

ASIL FAİLİ BİLİNMEYEN ADAM ÖLDÜRME VE MÜESSİR FİİL SUÇLARI (TCK. md. 463) ÜZERİNDE BAZI DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Feyyaz GÖLCÜKLÜ

İNCELEMENİN ÖZETİ :

I. 463. MADDENİN GENEL ANLAMI VE ÇEŞİTLİ GÖRÜŞLER
(na. 1 ilâ 4)

II. MADDENİN UYGULAMA ALANI VE UYGULAMA ŞARTLARININ TARTIŞILMASI

a) 463. maddenin «iştirak» halinde işlenen suçlara uygulanabilip uygulanamayacağı (na. 5)

aa) 463. maddenin ilk uygulama şartı : «fiilin» yapılmış olması (na. 6 ilâ 8)

bb) Suçun «doğrudan doğruya beraberce işlenmiş olması» halinde durum (na. 9 ve 10)

İstisna hükmünün iki ayrı şekilde yorumlanması :

1) Tüm sanıklar arasından sadece fer'i nitelikte hareket işleyenlerin ayrılması; Bu yorumdan çıkan sonuçlar (na. 11 ilâ 18)

2) Suçu doğrudan doğruya beraber işleyenlerin hepsinin 463. madde hükmü dışında bırakılması; Bu yorumdan çıkan sonuçlar (na. 19 ilâ 24)

b) Tartışmalardan çıkarılacak sonuçlar (na. 25 ilâ 27) :
463. maddenin uygulanamayacağı haller

III. 463. MADDENİN UYGULANACAĞI HALLER

a) «İştirak» halinde (na. 26 ilâ 31)

b) «İştirak» olmaksızın birlikte işlenen suçlar (na. 32 ilâ 34)

c) Son mülâhazalar

I. 463. MADDENİN GENEL ANLAMI VE ÇEŞİTLİ GÖRÜŞLER:

1. — Uygulamada raslanan bolluğa rağmen Ceza kanunumuzun 463. maddesinin anlamı konusunda bir görüş birliğine varıldığını söylemek mümkün değildir. Bunun sebebini maddenin belki de anormâl hükmünde aramak doğru olur ise de, bu yazımızda biz ne bu hususu, ne de böyle bir hükme ihtiyaç olup olmadığı meselesini tartışacağız. Peşinen ifade etmek isterizki 463. maddenin bir yandan Ceza kanunumuzun *suça katılmıya ilişkin* (mad. 64 ve 65) hükümlerini muhtemelen tamamlamakta; öte yandan da bazı suçların *özel şartlar altında işlenmesi halinde* (suça katılma bahis konusu olmaksızın birlikte işleme) *faillerin nasıl cezalandırılacağı meselesini çözümlenmektedir*. Sözü edilen maddeye göre, «448, 449, 450, 456, 457 inci maddelerde beyan olunan fiilleri birkaç kişi birlikte yapmış olup ta failin kim olduğu belli olamazsa bunlardan her birisi hakkında fiil için tayin edilmiş olan ceza üçte birden yarıya kadar indirilerek hüküm olunur. İdam ve ağır hapis cezalarını istilzam eden fiillerde on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası tayin olunur. Şu kadarki bu kaide fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında tatbik olunmaz.»

Devamlı surette çelişik ve zaman zaman anlamsız kararlara kaynak teşkil etmiş olan söz konusu hükmün doktrin tarafından yorumu dahî maddeye açık bir anlam vermiş görünmemektedir. Durumu örneklerle açıkayalım.

2. — F. EREM'e göre, «Bu madde hükmünü delil yokluğu veya delil kifayetsizliğinin sanıklar aleyhine kabulü şeklinde anlamak lâzımdır. Bu madde vicdanî delil sistemi yerine, bugünkü usûl hukukuna tamamen yabancı olan kanunî delil sistemini vazetmektedir... Bugünkü Ceza Hukuku bir masumu cezalandırmaktansa birkaç suçluyu cezalandırmamayı uygun bulur. Halbuki 463. madde bir suçluyu cezalandırmak için birkaç suçsuzun da cezalandırılmasını emretmektedirki bu da doğru bir görüş değildir... -463. madde hükmü adam öldürme ve müessir fiil cezasını azaltan bir hüküm olarak telâkki edilmemelidir. Faili bilinmeyen adam öldürme müstakil suç sayılmalıdır...» (1); keza bu «... iştirak hükümlerine istisna teşkil eden bir hükümdür» (2).

3. — Y. TUNA'ya göre ise, «... 463. madde öldürme ve müessir

(1) **Türk Ceza Hukuku**, cilt : II, **Hususi Hükümler**, 2. bası, Ankara 1965, s.929.

(2) **Türk Ceza Hukuku**, cilt : I, **Genel Hükümler**, 6. bası, Ankara 1962, s. 527.

fiillerin kanunî hafifletici bir sebebini teşkil etmektedir... ve cezaların şahsiliği esasına aykırıdır...» (3).

4. — Ç. ÖZEK'in inancı 463. maddenin «... esas itibariyle failin belli olmaması halinde değil, faillerin iştirak derecelerinin tayin edilememesi halinde tabik...» edileceği; «... kimin aslî kimin fer'i fail olduğunun belli olmaması halinde...» uygulanacağı yolundadır (4); şu halde madde iştirake ilişkin genel hükümlerin uygulanamayacağı halleri kapsamaktadır.

II. MADDENİN UYGULAMA ALANI VE UYGULAMA ŞARTLARININ TARTIŞILMASI :

a) 463. m. nin «iştirak» halinde işlenen suçlara uygulanabilip uygulanamayacağı :

5. — S. DÖNMEZER'e göre (5), «Adam öldürme yahut müessir fiil birkaç kişi tarafından işlenmiş olup da aslî failin tayin edilememesi faraziyesine çok kere tesadüf olunur. Gayet tabii olarak bu gibi hallerde hakim hakiki aslî faili tayin eylemek için elinden geleni yapması lâzım gelir. Bu suretle tayin eylemenin imkânsızlığı halindedirki 463. madde tatbik olunmak lâzımdır... (Özek tarafından ifade edilen kanat)... -Şu noktaya dikkati çekmek isteriz ki failer aralarında önceden anlaşmıyarak tesadüfen birleşmeleri suretiyle suçun icra hareketlerine girişmeleri halinde de 463. madde kabili tatbiktir... -Meselâ birbirinden habersiz olarak mağduru öldürmek isteyen iki kişinin pusu kurup mağdur geçerken ellerindeki silâhlarla mağdura ateş etmeleri ve çıkan kurşunlardan birinin isabeti ile mağdurun ölmesi ve öldüren kurşunun hangi silâhtan çıkmış bulunduğu tayin edilememesi gibi». İkinci ipotezin ifadesinde «halinde de» kelimesi kullanıldığı cihetle, 463. madde hem iştirak suretiyle, hem de iştirak olmaksızın suçun birlikte işlenmesi durumlarında uygulanacak demektir. Fakat yazarın, yazının müteakip paragrafında vardığı sonuç farklıdır. İfade edilen kanaate göre, «...Ceza kanununun 64. maddesinin 1. bendine göre fiili doğrudan doğruya beraber işleyenler hakkında 463. maddenin uygulanamayacağı, bu maddenin son cümlesi icabıdır... 64. maddenin 1.

(3) «Ceza Kanunumuzun 463. maddesi üzerinde bir inceleme», Ad. Der., yıl : 46, Ağustos 1955, no. 8, s. 744.

(4) «T. C. K. 463. madde - Haksız tahrik halinin şeriklere sirayeti», İst. Huk. Fak. M., cilt : XXVIII, no. 5, s. 505 ve 506.

(5) Ceza Hukuku - Hususi Kısım : Şahıslara karşı ve mal aleyhinde cürümler, 6. bası, İstanbul 1965, s. 94.

fıkrasına göre fiili birlikte *irtikâp edenlerden* hangisinin darbesi, hareketi sonucu failin öldüğü malûm olmıyan hallerde de, ölümü intaç eden darbeyi kimin havale eylediği kabili tayin bulunmamakla beraber, *kanunun iştirak hakkındaki hükümlerine göre bir ceza verebilmek imkânı mevcut olduğundan 463. maddenin uygulanması yoluna, bu halde de, gitmeğe esasen ihtiyaç yoktur*». Şu halde sözü geçen madde aslî madde iştirakin hiçbir şeklinde uygulanamıyacaktır.

aa) 463. maddenin ilk uygulama şartı : «fiilin yapılmış» olması :

6. — Maddede «... filleri birkaç kişi yapmış olup ta ...» denildiğine göre, evvelâ bu maddenin ilk uygulama şartı olan söz konusu cümleyi açıklamak gerekir. Bu «fiiller», zannımızca, suç teşkil eden fiilin icra hareketleri, yani suç neticesini ortaya çıkarmaya *elverişli olan* hareketlerdir; cümleye «...failin kim olduğu belli olmazsa...» diye devam edilmesi de bu anlayışı desteklemektedir. Zira fail (neticeyi ortaya çıkaran kişi) ancak bu nitelikte bir hareketi yapmış olan kişi olabilir. Nitekim bizzat DÖNMEZER de «... her failin (adı) geçen suçlara ait icra hareketlerini yapmış bulunması ve esas mahkemesi kararında bu şartın tahakkuk eylemiş bulunduğunu gösteren kâfi tafsilât ve tavsiflerin mevcut olması lâzımdır ...» (6) demek suretiyle bu hususu, hiç olmazsa zımnen, kabûl etmektedir.

7. — Bu duruma göre gerek «*manevî iştirak*» (aslî manevî iştirak, azmettirme : mad. 64/2; fer'i manevî iştirak : mad. 65/I ve II), gerekse *fer'i maddî iştirak* halleri 463. madde sınırları dışında kalmaktadır.

