

**ZİNA SUÇUNDA ŞİKÂYETTEN VAZGEÇMENİN SİRAYETİ -  
VAZGEÇMENİN KABULÜ - TÜRK CEZA KANUNUNUN  
99/SON MADDESİNİN ANAYASAYA AYKIRILIĞI**

**Doç. Dr. Çetin ÖZEK**

**KARAR**

Yargıtay 5. Ceza Dairesi

2/6/1971 Tarih

E. 2250/K. 2235

«Evli bulunan V... B... ile zina yaptığı yapılan yargılama ile anlaşıl-  
lan sanık F... K...'ın Ceza K. nun 442/2 ve 59/2. maddeleri gereğince beş  
ay hapsine, 647 sayılı kanununun 4 ve 5. maddeleri gereğince hapis cezası-  
nın (1.500) lira ağır para cezasına çevrilmesine ve 20 eşit taksitte birer  
ay süre ile tahsiline sair Pasinler Asliye Ceza Hâkimliğinden verilen 28/9/  
1970 tarihli ve 969/90-970/57 sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca in-  
celenmesi, sanık tarafından istenilmesi, şartı yerine getirilmesi üzerine  
mahallinden gönderilip C. Başsavcılığından tebliğname ile daireye tevdi  
olunan dâva evrakı incelenerek gereği düşünüldü :

T. C. K. nun 444. maddesi zina suçundan vaz geçmeyi karşı tarafın  
muvafakatına bağlı tutmayan istisnai bir hüküm niteliğinde bulundu-  
ğundan sanık F...'in şikâyetçi N... B... tarafından vaki vaz geçmeyi ka-  
bul etmemesinin 444. maddenin uygulanarak dâvanın düşürülmesi engel-  
liyemeyeceği düşünülmeksizin F... hakkında yazılı şekilde mahkûmiyet ka-  
rarı verilmesi,

Kanuna aykırı ve sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde oldu-  
ğundan hükmün tebliğname gibi C.M.U.K. nun 321. maddesi uyarınca  
BOZULMASINA, depo parasının geri verilmesine 2/6/1971 tarihinde oy-  
birliğiyle karar verildi.» (1).

**Olay :**

Evli bir kadın olan V.B. ile zina yaptığı anlaşılın F.K., TCK.  
nun 442/2. maddesine göre mahkûm edilmiştir. Fakat mahkûmiyet

(1) Resmi Kararlar Dergisi, Ağustos 1971, No. 8, s. 81-82.

hükmü verilmeden önce, suçtan zarar gören ve V.B. nin kocası olduğu anlaşılan N.B. şikâyetten vazgeçmiştir ve fakat bu şikâyetten vazgeçiş sanık V.B. tarafından kabul edildiği halde, diğer sanık F.K. tarafından kabul edilmemiştir. Şikâyetten vazgeçmenin F.K. tarafından kabul edilmemesi üzerine, muhakeme devam etmiş ve P.K. nin mahkûmiyeti ile sonuçlanmıştır. Bu hüküm, Yargıtayca bozulmuştur. Yargıtay'a göre, TCK'nun 444. maddesinde yer alan ve şikâyetle ilgili hüküm, şikâyetten vazgeçmenin kabule bağlı olduğu hususunda TCK. nun 99. maddesinde yer alan genel prensibe istisna teşkil eden bir hükümdür. Bu istisna, zina suçları açısından, şikâyetten vazgeçmenin hüküm ifade edebilmesi için, sanıkların şikâyetten vazgeçmeyi kabul etmesi gerekli değildir. Bilindiği gibi, prensip olarak, şikâyetten vazgeçmenin etkenliği, şikâyet edilmiş bulunan kişinin kabulüne bağlıdır. Fakat, 99. madde bu hükmü koymakla beraber, son fıkrasında, «kanunda yazılı haller müstesna olmak üzere» cümlecini kullanmak suretiyle, kanunun bu hususta istisnai hükümler getirebileceğini belirtmiştir. Yargıtaya göre, 444. maddedeki hüküm bu şekilde istisnai bir hükümdür ve şikâyetten vazgeçme zina suçlarında, sanığın rızası aranmaksızın, hüküm ifade edecek, dâvânın düşürülmesi gerekecektir.

### **Halli gereken hukukî problem**

Problem, TCK nun 444. maddesinin hukukî mahiyeti ile ilgilidir. 444. madde şikâyetten vazgeçmenin hüküm ifade etmesinin şikâyet edilmiş bulunan sanıkların kabulüne bağlı olması prensibini koyan 99. madde hükmüne istisna teşkil eden bir hüküm müdür, yoksa zina suçunda da şikâyetten vazgeçmenin kabulü gerekli midir?

### **Halli gereken hukukî problem konusundaki görüşler**

Zina suçunda şikâyetten vazgeçmenin şeriklere sirayeti, vazgeçmenin hüküm ifade etmesinin kabule bağlı olup olmaması yönünden iki görüşün belirdiği anlaşılmaktadır:

a — Mahalli Mahkeme, Yargıtay kararından anlaşıldığına göre, şikâyetçi, suç mağduru N. B. nin şikâyetten vazgeçmesini otomatikman hüküm ifade eden bir tasarruf olarak kabul etmemektedir. TCK nun 99. maddesindeki, «vazgeçme onu kabul etmiyen maznuna tesir etmez» genel kuralının, zina suçları yönünden de geçerli olduğu kabul edilerek vazgeçmeyi kabul etmeyen F. K. hakkında muhakeme devam ettirilmiş ve dâva sonuçlandırılmıştır. Mahkeme, ge-

nel hükmü zina suçuyla ilgili olarak da uyguladığı için, vazgeçmenin hüküm ifade edebilmesi için sanığın kabulüne neden ihtiyaç duyulduğunu da, tabiatıyla tartışmamıştır. Sadece F. K. hakkında mahkûmiyet hükmüne varışı, şikâyetten vazgeçmeyi, zina suçları açısından da, kabule bağlı bir tasarruf olarak kabul ettiğini göstermektedir.

b — Yargıtay ise, Mahalli Mahkeme kararını bozarken, zina suçları yönünden şikâyetten vazgeçmenin kabule bağlı bulunmadığını ve bu açıdan, vazgeçmeyi kabul etmeyen sanık hakkında dahi dâvanın düşürülmesi gerektiğini ve bunun dışında bir hüküm verilemeyeceğini kabul etmektedir. Yargıtaya TCK nun 444. maddesindeki, «Dâvadan vazgeçmek hükümden sonra dahi makbuldür. Bu halde, hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarfinazar olunur. Karı kocadan birinin ölümü dâvayı iskat eder» hükmünü, şikâyetten vazgeçmenin kabule bağlı olmadığını belirten bir hüküm olarak kabul etmektedir. Diğer bir deyişle, 444. madde, TCK nun 99. maddesindeki «kanunda yazılı haller müstesna» kaydına uygun istisnai bir hüküm olarak görülmektedir.

Yargıtay diğer bazı kararlarında da benzer sonuçlara varmıştır. Meselâ, 4. Ceza Dairesinin bir kararına göre (2) «Zina ve karı koca gibi geçinme dâvalarında vazgeçmeyi suçlu karı koca kabul edince öteki maznuna ceza verilemez» denilmektedir. Buna karşılık, TCK nun 99. ve 444. maddelerinin hukuki mahiyetini izah eden ve zina suçunda da şikâyetin kabule bağlı bulunduğunu belirten başka bir Yargıtay kararı da mevcuttur (3). Bu karar üzerinde aşağıda duracağız.

