#### T.C.

#### YARGITAY

#### CEZA GENEL KURULU

#### E. 2012/14-1397

#### K. 2013/265

#### T. 28.5.2013

**DAVA :** Zorla ırza geçme suçuna teşebbüsten sanık Ş'nin 765 Sayılı TCK'nun [416](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc765.htm#416)/1, [61](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc765.htm#61)/1, 417 ve 59. maddeleri uyarınca 2 sene 11 ay ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin, Zonguldak 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen 16.9.2004 gün ve 246-172 Sayılı hüküm sanık tarafından temyiz edilmiş, 5320 Sayılı Kanunun [8](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc5320.htm#8)/2. maddesi uyarınca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca 11.10.2005 gün ve 202750 sayı ile lehe kanun değerlendirmesi yapılması amacıyla dosya mahalline iade edilmiştir.

Yapılan lehe kanun değerlendirmesi sonucunda sanığın 5237 Sayılı TCK'nun [102](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc5237.htm#102)/2, [102](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc5237.htm#102)/3-c, 35/2 ve 62. maddeleri uyarınca 2 yıl 2 ay 7 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Zonguldak 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen 7.3.2006 gün ve 246-172 Sayılı hükmün sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nce 20.2.2012 gün ve 1395-1857 sayı ile;

“Kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası verildiği halde, TCK'nun 53/1. maddesinin uygulanmaması, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 3.6.2008 gün ve 2008/5-56 Esas, 2008/156 Karar sayılı kararında açıklandığı üzere 53. maddede belirtilen hak yoksunluklarının hapis cezasına mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak ve infaz aşamasında nazara alınması mümkün görüldüğünden, bu husus bozma nedeni sayılmamıştır.

Mağdure ile sanığın oğlu M.'in 15.9.2003 tarihinde boşandıkları alınan nüfus kayıt örneğinden anlaşılmakta ise de, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun [18](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc4721.htm#18)/1-2. maddesi uyarınca, sanık ile mağdure arasındaki kayın hısımlığı ilişkisi boşanmayla ortadan kalkmadığından tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir” eleştirisi ve açıklamasıyla ONANMASINA karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise 12.6.2012 gün ve 107723 sayı ile;

“Yüksek Daire ile Cumhuriyet Başsavcılığımız arasındaki uyuşmazlık, TCK'nun 102/3-c maddesinin sanık hakkında uygulanmasının gerekip gerekmediğine ilişkindir.

Sanık, cinsel saldırıya kalkışmak eylemini oğlunun boşandığı eşine karşı yani eski gelinine karşı işlemiştir.

TCK'nun 102/3-c maddesine göre cinsel saldın suçunun “üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı” işlenmesi halinde artırım öngörülmüştür.

Maddede düzenlenen kayın hısımlığının belirlenmesinde Medeni Kanun hükümlerinden yardımcı hüküm olarak yararlanılmasının gerekliliği tartışmasız olarak doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nun “Kayın Hısımlığı” başlığını taşıyan 18. maddesinde “Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur.

Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz” denilmiş, yine “Evlenme engelleri” başlığıyla düzenlenen 129. maddesinin 2. bendinde “Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu ve altsoyu arasında” evlenme yasaktır hükmü getirilmiştir.

Uyuşmazlığımız açısından sorun belirtilen TMK'nun [18](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc4721.htm#18)/2. maddesi düzenlemesinin TCK yönünden uygulanmasının mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

TCK'nun “Cezanın Belirlenmesi” başlıklı 7. maddesinin 2. bendine göre de kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.

Bu madde açısından da bakıldığında TCK'nun 102/3-c maddesinde kayın hısımlığı bir artırım nedeni olarak düzenlenmiş ise de sona eren kayın hısımlığı buna dahil edilmemiştir. Bu halin de artırım nedeni olarak uygulanabilmesi için açıkça, kesin ve **yorum** gerektirmeyecek şekilde, yasa metninde bulunması gerekir. Aksi kabul ve uygulama tarzı hem TCK'nun yukarda ifade edilen 61/7. maddesi düzenlemesine hem de genişletici **yorum** ve kıyas yasaklarına dair evrensel hukuk kurallarına aykırılık oluşturur.

TMK'nun [18](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc4721.htm#18). maddesi düzenlemesini, 129. maddesi hükmü de nazara alınarak ancak kendi sistematiği içerisinde anlamlandırmak ve insicamı kuran ve tamamlayan bir hüküm olarak değerlendirmek gerekir görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurarak, özel daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün BOZULMASINA karar verilmesi isteminde bulunmuştur.