Keza EREM de bu kanıdadır ve inancını açıkça ifade etmektedir : «Fer'i failerin hiçbiri hakkında 463. madde tatbik edilemez. Çünkü fer'i fail suçu teşkil eden «Fiili» işlemiş değildir... Aslî iştirakin manevî şekli ile de madde hükmü telif edilemez» (7) ve bu sonuç fer'i manevî iştirak için de evleviyetle caridir.

«... Faillerin hareketlerinden biri, neticeyi tahakkuk ettiren harekettir ve fakat bu hareketin kime ait olduğu bilinmemektedir. İşte bu halde 463. madde tatbik olunur ...» demek suretiyle ÖZEK de bu kanaate katıldığını, zımnen ve mefhumu muhalifinden çıkarılmak suretiyle, beyan etmiştir (8).

(6) a.g.e., s. 95.

(7) *Hususi Hükümler*, s. 929 - 930.

(8) a.g.y., s. 506; *Ayni kanaat* : TUNA, a.g.y., s. 755 - 756.

8. — Yargıtay da pek çok kararında bu hususu açıkça belirtmiştir. Nitekim, «... 463. maddenin tatbiki için maznunların ayrı ayrı icraî fiillere iştirak etmiş olması («fiilleri işlemiş olması» şeklinde anlamak gerekir) ve mevzuubahis hadiseye göre maznunların üçünün de müdahile av tüfeklerini istimâl etmiş olmaları şarttır...» (9); «Dinlenen şahitleri (in) ... yalnız birel silâh atılarak M. G.'ün yaralanıp öldüğünü söylemiş olmalarına ve Ceza kanununun 463. maddesinin tatbik edilebilmesi icra hareketlerinin birkaç kişi tarafından yapılıp neticenin hangisinin hareketiyle husule geldiğinin tayin edilememesi haline maksur olmasına ve bir el atışın bir kişi tarafından yapılacağına ve bu. halde ikinci şahsın icra hareketlerinde bulunmamış olacağına göre; mezkur madde sarahatı gözönünde bulundurularak sanıkların kanunî durumunun tayini gerekirken bu hususun düşünülmemesi yolsuzdur» (10).

bb) Suçun «doğrudan doğruya beraberce işlenmiş olması» halinde durum :

9. — Bu konuda aydınlığa kavuşturulması gereken diğer bir husus da kanunun anladığı teknik anlamda fer'i suç ortaklarının (mad. 65), fer'i nitelikte hareket icra eden suç ortaklarından (aslî fail; mad. 64/1) ayrılmasıdır. Gerçekten 64. maddenin suçun «doğrudan doğruya beraberce işlenmesi» hali olarak nitelediği durumlarda suç ortaklarının bir kısmı fer'i fail değil, sadece fer'i nitelikte hareket işleyen aslî faildir. Meselâ adam öldürme suçunda mak-tûlün yalnızca kollarını tutup kendisini mukavemetsiz hale getiren ve bu suretle öldürücü darbenin isabetini sağlayan kişiler gibi.

Suçun doğrudan doğruya beraber işlenmesi halinde 463. maddenin, istisna koyan son cümle karşısında, uygulanamayacağı daha evvel belirtilmişti. Bu kanunî istisna ve açıklığa ek olarak EREM şöyle demektedir : «Malûm olduğu veçhile «suçu doğrudan doğruya beraber işleyenler»in hareketi fer'i mahiyettedir. Bu itibarla suç doğrudan doğruya beraber işleyenler de hattızatında fiili işlemiş olan kimselerde sayılamazlar. Türk Ceza Kanununun 463. maddesinin sonundaki «Şu kadar ki bu kaide fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olmalar hakkında tatbik olunamaz», yolundaki cümlenin manası durumu tavzihten ibarettir. Bu cümle metinde mevcut olmasa idi dai, suç «doğrudan doğruya beraber işleyenler»i

(9) 1. C. D., 10.12.193, 1013/284 : M. ÇAĞLAYAN, En son tadilleriyle birlikte Gerekçeli, Ncu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1962, II, s. 395, no. 15; Kea 5. C. D., 12.2.1953, 59/433 (s. 398, no. 26).

(10) 1. C. D., 25.12.195, 2938/2643 : ÇAĞLAYAN, II, s. 398, no. 28; Keza 4. C. D., 6.5.1952, 481/4817 (s. 399, no. 32).

suçu teşkil eden «fiili işleyenler»den saymağa imkân bulunmadığından aynı neticeye varılacaktı» (11).

Şu halde 463. madde suçu doğrudan doğruya beraberce işlemiş olanlara uygulanamayacaktır. Yargıtay'ın bu konuya dokunan kararlarından birinde aynen şöyle denmektedir : «... Ceza Kanununun 64. maddesinde fiili irtikâp edenlerle doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan bahsedilmiştir. Fiili irtikâp edenler, asıl suçu teşkil eden hareketlere iştirak edenlerdir. Adam öldürmekte... mağdura karşı silâhlarını kullananlar bu cümledendir. Fiili doğrudan doğruya beraber işleyenler ise asıl fiili teşkil eden hareketleri icra etmemekle beraber, bunu icra edenlerle esaslı bir şekilde teşriki mesaide bulunarak, kastolunan neticeyi sağlıyanlardır. Bir yaralamak fiilinde mağduru kollarından tutarak mukavemetsiz bir hale getirmek suretiyle diğer faillerin onu yaralamasını ... sağlıyanlar gibi. Bu suretle 463. madde bir cerh fiilinde mağduru mukavemet edemeyecek bir halde bulunduran faili bu madde hükmünden istisna ederek umumi kaideye göre 64. madde gereğince asıl fail olarak tecziyesini istilzam etmiş ve 463. maddedeki kaidenin husule gelen netice hangisinin fiili eseri olduğu taayyün etmemek şartıyla doğrudan doğruya fiil ile alâkalı ve fiili itmam eden hareketlerin faillerine hasretmiştir. Bu izahattan anlaşılacağı üzere gerek umumi iştirak kaidelerine, gerek 463. maddeye göre bir kimsenin mes'ûl tutulabilmesi için esas şart; icraî hareketlere iştiraktır. Bu müesir fiil vuku bulmakla beraber, buna mütaallik icra hareketlerine iştirak ettikleri her hangi bir surette sabit olmıyanların ecrim edilemeyecekleri nazara alınarak ...» (12).

10. — Fakat gerek 463. maddedeki açıklığa, gerekse yazarların müttefik beyanlarına rağmen bir nokta şüpheli kalmaktadır. Bu da suçu doğrudan doğruya beraber işlemiş olanların hangi anlamda madde hükmü dışında bırakıldıkları; yani bu dışarda bırakmanın şumulüdür. «... Bu kaide fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında tatbik olunmaz ...» ibaresi ne şekilde anlaşılacaktır ?

Bu istisna hükmü iki ayrı şekilde yorumlanabilir :

-
- (11) **Hususi Kısım**, s. 930; Keza Bk. EREM, **Genel Hükümler**, s. 527; S. DÖNMEZER - S. ERMAN, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Umumi Kısım, cilt : II/1,2. bası, İstanbul 1961, s. 519 ve son 526 ve son.
- (12) 5. C. D., 18.12.1951, 4557/4892 : ÇAĞLAYAN, J, s. 399, no. 35; 1. C. D., 20.10.1950, 2850/2394 (s. 400, no. 37); 2. C. D., 3.6.1948, 6150/6200 (s. 401, no. 43).

11. — *Tüm sanıklar arasından sadece fer'i nitelikte hareket işleyenlerin ayrılması :*

1) Suçu doğrudan doğruya beraber işlemiş grup içinde ilk bir ayırımla, fer'i nitelikte harekette bulunanlar, aslî nitelikteki hareket sahiplerinden tefrik olunacak; birinciler konusunda 463. madde uygulanmayacak, fakat diğerlerine 463. madde uyarınca indirilmiş ceza verilecektir. Bu yorum şeklinin ilk ve tabii sonucu, 463. maddenin uygulanmasında fer'i hareket sahiplerinin, aslî harekette bulunanlardan ayrılmasının zaruri olduğu, yani suçu doğrudan doğruya beraber işlemiş sanıklardan her birinin ne yapmış bulunduğu peşinen tespiti, bu hususun subuta ermesi gereğidir.

Bu zaruret grup içinde gerçek fer'i faillerin (mad. 65) bulunması hallerinde de kendisini hissettirmektedir.

Demek ki sözü edilen ispat meselesi bir çözüme ulaşmadıkça 463. maddenin uygulanması bahis konusu olamayacaktır; zira grup içinde «fiili» işlemiyenler de bulunmaktadır.

12. — Yukarıda vermiş bulunduğumuz Yargıtay kararında (Bk. 9. paragraf : 5. C. D., 18.12.1951, 4557/4892), «... Bu suretle 463. madde cerh fiilinde mağduru mukavemet edemeyecek bir halde bulduran faili bu madde hükmünden istisna ederek ... tecziyesini istilzam etmiş ve 463. maddedeki kaidenin husule gelen netice hangisinin fiili eseri olduğu taayyün etmemek şartıyla doğrudan doğruya fiil ile alâkalı ve fiili itmam eden hareketlerin faillerine hasretmiştir ...» diyerek bu yorum tarzını benimsemiştir.

EREM de «Maddeyi (463) bu şekilde anlayınca (463. maddenin yalnızca suçu birlikte irtikâp edenler hakkında uygulanacağı) şu husus üzerinde tereddüd edilebilir : *Fer'i failler veya fiili doğrudan doğruya beraber işleyenler hakkında 463. madde tatbik edilemezse pek çok hadiselerde ceza vermeğe imkân olmayacaktır. Bu mütalâa doğrudur ...*» (13) demek suretiyle bu inançta olduğunu, zımnen, ifade etmektedir.

