

**HUKUKEN BATIL OLAN SENETLERİN VARAKA OLUP
OLAMIYACAĞI SORUNU — ŞİKÂYETTEN VAZGEÇMENİN
BİR KARŞILIK SONUCU YAPILMASI**

Asis. Süheyl DONAY

KARAR :

Yargıtay 6 CD. 9.7.1968 3833/4305 sayılı kararı (*)

Hususi şekilde tanzim edilen bir senedi yırtmaktan sanık Doğan Yetkin hakkında yapılan duruşma sonunda: suçu usûlen sabit olduğundan Türk Ceza Kanununun 348, 345. maddelerine tevfikân bir sene hapsine dair Tokat Asliye ceza mahkemesinden verilen 19/4/1968 tarihli hükmün temyizden tetkiki sanık ile mahalli C. Savcılığı tarafından istenilmiş ve sanık tarafından para depo edilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek Makamından onama isteyen 13/6/1968 tarihli tebliğname ile 17/6/1968 gününde daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Dosyada mevcut belgelere, soruşturma safhalarında dinlenen tanıkların şahadetine, müştekinin şikâyeti ve sanığın ikrarına göre olay, sanık Doğan Yetkinin zina suçundan ötürü Tokat asliye ceza mahkemesinde aleyhinde ceryan eden dâvanın duruşması sırasında karısı olan dâvacı Yüksel'i şikâyetinden vazgeçmesi için taahhüt ettiği (4000) liradan peşin verdiği miktar dışında kalan (2000) lira için imzalayıp tevdi ettiği borç senedi yerine noterden musaddak senet vereceğini söyliyerek kandırıp eline geçirdikten sonra yırtıp sobaya atmak suretiyle imha etmekten ibaret olduğu anlaşılmaktadır.

(*) Kararın metni Resmî Kararlar Dergisi'nin Mart 1969 sayı 3. s. 33'den alınmıştır.

Türk Ceza Kanununun 348. maddesindeki suçun unsurlarından birisi, ortadan kaldırılan varakanın hukukî bir netice tevhit etmesi, sahih ve muteber olması gerekmektedir. Bu bakımdan suç konusu senedin muteber, diğer bir deyimle borç doğuran bir akit niteliğinde olup olmadığını incelemek zorunluğu doğmaktadır.

Borçlar Kanununun 17. maddesine göre borcun sebebinin ihtiva etmemiş olsa bile borç ikrarı muteberdir. Ancak borçlu borcunun sebepsiz olduğunu veya sebebinin ahlâka, adaba veya hukuka aykırı olduğunu iddia edebilir. Ve bunu isbata muvaffak olduğu takdirde alacaklı hiç bir tediye elde edemez. Söz konusu senetde sebep açıkca yazılı olmasa da, aleyhinde açılmış olan zina dâvasının yargılaması sırasında şikâyetinden vazgeçirmek için yapılan pazarlık sonunda anlaşmaları belli bir meblâğın koca tarafından şikâyetçi olan karısına borçlanmasıdır. Şikâyetçi karı dâvada müdahil sıfatını iktisap etmemiş ve senedin de temyiz tarihi olan 9/11/1966 tarihinde şikâyetinden vazgeçmiş ve T.C.K. nun 99, 444. maddeleri uyarınca dâvanın düşmesine karar verilmiştir. Bu sebeple, bu borçlanmanın, dolayısıyla yapılan bu akdin borçlar kanununun 20. maddesine göre ahlâka ve adaba aykırı olup olmadığını araştırmak, konunun aydınlanması bakımından yerinde olacaktır.

Ceza hukukunda, şikâyetten vazgeçmenin temel yapısı, şikâyetçiye tanınan (sübjektif kamu hakkı) dır. Bununla ferdin devlete karşı suçluyu cezalandırmamasını istemeye yetkisi vardır. Toplumun da bunda menfaati olduğu için, vazgeçme müessesesi kabul edilmiştir. (Faruk Erem - Türk Ceza Hukuku, cilt 1, 3. bası kitabının sahife 570 - 571) Fert, kendisine tanınan bu yetkiyi karapazar veya şantaj vasıtası yapması sözü edilen ilkeye aykırı düşer. Özellikle zina suçunda aile birliğinin himayesi gayesiyle cezanın çektirilmesi sırasında dahi kabul edilen şikâyetten vazgeçmeyi, müşteki olan karı veya kocanın diğerinden maddî yarar sağlamak veya şantaj vasıtası olarak kullanması ahlâka uygun düşüğünü kabule imkân yoktur.

Özel hukuk sahasında da, taraflar bir borcun konu ve kapsamını teşkil edemeyecek olan (haddizatında haklı bulunan) muameleleri nakdi bir edanın şartına bağladıkları takdirde ahlâka mugayir olduğu düşünölebileceği kabul edilmiştir. (Cevat Edege tercümesi Von Tuhr'un Borçlar hukuku kitabının birinci cilt. sahife 265) ezcümle, taraflar şahsî takdirî tahdit edici nitelikte olan bir suçu ihbar etmemeyi, ihbar ve şikâyetde bulunması halinde cezai bir şart ver-

meyi, bir suçdan ötürü yaptığı şikâyetten vazgeçmeyi, bir borcun konusu yapamayacakları cihetle böyle bir taahhüdü nakdi bir edanın şartına bağlamalarından ahlâkî prensiplerimize aykırı düşecektir. Nitekim, (Recâi Seçkinin tercümesi olan Dr. H. Oser'in borçlar hukuku şerhi, birinci kısım kitabının 173. sayfa, 35. paragrafında) açıkça, bir suç dolayısıyla şikâyette bulunmamak veya şikâyeti geri almak vaadi adaba aykırı işlemler arasında zikredilmiş bulunmaktadır.

Sonuç : Binaenaleyh; maddî, manevî tazminat karşılığı olmaksızın mücerret zina dâvasında şikâyetinden vazgeçmesi için eşlerden birisinin diğerine vermiş olduğu borç senedinin yukarıda açıklanan izahat ve hukukî nedenler karşısında ahlâka aykırılığı sebebiyle borçlar kanununun 20. maddesi gereğince batıl ve dolayısıyla Türk Ceza Kanununun 348. maddesinin aradığı anlamda hukukî sonuç doğurmaya elverişli varakadan madut bulunmadığı kanısına varılmış ve verilen mahkûmiyet hükmünde de kanuni isabet görülmemiştir.

Sanığın ve C. Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde bulunduğundan hükmün tebliğnameye aykırı olan **BOZULMASINA**, depo parasının geri verilmesine 9/7/1968 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

I. OLAY

Sanık, aleyhine açılan zina dâvası devam ederken, karısının şikâyetinden vazgeçmesi için ona para teklif eder. Taahhüt etmiş olduğu 4000.— liranın 2.000.— lirasını peşin olarak öder ve bakiyesi için bir âdi senet düzenliyerek, karısına tevdi eder. Bilâhare, sanık, bu sened yerine noterden tasdikli bir senet vereceğini söyleyerek mağdureyi kandırır ve eline geçirdiği senedi yırtıp, sobaya atmak suretiyle imha eder.

II. ÇÖZÜLMESİ GEREKLİ HUKUKİ SORUN

Çözülmesi gerekli hukukî sorunu iki kısımda mütalâa etmek gerekir:

A — T.C.K. nun 348. maddesinde sözü edilen «varaka» sözcüğü neyi ifade eder? B.K. nun 20. maddesinde ifade edildiği gibi bir

varakanın konusu, gayri mümkün veya gayri muhik, yâhut ahlâka (adaba) aykırı olup, bâtil olduğu hallerde, T.C.K. nun 348. maddesinde belirtilen «varaka» bu niteliğini kaybeder mi? Başka bir deyişle varaka ahlâka aykırı olsa da 348. maddedeki yazılı suç teşekkül eder mi?

B — Şikâyetten vazgeçmenin bir karşılık sonucu yapılması vazgeçmeyi etkiler mi?

III. OLAYLA İLGİLİ KAYNAKLAR

Ceza Kanununun 99. ve 348. ve 444. maddesi; Borçlar Kanununun 17, 20. ve 65. maddeleri.

IV. MERCİLERİN ÇÖZÜM TARZLARI

Sorunların çözümü bakımından mercileri iki gruba ayırmak gerekir :

Mahallî mahkeme Tokat Asliye Ceza Mahkemesi ve Cumhuriyet Baş Savcılığı bozma kararında açık ve ayrıntılı olarak belirtilmemesine rağmen, B.K. nun 20. maddesine göre batıl olan bir senedin Türk Ceza Kanununun 348. maddesinin aradığı anlamda hukukî sonuç doğurmaya elverişli varakadan mâdüt olduğu görüşündedir.

Buna karşılık hükmü temyiz eden Mahallî Savcılık ve Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi, ferdin kendisine tanınan şikâyetten vazgeçme hakkını şantaj vasıtası haline sokamayacağı, özellikle zina suçunda dâvadan vazgeçmek için maddî yarar sağlamanın ahlâka aykırı olduğu, böyle bir dâvada vazgeçme için verilen borç senedinin Borçlar Kanununun 20. maddesi gereğince batıl ve dolayısıyla Türk Ceza Kanununun 348. maddesinin aradığı anlamda hukukî sonuç doğurmaya elverişli olmadığı görüşüne varmaktadır.