### **Kanaatimiz**

Bilindiği gibi, belirli suçlar, değişik mülahazalarla, takibi şikâyete bağlanmıştır (4). Bu suçlarda şikâyet üzerine dâva açıldıktan sonra, şikâyetçi şikâyetinden vazgeçmek hakkına da sahiptir. TCK. nun 99. maddesi, «Takibat yapılabilmesi dâva veya şikâyete bağlı suçlarda suçtan zarar gören kimsenin vazgeçmesi hukuku amme dâvasını düşürür. Ancak Kanunda hilâfı yazılı olmadıkça cezanın infazına

(2) Yar. 4.C.D. 19/1/1945 T. ve E. 864 - K. 794 Sayılı Kararı (Bk. Köseoğlu, Haşiyeli Türk Ceza Kanunu, İstanbul 1955, 485).

(3) Yar. 4.C.D., 5/1/1948 Tarih ve E. 2, K. 2 nolu Kararı (Köseoğlu, 486).

(4) Bk. Dönmez-Erman, Nazari Tatbiki Ceza Hukuku, I, İstanbul 1965, 335 v.s.

mani olmaz» hükmü ile şikâyetten vazgeçmeyi düzenlemiş bulunmaktadır. Sadece şikâyetten vazgeçmenin hükmü ifade edebilmesi, dâvanın düşmesine yol açabilmesi için, şikâyetçinin vazgeçme iradesi serbest ve kesin etki yapabilecek tek taraflı bir tasarruf, irade beyanı olarak kabul edilmemiştir. Gerçekten, vazgeçmenin netice doğurabilmesi, belirli şartlara bağlanmıştır:

a) Zaman sınırı olarak, vazgeçmenin ancak hüküm kesinleşinceye kadar yapılabileceği, kabul edilmiştir. Aksine hüküm olmadıkça, şikâyet üzerine dâva açılıp, hükme varılıp bu hüküm kesinleştikten sonra vazgeçmek mümkün değildir; vazgeçme cezanın infazını engellemez.

b) TCK nun 99. maddesinin 2. fıkrası, «şikâyetten vazgeçmenin bölünmezliği» prensibini kabul etmiştir. «Maznunlardan biri hakkındaki dâva veya şikâyetten vazgeçme diğerlerine de sirayet eder.» Bu şekilde, şikâyetçi sanıklardan istediğini cezalandırmak, istediğini cezalandırtmamak gibi bir seçim hakkına, bu konuda etken bir iradeye sahip bulunmamaktadır (5).

c) Şikâyetten vazgeçmenin kabulü zorunluluğu da, şikâyet edilen ve sanık durumuna getirilen bir kişinin «dâvalı» olarak mahkemede bulunmak, kendisini savunmak ve beraat edebilmek hakkını sağlayan ve bu konuda şikâyetçinin iradesini sınırlayan bir hükümdür. Gerçekten, serbest bir iradeyle şikâyette bulunup, bir kişi aleyhine dâvayı tahrik eden kimsenin, şikâyetten vazgeçebilmesi hüküm kesinleşinceye kadar mümkündür ve fakat bu şikâyetten vazgeçme konusundaki iradenin dâvanın düşmesi sonucunu doğurabilmesi, karşı tarafın kabulüne bağlıdır. Eğer şikâyet edilenler birden fazlaysa ve vazgeçmeyi bunlardan bir kısmı kabul etmişse, dâva sadece onlar için düşer, vazgeçmeyi kabul etmeyenler içinse devam eder.

(5) Yargıtay bazı kararlarında, şikâyetten vazgeçmenin sirayetinin, ancak «çok faili suçlar» açısından söz konusu edilebileceğini belirtmiştir. Meselâ, 4.C.D., 30/11/1945 Tarihli ve E. 12235/K. 11277 Sayılı Kararında «Bir sanık hakkındaki şikâyetten vazgeçmenin diğer sanıklara tesiri, zina gibi iki kişi birleşmedikçe husulü mümkün olmayan suçlara münhasırdır» denilmektedir. 99. maddede ise böyle bir sınırlama söz konusu değildir. Çok faili olmayan ve fakat iştirak sebebiyle birlikte işlenmiş, şikâyetin sirayeti prensibi gereğince bütün şahıslar hakkında dava açılmış bulunması halinde de vazgeçme bütün şeriklere sirayet eder. Manzini, Trattato di Diritto Penale, III, Torino 1921, 333.

Görüldüğü gibi, kanun, şikâyetten vazgeçme konusunda, şikâyet-  
te bulunan kimsenin dâvayı düşürücü irade beyanını sınırlı bir şe-  
kilde kabul etmiş ve bu etkenliği karşı tarafın kabulüne bağlamış-  
tır. Bu şekildeki bir sistemin haklılığı ve yerindeliği hususunda ise  
şüphe yoktur. Gerçekten, ceza hukukunda suçların normal takip edi-  
liş yolu «kamu dâvası» yoludur. Takibin şikâyete bağlı olması istisnâ  
bir usuldür. Ancak, kamu yararının, kişisel yarara bağlı bu-  
lunduğu, kamu yararının kişi yararı ile çatışmadığı hallerde kabul  
edilebilmektedir (6). Şikâyetin bir suçun takibi için şart koşulduğu  
hallerde, suçun kişiyi çok daha fazla ilgilendirdiği kabul edilir ve  
bu nedenle devletin suçları takibi hususundaki yarar ile kişi hak-  
ları ahenksizlik belirlediği pek istisnâ hallerde, devletin takibinden  
doğacak yarar ile kişi yararı arasında bir çelişkinin mevcut bulun-  
madığının görünmesi için, bu suçların takibi şikâyete bağlı tutu-  
lur (7). Şikâyet üzerine de, suç devlet tarafından kovuşturulmakta-  
dır ve fakat, suçun takibi «şikâyet» gibi bir takip şartına bağlan-  
makla, kişisel yararın da bu takipten yana, onunla paralel olduğu-  
nun ortaya çıkması istenilmektedir (8). Görüldüğü gibi, bir suçun  
takibinin kişisel bir iradenin izharına bağlı tutulması kişisel irade-  
nin belirmesinde kamu yararı olması gibi istisnâ hallere münhasır  
kılınmıştır. Gerçekte, bazı suçların takibinin şikâyete bağlı tutul-  
ması, ferdî yarar ve iradeye, kamusal yarar ve iradeye oranla üs-  
tünlük tanınması, suçların kamu dâvasıyla takip edilmesi prensibi-  
ne istisna getirmesi v.s. yönünden eleştirilen bir sistem olarak be-  
lirmektedir. Suçlunun takibinin bir kişinin iradesine bağlı tutulma-  
sı, bazı ahlâk dışı pazarlıklara yol açmak, ceza hukukunun «emre-  
dıcilik», «otoriterlik» kurallarına aykırı düşmek bakımından eleşti-  
rilmiştir (9). Bu eleştiriler nedeniyledir ki, suçların takibinin şikâ-  
yete bağlı tutulması çok istisnâ ve belirli hallere münhasır kılın-  
mıştır.

Bir ceza hukuku sisteminde «takibi şikâyete bağlı suçlar» grubu  
kabul edilince, doğal ve zorunlu olarak «şikâyetten vazgeçme» yo-  
luyla dâvanın düşürülebilmesi imkân ve sisteminin de kabulü zorun-  
ludur. «Tâkibi şikâyet ve muvaffakate bağlı olan suçlarda, sözü ge-

(6) Battaglini, *Il diritto di querela*, Bologna 1939, 85.

(7) Dönmezer-Erman, I, 335.

(8) Battaglini, 85.

(9) Bu eleştiriler için bk. Battaglini, 74 v.s.