(13) **Hususi Hükümler**, s. 930; Fakat EREM daha eski tarihli eserinde (**Umumi Hükümler**, 1962, s. 528), benzeri bir olayda, farklı bir sonuca varmaktadır. Nitekim yazara göre, «...bu anlayışın (yani 463. maddenin fer'i faillere ve fer'i nitelikte hareket işleyen aslî faillere uygulanması) bazı mahzurlar tevhit etmesi mümkündür. Bir hadisede 463. maddeye göre karşılıklı ortak sayılan adam öldürme faillerine verilecek olan ceza, bu maddenin koyduğu azamî ceza tenzilâtına tatbik halinde verilecek ceza **ayni hadisenin fer'i failleri olduğu, dolayısıyla haklarında 463. madde değil, 65. madde tatbik edilecek** kimseler hakkındaki ceza

13. — Bu muhakeme ve yorum şeklini tabii hukukî sonuçlarına kadar yürütmek gerekir. Nitekim EREM bunu yapmış; fer'i faillerle fiili doğrudan doğruya beraber işleyenler (fer'i nitelikte harekette bulunanlar olarak anlıyoruz) hakkında pek çok hadisede *ceza vermeğe imkân olamayacağı* sonucuna varmıştır.

Yargıtay ise bu konuda tamamen farklı düşünmektedir. Biraz evvel sözü edilen kararda (Bk. 9. pragraf : 5. C. D. 18.12.1951, 4557/-4892) açıkça «... Bu suretle 463. madde bir cerh fiilinde mağduru mukavemet edemeyecek bir halde bulunduran faili bu madde hükmünden istisna ederek *umumi kaideye göre 64. madde gereğince asıl fail olarak tcziyesini istilzam etmiş ...*» diyerek, EREM'in inancını paylaşmadığını ortaya koymuştur. Kısaca asıl fer'i failer (mad. 65) ve suçu doğrudan doğruya beraber işlemiş grup içinden fer'i nitelikte harekette bulunanlar hakkında EREM'e göre beraet, Yargıtaya göre ise 64. madde (yahut 65. madde) uyarınca mahkûmiyet hükmü verilecektir. EREM'i bu sonuca götüren gerekçeleri bilmemekle beraber, Yargıtayın vardığı sonuç, zannımızca, doğrudur. Zira suçun doğrudan doğruya beraber işlenmesi halinde, fer'i nitelikte harekette bulunan suç ortaklarının bu hareketleri (ve binnetice suça katılmaları) sabit olduğuna göre, kendilerine 64. maddenin 1. fıkrasının uygulanmaması için ortada bir sebep yoktur.

14. — Fakat bu sonucun ortaya garip bir durum çıkardığı da gözden kaçmamaktadır : işleyenler arasında asıl failin kim olduğu bilinemiyen bir adam öldürme yahut müessir fiil suçunun doğrudan doğruya beraber ika olunması halinde, fer'i nitelikte harekette bulunanlar (yani sadece el-kol tutup mukavemeti önliyenler) 64. madde uyarınca tam ceza ile cezalandırılırken, aslî hareketleri icra edenler (meselâ tabanca ile ateş edenler, binnetice adamı öldürenler) 463. maddeye göre hafifletilmiş bir ceza ile cezalandırılmaktadır. Yani daha az önemde hareket işliyenler, önemli hareketi icra edenlerden daha ağır bir cezaya çarptırılmaktadır. İtiraf gerekir ki varılan bu garip sonuç bahis konusu yorum tarzının tabii bir mahsulüdür.

15. — Bu yorumun ortaya, aynı zamanda, diğer bazı meseleler çıkaracağını da kabul gerekir : Doğrudan doğruya beraberce suç işlenmesi halinde 463. maddenin uygulanması için evvelâ, fer'i nitelikte harekette bulunan sanıkları, aslî nitelikte harekette bulu-

tenzilâtı nispeti (yani cezanın yarısı) müsavi cezaya müncer olacaktır. Bu ise aslî ve fer'i failleri tefrik eden ve farklı ceza veren kanunun umumi sistemine aykırı düşer».

nanlardan ayırmak gerektiği cihetle (ayni şekilde fer'i suç ortaklarının -mad. 65- aslî faillerden -mad. 64- ayrılması), bu yapılamıyorsa; yani herbir sanığın ne yaptığını tespit mümkün olmıyorsa nasıl hareket edilecektir ?

ÖZEK bu soruya gayet açık bir cevap vermektedir : «463. madde esas itibariyle failin belli olmaması halinde değil, *faillerin iştirak derecelerinin tayin edilememesi halinde tatbik edilebilmektedir*. Birden ziyade failin birlikte suç işlemeleri halinde, neticenin tahakkuku bakımından faillerin iştirak durumları belli olmadığı takdirde ki ortaya çıkan sorumluluk problemini 463. madde halleylemektedir ...» (14); yani «... iştirak durumunda kimin aslî kimin fer'i fail olduğunun belli olmaması halinde 463. madde tatbik edilir» (15).

Biz şahsen bu görüşe katılmamaktayız. Yukarıda açıkladığımız üzere (Bk. 6 ve 7. paragraflar), 463. maddenin uygulanmasında aranacak ilk şart faillerin suçu vücade getirmeğe elverişli hareketti işlemeleri olduğuna göre (Nitekim bizzat ÖZEK de bu hususu kabûl etmektedir, Bk. 7. paragraf); bütün sanıklar hakkında bu şartın gerçekleştiği ispatlanmadan, adı edilen maddenin uygulanması mümkün olmıyacaktır. Diğer bir deyimle olayda fer'i failer aslî faillerden; yahut fer'i nitelikte harekette bulunanlar, aslî nitelikte hareket işleyenlerden ayrılamıyorsa; 463. maddenin uygulanma imkânı da yok demektir (16).

Suçun, sanık iskemlesinde oturan grup tarafından işlendiği sabit olduğuna göre, suçun sübuta ermediğinden bahisle tüm sanıklar hakkında beraet kararı vermek de, zannımızca, imkânsızdır. Bu durumda verilebilecek karar kanaatımızca :

- Sanıklar arasında fer'i suç ortakları varsa (mad. 65), maddi durum lehe yorumlanarak, sanıkların tamamı fer'i fail sayılacak (en fazla lehe olan durum), yani hepsine Kanunun 65. maddesi hükmü uygulanacaktır;
- Olayda, yani sanıklar arasında, teknik anlamda fer'i fail değil, fakat fer'i nitelikte hareket işleyenlerle aslî nitelikte faaliyette bulunanlar varsa (suçun doğrudan doğruya beraber işlenmesi hali), daha farklı düşünmek gerekir. Sanıkların tamamının aslî fail olmasına rağmen (mad. 64), madem-

(14) a.g.y., s. 505.

(15) a.g.y., s. 506.

(16) Aynı kanaat : Bk. EREM : Bk. 7 ve 9 paragraflar

ki olayda aslî nitelikte hareket işlemiyen en aşağı bir kişi vardır (ve bu da bilinmemektedir), şu halde 463. maddenin ilk uygulama şartı gerçekleşmemiştir ve binnetice bu madde uygulanamıyacaktır. Üstelik, aslî nitelikte hareket icra edenler arasından neticeyi kimin ortaya çıkardığı da bilinmemektedir; demekki en aşağı bir kişi suça «teşebbüs» halinde kalmıştır. Teşebbüs halinde kalan sanık bilinemediğinden ve hepsi de esasen, 64. maddeye göre aslî fail sayıldığından, burada da, - bir evvelki ipotezde olduğu gibi -, maddî durum sanıklar lehine yorumlanarak tamamı «suça teşebbüs» ten hüküm giyecektir. (Bu halde doğrudan doğruya 64. maddenin uygulanabilip uygulanamayacağı konusunda Bk. 23. pragraf). Sanıkların en aşağı suça teşebbüs halinde olduğu ispat edilmiş bulunduğundan, kendilerinin şüpheden yararlanmaları ve beraet hükmü almaları, zannımızca, mümkün değildir : Bunlar için artık bir «suçsuzluk karinesi» bahis konusu olamıyacaktır.

16. — Yargıtayın bazı kararlarının bu anlamı taşıdığını zannetmekteyiz. Şöyleki, «Müdahil O. K. nin iddiasına, şahadete ve kabule göre aralarında esashı husumet bulunan iki taraf gece karşılaştıklarında *bir el av tüfeği atılarak* mağdur ve müdahil O. K. nin muhtelif yerlerinden saçma ile yaralanmış bulunduğu anlaşılmaktadır. 463. maddenin tatbiki için maznunların ayrı ayrı icra fiillerine iştirak etmiş olması ve mevzuubahis hadiseye göre *maznunların üçününün de müdahile karşı av tüfeklerini istimâl etmiş olmaları şarttır*. Halbuki hadisede bir el atıldığı kabûl edilen av tüfeğini bu üç maznundan hangisinin atmış olduğu tespit edilememiş bulunduğundan, müstakil fail tayin olunamamış ise de; *diğer iki maznun icraî faille re iştirak etmemiş olduğundan, 463. maddenin tatbikine kanunen imkân bulunmadığı ve bu takdirde her maznunun maddî fer'i fail durumunda bulunduğu gözetilmeden 463. maddenin tatbiki yolsuzdur*» (17). Keza, «Mağdur ve müdahil İ. in safahattaki ifadelerine göre...; müdahil İ., maznun H. A. ile M. C. den *birinin attığı bir tek tabanca kurşunu ile* alınandan yaralanarak her iki gözü görme hassasını kaybetmiştir. *Atış, tek olmasına nazaran 463. madde tatbik edilemez ise de, her iki maznunun faili aslisi belli olmıyan fer'i fail durumunda buldukları muhakkak (?) iken, oluş, tasvir ve kabûl hilâfına, isabet bulunmayan mütalâa ile beraatlerine karar verilmesi bozmayı muciptir*» (18); «Türk Ceza Kanununun 463. maddesinin

(17) 1. C. D., 10.2.1958, 1013/284 : ÇAĞLAYAN, II, s. 395, no. 15,

(18) 6.10.1959, 1814/2798 : ÇAĞLAYAN, I, s. 271, no. 15,

uygulanabilmesi için *sanıkların öldürme suçunun tamamlanmasına ait icraî hareketlere iştirak etmiş* ve ancak bunlardan hangisinin faili ile ölümünün husule geldiğinin anlaşılammış bulunması şarttır. - Çadır içinde *bir tek silâh atılmış ve bunun sanıklardan hangisi tarafından atıldığı belli olmamış* bulunması halinde 463. maddenin tatbik kabiliyeti yoktur. - Bu halde sanıklardan herbirinin diğerine karşı hukukî durumlarının ise, *aslî maddî faili belli olmayan öldürme suçunun asıl failine müzaheret suretiyle suça fer'an iştirak mahiyetinde kabulü* hukuken zaruri bulunmaktadır» (19).

