

HIRSIZLIK SUÇUNUN İKİDEN ZİYADE KİMSE TARAFINDAN İŞLENMESİ

Dr. Öztekin TOSUN

Giriş.

Ceza kanunumuzun hırsızlıktan bahseden 491, 492 ve 493 üncü maddelerinin son fıkralarında "Bu maddede yazılı suçlar ikiden fazla kimseler tarafından birlikte yapılır... ise" cezanın daha arttırıldığı görülmektedir.

Biz bu etüdümüzde evvelâ bu hallerde daha fazla ceza verilmesinin sebebinin ne olduğunu araştırmak, sonra bu arttırmanın hangi şartların mevcudiyeti halinde yapılması gerektiğini incelemek, üçüncü kısımda bu sebebin mevcudiyetine terettüp eden hükümlere işaret etmek ve nihayet bu ağırlatıcı sebeple pek yakın bir benzerliği bulunan "suç işlemek için cemiyet teşkili suçu" ile mukayese yapmak istiyoruz.

I — Ağırlatıcı sebebin dayandığı esas.

Hırsızlık fiilinin birkaç kişi tarafından işlenmesi halinde cezanın ağırlaştırılması gerektiği hususunda doktrinde ve mevzuatta tam bir görüş birliği vardır denemez.

Mehaz kanununun hazırlanması sırasında böyle bir ağırlatıcı sebebin kabulüne itiraz edenler olmuştur; aksi halde, iştirak halinde işlenen her suç için böyle bir ağırlaştırma kabul etmek gerektiği söylenmiş, iştirakin neticesinin ancak şeriklerin tecziye edilmesi olup cezalarının arttırılması olmadığı iddia edilmiştir.¹ Fakat bu mütalâa ekseriyetin tasvibine nail olamadığı için reddedilmiştir.

İspanyol ve İsviçre ceza kanunlarının böyle bir ağırlatıcı sebebe yer vermedikleri görülmektedir.

Buna mukabil ekseri muasır Avrupa devletleri ceza kanunları bir kaç kişi tarafından işlenen hırsızlıklara daha ağır ceza verilmesini kabul etmektedirler. Fakat bunları da iki kategoriye ayırmamız mümkündür; bir kısmı iştirak halini cezanın ağırlaştırılması için kâfi görürken, diğerleri iştirakin yanında diğer bazı başka şartları da ara-

1) Nocito beyanatı (Majno'dan naklen: Commento al codice penale italiano, Torino, 1924, cilt IV, sh. 53).

maktadırlar. Mesela Fransız Ceza Kanunu hırsızlığın iki veya daha ziyade kimse tarafından işlenmesini 381 ve 385 inci maddelerinde diğer dört halin hepsi ile birleştiği takdirde daha ağır tecziye etmektedir. 386 ncı maddesinin birinci bendinde ise iki veya daha ziyade kimse tarafından işlenen hırsızlıklarda daha ağır ceza verilmesini kabul etmiş, fakat bunu iki şarttan birinin tahakkukuna bağlı tutmuştur; bu şartlardan biri fiilin gece işlenmesi, diğeri de meskenlerde veya içinde adam oturur yerlerde ika olunmasıdır. Bu iki şarttan hiç biri mevcut olmadığı hallerde iştirak ağırlatıcı sebep sayılmamaktadır.

Belçika Ceza Kanunu da cebir ve tehditle işlenen hırsızlıklarda failerin ikiden ziyade olması halini, fiilin gece vakti işlenmiş bulunması şartile ağırlatıcı sebep saymıştır (m. 471/5).

Buna mukabil diğer bazı kanunlar sayı üzerinde bile durmamışlar, bunlardan meselâ Alman Ceza Kanunu "hırsızlık etmek gayesile birleşmiş müteaddid kimselerin" fiilinde daha ağır ceza tâyin etmiş (§. 242:6), Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Ceza Kanunu da başka kimselerle evvelce anlaşma yapılarak ika edilen hırsızlıkları mev-suf saymıştır (m. 162).