çen takip şartları, dâva ikamesi için nasıl aranmakta ve binnetice amme menfaati ile ferdî menfaatin tezat halinde olmadığı anlaşılıyor takdirde dâva ikame edilebilmekte ise, o suretle dâva açıldıktan sonra şikâyetten vazgeçilmesi veya muvafakatin geri alınması, diğer bir tâbirle amme menfaatiyle ferdî menfaat arasında dâvanın başında mevcut olan ahengin sonradan zail olması halinde, takipteki amme menfaati de ortadan kalkmakta ve binnetice dâva hakkı sükût etmektedir» (10). Bu açıdandır ki, şikâyetçiye, şikâyet ettiği konuda şikâyetten vazgeçme hakkı da kabul edilmiştir. Şikâyetten vazgeçme ile açılmış olan dâva ve pek istisnai durumlarda da infaz olanağı düşürülmektedir (11).

Şikâyetten vazgeçme hakkının kabulü de, şikâyet hakkının kabulüne paralel olarak eleştirilmiştir. Savcı dahi açtığı dâvadan vazgeçmek hakkına sahip değilken şikâyetçiye böyle bir hak tanınmış olmakta, böylece ceza hukukumuz sistemi ile esasda bağdaşmayan bir işleme yol açılmaktadır. Vazgeçme konusunda taraflar arasında pazarlıklara, ahlâk dışı anlaşmalara yol açacak, bu müesseseye, kişiye bir sanığı istediği an mahkeme önüne götürmek, istediği an onu sanıklıktan kurtarmak gibi kamu organlarına tanınmamış yetkilerin verilmesi, ceza vermek hakkının kişiye devredilmesi anlamına gelmektedir. Herşeye rağmen kamu adına bir takip söz konusu olduğu halde, kişi, kamu adına yapılan takibe istediği an son verebilmek imkânına sahip kılınmaktadır (12).

Kısa olarak belirttiğimiz ve bir ölçüde haklılık payı taşıyan bu eleştiriler nedeniyledir ki, Macar Ceza Hukuku sisteminde olduğu gibi, bazı sistemlerde şikâyetten vazgeçme kabul edilmemiştir. Diğer bazı sistemler ve görüşler ise şikâyetten vazgeçmenin sınırlı bir biçimde kabulünden yanadır. Meselâ, Manzini, şikâyetten vazgeçmenin ancak dâva açılana kadar kabul edilmesinden ve şikâyetten vaz-

(10) Dönmezer-Erman I, 335.

(11) Manzini (1921), III, 316.

(12) Bu eleştiriler için bk. Battaglini, 40 v.s. — Dönmezer-Erman (1971), III, 313 v.s. Şikâyetten vazgeçmenin şarta bağlanabilip bağlanamayacağı ve bu konudaki doğacak sonuçlar için bk. Donay, Şikâyetten vazgeçmenin bir karşılık sonucu yapılması (İHFM, C. XXXV, 1-4 den ayrı bası), İstanbul 1969, s. 9 v.s. Bu eleştirilere karşılık, vazgeçmenin kabul edilmemesi halinde, kişinin iddeasını ispat edememek korkusu içinde şikâyette bulunamayacağı, vazgeçmenin husumetlere son verebileceği, toplumsal barışa yol açacağı ileri sürülmüştür (Bk. Dönmezer-Erman, III, 315).

geçmenin şikâyet edilenin zarar ve ziyanının tazminine bağlı tutulmasından yanadır (13). Alman Ceza Kanunu da 60. paragrafında, vazgeçmenin, ancak kanunun açıkça belirtip, saydığı hallerde söz konusu olabileceğini sistemleştirmiştir. İtalyan Ceza Kanunu da 152. maddesinde, vazgeçmenin hiç bir şekilde şarta bağlanamayacağını ve bir müddete bağlanamayacağını belirtmiştir.

TCK nun 99. maddesi de, şikâyetten vazgeçmeyi sınırlı bir şekilde kabul etmiş bulunmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, şikâyetten vazgeçmenin hükmün kesinleşmesine kadar mümkün olabilmesi bir zaman sınırı getirmekte ve böylece, hüküm verildikten sonra şikâyetçinin infazı engelleme yetkisi tanınmaktadır. Bu zaman sınırlaması ile, mahkûmiyet kesinleştikten sonra, şikâyetçinin suçlunun zor durumundan yararlanarak belirli menfaatler karşılığı onu cezadan kurtarmak imkân ve yetkisi ortadan kaldırılmış bulunmaktadır. Kanunumuz, vazgeçmenin sirayeti prensibini kabul etmekle de, şikâyetçinin çok failli veya iştirak halinde işlenmiş suçlarda istediği sanığı cezalandırmak, istemediğini cezalandırmamak gibi kurallara adalet ve eşitlik kuralına aykırı bir iktidar sahibi olması engellemek istenmiştir (14). Bu nedenledir ki, «şikâyetten vazgeçme bölünemez ve bir kişi hakkındaki vazgeçme, vazgeçmeği kabul eden diğer şerikler için de hüküm ifade eder. Nasıl şikâyet bölünemiyor ve kişiler değil «fiil» şikâyet ediliyorsa, vazgeçme durumunda da, kişilerin cezalandırılmasından değil «fiilin cezalandırılmasından» vazgeçilmektedir.

Şikâyetten vazgeçme imkân ve hakkını sınırlayan bir diğer hüküm de, vazgeçmenin, sanığın «kabulüne bağlı» tutulmasıdır. Şikâyetten vazgeçme, prensip olarak bütün sanıklar hakkında hüküm ifade edecek ve dâvanın düşmesine yol açacaktır. Fakat, sanıklardan bir kısmı vazgeçmeyi kabul etmediği takdirde, onlar hakkında dâva devam edecektir. Bu husus İtalyan Ceza Kanununun 155. maddesinde açıkça ifade edilmiş bulunan bu husus, açık bir hüküm bulunmamakla beraber, kanunumuzun sisteminin doğurduğu doğal bir sonuçtur. Şikâyetten vazgeçmenin hüküm ifade etmesinin kabule bağlı tutulması, şikâyetçiye nasıl şikâyetinden vazgeçmek hakkı tanın-

(13) Manzini (1921), III, 315.

(14) Masucci, Gli effetti giuridici del reato, in Pessina, Enciclopedia del Diritto Penale Italiano, III, Milano, 1906, 231.

mıssa, ona karşılık, şikâyet edilene de bir hak tanınmıştır ve bu hak da vazgeçmeyi kabul edip etmemek hakkıdır ve bu hak sanığın kendisinin cezadan dâvanın düşmesi ile kurtulduğu şaibesini kaldırma isteğini ifade eder (15). Beraat edeceğine, suçsuzluğuna inanan bir sanık, şikâyetten vazgeçilmek suretiyle kurtulmak yerine, beraat etmeyi isteyip, bunu talep edebilir ve bu istek şikâyetten vazgeçmeyi kabul etmemesine yol açar. Bu konuda devlet, sanığın iradesine üstünlük tanımakta, şikâyetçinin yerli yersiz şikâyetlerle kişilerin şeref ve haysiyetini gölgeleyebilmek imkânına kavuşmasını engellemek istemektedir (16). Bu nedenledir ki, 1889 mehzaz İtalyan Ceza Kanununun hazırlık çalışmaları sırasında, vazgeçmenin kabule bağlı tutulup, tutulmaması geniş tartışmalara yol açmış ve sonuçta hiçbir istisna kabul edilmeksizin, vazgeçmenin hüküm ifade edebilmesi kesin olarak kabule bağlı kılınmıştır (17). Durum Yeni İtalyan Ceza Kanunu açısından da aynıdır.