V. KANAATİMİZ

A. Genel olarak evrakta sahtecilik cürümlerinde, bir yazının «varaka» olarak nitelendirilebilmesi için, bir olayı ispat edebilmesi ve aynı zamanda hukukî sonuçlar doğurmaya elverişli olması şartı

aranmaktadır. Her ne kadar kanunumuzda «varaka» kavramı tarif edilmemişse de doktrininde varakaya verilen anlam bu yöndedir (1). İnceleme konusu yaptığımız kararda da yüksek mahkeme «... hukukî sonuç doğurmaya elverişli...» diyerek bu görüşü benimsediğini belirtmektedir.

«Varaka» kavramını bu şekilde tanımlayınca, bir varakanın ahlâka ve adaba aykırı olması halinde, bu niteliğini kaybedip, kaybetmediği sorununu açıklamak gerekir. Başka bir deyişle varaka bütün unsurları kapsamasına rağmen, hukuken ahlâka ve adaba aykırı olursa, TCK. nun 348. maddesinde öngörülen suç meydana gelir mi? Gerek Medenî Kanun, gerek Borçlar Kanunu çeşitli maddelerinde ahlâk ve adaba aykırılığın herhangi bir hukukî muameleyi caiz kılmayacağını belirtmektedir (2). Ancak ahlâka ve adaba aykırılıktan söz ederken buradaki ahlâk kavramı münferit fertlere göre değil, topluma, toplumun anlayışına göre değerlendirilmek gerekir (3). Yani belirli fertler için ahlâka aykırı olan bir husus, toplumun değerlendirmesinde ahlâka aykırı olarak nitelendirilmemişse, ahlâka aykırı değildir; veya bunun tamamen aksi olan hipotezde, toplum değerlendirmesinde ahlâka aykırı olan, bir grup fertler için ahlâka uygun olsa bile, ahlâka aykırı olarak nitelendirilir. Ahlâka aykırılığı takdir edecek yargıç, makul kişilerin ortalama görüşlerini esas alır (3 bis).

Ahlâk kuralları, akit serbestisini takyit ederler (4). von Tuhr, akitlerdeki ahlâka aykırılığı 3 grup içinde mütalâa etmektedir (5):

1) EREM, Türk Ceza Hukuku, Hususî Hükümleri Ankara 1965, s. 616; ERMAN, Sahtekârlık Cürümleri, İst. 1954, 2. bası, s. 276; ERMAN, Evrakta Sahtekârlık Suçlarında «Varaka» mefhumu, İÜHFM, 1949, sayı 1, s. 182; AKDOĞAN - KÖSEOĞLU, Devlet ve Şahıs Mallarına Karşı İşlenen Cürümlerde Sahtecilik Suçları, Ankara 1963, s. 66.

(2) Medenî Kanunun «gayeleri kanuna ve ahlâka mugayir cemiyet ve şirketlere» ilişkin 45/II maddesi; cemiyetlere ilişkin 71. maddesi; tesis'e ilişkin 80/III. maddesi; ölüme bağlı tasarruflara ilişkin 462/II. maddesi; ölüme bağlı tasarrufların iptaline ilişkin 499/III. maddesi; Borçlar Kanununun akdin mevzuuna ilişkin 20/I. maddesi ve şarta bağlı borçlara ilişkin 155. maddesi, bu konuda örnek olarak belirtilebilir.

(3) SAYMEN - ELBİR, Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler 1. cilt İst. 1958, s. 139; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku 1969, 1. cilt Genel Hükümler, s. 176.

(3 bis) TUNÇOMAĞ, s. 176.

(4) von Tuhr § 31 V, s. 262 (Edege tercümesi).

(5) von Tuhr § 31 V, s. 262 ve son.; başka bir ayırım için bkz. TUNÇOMAĞ, s. 176.

a) Ahlâka aykırı bir sonucu doğuran veya kolaylaştıran akitler;

b) Ahlâkî telâkkilerimize göre ferdin serbest iradesine bırakılması zorunlu bir hususa müdahale gayesi güden akitler;

c) Şahsi veya ekonomik özgürlüğü kabul edilemez şekilde sınırlandıran akitler.

Bu şekilde akitlerin ahlâk ve âdaba aykırı olmasının müeyyidesi B.K. 20. maddesinde de belirtildiği üzere butlandır.

Ahlâka ve adaba aykırılığı bu şekilde tanımlandıktan sonra esas sorunumuza geçebiliriz. Hukuken batıl olan bir yazının sahtekârlık cürmüne konu olup olamayacağı hakkında başlıca iki görüş vardır (6): Objektif olarak nitelendirilen görüşe göre, evrakta sahtekârlık cürümlerinde korunan hukukî menfaat «kamunun inancıdır». Kamunun inancının sarsılması için de, sahtekârlığa konu olan yazının hukuken muteber olması gerekir. Dolayısıyla batıl olan bir akit hukuken bir sonuç doğuramayacağına göre, sahtekârlığa konu olmaz. Ancak bu görüşten yana olanlar batıl hukukî muameleler ile feshedilebilir hukukî muameleler arasında bir ayırım yapmakta ve batıl muameleleri sahtekârlığa konu yapmamalarına rağmen, kabili fesih muamelelerin, bunlar fesihlerine kadar hukukî muamelenin bütün sonuçlarını meydana getirdiklerinden, sahtekârlığa konu olacağını ifade ederler (7). Buna karşılık sübjektif olarak nitelendirilen görüşe göre, failin fiilinden hariç bir sebepten yararlandırılması doğru değildir, madem ki fail bir suç işlemiştir, başka bir sebepten dolayı varakanın muteber olmaması yüzünden onu cezasız bırakmak yerinde değildir.

Kanaatimizce de evrakta sahtekârlık cürmünden dolayı bir kimseyi cezalandırabilmek için, varakanın hukuken bir netice doğurabilecek nitelikte olmasını aramak yerindedir. Ancak ahlâka ve âdaba aykırı olan bir aktin müeyyidesini butlan olarak kabul ettiğimize göre, acaba batıl bir akit hiç bir zaman hukukî bir sonuç doğurmaz mı? Başka bir deyişle bir aktin, batıl olmasına rağmen, hukukî sonuç doğurabileceği haller mevcut değil midir?

(6) Bu konuda ayrıntılı bilgiler için bkz. ERMAN Sahtekârlık Cürümleri s. 270 ve son.

(7) ERMAN, Sahtekârlık cürümleri, s. 276; ayrıca bkz. ERMAN, sahtekârlık suçlarında «varakâ» mefhumu s. 192.

Biraz yukarıda da belirttiğimiz gibi, mutlak butlanla bâtil olan bir akit hiç bir hüküm meydana getirmez ve bunun sonucu olarak diğer taraf taahhüt ettiği edimi yerine getirmeyebilir, eğer borcunu ifa etmişse verdiği şeyin iadesini haksız iktisap kurallarına göre geri isteyebilir (8). Kural bu olmakla beraber, B.K. nun 65. maddesi bunun uygulanamayacağı bir hali derpiş etmiştir (9). Buna göre kazandırıcı muamelede bulunan şahıs da ahlâka aykırı bir gaye güdüyorsa verdiği geri isteyemez (10). Örneğin tetkik konusu kararda olduğu gibi, zina dâvasından vazgeçme için bedel verilmesinin ahlâka aykırı olduğu kabul edilirse, bedel ödenmesine sebep olan hukukî muamele ahlâka aykırı olduğundan bâtil olacak ve normal olarak, verilen, haksız iktisap kurallarına göre geri istenebilecekti. Ancak burada B.K. nun 65. maddesinin getirdiği hüküm dolayısıyla parayı ödeyen de ahlâka aykırı bir gaye güttüğünden (11) verdiği geri alamıyacaktır. Buradaki kural Roma hukukundan beri mevcut bir ilkeye dayanmaktadır: *In pari causa turpitudinis, melior est causa possidentis*, ahlâka aykırılıkta taraflar eşit durumda iseler; iktisap edenin durumu diğerine nisbetle üstündür (12).

von Tuhr, kanuna veya ahlâka aykırı amaçla edimi alan kimsenin mükâfatlandırılmaması amacı ile B.K. nun 65. maddesinin dar yorumlanması gerektiğini belirttikten sonra şu ayırımı yapmaktadır (12 bis) :

1. 65. maddedeki «verilen» sözü ancak tasarruf işlemi diye dar

(8) SAYMEN - ELBİR, s. 151.

(9) B.K. nun 65. maddesine göre: «Haksız veyahut ahlâka (adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdata mahal yoktur.»

(10) SAYMEN - ELBİR, s. 557.

(11) Bu sonuç, şikâyetten vazgeçme için bedel verilmesinin ahlâka aykırı sayılması halinde söz konusu olabilir. Eğer şikâyetten vazgeçme için bir karşılık verme ahlâka aykırı sayılmazsa, tabiatıyla bu netice söz konusu olmayacaktır.

(12) 4 HD. 24.1.1950 E 7753 tarihli kararında: «Ceza takibinden vazgeçmek için verilen paranın geri alınmasının caiz olmadığını» belirtmiştir. Buna karşılık 4HD daha eski bir kararında, kızı kaçırılan babanın, kaçırılardan aldığı para karşılığı kızını nikâhlamaya ve kamu dâvasından vazgeçmeye razı olmasını ahlâka aykırı saymamıştır (4HD. 15.10.1941 27978/2356); TUNÇOMAĞ yargıtayın bu kararını uygun bulmamaktadır (TUNÇOMAĞ, s. 178 dipnot 31).