Belirtmek gerekir ki, muhakeme tarzına katıldığımız söz konusu kararlarda, Yüksek Mahkemece varılan sonuçların da kabulü için, en aşağı fer'i suç ortaklığı durumunun muhakkak ispatlanması gerekir; bu hususun şüpheli kaldığı, yani sanıklardan birinin suça şu veya bu şekilde katılmadığının muhtemel bulunduğu hallerde, en fazla lehe olan durumdan bütün sanıkları faydalandırarak beraet kararı vermek gerekecektir.

Ceza Genel Kurulunun bir kararında da (20) «Kullanılan tabancanın, suçun ikanda kullanılan tabanca olduğu anlaşıldıktan sonra, tabancanın hangi maznun tarafından kullanıldığının bilinemeyeceği gerekçesiyle, her iki maznunun beraetleri cihetine gidilemez. Bu gibi ahvalde Türk Ceza Kanununun 65. maddesinin tatbiki gerekir» denilmiştir. Genel Kurulu bu sonuca götüren düşünce, zannımızca, olayda sanıklardan birinin, hangisi olduğu bilinmemekle beraber, diğerine muhakkak tabanca verdiğinin yahut fer'i surette kendisine destek olduğunun farzolunmuş bulunmasıdır. Halbuki iki sanıktan birinin kendisine ait tabanca ile ateş etmiş olması; yahut diğer sanığın fer'i müzaheret ve muavenette bulunmamış olması, hatta suçun işlenmesini önlemeye çalışmış bulunması dahi muhtemeldir; veya tamamen aksine iki sanık suçu doğrudan doğruya beraber de işlemiş olabilir. Bütün bu ihtimaller üzerinde durmadan, «hukukî zarurettten» bahsile fer'i iştiraki var saymak ve bu faraziyeyle dayanarak karar vermek zannımızca hatalıdır.

17. — Nitekim Yüksek Mahkeme diğer bazı kararlarında bu hususa açıkça temas etmiştir : «Dinlenen şahitler maktûl ve arkadaşlarının köye dönüşleri sırasında yalnız bir el silâh atılarak M. G. ün yaralanıp öldüğünü söylemiş olmalarına ve Ceza Kanununun 463.

(19) 1. C. D., 20.2.1963, 273/401 : DÖNMEZER, a.g.e., s. 96, (Son İçtihatlar, 1964 nisan, no. 193, s. 5858 - 5861)'den naklen.

(20) 20.10.1963, 1 - 36/27 : DÖNMEZER, a.g.e., s. 96 (İl. Kaz. İçt., 1964, no. 37, s. 2680)'den naklen.

maddesinin tatbik edilebilmesi icra hareketlerinin birkaç kişi tarafından yapıp neticenin hangisinin hareketiyle husule geldiğinin tayin edilememesi haline maksur olmasına ve bir el atışın bir kişi tarafından yapılacağına ve bu halde ikinci şahsın icra hareketlerinde bulunmamış olacağına göre; mezkûr madde sarahatı gözönünde bulundurularak sanıkların kanunî durumlarının tayini gerekirken bu hususun düşünülmemesi yolsuzdur» (21); ve «463. madde ile ceza tayini için, birden ziyade kimselerin suçu birlikte yapmış olmalarının meşrut olmasına ve hadisede her iki sanığın değil, tespit edilemiyen yalnız birinin taş atmış olmasına göre; tahkikat ile bunun tesbitine çalışılmasının ve mümkün olmazsa *bir günahsız mahkûm etmektense her ikisinin beraetine karar verilmesinin zaruri bulunduğu* gözetilmeden, her ikisinin mahkûmiyetlerine karar verilmesi yolsuzdur» (22). Nihayet «Maznunların *hangisinin ateş ettiği ve hangisinin hayvanı öldürdüğü ve maznunların hepsinin ef'ali icraiyyeye iştirak edip etmedikleri meçhûl kaldığı* mahkemece kabûl edilmiş olmasına göre; hadiseye veçhi taâllûku izah kılınmadan 65. maddenin tatbiki suretiyle maznunların yazılı şekilde (mad. 521/1, 65) mahkûmiyetlerine karar verilmesi kanun hükümlerine aykırıdır» (23).

18. — Yargıtayın aynı konuya dokunan diğer bir kararı da (24) bu anlayışımızı desteklemektedir : «... bu davada *dört kişiden ibaret olan sanıkların otuz metre mesafeden attıkları tahakkuk eden taşlarla mağdurlardan B. in vücudunun muhtelif üç yerinde yara... husule geldiği... raporda yazılı bulunmasına ve bu üç arızadan hepsinin sanıklardan yalnız bir tek veya ikisinin veyahut üçünün attığı taşlardan husule gelmesi kabil olup bu takdirde ise taşları isabet edenlerin tahakkuku halinde bunların suçta müstakil fail ve taşları hedefe isabet ettirmeyen veya ettiremeyenler ise müssir fiilin müteşebbisi durumunda kalacakları şüphesiz bulunmasına ve hadisede ise müstakil fail taayyün etmemiş olduğuna göre; sanıkların her dördü hakkında 463. maddenin tatbiki zaruri bulunduğu halde... yazılı şekilde karar verilmesi yolsuzdur.» Yüksek Mahkeme, bütün sanıklar taş attığı («fiili işlediği», «birlikte irtikâp») için yerinde olarak 463. maddeyi uygulamıştır. Sanıklar arasında bir de fer'i nitelikte harekette bulunan (meselâ mağdurun sadece yolunu kesip*

(21) 1. C. D., 25.12.1952, 2938/2643 : ÇAĞLAYAN, II, s. 398, no. 28.

(22) 4. C. D., 6.5.1952, 4817/4817 : ÇAĞLAYAN, II, s. 399, no. 32; 5. C. D., 18.12.1951, 4557/4892 (Bk. 9. paragraf); 1. C. D., 20.10.1950, 2850/2394.

(23) 6. C. D., 19.3.1960, 5015/2916 : ÇAĞLAYAN, I, s. 269, no. 7.

(24) 4. C. D., 11.11.1952, 8480/10018 : ÇAĞLAYAN, II, s. 398, no. 29.

kaçmasını önliyen) kişi bulunsaydı, 463. madde uygulanamayacağına göre, ve grup içinde «müteşebbisi» de kabûl ettiği cihetle, muhtemelen sanıkların tümü hakkında «suça teşebbüsten» ceza verilmesini uygun görecekti. Diğer bir kararda da (25) aynen şöyle denmektedir : «463. maddenin uygulanabilmesi için, fiilin icraî hareketlerine sanıkların iştirak ettikleri tahakkuk etmekle beraber, husule gelen neticenin bunlardan hangisinin fiili eseri olduğunun tespit edilmemiş olması iktiza eder. Eğer böyle bir vaziyette husule gelen neticenin sanıkların her hangi birinin fiilinden mütehassıl olduğu tayin olunan hallerde umumi iştirak kaidelerine göre herbirinin iştirak derecesine göre kendi fiilinden sorumlu tutulması yani aynı kasıt altında icraî hareketlere iştirak edenlerin müteşebbis olarak tecziye edilmelerine mukabil husule gelen neticeyi sağladığı taayyün eden failin tam fiilden sorumlu tutulması zaruridir. 463. maddede, bu madde hükmünün fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında tatbik olunamayacağı yazılıdır... (zira bunlar icraî hareket işlememişlerdir)... Bu müessir fiil vuku bulmakla beraber, buna mutaallik icraî hareketlere iştirak ettikleri her hangi bir surette sabit olamayanların tecrim edilemeyecekleri nazara alınarak ve deliller bu dairede tetkik olunarak zorla kaçırılan mağdura karşı bilihtiyar ika olunan fiili müessirden dolayı sanıkların mes'ul tutulup tutulamıyacaklarının tayini ile ona göre hüküm tesisi lüzumundan zuhûl olunması yolsuzdur.» Her noktasına katılamıyacağı-mız (26) bu karardan çıkan genel anlam, zannımızca, iştirake ilişkin genel hükümler uygulanamadığı takdirde ve her şerikin iştirak derecesi de tespit edilemiyorsa, en fazla lehe olan durumun bütün sanıklara teşmilidir.

19. — *Suçu doğrudan doğruya beraber işleyenlerin hepsinin 463. madde hükmünün dışında bırakılması :*

2) Suçun doğrudan doğruya beraber işlenmiş olması halinde 463. maddenin uygulanamayacağı ibaresinin ikinci yorum şekli ise, bu surette suç işleyenlerin (yapılan hareketlerin niteliği bakımından bir ayırimda bulunmaksızın) hepsinin madde hükmü dışına çıkarılacağı; yani sanıkların tamamına 463. madde dışında bir hükmün (eğer varsa) uygulanacağıdır.

Gerek doktrinde, gerekse mahkeme kararları arasında bu anlayışı destekler görünen görüşlere raslanmaktadır. Meselâ yukarıda

(25) 5. C. D., 18.12.1951, 4757/4982 : ÇAĞLAYAN, II, s. 400, no. 35.