TCK nun 99. maddesinde ise, mehzazda olmayan bir ifade mevcuttur ve kanunun vazgeçmeyi kabule bağlı tutmamak hususunda serbest bulunduğu, bu hususta özel hüküm mevcut bulunması halinde, şikâyetten vazgeçme ile, otomatikman dâvanın düşebileceği anlamına gelmektedir. Gerçekten, 99. maddenin son fıkrasında, «*Kanunda yazılı haller müstesna olmak üzere, vazgeçme onu kabul etmeyen maznuna tesir etmez*» denilmektedir. «*Kanunda yazılı haller müstesna olmak üzere*» ifadesi mehzaz kanununun 88. maddesinde mevcut bulunmamaktadır. Bu hükme dayanılacaktır ki, uygulamada, zina, takibi şikâyete bağlı müessir fiil ve hakaret sövme suçlarında şikâyetten vazgeçmenin kabule bağlı bulunmadığı ileri sürülmektedir. Gerçekten Ceza Kanunumuzun sadece üç maddesinde, yani 444, 460 ve 489. maddelerinde şikâyetten vazgeçmekle ilgili özel hüküm mevcuttur. 444. madde, vazgeçmenin «*hükümden sonra*» dahi mümkün olduğunu belirtmektedir. 460. madde ile 489. madde ise, «*hüküm kesinleşinceye kadar*» şikâyetten vazgeçmenin dâvayı düşüreceği belirtilmektedir. Bu maddelerin hiç birinde, «*vazgeçmenin kabule bağlı bulunmadığı*» hususunda bir ifade mevcut bulunmadığı halde, sırf, bu maddelerde şikâyetten vazgeçmekle ilgili özel hüküm bulun-

(15) Battaglini, 418.

(16) Battaglini, 418 — Masucci, 223 — Erem, Türk Ceza Hukuku, I, Ankara 1958, 628.

(17) Tartışmalar için bk. Masucci, 222.



ması sebebiyle, Yargıtay muhtelif kararlarında bu suçlarla ilgili olarak vaki şikâyetten vazgeçmelerin kabule bağlı bulunmadığını kararlaştırmıştır (18). İnceleme konumuz olan kararda da, zina suçu açısından aynı husus tekrarlanmaktadır.

Şimdi üzerinde durulacak konu, söz konusu maddelerin ve özellikle 444. maddenin «şikâyetten vazgeçmenin kabule bağlılığı» kuralına bir istisna teşkil edip etmediği ve böyle bir istisna koymanın mümkün bulunup bulunmadığı meselesidir. Zira, şikâyetten vazgeçmenin kabule bağlı tutulmaması, bu sistemin benimsenmesi ile ortaya konulan mantığa ve yarara tamamen ters ve sisteme aykırı bir nitelik taşıyacaktır. Nitekim, 444. madde ile aynı mahiyette kabul edilen 460. madde ile ilgili olarak, TCK nun 99. maddesinin Anayasanın 12. ve 31. maddesine dahi aykırı olduğu dahi ileri sürülmüş bulunmaktadır. Bu konudaki kanaatimizi belirtmeden önce, Anayasa Mahkemesindeki iddialar ve karar konuya aydınlık tutacak nitelikte bulunduğundan, aykırılık görüşü ve mahkemenin kararı üzerinde durmak yerinde olacaktır (19).

Konu, Anayasa Mahkemesine, Akdağmadeni Sulh Ceza Mahkemesinin gördüğü bir dâva sebebiyle ve Anayasanın 151. maddesi uyarınca «def'i» yoluyla gelmiştir. Şikâyetçi kızı, oğlu ve damadı tarafından dövüldüğü iddiası ile şikâyette bulunmuş ve bu şikâyet üzerine bahis konusu kişiler aleyhine TCK nun 456/4 ve 457/1. maddeleri uyarınca dâva açılmıştır. Dâva sırasında, şikâyetçi oğlu hakkında şikâyetinden vazgeçmiş, vazgeçmeyi kabul eden «ogul» hakkında dâva düşürülmüş, vazgeçmeyi kabul etmeyen «damat» beraat etmiş ve yine vazgeçmeyi kabul etmeyen «kız» ise mahkûm edilmiştir. Yargıtay 2. C. D. si ise TCK nun 99/son ve 460. maddeleri mucibince, vazgeçmenin kabule bağlı olmadığını belirterek, hükmü bozmuştur. Mahkeme, Yargıtay'ın bozma kararına uyup, uymamak hususunda bir karar vermezden önce, TCK nun 99. ve 460. maddelerinin

(18) Yargıtay'ın bu konudaki kararları çoktur. 460. madde ile ilgili kararına örnek olarak bk. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 14/4/1952 tarih ve 4/74-70 sayılı kararı (Öztürk, Türk Ceza Kanununun şerhi ve tatbikatı, I, 312, no. 12). 489. madde ile ilgili olarak bk. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 5/7/1954 tarih ve E. itiraz 251, K. 249 sayılı kararı (Köseoğlu, 590). Bu Genel Kurul Kararları dışında, bir çok daire kararı da mevcuttur.

(19) Anayasa Mahkemesinin 25/6/1970 tarih ve E. 970/17, K. 970/37 sayılı kararı için bk. 4/5/1971 tarih ve 13826 sayılı Resmi Gazete.

Anayasanın 12. ve 31. maddelerine aykırı olduğu kanısına vararak, «iptaline karar verilmesi itirazında» bulunulmuştur. Mahkemenin, söz konusu maddelerin Anayasaya aykırılığı konusundaki görüşünün gerekçesi şöyledir:

«Filtvaki suçtan zarar görenin şikâyet hakkı olduğuna göre bundan vazgeçmek suretiyle tahrik etmiş olduğu dâvayı da düşürebilmesi gerektiği hatıra gelebilir. Fakat şikâyetçinin hakkının şikâyet olunanın hakkı ile taarruz ettiği haller arasında iyi bir sınırın çizilmesi icap eder. Suçtan zarar gördüğünü iddia eden kişinin kamu dâvasının açılmasını sağlamak elindedir. Fakat bu dâvanın açılması diğer bir vatandaş hakkında bir suçluluk karinesi tevhit eder. Bir vatandaşa bir leke sürülmüştür. Bu karinenin hukuki hiçbir değeri yoktur. Fakat fiilen ve halk nazarında bir ehemmiyet arzettiği de inkâr edilemez. Bu fiili karinenin aksi ancak kesinleşmiş bir beraat hükmü ile giderilebilir. Bu sebeple şikâyet olunan kimse vazgeçmeyi kabul etmemek suretiyle dâvanın devamını ve bu suretle masumiyetini ispatla bir beraat hükmü istihsalini sağlar. O halde vazgeçme konusunda kabul yetkisi şikâyet olunan için bir savunma vasıtasıdır. Kaldı ki, şikâyetçinin iradesini sanığa tahmil etmeye de hukuk anlayışı manidir. Ancak üstün bir hukuk iradesinin tezahürü olarak umumî ve hususî affın kabul mecburiyeti de tahmil edilebilir. Eşit iradelerin verimi, vazgeçmede böyle bir mecburiyeti sanığa yüklemek doğru olamaz. Esasen şikâyetin kötü kişilerin elinde ve onlara hiçbir zararı dokunmayan bir söğme vasıtası olmaması ve sözde acımak duygusu ile hareket edilmiş zehabı uyandırmak suretiyle, sürülen lekeyi olduğu gibi bırakan bir affı kabul mecburiyeti adalet duygularına tamamiyle aykırıdır. Adalet, hakikatın meydana çıkmasına mani olmak değildir. Profesör Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku cilt 1, 1958 sahife: 528.

Profesör Faruk Erem'in yukarıya aldığımız fikirlerine mahkemece aynen iştirak edilmektedir. Burada daha da ileri gidilerek kötü niyet sahibi olabilecek bazı kişilerin bu gibi şikâyetlerini müteaddit defalar ayrı ayrı zamanlar için tekrarlamak ve yerine göre deliller uydurmak suretiyle masum kişileri adli merciler önünde meşgul etmek ve onları suçlu damgası ile damgalamak yoluna gidebilecekleri daima mümkün ve muhtemeldir.