İştirak halinin ağırlatıcı sebep sayılması birbirine zıt birkaç şekilde izah edilmektedir.

Bir fikre göre, bu durumda daha ağır bir müeyyide kabulüne sebep, söylenen şekilde işlenen fiilin şahıslar için daha fazla tehlike arzemesidir.¹ Failerin ikiden ziyade olmaları halinde mağdurların korku ve endişesi artmakta, binnetice müdafaa imkânları azalmaktadır.²

Bu fikir tenkit edilmiş ve sözügeçen ağırlatıcı sebebin esasının bu ilka edilen korku olamayacağı ileri sürülmüştür. Böyle bir korku, fiilin yağma haline tahvilini gerektiren bir hal olup buradaki durumu yaratmamaktadır, denmiştir. Bu fikirde olanların kanaatine sözü geçen ağırlatıcı sebebin tatbiki için mağdurların böyle bir korku duyup duymadıklarının ehemmiyeti yoktur; mağdurlar yapılan fiilden bihaber olsalar bile bu hüküm tatbik edilmektedir. O halde bu ağırlatıcı sebebin esası, iştirak hali dolayısıyla fiilin işlenmesinin daha kolay-

1) Carrara: Programma, Firenze, 1923, cilt 6, sh. 142.

2) Cogliolo: Completo trattato di diritto penale, Milano, 1892, cilt II, kısım II, A, sh. 316; İtalyan Temyiz Mahkemesi kararı (Manzini'den naklen: Trattato di diritto penale italiano, cilt VIII, Torino, 1922, sh. 234/not 2; Krala rapor (Manzini'den naklen: s.g.e. ve sh.); Marciano, Il titolo X del codice penale italiano, Napoli, cilt I, sh. 167/168.

laşmış bulunması, faillerin muvaffakiyet ihtimalinin daha kuvvetlenmesi, binnetice malların himayesinin zayıflamasıdır.¹

Kanaatimizce, kanun vazınının birinci esası hiç nazara almamış olduğunu söylemek güçtür. Çünkü, söylendiği şekilde mal sahibinin korkuya kapılması halinde fiilin yağmaya tahavvül ettiği, binnetice bu ihtimalin kanun vazınca başka bir suç telâkki edildiği iddiası her zaman için doğru değildir. Çünkü mal sahibinin korkuya kapıldığı her halde hırsızlık fiili yağmaya inkılâp etmemekte, ancak fail tehdit ederse yağmaya tahavvül eylemektedir. Yani demek istiyoruz ki, fail tehdit etmeksizin mal sahibinin ikiden ziyade kimseyi görerek malının müdafaadan vazgeçmesi mümkündür. Netice olarak bu ağırlatıcı sebebin ihdasında her iki fikrin de rolü olduğu kabul edilebilir. Nitekim bazı müelliflerin bu izah tarzını tercih ettikleri görülmektedir.

II — Ağırlatıcı sebebin tatbiki şartları.

Bu ağırlatıcı sebebin tatbiki için hırsızlık fiilinin ikiden ziyade kimse tarafından ve birlikte işlenmiş olması lâzımdır. Şimdi bu şartlar üzerinde duralım.

1 — Hırsızlık fiilinin ikiden ziyade kimse tarafından işlenmesi :

Kanun ikiden ziyade kimse demekle en az üç kişinin mevcudiyetini aramaktadır. En az üç olabildiğine göre, bundan fazla fail bulunması da mümkündür. Bu durum hırsızlık ile suç işlemek için cemiyet kurma suçunu tefrik etmemizi de gerektirmektedir. Çünkü beş veya daha ziyade kimse tarafından hırsızlık yapılması halinde bu sözügeçen suçun mütalâa edilmesi mümkün olacaktır. Etüdümüzün sonunda bu iki hali karşılaştıracığımız için şimdilik sadece işaret etmekle iktifa ediyoruz.

