyle icra suçlarında bilhassa gözükmeke icrai hareketten sonra yapılmayan ihmali hareket suç bakımından çok ehemmiyetli olduğu halde bu kısım nazara alınmamaktadır. Bundan başka, bu fikrin kabulü tatbikatta

[159] Bu tefrik için bak.: Rosenfeld, 78.

[160] Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1904/330.

[161] Fikir için bak.: Riemerschmidt, 71.

[162] Rosenfeld, Reichs - Strafprozess, Berlin 1912/79; Riemerschmidt, 54;

Hafkesbring, 71.

[163] Bu müellifler için bak: Hafkesbring, 72; Belling, 73.

bazı zorluklar da tevlit edecek mahiyettedir; zira mütemadi suç bir yerde tamamlanmış ve aradan uzun bir fasıla geçtikten sonra başka bir yerde bitmiş olabilir. Bu halde hem zaman ve hemde mekan itibariyle çok geride kalmış bir yeri selâhiyetli tanımak, delillerin toplanması ve değerlendirilmesi bakımından zorluklar tevlit edecektir.

İkinci, yani mütemadi suçun devam ettiği her yerde selâhiyetin teessüs etmiş bulunduğunu ve bu yer mahkemelerinin selâhiyetli olduğu fikri Almanya'da hâkim kanaat halindedir. Bu müelliflere göre<sup>164</sup> mütemadi suçun işlendiği her yer alternatif olarak değil, fakat kumulatif olarak teessüs eylemektedir. Bu fikrin müdafaasını yapan Mezger ancak bu şekilde, suçlarla esaslı bir mücadele mümkün olur demektedir.

## 2 — *Ne bis in idem* kaidesi.

Kesin hükmün muhtevassından birisi de aynı ceza dâvasının tekrar dâva konusu yapılamıyacağıdır. Bu latince olarak *ne bis in idem* şeklinde ifade edilmiştir. Bu kaidenin mütemadi suç bakımından değeri nedir? Beyan edelim ki, *ne bis in idem* kaidesi Ceza Muhakemeleri Usulü kanunumuzda bir kaideye bağlanmış değildir. Fakat bu kaide bütün müellifler tarafından kabul olunduğu gibi, Ceza muhakemeleri Usulü hukukumuzun umumî sistemi bu kaidenin üzerine inşa edilmiştir. Temas edelim ki, biz burada yalnız kesin hüküm ile neticelenmiş bulunan bir ceza dâvasının mütemadi suçta olan tesirini tetkik edeceğiz. Kesin hükümden başka sebepler ile mütemadi suç arasındaki münasebet bu kısmın tetkiki dışındadır.

Maddî kesin hüküm esasının neticesi şu olmaktadır ki, mahkeme mütemadi suçun yalnız bir kısmından haberdar olsa ve yalnız bu kısmı için hüküm tesis etmiş bulursa, verilmiş bulunan hüküm bütün mütemadi suç bakımından tesir icra edecektir.

Beyan edelim ki, mütemadi suçun hukuki bünyesini suç birliği veya suç ayrılığı nazariyesi içinde mütalâa etmekte bulunan müellifler bilhassa bu noktada da farklı neticelere varacaklardır.

Suç birliği içinde mütemadi suçta mütalâa edenlerce bir mütemadi suç bakımından verilmiş bulunan hükmün, bu mütemadi suç içinde olmakla beraber hüküm içinde mütalâa edilmiyen kısımlara da tesir icra edecektir: zira mütemadi suç bir birliktir. Bu görüş,

[164] Mezger, Strafrecht, München, 1949/153.

mütemadî suçu tabii veya hukukî birlik içinde mütalâa eden müelliflerce kabul edilmektedir <sup>165</sup>.

Mütemadî suçu, suç ayrılığı nazariyesi içinde mütalâa etmiş bulunan müelliflerin görüşlerinin tabii neticesi olarak, hüküm mütemadî suçun hangi kısmı için verilmiş ise ancak o kısım için tesir icra edecektir; zira mütemadî suç birbirinden tefrik edilebilen kısımlardan meydana gelmektedir ve bir kısmını halleden hüküm diğer kısımlar için tesir icra etmeyecek ve bu kısımlar hükmün içindedir şeklinde bir matalâa varit olmayacaktır.

Kanaatımca, mütemadî suç ika edilirken bunun bir kısmı için verilmiş ve kesinleşmiş bulunan hüküm, bu hüküm tarafından kaplanmayan kısım için tesir icra etmemelidir; zira kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünün mütemadî suçu kestiğini zannetmekteyim. Bu durumda artık mütemadî suçta suç birliğinden bahsetmeğe imkân yoktur; zira verilen mahkûmiyet hükmü bundan sonraki hareketleri yeni bir suç şekline sokmakta, suç birliği içinde bu kısım mütalâa edilememektedir. Beyan edelim ki, mahkemenin verdiği ve kesinleşmiş bulunan hüküm, devlet otoritesinin faile bir ihtar ve mevcut durumun cemiyet tarafından tasvip olunmadığının bildirilmesidir. Buna rağmen failin suçu işlemekte devam etmesi, ika olunan bu suçu suç birliği içinde tetkike manidir. Hükümden sonra suç işlemeye devam eden failde kanaatımca yeni bir suç işleme kastı belirmiş olup, Hafkesbringin belirttiği gibi aksi halin kabulü faile açık bono vermek gibi bir tesir icra edecektir <sup>166</sup>.

Mahkûmiyet hükmü muvacehasında mütemadî suç hususundaki kanaatımız bu olmakla beraber, beraete müteallik hükümler karşısında mütemadî suçun arzylediği hususiyet ne bis in idem kaidesi karşısında çeşitli fikirlerin belirmesine sebep olmuştur. Bazı müellifler mahkûmiyet için vardıkları neticenin beraet için aynı tesiri gösterdiği kanaatındadırlar; yani bu müelliflere göre beraet hükmü verilen kısmın dışında kalan haller müstakil hüviyeti haiz olup ne bis in idem kaidesinin şümulüne girmez <sup>167</sup>. Buna karşı diğer müellifler ve kanaatımızcada kabul edilebilecek fikri müdafaa etmekte ve esasa müteallik bir beraet hükmünün ne bis in idem kaidesi içinde

[165] Hafkesbring, 74.

[166] Bavyera Eyalet Yüksek Mahkemesi de kesin hükümden sonra ika olunan mütemadî suçu müstakil suç olarak kabul etmiştir. Bay OLG. NJW. 58/110; Hafkesbring, 76. Beyan edelim ki, Türk doktrininde de mahkûmiyetin mütemadî suçu kestiği kabul edilmektedir (Kunter, 100).

[167] Hafkesbring, 77.

halledilmesi gerektiğini beyan etmektedirler<sup>168</sup>. Sulh Ceza hâkimi tarafından verilen Ceza kararnamesinin de ne bis in idem kaidesi içinde mütalâa edilmesi ve kesin hüküm mahiyeti iktisap etmiş bulunan Ceza kararnamesinden sonra temadi ettirilen mütemadi suçun müstakil bir suç olduğunu zannetmekteyiz.

Doç. Dr. Ayhan ÖNDER

---

---

[168] Rjemerschmidt, 56; Belling, Prozess, 324; Schmidt, Kommentar, 136.