(26) Umumi iştirak hükümlerinin uygulanmasında (mad. 64), müteşebbis ile tam suç faili ayrılmaksızın hepsine tam suç cezası verilmek gerekir. Olayda fer'i suç ortakları da varsa, onlara da 65. madde uygulanacaktır.

tespit edildiği üzere (Bk. 5. paragraf) DÖNMEZER, «... 64. maddenin 1. fıkrasına göre fiili birlikte irtikâp edenlerden hangisinin darbesi, hareketi sonucu failin öldüğü malûm olmayan hallerde de, ölü mü intaç eden darbeyi kimin havale eylediği kabili tayin bulunmakla beraber, kanunun iştirak hakkındaki hükümlerine göre bir ceza verebilmek imkânı mevcut olduğundan 463. maddenin uygulanması yoluna, bu halde de, gitmeğe esasen imkân yoktur» demektedir. Fiili birlikte irtikâp edenler dahi, bu suretle, tüm olarak madde sınırları dışına çıkarıldığına göre; suçu doğrudan doğruya beraber işleyenlerin sadece bir kısmına (aslî nitelikte fiil işleyenler) maddeyi uygulamak mümkün olamayacaktır; zira suçu doğrudan doğruya işleyenlerin bu grupu, esasında, fiili birlikte irtikâp edenlerden hiçte farklı değildir. ÖZEK de, daha muğlâk olmakla beraber, şöyle demektedir (27) : «... faillerden birinin hareketi ile netice arasındaki illî bağ kurulduğu takdirde, o fail için 463. madde tatbik olunamaz. Nitekim 463. maddenin son fıkrası, *fiili doğrudan doğruya beraber işleyenler hakkında 463. maddenin tatbik olunamayacağını belirtmektedir. Bu hüküm evleviyetle fiili irtikâp eden için de bahis konusudur.* Fer'i failerin iştirak durumları ise, çok zaman, belli olacağından, bir ihtilâf ortaya çıkmayacaktır (?). Nitekim, iştirak halinde fiilin ikat halinden çok, iştirak olmaksızın fiilin çok fail tarafından işlenmesi halinde 463. madde tatbik imkânı bulmaktadır. İştirak durumunda da kimin aslî kimin fer'i fail olduğunun belli olmaması halinde 463. madde tatbik edilir». Anladığımızı göre ÖZEK de, 463. madde uygulanırken, suçu doğrudan doğruya beraber işleyenler arasında bir ayırım yapmağa taraftar değildir; kendisi «birlikte irtikâp edenleri» dahi maddenin uygulama alanına sokmamaktadır. Kaldığı ÖZEK'e göre iştirakte 463. madde sadece fer'i (mad. 65) ve aslî (mad. 64) suç ortaklarının ayrılmasına halinde uygulanacaktır.

20. — Yargıtayın da «istisna» yı bu anlamda yorumlar görünen kararları vardır. Nitekim, «Ceza kanununun 463. maddesi, fiili birlikte işlemek haliyle doğrudan doğruya beraber işlemek halini birbirinden ayırmış ve bu son vaziyette 463. maddenin tatbiki lâzım gelmeyeceğini de belirtmiş ve *sanıkların ayrı ayrı silâh kullanmaları fiili doğrudan doğruya birlikte («beraber» okumak lâzım) işledikleri manasını tazammun etmemiş olmasına göre, hadisede 64. maddenin*

(27) a.g.y., s. 506.

(28) «...Kanun, fiili doğrudan doğruya beraber işleyenlere dahi 463. maddeyi tatbik etmediğine göre, irtikâb edenler için 463. maddenin tatbiki hiç söz konusu olamaz», a.g.y., s. 506.

tatbiki yolsuzdur» (29) : Yargıtaya göre fiilin birlikte irtikâbı halinde 64. madde değil behemahâl 463. madde uygulanacağından, doğrudan doğruya beraber işleme halinde, sanıklar arasında tefrik yapılmaksızın, 463. madde değil 64. madde uygulanacak demektir. Aynı şekilde, «Sanıkların sopa ve taşlarla mağduru dövdükleri... anlaşılmasına göre; sanıkların bu suçu birlikte işlemiş oldukları sabit olduğu cihetle, 463. maddenin son fıkrasının sarahatı muktezası bu suçlara maddenin birinci fıkrası hükmü tatbik edilemeyeceğinden tebliğnamedeki tashihi karar isteği yerinde görülmemiştir» (30); «Her iki maznunun da sokaktan geçmekte olan maktûle hücum edip onu yakaladıktan ve beraberce sürükleyerek evin içine soktuktan sonra, taşıdıkları bıçaklarla vücudunun muhtelif yerlerinden yaraladıkları ve ayrıca sopalarla da dövdükten sonra oda içinde bulunan direğe iple bağladıkları tahkikat neticelerine uygun şekilde tasvir ve kabûl edilmiş, ölümü intaç eden karına nafiz bıçak yarası ile ölümü tacil eden göğüsteki diğer bıçak yarasından başka maktûlün vücudunun diğer yerlerinde müteaddid kesici ve raddi yaraların mevcut olduğu muayene raporunda tespit olunmuş, hadisenin şu cereyan şekline göre dahi maznunlardan birisinin yardımı inzimam etmeksizin fiilin irtikâbı mümkün bulunmamış, böylece *her iki maznunun suçu doğrudan doğruya beraber işledikleri tahakkuk etmiş olduğu halde*, isabet bulunmayan mütalâalarla hadisede tatbik kabiliyeti bulunmayan 463/1 inci maddenin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini yolsuzdur» (31).

Sonucuna tamamen katıldığımız son iki kararda, hareketlerin yanlış tavsifle, «birlikte irtikâp» ve «doğrudan doğruya beraber işleme» hallerinin birbirine karıştırılmış olması bir yana; sanıklar arasında, işledikleri hareketlerin niteliği yönünden, hiçbir ayırım tartışılmaksızın 463. maddenin uygulanması berataraf edilmiştir.

21. — 463. maddenin uygulanabilmesi için aslî nitelikte hareket işleme şartını aramayan görüş de, netice itibariyle bu yorum şekline müncer olmaktadır. Gerçekten sözü edilen maddenin uygulanma şartı olarak aslî nitelikte hareketin işlenmesi aranmayınca, suçu doğrudan doğruya beraber işleyenler arasında bir ayırım yapmak anlamsız olacaktır; böyle bir ayırım yapılmayınca da suçu doğrudan doğruya beraber işleyenlerin hepsinin, hükmün mantığı değil sadece maddedeki sarahat icabı, madde hükmü dışında bırakılması zaruridir.

(29) 1. C. D., 19.9.1952, 1818/1741; ÇAĞLAYAN, II, s. 399, no. 30.

(30) 1. C. D., 8. 10. 1948, 2413/1827 : ÇAĞLAYAN, II, s. 401, no. 42.

(31) 1. C. D., 2.2.1960, 1871/258 : ÇAĞLAYAN, I, s. 262, no. 4.

ÖZEK'in 463. maddeyi fer'i ve aslî faillerin ayrılacağı hallerde inhisar ettiren görüşü bizi sonuç olarak bu noktaya götürecektir : 463. maddenin fer'i faillerle aslî faillerin tefrik edilemediği durumlarda uygulanması demek, madde hükmünün öldürücü yahut yaralayıcı nitelikte harekette bulunmayanlara da uygulanacağını kabûl etmek demektir. Yani bu görüşe göre 463. maddedeki «... beyan olunan fiilleri birkaç kişi birlikte yapmış olupda...» ibaresini, «sonucu ortaya çıkarmağa yeterli hareketler» anlamında almak hatalıdır (Bk. 8. ve son. paragraflar).

4. Ceza Dairesinin pek kısa ve bu sebeple anlaşılması güç bir kararını (32) bu açıdan tartışmak faydalı olacaktır. Adı edilen Daire de, muhtemelen, işlenen «fiilin» suç neticesini ortaya çıkarmağa elverişli olup olmadığına bakmamaktadır. Bu karar uyarınca, «Birinci fıkraya (mad. 463) giren yaraların iki ve sanıkların üç olmasına göre, 463. maddenin uygulanması lüzumunun gözetilmemesi yolsuzdur». Mahiyetini bilemeyeceğimiz olayda dört ihtimâl düşünülebilir : - ya sanıklardan biri «icra hareketlerine» başlamamıştır; - ya kendisi 65. maddenin anladığı manada fer'i faildir; - yahut suç «doğrudan doğruya beraber» işlenmiştir, yani bir sanık bizim anladığımız manada «fiil» (yaralamaya yeterli hareket) işlememiştir; - nihayet sanıklardan biri anladığımız anlamda «fiil» işlemiştir, fakat bu hareket suç objesine (vücuda) intikâl etmemiştir : Hakim kanaata göre ve bizce ilk üç halde 463. madde uygulanamayacak; sözü edilen madde sadece son ipotezde tatbik imkânı bulacaktır. İlâve edelim ki yukarıda bahsolunan durumlardan hangisi ispanlanmışsa, - ispatlanan durumun faili belli olmadığı için -; bu maddî duruma uygun düşen karar (beraet, fer'i iştirak, suça teşebbüs ve nihayet 463. madde) bütün sanıkları kapsar şekilde verilecektir (Bk. 15 ve 26. paragraflar).

22. — Aslî maddî iştirake ilişkin genel hükümlerin uygulanmasında (mad. 64/1), bhusus suçun doğrudan doğruya beraberce işlenmesi halinde, kanun herbir suç ortağının ne yaptığını aramaktadır; yani 64. maddenin 1. fıkrası uygulanırken aslî ve fer'i nitelikte harekette bulunanları birbirinden ayırmağa lüzum yoktur. Bu sebeple ikinci yorum şeklinin kanunun genel sistemine daha uygun olduğunu; ve üstelik fer'i nitelikte «fiil» işlemiş olanların, aslî nitelikte harekette bulunanlardan daha ağır bir ceza ile cezalandırılması gibi anormâl bir durumu önlediğini (Bk. 14. paragraf) itiraf ve kabûl gerekir.

(32) 13.5.1952, 5091/5091 : ÇAĞLAYAN, II, s. 399, no. 31.