Bahis konusu ikiden ziyade kimse arasında evvelce yapılmış bir anlaşmanın şart olup olmadığı hususu da münakaşa edilmiştir. İtalyan Temyiz Mahkemesinin bu mevzudaki tatbikatı mustakar olmamış, bazan anlaşma olmasa da bu ağırlatıcı sebebin mevcudiyeti kabul edilmiş,² bu hallerde iki sebep ileri sürülmüştür: a) Kanun anlaşma şartını aramış değildir; 2) Arızî, tesadüfî birlikte hırsızlık hallerinde de hırsızlığın muvaffak olması ihtimali fazlalaşmakta, müdafaa imkânı azalmaktadır. Bazan da aynı Temyiz Mahkemesi anlaşma bulunması şartını aramış, eğer failer aralarında anlaşma yapmaksızın aynı yerde hırsızlık fiilini işlemişlerse, bu ağırlatıcı sebep kabul edilmemiştir. Meselâ, Temyiz Mahkemesi bir kararında bu ağırlatıcı sebebin tatbiki

1) Manzini: s.g.e. sh. 234.

2) Puglia: Dei delitti contro la proprietà (Enciclopedia Pessina, cilt X, sh. 202).

için faillerin daha evvel anlaşmış bulunmaları gerektir derken,¹ diğer bazı kararlarında “Fiilin üç veya daha ziyade kimse tarafından işlenmesi şeklindeki ağırlatıcı sebep evvelce, hattâ hırsızlık anında yapılmış bir anlaşma bulunmaksızın da mevcut olur.”², yahut “Hırsızlıkta faillerin sayısından neş’et eden ağırlatıcı sebebin tahaddüsü için bunların birlikte bulunmalarının anlaşmaya müstenit veya arızî olmasının ehemmiyeti yoktur.”³ diyerek birinci kanaatinin tam zıddını müdafaa etmiştir.

Temyiz Mahkemesinin bu kararsızlığına mukabil müellifler hiç olmazsa fiilin ikai anında bir anlaşma mevcudiyetinin şart olduğu hususunda müttefiktirler. Bunlara göre, kanun her ne kadar Türk Ceza Kanununun 236’ncı maddesinde olduğu gibi, fiilin “evvelce aralarında vâki karar ve ittifaka binaen (=previo concerto) işlenmesini aramamakta ise de, hırsızların birbirinden habersiz olarak tesadüfen bir yerde faaliyet göstermeleri bu hükmün tatbiki için kâfi gelemez.⁴ Çünkü her ne kadar kanun evvelce anlaşma yapılmış olması şartını sarih olarak zikretmemiş ise de, bu şart mehzaz kanunun hazırlanması esnasında yapılmış hemen hemen bütün projelerde zikredilmiş bulunmaktaydı,⁵ kanuna alınmamış olması bu şartın aranmayacağı şeklinde tefsir edilemez; çünkü eğer böyle bir fikir takip edilmiş olsaydı, bunun muhakkak tasrih edilmesi gerekirdi. Sözü geçen kaydın kanuna alınmamasının sebebi sadece, etüdümüzün en sonunda temas edeceğimiz suç işlemek için cemiyet kurma suçu ile bu hali birbirine karıştırmamak endişesi olmuştur.⁶

Bundan başka anlaşma olmadan da bu hükmün tatbikini kabul etmek burada bir tavsif edici sebep değil, fakat sadece bir ağırlatıcı sebep kabul etmek olur, denmiştir; çünkü yalnız mağdurda büyük bir korku yaratmak bakımından cezayı arttırmak, bu hali ağırlatıcı bir sebep olarak almak demek olur; halbuki cezanın daha fazla tâyinine sebep faillerin suçu işlemekte daha büyük bir kolaylık sağlamalarıdır, bu da onun ağırlatıcı sebep olmayıp tavsif edici sebep olmasını gerektirir.⁷ Biz ağırlatıcı sebepten ayrı bir tavsif edici sebebin mevcudiyetine kani değiliz.⁸

Kanaatimizce, bu halde failler arasında anlaşma bulunması tezi

1) Conti: Giurisprudenza sul codice penale, cilt II, Milano, 1916, sh. 543, n. 303 ve 303 bis.

2) Conti: s.g.e. ve cilt, sh. 544, n. 321.

