

Esas No : 2009/29
Karar No : 2009/21

26.02.2009

DAİRELER KURULU KARARI

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ :

Aşamaları yukarıda açıklanan dava dosyası içeriğine göre, Daire ile Başsavcılık arasında ortaya çıkan ve Daireler Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlığın konusu; ASCK'nın mükerrerlik kavramını düzenleyen 42'nci ve mükerrer izin tecavüzü suçunu yaptırma bağlayan 66/2-c maddelerinin, 5252 sayılı Kanunun 5560 sayılı Yasa ile değiştirilen Geçici 1'inci maddesinin öngördüğü şekliyle, 31.12.2008 tarihinden itibaren yürürlükte olup olmadığı noktasındadır.

Sanığa isnad edilen eylemin sübutu ve işleniş biçimi konusunda herhangi bir tereddüt bulunmadığının anlaşılmasının ardından, Daire ile Başsavcılık arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın temas ettiği mevzuat hükümlerinin irdelenmesine geçilmiştir.

765 sayılı TCK'nın "**Cürümde tekerrür**" başlığı altındaki 81'inci maddesinde, daha önce mahkûmiyete uğranılıp cezanın çekilmesinden itibaren belirli bir süre içerisinde başka bir suçun daha işlenilmesi hâlinde yeni suça verilecek cezanın belirli oranlarda artırılmasını öngören genel ve özel tekerrür hâlini kabul eden bir düzenlemeye gidilmiş iken; özel ceza kanunu niteliğindeki 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun "**Cürümde tekerrür**" başlığını taşıyan 42'nci maddesinde, bir cürüm işleyen mükerrer sayılarak, ASCK'nın o suretle gösterdiği hükümlerin ve cezaların tatbik edilmesi, suçlunun askerî bir cürümden dolayı bir Türk askerî mahkemesinde ceza almasına ve kesinleşen cezanın kısmen veya tamamen infaz edilmesine rağmen, bu kişinin aynı askerî cürmü tekrar işlemesi şartına bağlanmıştır.

Genel ceza kanunu niteliğindeki 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 10'uncu maddesinde, "Bu kanundaki hükümler, hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur." ibaresine yer verilerek, özel ceza kanunlarının, Türk Ceza Kanunu hükümlerine aykırı olan düzenlemelerinin uygulanmasına imkân sağlanmış ve buna bağlı

olarak "Cürümde tekerrür" konusunda Türk Ceza Kanunu'nun 81'inci maddesi yerine, Askerî Ceza Kanunu'nun 42'nci maddesi hükmü esas alınmıştır.

Uygulama bu doğrultuda istikrar kazanmış iken, 5252 sayılı Kanun'un 12/1-b maddesiyle, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu bütün ek ve değişiklikleriyle birlikte 01.06.2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmış ve yerine, aynı tarihten itibaren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri düzenleyen Birinci Kitabında "**Suçta tekerrür** ve özel tehlikeli suçlular" başlığını taşıyan 58'inci maddesinin 1'inci fıkrasında; "*Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi hâlinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.*" denilerek, genel ve özel tekerrür ayırımına ve önceki mahkûmiyetin infaz edilmesi koşuluna son verilmiştir. Maddenin diğer fıkralarında tekerrür hükümlerinin hangi hâllerde ve ne şekilde uygulanacağı belirtilirken, 6'ncı fıkrasında "*Tekerrür hâlinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir. Ayrıca, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır.*", 7'nci fıkrasında da, "*Mahkûmiyet kararında, hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilir.*" denilerek, suçta tekerrür hâli, cezanın artırılmasını gerektiren sebep olmaktan çıkartılıp, koşulları daha ağır özel bir infaz rejimi hâline dönüştürülmüştür.

İnfazın hangi esaslar dahilinde yapılacağı, yine 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "**Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri**" başlığını taşıyan 108'inci maddesinde belirtilmiştir.

Diğer yandan; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabının "**Özel kanunlarla ilişki**" başlığını taşıyan 5'inci maddesinin "*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.*" şeklindeki emredici hükmüyle, ceza kanunları ile ceza içeren diğer kanunlardaki Türk Ceza Kanunu hükümlerine aykırı olan düzenlemelerin uygulanmasına son verilmiştir.

5237 sayılı TCK'nın 5'inci maddesinin gerekçesinde: "Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin, teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu Kanun'da benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, Ceza Kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir. Aksi yöndeki düzenlemelerin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturması nedeniyle Hükümet Tasarısındaki madde metni değiştirilmiştir." denilmiştir.