(12 bis) von Tuhr § 52, VI, 2, s. 459; aksi görüş SÜNGURBEY Borç İkrarı ve Borç Vaadi, s. 117.

yorumlanmak gerekir, yani özellikle teslim yoluyla geçirilen şey geri alınamaz (12 ter).

2. Borçlanma (taahhüt) işlerine gelince hukuka ya da ahlâka aykırı amaçla yapılan borçlanma işleminde :

a) Sebep gösterilmişse yani borçlanma işleminin geçerliği sebebe bağlanmışsa bu işlem BK. 20 gereğince batıldır.

b) Sebep gösterilmemişse, yani borçlanma işleminin geçerliği sebebe bağlanmamışsa, borçlanma işlemi geçerlidir; şu kadar ki, borçtan ibra edilmesini (condictio liberationes) isteyebileceği gibi, alacaklının ifa dâvasına karşı da haksız iktisap def'i hakkını ileri sürerek borcunu ifadan kaçınabilir.

Borçlanma işleminin sebebe bağlanmadığı hallerde, borçlanma işleminin geçerli olduğu görüşü Alman hukuku ve Alman Yargıtayınca da benimsenmiştir. Bu sonuca BGB § 817, 2 daki hükümlerle varılmıştır (13). BGB nin § 817 deki bu hükmü müelliflerce eleştirilmiş, fakat kanun hükmü icabı olduğu için riayet edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür (14). Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtayımız da senette gösterilmeyen hukukî sebebi ahlâka aykırı borç vaadlerinin iptalinin gerektiğini kabul etmektedir (15).

Kanaatimizce, ahlâka aykırı olan borç sebebi akte geçirilmişse, bu akit B.K. 20 gereğince batıl olmalıdır (16). Buna mukabil borçlanma işleminin sebebe bağlanmadığı hallerde, bu işlem geçerli olmalıdır. Buradaki ahlâka aykırılık, borç aktinin sıhhatini, hiç olmazsa görünüşte ihlâl etmez. Yalnız bir sebepsiz iktisap talebi ve def'i hakkı verir.

Görülüyor ki bir aktin ahlâka aykırılığının söz konusu olması halinde onun butlanını ileri sürmek kural olduğu halde bunun uygulanmadığı haller de mevcuttur. Örneğin sebebin gösterilmediği hallerde, borçlanma işleminin geçerli olabileceği gibi. Ayrıca B.K. 65 maddesi hükmü de bir aktin batıl olmasına rağmen hukuken ne-

(12 ter) Aynı görüş SUNGURBEY, s. 117; TUNÇOMAĞ, s. 373; aksi fikir SAYMEN - ELBİR, s. 557.

(13) Bkz. SUNGURBEY, s. 116.

(14) SUNGURBEY, Borç ikrarı ve Borç vaadi, s. 116 dipnot 48 ve 49 da zikredilen müellifler.

(15) 4 HD. 10.10.1949 7313/5069 zikreden SUNGURBEY s. 115 dipnot 43.

(16) SUNGURBEY, s. 116.

tice doğurabileceğini belirtmektedir. Doğurduğu sonuç her ne kadar dolaylı da olsa, yine de hukukî bir sonuçtur. Demek ki bir akit batıl olduğu zaman, hukukî sonuç doğurmaz ve netice olarak varaka kabul edilmez demek her zaman kabule şayan olamaz. B.K. nun 65. maddesinin uygulanabileceği bir hal de inceleme konusu yaptığımız karar da söz konusu olmaktadır. Yüksek mahkeme bir yandan para mukabilinde zina dâvasından vazgeçmeyi ahlâka aykırı buluyor; fakat diğer yandan B.K. 65. maddesinin hükmünü ihmal ederek, bir netice doğurmaz diyor. Halbuki fail parayı ahlâka aykırı bir maksat elde etmek için verdiği ve vermeyi vaad ettiğine göre, vermiş olduğu parayı haksız iktisaptan dolayı geri isteyemeyecektir. Senet yönünden ise, sebep senette belirtilmediğine göre, bu senet adi senet bile olsa, geçerliğini başka bir deyişle hukukî sonuç doğurabilme niteliğini kaybetmeyecektir. Sonuç olarak şikâyetten vazgeçmek için verilen senet ister geçerliğini kaybetmesin, ister para geri alınmasın bir netice doğuracaktır.

Böyle bir sonuca varmak incelemekte bulunduğumuz olay bakımından da zaruridir. Şikâyetten vazgeçen bir kimse, bir defa şikâyetinden vazgeçince artık bu vazgeçmesinden vazgeçemeyecektir. Şimdi şikâyetten vazgeçmenin bedel karşılığı olması ahlâka aykırı kabul edilse, parayı geri alamıyacağına göre, senedin ödeneceğine güvenerek şikâyetinden vazgeçen fahiş zarara uğrayacak ve sanık sanki mükâfatlandırılmış olacaktır. C.K. 348. maddesinde failin varakayı ortadan kaldırmakla elde etmek istediği gaye, hak sahibinin o varakadan istifade etmemesini temin etmektir (17). Olayımızda da senedin ahlâka aykırı olduğu kabul edilmesine rağmen, hukukî bir netice doğurması sebebiyle varaka olmak niteliğini kaybetmediği gözönüne alınırsa, fail hak sahibinin yani senet hamilinin o varakadan istifade etmesini engellemek istemektedir.

Açıklamaya çalıştığımız sebepler nedeni ile Yüksek Mahkemenin B.K. 20 ye dayanarak senedin hüküm ifade etmeyeceği gerekçesiyle 348. maddedeki suçun tekevvün etmediği görüşüne iştirak edemiyoruz.

B. Şikâyetten vazgeçmenin bir karşılık sonucunun yapılmasının vazgeçmeyi etkileyip etkileyemeyeceği sorununa gelince; bilindiği gibi şikâyetten vazgeçme, şikâyete tâbi bir suçun şikâyetinden sonra, müddet usul şartlarına uyarak bunun geri alınmasını belirten

(17) ERMAN, Sahtekârlık Cürümleri, s. 342.

çift taraflı bir hukukî muameledir (18). Yani şikâyetten vazgeçme çift taraflı bir akit gibidir. Bir taraf şikâyetinden vazgeçer, diğer taraf bunu kabul ederse şikâyetten vazgeçme tekemmül eder.

Şikâyetten vazgeçmenin bir karşılık sonucu olması, şikâyetten vazgeçmenin herhangi bir şarta bağlanıp bağlanamayacağı sorunu ile ilgilidir. Gerçekten şikâyetten vazgeçmenin bir bedel karşılığında yapılması netice itibariyle, şarta bağlamak anlamına gelir. Türk doktrininde Dönmezer - Erman şikâyetten vazgeçmenin şart ve kayıtlara tâbi tutulabileceğini ifade ederler (19). Buna karşılık Erem, fert iradesine ceza dâvasını düşürücü yetki tanınamayacağı, bu sebepten vazgeçmenin şarta bağlanamayacağı görüşündedir (20). Yargıtayımız da vazgeçmenin şarta bağlı olarak yapılabileceği görüşündedir. Bizce de vazgeçme şarta bağlanabilmelidir. Madem ki vazgeçme iki taraflı bir hukukî muamele niteliğindedir ve iki taraflı akitlerde taraflar nasıl serbest iradeleriyle ahlâka ve kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, her nevi şartları koyabilirlerse, vazgeçmede de çeşitli şartlar konabilir. İşte vazgeçmenin bir bedel karşılığında yapılması da bu nev'i şartlardandır. Ancak bu bedel bir şantaj konusu yapılmışsa veyahut sanık tehdit edilerek kendisinden bir bedel alınmışsa artık burada aktin, taraflardan birisinin serbest iradesi altında yapıldığı ileri sürülemez ve vazgeçme için yapılan akit batıldır. Burada ahlâka aykırılığa gitmeğe esasen ihtiyaç yoktur. Bu bakımdan Yüksek Mahkemenin mücerret «fert kendisine tanınan bu yetkiyi karapazar ve şantaj vasıtası yapması...» demesi yerinde değildir. Keza Yüksek Mahkemenin «maddî yapar»

(18) DÖNMEZER - ERMAN Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II, 1966 s. 309. İsviçre Hukukunda, Rehberg, vazgeçmenin hukukî muamele değil muhakeme hukuku muamelesi olduğunu kabul ederek şarta bağlı tutulamıyacağını ileri sürmektedir. (Bkz. JÖRG REHBERG, Der Strafantrag, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 85, 1969, s. 280.

(19) DÖNMEZER - ERMAN, II, s. 331.