Türk Ceza Kanununun mehzâı bulunan İtalyan Ceza Kanununun 88. maddesinde (takibat icrası, ancak mutazarrır olan tarafın şikâyetine bağlı suçlarda mutazarrırın dâvadan vazgeçmesi, ceza dâvasını ortadan kaldırır. Fakat bu halin mahkûmiyetin infazına mani olması, ancak kanunda yazılı yerlerde caizdir. Maznunlardan birinin lehine dâvadan vazgeçmek diğer maznunlara da sirayet eder. Dâvadan vazgeçmek, onu kabul etmeyen maznuna tesir etmez.) denilmek suretiyle şikâyetçinin şikâyetinden vazgeçmesinin maznunun veya maznunların kabulüne bağlı kıldığı aşikâr iken, her ne sebeple ise kanunumuzun bu maddeyi kabul eden 99. maddesinin son fıkrasına (kanunda yazılı haller müstesna olmak üzere) hükmü ilâve edilmek suretiyle mehzâ kanundan ayırık bir hüküm getirilmiş ve bu noktadan sanıkların iradelerine bir değer verilmemiştir.

Yukarıda belirtilen Anayasa'nın 31. maddesinde herkesin yargı mercii önünde dâvacı veya dâvalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu yazılı olmasına rağmen, Türk Ceza Kanununun 99. maddesinin ve yine olayda tatbik kabiliyeti bulunan 460. maddesinin sanığa tam anlamı ile buna mümasil hâdiselerde savunma imkânı tanımadığı açıkça anlaşılmaktadır. Mahkeme önünde masumiyeti ispatlanan bir sanığın eline bir beraat kararı verilmesi tabii iken, şikâyetçinin şikâyetinden feragat ettiğini bildirmesi halinde uygulamada böyle bir karar verilmesi mümkün olmamakta ve hakikaten masum olan bir kimse bir beraat kararı alamadığı için Türk Ceza Kanununun 283. ve 285. maddelerinden istifade ederek adli mercilere müracaat hakkından yoksun bırakılmakta ve netice itibariyle bu hal adaletin tam anlamı ile gerçekleşmesine imkân vermemektedir. Bu gibi hallerde Anayasa'nın 12. maddesinin son fıkrasında belirtildiği gibi kötü niyetli şikâyetçi zümresine bir nevi imtiyaz tanınmış olmaktadır. Türk Ceza Kanununun 460. maddesi de aynı nedenlerle ve sanığa tam anlamı ile savunma imkânı vermemiş bulunduğu cihetle Anayasa'nın yukarıda zikredilen 31. ve 12. maddelerine aykırılık teşkil ettiklerinden ve mahkemenin kanısı da bu yolda tecelli ettiğinden Türk Ceza Kanununun 99/2. maddesinde yazılı hüküm ile son fıkrasında mevcut (kanunda yazılı haller müstesna olmak üzere) hükmünün ve 99. maddeye istisna teşkil eden Türk Ceza Kanununun 460. maddesinin tümünün iptaline karar verilmesi kanaati ile dosyada mevcut ilgili evrak örneklerinin çıkarılarak Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine ve duruşma-

nın durdurulmasına 17/12/1969 tarihinde karar verildi.»

Akdağmadeni Sulh Ceza Mahkemesinin belirtilen gerekçelere dayanan «iptal itirazı» Anayasa Mahkemesince kabul edilmemiştir. Anayasa Mahkemesi, oyçokluğu ile, TCK nun 99. ve 460. maddelerinin, Anayasanın ne 12. ve ne de 31. maddelerine aykırı bulunmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin çoğunluk oyu sahiplerinin görüşü şöyledir:

«İtirazda bulunan mahkeme, gerekçeli kararında Türk Ceza Kanununun 99. maddesine göre takibat yapılabilmesi dâva ve şikâyete bağlı bulunan suçlarda şikâyetin birden ziyade sanık hakkında yapılmış bulunduğu hallerde, bunlardan biri için yapılan vazgeçmenin diğer sanıklara da sirayet ettiğini, maddenin son fıkrasında vazgeçmenin bunu kabul etmeyen sanığa tesir etmeyeceği belirtilmiş ise de «kanunda yazılı haller» in bundan müstesna tutulduğunu ve bu hallerden birinin de, 446. maddede gösterilmiş olduğunu, esasen Yargıtay'ın süregelen içtihadının da sözü geçen hallerde sanığın veya sanıkların rızasına bakılmaksızın vazgeçmenin hüküm ifade etmesi lâzım geldiği yolunda bulunduğunu bildirmekte ve bunların sakıncalarını uzun uzadıya açıklamaktadır. Sonuç olarak da; Türk Ceza Kanununun 99/2. maddesinde yazılı hüküm ile son fıkrasındaki (Kanunda yazılı haller müstesna olmak üzere) kaydının ve 99. maddeye istisna teşkil eden Türk Ceza Kanununun 460. maddesinin tümünün (herkesin yargı mercileri önünde meşru bütün vasıta yollarından faydalanmak suretiyle, dâvacı veya dâvalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğunu) bildiren 31. maddesine ve kötü niyetli şikâyetçi zümresine bir nevi imtiyaz tanınması sebebiyle de Anayasa'nın 12. maddesinin son fıkrasına aykırı düşüklüklerinden iptallerini istemektedir.

Gerçekten Ceza Hukuku alanında, gerek suçların takibinde zarar görenin şikâyetine yer vermenin doğru olup olamayacağı ve bunun hangi nitelikteki suçlarda yerinde görülebileceği konusunda ve gerekse şikâyetçiye vazgeçmesini, sadece bazı sanıklar için sınırlandırabilme yetkisinin tanınıp tanınmamasının ve yine vazgeçmenin sanığın kabulüne bağlı tutulup tutulmamasının yarar ve zararları üzerinde türlü düşünceler ortaya sürülmüştür.

Ancak, kanun hükümlerinin Anayasa'ya uygunluklarının denetlenmesi sırasında, bu hükümlerin ortaya atılan türlü düşüncelerle çelişip çelişmediklerinin değil de Anayasa kurallarına aykırı olup

olmadıklarının incelenmesi zorunluğ u vardır.

Bu bakımından araştırılırsa Anayasa'mızda, hangi nitelikteki suçların doğrudan doğruya takibe tabi olacağını, hangilerinin takibinin şikâyete bağlı tutulması gerektiğini ve takibi şikâyete bağlı suçlardan hangilerinde vazgeçmenin tesir edebilmesi için sanığın kabulüne lüzum olduğunu, hangilerinde böyle bir kabule lüzum bulunmadığını gösteren bir hüküm yoktur. Bu duruma göre, kanun koyucu bir Anayasa hükmüne aykırı olmamak kaydıyla, hangi fiillerin suç sayılacağını kanunla tayin etmek yetkisine sahip olduğu gibi yine bu suçların niteliklerine göre hangilerinin takibinin şikâyete bağlı tutulacağını ve bunlardan hangilerinde şikâyetçinin vazgeçmesinin sanığın kabulü ile ve hangilerinde böyle bir kabule bağlı olmadan kamu dâvasını düşüreceğini tayin ve tespit etmek hususunda da aynı derecede yetkili bulunmaktadır. Ceza hukukumuzda da, kanun koyucu muayyen bazı suçlarda takibat yapılabilmesini zarar görenin dâva ve şikâyetine bağlı tutmuş, Türk Ceza Kanununun itiraz hükümlerini kapsayan 99. maddesinde de bu gibi suçlarda zarar gören kimsenin vazgeçmesinin hukuku amme dâvasını düşüreceğini ve ancak kanunda hilâfı yazılı olmadıkça cezanın infazına mani olmayacağını, maznunlardan biri hakkındaki dâva ve şikâyetten vazgeçmenin onu kabul etmeyen maznuna sirayet etmeyeceğini» bildirmiştir. 460. maddede de (456. ve 459. maddelerin takibat icrası şikâyete bağlı bulunan fıkralarından muharrer ahvalde müddetinin hüküm katileşinceye kadar dâvasından feragatin, hukuku amme dâvasını ortadan kaldıracağını) belirtmiştir.