Ancak, geçiş döneminde ortaya çıkacak güçlüklerin önlenmesi bakımından, 5252 sayılı Kanun'un 5349 sayılı Kanun ile eklenen ve 18.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren geçici 1'inci maddesinde; "*Diğer kanunların 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır.*" denilerek süre tanınmış ve ardından 5560 sayılı Kanun'un 15'inci maddesi ile "*5252 sayılı Kanun'un geçici 1'inci maddesinde yer alan '31 Aralık 2006' ibaresi '31 Aralık 2008' olarak değiştirilmiştir.*" denilerek, bu süre iki yıl uzatılmıştır. Açıklanan bu durum çerçevesinde 31.12.2008 gününü takip eden 01.01.2009 tarihinden itibaren artık, Askerî Ceza Kanununun, "**Tekerrür**" konusunda Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan 58'inci maddesindeki düzenlemeye aykırı hükümler içeren 42'nci maddesinin uygulanma imkânı ortadan kalkmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5329 sayılı Kanun ile 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'na getirilen Ek 8'inci maddenin 1'inci fıkrasının 1'inci cümlesinde "*26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır.*" denilerek, Türk Ceza Kanununun "**Özel kanunlarla ilişki**" başlığını taşıyan 5'inci maddesinin emredici hükmü bir kez daha tekrarlanmıştır. Bu arada, gerek Ek 8'inci maddenin diğer fıkra ve cümleleri, gerek yine 5329 sayılı Kanun ile Askerî Ceza Kanunu'na getirilen Ek 9 ve gerekse 01.03.2008 tarihinde

yürürlüğe giren 5739 sayılı Kanun ile getirilen Ek 10'uncu madde hükümleri ile, bazı istisnalar (Örneğin, Askerî Ceza Kanununun ferî askerî cezâlara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49'uncu maddesinin (A) bendi hükümlerinin saklı olduğu; sırf askerî suçlar ile Askerî Ceza Kanununun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile ön ödeme hükümlerinin uygulanamayacağı gibi) getirilmiş ise de, "**Tekerrür**" ile ilgili hükümlerin uygulanmasına devam olunacağına dair bir düzenlemeye yer verilmeyip, bu husus, Türk Ceza Kanununun genel hükümlerine tabi olmak üzere ayrıkt tutulmuştur.

Bu noktadan hareketle, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun "**Tekerrür**" konusunu düzenleyen 42'nci maddesi, 5252 sayılı Kanun'un geçici 1'inci maddesinde tanınan sürenin dolduğu 31.12.2008 tarihini takip eden 01.01.2009 tarihinden itibaren, 5237 sayılı TCK'nın 5'inci maddesinin hiçbir tereddüte ve tartışmaya yer vermeyecek kadar açık **emredici hükmü karşısında**, uygulanamaz hâle gelmiş olup, bir bakıma zımnen ilga edilmiş bulunmaktadır. Buna bağlı olarak, Askerî Ceza Kanununun "İzin tecavüzü" suçunu düzenleyen 66'ncı maddesinin, suçlunun "**Mükerrir**" olması hâlinde hapis cezasının iki yıldan az olamayacağını belirten 2'nci fıkrasının (c) bendi de zımnen ilga edilerek uygulanmasına son verilmiştir.

Bu nedenle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Zaman bakımından uygulama" başlığını taşıyan 7'nci maddesinin ikinci fıkrasının "*Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.*" şeklindeki hükmü de göz önüne alınarak, "**Lehe olan hükümlerin uygulanması hususunda ilk derece mahkemesince değerlendirme yapılarak**" sanığın hukuki durumunun yeniden belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla; Askerî Yargıtay Başsavcılığının isabetli görülen itirazının kabulü ile onamaya ilişkin Daire ilamının kaldırılmasına ve mahkûmiyet hükmünün lehe kanun değerlendirilmesi yapılabilmesi bakımından bozulmasına karar verilmiştir.

Üyeler Hâk.Alb. ~~Özkan~~, Hâk.Alb. ~~Özkan~~ ve Hv.Hâk.Alb. ~~Özkan~~ itirazın reddi gerektiğini ileri sürerek, çoğunluk görüşüne katılmamışlardır.

SONUÇ VE KARAR :

Yukarıda açıklandığı üzere;

Askerî Yargıtay Başsavcılığının 10.02.2009 tarihli ve 2008/7336 (İtiraz: 200914) sayılı tebliğnamesi ile yapmış olduğu itirazın **KABULÜNE** ve Askerî Yargıtay 1'inci Dairesinin 21.01.2009 tarihli ve 2009/111-107 Esas-Karar sayılı onama ilamının, 353 sayılı Kanun'un 224'üncü maddesi gereğince **KALDIRILMASINA**,

Askerî Mahkemece tesis edilen mahkûmiyet hükmünün, sanığın temyizine atfen ve resen, 353 sayılı Kanun'un 221/1'inci maddesi gereğince lehe kanun değerlendirilmesine imkân tanınabilmesi bakımından **BOZULMASINA**,

26.02.2009 tarihinde Üyeler Hâk.Alb. ~~Özkan~~ Hâk.Alb. ~~Özkan~~ ve Hv.Hâk.Alb. ~~Özkan~~ on karışı oyları ile ve **OYÇOKLUĞUYLA** karar verildi.