(20) EREM, Türk Ceza Hukuku, Umumî Hükümler Cilt I, sekizinci baskı, s. 1026. Schönke - Schröder'de şikâyetten vazgeçmenin şarta tabi tutulamıyacağını belirtmekte, sadece muhakeme masraflarından muafiyet şartına bağlı tutulan vazgeçmelerin geçerli olabileceğini ifade etmekte ve Alman Yüksek Mahkemesinin de aynı görüşte olduğunu beyan etmektedir (Bkz. SCHÖNKE - SCHRÖDER, strafgesetzbuch Kommentar, 8. Auflage 1957, § 64 No. III, IV s. 359; aynı görüş DOLCKE - FUHRMANN - SCHÖFER, Strafrecht und strafverfahren, 37. Auflage Berlin 1961, s. 89.

ile «şantaj» ı aynı seviyede olarak değerlendirmesinde isabet yoktur. Gerçekten, Yüksek Mahkemenin şantaj olarak tanımladığı ve esasında tehdit olarak nitelendirilmesi gereken suçun meydana gelmesi için, gayenin haksız olması gerekir. Halbuki, burada şikâyetten vazgeçme olan gaye, haksız değil, bilâkis haklıdır. Netice olarak Yargıtayın zannettiği gibi, tehdit «şantaj» haklı gayenin elde edilmesi söz konusu olduğu için meydana gelmez. Kanaatimizce şikâyetten vazgeçme bir bedel karşılığında yapılabilir. Eğer taraflar karşılıklı olarak bu konuda anlaşmışlarsa bu iradelerini hiçe saymak doğru değildir. Vazgeçmenin bir gayesi de suçtan zarar görenin tatmin edilmesidir. Bu tatmin edilme manevî olabileceği gibi maddî dahi olabilir. Madem ki vazgeçene dâvayı düşürmek hakkı tanınıyor, bu hakkını kullanırken uğradığı zararın tazminini karşı taraftan isteyebilir. Eğer vazgeçme için aldığı bedel fahiş ise başka bir deyişle şikâyet konusu suç ile orantılı değilse o zaman bu anlaşmanın ahlâka aykırılığından bahsolunabilir. Yoksa mücerret vazgeçme bir bedel karşılığında yapıldı diyerek bunu ahlâka aykırı saymak doğru değildir.

Zaten aksi bir neticeye varmak, gerçekleri inkâr etmek anlamına da gelir. Tatbikatta şikâyetten vazgeçmenin bir bedel karşılığında yapıldığına şüphe yoktur. Zira işlenen suçtan mutazarrır olan mağdurun, bir nevi tazminat sayılabilecek ücret almasını yerinde saymak gerekir. Yüksek mahkemenin vazgeçme için alınan ücreti şantaj sayması kabule şayan olamaz.

SONUÇ : Arzetmeğe çalıştığımız sebepler dolayısıyla Yargıtayımızın şikâyetten vazgeçmenin bir bedele bağlanmasını ahlâka aykırı sayan ve dolayısıyla, ahlâka aykırı senetlerin hukukî sonuç doğuramayacağını ve «varaka» olamayacağını derpiş eden görüşünü uygun bulmuyoruz.

**ANAYASA MAHKEMESİNİN BİR KARARI ÜZERİNE
T.C.K.'NUN 463. MADDESİNE İLİŞKİN BAZI DÜŞÜNCELER**

Asis. Süheyl DONAY

KARAR :

Esas No: 1967/48

Karar No: 1968/24

Karar tarihi: 11/6/1968

İtiraz eden: Akdağ madeni asliye ceza mahkemesi

İtirazın konusu: 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 463. maddesinin Anayasanın 14/3 ve 33/5 inci maddelerine aykırılığı nedeniyle iptaline karar verilmesi istenmiştir.

OLAY :

Bir kişiyi 20 gün iş ve gücüne engel olacak derecede ve hayatını tehlikeye maruz kılacak nitelikte başından taşla müstakil failin kim olduğu belli olmayacak şekilde yaralamaktan üç sanık hakkında T.C.K. nun 456/2. ve 463. maddeleri uyarınca son soruşturmanın açılmasına ilişkin karar üzerine Akdağ madeni asliye ceza mahkemesinde yapılan duruşma sırasında Türk Ceza Kanununun sözü geçen 463. maddesinin Anayasa'nın 14/3. ve 33/5. maddelerine aykırı olduğu yolundaki Cumhuriyet Savcılığının iddiasının ciddî olduğu kanısına varılarak bir karar verilmek üzere konuyla ilgili kâğıt örneklerinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine ve dâvanın olduğu yerde durdurulmasına 13.10.1967 gününde karar verilmiştir.

Mahkeme kararında özetle: 463. maddeye tekabül eden mehzaz kanununun 378. maddesindeki gerekçede «müteaddit şahısların ittifak

ederek adam öldürme cürmünü veya müessir fiilden birini, birlikte işlemiş olmaları halinde asıl fail belli ise, kendi cürmünden ve ortaklar da iştiraklerinin derecesine göre ceza sorumluluğuna tabidir. Fakat bazen ittifak olunmaksızın veyahut asıl fail belli olmaksızın da fiile iştirâk etmiş olanlar bulunabilir. Bu takdirde bunların ceza sorumluluğunu tayin etmek lâzımdır. İşte bu halde müsavi şekilde cürme şerik olmak hali meydana gelir. Cürme iştirâk etmiş olanların hepsinin sorumlu olmaları lüzumu aşikâr ise de cürmün asıl faili kim olduğu meçhul olduğundan her birinin iştiraktan doğan cezasına bir dereceye kadar müsavi bir ceza ile cezalandırılmaları icap eder. Asıl fâilin meçhul bulunması, her birinin sorumluluk derecelerini cürme iştirâk halindeki umumî kaideleri ihtiva eden 64. ve 65. maddelerle tayinine engel teşkil ettiğinden, özel ve açık bir hükmün konulmasındaki zaruret aşikârdır.» denilmek suretiyle 463. madde hükmünün ne sebeplere dayanılarak konulmuş olduğu açıklanmaktadır.

Ceza Kanununda bu hukukî müessese ile; kim tarafından işlenmiş olduğu bilinmeyen adam öldürme ve müessir fiil suçlarından fiili işleyenlerin hepsinin cezalandırılmaları ve fakat bunlara verilecek cezaların indirilmesi yoluna gidilmektedir. Bunun doğurduğu sonuç ise, kâfi delil bulunmaması yüzünden günahsız kişiler, fiilleriyle hiç de mütenasip olmayan bir ceza ile cezalandırılmakta, öte yandan asıl fâilin kanuna göre göreceği cezadan daha az bir ceza ile cezalandırılması şeklinde tecelli etmektedir.

Halbuki, Anayasa'nın 33/5. maddesinde «... ceza sorumluluğu şahsîdir» hükmü mevcuttur.

Bu maddenin Anayasa Komisyonu raporundaki gerekçesinde de «... İnsanları, başkalarının fiillerinden dolayı cezalandırmaya cüret edebilen totaliter rejimlerin insanlığa gerektiği acı tecrübelerden sonradır ki, bir kimsenin yalnız kendi fiil veya ihmalden sorumlu olabileceği esasının Anayasamızda yer alması lüzumu bilhassa hissedilmektedir. Esasen bu kaidenin Anayasaya konulması sayesinde, basın dâvalarında yazı veya karikatürün müellifinden ve haberin vericisinden gayri kimselerin gazete sahip ve yazı işleri müdürlerinin rastgele cezalandırılmasını derpiş eden Kanun hükümleri bertaraf edilmiş olacaktır...» sözleri yer almaktadır. Cezayı, suçu kim işlemiş ise o çekmelidir. Cezanın, suç ile ilgisi olmayanlara da tesiri, onlara da azap veya zarar vermesi, modern ceza hukukunda doğru görülmemektedir.

Eskiden bir yığın suç işleyince, yığını teşkil edenlerin hepsine aynı ceza verilirdi.

Ceza hukukunda kollektif bir sorumluluğu, yani bir kimsenin işlemediği bir suçtan sorumlu tutulmasını müdafaa etmeye imkân yoktur.

Bu madde hükmünü, delil yokluğunun veya delil kifayetsizliğinin sanıklar aleyhine kabulü şeklinde anlamak lâzımdır. Bugünkü ceza hukuku bir masumu cezalandırmaktansa bir kaç suçluyu cezalandırmamayı uygun bulur. Halbuki 463. madde bir suçluyu cezalandırmak için bir kaç suçsuzun da cezalandırılmasını emretmektedir. Bu maddeye göre cezalandırılacak olanların suçta hisseleri vardır. Fakat hisselerinin derecesi nazara alınmaksızın cezaya çarptırılmalarında dahi bir haksızlığın mevcut olduğu aşikârdır. 463. maddedeki prensibi adam öldürme ve müessir fiil suçları dışındaki suçlara ve suçlulara teşmil etmemek maddenin sun'î oluşunu ortaya koymaktadır.

Netice olarak (Türk Ceza Kanununun 463. maddesi, ceza sorumluluğunun şahsiliğini kabul ve dolaylı eziyet ve işkenceyi kesinlikle reddeden Anayasanın 33/5; 14/3. maddelerinin sözüne ve ruhuna aykırı bulunduğu ciddî kanısına varılmıştır.) denilmektedir.

İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 15. maddesi uyarınca yapılan ilk incelemede, dosyada eksiklik bulunmadığı anlaşıldığından esasın incelenmesine 30.11.1967 gününde karar verilmiştir.

ESASIN İNCELENMESİ :

Esasın incelenmesine ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, Anayasanın dayanılan maddeleri ve gerekçeleri, dosyadaki bütün kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

İtiraz konusu kanun maddesi:

MADDE 463 - 448, 449, 450, 456, 457, maddelerde beyan olunan fiilleri bir kaç kişi birlikte yapmış olupta failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında fiil için tayin edilmiş olan ceza

üçte birden yarıya kadar indirilerek hükmolunur. İdam ve müebbet ağır hapis cezalarını istilzam eden fiillerde on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası tayin olunur. Şu kadar ki bu kaide fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında tatbik olunmaz.