23. — Fakat, aynı zamanda, 64. maddenin, incelemekte olduğumuz ipotezde (şeriklerden birinin hareketinin suç objesine intikâl etmemiş olması ve hareketi objeye intikâl etmiyen şerikin tespit edilememesi) gerçekten uygulanabilip uygulanamayacağı sorunu da sormak gerekir. Bu ipotezde suç ortaklarından biri suça teşebbüs halinde kalmıştır ve 64. maddenin tefriksiz bütün ortaklara uygulanması, «teşebbüs» sanığının tam suç cezasıyla cezalandırılacağı anlamına gelmektedir. Bu açık adâletsizlik bir yana, bu tip bir olayda, zannımızca, 64. madde muhtemelen uygulanamayacaktır. Zira söz konusu ipotezde, maddenin (64/1) anladığı anlamda bir iştirakin mevcut bulunmadığı ileri sürülebilecektir. Bu görüş tarzı benimsendiği takdirde benzeri olaylarda, artık 64. madde yoluyla değil; sadece ispatlanmış maddî durumlardan hareketle (suça teşebbüs) ve bu durumu bütün sanıklara teşmil ederek ceza tertibi gerekecektir (Bk. 15. paragraf). Bilhassa dikkati çekmek isterizki bu görüş, bir yandan adam öldürme ve müessir fiil suçları, öte yandan diğer suçların doğrudan doğruya beraberce işlenmesi ve asıl failin belli olması halinde farklı tecziye gibi bir anormalliği de ortadan kaldırmaktadır. Durum suçun, aynı şartlar altında, birlikte irtikâp edilmesi halinde de değişmiyecektir. Kanun koyucunun, asıl faili bilinmemeyen «birlikte suç irtikâbı» hallerinde adam öldürme ve müessir fiil suçlarını (bunlarda 463. madde uygulanacaktır) diğer suçlardan niçin ayırdığı sorusuna gelince; buna da cevabımız, adam öldürme ve müessir fiil suçlarının kanun koyucu tarafından, muhtemelen daha vahim sayılmış bulunduğu olacaktır. Kaldığı 463. madde uyarınca tayin edilecek ceza ile, suça teşebbüs cezası arasındaki fark zannedildiği kadar da önemli değildir (Bk. 35. paragraf).

24. — Bu iki farklı yorum şeklinin pratikte bizi pek aykırı sonuçlara götürmemesine (33); hatta yarattığı anormâl duruma rağmen (Bk. 14. paragraf) biz şahsen birinci yorumun 463. madde hükmüne ve kanunumuzun genel sistemine daha uygun olduğu kanaatindeyiz: İkinci yorum tarzını benimseyip, suçu doğrudan doğruya beraber işleyen tüm sanıkları 463. madde dışına çıkardığımız takdirde; bu sonucu suçun «birlikte irtikâbı» halinde de kabul zaruridir ve bu yoldan, adı edilen maddenin, «iştirak» hallerine uygulanamayacağı neticesine varmak gerekir. Bizim 463. maddemize benzer (kavgada birinin ölmesi yahut yaralanması) hüküm ihtiva eden bazı yabancı kanunlar, istisnaî hüküm uyarınca cezalandırılacakların «fiilen darbe vuranlar» olduğunu açıkça belirtmişlerdir (34). Üste-

(33) Bk. 11, 14, 15, 19 ve 23. paragraflar.

(34) İspanyol Ceza Kanunu (1944), mad. 408 : *Codes Pénaux Européens*, II, s. 490.

lik, birinci yorum şeklinin müncer olduğu ve bizim «anormâl» olarak nitelediğimiz durum, «teşebbüs» sanığının tam suç cezasıyla cezalandırılmasından daha adildir.

b) *Tartışmalardan çıkarılacak sonuçlar :*

25. — Yukarıda uzun uzun tartıştığımız çeşitli görüş ve durumları özetliyecek olursak diyebiliriz ki :

— 463. maddenin uygulanabilmesi için herşeyden evvel, bütün faillerin «suçun icraî hareketini» işlemeleri; yani ölüm yahut yaralama sonucunu ortaya çıkarmağa yeterli bir harekette bulunmaları gerekmektedir. Bu sebeple :

Suçun aslî ve fer'i manevî faillerine;

Suçun fer'i faillerine;

Suçun doğrudan doğruya beraber işlenmesi halinde fer'i nitelikte harekette bulunanlara 463. madde uygulanamaz.

Keza fer'i faillerle aslî faillerin; suçun doğrudan doğruya beraber işlenmesi durumunda, fer'i nitelikte hareket işleyenlerle, aslî nitelikte hareket işleyenlerin ayrılmaması hallerinde de söz konusu madde uygulanamayacaktır. Bu son halde iştirake ait genel hükümleri uygulamak da, zannımızca, mümkün olmadığından; sübuta ermiş «en fazla lehe olan durumdan» bütün sanıkların faydalanması gerekir.

26. — Sanıklar arasında «fiili» işlemek şöyle dursun, hiç icra hareketine geçmemişler varsa, 463. maddenin uygulanması gene bahis konusu değildir. Bu halde ortada birlikte suç işlemiş bir grup değil; fakat içinde suçsuz bir kişi bulunan bir suçlular grubu vardır. Bu grup içinde sanıklardan hangisinin icra hareketine geçmediği, yahut kimlerin «icraya» geçtiği tespit edilmeden, sanıklara değil 463. maddenin uygulanması, Ceza kanununun hiçbir hükmü tatbik edilemeyecektir. Benzeri durumlarda verilebilecek tek karar, suçsuzluk karinesi sonucu, beraet hükmü olacaktır ve bu hüküm bütün sanıkları kapsayacaktır. Bu nokta üzerinde ısrarla durmak gerekir. Yargıtay da bir kısım kararlarında bu hususu açıkça belirtmiştir : «463. madde ile ceza tayini için, birden ziyade kimselerin suçu birlikte yapmış olmalarının meşrut olmasına ve hadisede her iki sanığın değil, tespit edilemiyen yalnız birisinin taş atmış olmasına göre; tahkikat ile bunun tespitine çalışılmasının ve mümkün

olmazsa bir günahsız mahkûm etmektense her ikisinin beraetine karar verilmesinin zaruri bulunduğu gözetilmeden her ikisinin mahkûmiyetine karar verilmesi yolsuzdur» (36); «Türk Ceza Kanununun 463. maddesinin tatbik edilebilmesi için her iki sanığın silâh kullanmaları ve ölümüne hangi silâhın mermisinin sebep olduğunun tayin edilememesi şart olup, mahkemece yalnız bir silâhın kullanılmış olduğu ve ancak silâhın hangi sanık tarafından kullanıldığıнын tespit edilemediğinin kabûl edilmiş olmasına göre; olayda 463. maddenin tatbik edilemeyeceğinin düşünülmemesi yolsuzdur» (37); «Müşteki her iki maznunun da çifte tüfekleriyle ateş ettiklerini, hangisinin ateşi ile yaralandığını bilmediğini beyan etmiş, hadisenin bir görgü şahidi bulunmamış olmasına göre; raporu veren tabibden ve silâh fenninden anlayan bir bilirkişiden müştekinin vücudunun muhtelif nahiyelerinde görülen yaraların bir çifte tüfeğinden çıkan ve dağılan saçma tanelerinin isabeti ile mi, yoksa birden fazla ateşle mi husulü mümkün olduğu tesbit edilerek neticesine göre Türk Ceza Kanununun 463. maddesinin tatbiki lüzumundan zuhûl olunması yolsuzdur» (38); «Dinlenen şahitler maktûl ve arkadaşlarının köye dönüşleri sırasında yalnız bir el silâh atılarak M. G. ün yaralanıp öldüğünü söylemiş olmalarına ve Ceza Kanununun 463. maddesinin tatbik edilebilmesi için icra hareketlerinin birkaç kişi tarafından yapılıp neticesinin hangisinin hareketiyle husule geldiğinin tayin edilmemesi haline maksur olmasına ve bir el atışın bir kişi tarafından yapılacağına ve bu halde ikinci şahsın icra hareketlerinde bulunmamış olacağına göre; mezkûr madde sarahatı gözönünde bulundurularak sanıkların kanunî durumlarının tayini gerekirken bu hususun düşünülmemesi yolsuzdur» (39).

27. — Bu sebeple Yüksek Mahkemenin, «...Halbuki, hadisede bir el atıldığı kabûl edilen av tüfeğini bu üç maznundan hangisinin atmış olduğu tespit edilememiş olduğundan, müstakil fail tayin olunamamış ise de; diğer iki fail icraî fiillere iştirak etmemiş olduğundan, 463. maddenin tatbikine imkân bulunmadığı ve bu takdirde her maznunun maddî fer'i fail durumunda olduğu gözetilmeden 463. maddenin tatbiki yolsuzdur» (40); «Birinci fıkraya (mad. 463)

(36) 4. C. D., 6.5.1952, 4817/4817 : ÇAĞLAYAN, II, s. 399, no. 32.

(37) 1. C. D., 20. 10.1950, 2850/2394 : ÇAĞLAYAN, II, s. 400, no. 37; 2. C. D., 8.6.1948, 6150/6200 : (s. 401, no. 43).

(38) 2. C. D., 14.5.1960, 3919/5262 : ÇAĞLAYAN; II, s. 392, no. 6.

(39) 1. C. D., 25.12.1952, 2938/2643 : ÇAĞLAYAN, II, s. 398, no. 28; C. U. H., 17.6.1957, 1/31 - 40 (s. 396, no. 20).