KARŞI OY GEREKÇESİ :

Tekerrür, mülga 765 sayılı TCK'nın 81-88'nci maddelerinde, infazı müteakip, bir kez daha kasti bir suçun işlenmesi durumunda, failin cezasının kanunun öngördüğü belli bir oranda artırılması hâli olarak düzenlenmiştir.

1632 sayılı ASCK'nın 42'nci maddesi ise, TCK'nın benimsediği esaslardan farklı bir düzenlemeye yer vererek, işlenmesi tekerrüre dayalı nitelikli suç tipleri ihdas etmiştir.

ASCK; firar, izin tecavüzü, vazife ve memuriyete gitmeme, yabancı memlekete firar, kaçaklara yardım etmek ve ticaretle uğraşmak suçlarından dolayı mahkumiyet kararı verilmesi, hükmolunan cezaların kısmen de olsa infaz edilmesi ve beş yıllık süre içinde bu suçların yeniden işlenmesi hâlinde failerin bu son eylemlerinin mükerrirliği içeren özel suç tipleri ile cezalandırılacağını öngörmek suretiyle; tekerrürü bu suçlar yönünden kanuni birer unsur haline dönüştürmüştür..

ASCK'nın benimsediği bu sistemin, tesadüf eseri olarak değil, kanun koyucunun suç ve cezaların tanzimi konusundaki tercihine dayalı olarak geliştirildiğinin dikkate alınması zorunludur.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Kanun'un 5 ve sonradan yürürlüğe giren 5252 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinde yapılan değişikliklerin bu esaslar dahilinde yorumlanması ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

5237 sayılı TCK'nın "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi" başlığını taşıyan 2'nci maddesinin öngördüğü, kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamayacağı, suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı ilkesi, **öncelikle bir kanun hükmünün yürürlükten kalkıp kalkmadığı noktasında egemen olmalıdır.**

Sonradan yürürlüğe giren bir kanunun önceden yürürlükte olan bir kanunu ilga etmesi hususu iki şekilde gerçekleşmektedir.

1) Bunlardan ilki, yürürlüğe giren sonraki kanunun önceki kanun hükmünü yürürlükten kaldırdığını açık bir biçimde düzenlemesi (Resmî ilga),

2) Diğer ise, uygulamada zımni ilga olarak kabul edilen ve sonraki kanunun önceki kanunun öngördüğü sistemden tartışmasız ve kesin bir biçimde ayrılması, hâlidir.

Kanun koyucu; belirli askerî suçların birden fazla işlenmesinde tehlike hâli görüp, tekerrürü bazı eylemler yönünden kanuni unsur olarak düzenlemiş ve bu suçlarla daha etkin bir mücadelenin sağlanması amacıyla, (basit haline oranla) daha ağır cezalar öngörmüştür.

Gerek 5237 sayılı TCK ve gerekse bu kanunun uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan diğer tüm yasalarda, Askerî Ceza Kanununun bağımsız birer suç tipi olarak öngördüğü bu nitelikteki eylemlerin yürürlükten kalktığını akla getirecek herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

Bu sebeplerle, 5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerinin özel ceza kanunları hakkında da uygulanacağını öngören 5'inci maddesinin, ASCK'nın (Tekerrüre dayalı) özel suç tipi hâline getirdiği düzenlemeleri kapsamadığının kabulü gerekmektedir.

Yukarıda değinildiği üzere, 5237 sayılı TCK'nın 5'inci maddesi, aralarında tekerrüründe bulunduğu genel düzenlemelerin özel ceza kanunları hakkında da tatbik edileceğini belirtmekle yetinmiş, tekerrürün unsur olarak benimsendiği özel suç tiplerinin yürürlükten kaldırıldığına hiçbir şekilde temas etmemiştir.

İtiraz konusu uyuşmazlık da, ASCK'nın 42 ve mükerrirliği özel bir suç tipi olarak düzenleyen diğer tüm maddelerinin örtülü biçimde yürürlükten kaldırıldığına yönelik değerlendirmenin, tahmin, kıyas ve yoruma dayalı olduğu, kanun koyucunun konuya ilişkin iradesini tahmin ve yoruma mahal bırakmadan açıklamamış olması nedeniyle belirtilen kanun hükümlerinin yürürlükten kalktığını kabul etmenin hukuken mümkün olmadığı, bu nedenle; Başsavcılık itirazının reddi gerektiği görüşüyle aksi doğrultudaki çoğunluk kararına katılmadık.