Dayanılan Anayasa maddeleri:

MADDE 14 - Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir.

Kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti kanunun açıkça gösterdiği halde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça kayıtlanamaz.

Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz.

İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz.

MADDE 33 - Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilinden dolayı cezalandırılmaz.

Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur.

Kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Kimse kendini veya kanunun gösterdiği yakınlarının suçlandırma sonucu doğuracak beyanda bulunmayan veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Ceza sorumluluğu şahsidir.

Genel müsadere cezası konulamaz.

GEREKÇE :

Türk Ceza Kanununun 463. maddesi 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 378. maddesinden alınmıştır.

463. maddede (448; 449; 450; 456; 457. maddelerde beyan olunan fiilleri bir kaç kişi birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olamazsa bunlardan her birisi hakkında fiil için tayin edilmiş olan ceza... indirilerek hükmolunur.) denilmektedir.

Gerekçe:

Manyonun şehrinde 463. madde hakkında şu düşünceler yer almıştır:

«İtalyan Kanununun tanzimi sırasında müşakeret kaidelerinin

kâfi oldukları beyaniyle 378 inci (463) maddenin lağvı teklif olunmuştur. Fakat mebuslar meclisi komisyonu asıl fâil belli olmadığı zamanda müşakeret derecesini tayin müşkil olduğundan bahisle bu hükümlerin ipkasını tasvip etmiş ve nezaret mazbatası da aynı suretle fikir beyan eylemiştir. Maddenin tefsiri için mazbatadaki düşünceleri hatırlamak faydalı olacaktır: Müteaddit şahısların, ittifak ederek, bir öldürme fiilini veya müessir fiillerden birini birlikte işlemeleri halinde asıl fâil belli ise, kendi suçundan ve ortakları da ortaklıklarının derecesine göre kendi fiillerinden sorumlu olurlar. Fakat bazan ittifak bulunmaksızın veyahut asıl fâil belli olmaksızın da fiile katılmış olanlar bulunabilir. Bu takdirde bunların sorumluluklarını tayin etmek lâzımdır. İşte bu halde eşit ortaklık meydana gelir. Suça katılmış olanların hepsinin sorumlu olmaları lüzumu açık ise de fiilin asıl fâilinin kim olduğu belli olmadığından her birinin asıl fâilmiş gibi cezalandırılmaları doğru olamaz. Binaenaleyh her birinin suç ortağı cezasına bir dereceye kadar eşit olan bir ceza ile cezalandırılmaları icap eder. Asıl fâilin belli olamaması her birinin sorumluluk derecesini ortaklık genel kuralı ile tayine engel olduğundan bu hususta açık hüküm konulması lüzumludur.»

Buna göre 463. madde, genel suç ortaklığı kuralının dışında özel bir hüküm getirmiştir.

463. maddenin uygulanabilmesi için, fiilin icra hareketlerine sanıkların hepsinin katıldığıнын gerçekleşmesi ile birlikte sonucun, bunlardan hangisinin fiilinden doğduğunun tesbit edilememiş olması gerektir. Suç teşkil eden fiilin icra hareketleri, sonucu husule getirmeye elverişli olan hareketlerdir. Örneğin, sanıkların hepsinin bıçaklarıyla mağdura vurdukları gerçekleşip, öldürülendeki bıçak yaralarından ölümü mucip olanının sanıklardan hangisinin fiiliyle husule geldiği belli olamazsa 463. madde uygulanır. Burada sanıkların hepsi de aslî maddî faildirler.

Fâillerin her birinin 463. maddede gösterilen adam öldürme veya müessir fiilin suçlarına ait kasıtlarla harekete geçmiş olmaları gerekir. Kanun koyucu, 463. maddede, suç teşkil eden maddî fiile sanıkların hepsinin katılmış olmasını öngörmüş bulunmaktadır.

Bu nedenle suçun fer'i ortakları, 463. maddenin hükmü dışında kalırlar. Fer'i ortaklar suç ortaklığı hakkındaki genel hükümlere göre cezalandırılırlar. Fer'i ortak olarak fiile katıldığı sabit olan kimse, fer'i ortaklık şekillerinden hangisine giren bir faaliyette bulunmuş olduğu bellidir. Başka bir deyimle bir kimse, örneğin aslî

maddî fâile silâh temin etmek veya suçun işlenmesi sırasında fâile yardımda bulunmak veya suç işleme kararını takviye, yahut aslî fâili suç işlemeye teşvik etmek gibi fiilleri yapmış ise fer'i ortak sayılır. Bu gibi kimselerin ne yaptığı bellidir. Bu bakımdan fer'i ortakların, 463. maddeyle cezalandırılmaları düşünülemez.

463. madde, aslî manevî fail olan azmettiren de uygulanamaz.

Azmettiren, belli bir kişiyi veya kişileri belli bir suça, manevî faaliyetlerde bulunarak yönelten kimsedir. Azmettiren, maddî fiili «yapmış» bir kimse değildir. Halbuki 463. madde adam öldürme fiilini veya müessir fiili «birlikte yapmış» bir kaç kişinin sorumluluğuna ilişkindir.

463. maddenin, «fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında da uygulanamayacağı» maddenin son cümlesinde duraksamaya yer bırakılmıyacak bir biçimde açıklanmıştır.

Şu halde, 463. madde, fer'i ortaklara, aslî manevî fâil olan azmettiren ve maddede açıklanan «fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlara» uygulanamayacaktır.

463. maddenin yalnız adam öldürme ve müessir fiil suçları için öngörülmüş olması, öteki suçlarda bu gibi ihtimallere pek rastlanmamasından ve maddede yazılı suçların, âsâyiş bakımından taşıdığı önemden ötürüdür.

Uygulama yerleri böylece gözden geçirilen 463. maddenin, Anayasa karşısındaki durumuna gelince:

463. maddeyle bir suçsuzun cezalandırılması söz konusu olamaz.

Fiilin icra hareketlerinde bulunan sanıklarda o suçu işlemek kastı vardır. Fiili işlemekle ahlâki kötülük de gösterilmiştir. Sonucu, bir kaç kişiden hangisinin husule getirdiği belli olsaydı, ortada hem tam suç, hem de teşebbüs halinde kalmış suç failleri bulunacaktı.

463. maddenin, mahkeme kararında değinildiği gibi, yığınların ceza sorumluluğunu düzenleyen eski sistemle ilgisi yoktur. Eskiden bir yığın, bu kabil suçları işleyince yığın içinde bulunan veya yığın içinde yakalanan herkes suçun hareketlerine katılmış olsun veya olmasın aynı cezaya çarptırılırdı. Oysa, 463. maddeye göre cezalandırmanın ön koşulu, suçun işlenmesine eylemli olarak katılmış olmaktadır.

Yasada, 463. madde yer almasa idi, öldürmede veya müessir fiilde müstakil fâil belli olmayınca suçun icra hareketlerine katılmış olanların hepsinin beraatine karar verilmek mümkün olabilir miy-

di?. Maddî faillerin hepsinin husule gelen sonuca göre nakıs veya tam teşebbüsten cezalandırılmaları cihetine gidileceğinde duraksamaya yer yoktur.

463. maddeye göre verilen ceza, genel olarak lehtedir.

İptali istenen madde, düzenlendiği konuda aslî maddî fâillerin hepsine suçun tam cezasını vermiş olsaydı, o zaman cezalarının şahsîliği ilkesinin zedelendiği söylenebilirdi. Çünkü, bu takdirde sonucu, sadece bir kişi meydana getirdiği halde, ötekiler de meydana getirmişcesine sorumlu tutulmuş olacaktıdır. Halbuki yasa koyucu böyle yapmamış, müstakil fâil belli olmadığı için suçun icrasına katılanların sorumlulukları yönünden bir eşitlik getirmekle birlikte bunlara hükmolunacak cezada da büyük ölçüde indirmelere yer vermiştir.

Bu takdirde olayın müstakil fâili, fâilin kim olduğu belli olamaması nedeniyle her ne kadar haketmediği bir indirmeden yararlanmakta ise de sadece bu durumun, ötekilerine verilen cezanın Anayasaya aykırılığı sonucunu doğuramaması gerekir.

Suç işlemeyen kimseye 463. maddeye göre ceza verilemez.

Müstakil fâilin belli olmaması halinde icra hareketlerine katılan ortaklar aleyhine bir zarar doğduğu ve dolayısıyla ceza sorumluluğunun şahsîliği ilkesinin açıkça zedelendiği iddiası yerinde değildir.

463. madde, suçsuz ceza verilmesine yol açan veya bu yönde uygulamaya elverişli ve bu yüzden eziyet ve işkence yapılmasına sebep olabilecek hüküm taşıyan bir madde değildir. Madde, Anayasanın 14/3 maddesinde yazılı eziyet ve işkenceyle ilgili bir hükmü kapsamamaktadır.

Dayanılan Anayasa maddelerinin metinlerinde, gerekçelerinde itirazda ileri sürülen düşünceleri destekliyecek ve haklı gösterecek bir nitelik yoktur.

İtirazın reddi gerekir.

SONUÇ :

Türk Ceza Kanununun 463. maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın reddine; 11.6.1968 gününde oybirliğiyle karar verildi.