CMK'nun [308](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc5271.htm#308). maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nce 8.10.2012 gün ve 11825-9605 sayı ile, itirazın yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay 1. başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulu'nca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

Özel daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulu'nca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; kayın hısımlığının, evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkıp kalkmayacağı ve buna bağlı olarak sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nun [102](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc5237.htm#102)/3-c maddesinin uygulanmasının isabetli olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Sanığın, öz oğlu olan M.'den boşanan, ancak aynı evde birlikte yaşamaya devam eden eski gelini müdahil T'nin olay günü arkasından tutarak; “seninle yatacağım” dediği, müdahilin sanığı itekleyerek elinden kurtulduğu, sanığın bunun üzerine müdahile vurduğu, müdahilin de evden kaçarak telefonla jandarmaya haber verdiği, müdahilin, sanığın oğlu M. ile 16.8.1996 tarihinde evlendiği, 15.9.2003 tarihinde ise resmen boşandıkları anlaşılmaktadır.

5237 Sayılı TCK'nda sanıkla mağdur arasında kayın hısımlığının bulunması, bazı hallerde daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda;

1-) 102/3-c maddesinde; cinsel saldın suçunun kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı işlenmesi,

2-) 227/5. maddesinde fuhuş suçunun kayın üstsoy tarafından işlenmesi,

3-) 229/2. maddesinde ise, dilencilik suçunda kayın hısımlarının araç olarak kullanılması,

Hallerinde verilecek cezanın yan oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır.

Kayın hısımlığı bazı hallerde de şahsi cezasızlık sebebi veya daha az ceza verilmesini gerektiren bir hal olarak TCK'nda düzenlenmiştir. Bu bağlamda;

1-) 167. maddesinde, hırsızlık, mala zarar verme, hakkı olmayan yere tecavüz, güveni kötüye kullanma, bedelsiz senedi kullanma, dolandırıcılık hileli iflas karşılıksız yararlanma suçlarında, bu suçların kayın hısımlarından birinin zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmayacağı, 2. derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde ise ilgili akraba hakkında şikayet üzerine verilecek cezanın yansı oranında indirileceği,

2-) 245/4 maddesinde, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun kayın üstsoy veya altsoy hısımlarından birinin zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmayacağı,

Düzenleme altına alınmıştır.

1.1.2002 günü yürürlüğe giren 4721 Sayılı Medeni Kanunumuzun 18. maddesinin 1. fıkrasında kayın hısımlığı; “Eşlerden biri ile diğer eşin kan hışırdan, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur” şeklinde tanımlanmış, aynı maddenin 2. fıkrasında da 743 Sayılı Medeni Kanunumuzun yine 18/2. maddesinde yer alan; “evlenmenin zevali ile sihri hısımlık zail olmaz” biçimindeki hükmü “Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz” şeklinde aynen korunmuştur.

4721 Sayılı Medeni Kanunumuzun “Evlenme yasaklan” başlıklı 129. maddesinde de; “Kayın hısımlığını meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında” evlenmenin yasak olduğu hükmü getirilmiştir. Böylece, kanun koyucu tarafından toplumda kayın hısımlığına verilen değer önemli görülmüş ve kayın hısımlığının boşanma ile sona ermeyeceği açıkça düzenlenmiş, hatta evlenme sona ermiş olsa bile belirli derecedeki kayın hısımları ile evlenme yasağı getirilmiştir.

765 Sayılı TCK'nun yürürlükte bulunduğu dönemde kayın hısımlığının, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkıp kalkmayacağı konusunda yargısal kararlarda istikrarlı bir uygulama yerleşmemiş, CGK'nun 11.2.1974 gün ve 505-90 Sayılı kararında; “suçun işlenmesinden önce sanığın karısının ölmesi sebebiyle mağdur ile sanık arasında kayınbaba damat ilişkisinin sona erdiği ve bu sebeple sanık hakkında TCK'nun 457/1. maddesindeki artırımın uygulanamayacağı, 743 Sayılı Medeni Kanun'un [18](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc743.htm#18). maddesinde ancak aile arasındaki bağların devamının temini bakımından bir düzenleme getirildiği ve bu hususun Ceza Kanunu yönünden cezayı artına bir sebep olamayacağı” kabul edilmiştir. Öğretide de, bu konuda fikir birliği oluşmamış ve karşı görüşlerin yanında 743 Sayılı Medeni Kanun'un [18](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc743.htm#18)/2. maddesi hükmünün Ceza Kanunu bakımından farklı **yorum**lanamayacağı düşünceleri de dile getirilmiştir.