3) Conti: s.g.e. ve cilt, sh. 545, n. 327.

4) Manzini: s.g.e., cilt VIII, sh. 235.

5) Cogliolo: s.g.e. ve cilt, sh. 317/318.

6) Puglia: s.g. makale, sh. 203.

7) Cogliolo: s.g.e. ve cilt, sh. 318.

8) Bu hususta bk. Şensoy: Basit hırsızlık ve çeşitli mevsuf hırsızlıklar, İst. 1956, sh. 81-86.

kabul edilmelidir; anlaşmanın suçun ikai anında olması da kâfi görül-
melidir. Kanun iştirak halinde fiilin kolay işleneceği düşüncesile ce-
zayı arttırmış olsa gerektir. Meselâ, bir kimse herhangi bir dükkânın
kapısını kırıp ardına dayadıktan sonra hırsızlığa başlasa ve oradan ge-
çenler açık kapıyı görüp içerden bazı şeyler alsalar, haklarında bu se-
bebe binaen cezanın arttırılması doğru olamaz. Bu halde her failin iş-
lediği hırsızlık müstakil olarak cezalandırılacak, bu ağırlatıcı sebep ba-
his konusu olmayacaktır.¹

Yeni İtalyan Ceza Kanunu tatbikatında hiç olmazsa suç ikai anın-
da failer arasında bir anlaşma bulunması şartı üzerinde durulmakta-
dır.²

2 — Hırsızlık fiilinin “birlikte” işlenmesi :

Kanunumuz hırsızlık fiilinin “birlikte” işlenmesi halinde failerin
ikiden ziyade olmasını ağırlatıcı sebep saymıştır. Burada “işlemek” tâbi-
ri üzerinde ihtilâfa düşülmüştür. Fransa’da “işlemek” tâbirinden sade-
ce aslî maddî failin kastedildiği mânası çıkarılmakta, fer’i failer hariç
bırakılmaktadır. Fakat şunu da ilâve edelim ki, Fransız mahkeme içti-
hatları hırsızlıkta aslî maddî iştiraki oldukça geniş kabul etmekte, göz-
cüleri de meselâ aslî şerik saymaktadır.³

Mehaz kanun tatbikatı esnasında da “birlikte işlemek” tâbiri İtal-
ya’da türlü tefsirlere yol açmış bulunmaktaydı. Bir kısım müellifler bu
durumda sadece aslî failerin sözü geçen sayıya ithal edilmelerini ka-
bul etmişler, ancak bunların bir fiili işliyebileceklerini ileri sürmüşler-
dir.⁴ Bunlara göre fiili irtikâp edenlerle, fiili doğrudan doğruya bera-
ber işliyenler eğer ikiden ziyade ise bu maddedeki hüküm tatbik olu-
nabilir; gözcülerin, müşevviklerin, azmettirenlerin adedinin ehemmi-
yeti olamaz.

Diğer bazı müellifler ise, aslî maddî failer gibi, “suç..... işlendiği
sırada müzaheret ve muavenetle icrasını kolaylaştıranlar” in da bura-
ya ithal edilmeleri gerektiğini kabul etmektedirler; fakat aynı durum
suç işlemeden evvel vâki olmuş ise, bu takdirde böyle bir harekette
bulunan şerik ikiden ziyade kimsenin hesabına dahil edilemez, çünkü
suç işlenmeden evvel muavenet ve müzaheret vaadinde bulunanın suçu
“işlediği” kabul edilemez.⁵

1) Carrara: Programma, cilt 6, Firenze, 1923, sh. 144/145.

2) Borghese: Il codice penale italiano commentato, Milano, 1953, sh. 144/145.

3) Blanche: Etudes pratiques sur le Code Pénal, cilt V, Paris, 1870, sh. 667;
Camille-Vassogne: Vol (Encyclopédie juridique Dalloz, Paris, 1954, Tome II, sh.
982, n. 78).

4) Crivellari: Il codice penale per il Regno d’Italia, Torino, 1898, cilt VIII,
sh. 88; Puglia: s.g. makale, sh. 202.