I. OLAY

Akdağ Madeni Asliye Ceza Mahkemesi 463. maddenin Anayasaya aykırı olduğu itirazında bulunmuştur. Mahalli mahkeme söz konusu maddenin Anayasanın 14/3 ve 33/5. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Olayı tetkik eden Anayasa Mahkemesi, mahalli Mahkemenin itirazını yerinde görmemiş ve Esas 1967/48, Karar 1968/24 ve 11.6.1968 tarihli kararıyla 463. maddenin Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

II. HALLEDİLMESİ GEREKLİ HUKUKİ SORUN

Bu olay nedeniyle halledimesi gerekli hukukî sorunları iki kısma ayırmak gerekir:

1. Türk Ceza Kanununun 463. maddesinin bir olay hakkında uygulanabilmesi için ne gibi şartlar gereklidir? Başka bir deyişle 463. maddenin uygulama şartları nelerdir?

2 463. maddenin Anayasanın 14/3 ve 33/5. maddeleri karşısında durumu nedir? Söz konusu madde Anayasanın zikredilen maddelerine aykırı mıdır, değil midir?

III. MERCİLERİN HAL TARZLARI

A. Mahalli Mahkeme (Akdağ Madeni Asliye Ceza Mahkemesi) ve Savcılık.

Akdağ Madeni Asliye Ceza Mahkemesi, T.C.K.nun 463. maddesinin uygulanmasını gerektiren bir davada, söz konusu maddenin Anayasaya aykırı olduğunu iddia eden Cumhuriyet Savcısının talebinin ciddi olduğu kanısına vararak, Anayasa mahkemesine müracaat etmiş ve bu konuda 13.10.1967 tarihinde bir karar vermiştir.

Mahkeme 463. maddenin Anayasaya aykırı olduğunu iddia ederken aşağıdaki gerekçelere dayanmıştır:

1. 463. maddenin uygulanması halinde «günahsız kişiler» kafi delil bulunmaması sebebiyle, fiilleriyle eşdeğerde olmayan bir ceza ile cezalandırılmakta, diğer taraftan aslı fail müstahak olduğu ceza-

dan daha hafif bir ceza ile cezalandırılmaktadır. Bu durum Anayasanın 33/5. maddesindeki «.....ceza sorumluluğu şahsidir.» hükmüne aykırıdır.

2. Ceza hukukunda kollektif bir sorumluluk kabul edilemez. 463. madde hükmünü delil yokluğunun veya delil kifayetsizliğinin sanık aleyhine kabulü şeklinde anlamak gerekir. 463. madde bir suçluyu cezalandırabilmek için birkaç suçsuzun da cezalandırılmasına sebep olmaktadır. Bu maddedeki hükmün yalnızca adam öldürme ve müessir fiil suçlarına teşmil edilmesi, maddenin sun'i oluşunu da ortaya koymaktadır. Bu yönden de Anayasanın 33/5 ve 14/3 maddelerine aykırıdır.

B. Anayasa Mahkemesi :

Anayasa Mahkemesine göre 463. madde genel suç ortaklığı kuralının dışında özel bir hüküm getirmiştir. Yüksek mahkemeye göre, 463. maddenin uygulanma şartları şunlardır: İcra hareketlerine bütün sanıkların katılması ve sonucun bunlardan hangisinin fiilinden doğduğunun tesbit edilmemesi. Sanıkların hepsinin aslî maddî fail olması gerekip, maddî fiile katılması gerekir, suçun fer'î ortakları 463. madde hükmü dışında kalır, çünkü fer'î ortakların suçtaki ortaklık derecesi bellidir. Azmettiren ve doğrudan doğruya beraber işleyen hakkında da söz konusu madde uygulanamaz. 463. madde ile bir suçsuz cezalandırılmamaktadır. Sanıklar icra hareketlerini ika etmekle ahlakî yönden kötülüklerini de göstermektedir. Sonucu meydana getirenin birkaç kişi arasından hangisi olduğu belli olsaydı ortada hem tam suç, hem de teşebbüs halinde kalmış suç failleri bulunacaktı. 463. maddenin ön şartı suçun işlenmesine eylemlî olarak katılmış olmasıdır. Olayın müstakil faili failin kim olduğunun belli olmaması nedeniyle hak etmediği bir indirimden yararlanmakta ise de sadece bu durumun ötekilerine verilen cezanın Anayasa ya aykırılığı sonucunu doğurmaması gerekir. Müstakil failin belli olmaması nedeniyle icra hareketine katılan ortaklar aleyhine bir zarar doğmamakta ve netice olarak ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi zedelenmemektedir. Aynı zamanda suçsuz ceza verilerek işkence ve eziyet yapıldığı iddiası da varit değildir. Bu nedenler dolayısıyla itiraz reddolunmuştur.

IV. KANAATİMİZ

Anayasa Mahkemesinin 463. madde hakkında verdiği kararın incelenmesini iki bölümde yapmak gerektiğini «Hal edilmesi gerekli hukukî sorun» başlığı altında belirtmiştik.

1) Acaba 463. maddenin uygulanması için ne gibi şartlar gereklidir?

a) Genel olarak;

Bilindiği gibi 463. madde «Şahıslara karşı cürümleri» düzenleyen, Dokuzuncu Bâbın 3. faslında yer almaktadır. Bu hüküm mehzaz 1889 İtalyan Ceza Kanununun 378. maddesinden alınmış olup, yeni İtalyan Ceza Kanununda mevcut değildir. Kanaatimizce 463. maddede yer alan bu suç müstakil bir suç olarak nitelendirilmemelidir (1). Burada adam öldürme ve müessir fiil suçlarına tesir eden bir durum söz konusudur. Gerçekten suça tesir eden halleri: «Suçun varlığı için zorunlu olan unsurlara eklenen ve suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını gerektiren, mevcut olmadıkları hallerde suçun mevcudiyetini ortadan kaldırmayan, buldukları zaman da suçun hukukî niteliğinin değişmesine sebebiyet vermiyen sebepler.» (2) olarak tanımlayınca bu suçu müstakil bir suç olarak nitelendirmek imkânı yoktur. 463. madde failin kim olduğunun belli olmadığı hallerde uygulanır, failin belli olması halinde, suç ortadan kalkmamakta bilâkis suçun tam cezası verilmektedir. Failin belli olmadığı halde ise 463. madde uygulanmaktadır, ancak suç yine adam öldürme veya müessir fiildir ve suçların hukuki vasıfları değişmemiştir.

b) Şartları;

463. maddenin uygulanması bakımından var olması gereken başlıca şartları dört kısımda mütalaa etmek gerekir:

aa) Faillerden her biri 448, 449, 450, 456 ve 457. maddelerde beyan olunan fiilleri işlemelidir.

Madde metninde atıf yapılan hükümler arasında yalnız kasden

(1) Aksi fikir için bkz. EREM, Türk Ceza Hukuku, Cilt II, Hususi Hükümler, s. 929.

(2) DÖNMEZER - ERMAN - Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, Umumi Kısım, İst. 1969, s. 379.

adam öldürme ve müessir fiil mevcut olup, ne müstakil bir suç olan 452. maddeye ne de taksirle adam öldürme ve müessir fiillere, ne de 451. maddeye atıf yoktur. 1889 mehzaz İtalyan Ceza Kanununun Bakanlık raporunda da belirtildiği üzere 463. maddenin taknin nedeninin iştirak hükümlerinin uygulanamaması hallerini karşılamasıdır. Bilindiği üzere taksirli suçlara iştirak tek bir durum müstesna mümkün değildir. İştirak edilmesi mümkün olmayan durumlarda da bu maddenin uygulanması düşünülemez. Taksirli suçlara iştirakin mümkün olduğu tek hal olan işbirliği halinde de, faillerin hareketleri ve kusurluluk dereceleri belli olduğundan bunlar hakkında da 463. maddenin uygulanması imkânı yoktur. Demek oluyor ki madde açık olarak taksirli suçları istisna etmeseydi dahi, bu hallerde 463. madde uygulanamıyacaktı.

452. maddenin de dolaylı olarak bu maddenin kapsamına girip girmediği sorununa gelince, bilindiği gibi 452. maddede yer alan suç «Kasdı aşan müessir fiil neticesinde adam öldürme» olup müstakil bir suçtur. Müstakil bir suç olduğuna göre de 463. maddede açık olarak belirtilmeli idi. Belirtilmediğine göre de bu maddenin kapsamına dahil edilemez. Eğer 452. maddede yer alan suç, müstakil bir suç değil de 456 ve 457. maddelerdeki suçlara dahil sayılmış olsa idi, başka bir deyişle kasten müessir fiile tesir eden bir sebep olarak kabul edilse idi, o zaman 463. maddenin belirtilen maddelere atfı dolayısıyla, «kasdın aşılması» halinde dahi 463. madde uygulanabilecekti (3).

451. maddeye gelince, bu madde kasden adam öldürmenin kanunî hafifletici sebebini teşkil eder. 448, 449 ve 450. maddelere atıfta bulunan 463. madde, bu hafifletici sebebi de kapsamına alır. Bu bakımdan 463. maddenin dar yorumlanması gerektiğini ileri sürerek 451. maddenin 463'ün kapsamına giremeyeceğini ifade eden sayın Erem'in görüşüne katılmıyoruz (4).

bb) 448, 449, 450, 456 ve 457. maddedeki fiillerin yapılmış olması başka bir deyişle faillerin icra hareketlerine girişmiş olmaları.