Kanun koyucunun, niteliklerini gözönünde tutarak bir kısım şikâyete bağlı suçlarda, vazgeçmenin sanığın kabulüne bağlı tutulmasında bir kamu yararı görmeyerek kanunla böyle bir düzenleme yapmasına yukarıda sözü edilen yetkisi müsait bulunmaktadır.

Bundan başka Anayasamız'da itiraz konusu hükümleri yasaklayıcı bir madde de yoktur. Nitekim; kanun koyucu aynı yetkisi dolayısıyla zaman aşımı, af gibi sanıkların kabulüne bağlı tutulmadan kamu dâvasını düşürebilen başka sebepler de ortaya koymuştur.

İtirazın konusu hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına dayanak olarak mahkemece ileri sürülen Anayasa maddelerine gelince;

Bunlardan «Hak arama hürriyeti» başlığını taşıyan 31. maddede

(herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde dâvacı veya dâvalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir» denilmektedir. Anayasa müzakereleri sırasında yapılan konuşmalardan da «meşru vasıta ve yollar» deyiminden «hukuk düzenine uygun vasıta ve yollar»ın kastedilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa'nın bu hükmü ile, iddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması, tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını bir kaygıya kapılmadan serbestçe yapmaları korunmak istenmiştir. İtiraz konusu maddelerde ise kanun koyucu, ancak kanunda açıklanan bazı hallerde, ilişkin buldukları suçların nitelikleri sebebiyle sanığın kabulünü araştırmakta kamu hakları yönünden bir yarar görmediğinden kabule bağlı tutmaksızın şikâyetçinin vazgeçmesini, fiili suç olmaktan çıkararak bir sebep olarak, kamu dâvasının düşmesi için yeterli bulmuştur. Fakat kamu dâvasının böylece ortadan kalkması, sanığın hakkını savunmasını önlemiş değildir. Çünkü, hususî hukuk yolundan veya Türk Ceza Kanununun 285, 283. maddelerinden faydalanmak suretiyle haklarını savunmak yetkisi saklı kalmıştır. Bu itibarla vazgeçme sonucunun böyle bir hukukî düzenlemeye bağlanmış olması, sanığa hukukça uygun bulunması şartıyla bütün vasıta ve yollardan faydalanması yetkisini veren Anayasanın sözü geçen maddesini zedelemiş sayılmaz.

Anayasa'nın 112. maddesinin son fıkrasında da (Hiç bir kişiye veya topluma imtiyaz tanınmaz) denmektedir. Bu hükümle, aynı durumda bulunan kişilerden veya topluluklardan bir kısmına, diğerlerinden daha çok veya daha geniş hak ve yetkiler tanınarak (Kanun karşısında eşitlik) ilkesinin çiğnenmesi önlenmiştir. Kanun koyucu şikâyetçinin sanıklar biri hakkındaki vazgeçmesinin diğerlerine sirayetini kabul eylemek ve takibi şikâyete bağlı bir kısım suçlarda, şikâyetçinin vazgeçmesinin sanıkça kabulünü aramadan kamu dâvasını düşüren bir hüküm koymak suretiyle, aynı durumda bulunan şikâyetçilerden bir kısmına diğerlerinden daha çok hak ve yetki vermiş ve onlara bir imtiyaz tanımıştır; denemez. Aksine, aynı durumda bulunan şikâyetçilerin hepsini aynı hak ve yetkilere sahip kılmıştır. Böylece itiraz konusu hükümlerin Anayasa'nın 12. maddesinde yazılı eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez.»

Anayasa Mahkemesi kararının, 460. madde ile aynı mahiyetteki TCK nun 444. ve 489. maddeler için de geçerli olacağı açıktır. İnce-

leme konumuz olan Yargıtay kararı ile de ilgili olarak bir sonuca varabilmek açısından, Anayasa hükümleri ve Ceza Kanunu hüküm ve sistemini bir arada göz önünde bulundurarak bir yoruma varmak gerekliliği açıktır:

1 — 99. maddenin ve ona bağlı olarak 444., 460., 489. maddelerin Anayasanın 12. maddesine aykırı olmadığı konusunda Anayasa Mahkemesinin görüşü yerinde bir görüştür. Gerçekten, eşitlik aynı durum ve statüdeki kişilere aynı normların uygulanması, yasaların aynı durum ve statülerle ilgili değişik hükümler ve düzenlemeler getirmemesi demektir. TCK nun 444., 460., 489. maddeleri şikâyetten vazgeçmenin kabule bağlılığı kuralına bir istisna getirmiş olsalar bile, bu suçları işleyen ve haklarında şikâyet vaki olan bütün kişiler yönünden söz konusu maddeler uygulanabilecek, bütün aynı durumdaki sanıklar yönünden bu maddeler işleyecektir. Öyleyse, yasalar belirli durumdaki kişiler yönünden bir ayırım yapmış, bir kısmını belirli maddelerden istifade ettirip, diğerlerini bu istifadeden yoksun bırakmış değildir. Anayasa Mahkemesi Kararında da belirtildiği gibi, «aynı durumda bulunan kişilerden veya topluluklardan bir kısmına, diğerlerinden daha çok geniş hak ve yetkiler tanınması», «kanun karşısında eşitlik» kuralını bozabilir (20). Böyle bir durum, 99. madde açısından söz konusu bulunmamaktadır.

2 — TCK nun 99. maddesinin Anayasanın 31. maddesi yönünden aykırılığı ise, düşünülebilir. Gerçekten, Anayasa, 31. maddesinde, herkesin «yargı mercileri önünde dâvacı veya dâvalı olarak, iddia ve savunma hakkı sahibi» bulunduğu belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi, şikâyetin kabule bağlı tutulmamasının, sanığın dâvalı olarak savunma hakkını ortadan kaldırmadığını, kendisinin hukuk yoluna veya TCK. nun 283. ve 285. maddelerindeki hükümlerden faydalanma cihetine gidebileceğini belirterek, maddenin Anayasanın 31. maddesine aykırı bulunmadığına karar vermiştir. Halbuki, 99. madde kanun koyucuya, şikâyet edilerek «dâvalı» durumuna getirilmiş bulunan kişinin, şikâyetten vazgeçilirken, rızası sorulmaksızın dâvanın düşmesine imkân sağlayacak hükümler getirme imkânını tanımıştır. Böyle bir sistem, kişinin dâvalı durumuna getirilmesinin ve bu durumdan çıkartılmasının tüm yetkisini bir kişiye bırakmak anlamına gelir. Diğer bir deyişle, bu şekilde, kişisel bir irade, dâvalının, dâvalı olarak yargı mercileri önünde kendisini savunma ve iddiada bulunma hakkını elinden alabilmektedir. Bu

(20) Bk. Pergolesi, F. Diritto Costituzionale, Padova 1965, 136 v.s.