Kan ve kayın hısımlığı kavranılan, tıpkı mülkiyet, zilyetlik, paydaşlık veya elbirliği mülkiyeti, taşınır ve taşınmaz mal, evlenme, hak vb. birçok kavram gibi TCK'nda tamamlanmamıştır. Kanun koyucu tarafından TCK'nda yer alan suçlar açısından bu kavramların ilgili kanunlardaki tanımlamalar dışında anlaşılması ve sonuç doğurmasının istenmesi halinde istisnai düzenleme getirilmesi mümkün iken, bunun tercih edilmediği göz önüne alındığında, TCK'nda yer alan bu kavramların, aksine özel bir düzenleme bulunmadığı sürece ilgili kanunlardaki tanımlara göre anlaşılması ve uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Aksinin kabulü halinde, TCK'nda tanımlanmayan bazı kavramlar, TCK açısından da ilgili kanunlardaki tanımlan doğrultusunda anlaşılıp uygulanırken, bazı kavramların ise TCK açısından ilgili kanunlarındaki tanımlama dışında anlaşılması ve uygulanması gerektiğinin kabulü sonucuna ulaşılır ki, bunun hiçbir kanuni dayanağı olmadığı gibi, kanun koyucunun iradesine aykırı olacağı da izahtan varestedir.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

4721 Sayılı Medeni Kanun'un [18](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc4721.htm#18)/2. maddesindeki, “kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz” şeklindeki açık düzenleme ile bu hükmün TCK açısından uygulanmayacağına dair herhangi bir kanuni düzenlemenin olmaması karşısında, kayın hısımlığı ilişkisi, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesi ile ortadan kalkmayacağından, suç tarihinde oğlunun eski eşi, yani eski gelini olan müdahile karşı işlediği cinsel saldın suçuna teşebbüsten dolayı sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nun [102](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc5237.htm#102)/3-c maddesinin uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyesi M.M.K.; “Sanık Ş'nin oğlu, M.”den boşanmış olan gelini mağdure T. ile aynı çatı altında oturdukları sırada, olay günü mağdurenin arkasından tutarak “seninle yatacağım” deyip cinsel saldırıda bulunduğu dosya içeriğinden anlaşılmıştır.

Yüksek 14. Ceza Dairesi ile Yüksek Yargıtay C.Başsavcılığı arasındaki anlaşmazlık şu şekildedir. Sanık kayınpeder, gelinine karşı cinsel saldın suçunu işlediği sırada, sanığın oğlu olan M. ise eşinden boşanmış, evlilik bağı sona ermiştir. Bu durum karşısında gelinle-sanık kayınpeder arasındaki kayın hısımlılığın sona erip ermediği, sanık hakkında 102. maddenin 3/c fıkrasının uygulanıp uygulanmayacağı sorunundan ibarettir.

Bu olaya dört açıdan bakmamız gerekmektedir.

1-) Medeni Kanun'un 18/2. fıkrası kıyas yolu ile Ceza Kanunu'na uygulanabilir mi? sorunu.

5237 Sayılı Kanunun [2](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc5237.htm#2). maddesi aynen şöyledir:

“1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbirleri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

2-) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

3-) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulamasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş **yorum**lanamaz” şeklindedir.

Madde metninden anlaşıldığı gibi dört adet ilke mevcuttur.

a-) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez.

b-) Kanunda yazılı ceza ve güvenlik tedbirlerinden başka ceza verilemez.

c-) Ceza içeren hükümlerde kıyas yasağı.

d-) Genişletici **yorum** yasağı.

Medeni Hukuk uygulamasında kanunda bulunan boşlukları doldurma, bu boşluklarla ilgili olarak hukuk kuralı koyma hususunda hakime yetki verilmiştir. Buna karşılık, Ceza Hukukunda hakime böyle bir yetki verilmemiştir. Hakim bu boşlukları doldurarak ve kanundaki eksiklikleri kıyas yolu ile tamamlayarak sanığı mahkum etme yetkisi bulunmamaktadır.

Kanun koyucular, Ceza Hukuku açısından, hakime sadece kanun koyucunun çıkardığı madde metnini okuyup **yorum** yapma yetkisi verilmiştir. Hakime verilen bu **yorum** yetkisi kıyas gibi geniş bir **yorum** anlamında değildir. Bu **yorum** sadece bir kanun metninin anlamını, kanun koyucunun gerçek iradesini ortaya çıkarmaktan ibarettir.