5) Cogliolo: s.g.e. ve cilt, sh. 318.

Nihayet, bazı müellifler gerek aslî, gerekse fer'i bütün maddî failerin bu hesaba dahil oldukları fikrindedirler, çünkü bunların hepsi de birlikte olarak fiile iştirak etmişlerdir.¹

Bütün bu müelliflerin müştereken kabul ettikleri hususun manevî şeriklerin bu adede dahil edilmemeleri olduğu görülmektedir. Gerek kanunda yer alan "birlikte" kelimesinden, gerekse ağırlatıcı sebebin mahiyetinden bu mânanın çıktığı söylenmektedir.

İtalyan Temyiz Mahkemesi de bu son noktada müelliflerle beraber sadece anlaşmanın kâfi gelmediğini kabul etmiş bulunmaktaydı.² Fakat bazı kararlarında fer'i failerin bu sayıya dahil olmadıklarını söylerken,³ diğer bazı kararlarında gözcüleri bu sayıya dahil ederek aksi fikri terviç etmiştir.⁴

Yeni İtalyan kanunu, gerek "birlikte" kelimesinin mânası üzerinde ittifak edilememesi, gerekse bütün şeriklerin sayıya dahil edilebilmeleri amacile 1889 kanunundaki formülü terketmiş, 625'inci maddesinin 5'inci bendinde "hırsızlık üç veya daha ziyade kimse tarafından işlenirse" bu sebebin mevcudiyetini kabul etmiştir. Yeni kanun muvacehesinde maddî veya manevî failer aslen veya fer'an fiile iştirak etmişlerse, bunlar arasında tefrik yapmaya mahal yoktur, çünkü manevî iştirak de, maddî gibi, fiilin işlenmesini kolaylaştırıcıdır. Bundan başka "birlikte" kelimesini almamış olduğu için, yeni İtalyan kanununa göre, failerin hırsızlık anında ve hırsızlık mahallinde bulunmaları halinde bu ağırlatıcı sebebin istediği sayıya ithal edilmelerine bir mâni de kalmamıştır.⁵

Türk doktrininde Dönmezer ve Şensoy bu meseleye temas etmiş ve kanunun sadece aslî maddî şeriklerin sayısına bakılmasını emrettiği intibahını verdiği kanaatinde bulunmuş, fer'i maddî şeriklerle bütün manevî şerikleri bundan hariç tutmuşlardır.⁶

Temyiz Mahkememizin bu husustaki tatbikatına gelince, elimize geçen birkaç karar tam bir fikir edinmemize mânidir. Yüksek mahkeme bir kararında "maznun yalnız diğer maznunlara anahtar vermiş olmasına göre" hırsızlığın ef'ali icraiyesine iştirak etmemiştir, bu bakımdan sayıya dahil edilmemelidir, fikrinde bulunmuştur.⁷

1) Manzini: s.g.e. ve cilt, sh. 236.

2) Conti: s.g.e., sh. 236, n. 308, 309, 339.

3) Conti: s.g.e., sh. 546, n. 342.

4) Conti: s.g.e., sh. 543, n. 307.

5) Jannitti Piromallo: Esposizione critica della giurisprudenza sul codice penale nella sua attuazione dal 1941 ad oggi, Milano, 1954, cilt IV, sh. 547, n. 69; sh. 570, n. 36.

6) Dönmezer: Ceza Hukuku (Hususî kısım), II. bası, İst. 1953, sh. 191; Şensoy: s.g.e., sh. 155.

7) Köseoğlu: Haşiyeli Türk Ceza Kanunu, İstanbul, 1955, sh. 622.