Kanunun ifadesinde «.....fiilleri.....yapmış olup ta.....» denmektedir. Ancak burada söz konusu olan «yapmış» kelimesini, suçun tamamlanmış olması olarak anlamamak gerekir; yapmış sözcü-

(3) Nitekim 452. maddeyi kasden müessir fiile dahil olarak mütalaa eden Manzini de bu görüştedir (Manzini VII, n. 2424) den nakleden EREM Hususi Hükümler, s. 932.

(4) Karşılaştırınız EREM, s. 939.

günü icra hareketlerine girişilmiş olarak anlamak gerekir (5). Bundan çıkacak olan bir sonuç teşebbüs halinde kalan suçlarda dahi 463. maddenin uygulama alanı bulabileceğidir. Zira teşebbüsün şartlarından biri de icra hareketlerine başlanmasıdır. Failler icra hareketlerine başlayınca, diğer şartlar da varsa 463 uygulanır. Bu tam teşebbüs için mümkün olduğu gibi, nakıs teşebbüs için de mümkündür (6). Nakıs teşebbüs halinde kalan bir suçta da icra hareketlerine başlanmış ve fakat bunlar failin elinde olmayan sebepler nedeniyle tamamlanmamıştır. 463. maddenin hükmünden de nakıs teşebbüs hali istisna edilmemiştir. İcra hareketlerine girişilmiş olması yeterli olduğuna göre, hiç olmazsa nazarî bakımdan nakıs teşebbüs halinde dahi 463. madde uygulanabilecektir.

Faillerin icra hareketlerine girişmiş olmalarının ikinci ve önemli bir sonucu da 463. maddenin varlığına yöneltilen eleştiriye cevap teşkil etmektedir. Öğretide bazı müellifler 463. maddenin uygulanması halinde «günahsız» ve suçsuz kimselerin de cezalandırıldığını ileri sürerler (7). İncelemekte olduğumuz kararda dahi, Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan Akdağ Madeni Mahkemesi «Günahsız kişiler, fiilleriyle hiç de münasip olmayan bir ceza ile cezalandırılmakta» demektedir ve bu suretle faillerin icraya başlamış olmaları gereğini ihmal etmektedir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi yerinde olarak, bu hususa işaret etmekte ve faillerin icra hareketlerinde bulduklarını ileri sürerek suçsuz olmak durumundan çıktıklarını belirtmektedir (8).

cc) Adam öldürme ve müessir fiillerin birkaç kişi tarafından birlikte yapılması;

463. maddenin uygulanması için zikredilen fiillerin birkaç kişi tarafından birlikte yapılması gerekir. «Birlikte yapma» iki şekilde olabilir: İştirak halinde veya önceden anlaşmıyarak tesadüfen birleşme halinde.

aaa) İştirak halinde:

Daha önce de belirttiğimiz gibi, 463. madde iştirak kurallarının

(5) DÖNMEZER, Ceza Kanununun 463. maddesini tatbiki hususundaki şartlar, İÜHFD, 1944, s. 856. Aynı fikir: GÖLCÜKLÜ, Asıl Faili Bilinmeyen Adam Öldürme ve Müessir Fiil Suçları Üzerinde Bazı Düşünceler SBFD, Cilt XXII, no. 4, s. 88.

(6) Aksi fikir DÖNMEZER, Hususi Kısım, s. 96; EREM, s. 933.

(7) EREM, s. 929.

(8) Aynı fikir, GÖLCÜKLÜ, s. 104.

uygulama imkânı olmayan hallere münhasır bir hüküm getirmektedir. Bunun sonucu ise iştirak kurallarının uygulanabileceği hallerde 463. maddeye gitmemek ve failleri iştirakteki derecelerine göre cezalandırmaktır (9). Faillerden bir kısmının sorumluluk payı belli ise, artık bu failer için de 463. maddeye gidilmeyip, yalnız diğerleri için söz konusu madde uygulanabilir (10).

Madde hükmünde bulunan «birlikte yapmış» olanlardan kimler anlaşılmalıdır? Herşeyden önce doğrudan doğruya beraber işleyenler hakkında 463. maddenin uygulanamayacağı kanunun hükmü icabıdır. Bunun sebebi de doğrudan doğruya beraber işleyenlerin esasta fer'i şerikten mâdüt olmaları ve fer'i şeriklerin de 463'e tabi olmadıklarındandır. Gerçekten doğrudan doğruya beraber işleyenler, fer'i fail olmalarına rağmen, irtikap edenle yaptıkları işbirlik neticesinde suçun ikasında önemli bir rol oynamakta ve aslî maddî fail sayılmaktadırlar (11). Fer'i failler ister maddi, ister manevi olsunlar, iştirak dereceleri belli olduğundan 463. madde bunlar hakkında evleviyetle uygulanmayacaktır.

Aslî manevi iştirak hali olan azmettiren hakkında da 463. madde uygulanamaz. Azmettirenin de iştirak içindeki görevi bellidir ve bu bellilik onu iştirakteki sorumluluk kurallarına göre cezalandırmak neticesine müncer olmaktadır.

463. madde bakımından kalan tek ihtimal irtikap edenlerdir. Gerçekten 463. madde, asıl failin aralarından hangisinin olduğu anlaşıl-maması şartı ile suçu birlikte irtikap edenler hakkında uygulanabilir (12). Ancak bir müessir fiil veya adam öldürme suçunun birlikte irtikap edilmesinin her halinde 463. madde uygulanamaz. Örneğin iki kişinin birini öldürmek için aralarında anlaşmaları ve pusu kurmaları halinde, her ikisi de ateş etse ve birinin attığı kurşun mağdurun kalbine isabet edip, diğeri bacağına isabet etse, faillerden hangisinin öldürücü darbeyi yaptığını tesbit etmek için araştırma yapı-lip bulunamadığı takdirde 463. maddeyi uygulamak doğru değildir. Burada her iki faili de irtikap eden kabul edip suçun tam cezasını ver

(9) Aynı fikir ÖZEK, 463. madde. Haksız Tahrik Halinin Şeriklere Sirayeti, İÜHFM, s. 505.

(10) ÖZEK, s. 505.

(11) DÖNMEZER - ERMAN, Cilt II, s. 1288, no. 581.

(12) EREM, s. 930.

mek zorunludur (13). Zira bu halde iştirak kurallarına göre ceza vermek imkânı mevcuttur (14).

bbb) İştirak dışında, tesadüfen birleşme halinde;

463. madde iştirakte failin bulunmaması haline inhisar ettirilemez. Failler aralarında önceden anlaşmayarak, tesadüfen birleşerek suçun icrasına girişebilirler. Bu halde asıl failin tesbit edilememesi sonucu, 463. madde uygulanır. Hatta öğretilerde 463. maddenin münhasıran iştirak olmaksızın birlikte suç işleme hallerine inhisar ettirilmesi görüşünde olanlar da vardır (15). Kanaatimizce, bu görüşe iltihak etmek yerinde olmamak gerekir. Mevzuatın hazırlık çalışmalarında ve gerekçesinde ifade edildiği gibi bu hüküm iştirak kurallarının noksanlığını veya başka bir deyişle uygulanamadığı halleri izale etmek amacıyla ortaya çıkarılmıştır. «...fiilleri birkaç kişi birlikte yapmış...» sözünde iştiraktan bahsedilmesini öne sürerek iştirak halinde bu hükmün uygulanamayacağını belirtmek de kanımızca kabul edilemez. Kanun hükümlerini yorumlarken onun isdar edilmiş gayesini de aramak ve icabında ona bir anlam vermek için yalnız kanunun metnini değil, hazırlık çalışmalarını da göz önünde tutmak gerekir. Her ne kadar «birlikte yapmış» sözü teknik olarak iştiraki ifade etmezse de, son cümlede bulunan «doğrudan doğruya beraber işleyen» iştirakin bir çeşidini belirtmektedir. İki cümleyi birlikte mütalaa edip birlikte yapmanın iştiraki de tazammun ettiği neticesine varmak gerekir.

dd) Cürmî neticeyi faillerden hangisinin meydana getirdiğinin anlaşılma-ş olması;

463. maddenin uygulanabilmesi için son şart meydana gelen neticenin faillerden hangisi tarafından yapıldığının ortaya çıkarılmasıdır. Failin kim olduğu tesbit edilirse, artık 463. madde yerine, failer sorumluluk derecelerine göre tam olarak cezalandırılacaklardır.

2. T.C.K. nun 463. maddesinin Anayasanın 14/3 ve 33/5. madde leri karşısındaki durumu nedir?

463. maddenin şartlarının neler olduğunu görmüş bulunuyoruz.

(13) Aynı fikir, GÖLCÜKLÜ, s. 105.

(14) DÖNMEZER, Hususi Kısım, s. 90.

(15) GÖLCÜKLÜ, s. 107.

Acaba bu madde Anayasanın 14/3 ve 33/5 teki hükümlerine aykırı mıdır?

Biz Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan mahalli mahkemenin gerekçeleriyle. Anayasa mahkemesinin bunu reddeden görüşlerini birlikte inceledik ve bu incelemelerden bir sonuca gitmeğe çalıştık.