şekildeki bir kabul, Anayasanın 31. maddesinin herkese tanıdığı savunma temel hakkını kullanmaktan yoksun bırakmaktadır. Anayasa Mahkemesi Kararına «karşıoy» yazan Lütfü Ömerbaş ve Avni Givdanın belirttikleri gibi, «itiraz konusu hükümler, hükmün kesinleşmesine değin sürdürülmesi gereken savunma hakkını kullanması için kimi hallerde sanığa, yararlanabileceği hiç bir vasıta ve yol bırakmamaktadır» ve «kimi ceza dâvalarında sanığın savunma hakkını kullanmasını dâvacının istek ve iradesine bağlı kılmakta; dâvacının dâvasından vazgeçmesi halinde vazgeçmeyi kabul etmemeye hakkı olmayan sanık masumluluğunu kanıtlayabilmek ve beraat kararı alarak kendine isnat edilen suçun altından alın aklığı ile çıkmak olanağını bulamamaktadır ..... tartışılan bu kanun hükmünün «dâvalının savunma hakkını» büyük ölçüde sınırladığında, sınırlamanın kamu yararı veya kamu düzeni gereğine başka bir deyimle haklı bir nedende dayanmadığında ve şu duruma göre de Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun bir sınırlamadan söz edilemeyeceğinde kuşku yoktur.» Anayasa Mahkemesinin, dâvalının, hukuk dâvası yoluna veya TCK nun 283. ve 285. maddelerine dayanarak, Adliyeye gitmesinin mümkün olduğu, bu açıdan vazgeçmenin kabule bağlı tutulmamasının Anayasanın 31. maddesine aykırı olmadığı konusundaki gerekçesinde de, kanımızca isabet mevcut bulunmamaktadır. Gerçekten, şikâyetten vazgeçme kabule bağlı tutulduğu hallerde de, dâvalının söz konusu yollara başvurabilme imkânı mevcuttur. Kaldı ki, şikâyetten vazgeçme halinde, beraat edebilmek imkânı mevcutken hakkındaki dâva düşmüş bulunan dâvalının, yeni dâvalar yönünden hukuki durumu, beraat etmiş bir kimseye oranla daha zayıflamış olacaktır. Belki de, şikâyetten vazgeçme üzerine düşen dâvaya konu teşkil eden fiil, dâva düştüğü için bir kez daha incelenemeyeceğinden, TCK nun 283 ve 285. maddelerine göre dâva ikame edilebilmesi mümkün dahi olamayacaktır. Kaldı ki, bu yollar açık dahi olsa, sanığın dâvalı olarak savunmada bulunma hakkı, yine de, kendi iradesi dışında bir iradenin sonucu olarak ortadan kaldırılmış olacaktır. Zira:

a) Yargı organları önünde dâvalı olarak savunmada bulunabilmek hakkı, her bir fiil ve dâva için ayrı ayrı düşünülme gerekir. Başka bir dâva ve yargı yoluna gidilebilmesi imkânı, diğer bir dâvada savunma hakkının sınırlandırılmasına imkân vermez. Dâvalı olarak savunma hakkı, her bir fiil, dâva ve taraf sıfatları bir bütün olarak ele alınmak suretiyle, ayrı ayrı her vaka için düşünülme gerekir. Bu açıdan, kişinin TCK nun 283 ve 285. maddelere göre



dâvada taraf olabilmek durumu, hakkında açılan dâvada savunma hakkının ketmedilmesine olanak sağlamaz.

b) Kaldı ki; Anayasa 31. maddesinde, «dâvalı» ve «dâvacı» olmak, bu sıfatları taşımak imkânını ayrı ayrı belirtmiştir. Bu her iki sıfatın da sağladığı statü ve bu statünün gerekleri değişiktir. Hakkında şikâyet vaki olması üzerine açılan dâvada kişi, «dâvalı» sıfatını taşımaktadır. Buna, karşılık kendisi dâva açtığı zaman «dâvacı» sıfatını taşıyacaktır. Bu iki sıfat değişik niteliktedir. Bu açıdan, rızası dışı dâvanın düşürülmesi durumunda kişi dâvalı sıfatı ile sahip olduğu imkânlardan yoksun bırakılmış bulunmaktadır.

Belirttiğimiz nedenlerle TCK nun 99. maddesinin son fıkrasındaki «kanunda yazılı haller müstesna olmak üzere» ifadesinin yarattığı durumun ve kanun koyucuya tanıdığı yetkinin, Anayasanın 31. maddesine aykırı bir durum yarattığı kanaatindeyiz.

3 — Durum böyle olmakla beraber, «Akdağmadeni Sulh Ceza Mahkemesinin» istemi üzerine TCK nun 99. maddesinin iptali imkânının da bulunmadığı kanaatindeyiz ve fakat bu kanaate varırken dayandığımız gerekçe, Anayasa Mahkemesinden farklıdır. Zira, biz, 99/son madde hükmünün gerçekte Anayasaya aykırı bulunduğunu ve fakat, şimdiki durumda iptalinin mümkün bulunmadığı kanaatindeyiz. Bu husustaki görüşümüzü belirtmek açısından şu hususların belirtilmesinde yarar mevcuttur:

a) Aşağıda belirteceğimiz gibi, kanaatimizce, TCK nun 460., 444 ve 489. maddelerinde yer alan ve şikâyetten vazgeçme ile ilgili özel hüküm getiren muhteva, TCK nun 99. maddesinin son fıkrasının öngördüğü anlamda, şikâyetten vazgeçmenin kabule bağlı olmadığını ifade eden birer hüküm değildirler. Kanaatimizce, bu hükümlerin söz konusu şekilde anlaşılması, yanlış bir uygulamanın ifadesidir. Durum böyle olunca, TCK nun 444, 460 ve 489. maddelerinin Anayasaya aykırılığı söz konusu olamaz. 444, 460 ve 489. maddelerin hukuki mahiyeti, şikâyetten vazgeçmenin kabule bağlı olmasını sağlayan istisnai ve özel hüküm olmayınca, bu maddelerin uygulanması sırasında, uygulanan maddelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek Anayasanın 151. maddesine dayanılarak Anayasaya aykırılıkları ileri sürülemez.

b) Bizatihi 99. maddenin son fıkrası ise, kanaatimizce, Anaya-

samıza aykırıdır. Fakat bu madde hakkında da, doğrudan doğruya iptal davası açılabilmesi imkânı mevcut değildir. Zira, Anayasamızın Geçici 9. maddesine göre, Anayasa yürürlüğe girmeden önce kabul edilmiş kanunların anayasaya aykırılık iddaası ile iptal isteminin, Anayasa Mahkemesinin görevine başladığının Resmi Gazete ilânından itibaren altı aylık bir süre içinde yapılması lâzım gelirdi. Bu süre ise geçmiştir ve bu açıdan Anayasamızın 149 ve 150. maddesine dayanılarak da TCK nun 99. maddesinin son fıkrasının iptali istenemeyecektir.

c) Bundan sonra neşredilecek her hangi bir kanunda, şikâyetten vazgeçmeği kabule bağlı tutmayan bir hükmün getirilmesi halinde ise, bu kanun yeni bir hüküm olduğu için doğrudan doğruya iptal yoluna veya uygulama durumunda «def'i» yoluyla, bu yeni hükmün ve TCK. nun 99. maddesinin iptali talep edilebilecektir.

4 — Yukarıda da belirttiğimiz gibi, TCK. nun 444, 460 ve 489. maddeleri mahiyetleri itibariyle, şikâyetten vazgeçmenin kabule bağlı olması prensibine istisna teşkil eden bir nitelikte değildir. Nitekim bu husus, Anayasa Mahkemesi kararına «aykırı oy» veren Ziya Önel'in «karşıoy yazısında» da belirtilmiştir. Gerçekten bu üç maddenin hiç birinde, şikâyetten vazgeçmenin kabule bağlı bulunmadığını belirten bir ifade mevcut bulunmamaktadır. Bu maddelerden, inceleme konumuz olan, 444. madde vazgeçmenin infaz süresince de olabileceğini belirtmekte; 460 ve 489. maddeler ise 99. madde hükmünü tekrarlamakla yetinmektedir. Sanığın kabulüne gerek olmaksızın dâvanın düşeceğine dair ne bu üç maddede ve ne de diğer herhangi bir maddede sarîh bir ifade mevcut bulunmadığına göre, Yargıtayın aksine uygulaması, temelsiz kalmaktadır.