Buna mukabil, müteaddid kararlarında Mahkeme “(Birlikte yapılmak) tâbirinden aslî ve fer’i suç ortaklığı anlaşılmalıdır” veya “asıl fail veya yardımcı da olsa hırsızlığa iştirak edenlerin üç kişi olmasına göre tatbik olunan maddenin (493) son fıkrasının gözetilmemesi” nin yolsuz olduğu, “hırsızlığa iştirak edenler iki kişiden fazla ise iştirak derecelerine bakılmadan 493’üncü maddenin son fıkrasının tatbik” olunacağı şeklindeki kararlarla bu sayıya fer’i şeriklerin de gireceğini kabul etmiştir. Kanaatimizce mahkeme “birlikte yapmak” tâbirini iştirakin sadece maddî şekline hasretmiş, fer’i ve aslî iştirak arasında tefrik yapmamış ve suç mahallinde faaliyet göstermeyi bu sebebin mevcudiyeti için şart koşmuş bulunmaktadır.

Biz de “birlikte” kelimesinin böyle bir mânayı ifade ettiği kanaatindeyiz; sadece fiile iştirak etmiş bulunmak kâfi değildir, şerik suç anında ve suç mahallinde bulunmalıdır; diğerleriyle “birarada” olmalıdır.¹ Fakat bu durumda, manevî şeriklerin de hesaba dahil edilmemeleri için bir sebep göremiyoruz. Suç mahallinde ve suç anında orada bulunan, fakat sadece azmettirmekle, teşvikle, suçu irtikâp kararını takviye ile yahut fiil işlendikten sonra müzaheret ve muavenette bulunacağını vaad ile iktifa edenleri de bu sayıya dahil etmelidir. Buna mukabil, maddî şerik olmakla beraber, sadece vasıta tedarik edip suç mahallinde bulunmayan fiili birlikte işlemiş saymamalıdır. Hülâsa olarak, bizce, maddî veya manevî olsun, eğer iştirak edenler suç mahallinde ve anında birlikte bulunuyorlarsa, fiili birlikte işlemektedirler ve sayıları ikiden ziyade ise, bahis konusu ağırlatıcı sebep kendilerine tahmil edilmelidir.

En aşağı üç kişi suç anında suç mahallinde bulununca, bu ağırlatıcı sebep tahakkuk etmekte, ve birlikte bulunmayan diğer şeriklere de sirayet etmektedir.² Tabiatile şeriklerin bu duruma evvelden vakıf olmaları kanunumuzun esaslarından olduğu için vukufu olmayan şerikin ağırlatıcı sebepten dolayı cezası arttırılamıyacaktır.

Buraya kadar asgarî üç kişinin, müstereken ve birlikte hırsızlık fiilini işlemeleri halinde bu ağırlatıcı sebebin mevcudiyeti kabul edilmesi lâzımgeldiğini görmüş bulunuyoruz. Yalnız bu üç kişinin muhakkak tecziye edilir durumda olmaları lâzım gelip gelmediği hususunda doktrin ve içtihat sahasında birbirine zıt mütalâalara rastlanmaktadır.

Mehaz kanununun tatbikatı esnasında bu meseleye temas eden müelliflerin ittifakla tam akıl hastalarını, küçükleri, cezai ehliyeti olmayanları bu sayıya dahil etmek istemediklerini görmekteyiz. Eğer üç

1) Mehaz kanun (Riunito = toplu, birarada, birlikte) tâbirini kullanmaktadır.

2) Conti: s.g.e. ve cilt, sh. 544, n. 322.

kişi arasında böyle şahıslar mevcut ise, bu ağırlatıcı sebebin tatbiki imkânı yoktur.¹

Buna mukabil, İtalyan Temyiz Mahkemesinin ekseri hallerde aksine tatbikatı tercih ettiği anlaşılmaktadır. Müteaddid kararlarında mahkeme temyiz kudretini haiz olmıyan küçüklerin de üç kişi arasında sayılması gerektiğini teyit etmiştir.² Temyiz mahkemesi nadir hallerde müelliflerin kanaatine iştirak etmiş, fakat bu hallerde de kat'î olarak cezaî ehliyeti olmıyanların üç kişi arasında sayılmamaları lâzım geldiğini söylemekten çekinmiş, ancak bunun hâkimin takdirine mevdû bir iş olduğunu kaydetmekle iktifa etmişti; mahkeme bu halde sözü geçen kimselerin, fiili daha tehlikeli kılabilip kılamadıklarının, daha fazla korku yaratmasına sebep olup olmadıklarının tetkiki gerektiği fikrinde bulunmuştur.³