5237 Sayılı Kanunun [2](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc5237.htm#2). maddesi bu amaçla kıyas yasağı ve genişletici **yorum** yasağı ilkelerini ortaya koymuştur. Kanunun açıkça suç olarak tanımlanmadığı bir fiilden dolayı başka kanunlara dayanarak kıyas yolu ile veya genişletici **yorum** yolu ile yeni bir suç ihdası usulü kabul edilmemiştir.

Bu sebeple Medeni Kanun'la Ceza Kanunu'nu karıştırmamak gerekir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz, suçların tarif edilmesi ve ceza miktarlarını bildirme yetkisi TBMM'ne aittir. Bu yasama görevi, hakime veya başka bir kuruma devredilemez. Yine 5237 Sayılı Kanunun [61](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc5237.htm#61). maddesinin 10. fıkrası da aynen şöyledir; “Kanunda açıkça yazılmış bir madde olmadıkça cezalar ne arttırılabilir, ne eksiltilrbilir, ne de değiştirilebilir” şeklindedir.

Ceza Kanunu'ndaki evlilik ve kayın hısımlılığı nikahla doğar boşanma ile sona erer. Kanun koyucu boşanmaya rağmen 3. dereceye kadar kayın hısımlığı ilişkisi içinde olanlar için ayrı bir madde ihdas etmiş olsa idi, ancak bu şekilde cezalandırabilirdik. Ceza Kanunu'nda açık bir madde bulunmadıkça, mahkeme kararıyla sona eren bir evliliği, kıyas veya genişletici bir **yorum**la, evlilik sona erse bile Medeni Kanun'un 18/2. maddesi gerekçe yapılıp, kıyas veya genişletici **yorum**la sanığın cezasını arttıramayız. Bu hal 5237 Sayılı Kanunun [2](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc5237.htm#2). maddesinin 3. fıkrasına ve aynı şekilde 61. maddenin 10. fıkrasına aykırıdır.

AİHM'deki Başkaya ve Okçuoğlu davasında, Okçuoğlu yayınevinin sahibi olduğu halde Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesinin 1 ve 2. fıkraları gereğince yazı işleri müdürü gibi mahkum edilmiştir. Ancak ilgili kanununda “sorumlu yazı işleri müdürü” için öngörülen hapis cezasının genişletilerek “yayın sahibine” de uygulanması AÎHS. 7. maddesine aykırı bulunmuştur.

2-) 5237 Sayılı Kanunun [102](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc5237.htm#102). maddesinin 3. fıkrası açısından olaya baktığımızda:

Kanunun madde metni aynen şöyledir: “Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı işlenmesi halinde yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yan oranında arttırılır.”

Kanun koyucu hakimlere sadece kanun maddesini okuyup o madde metnini **yorum**lama yetkisi vermiştir. Hakim gözü ile kanun maddesini okuduğumuzda, bent içeriğine göre sadece kayın hısımlılığı ilişkisinin taraflar açısından nikahın kıyılması ile doğar ve ayrıca tarafların suçun işlendiği tarihte evliliğin devam etmesi (kayın hısımlılığın devam etmesi) gerektiğini ve hısımlılığın sona ermemiş olması yani suç tarihinde evlilik akdinin devam etmesi gerektiği belirtilmiştir.

Kanunun metnini, ancak bu şekilde **yorum**layabiliriz. Evlilik akdi sona erse bile Medeni Kanun'un 18/2. maddesini kıyas veya genişletici bir **yorum**la Ceza Kanunun mevcut olmayan bir maddesinin yerine gerekçe yapamayız. Çünkü Medeni Kanun'un bu maddesi 1. derece kayın tılsımlıların evlenmelerinin önlenmesi içindir. 2 ve 3. derece kayın hısımlara şamil değildir.

Suçun işlendiği tarihte, kayın hısımlılığını doğuran evlilik, boşanma ile sona ermişse, bu takdirde tarafların artık kayın hısımlılığı ilişkisi içinde bulunmadıkları anlaşıldığından arttırıcı maddenin uygulanmaması gerekir.

Medeni Kanun'un 18/2. maddesi aynen şöyledir; “kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz” denilmişse de, bu madde 1. derece kayın hısımlar açısından geçerlidir. Bu fıkranın amacı evlilik sona erse bile eşlerden birinin diğerinin ana babasıyla evlenmesinin önlenmesi amacı ile Medeni Kanun'a konan bir maddedir. Bu fıkra Ceza Kanunu açısından 3. dereceye kadar kıyas yolu ile veya genişletici bir **yorum**la uygulanamaz. Böyle bir uygulama yapılabilmesi için kanun koyucular tarafından Ceza Kanunu'na bir madde eklenmesi gerekmektedir. Uygulamada böyle bir madde bulunmamaktadır.