Fakat bu durumda, şu iki soruya cevap vermek mecburiyeti mevcuttur:

a) Yargıtay, söz konusu maddelerde, şikâyetten vazgeçmenin kabule bağlı bulunmadığı hususunda sarîh bir ifade bulunmadığı halde, neden, bizce, hatalı uygulamaya yol açmıştır.

b) Söz konusu maddeler, şikâyetten vazgeçmenin kabule bağlılığı prensibine istisna getirmediğine ve temelde 99. madde hükmünü tekrarlamakla yetindiklerine göre, ne anlam taşımakta, neyi düzenlemektedirler?

Bu sorulara cevap olarak şu hususların belirtilmesi mümkün olacaktır sanıyoruz:

a) Yargıtayın hatalı uygulamasına, sanırız ki, Ceza Kanunumuzdaki değişiklikler göz önünde bulundurulmadan ve tarihi bir yoruma başvurulmaksızın, 444, 460 ve 489. maddelere bir anlam vermek ihtiyacı sebebiyet vermiştir. Özellikle 460 ve 489. maddeler, temelde 99. maddenin hükmünü tekrarlamakta ve «dâvacının hükmü katileşinceye kadar dâvasından vazgeçmesi ile hukuku amme dâvasının düşeceği» belirtilmektedir. Bu hüküm 99. maddenin ilk fıkrasında da yer almaktadır. 460, 489. maddelerle 99. maddedeki hüküm aynı olunca, bu iki maddeye bir anlam vermek gerekir. Zira, bu maddelerin zaten 99. maddedeki genel hükmü tekrarlamak için vaz'edilmesi düşünülemez. Öyleyse bu maddeler, 99. maddenin belirtmediği, düzenlemediği bir özel, istisnai durumu belirten ve düzenleyen hükümler olarak kabul edilmek durumundadır. Bu istisnai düzenleme olanağını sağlayacak genel hüküm ise, 99. maddenin son fıkrasında, şikâyetten vazgeçmenin kabule bağlı tutulmayabileceği ifadesinde mevcut bulunmaktadır. Öyleyse, Yargıtaya göre, özel ve istisnai bir düzenlemeyi gerçekleştirmek için kabul edilmesi zorunlu görülen 444, 460 ve 489. maddeler sırf vazgeçmenin kabule bağlı tutulmamasını sağlamak amacına yöneliktir ve bu hususu belirtmektedirler.

Kanaatimizce, Yargıtayın, bizce yanlış olan uygulamasına, söz konusu maddelerde bir sarahat bulunmamasına rağmen, belirtilen hallerde şikâyetten vazgeçme üzerine dâvanın rıza olmasa da düşürülmesi gerekeceği görüşüne, bu maddelere bir anlam verebilmek kaygısı yol açmış bulunmaktadır.

b) TCK. nun 444, 460 ve 489. maddelerine bir anlam verebilmek zorunluluğu elbetteki mevcuttur. Bu maddelerin 99. madde hükmünü tekrarlamak için vaz'edilmiş olmayacağı da bir gerçektir. Söz konusu maddelerden 444. maddeye anlam verebilmek, hâlen de mümkündür ve fakat 460 ve 489. maddeler açısından ise güçlük daha fazladır. Gerçekten,

aa) 444. madde, 99. maddedeki genel hükümlere bir istisna getirmektedir ve fakat bu istisna, «şikâyetten vazgeçmenin kabulü» kuralı ile ilgili olmayıp, «vazgeçmenin zamanı» kuralıyla ilgilidir. Bilindiği gibi, 99. maddeye göre, şikâyetten vazgeçme ancak huku-

ku amme dâvası devam ettiği sürece, yani kesin hükme kadar mümkündür ve «...kanunda hilâfı yazılı olmadıkça cezanın infazına mâni olmaz». 444. maddedeki hüküm, şikâyetten vazgeçmenin zamanı ile ilgili, «kanunda hilâfı» teşkil eden hükümdür ve gerçekten, maddenin açık ifadesi gereği, zina suçlarında «dâvadan vazgeçmek hükümden sonra dahi makbuldür». Diğer bir deyişle, 444. madde sırf infaz sırasında da vazgeçmenin hüküm ifade etmesini sağlamak amacıyla vaz'edilmiştir. 444. maddenin istisnai niteliği bu konuda ve açık bir ifade ile belirirken — yargıtayın incelediğimiz kararında da olduğu gibi —, şikâyetten vazgeçmenin kabule bağlı bulunmadığını düzenleyen bir kaide getirildiğini ileri sürmek hatalı olsa gerektir. Tekrarlamak gerekirse, 444. madde, «şikâyetten vazgeçmenin kabulü» kuralıyla değil, zamanı ile ilgili istisnai bir hükümdür.

bb) Meseleyi, 460 ve 489. madde açısından ele alınca da aynı sonuca, bazı değişikliklerle, varmak zorunluluğu mevcuttur. Gerçekten, bu iki madde de, vaz'edildiği zaman, şikâyetten vazgeçmenin zaman itibariyle uygulanmasına istisna getirmek amacını gütmekteydiler. 99. maddenin ilk ve orijinal şekline göre, vazgeçme ancak, mahalli mahkemenin hükmüne kadar mümkün görülmekteydi (22). Hüküm böyle iken, 460 ve 489. maddeler hükümden sonra, hükmün kesinleşmesine kadar vazgeçmeği mümkün kılan istisnai bir durumu yaratan maddeler olarak anlam taşımaktaydı. Diğer bir deyişle, 99. maddenin, vazgeçmenin zamanı ile ilgili olarak kabul ettiği genel prensip ile, 460 ve 489. maddelerin kabul ettiği vazgeçme zamanı farklı nitelik taşımaktaydı. 99. madde 23 Haziran 1936 tarih ve 3038 sayılı kanunla değiştirilerek bugünkü şeklini alınca, 460 ve 489. maddelerdeki istisnai hüküm, genel kural durumunu aldı ve netice itibariyle 460 ve 489. maddenin muhtevası anlamsızlaştı, daha doğrusu bu maddeler hüküm ifade eden maddeler olaktan çıktı, fiilen ortadan kalkmış oldular (23). Bu değişikliğe yol açan neden de CMUK. nun 151. maddesine bir son fıkra ilâve eden 2275 Sayılı Kanun oldu. Gerçekten, 151. maddenin son fıkrası «Ceza Kanununda yazılı şikâyet ve şahsi dâva tâbirleri bir olup aynı hük-

(22) 99. maddenin ilgili fıkrasının hükmü, ilk şeklinde şöyleydi: «Hükümden sonra şahsi haktan vazgeçmek ancak kanunda yazılı yerlerde cezanın infazına mâni olur».

(23) Bk. Yar. 4.C.D., 5/1/1948 Tarih ve E. 2/K. 2 sayılı Kararı (Köseoğlu, 485).

me tabidir» şeklinde vaz'edilince, şahsi dâvadan vazgeçme hükmün kesinleşmesine kadar mümkün olunca, şikâyetten vazgeçmenin de aynı şekilde kabulü zorunluluğu doğdu; hükmün kesinleşmesine kadar şikâyetten vazgeçmek de mümkün hale getirildi. Fakat bu değişiklik yapılırken, 460, 489. maddeler ne açıkca ilga edildi ve ne de tadil olundu. Bu durumda, bu maddeler, bugün için, anlamsız, fiilen hükümsüz ve yanlış uygulamaya yol açan maddeler olarak kaldılar.