(40) 1. C. D., 10.2.1958, 1013/284 : ÇAĞLAYAN, II, s. 395, no. 15; meğerki bir kısım sanığın fer'i fail olduğu ispatlanmış bulunsun.

giren yaraların iki ve sanıkların üç olmasına göre, 463. maddenin uygulanması lüzumunun gözetilmemesi yolsuzdur», «456. maddenin 2. fıkrasına giren kırıklığın tek ve sanıkların iki kişi olmasına göre, 463. maddenin gözetilmesi gerekirken zuhûl olunması yolsuzdur», «Maktûldeki ölümü mucip tek yaranın sanıklardan hangisinin fiili neticesi olduğunun tamiki ile tayin edilmediği takdirde 463. madde hükmünün nazara alınması icap edeceğinin düşünülmemesi yolsuzdur», «Mağdurun belindeki yaranın sanıkların hangisinin vurması ile husule geldiği anlaşılamamasına göre; Z. hakkında 463. maddenin tatbiki lüzumundan zuhûl olunması yolsuzdur», «İlk raporda tespit edilen yaralardan her birinin kaçır gün işten bırakacağı doktora tayin ettirilmek ve yirmi gün ve daha ziyade işten bırakan yara sanıkların adedine göre üçten eksik ise sanıkların faili gayri muayyen kabulüyle 463. maddenin tatbiki gerekirken zuhûl olunması yolsuzdur» diyen kararlarına katılmak mümkün değildir; meğer ki bütün bu olaylarda bütün sanıkların icra hareketlerine geçmiş oldukları ispatlanmış ola.

Şu halde 463. maddeyi «...delil yokluğu veya delil kifayetsizliğinin sanıklar aleyhinde kabulü şeklinde anlamak...» gereği; bu maddenin bir suçluyu cezalandırmak için birkaç suçsuzun da cezalandırılmasını...» emrettiği (42) mülâhazaları zannımızca yerinde değildir.

III. 463. maddenin uygulanacağı haller :

a) *İştirak halinde :*

28. — İncelenmekte bulunduğumuz hükmün hangi durumlarda uygulanamayacağını tespit etmiş bulunuyoruz. Şimdi de bu maddenin hangi hallerde uygulanabileceğini araştıralım.

EREM'in açıkça belirttiğine göre «...463. madde suçu birlikte irtikâp edenler hakkında tatbik olunacaktır; şu şartlaki asıl failin bunlar arasından hangisi olduğu bilinmiş olmasın» (43). Katıldığımız bu inancın ifade ettiği anlamı açıklamak gerekir. Şöyleki:

463. madde iştirak halinde «birlikte irtikâb» in her türlü şeklinde, yani 64. maddenin 1. fıkrasının «birlikte irtikâb» durumunun

(41) 4. C. D., 13.5.1952, 5091/5091 ve 1. C. D., 10.5.1949, 3835/7109 : ÇAĞLAYAN, II, s. 399, no. 31 ve s. 400, no. 35.

(42) Bu konularda Bk. TUNA, a.g.y., s. 744 ilâ 746.

(43) **Hususi Hükümler**, s. 930.

bahis konusu olacağı bütün ipotezlerde uygulanamaz. Kanaatimizce, genel hükmün bütün suçlar için öngördüğü bir hali, adam öldürme ve müessir fiil suçlarında, özel bir hüküm ile genel hüküm dışında bırakmayı mantıken izah mümkün değildir. 64. madde suçu birlikte irtikâb edenleri tam suç cezasıyla eşit şekilde cezalandırırken, suça katılanların hareketleri arasında, neticeye etkisi bakımından bir ayırım yapmamaktadır. Müşterek düşmanlarını öldürmek için anlaşılan iki kişinin pusu kurarak birlikte ateş etmeleri; bunlardan birinin maktûlü kalbinden, diğerinin ise ölümü intaç etmiyecek şekilde vurması halinde, faillerden hangisinin kalpten vurduğunu araştırmağa ve yapılacak tespite göre iki sanığın cezasını farklılaştırmağa yer yoktur; her iki sanığa da doğrudan doğruya 64. maddenin 1. fıkrası uygulanarak, iştiraktan dolayı, tam suç cezası verilecektir. Aksi takdirde suçun iştirak halinde birlikte işlenmesinin hiçbir anlamı kalmıyacaktır; 64. maddenin bu hükmü pek çok halde uygulanamayacaktır.

29. — Bu sebeple Yargıtayın «Maznun H. ve arkadaşları H. ve H. maktûlü, parasını almak için öldürmeğe karar verip bu kararı icra etmiş bulunmalarına ve müşareketi mütesaviye kaidesinin evvelce takarrür etmiş bir ittifak neticesi işlenen öldürme suçlarında tatbiki kaabil olamayacağı düşünülmeden maznun H. in cezasından 463. madde ile indirme yapılması yolsuzdur» (45); «Maznunların, mağduru müştereken dövdükleri kabûl edilerek 64. madde tatbik edilmiş olmasına rağmen, faili müstakili gayri muayyen olduklarından bahisle 463. maddenin de tatbik edilmesi yolsuzdur» (46); «Sanıkların her ikisinin de mağdur V. ve M. yi 456/4 üncü maddenin fıkrasındaki müessir fiile iştirakleri tahakkuk ettiği halde, bu suçtan dolayı haklarında 463. maddenin tatbikine yer verilmesi yolsuzdur» (47); «Her iki suçlunun birlikte A. yı parasına tamaen aynı kasıt altında kayışla boğarak öldürdükleri ve şu suretle suçun iki suçlu tarafından beraberce işlenmiş olduğu mahkemece kabûl edilmiş olduğu halde, 64/1 ve 463/son'uncu maddeler sarahatına karşı hem 64. madde yoluyla hem de aslî faili belli olmadığından bahisle tenakuza düşülerek 463. maddenin tatbik olunması yolsuzdur» (48) diyen kararlarına katılmaktayız.

(44) Aynı kanaat : ÖZEK : a.g.y., s. 506.

(45) 1. C. D., 3.6.1958, 3233/1447 : ÇAĞLAYAN, II, s. 394, no. 12; 1. C. D., 3.6.1958, 2881/1467 (s. 394, no. 11).

(46) 4. C. D., 24.1.1956, 6171/5626 : ÇAĞLAYAN, II, s. 397, no. 23.

(47) 4. C. D., 28.1.1953, 12471/864 : ÇAĞLAYAN, II, s. 398, no. 27.

(48) C. U. H., 8.5.1944, 66/62 : ÇAĞLAYAN, II, s. 402, no. 48.

30. — Buna karşılık Yargıtayın aksi kanaati benimseyen; yani 463. maddenin uygulama alanını yersiz şekilde genişleten; «...iştirak hükümlerine göre halli gereken durumlarda 463. maddenin tatbiki yolunu açan» (49) kararları da vardır. Nitekim, «...Sağ kulak arkasına isabet eden kesici ve delici bir aletle husule gelen büyük yaranın ölümü tevhit ettiği raporda gösterilmiş olmasına ve diğer yaraların öldürücü mahiyet taşımadığına nazaran, ölümü intaç eden bu yaranın, sanıklardan hangisinin darbesiyle husûl bulunduğu tespit edilemediği takdirde Türk Ceza Kanununun 463. maddesinin uygulanması gerekip gerekmediği münakaşa olunmadan... her iki maznunun müstakil fail olarak kabûl edilmesi bozmayı muciptir» (50); «Dosya mündericatına ve raporların yazılışına göre mağdurda tesbit edilen müteaddid yaraların kendisini oniki gün iş ve gücünden alıkoyacağı gösterilmiş olup, yaralardan hangisinin ne kadar müddet iş gücünden geri bırakacağı ve böyle bir tefrikin yapılıp yapılamayacağı raporlarında tasrih edilmemiştir. Adlî muayeneyi yapan ve raporları vermiş olan tabibe gerekirse yeni bir muayene de yaptırarak, mağdurun aldığı müteaddid yaralardan herbirinin mağduru ne kadar müddet iş ve gücünden bırakacağının ve on iki gün müddet işgalâta mani yaranın bunlardan hangisi olduğunun tayin ettirilmesi ve ancak böyle bir tefrikin yapılması mümkün bulunmadığının bildirildiği ve bu neticeye varıldığı takdirde Türk Ceza Kanununun 463. maddesinin tatbiki mümkün olacağı düşünülmesi lâzım gelmekle... evvelki hükümde ısrara karar verilmesi yolsuzdur» (51); ve «Tek olan kırığın, aynı yere vuran sanıktan hangisinin eseri olduğunun tespit edilememesine göre, 463. maddeye yer olacağına gözetilmesi icap ederken zuhûl olunması yolsuzdur» (52) gibi.

Zannımızca iştirakin mevcudiyetini müşahede ettiğimiz bütün bu hallerde, 463. maddenin değil, fakat 64. maddenin uygulanması gerekirdi. Zira, kanaatımızca, iştirak halinde, anlaşarak işlenen suç bir bütün teşkil etmektedir ve bu sebeple herbir suç ortağının hareketinin niteliğini aramaya ve bunları birbirinden ayırmağa ihtiyaç yoktur. Aksi kanaat benimsendiği takdirde aslî iştirakin «doğrudan doğruya beraber suç işleme» halinde fer'i nitelikte harekette bulunan suç ortaklarını genel hüküm uyarınca cezalandırmak hiç-

(49) ÖZEK, a.g.y., s. 505.

(50) 1. C. D., 6.10.1960, 150/2016 : ÇAĞLAYAN, II, s. 392, no. 3.

(51) C. U. H., 20.6.1960, 4/34-34 : ÇAĞLAYAN, II, s. 392, no. 5.

(52) 4. C. D., 22.3.1952, 2947/2947 : ÇAĞLAYAN, II, s. 399, no. 33; 2. C. D., 29.12.1951, 15689/15663 (s. 399, no. 34); 4. C. D., 9.1.1951, 24/24 (s. 400, no. 36).

bir zaman mümkün olmayacaktır. Çünkü bunlar «suçu birlikte irtikâb edenlerden» daha az önemde hareket işlemişlerdir.