Yeni İtalyan kanunu ise, bu hususta sarih hüküm koymuş, failerin sayısının ağırlatıcı sebep teşkil ettiği hallerde, şeriklerden bazılarının cezaî ehliyeti haiz olmamaları veya cezalandırılmamalarının ehemmiyeti olmıyacağını 112'nci maddesinde tasrih etmiştir. Bu durumda asgarî sayı olan üç kişi içine akıl hastalarının, küçüklerin, cezalandırılmıyanların da gireceğinde kimsenin şüphesi kalmamıştır.⁴

Memleketimizde Temyiz Mahkemesinin bu hususta bir kararına rastlayabilmiş değiliz. Kanaatimizce, meseleyi iştirak bakımından halletmemiz doğru olur. Herhangi bir suça cezaî mesuliyetleri olmıyanların da iştirak etmesi mümkündür. On yaşında bir küçük, bir hırsızlık fiilinde pekâlâ gözcülük edebilir. Bu durumlarda, arada anlaşma da bulduktan sonra, hırsızlığın, faillerden biri küçük olduğu için, üç kişi tarafından işlenmediğini kabul etmek doğru olamaz.

Cezaî ehliyeti olmıyan bir kimsenin ancak fiilin işlenmesinde faydalı olmuş bulunması halinde bu adede dahil olmasını kabul de doğru olmasa gerektir. Çünkü kanun böyle bir kayıt koymuş değildir, o halde burada kanunî bir faraziye bahis konusudur; şerik sıfatını iktisap eden birinin fiilin işlenmesinde ayrıca bir faydası olup olmadığına tetkikine cevaz yoktur.

Asgarî adedin tâyininde üç kişiden birinin teşhis edilememesi,⁵ yakalanmadığı için mahkûmiyeti cihetine gidilememesi,⁶ mal sahibi-

1) Manzini: s.g.e. ve cilt, sh. 237, Majno: s.g.e. ve cilt, sh. 53; Puglia: s.g. makale, sh. 204.

2) Conti: s.g.e. sh. 544, n. 314, 318, 349; Manzini: s.g.e. sh. 237, not 7.

3) Conti: s.g.e., sh. 544, n. 314 bis ve 317.

4) Manzini: Trattato di diritto penale italiano, cilt 9, 1952, sh. 248.

5) Jannitti Piromallo: Esposizione critica, sh. 904, n. 28, 29.

6) Blanche: s.g.e. ve cilt, sh. 669, n. 512.

nin oğlu olduğu için cezalandırılmaması,¹ bu sebebin mevcudiyetini izale edemez. Çünkü bu hükmün kabulüne sebep suç anında failin mevcudiyetile fiilin ikaini kolaylaştırdığı hususundaki faraziyedir; bu faraziye, sayılan hallerde varit değildir denilemez.²

Temyiz Mahkememizin birkaç kararında bu hallere benziyen durumlarda içtihatlarına rastlanmaktadır. Mahkeme, “ölmesi sebeble hakkında duruşma yapılarak hüküm verilmiyen kimsenin suç ortaklığının kabulü ile hırsızlığın ikiden fazla kimse tarafından işlendiği söylenemez.” demiştir.³ Bunun gibi, bir başka kararında “Yakalanmayan diğer maznun hakkında duruşma yapılamamış olmasına ve yakalandıktan sonra beraet etmesi ihtimali bulunmasına göre, hırsızlığın üç kişi tarafından yapıldığının kabulü ile cezaların maddenin son fıkrasile tâyini yolsuzdur.” mütalâasında bulunmuştur.⁴

Yüksek mahkemenin burada bir hukukî imkânsızlık olduğunu ileri sürdüğü kabul edilemez. Nitekim, kaçak şerîhin mahkûm edilememesinin hırsızlığın üç kişi tarafından işlenmediği neticesini tevlit edemeyeceğini Yüksek Mahkeme bir Ceza Genel Kurulu kararı ile belirtmiştir.⁵ Temyizin daha ziyade usul hukukuna ait esasları gözönünde bulundurduğu, ferd hak ve hürriyetleri bakımından gayet titiz davranarak failin daima beraet etmesi imkânını düşündüğü görülmektedir ki, hakikaten takdire şayan bir hareket tarzıdır.