Akdağ Madeni Asliye Ceza Mahkemesinin maddenin iptali bakımından ileri sürdüğü başlıca gerekçesi cezalandırılan kimselerden bazısının günahsız olmasıdır. Kanımızca, mahalli mahkeme her şeyden evvel bir ifade tenakuzuna düşmüştür. Önce 463. maddenin «günahsız kişileri» cezalandırdığından bahsetmekte, daha sonra ise cezalandırılacak olanların suçta hisseleri vardır, ancak bu hisseleri nazara alınmaksızın cezalandırılmaktadır, demektedir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, yukarıda da belirttiğimiz gibi, yerinde olarak 463. maddeye göre faillerin cezalandırılabilmeleri için icra hareketlerinde bulunmaları gerektiğini, bir suçun işlenebilmesi için icra hareketlerini yapanların da her halde «günahsız» olamayacaklarını ifade etmektedir. Bize göre de 463. maddenin şartlarını belirtirken söylediğimiz gibi, faillerin bu maddeye göre cezalandırılabilmeleri için icra hareketlerinde bulunmaları gerekir. Hatta bu hareketlerinin derecesi de neticenin meydana gelmesi bakımından önemli olmalıdır. Yalnız fiili irtikap edenlerin bu cezaya maruz kalmaları da bunun açık bir örneğidir.

463. maddenin, ilke olarak cezalandırdığı kimselerin suçsuz olmadığı böylece açık ve seçik olarak ortaya çıkınca, «Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz.» diyen Anayasanın 14/3. maddesi ihlal olunmamaktadır. Gerçekten Anayasanın bu hükmü, dolaylı olarak kimseye kanunsuz ceza verilemeyeceğini öngörerek, kişi dokunulmazlığını sağlamaktadır. Cezalandırılan kimse suçlu olduğuna göre 14/3. maddeye aykırılık düşünülemez. Ancak «Ceza sorumluluğu şahsidir» prensibini getiren Anayasanın 33/5. hükmü karşısında suçun ikanda rolleri değişik kimselerin aynı cezaya maruz buldukları iddiası ne dereceye kadar yerindedir? Herşeyden önce iştirak halinde işlenmiş bir suçta bu iddia kabul edilemez. Yukarıda da belirttiğimiz gibi iştirak halinde işlenmiş bir suçta 463. maddenin uygulanabilmesi için, faillerin irtikap eden durumunda bulunması gerekir. İrtikap edenler suçun işlenmesinde aynı derecede önemli rol oynarlar. Bu bakımdan mahalli mahkemenin faillerin «hisselerinin» farklı olduğu görüşü iştirak bakımından kanımızca yerinde değildir. As-

lî failin kim olduğunun belli olması halinde dahi bütün failer suçu irtikap etmiş olduklarına göre, suçun tam cezası ile cezalandırılacaklardı; aksi halde iştirakte ayniyet prensibi ihlal olunacaktı. İştirak halinde aslî failerin hapsi aynı cezaya maruz olup birine tam ceza verilip, diğerlerinin teşebbüsten dolayı cezasından indirme yapılamaz (16). Başka bir ifadeyle ortada tamamlanmış bir suç varsa, bazı failerin teşebbüsten sorumlu tutulmaları düşünülemez (17). Anayasa Mahkemesinin: «sonucu birkaç kişiden hangisinin husule getirdiği belli olsaydı, ortada hem tam suç, hem de teşebbüs halinde kalmış suç faileri bulunacaktı» gerekçesi bu bakımdan yerinde değildir.

İştirak dışında tesadüfen birleşmede, 463. maddenin uygulanması halinde de aynı sonuca varmak zorunludur. 463. maddede yer alan «birlikte yapmış» sözünü irtikap edenler olarak anlayınca failerin hepsinin hisselerinin aynı olduğu söylenebilir. Ancak burada iştirak halinden farklı olarak icrasına başlanan suçların bütün şerikler için ayniyeti kuralı cari olmadığından, teşebbüs halinde kalmış bir faile nasıl aslî faile verilen cezanın aynısı verilebilir sorusu ortaya çıkabilir. Ancak 463. madde müstakil bir suç olmayıp, kasden adam öldürme ve müessir fiile tesir eden bir hal olduğuna göre, zaten asıl faile de suçun tam cezası verilmeyip indirilmiş ceza verilmektedir. Yani Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edildiği gibi aslî fail hak etmediği bir indirimden yararlanmakta ise de, diğerleri fiillerinin karşılığı cezayı pek az bir farkla almaktadırlar. Zira 463. madde ile yapılan indirim ile teşebbüs halinde yapılan indirim arasında pek cüzi bir fark vardır (18). Bu şekilde de 463. maddenin Anayasanın 33/5. maddesini ihlal etmediği sonucuna varmak gerekir.

Mahalli mahkeme, Anayasa aykırılık iddiasında ileri sürdüğü bu gerekçesini değerlendirmek için diğer bazı sebepleri bu arada,

(16) Bkz. Aksi fikir, TUNA Yalçın, Ceza Kanunumuzun 463. maddesi üzerinde bir inceleme, İst. Baro Dergisi, Cilt XVIII, Sayı 7-8. Müellif iştirak halinde 463. maddenin uygulanmasında iştirakin «icrasına başlanan suçun bütün şerikler için aynı olması» prensibini gözetmiyerek birinin hareketi teşebbüs derecesinde kalmış diğerininki ise tamamlanmıştır diyerek bu hususu cezaların şahsiliği prensibine aykırı bulmaktadır., s. 418. OKAY - ASLAN, Adam öldürme suçunun cezasını indiren sebepler, Ad. Dergisi Yıl. 41, sayı. 1, s. 74.

(17) DÖNMEZER - ERMAN, Cilt II, s. 537 - 538.

(18) Aynı fikir, GÖLCÜKLÜ, s. 109.

463. madde hükmünün delil yokluğunun ve kifayetsizliğinin sanıklar aleyhine kabulü şeklinde anlamak gerektiğini, 463. maddedeki kuralın yalnız adam öldürme ve müessir fiillere mahsus olup diğer suçlara teşmil edilmemesinin bunun sun'i oluşunu ortaya koyduğunu ifade etmektedir.

Herşeyden evvel, 463. maddenin sun'i olduğu görüşünün yerinde olmadığını belirtmek gerekir. Ceza kanunundaki mevcut bazı müesseseler belirli bazı suç kategorileri için konmuştur. Bunun çeşitli sosyal ve tarihsel nedenleri vardır. Örneğin «taammüd» müessesesi de sadece adam öldürme ve müessir fiillere müşterek bir ağırlatıcı sebeptir. 463. maddenin de yalnızca bu suçlara müşterek bir hüküm olmasının nedeni bu suçların kamu düzeni bakımından önemli olmasından ileri gelmektedir.

463. maddenin delil yokluğunun ve kifayetsizliğinin sanıklar aleyhine kabulü görüşüne gelince, doktrinde bu görüşte olan müellifler vardır (19). Kanımızca bu madde hükmü ile «in dubio pro reo» (şüpheden sanık yararlanır) kuralı bertaraf edilmeyip, bilâkis bu kural uygulanmaktadır. Gerçekten in dubio pro reo kuralını, hakim sübut bakımından bir kanaate varamıyarak o hususu sabit olmamış addetmesi olarak yorumlayınca (20), burada da hakim tam ceza alması gereken faillerin kim olduğunu tesbite çalışacak, tesbit için yeterli delil elde edemediği, başka bir deyişle deliller sübuta erişmediği takdirde, durumu sanıklar lehine yorumlayacak ve failere suçun tam cezası yerine 463. maddede belirtilen indirilmiş cezayı verecektir. Gayet açıktır ki, «in dubio pro reo» kuralının uygulanması halinde sanığın şüphe halinde beraet ettirilmesi zorunlu değildir. Vicdanî delil sisteminin cari olduğu ceza muhakemesi usulünde, daha ağır cezayı gerektiren bir halle daha hafif bir cezayı gerektiren hal arasında kesin bir hükme varamıyan hakim, şüpheden sanığı yararlandırarak hafif olan cezayı muhtevi kanun hükmüne göre ceza verir. İşte bu halde de sanık şüpheden yararlanmış olur.

V. SONUÇ

Yukarıda izahlarımızda da belirttiğimiz gibi T.C.K.nun 463. maddesinin Anayasanın cezaların şahsiliği prensibini zedelediği

(19) EREM, s. 930.

(20) KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. bası, İst. 1967, s. 366, no. 333.

inancına varmış oluyoruz. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin bazı gerekçelerine katılmamakla birlikte, Anayasaya aykırılığı reddeden nihaî hükmünü yerinde bulmaktayız.

Aynı zamanda 463. maddenin mevcudiyeti bir bakıma ceza adaletinin sağlanması bakımından da yararlıdır. Eğer böyle bir hüküm olmasaydı çok defa faillerin cezasız kalması gibi bir durum ortaya çıkacaktı. Halbuki söz konusu madde böyle durumları bertaraf etmekte ve kötülerin cezasız kalmamasını da sağlamaktadır. Buna rağmen hakimler 463. maddenin uygulanmasında aslî faili meydana çıkarmak için bütün gayretlerini harcamalı ve ancak asıl faili tesbit edemediği ahvalde bu maddeyi uygulamalıdır. Böylece bazı faillerin hak ettiğiinden daha hafif bir ceza alması da engellenmiş olacaktır.