31. — Şu halde 463. maddenin uygulanmasını, 64. maddenin «birlikte irtikâb» halinin, muhtemelen, kapsamadığı durumlara inhisar ettirmek zarureti vardır. Gerçekten «... 1889 İtalyan Ceza Kanununa ait Bakanlık Raporunda 463. maddenin taknin sebebi olarak iştirak hükümlerinin uygulanamaması vaziyetini karşıladığı belirtilmiştir» (53). Kanaatımızca, «birlikte irtikâb» da 64. maddenin uygulanamayacağı düşünülebilecek tek ipotez, *istenen neticeyi (ölüm yahut yaralama) hattızatında husule getirmeğe elverişli olan hareketi sanıkların icra etmesi, fakat elde olmayan bir sebep yüzünden birinin hareketinin suç objesine (vücuda) intikâl edememesi* durumudur (Bk. 15 ve 23. paragraflar). 64. madde dışında tutmaya meyilli olduğumuz bu halde 463. madde uygulanacak demektir.

b) «İştirak» olmaksızın birlikte işlenen suçlar :

32. — 463. maddeye makûl bir anlam ararken, iştirak halinde birlikte irtikâb edilen suçlar konusunda (mad. 64), icra hareketi suç objesine intikâl edenler, icra hareketi suç objesine intikâl etmeyenler tarzındaki bir ayırımın sun'iliğini peşinen kabûl etmekteyiz. Bu yüzdendir ki biz, 463. maddenin münhasıran *iştirak olmaksızın birlikte suç işleme* hallerine inhisar ettirilmesi gerektiğini daha makûl bulmaktayız. Bu takdirde, yukarıdanberi tartışageldiğimiz tüm çelişiklikler yok olacak, farklı görüşler düzene girecek ve bilhassa yanlış ve tehlikeli uygulamalar (Bk. 28. paragraf) ortadan kalkacaktır. Bir örnek ile açıklamak gerekirse diyebiliriz ki, (A) ya ayrı ayrı düşman olan ve onu öldürmek isteyen (B) ve (C), birbirinden habersiz olarak, ayrı kasıtlarla, tesadüfen aynı yere pusu kurup ateş etseler; (A) yalnız bir merminin isabetiyle ölse (yahut iki atışın da isabeti halinde yaralardan yalnız birisi öldürücü olsa); öldürücü isabeti kimin kaydettiği bilinemese, bu halde 463. madde uygulanacaktır. İştirak halinde işlenen suçlarda kasıttaki birlik öldürücü darbe vuramayan failin dahi tam ceza ile cezalandırılmasını meşru kılmaktadır; zira kendisi öldürücü harekette bulunamamasına rağmen, arzusu gerçekleşmiştir; ve, muhtemelen, kastın muhakkak gerçekleşmesi için birkaç kişi birlikte suç işlemeye karar vermiştir. Halbuki iştirak olmaksızın birlikte suç işleme halinde böyle bir durum yoktur. Şu halde neticenin, bu neticeyi yaratamayan kişiye yükletilmesi büyük bir haksızlık olacaktır; bu sebeplerdir ki her

(53) DÖNMEZER, *Hususi Kısım*, s. 94'den naklen.

iki sanığa da 463. madde uyarınca indirilmiş ceza verilecektir; lehe olan bir durumdan bütün sanıklar yararlanacaktır.

463. madde hükmünün sadece adam öldürme ve müessir fiil suçlarında öngörülmesi sebebi de, diğer suçlarda bu gibi ihtimâlle-re pek az tesadüf olunması ve bu suçların hassaten önemli görül-müş bulunmasıdır.

33. — 463. maddenin bu anlamda yorumlanması da kolaydır. Nitekim maddede iştirakten söz edilmeksizin «...fiilleri birkaç kişi birlikte yapmış...» olmasından bahs olunmuştur. Son cümledeki «Bu kaide fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında tatbik olunmaz» ibaresini de genel anlamda «iştirak» i ifade eder şekilde yorumlamak mümkündür. Yargıtayın bu anlayışı benmşeyen kararları da vardır. Meselâ «Her iki suçlunun birlikte A. yı pa-rasına tamaen aynı kasıt altında kayışla boğarak öldürdükleri ve şu suretle suçun iki suçlu tarafından beraberce işlenmiş olduğu mah-kemece kabûl edilmiş olduğu halde, 64/1 ve 463/son'uncu maddeler sarahatına karşı hem 64. madde yoluyla hem de aslî faili belli olma-dığından bahisle tenakuza düşülerek 463. maddenin tatbik olunma-sı yolsuzdur» (54); «Sanıkların, sopa ve taşlarla mağduru dövdu-kleri ve raddi yaraların heyeti umumiyesi mağdurun yirmi gün işine mani bulunduğu... anlaşılmasına göre; sanıkların bu suçun birlikte işlemiş oldukları sabit olduğu cihetle, 463. maddenin son fıkrasının sarahatı muktezası bu suçlara maddenin birinci fıkrası hükmü tat-bik edilemeyeceğinden tebliğnamedeki tashihi karar isteğı yerinde görülmemiştir (55) diyen kararlar gibi.

34. — Birinci Ceza Dairesinin son kararları ise daha açıktır : «Müşareketi mütesaviye kaidesinin *evvelce takarrür etmiş bir itti-fak neticesi işlenen öldürme suçlarında tatbiki kaabil olmayacağı* düşünülmeden 463. madde ile sanık M. ve M. A. nın cezalarından in-dirme yapılması yolsuzdur» (56). «1 Ocak 1901 tarihli İtalyan Tem-yiz Mahkemesinin bir kararına göre 378. (İtalyan C. K.) (Türk C. K. mad. 463) maddenin tatbik edilebilmesi için failer arasında önce-den bir anlaşmanın mevcut olmaması lâzımdır. Böyle bir anlaşma-nın mevcudiyeti halinde 378. madde tatbik olunamaz... Majno'ya göre de failerin önceden anlaşmaları tebeyyün ederse 378. madde tatbik olunamaz... (Zira)... : 64. madde ile 378. madde arasındaki

(54) C. U. H., 8.5.1944, 66/62 : ÇAĞLAYAN, II, s. 402, no. 48.

(55) 1. C. D., 8.10.1948, 2413/1827 : ÇAĞLAYAN, II, s. 401, no. 42.

(56) 3.6.1958, 2881/1467 : ÇAĞLAYAN, II, s. 394, no. 11; 3.6.1958, 3233/1447 (s. 394, no. 12).

ihtilâf, fiilin icrasındaki iştirake mütealliktir. Eğer fiilin icrasında hakiki bir müşareket tebeyyün ederse o zaman 378. maddenn tatbikinden bahsedilemeyeceği kanaatındayım. Müşareketi mütesaviye kaidesinin tatbik edilebilmesi için, fiilin evvelce takarrür etmiş bir ittifak neticesi olmayıp tesadüfi olması icap eder» (57).

c) *Maddenin somut uygulanmasının sonucu :*

35. — Son olarak ifade etmek isteriz ki ister iştirakin «birlikte irtikâb» halinde olsun, ister iştirak olmaksızın birlikte suç işleme durumlarında olsun maddenin öngördüğü şartlar mevcut ise 463. madde hükmünün uygulanmasında büyük bir haksızlıktan, adâletsizlikten söz açmak pek yerinde değildir.

Evvelâ, yukarıdaki izahlarımız 463. madde ile bir suçsuzun cezalandırılmasının mümkün olmadığını ortaya koymaktadır. Üstelik bu madde umumiyetle sanıkların lehinedir. 463. madde hükmünce cezalandırılan sanık hiçde kusursuz bir kişi değildir; kendisi «fiili» işlemekle ahlâki düşüklüğünü ortaya koymuştur. Neticeyi bu birkaç kişiden hangisinin ortaya çıkardığı bilinseydi, davada tam suç ve teşebbüs halinde kalmış suç failleri olacaktı. Teşebbüs nakıs sayılırsa : bu halde verilecek ceza ile (1/3 ilâ 2/3 oranında indirme), 463. madde uyarınca verilecek ceza (1/3 ilâ 1/2 arasında indirme) arasında büyük bir fark bulunmamaktadır. Gerek bu fark, gerekse yukarıda işaret olunan yorum değişikliği sebebiyle ortaya çıkacak farklar, her müşahhas halde temel cezanın farklı surette tespiti yolundan ve hafifletici sebepler hükmü kullanılarak telâfi ve tashih olunabilecektir. Hatta idam yahut müebbet hapis cezasını gerektiren hallerde nakıs teşebbüs cezası (15 ilâ 20 sene ve 10 ilâ 15 sene ağır hapis), 463. maddede öngörülenin (10 sene ağır hapis) üstündür. Tam teşebbüs cezasının daha da ağır olduğu malûmdur.

Bununla beraber maddenin anormalliğini de kabûl gerekir. Bu anormallik pekçok halde madde hükmünün yanlış anlaşılıp, yanlış uygulanma tehlikesini doğurmaktadır. İncelememiz boyunca görüldüğü gibi Yargıtayın her anlamda karar vermiş bulunması, aynı Daire kararları arasındaki açık çelişmeler, uygulama bolluğuna rağmen bu konuda yerleşmiş bir içtihadın mevcut olmaması işaret ettiğimiz tehlikeye örnektir. Aynı çelişmelere doktrinde de raslanmaktadır. Fakat anormâl durumların, kanun koyucuyu anormâl çareler aramağa götürdüğü de bir gerçektir. Kanunumuzdaki «kastın aşıl-

(57) TUNA, a.g.y., s. 753 - 754'den naklen.

ması», «bilinmeyen bir sebebin eklenmesi» gibi objektif sorumluluk halleri de böyledir.

Bütün aksaklık, zannımızca, Kanunumuzun mülhem bulunduğu ve bugün eskimiş; gerçeklere cevap aramaktan çok, bir ideali gerçekleştirmeğe uğraşan; aşırı derecede «hukukî»; doğmalardan, hukukî faraziyelerden hareket eden ana doktrinden çıkmaktadır. Kanun hükümleri maddî gerçeklere uydurulduğu gün bu anormallikler kaybolacak, sun'î güçlükler ortayadan kalkacaktır.