III — Hırsızlığın ikiden ziyade kimse tarafından işlenmesi haline terettüp eden hüküm.

Hırsızlık fiili ikiden ziyade kimseler tarafından birlikte yapılmıca, 491'inci maddede yazılı hallerde cezanın aşağı haddi bir sene hapis iken iki sene hapis, 492'nci maddede yazılı hallerde üç seneden beş seneye kadar hapisken beş sene hapis, 493'üncü maddede yazılı hallerde üç seneden sekiz seneye kadar ağır hapisken sekiz sene ağır hapistir.

Kanun vazının son iki maddede faillerin ikiden fazla olması halinde yukarı haddi vermesi, fakat ilk halde cezanın yukarı haddini vermiyerek sadece aşağı haddini yükseltmesinin makul bir sebebi yoktur.

Failler hakkında ceza tâyin edilirken bunların fiile iştirak derecelerinin gözönünde tutulacağında şüphe yoktur; yani aslî ve fer'i

1) Conti: s.g.e. ve cilt, sh. 543, n. 305.

2) Conti: s.g.e. ve cilt, sh. 543, n. 304.

3) Köseoğlu: s.g.e. sh. 621'deki karar (T.4.C.D., 11/5/945 tarih ve 5187/5078 karar numaralı).

4) Köseoğlu: s.g.e. sh. 622'deki karar (T.4.C.D. 14/10/947 tarih ve esas 10287, karar 12577).

5) Dönmezer: s.g.e. sh. 192 (TCUH. E. 258, K. 195, tarih 21/10/946).

faillerin cezaları 64 ve 65'inci maddelere göre ayrı ayrı hesaplanacaktır.

IV — Cürüm işlemek için cemiyet teşkili suçu ile mukayese.

Ceza Kanunumuz 313'üncü maddesinde cürüm işlemek için cemiyet teşkili suçuna yer vermiş bulunmaktadır. Maddeye göre, "Beş kişi veya daha ziyade kimse adliye veya âmmenin itimadı veya selâmeti veya adabı umumiye ve nizamı aile veya şahıs veya mal aleyhinde cürüm işlemek için bir cemiyet teşkil ettikleri takdirde bunlardan her birisi yalnız cemiyet teşkilinden dolayı beş seneye kadar ağır hapis cezasile cezalandırılır."

Beş veya daha ziyade kimse mal aleyhinde cürüm işlemek için cemiyet teşkil ederlerse, fiil bu maddeye göre ayrı bir suç teşkil edebilmektedir. Acaba hırsızlığın beş veya daha ziyade kimselerce birlikte yapılması halinde tetkik ettiğimiz ağırlatıcı sebep mevcutken bu suç da bahis konusu olabilir mi?

313'üncü maddedeki halde hırsızlık mevzuu olacak mallar gayri muayyendir, daha doğrusu anlaşma muayyen bir suç için değil, fakat henüz tespit edilmemiş suçlar işlemek için yapılmıştır. Halbuki hırsızlığın ağırlatıcı sebebi sayılan halde muayyen bir fiili işlemek için anlaşma yapılmış bulunmaktadır.¹

313'deki suç anlaşmanın yapılması ile tamam olur, halbuki hırsızlığın ağırlatıcı halinde anlaşma ancak hazırlık hareketidir.²

Fakat 313'deki suçun mevcudiyeti tetkik ettiğimiz ağırlatıcı sebebi izale etmez. Bu şekilde cemiyet teşkili ile muayyen bir hırsızlık fiilinin ikaina ikiden ziyade kimse ile başlanmış ise, hem cemiyet teşkili suçundan hem de hırsızlığın ağırlaşmış şeklinden mes'ul olunur.

1) Cogliolo: s.g.e. sh. 318.

2) Carrara: s.g.e. sh. 145.